

הבטחה מינהלית *

מאת

אלכס שטיין **

- א. מבוא. ב. הבטחה מינהלית שניתנה במסגרת הסמכות. 1. רקע כללי – חופש ההחלטה המינהלית מול אינטרס ההסתמכות והציפיות של האזרח. 2. הבטחת הרשות כעילה "עצמאית" להתערבות בג"צ – הלכת "סאי-טקס" התפתחותה והשפעותיה. 3. הבטחה כנתון שעל הרשות לשקלו וליתן לו משקל נאות. 4. הבטחה כבסיס להיווצרות ה"מניעות" נגד הרשות. ג. הבטחה מינהלית שניתנה מחוץ לסמכות ו/או שבמחיצה כרוך בהריגה מסמכות. 1. הבטחה בלתי-מסמכת של רשות ציבורית. 2. הבטחת רשות שניתנה במסגרת הסמכות, אך מימושה כרוך בהריגה מסמכות. 3. אינטרס ההסתמכות והציפיות של אזרח מול מחסום הסמכות – הפתרון המוצע. 4. סיכום. ד. הבטחות מינהליות שלא ניתן לממשן – שאלת התרופות המשניות. 1. תביעה בנויקין בשל מצג-שווא רשלני. 2. פיצויים בג"צ. ה. סיכום.

א. מבוא

רבים הם המקרים שבהם אזרח בא במגע עם רשות ציבורית, וזו מבטיחה לו דבר או מייעצת לו לפעול בדרך מסוימת. דרכם של אזרחים לסמוך על השלטון, והשאלה שמת-עוררת היא, האם המשפט מגן על ההסתמכות האמורה? לשון אחרת: האם, ובאיזו מידה, משפיע קיומם של ההבטחה או המצג השלטוניים על ההחלטה הסופית שמתקבלת בעניינו של האזרח?

סוגיית ההבטחה המינהלית, כבעיה משפטית, כל חשיבותה היא כאשר הרשות מסרבת למלא אתר הבטחתה. סירובה של הרשות לממש את המובטח יכול לגבוע מאחד משני המניעים הבאים: (א) משיקולים שמחייבים – לדעת הרשות – לסטות מן ההבטחה; או (ב) מהעדר הסמכות לממשה¹. במקרה הראשון יש לשאול שתי שאלות עקרוניות: (א) האם הבטחת הרשות, כשלעצמה, מהווה עילה לאכיפת ההבטחה בג"צ? (הבטחת הרשות כעילה "עצמאית" להתערבות בג"צ); (ב) אם הבטחה מינהלית אינה בבחינת

* רשימה זו מבוססת על החיבור שנכתב במסגרת הסמינריון "סוגיות במשפט מינהלי", שניתן בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, בשנה"ל תשמ"ב.

תודתי נתונה למורה הסמינריון, ד"ר מ' חשין, ששיעוריו היו מקור השראתי.

** עזריהוראה ותלמיד לתואר "מוסמך", הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. 1 ברור, כי סירוב שירותי, שלא היה פרי של הפעלת שיקול-הדעת, ייפסל.

עילה "עצמאית", האם ייוחד לה מקום קבוע במניין השיקולים שהייבים לעמוד לנגד עיני הרשות המחליטה, ואיזה משקל יש לייחס לקיומה של הבטחה כאמור? (הבטחת הרשות כמשובצת במסגרת העילות, "אי שקילת נתונים מטריאליים" ² ו"אי-סבירות" ³). במקרה השני (הבטחה בלתי-מוסכמת ו/או הבטחה שאין סמכות לממשה) השאלה היא, האם ומתי יש לסטות מדוקטרינת ה-Ultra Vires ולאכוף הבטחה על-אף העדר הסמכות? התשובה השלילית לשאלה זו מחייבת התייחסות לשאלה הבאה: האם אורח שנגרם לו נזק עקב הבטחה בלתי ניתנת למימוש של הרשות, יישאר בלא כלום, או שמא תחושת הצדק מחייבת למצוא פתרון מלא או חלקי לבעייתו? (ואם-כן מתי הפתרון?). השאלה האחרונה אינה מיוחדת למקרה של הבטחה לא-מוסכמת; היא נשאלת גם כאשר לא ניתן לאכוף הבטחה שהיא בגדר סמכויותיה של הרשות, למשל: כשטובת הכלל דורשת שהבטחה לא תמומש. האם מקבל ההבטחה לבדו צריך לשאת בכל העלויות שקשורות באי-מימושה? זוהי שאלת ה"תרופות המשניות" שתידון להלן ⁴.

שאלת אכיפותה של הבטחה מינהלית (שאלת ה"תרופה הראשית") תידון תחילה, והיא תחולק לשני ראשים: (א) הבטחה שבמסגרת סמכויותיה של הרשות; (ב) הבטחה שנתניתה ו/או מימושה כרוכים בחריגה מסמכות מהכחינה הפונקציונלית ⁵. במסגרת זו נדון בשאלת ההבטחה המינהלית כנושא כללי; הבטחות מינהליות שב-מסגרת "עיסקות טיעון" ⁶ או חוזים עם עדי מדינה ⁷ לא תידונה. כמו-כן לא תיוחד מסגרת נפרדת להבטחות שכרוכות בחוזים מינהליים. נושא החוזים המינהליים הינו נכבד כשלעצמו והוא זכה למחקרים מיוחדים ⁸.

- 2 לגבי העילה "אי-שקילת נתונים מטריאליים" ראה בג"צ 192/56 שלום נ' המועצה המקומית כתיים, פ"ד יא 717, 720, וכן *de Smith, Judicial Review of Administrative Action* (London, 4th ed., 1980) 339.
 - 3 לגבי עילה "אי-הסבירות" ראה בג"צ 389/80 "רפי זהבי בע"מ נ' רשות השידור ואח", פ"ד לה (1) 421; בג"צ 243/82 זכרתי נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח, פ"ד לו (1) 757; בג"צ 1/81 שרון ואח' נ' רשות השידור ואח, פ"ד לה (3) 364.
 - 4 ראה להלן, פרק ד'.
 - 5 לענין ההבחנה בין חריגה פונקציונלית מסמכות לבין חריגה מהותית, ראה ע"א 183/69 עיריית פתח-תקווה נ' טחן, פ"ד כג (2) 398; ע"פ 768/80 שפירא ושות' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 337, 352—354; ד"נ 12/81 שפירא ושות' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (3) 645.
 - 6 על כך ראה א' הרנון וק' מן, עיסקות מעוז בישראל (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, תשמ"א).
 - 7 על כך ראה בג"צ 746/80 פלתי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2), 453.
 - 8 *Mitchell, The Contracts of Public Authorities* (London, 1954); *Turpin, Government Contracts* (London, 1972); *Keyes, Government Contracts in a Nutshell* (St. Paul Minn., 1979); *Shalev, "Administrative Contracts" 14 Isr. L. R. (1979) 444*; *Turpin, "Public Contracts", Int. Encyclopedia Comp. L., vol. VII, ch. 4* (Hague, Boston, London, 1982); ג' טדסקי, "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט" משפטים יב (תשמ"ב) 227; א' פזנר, "חוק החוזים המינהליים — כורח המציאות" משפטים יב (תשמ"ב) 506; וראה, לאחרונה, ג' שלן, "השתחררות המדינה מחוזה", מתוך ספר זכרון (ירושלים, תשמ"ד) 159.
- עם זאת נעיר, כי ההבחנה המעשית בין "חוזה" ו"הבטחה" מינהליים היא, בעיקרה, בסמכות

מעטה נעסוק בחוזים המינהליים רק בשאלות המשותפות להם ולהבטחות המינהל שאינן בבחינת "חווה" ⁹.

ב. הבטחה מינהלית שניתנה במסגרת הסמכות

1. רקע כללי — חופש ההחלטה המינהלית מול אינטרס ההסתמכות והציפיות של האזרח

הבטחה לנהוג בעתיד בדרך מסוימת וכן אופיה השלטוני של ההבטחה האמורה מולידים ציפיות כלבו של מקבלה והם יכולים להוות לו יסוד לבחירת קריהתנהגות מסוים. הנבטחה (מקבל התחלטה) יכול לשנות את מצבו על-ידי העשייה או אי-העשייה שבעקבות התבטחה. הנבטחה הוא בעל ציפיה, ואי-מימוש ההבטחה, גם כשאינו גורם לגזק חומרי, פוגע בציפיותיו.

השיפוט, שכן תביעות חוזיות נגד הרשות הציבורית מוגשות בבתי-המשפט הרגילים ולא בבג"צ (ר' Shalev [בעמ' 449-450]; בג"צ 840/79 המ' 860/79, 830 מרכז הקבלנים והבנייה בישראל ואח' ג' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד(3) 729, 746-747; בג"צ 492/79 חברה פלוגת ג' משרד הבטחון ואח', פ"ד לד(3) 706, 715-716; בג"צ 348/78 ינאי ואח' ג' עיריית חיפה ואח', פ"ד לג(1) 47). מבחינת פיקוח בג"צ על רשויות הציבור, ההבחנה האמורה היא בבחינת "כמותית" בלבד; "חווה" אינו אלא "הבטחה" שמחייבת יותר מאשר הבטחה שאינה "חווה". בג"צ, שעיקר פסיקתו היא על בסיס איוון אינטרסים, לא רואה ב"חווה" ערך סטטי מקודש (בג"צ 30/51 בלבן ג' עיריית תמא, פ"ד ו 257; בג"צ 311/60 מילר ג' שר התחבורה, פ"ד טו 1989; בג"צ 124/79 ציבאן ג' שר הבטחון ואח', פ"ד לד(2) 752). הבחנה נוספת בין "חווה" ו"הבטחה" מינהליים היא בתחולת "הדואליות הנורמטיבית" (כללי המשפט המינהלי לצדם של חוקי התזוים) רק על החווה המינהלי (בג"צ מרכז הקבלנים, שם; בג"צ חברה פלוגת, שם; בג"צ 688/81 מצנדה כע"מ ג' שר הבריאות ואח', פ"ד לו(4) 85). להבחנה זו אין כל נפקות לגבי ההבטחה המינהלית כנושא לדיון בבג"צ: כללי המשפט המינהלי מסדירים סוגיא זו במלואה, ורמת ההתנהגות שהם קובעים לשלטון הינה גבוהה מזו שנקבעה בחוקי התזוים. תחולתם של כללי המשפט המינהלי גם על חווה מינהלי שנדון בבית-משפט רגיל ולא איתחולתם של דיני התזוים על הבטחה מינהלית שאינה "חווה" הוא הראציו של הדואליות הנורמטיבית. לפיכך, לא מובן הרעיון להחיל את עקרון תום-הלב, שבסעיף 12 לחוק התזוים (חלק כללי), תשל"ג—1973, על הבטחה מינהלית, זאת מכוח סעיף 61 (ב) לחוק זה (על הרעיון להחיל את סעיף 12 הג"ל על פעולות המינהל ראה חוות-דעתו של השופט אלון בבג"צ 376/81 לתמי ואח' ג' שר התקשורת ואח', פ"ד לו(2) 449. ראה גם Shalev, עמ' 467; וכן G. Shalev, "Good Faith in Public Law", 18 Is. L.R. (1983) 127; ג' שלו, כריתת חוזה (פירוש לחוק התזוים, ג' טרסקי עורך, ירושלים תשמ"א), הערה 6, וכן בחוברת עדכון הספר (ירושלים, תשמ"ג) 6, סעיף 110. רשות ציבורית חייבת לפעול בתום-לב מכוח כללי המשפט המינהלי (והיתה חייבת לפעול כך גם בטרם הוחק חוק התזוים), ואין צורך להיוקק לקונסטרוקציות משפטיות הכרוכות במידה לא-מעטה של אקטיביזם פרשני (אליבא דשופ-טים שמגר [כתוארו אז] ובן-פורת [כתוארה אז] בבג"צ לזנפי, בעמ' 455 ואילך).

9 לגבי דין ההבטחה המינהלית במשפט העברי, ראה חוות-דעתו של השופט אלון בבג"צ לתשי (לעיל, הערה 8), בעמ' 468 ואילך.

אינטרס הנבטח, אשר מושגת על שינוי מצבו לרעה שבעקבות התבטחה, ייקרא להלן "אינטרס ההסתמכות". אינטרס הנבטח המושגת על קיומה של אכזבה במקרה של אי-מימוש התבטחה ייקרא להלן "אינטרס הציפיות"¹⁰. אינטרס ההסתמכות הוא האינטרס הנזק שיש לנבטח; אינטרס הציפיות הוא האינטרס הפסיכולוגי, שאינו קשור באירוע הנזק¹¹.

חשיבותה של האבחנה האמורה היא במקרים שבהם נשקלים הטעמים לאי-מימוש התבטחה המינהלית: מקובל לחשוב כי מוצדק יותר לחזור מהתבטחה כאשר הדבר לא גורם כל נזק חומרי-אובייקטיבי לנבטח; האינטרס הפסיכולוגי הסובייקטיבי מקבל, בדרך-כלל, הגנה פחותה¹².

כנגד האינטרסים האמורים של הנבטח עומד האינטרס הציבורי אשר מצא את ביטוי בכלל, שלפיו אין הרשות המוסמכת יכולה להצר את צעדיה העתידיים. שיקול-הדעת שניתן לרשות המוסמכת על-ידי המחוקק, יש להפעילו בהתאם לטובת הכלל כפי שתיא בעת קבלת ההחלטה¹³. הרשות יכולה לקבוע לעצמה קווי-מדיניות כלליים או הנחיות פנימיות מפורטות, אך כל החלטותיה חייבות להתקבל תוך שקילת נסיבותיו העששויות של המקרה המובא בפניה ובהתאם לטובת הכלל שהיא מצווה לשרתה. החלטת הרשות לנהוג בעתיד בדרך מסוימת היא אפוא החלטה הדירה, וכך גם הבטחותיה של הרשות. עקרון חופש ההחלטה המינהלית הביא לשתי תפישות עקרוניות בנוגע למחויבותו של השלטון לעמוד בדיבורו.

התפישה האחת גורסת, כי הרשות כלל לא מוסמכת ליתן הבטחה מחייבת, שכן כל הבטחה מיצרה את שיקול-הדעת שניתן לה על-ידי המחוקק. לפי תפישה זו, אין לה, לרשות, "יכולת" ליתן הבטחה מחייבת, ואם הבטיחה — לא עשתה ולא כלום¹⁴. לפי התפישה השנייה, אין בעקרון חופש ההחלטה כדי לשלול מרשות את הסמכות להבטיח, אך כל הבטחותיה של הרשות תהיינה כפופות לטובת הכלל שהרשות מצווה לשרתה. כל הבטחה מינהלית יונקת את חיותה מהתיאום שבינה לבין טובת הכלל: בכפיפות לתיאום זה היא מתקיימת, חדלה להתקיים ומתחילה להתקיים מחדש¹⁵.

10 P. S. Atiyah, *Promises, Morals and Law* (Oxford, 1981) 36–44; Fuller Perdue, 10

"The Reliance Interest in Contract Damages", 46 *Yale L.J.* (1936) 52, 373

11 שם, המינוח — "אינטרס ההסתמכות" (Reliance Interest) ו"אינטרס הציפיות"

(Expectation Interest) "הנשאל" ממאמרם של Fuller, Perdue (לעיל, הערה 10).

12 ראה להלן, עמ' 260.

13 בג"צ בלבן (לעיל, הערה 8); בג"צ מילר (לעיל, הערה 8); בג"צ 143/64 אדסו ג' קמדר

בע"מ ואח', פ"ד יח (3) 51, 57; י' זמיר, סדרי המינהל בישראל וסימן 46 לדבר המלך

(המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, תשל"ד) 103–105; דה"סמית

(לעיל, הערה 2), בעמ' 311–320.

14 *Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King* (1921) 3 K.B. 500; לעומת זאת,

ראה: *Robertson v. Minister of Pensions* (1948) 2 All. E.R. 767, 770 (per

Denning L.J.); וראה ב' ברכה, "על כוחה של הממשלה להשתחרר מהתחייבות חונית"

הפרקליט ל (התשל"ו) 34.

15 בג"צ מילר (לעיל, הערה 8); ג' שלו, "האם חייבת המדינה לכבד את התחייבותיה החוזר

יות?" הפרקליט לג (תשמ"ב—תשמ"א) 215, 217–218. השווה לרעיון ה"הקפאה" של השופט

אלון, שבסוגיית החוזה האסור — ע"א 331/78 הווארד ג' מיארה ואח', פ"ד לה (2) 505,

520–521.

דומה, כי יש לזנוח את התפישה הראשונה. התפישה, שלפיה אין לרשות הציבורית ה"יכולת" להבטיח כיצד תפעל בעתיד, חייבת להיתמך בטעם מהטעמים העומדים מאחורי שלילת כשרותה מאישיות משפטית (טבעית או מלאכותית). בדרך-כלל הטעם לשלילת הכשרות הוא הצורך החברתי להגן על המתחייב מפני עצמו. השלטון אינו קטין ואינו שוטה, לכן השימוש בדוקטרינת ה-Ultra Vires כמכשיר לשלילת תוקפן של הבטחותיו שמימושן אינו כרוך בחריגה מסמכות, נראה כמוטעה. עיקרה של דוקטרינת ה-Ultra Vires הוא להגן מפני השררה ולא להגן על השררה.¹⁶ ניתן, אולי, להקיש לדיני התאגידים ולומר, כי יעודה של דוקטרינת ה-Ultra Vires הוא, בין היתר, להגן על "בעלי המניות" של הרשות הציבורית, שהם כלל הציבור במדינה, מפני עשיית מעשה שנוגד את טובתם. אך גם דיני התאגידים הבחינו היטב בין מעשה שהוא בבחינת חריגה מסמכות או הפרת חובת אמון, באשר הוא כובל את שיקול דעתו של מנהל, לבין כבילת שיקול-הדעת שנעשתה בתום לב ולטובת התאגיד.¹⁷ הגבלה חחית של סמכות מקבל התחלטה בחברה מצריכה בדיקה עניינית-קונקרטיה, האם תואם הדבר את טובת החברה, ואין המדובר בשלילה טוטלית של כושר המנהל להתחייב להפעיל את סמכויותיו בדרך מסוימת.¹⁸ ה"יכולת" הינה מכשיר משפטי בלתי-עדין, אשר שם לאל את האינטרסים של הצד המסתמך, ולפיכך נראה, כי המדיניות המשפטית הראויה היא לשמור מכשיר זה למקרים קיצוניים בלבד.

טעם אחר לזניחת התפישה, שלפיה בטלה ההבטחה המינהלית מחמת העדר הסמכות לתתה, נערץ בתוצאה קשה נוספת — והפעם מבחינת הרשות. לפי תפישה זו לא תוכל הרשות לעולם לכרות חוזה מחייב, שכן כל חוזה שלטוני הוא בבחינת הבטחה שמצרה את שיקול-הדעת.¹⁹

התפישה השנייה, שמעתיקה את הדגש משאלת ה"יכולת" לשאלה ה"חוקיות", בראותה הבטחה שלטונית כיונקת את חיותה מהתיאום עם טובת הכלל, ראויה להיאמץ. אך גם כאן יש לדייק. זנחנו את התפישה של אי-לידת ההבטחה המינהלית כמקור החיוב בעולם

16 דהיסמית (לעיל, הערה 2), בעמ' 94; H. W. R. Wade, *Administrative Law* (Oxford, 5th ed., 1982); א' ברק, "שלטון החוק", קובץ הוצאות בימי קיץ לשופטים, תשל"ו (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, ש' שטרית עורך, תשל"ו) 15, 17, 23.

17 582—583; Gower, *Principles of Modern Company Law* (London, 4th ed., 1979); ובמיוחד ראה שם, קטע הסמוך להערה 78, בעמ' 582.

18 שם, שם. ראה גם המ' 100/52 חברה ירושלמית לתעשייה בע"מ נ' אגרון, פ"ד ו' (2) 887, 889; סעיף 5 לפסק-דינו של השופט חשין, כתוארו א.

19 כאן המקום להזהיר מפני ראייה, המוטעת לדעתנו, של ההלכה, שנפסקה בבג"צ בעניין בלבן (לעיל, הערה 8) כהלכה המאמצת את התפישה הראשונה. הבטחת הרשות שם (שלבשה צורה של חוזה שלטוני, אשר שלל עולמית את הסמכות להפקיע קרקע מסוימת) לא התיישבה מלכתחילה עם טובת הכלל, ולכן אמר השופט זוסמן (כתוארו א), שהבטחות כאלה אינן הרשות הציבורית מוסמכת לתתן. המקרה, שבו מתיישב מתן ההבטחה עם טובת הכלל, הוא, כמובן, שונה. ייתכן שעם שינוי הנסיבות יוגדר מימוש ההבטחה את טובת הכלל, אך כפי שגייסנו להראות לעיל, אין אפשרות עתידית זו מצריכה שימוש במכשיר ה"יכולת" השולל מעיקרו את קיומה המשפטי של ההבטחה השלטונית. ראה איבחונה של הלכת בלבן ברוח זו בפסק-דינו של בית-המשפט העליון שניתן לאחרונה: ע"א 394/82 מיוזר נ' המועצה המקומית נשר ואח', פ"ד לו' (4) 42, ובמיוחד בעמ' 48 מול האות ה.

המשפט בשל היותה גורפת למדי, וכך גם לא נוכל לאמץ השקפה אשר תובעת את מותה של ההכטחה. ראיית ההכטחה כעוברת מעולם המשפט ברגע שמימשה חלל להתיישב עם טובת הכלל מביאה לתוצאות קשות מדי. ראיית דברים זו הינה נקיטת עמדה ערכית חד-צדדית, שמתעלמת לחלוטין מקיומם של אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפיות של הנבטח.

יש להסכים, כי רשות מינהלית סבירה עשויה לטעות בהערכת העתיד, בכזוה ליתן הבטחה לאזרח. אך גם אדם פרטי סביר יכול לעשות את אותה הטעות. אדם פרטי, המבקש לגרור חוצנו מהבטחתו בטענה, שטובתו, כפי שהיא כעת, דורשת שלא למלא אחריה, משיבים לו, כי הערכתו המוטעית את העתיד, שבעת מתן ההבטחה, עובדה מצערת היא, כשלעצמה, אך אין היא צריכה לצער את הנבטח, אשר הסתמך על ההבטחה. לא כך הרשות הציבורית, שטענתה הוזהר בנסיונות הוזהר, רואים אותה כראויה להישמע, הבחנה זו, שבין המבטיח הפרטי לבין המבטיח הציבורי, אינה כה מובנת מאליה: הקביעה הערכית שטובת הכלל לעולם עדיפה על טובת הפרט, ניתן גם שלא לראות בה פרה קדושה.²⁰

אך גם אם נראה כמובן מאליה, כי אין לחייב את הרשות למלא אחר הבטחתה, שעה שהדבר נוגד את טובת הכלל, אין זה מובן מאליה, שטענתה המצערת של הרשות, שבי-הערכת העתיד, צריכה לצער רק את הנבטח. מדוע הנבטח הפרטי צריך להקריב את אינטרס ההסתמכות הציפיות שלו על מובחנה של טובת הכלל ובכך להגביר את השתתפותו במפעל חשוב זה יתר על המידה? גראה, כי מחירה של "טובת הכלל" צריך להתחלק בין יחיד הכלל על-פי קריטריון ענייני הקבוע מראש. ואם הרשות הציבורית גורמת נזק שעה שהיא פועלת עבור הכלל, הציבור כולו צריך להשתתף בשיפוי הנפגע. אם לא משיבים את רעבונו האינדיבידואליסטי של הנבטח על-ידי מימוש ההבטחה בניגוד לטובת הכלל, אין להיתפש לקיצוניות האחרת ולהשאיר את הנבטח בלא-כלום. יש לשאוף לפתרון רב-צדדי המתחשב בכל האינטרסים המתנגשים — פתרון ששואף ליתן תחולה מקסימלית לעקרון השוויון בפני החוק שבין הרשות לאזרח (שכן גם אם סטינו מעקרון השוויון הנ"ל, במובנו הנוקשה, תוך מתן ה"כוח" לרשות שלא למלא אחר הבטחתיה, אין פירוש הדבר שהסטייה האמורה צריכה להתרחק לכת עד כדי שלילת חובת השיפוי).

כאן חשובה האבחנה בין אינטרס ההסתמכות לבין אינטרס הציפיות של מקבל ההבטחה. אופיו הסובייקטיבי של אינטרס הציפיות מחייב מתן משקל נמוך לאינטרס זה: אין מגינים אלא על הציפיות הסבירות, והציפייה, כי הבטחה מינהלית תמומש אף בניגוד לטובת הכלל, לאו "ציפייה סבירה" היא. העמדה הערכית שנוקטת על-ידי המחוקק בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973 יפה גם לענייננו. באשר לאינטרס ההסתמכות (שהוא, כאמור, אינטרס נזקי-אובייקטיבי), המדיניות הראויה היא להפחית במידת האפשר את כמות המקרים של *Damnum Sine Injuria*: העומד מאחורי פעילות מסוימת צריך לשאת בעלויותיה. ציבור משלמי המסים, העומד

20 בהקשר זה עיין ברשימתה של C. Harlow, "Public' and 'Private' Law : Definition without Distinction" 43 *M.L.R.* (1980) 241, 247.

21 ס"ח תשל"ג 118.

מאחורי פעילותה של הרשות הציבורית, צריך לשאת בנוזקים שרשות זו גורמת. אם אין מקום לדרוש מהרשות למלא אחר הבטחתה בניגוד לטובת הכלל, יש לשאוף לשיפויו המירבי של הנבטח, אם הלה שינה את מצבו לרעה שעה שפעל בהסתמך על ההבטחה. כך יינתן תוקף מלא לעקרון חופש ההחלטה המינהלית תוך הגנה על האינטרסים של האזרח הבא במגע עם רשות.²²

והערה אחרונה בנוגע למצב של ניגוד שבין טובת הכלל לבין מימוש ההבטחה המינהלית: אין "טובת הכלל" משתקפת רק בתוצאותיו המיידיות של המעשה המינהלי אלא גם בדרך שונקטה על-ידי הרשות וכן בתוצאותיו הרחוקות יותר של המעשה.²³ אמינות המינהל בעיני הציבור ורמתו המוסרית של המעשה המינהלי, אף הם רכיבים של טובת הכלל,²⁴ ובכל מקרה של אי-קיום ההבטחה המינהלית יש לשים לב לכך שהדבר עשוי לערער את אמינות השלטון בעיני האזרח.

כעת נעסוק בשאלה, מתי ניתן לאכוף בבג"צ את ההבטחה המינהלית. הדיון בשאלה זו יתחלק לשלושה ראשים: (א) הבטחה כעילה "עצמאית" לאכיפתה; (ב) הבטחה והשפעותיה כנתון רלבנטי, שעל הרשות לשקלו וליתן לו משקל הולם; (ג) הבטחה כיוצרת "מניעות" (השתק) נגד הרשות.

2. הבטחת רשות כעילה "עצמאית" להתערבות בג"צ — הלכת "סאיטקס", התפתחותה והשפעותיה

בג"צ 135,321/75 סאיטקס קורפוריישן בע"מ ואח' נ' שר המסו"ת,²⁵ זהו פסק-דין ש"עשה היסטוריה" בתחום המשפט המינהלי הישראלי. לראשונה ראה בג"צ בעצם קיומה של הבטחה מצד הרשות עילה להתערב ולצוות על הרשות לממש את אשר הובטח. עד למתן פסק-דין זה אוחדנה סוגיית ההבטחה המינהלית בתחומיהן של עילות ההתערבות ה"קונבנציונליות"²⁶ (כגון "שרירות", "חוסר תום-לב" או "אי-התחשבות בשיקולים מטריאליים") ובעיקר בתחומה של דוקטרינת ה"מניעות"²⁷ — כללים שנשאבו על-ידינו מהמשפט האנגלי.

בהיותה אסמכתא נוהה לעותרים בבג"צ, נדונה הלכת סאיטקס בפסקי-דין רבים, אשר קבעו את המשך התפתחותה.

22 על כך, בפירוטייתר, נעמוד להלן, בפרק ד. השווה לגישה האמריקנית ביחס לחוזים המינהליים המובאת בבג"צ מזלר (לעיל, הערה 8), בעמ' 2005—2006, וכן לדברי השופט ברנזון בבג"צ 102/74, 101 פתור ופיתוח כנגב בע"מ נ' שר הבטחון ואח', פ"ד כה (2) 449, 456. אך ראה דברי השופט לגדוי (כתוארו אז) בד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו, פ"ד כ(4) 617, 624, הדוחים גישה זו בדיני גזיקין.

23 בג"צ מינדה (לעיל, הערה 11), סעיף 25 לפסק-דינו של השופט ברק (עמ' 101).

24 הכרה לערכים אלה ניתנת בבג"צ 298/70 פולק בע"מ נ' שר המסו"ת ואח', פ"ד כה (2) 3, 8; בבג"צ 321/75, 175 סאיטקס קורפוריישן בע"מ ואח' נ' שר המסו"ת, פ"ד ל (1) 673, 676.

25 בג"צ סאיטקס (לעיל, הערה 27).

26 בג"צ מזלר (לעיל, הערה 8), על ההבטחה ה"חוזית"; וראה להלן, בפרק ב(3) על איחסון ההבטחה במסגרת העילות האחרות.

27 ראה להלן, בפרק ב(4).

כעת ננסה לברר, תוך סקירה ביקורתית של הפסיקה, מה עלה בגורלה של עילת ה"הבטחה": האם היא עדיין קיימת ומהו מרחב מהייתה?

(א) הלכת "סאי־טקס" — העובדות ופסק־הדין

העותרות, חברות יצרניות־יצואניות, קיבלו הבטחה מאת משרדו של המשיב, שלפיה תקבלנה, כסיוע מיוחד, הלוואה בת 25 אג' לכל דולר יצוא שביצעו בשנת 1973 — הלוואה שאמורה היתה ליהפך למענק בשיעור של 25 אג' לכל דולר יצוא שיבוצע בשנת 1974, זאת עד תקרת ההלוואה. ההלוואה אמורה היתה להשתלם לעותרות בשני תשלומים שווים. כחודש ימים לאחר שקיבלו העותרות את מחצית הסיוע שהובטח בא הפיחות של הלירה אשר העלה את שיעורו הרשמי של הדולר, דבר שעתידי היה להזרים רווחים משמעותיים לכיסי היצואנים. עקב כך החליטה הממשלה להפסיק את מתן הסיוע המובטח.

בדין בעתירה שהוגשה לבג"צ נקבע, כי על־אף הפיחות על המשיב להשלים את הסיוע שהובטח לעותרות. השופט ברנזון קבע, כי על־אף העובדה שהעותרות לא שינו את מצבן לרעה בעקבות ההבטחה, "המצב הוא פשוט וברור ואינו מעורר שום קושי", שכן "נתינת הבטחה ואין סיבה שלא לקיימה ככתבה וכלשונה לפחות לגבי התקופה שמלפני הפיחות... על היצוא שבוצע בתקופה הזאת התמורה לדולר יצוא היא עדיין לפי השער הקודם ביחד עם התמריצים שהיו נהוגים באותו זמן, ואלה הייבים לכלול את הסיוע המיוחד שהובטח לסוג זה של מפעלים... רשות ציבורית בת־חורין בכל עת לשנות את מדיניותה, אבל מכאן ולהבא ולא למפרע"²⁸.

באותו מעמד, ותוך אנלוגיה לסעיפי תוס־הלב שבחוק החוזים (חלק כללי), קבע השופט ברנזון כלל, שכונה בפסיקה מאוחרת כהלכת פאי־טקס, באומרו:

"הבטחה שניתנה על־ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהא לה תוקף משפטי, והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגיונות הציבורית דורשת שההבטחה תקיים הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרה את מצבו לרעה"²⁹.

התייחסות אל פסק־הדין מתייבט — לדעתנו — הפרדה רעיונית בין ההחלטה הקוג־קרטית לבין ההלכה הכללית שבו. ההלכה הכללית, החשובה לענייננו, היא זו שתידון כאן³⁰.

(ב) ההלכה הכללית שבפסק־דין "סאי־טקס"

תוכנה של ההלכה הכללית שנפסקה בעניין "סאי־טקס" הוא שהבטחת רשות, המוס־מכת לתתה, שניתנה בכוונה שיהא לה תוקף מחייב ונתקבלה ככזאת, מחייב את

28 בג"צ פאי־טקס (לעיל, הערה 24), בעמ' 676—677.

29 שם, בעמ' 676.

30 לביקורת ההחלטה הקונקרטית ראה מ' נגבי, "חובת המדינה למלא אחר הבטחותיה" הפיקולט לא (תשל"ו—תשל"ז) 376, 382; וכן ראה בעניין זה בג"צ 73/76 אפמ־אקספורט (1962) 1' שר האוצר ואח', פ"ד ל (3) 636, 639 מול האותיות ג וד.

רשות; זאת, כשבכוחו של המבטח למלא אחריה ובאין סיבה הוקית שלא לקיימה. לא נדרש שינוי מצב לרעה בעקבות ההבטחה.³¹

נעיר הערה מיקדמית, שבה נודה כי בנקודה אחת לא הצלחנו לרדת לסוף השקפתו של השופט ברנזון. השופט ברנזון קבע את ההלכה האמורה תוך נקיטת העמדה הערכית, שלפיה "אמינות הממשל בעיני הציבור חשובה לאין ערוך מן האפשרות שיינתן לו לחזור או לסגת במקרה זו או אחר מהבטחה שנתן...".³² ומיד לאחר ההכרעה האמורה בין האינטרסים המתנגשים (אמינות הממשל בעיני הציבור מול חופש ההחלטה המינהלית) קבע השופט ברנזון, כי "הבטחת השלטון תחייב... באין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה...".³³ מהמשך דבריו עולה, כי כוונתו למקרים שבהם קיים שיקול רציני המצדיק את אי-קיום ההבטחה: כך, למשל, אירוע הפיחות מצדיק הפעלתו המחודשת של שיקול-הדעת המינהלי בנוגע למימוש ההבטחה ליתן תמריצים בעתיד.³⁴

גם בפסיקה מאוחרת יותר פורש תנאי זה לקשירת המינהל בהבטחותיו כ"העדר טעם ענייני וסביר שלא לקיים את ההבטחה"³⁵. לא כרי לנו כיצד מתיישב תנאי דינמי זה, הטומן בחובו איוון אינטרסים Ad hoc, עם ההכרעה ה"סטטית" שלפיה עדיפה אמינות הממשל בעיני הציבור מן האפשרות שיינתן לו לחזור בו, במקרה זה או אחר, מהבטחתו. אולי יש לפרש שתי הקביעות האמורות ככלל (אמינות הממשל עדיפה) וכחריג (האפשרות לחזור מהבטחה, מקום שקיים צידוק סביר לכך), דומה כי הדבר עולה מרוח דבריו של השופט ברנזון.

מ' נגבי, ברשימה הביקורתית שפרסם³⁶, תקף בעיקר את ההחלטה הקונקרטית שנתן קבלה בעניין פאייטקס, וכפי שנאמר לעיל³⁷ יש להסכים לחלק זה של ביקורתו. במישור הכללי תיאר מ' נגבי את הלכת פאייטקס כ"גורפת"³⁸ וכן ביקר את ההיקש לסעיפי תום-הלב שבחוק החווים שנעשה על-ידי השופט ברנזון, בבואו לקבוע ההלכה.³⁹ באשר לשם התואר "גורפת", שניתן על-ידי המתבר להלכת פאייטקס, נתינתו מחייבת התייחסות נפרדת בשל כך שהוא המשיך ללוות את ההלכה בדרכה בפסיקה.⁴⁰ ראשית, נעיר כי בנתינת שם התואר "גורפת" להלכת פאייטקס על-ידי מ' נגבי, יש משום אי-עקיבות. אין תיאור זה עולה בקנה אחד עם הצהרותיו של המתבר, כי דבריו

31 בג"צ פאייטקס (לעיל, הערה 24), בעמ' 676 מול האותיות ד וה.

32 שם, שם, מול האות ג.

33 שם, שם, מול האות ה.

34 שם, שם, מול האות ו.

35 בג"צ 250/78 אביב נ' שר התקלאות ואח', פ"ד לב (3) 742, 747-748.

36 מ' נגבי (לעיל, הערה 30).

37 לעיל, הערה 30.

38 מ' נגבי (לעיל, הערה 30), בעמ' 383.

39 שם, בעמ' 378-380.

40 בבג"צ 640/78 קצאן את ה"רשפיג בע"מ נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון העיר נתניה ואח', פ"ד לד (2) 1, 8 תיאר השופט בכור את הלכת פאייטקס כ"גורפת"; בבג"צ 282/80 אלון נ' מ"מ נתיבות, פ"ד לה (1) 601, 608 השתמשה השופטת בן-עתי בשם התואר "קיצונית"; בבג"צ 594/78 אומן בע"מ נ' שר התמ"ת ואח', פ"ד לב (3) 469, 473-474 דובר על הצורך לסייג את הלכת פאייטקס; וכן ראה בג"צ 778/79 זילברשטיין נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לד (3) 356, 363.

של השופט ברנזון יש בהם כדי לבטא תחושה נעלה של צדק מינהלי, ויקשה עד מאוד למצוא טעם לפגם אם נראה בהם הלכה כללית או הנחיה כללית למינהל...⁴¹ ושטענותיו הן "אך ורק נגד יישום ההלכה" במקרה הקונקרטי.⁴²

שנית, שחק המחבר ולא פירט מדוע הלכת פאייטקס "גורפת" — לדעתו — ולא נותר אלא לבחש.

ייתכן שהדבר נבע מכך כי שינוי מצבו של הנבטח לרעה לא נדרש כתנאי למימוש ההבטחה, כפי שנדרש על-ידי דוקטרינת ה"מניעות". נראה לנו, כי העדר דרישה זו הינו מוצדק. החלטת הרשות שלא למלא אחר הבטחתה הייבת, ככל החלטה מינהלית, להינתן מתוך שיקולים ענייניים. אי-שינוי מצבו של הנבטח לרעה, נתון זה, ראוי להיש"קל, ללא ספק על-ידי הרשות שמחליטה לחזור בה מהבטחתה, אך אין הוא יכול אלא להוות "שיקול עזר". השיקול העיקרי הוא האם, עקב שינוי הנסיבות, דורשת טובת הכלל את שינויה של ההחלטה הקודמת? אי-שינוי מצבו של הנבטח לרעה, כשלעצמו, אינו מצדיק הפרת ההבטחה. נתון זה הוא נתון רלבנטי אך אין ליתן לו משקל מופרז, שכן אז הוא הופך לנתון "זר"⁴³.

אך ייתכן גם, כי ראיית הלכת פאייטקס על-ידי המחבר כ"גורפת" הינה פועל-יוצא של הקריאה הלא-זהירה דיה של פסק-הדין: בכואו לסכם את ההלכה בתחילת דבריו, השמיט המחבר אלמנט חשוב לחיוב הרשות למלא אחר הבטחתה המחבר כתב, כי "השופט ברנזון קבע שההבטחה... שניתנה באמצעות ארגון ממשלתי המוסמך לתתה, כאשר ביכולת המדינה למלא אחריה — יש לכבדה... למרות שמקבל ההבטחה לא שינה את מצבו לרעה"⁴⁴.

האלמנט שהושמט על-ידי המחבר הוא "העדר סיבה חוקית שלא לקיים את התב"טחה" — אלמנט שהודגש פעמיים על-ידי השופט ברנזון⁴⁵. אלמנט זה, שכאמור טומן בחובו איוון אינטרסים⁴⁶, מוסיף להלכת פאייטקס מידה רבה של גמישות מינהלית, ויש לקדמו בכרחה מקום שעקב שינוי הנסיבות, טובת הכלל, שהרשות מצווה לשרתה, דורשת שההבטחה שניתנה לא תקיים — הרי זה צידוק חוקי שלא לממש את ההבטחה. אלמנט זה של פאייטקס יש בו כדי להשיב לקושיא העקרונית, שעוררה מ' נגבי בסוף רשימתו, לגבי המקרים שבהם מבקשת המדינה לשוב בה מהבטחתה עקב שינוי במדיניות הנובע משיקולים כשרים וענייניים⁴⁷. אם לאחר האיוון הענייני של האיב-טרסים (טובת הכלל מול טובת הפרט) מגיעה הרשות למסקנה, כי אין מקום לממש את ההבטחה שניתנה, הרי זה "צידוק חוקי" לאי-קיום ההבטחה.

41 מ' נגבי (לעיל, הערה 30), בעמ' 383.

42 שם, שם (ההדגשה לא במקור).

43 על המשקל שיש ליתן לנתון הנמנה על מניין הנתונים הרלבנטיים לקבלת ההחלטה המינהלית ראה בג"צ דפי זהב (לעיל, הערה 3); א' זמיר, "עילת אי הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 291.

44 מ' נגבי (לעיל, הערה 30), בעמ' 376.

45 בג"צ פאייטקס (לעיל, הערה 24), בעמ' 676 מול האותיות ב וז.

46 שם, שם.

47 מ' נגבי (לעיל, הערה 30), בעמ' 383.

קיצורה של הלכת סאי־טקס הוא שהבטחת הרשות מחייבת, אך ניתן להפרה במידה שקיים טעם ענייני וסביר לכך. מסקנתנו היא אפוא שהלכת סאי־טקס הינה דינמית דיה כדי לשרת את האינטרסים, שהמשפט המינהלי נועד להגן עליהם, ובשום אופן אין לראותה כ"גורפת"⁴⁸.

(ג) ההצדקות של הלכת "סאי־טקס"

הן ההלכה הכללית שבפסק־הדין והן הנמקתה נראות לנו נכונות. מבחינת הצידיקים להתערבות שיפוטית בשיקוליה של הרשות המוסמכת, המוגבלת על־ידי הכלל שלפיו אין בג"צ שם שיקול־דעתו תחת שיקול־דעתה של הרשות המוסמכת, יש צידוק להתערבות קפדנית יותר מקום שמבקשת הרשות לשוב בה מהבטחתה. ראשית, עצם החזרה מהבטחה מטילה ספק בכשרותה של ההחלטה והמחיצה של *Omnia praesumuntur rite esse acta* הייבת ליפול⁴⁹. לכן מעמידים את ההחלטה להפר הבטחה במבחן הסבירות⁵⁰ — מבחן שטומן בחובו התערבות שיפוטית רחבה⁵¹.

48 כאשר להשגותיו של המחבר נגד ההיקש לסעיפי תום־הלב שבחוק החוזים, שנעשה על־ידי השופט ברנזון — השגות אלה נראות לנו מיותרות. ראשית, תמוה בעינינו עצם הביקורת נגד היקש בלתי־נורמטיבי, שלא נעשה אלא כדי ללמוד על סטנדרט התנהגותי מסוים. שנית, ביקורתו של המחבר שלפיה לא היה מקום להיקש מחוק החוזים אלא מחוק המתנה דוחקא (שכן מתן התמריצים דומה יותר ל"מתנה"), אף היא אינה מבוססת כלל ועיקר. ההיקש שנעשה על־ידי השופט ברנזון לא היה מיוחד ל"חוזים"; הוא נעשה כדי ללמוד על סטנדרט ההתנהגות שבמשפט הפרטי בכלל. ניתן גם להשיב בלשון פורמליסטית לביקורתו הפורמליסטית של מ' נגבי: גם אם האנלוגיה הנכונה היא לחוק המתנה, הרי שסעיפי תום־הלב שבחוק החוזים (חלק כללי), חלים גם על עיסקת המתנה דרך הסעיף 61 (ב) שבחוק החוזים (חלק כללי).

המחבר כותב, שאילו נעשה ההיקש לסעיף 5 לחוק המתנה, המאפשר, בגסיבות מסוימות, לחזור מן ההתחייבות ליתן מתנה, ניתן וצריך היה להגיע למסקנה שאין לאכוף את הבטחת המשיב בעניין סאי־טקס. נראה לנו, כי ניתן וצריך היה להגיע למסקנה האמורה גם על דרך יישומה הנכון של ההלכה הכללית, שהשופט ברנזון עצמו קבעה: היה טעם סביר (הפיחות) שלא לקיים את הבטחת הרשות. סעיפי תום־הלב לא מחילים, והשופט ברנזון לא ניסה להחיל, "אחריות מתחלפת" (*Obligation de resultat*) על המבטיח הציבורי. כל אשר נקבע, כהלכה הכללית, על בסיס ההיקש לסעיפי תום־הלב, הוא שאם במשפט הפרטי, ביחסים שבין איש לרעהו, חייב אדם לפעול בדרך מקובלת ובתום־לב, רשות ציבורית, ביחסיה עם אזרח, לא־כל־שכן.

מכאן עולה המיותרות של חלקה זה של ביקורתו של מ' נגבי.
49 בג"צ אביב (לעיל, הערה 35), בעמ' 748. השווה לכלל, שלפיו החלטה רטרואקטיבית של הרשות תעמד במבחן הסבירות: בג"צ 21/51 ביננבוים נ' עיריית ת"א, פ"ד ו 375. על בדיקת סבירותו של האקט המינהלי בשל היותו לקוי לכאורה, ראה מ' שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 102; א' זמיר (לעיל, הערה 43), שם.

50 מ' שקד (לעיל, הערה 49), בעמ' 107.
51 שם, שם. כיום מבחן הסבירות החל לשמש כמבחן פללי לבדיקת האקט המינהלי גם אם אין בו כל פגם לכאורה — בג"צ דפי זהב (לעיל, הערה 3); בג"צ 341/81 מרשב בית עזרוב נ' המפקח על התעבורה ואח', פ"ד לו (3) 349.

שנית, אין לראות את המקרה, שבו מצווה בג"צ על מילוי ההבטחה כמקרה טהור אשר בו שם בג"צ את שיקול-דעתו וחתם שיקול-דעתה של הרשות המוסמכת: בג"צ אינו מצווה אלא שלא לסטות מן ההחלטה הראשונה, וזו נתקבלה על-ידי הרשות. מבחינת המסגרת הנורמטיבית במשפט המצוי, הסמכות שניתנה לבג"צ בסעיף 7 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, הינה רחבה דיה כדי ליצור עילות ביקורת חדשות. כמו-כן ניתן, בקלות יחסית, לאחסן את עילת ה"הבטחה" במסגרת אחת העילות הקיימות. כך, למשל, ניתן להדביק לעילת ה"הבטחה" תווית של "אי-התחשבות בנתונים מטריאליים" (קיום ההבטחה והשפעותיה), או של "אי-סבירות"⁵². אם כך, אז עדיף לפרט במקום לפשט ולקרוא לילד בשמו.

מבחינת המשפט הרצוי, נוסחתו של השופט ברנזון עונה על דרישת הגמישות המינימלית. היא קובעת את הכלל, שלפיו יש לקיים הבטחה שלטונית, אך ישנו גם החריג, שלפיו ניתן גם שלא לקיימה, אם אכן קיים טעם סביר לכך. הכלל מתחשב באינטרס ההסתמכות והציפיות של מקבל ההבטחה ובערך של "אמינות השלטון"; החריג, שמקפל בתוכו "איזון אינטרסים", שומר על טובת הכלל כערך המוגן על-ידי עקרון חופש ההחלטה המינהלית. היחס "כלל-חריג" מצביע על כך שרק מתוך נימוקים ככדי-משקל ניתן שלא לקיים את ההבטחה.⁵³

(ד) התפתחות ההלכה שנפסקה ב"סאיטקס"

מאז פרשת סאיטקס, בשום מקרה שהובא בפני בג"צ, פרט למקרה אחד⁵⁴, שעליו עוד ידובר להלן⁵⁵, לא נאכפה הבטחה מינהלית מכוח עצם קיומה. מצד שני, לא בוטלה הלכת סאיטקס בפה מלא.

דומה, כי הסיבה לתופעה הראשונה נעוצה באי-שביעות רצונו של בג"צ מהלכת סאיטקס, בהיותה – לדעת רבים – הלכה "גורפת"⁵⁶, וכבר אמרנו לעיל, כי רושם זה נראה לנו מוטעה⁵⁷.

הסיבה לתופעה השנייה (אי-ביטול ההלכה), מקורה בחשיבה התקדימית האנגלו-סקסית, הרואה בביטול ההלכה צעד דרסטי למדי והמעדיפה התמודדות לא-הינתית עמה באמצעות טכניקת האיבחון. כפי שנראה להלן, כמעט כל מלה שיצאה מפיו של השופט ברנזון בפרשת סאיטקס קיבלה פירוש "נורמטיבי" בפסיקה מאוחרת יותר, ודבריו – כניסוחם המילולי – היו לפורמולה משפטית.

כבר בסמוך למתן ההחלטה בעניין סאיטקס הוגשה לבג"צ עתירה של התאחדות בתי-המלון⁵⁸, שבה ביקשו העותרים להסתמך על ההחלטה האמורה. ההבטחה שקיבלו העותרים, היא להכיר בענף המלונאות כענף מייצא לצורך התמריצים השונים. השופט

52 ראה להלן, פרק ב(3).

53 ראה להלן.

54 בג"צ אבוזב (לעיל, הערה 35).

55 ראה להלן, עמ' 268–269.

56 ראה לעיל, הערה 40.

57 ראה לעיל, עמ' 263.

58 בג"צ 534/75 התאחדות בתי המלון בישראל ואח' נ' שר התיירות ואח', פ"ד ל (1) 837.

לנדוי (כתוארו אז) דחה את העתירה מתוך נימוק שנחשאה אינו מתאים להכרעה שיפוטית, כי אין זה מתפקידו של בית-המשפט לעשות איוון אינטרסים בחלוקה זו או אחרת של העוגה התקציבית.⁵⁹

אם כך, מה ההבדל בין מקרה זה לבין זה שבפאייטקס, שגם שם היתה התערבות שיפוטית במדיניותה התקציבית של הממשלה? ההבדל הוא – אליבא דשופט לנדוי – בכך שההבטחה נשוא הדיון בפאייטקס היתה הבטחת סכום קצוב לתקופה מסוימת, בעוד שבמקרה של התאחדות בתי-המלון כלל לא נקבע גובהו המדויק של התמריץ.

האם לפנינו הבדל רלבנטי בין שני המקרים? דומה שלא. עניין ה"סכום הקצוב" וה"התקופה המסוימת" כלל לא הוזכר על-ידי השופט ברנזון בפסק-דינו בעניין פאייטקס. השופט ברנזון דרש, כי ההבטחה תינתן מתוך כוונה שיהא לה תוקף משפטי ותתקבל ככזאת.⁶⁰ ואין דרישה זו מהווה אלא צורך בקיומו של יסוד סביר להסתמך על הבטחת השלטון. "הסכום הקצוב" ו"התקופה המסוימת" הם לא בבחינת תנאי מספיק ולא בבחינת תנאי הכרחי להיווצרות יסוד ההסתמכות. קיומו של יסוד ההסתמכות נבחן על-פי אמות-מידה קונקרטיים ואין מקום לקבוע כאן כללים נוקשים.⁶¹

ברם, עתירתה של התאחדות בתי-המלון ראויה היתה להידחות מטעם אחר שהוזכר על-ידי השופט לנדוי: עמדתו האוהדת של שר-התיירות כלפי העותרים וכן הבטחותיו אין בהן כדי לחייב את אוצר המדינה הממונה על חלוקת העוגה התקציבית. כמו-כן, יישומה הנכון של הלכת פאייטקס חייב בדיקה, האם, בנסיבות העניין, קיים טעם ענייני וסביר שלא למלא אחר ההבטחה שניתנה, וייתכן שהיה מקום להשיב על כך בחיוב.

המקרה האחר, שהובא בפני בג"צ, הוא עתירתה של חברת אספ-אקספורט.⁶² העותרת נהנתה מתמריצי היצוא על-פי חוזר ממשרד המסו"ת. בעקבות הפיחות הוחלט להפחית את התמריץ, כשההוראה לפעול כך חלה גם על היצוא שבוצע לפני הפיחות, אם התמורה שהתקבלה עבורו במטבע-חוץ הומרה אחרי הפיחות. השופט ויתקון דחה את העתירה, שבה ביקשה העותרת להמשיך ולקיים את ההבטחה שבחוזר, בהסתמכה על הלכת פאייטקס. לדעתו, שונה המקרה של אספ-אקספורט מהמקרה של פאייטקס בכך שב-חוזר נשוא הדיון, שלא כמו בחוזר נשוא הדיון בפאייטקס, נאמר, כי אין לראות בהוראותיו משום התחייבות לשלם את כספי הסיוע, וטעם זה נמנה עם טעמי דחייתה של העתירה.

קשה לקבל את המסקנה שיש בשוני ניסוחי זה כדי להוביל לפער כה תהומי בין שני החוזרים. בשני המקרים דובר בחוזרים שאינם מבשרים אלא על מדיניות המשרד שהפיצם, ושניהם אינן בבחינת חוזה מחייב. שני החוזרים יוצרים ציפיות שיש להתחשב בהן, והשופט ויתקון עצמו עמד על כך.⁶³ לו עתירתן של פאייטקס ואח' היתה

59 שם, בעמ' 840.

60 בג"צ פאייטקס (לעיל, הערה 24).

61 גם עניין ה"מסוימות" (כגון האם ניתן לאמוד את שיעור הסיוע המובטח על בסיס ההצמדה לסיוע המתקבל על-ידי היצואנים) הצריך בדיקה קונקרטית.

62 בג"צ אספ-אקספורט (לעיל, הערה 30).

63 שם, בעמ' 639.

מתקבלת על בסיס המסקנה שנקשר קשר חוזי מחייב בין העותרות למשיב, ניתן היה לקבל את איבחון הנ"ל של השופט ויתקון; אך לא כך הם פני הדברים. לא התוספת האמורה שבחוזר, אלא קיומן של הנסיבות החדשות (הפיחות) הוא אשר חייב והצדיק את אי-מימוש ההבטחה בעניין אסמ"אקספורט, בהיותו משמט את היסוד (שער-חליפין מסוים) שעליו גשענה ההבטחה האמורה. הפיחות אפוא הוא בבחינת "צידוק חוקי" לאי-מימוש ההבטחה. אלמלא הפיחות היה מקום להתחשב בהסתמכות של חברת אסמ"אקספורט ובציפיותיה, וכפי שעולה מדברי השופט ויתקון עצמו, במקרה כזה הוא לא היה מאפשר למשיבים להסתתר מאחורי התוספות שנועדה להקנות אופי בלתי-מחייב לחוזר.⁶⁴

השופט ויתקון מצא גם הבדל נוסף בין המקרים: בפרשת סאי-טקס הונח (בצדק או לאו), שהמדובר הוא בדולרים שהומרו ללירות ישראליות לפי השער שמלפני הפיחות, בעוד שבמקרה אסמ"אקספורט אין בהחלטת המשיבים כל רטרואקטיביות.⁶⁵ לנקודה זו התייחסנו לעיל.⁶⁷ ואין צורך להאריך. נוסף רק, כי גם השופט ברק, בבג"צ 332/78, ה"מ 23/79 שבעניין סאי-טקס,⁶⁸ פירש את ההחלטה הקונקרטית שבעניין סאי-טקס (בבג"צ 135/75, 321) כזאת שנועדה למנוע פגיעה רטרואקטיבית בשער-החליפין האפקטיבי לדולר יצוא.⁶⁹

האיבחון האחרון של השופט ויתקון הביא לידי כך, שבפסק-דין מאוחר יותר, בעניין אומן⁷⁰, הועלתה, או לפחות נרמזה, הדרישה של שינוי מצבו של הנכסח לרעה כתנאי לקשירת הרשות בהבטחתה.⁷¹ השופט "כהן (כתוארו אז), שפסק בעניין אומן, מצא לנכון שלא להבחין בין ההחלטה הקונקרטית שבפסק-הדין סאי-טקס המבוססת, בין היתר, על שינוי לרעה במצבן של העותרות, לבין ההלכה הכללית שבפסק-הדין. נראה לנו, בכל הכבוד, כי עיקרה של הלכת סאי-טקס, הוא שיש לאכוף הבטחה שלטונית ל"עתיד" גם כשמקבל ההבטחה לא שינה את מצבו לרעה (ברור, שבמקרה של שינוי מצב לרעה תחול ההלכה מקל-וחומר).

בהמשך פסק-דינו שבעניין אומן מסכם השופט "כהן את ה"תנאים" לקשירת הרשות בהבטחתה תוך מתן פירוש נורמטיבי של "תנאי" כמעט לכל מלה שנאמרה על-ידי השופט ברנזון בסאי-טקס.⁷² התנאים הם: (א) סמכותו של נותן ההבטחה ליתנה; (ב) כוונתו להקנות לה תוקף משפטי; (ג) יכולתו למלא אחריה; (ד) העדר צידוק חוקי לשנותה או לבטלה.

פסק-הדין היחיד (שאחרי סאי-טקס), שבו נצטוותה הרשות למלא אחר הבטחתה,

64 הדברים עולים מהאמור שם, מול האות ב.

65 השופט ויתקון השתמש באיבחון הנ"ל בפסק-דינו האחר: ע"א 831/76 לוי ואח' נ' פקיד השומה חיפה, פ"ד לב (1) 421, 433.

66 בג"צ אסמ"אקספורט (לעיל, הערה 30), עמ' 642.

67 ראה לעיל, הערה 30.

68 בג"צ 332/78, ה"מ 23/79 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד לג (2) 593.

69 שם, בעמ' 596.

70 בג"צ אומן (לעיל, הערה 40).

71 שם, בעמ' 473.

72 שם, בעמ' 474 מול האות א.

הוא בג"צ 250/78 בעניין אביוב⁷³. העותר פנה למינהל מקרקעי ישראל בבקשה לחזור קרקע לעיבוד חקלאי. הוועדה המחוזית שהוקמה לצורך קבלת ההחלטות בעניינים כגון זה של העותר, החליטה להיעתר לבקשתו. אחד ממתחריו של העותר, שאף הוא ביקש לחזור את אותו השטח ופניו הושברו ריקם, ערער על ההחלטה האמורה בפני ועדת הערעורים שבמינהל, וזו החליטה להקפיא את כריתת חוזה החכירה עם העותר עד שתיערך בדיקה נוספת של העניין. תפנית זו באה מטעם אחד כלבד: היה מחסור במים בשטח נשוא החכירה, והעיבוד החקלאי, שהעותר ביקש לבצע, עלול היה להחמיר מחסור זה. מ"מ הנשיא לנדוי (כתוארו אז) פסק, שלו השיבה הוועדה המחוזית את פניו של העותר ריקם, בהסתמך על "שיקולי המים", איש לא יכול היה למחות בידה. אך כיוון שהוועדה החליטה מה שהחליטה, שונים הם פני הדברים. החלטה זו הינה בבחינת הבטחה שניתנה על-ידי בעל שררה במסגרת סמכותו החוקית וכו'... (כאמור בפסק-דין סאי-מקס), ולא נותר אלא לבדוק האם קיים צידוק חוקי לשנותה או לבטלה. לשון אחרת: האם קיים טעם ענייני וסביר המצדיק את ביטולה של החלטת הוועדה המי-חוזית?⁷⁴ מ"מ הנשיא לנדוי מגיע למסקנה, כי "שיקולי המים" האמורים אינם בבחינת "טעם ענייני וסביר" לביטול ההחלטה המבטיחה לעותר את חוזה החכירה, שכן כדי לצרוך מים בכמות הנדרשת, יצטרך העותר בלא-הכי להצטייד בהיתר מטעם הרשויות הפרעלות על-פי חוק המים, תשי"ט—1949⁷⁵.

חשיבותו הנוספת של בג"צ אביוב היא בהדגשתו של מ"מ הנשיא, ש"יש ובית-משפט זה יחייב רשות ציבורית לקיים הבטחה ברורה שניתנה, גם אם לא הוכח שינוי לרעה במעמד האזרח עקב מתן הבטחה"⁷⁶ 77.

73. בג"צ אביוב (לעיל, הערה 35).

74. שם, בעמ' 749.

75. הנמקתו של מ"מ הנשיא דאו מעוררת קושי מסוים. עולה ממנה כי הוועדה המחוזית, בבואה לדון בבקשתו של העותר, רשאית היתה לשקול (ואולי אף טעתה בכך שלא שקלה) את "שיקולי המים". אך לאחר שוועדה זו החליטה (אולי בטעות), אין ועדת-הערעורים יכולה לבדוק את החלטתה לאור שיקולי המים שלא נשקלו, זאת משום שהסמכות ליתן היתר לצריכת המים היא בידי רשויות המים המיוחדות. הקושי מתעורר כאן עקב שאלת "ממה נפשך": אם העניין של צריכת המים מסור לסמכותה של הרשות המיוחדת שהוקמה לצורך כך, מדוע איש לא יכול היה למחות" בידי הוועדה המחוזית של המינהל, אילו דחתה את בקשת העותר בהתבסס על שיקולי המים, שהם בבחינת שיקולים לא לה? ואם אכן היתה מוסמכת הוועדה המחוזית לשקול את "שיקולי המים" האמורים, אז מדוע אין להתיר לוועדת-הערעורים לנסות ולתקן את טעותה (שבא-שיקולת הנתון הרלבנטי) של הערכאה דלמטה?

דומה, כי מ"מ הנשיא העניק הגנה להסתמכותו של העותר על החלטת הוועדה המחוזית בטרם מוצו כל ההליכים האפשריים על-ידי כל המעוניינים. מ"מ הנשיא עמד על רשאיותו של העותר להסתמך על ההנחיות הפנימיות של המינהל, שמכותן פעלה הוועדה המחוזית בבואה לתחילת בעניינו. אך מעצם קיומה של ועדת-הערעורים, מכוחן של אותן ההנחיות עולה, כי החלטת הוועדה המחוזית אינה סופית (ראה הנחיות אלה כציטוטן ע"י מ"מ הנשיא, שם בעמ' 747), ואם אכן סמך העותר על אותם ההנחיות היה עליו להמתין עד תום ההליכים כאמור בהן, ועד אז אין הסתמכותו ראויה להגנה משפטית.

76. שם, בעמ' 749 (התרגשה לא במקור); ראה גם בג"צ 267/76 מגן נ' שר החקלאות ואח', פ"ד לא (1) 634, 638.

77. להשלמת התמונה ראה בג"צ 558/79, 572 נ'מל ושניב נ' הסיכנות היהודית ואח', פ"ד לד (1) 424.

(ה) סיכום החלכה כפי שנתגבשה

ניתן לסכם את ההלכה בעניין ההבטחה המינהלית כעילה "עצמאית" להתערבות בג"צ כדלקמן:

הבטחת המינהל תחייב אם

- (1) היא ניתנה על-ידי בעל הסמכות לתתה;
- (2) המבטיח התכוון ליתן לה תוקף משפטי מחייב;⁷⁸
- (3) היא מפורשת די הצורך;⁷⁹
- (4) היא בת-ביצוע;
- (5) אין טעם סביר לשנותה או לבטלה.⁸⁰

כעת נדון בתנאים אלה, שהם, כאמור, מצטברים.

התנאי הראשון הינו מובן מאליו – הבטחה חייבת לבוא ממקור מוסמך, ובג"צ לא יצווה על עשיית מעשה שהוא בבחינת Ultra Vires הרשות.⁸¹

התנאים (2) ו-(3) מבהירים מתי קיים יסוד סביר להסתמך על ההבטחה המינהלית. לא כל הסתמכות וציפיה זוכות להגנה משפטית אלא רק הסבירות שבהן. התנאים דומים לדרישת "גמירות הדעת" וה"מסוימות" שבחוק החוזים (חלק כללי)⁸². רצוי להשאיר את התנאים הללו בניסוחם המופשט ולא לפרט יותר.⁸³ שכן קיומו של יסוד ההסתמכות הוא לעולם פוגעיה של נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. בהקשר זה יש להזכיר את הלכת לוי⁸⁴, שלפיה ההבטחה ליתן הקלות לפני-משורת-הדין (Extra-legal Concessions) במסים, אינה מחייבת את השלטון, כיוון שהמבטיח לא התכוון ליתן לה תוקף מחייב.

לפי התנאי הרביעי, בג"צ לא יצווה על מימוש ההבטחה כשאין בכוחו של המבטיח למלא אחריה. הכוונה לאי-אפשרות הביצוע מהבחינה החוקית⁸⁵, היינו: חוסר סמכות או חריגה מסמכות הכרוכים במימוש ההבטחה. כך, במקרה אומן, הושמט הבסיס הסטי-טוטורי להמשך קיומן של קרנות העידוד ליצואני הכותנה, דבר שמנע את מימוש ההבטחה להמשיך בפעולת הקרנות.⁸⁶

78 המבטיח יכול, כנראה, לשלול תוקף מחייב מהבטחתו על-ידי התניה מפורשת: בג"צ אסמ"אקפפורט (לעיל, הערה 30); ע"א לוי (לעיל, הערה 65).

79 ומקום שמדובר בהבטחה ליתן סובסידיה או תמריץ יש לנקוב בסכום ובמועדי הביצוע: בג"צ התאחדות בתי-המלוך (לעיל, הערה 58).

80 בג"צ אביוב (לעיל, הערה 35).

81 על ההבטחות הבלתי-מוסמכות ראה להלן פרק ג.

82 עיין בסעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973, ס"ח 118.

83 כנעשה בבג"צ התאחדות בתי-המלוך (לעיל, הערה 58).

84 לעיל, הערה 65.

85 בג"צ זילברשטיין (לעיל, הערה 40), בעמ' 363; בג"צ אומן (לעיל, הערה 40), בעמ' 474; בג"צ מגן (לעיל, הערה 76); בג"צ אלון (לעיל, הערה 40).

86 בג"צ אומן (לעיל, הערה 40); ראה גם בג"צ 856/83 לידור ג' שר האוצר ואח', פ"ד לח (1) 602.

התנאי החמישי מצביע על כך, שאין בעצם מתן ההבטחה כדי להטיל אחריות מוחלטת על הרשות. לאחר שנמלאו ארבעת התנאים הראשונים, והרשות מבקשת לנער את חוצנה מהבטחתה, אין החוקה *Omnia praesumuntur rite esse acta* תעמוד לה, לרשות, והיא תחויב להרים את נטל הראייה בדבר קיומו של הטעם הסביר המצדיק את החלטתה⁸⁷. התנאי של "העדר הטעם הסביר..." הנ"ל מקפל בתוכו את איוון האינטרסים, זה של הפרט וזה של הכלל, המתנגשים הזיתית זה בזה. שינוי מצבו של הנבטח לרעה, שלא נדרש כתנאי לקשירת הרשות בהבטחתיה, יכול להוות כאן שיקול רציני כנגד השיקולים שבעד הפרת ההבטחה⁸⁸. אולם גם בלא השינוי לרעה, כאמור, דרושים שיקולים רציניים מאוד כדי להצדיק את הפרת ההבטחה הפוגעת בציפיותיו של מקבלה⁸⁹.

סיכומו של דבר: על-אף הביקורת שנמתחה נגד הלכת מאי-טקס באמרות-אגב השונות⁹⁰, הלכה זו ממשיכה להתקיים⁹¹. גבולותיה הותוו בפסיקה מאוחרת יותר, כאמור לעיל. התנאים לקשירת הרשות בהבטחתה הינם סבירים ויישומם הנכון עשוי להביא להוצאות משביעות-רצון.

לא נותר אלא לברר, האם התנאי החמישי לקיום ההבטחה, המקפל בתוכו את "מבחן הסבירות", לא שולל את "עצמאותה" של עלית ההבטחה. השאלה נטונה במיוחד אחרי בג"צ דפי זהב⁹², שלפיו כל החלטה מינהלית, ובכלל זה גם החלטה לשוב מההבטחה, תעמוד "במבחן הסבירות".

ראשית בעיר, כי שאלת מיון העילות הינה תיאורטית גרידא. מהבחינה המעשית, חשובה החובה להתחשב במיד באינטרס ההסתמכות ובאינטרס הציפיות של האזרח — חובה שמוטלת על הרשות הציבורית, ואין נפקא מינה אילו תווית תדבק לעילת ההתערבות שתגן על האינטרסים הללו.

מבחינת המיון העיוני, דומה, כי הבטחה מינהלית הינה עילה כשלעצמה. התנאי החמישי הנזכר הוא בבחינת חריג לכלל הדורש את קיום ההבטחה כאשר מתקיימים ארבעת התנאים הראשונים, והנטל להוכיח את קיומו רובץ על כתפי הרשות שמבקשת לחזור בה.

אין להשאיר בלא התייחסות גם את מגמת הצמצום ביחסה של הפסיקה אל הלכת מאי-טקס. נראה לנו, כי מגמה זו נובעת מנוקשות הסעד (צו "עשה") הניתן בבג"צ, תופעה מעניינת מזווית-ראייה של סוציולוגיית המשפט. מתן צו "עשה" טעון הכרעה חותכת בין האינטרסים המתנגשים — הכרעה שלא תמיד ניתן לעשותה. כך, מתן צו "עשה" במקרה שבו ניתנה הבטחה מינהלית, והרשות ביקשה אחרי-כך להפרה מהנימוק

87 בג"צ אביב (לעיל, הערה 35).

88 בג"צ 318/75 ח'גים ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, חיפה, פ"ד ל (2) 133, 137-138; ראה גם דברי השופט אשר בבג"צ קצאן את הרשמי (לעיל, הערה 40), בעמ' 11.

89 בג"צ 127/80 אדם נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד לה (2) 118, 121.

90 ראה לעיל, הערה 40.

*90 פסק-הדין שניתן לאחרונה, על-פי הלכת מאי-טקס, הוא בג"צ 49/83 המתלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף ההלב ואח', פ"ד לו (4) 516.

91 לעיל, הערה 3.

שמימוש ההבטחה נוגד את טובת הכלל, מצריך העדפת אינטרס הפרט על-פני אינטרס הכלל. הסירוב ליתן צו "עשה" מצריך, במקרה זה, זניחת אינטרס הפרט שהסתמך על ההבטחה ואולי אף שינה את מצבו לרעה שעה שפעל על-פיה. בעיית ההבטחה המינהלית דורשת לעתים קרובות פתרונות ביניים, אך אין פתרונות אלה מצויים כשהברירה, שבפניה עומד בג"צ, היא ליתן צו "עשה" או לדחות את העתירה.

דומה, כי יש מקום לפנות לסעיף 7 (א) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז—1957, שהוא סעיף של "גמישות הסעדים", אך המשפט המינהלי הישראלי, שהתפתח לפי המסורת האנגלית, השאיר סעיף זה עומד בצלו של הסעיף 7 (ב) (2) ⁹². כוונתו היא, שיש להפעיל את הסעיף 7 (א) במקרים, שבהם טובת הכלל לא מאפשרת ליתן צו "עשה" נגד הרשות שהבטיחה דבר לאזרח, אך האזרח שינה את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה. במקרה כזה יש לשקול את פסיקת הפיצויים לטובת האזרח, כשהסמכות לכך מצויה בסעיף 7 (א) הנ"ל. על כך עוד ידובר להלן ⁹³.

3. הבטחה כנתון, שעל הרשות לשקלו וליתן לו משקל נאות

העובדה שניתנה הבטחה אשר יש בה כדי ליצור ציפיות, העובדה שמקבל ההבטחה פעל על-פיה ושינה את מצבו לרעה — כל העובדות הללו הן בבחינת נתונים מהותיים שעל הרשות לשקלם. אי-שקילת העובדות הללו מהווה "התעלמות מנתונים מטרי-אליים" — עילה להתערבות בג"צ שיבטל החלטה שנתקבלה, כאמור ⁹⁴, כפי שאמר השופט ברק בבג"צ ציבא ⁹⁵:

"הסכמים יש לכבד והרי זה שיקול רלבנטי שעל הרשות לקחת בחשבון...". ⁹⁶
הדברים נאמרו על החוזה השלטוני, אך הם יפים גם לעניין ההבטחה: השופט ברק חזר עליהם בפסק-דינו האחר ⁹⁷, ובבג"צ אורם אמר אותם בנוגע להבטחה ⁹⁸.
ולא זו בלבד שהרשות חייבת להתחשב באינטרס ההסתמכות ובאינטרס הציפיות של מקבל ההבטחה, אלא שהיא חייבת, כבואה להחליט בעניינו, ליתן להם משקל נאות. החובה ליתן משקל הולם לכל הנתונים הרלבנטיים שנשקלים על-ידי הרשות טמונה בחובו של הכלל, הדרוש שהחלטות המינהל תהיינה סבירות ⁹⁹.

92 ראה להלן, פסיקה המאוזכרת בהערה 233; י' זמיר, שפיטה בעניינים מינהליים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, תשל"ה) 104—112; 193—196. לאחרונה הועתק סעיף 7 בלא שינוי של ממש לתוך מסגרת חקיקתית חדשה — סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה (ס"ח תשמ"ד 78).

93 בעמ' 43. לאחרונה נפסק (אם כי, מבחינה טכנית, המדובר ב-*obiter dictum*), כי סמכותו של בג"צ לפסוק פיצויים לאזרח גלומה גם בהוראות הסעיפים 7 (ב) (2) ו-34 לחוק בתי-המשפט — בג"צ מגדה (לעיל, הערה 11), בעמ' 98 ואילך.

94 ראה המקורות המאוזכרים לעיל, הערה 2.

95 לעיל, הערה 8.

96 שם, בעמ' 754.

97 בג"צ מרכז הקבלנים (לעיל, הערה 8).

98 בג"צ אורם (לעיל, הערה 89), שם.

99 בג"צ דפי זהב (לעיל, הערה 3); מ' שקד (לעיל, הערה 49); א' זמיר (לעיל, הערה 43).

בג"צ הכיר בקיומם של אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפיות כבנתונים מהותיים בעלי משקל כבד: כך, אם פעל הנבטח בעקבות ההבטחה שקיבל ושינה את מצבו לרעה, רק שיקולים רציניים של טובת הציבור יש בהם כדי להצדיק את אי-מימוש ההבטחה¹⁰⁰, וקל-וחומר חוזה¹⁰¹. הוא-הדין במקרה של ביטול או של אי-חידוש הרשיון שניתן לאורח¹⁰². לקיומם של חוזים עם השלטון ורשימות ניתן משקל מיוחד (גדול מזה שניתן להבטחות הרשות) עקב אופיים המעין-רכושי, שכן חוזים ורשימות אלה הם בבחינת ה"רכוש החדש" (New Property)¹⁰³. גם החלטות אחרות של הרשות שנותנות יסוד סביר להסתמך עליהן עשויות לכבול את ידי הרשות המבקשת לשנותן, זאת אם האורח פעל על-פיהן ושינה את מצבו לרעה. כך בבג"צ חדגים¹⁰⁴ נדון המקרה, שבו סירבה המשיבה לאשר תוכנית שהוגשה על-ידי העותרים ועברה את כל שלבי התפקדה (לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה—1965) מבלי שתוגש עליה כל התנגדות. המשיבה נימקה את סירובה ב"חוסר התכנון הטוב", שכן ביצוע התוכנית עלול היה לגרום לציפיות — שיקול שהוא ענייני וסביר כשלעצמו. אך כיוון ששיקול זה נשקל על-ידי המשיבה רק ברגע האחרון (אחרי שזו אישרה את תוכנית התפקדה ואחרי שתיקנו העותרים את תוכניתם, לפי דרישתה), החליט השופט לנדוי (כתוארו אז) לקבל את העתירה ולצוות על המשיבה לאשר את התוכנית. התנהגות המשיבה יצרה ציפיות מוצדקות אצל העותר — ציפיות שלפיהן יקבל את האישור הסופי. העותר פעל בהתאם לציפיות אלה ושינה את מצבו לרעה. בנסיבות אלה "חייבים להיות טעמים כבדי משקל כדי להצדיק הפיכת הקערה על פיה...". ו"אם הוועדה התרשלה במתן האישור לתפקדה, את עוון התרשלותה אין היא יכולה לפקוד על האורח שהסתבך בינתיים בהוצאות ובסכנת התיבוע האפשרית מצד שלישי"¹⁰⁵. כך גם הסטיה האפשרית מהנחיות פנימיות שהרשות קבעה לעצמה חייבת להיעשות תוך התחשבות באינטרס ההסתמכות והציפיות של האורח. לפיכך החלטתה לסטות מן ההנחיות הפנימיות תעמוד במבחן הסבירות¹⁰⁶, וייתכן שעול הראיה בדבר מוצדקות הסטיה האמורה יועבר לרשות¹⁰⁷. לאור האמור לעיל, קיום הציפיות אצל מקבל ההבטחה וכן שינוי מצבו לרעה שב-

100 בג"צ אודם (לעיל, הערה 89), שם.

101 בג"צ צובא (לעיל, הערה 8), בעמ' 754. ראה, לאחרונה, פסק דינה של המשנה לנשיא, מ' בן פורת בע"א 64/80 בנק ארץ ישראל ברימניה (כפירוק) ג' משרד השיכון (טרם פורסם).

102 בג"צ 113/52 זקם נ' שר הממשלה, פ"ד ו 696; בג"צ 799/80 שלם נ' פקיד הרישוי לפי חוק בלירייה, תש"ם—1949, ואח', פ"ד לו (1) 317; בג"צ 475/81 Deak and Co. Inc. נ' נגיד בנק ישראל ואח', פ"ד לו (1) 803.

103 733 (1963—4) 73 Yale L.J. "The New Property" Reich, בג"צ Deak (לעיל, הערה 102), בעמ' 807; בג"צ מרכז הקבלנים (לעיל, הערה 8), בעמ' 747.

104 בג"צ חדגים (לעיל, הערה 88).

105 שם, בעמ' 138; ראה גם בג"צ 795/79, 668/80 המועצה האזורית נור ואח' ג' המועצה הארצית לתכנון ולבניה ואח', פ"ד לו (1) 561, 569—570; בג"צ 574/81 ירמיהו עיני בע"מ ואח' ג' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ואח', פ"ד לו (3) 169.

106 ראה י' זמיר (לעיל, הערה 13), בעמ' 104, הערה 277 — פסקי-הדין המאוזכרים שם; ולאחרונה — בג"צ 528/81 "ספרא" נ' שר הבריאות ואח', פ"ד לו (3) 561, 562—563.

107 שם, בעמ' 105; ובמיוחד ראה פסקי-הדין המאוזכרים שם, בהערה 281.

עקבות ההבטחה, יש בשני אלה יחד ובכל אחד אחד כדי להצר את "מתחם הסבירות"¹⁰⁸, שבו רשאית הרשות לפעול.

מן האמור עולה, כי ראיית ההבטחה המינהלית והשפעותיה כנתון רלבנטי ובעל משקל רציני – גישה זו קרובה מאוד (ואולי אף זהה) לראיית ההבטחה כעילה עצמאית (הלכת סאיי-טקס). כפי שנאמר לעיל¹⁰⁹, אין לתווית שמדביקים לעילה ("אי-סבירות"; "אי-שקילת נתון מטריאלי" או "הבטחה") כל גפוקת מעשית. אם המשפט המינהלי מגן על מקבל ההבטחה במובן זה שהוא מטיל חובה תמידית לשקול את קיומם של אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפיות ותמידית ליתן להם משקל רציני: מקום שניתן לפרט ולקבוע כי מצב טיפוסי – הבטחה – מקים עילה, רצוי לא לפשט. יש אפוא לראות בקיום ההבטחה המינהלית עילה עצמאית להתערבות בג"צ¹¹⁰. הטעם לכך נעוץ בוודאות המשפט.

4. הבטחה כבסיס להיווצרות ה"מניעות" נגד הרשות

מוסד ה"מניעות מכוח הבטחה" (Promissory estoppel) נועד להשתיק את טענת המבטיח שבאה לשלול תוקפה המחייב של הבטחתו, מקום שמקבל ההבטחה פעל על-פיה ושינה את מצבו לרעה¹¹¹.

השאלה היא, האם ניתן לקשור רשות ציבורית בהבטחתה באמצעות מוסד ה"מניעות"? הלכת סאיי-טקס לא דורשת שינוי לרעה במצבו של הנבטח כתנאי לאכיפת ההבטחה, כפי שנחוץ להיווצרות ה"מניעות", אך מהצד השני היא מאפשרת לרשות להשתחרר מהבטחתה כשיש הצדקה לכך. אין אפשרות ל"השתיק" את הרשות המבקשת לנער את חוצנה מהבטחתה בהתבסס על התנאי החמישי של הלכת סאיי-טקס¹¹².

אך לצדו של זרם הפסיקה שבעקבות פסקי-הדין בעניין סאיי-טקס קיים זרם נוסף שדן בהבטחות מינהליות על בסיס דוקטרינת ה"מניעות". זרם זה רחוק מלהוות "הלכה" עקב מחלוקת הפוסקים בשאלת תחולתה של דוקטרינת ה"מניעות" ביחסים של טו רבים שבין האזרח לרשות¹¹³. לדעתנו, אין ללמוד מהלכות אלה, כי ביחסים שאינם

108 "מתחם הסבירות" – כמינוחו של השופט ברק בג"צ דפי זהב (לעיל, הערה 3); ראה על כך מ' שקד (לעיל, הערה 49), בעמ' 107–121; א' זמיר (לעיל, הערה 43); ראה גם בג"צ זברתי (לעיל, הערה 3), בעמ' 768.

109 ראה לעיל, טקסט הסמוך להערה 91.

110 שם.

Spencer & Bower & Turner, *Estoppel by Representation* (London, 3rd ed., 1977) 111
4, 367–369; *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*
(1947) K.B. 130; (1956) 1 All E.R. 256; M.R. Denning, *The Discipline of law*
(London, 1979) 197–223.

112 ראה לעיל, טקסט שאחרי הערה 86.

113 על כך נעמד בהמשך. יצוין כי קיימים פסקי-דין שבהם הושארה השאלה בלא הכרעה: בג"צ 327/52 זמיר נ' המפקח על התעבורה, פ"ד ז 358, 364–365; בג"צ 26/54 מך' ויינגרטן נ' המועצה המקומית כפר קיימה, פ"ד ה (1) 535; בג"צ 63/56 מרינה נ' הוועדה המקומית לבניין ולבניין ערים חיפה, פ"ד י 1609, 1614, וכן בג"צ סאיי-טקס (לעיל, הערה 24), בעמ' 676 מול האות א.

"שלטוניים", כשהרשות פועלת כ-Fiscus, יש תחולה לדוקטרינת ה"מניעות". יחסים אלה נחתכים, כאמור, על-פי כללי הדואליות הגורמטיבית¹¹⁴, המחילים על פעולות הרשות את כללי המשפט הציבורי לצדם של דיני המשפט הפרטי. כל חשיבותה של ה"מניעות" היא לחייב את הרשות למלא אתר הבטחתה כשיש לה סיבה טובה להפרה — סיבה שנעוצה בטובת הכלל. אם אין לה, לרשות, סיבה טובה, כאמור, היא תחויב לקיים את ההבטחה אף מבלי להיזקק לדוקטרינות אקביטיביליות. אם כך, אז ההבחנה בין פעולת הרשות כשלטון לבין פעולתה כ-Fiscus לא מעלה ולא מורידה לענייננו. גם אם נגיה, שמשפטנו הפרטי מכיר ב"מניעות", אין ה"מניעות" פועלת נגד תקנת הציבור¹¹⁵, ובית-המשפט לא יצווה על הרשות לממש את הבטחתה בניגוד לטובת הציבור.

דעתנו הכללית בנוגע ל"מניעות" היא, כי מוסד ה"מניעות" מיותר לחלוטין בסדר גיחנה. ממה נפשך: אם מימוש ההבטחה המינהלית נוגד את טובת הכלל, אין ה"מניעות" עוזרת, כי אין בכוחה לגבור על "טובת הכלל" (המקפלת בתוכה כלל, שעל הרשות למלא את תובתיה הציבוריות בצורה נאותה); ואם מימוש ההבטחה לא עומד בניגוד לטובת הכלל, אז אין לרשות כל סיבה סבירה להפר הבטחה והיא תחויב לממשה על-פי הכללים הרגילים של המשפט המינהלי¹¹⁶.

על-כן, יש להתיר, לדעתנו, בוהירות אל פסקי-הדין שעסקו בסוגיא: הדיבור כגון "הרשות מנועה/מושקת...". אין פירושו המיד כי הרשות חויבה למלא את הבטחתה מכוח ה"מניעות". יש ודיבור זה אינו מצביע אלא על חיוב הרשות לממש את הבטחתה מכוח העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי. יש לבחון מה נעשה בפועל בפסקי-דין זה או אחר.

כעת נפנה אל פסקי-הדין שדנו בסוגיא. לצורך נוחות הדיון חולקו פסקי-הדין לשתי קבוצות: האחת מרכזת בתוכה את פסקי-הדין שאימצו, לכאורה, את תחולתה של ה"מניעות מכוח הבטחה" ביחסים שבין האזרח לרשות; השנייה מרכזת את פסקי-הדין שדחו, לכאורה, גישה זו.

(א) פסקי-הדין שאימצו, לכאורה, את תחולתה של ה"מניעות מכוח הבטחה" ביחסים שבין האזרח לרשות

א. בני"צ פולק¹¹⁷

החברה העותרת, יצואנית תומרי-חבישה רטואיים, קיבלה הטבות בצורת "החזר המסים העקיפים" ובנוסף לכך הקצבה מ"קרן הכותנה". מוצריה של העותרת סווגו כ"מוצרים

114 ראה בני"צ מרכז הקבלנים, בני"צ חברה פלוגית, בני"צ מינדה (לעיל, הערה 8).
115 מסקנה זו ניתן להסיק גם מקל-וחומר, מהאמור בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118: אף חווה מוגמר, שכוחו החיובי עולה על זה של "מניעות", אינו עומד מול תקנת הציבור. ראה גם ג' שלו (לעיל, הערה 15), שם.
116 זאת לפי אחת המסגרות שנדונו לעיל ("הבטחה" כעילה עצמאית או "אייסבירות").
117 ראה לעיל, הערה 24.

פרמצבטיים" לצורך החזרי המסים, דבר שהטיב עמה יותר מאשר עם יצואני הכותנה ה"רגילים", בעוד שהיא זוכה להקצבה המירבית מ"קן הכותנה" על בסיס ההנחה שהחזרי המסים משתלמים לה כליצואן ה"רגיל".

הרשויות המוסמכות עמדו על טעותם (שנבעה מהעדר תיאום ביניהן) והודיעו לעור תרת, שמכאן ולהבא לא תשולמנה לה ההטבות כבעבר. העותרת, שזכתה להטבות האמורות בהיותה בתום-לב, פנתה לבג"צ וביקשה (לחילופין) לצוות על המשיבים להשאיר את ההסדר הישן על כנו לגבי הזמנות היצוא שבעת ההחלטה להפחית את ההטבות כבר היתה מחויבת לבצען. מביקשה ניתן לה ברוב דעות¹¹⁸.

כעת נברר, האם בית-המשפט הכיר בהחלטתו זו בתחולת ה"מניעות" נגד הרשות המוסמכת.

המחלוקת שבין הצדדים היתה לגבי המועד לשינוי ההטבות. העותרת טענה, כי המועד הנכון הוא ביום כריתתה של עיסקת היצוא האחרונה מאלה שנכרתו על בסיס התנתה שהסדר ההטבות המקורי ממשיך לחול. המשיבים טענו, כי המועד הנכון הוא ביום הודעתם על ביטולו של ההסדר המקורי. השופט ויתקון (שעמו הסכים השופט י' כהן, כתוארו אז) פסק, כאמור, כדעת העותרת, באומרו:

"אם המשיבים סבורים, כפי שאמרו, שאין למדינה עניין ביצוא לפי התנאים שקבעה... רשאים הם לבטלו (את ההסדר הקיים — א.ש.) ולהזהיר אותה (את העותרת — א.ש.) שמכאן ולהבא לא תקבל עוד על עצמה התחייבויות על בסיס זה... נראה לי, שאין הם יכולים להעמיד אותה במצב, שבו תהיה נאלצת או להפר את התחייבויותיה הקיימות, על כל הכרוך בכך מבחינת תשלום הפיצויים וערעור מעמדה כיצואן, או לעמוד בהתחייבויותיה בתנאים העלולים להסב לה הפסדים. הטעות ישעו המשיבים או מי מהם אינה עשויה להצדיק צעד המור זה"¹¹⁹.

לדעתנו, עולה מן האמור כי הצו ההחלטי, שניתן בפרשת פולק, לא ניתן על בסיס ה"מניעות" אלא מחמת ההפעלה הבלתי-נאותה של שיקול דעת המשיבים, שעה שהחזר ליטו לשנות את ההסדר הקיים. המשיבים עצמם לא ביקשו שהעותרת תחזיר להם את הכספים ששולמו לה עקב הטעות: הם ביקשו לעצור את הזרמת הכספים בעתיד. אך המושגים של ה"עבר" וה"עתיד" אינם נמדדים, בנסיבות המקרה, לפי אמות-המידה הפורמליות של הזמן. ההטבות ששולמו לעותרת היו קשורות אורגנית לעיסקאותיה, ולפיכך תקופת ה"עבר" — היא העיסקאות אשר נקשרו על בסיס ההסדר הישן, ותקופת ה"עתיד" — היא העיסקאות שטרם נקשרו, ועליהן יחול ההסדר החדש.

אופיית הרטרואקטיבי של החלטת המשיבים הוא זה אשר שימש בסיס לקבלת העתירה נגדם, והדבר עולה בבירור מדבריו הבאים של השופט ויתקון:

"...תשלומים הנתונים בשיקול דעת הרשות ובמדיניותה (כגון סובסידיות) — הרשות רשאית לבטלם בכל עת ובלי הודעה קודמת, ולא יישמע אדם בטענה ששם

118 השופט ברנזון (דעת מיעוט) ביקש לדחות את העתירה ומעניין להשוות את פסק-דינו זה עם פסק-הדין שנתן בבג"צ סאי-פסק (לעיל, הערה 24).

119 בג"צ פולק (לעיל, הערה 24), בעמ' 8-9 (ההרגשה לא במקור).

מבטחו בהסדר הקיים ושעל סמך זה קיבל על עצמו התחייבויות. אך ביטול כזה הוא צרת הרבים, ולזו, כנראה, כל אחד הייב להיות מוכן. ואילו ביטול... בנסיבות כמו במקרה דגן אינו בגדר הסיכונים הצפויים לכל בעל-עסק. אם נצדיק ביטול כזה, שנעשה תוך התעלמות מהתחייבויות קיימות, קשה לראות כיצד יכול מפעל רציני לרחוש אמון לשלטון ולנהל את עסקיו¹²⁰.

דוקטרינת ה"מניעות מכוח הבטחה" מבוססת, כאמור, על התעלמות הפיקטיבית מגותן נורמטיבי המאפשר פגיעה בציפיות מבוססות, אשר היו יסוד לפעילות ששינתה לרעה את מצבו של המצפה¹²¹. בפרשת פולק לא היה מה להסתיר מאחורי פרוגוד ה"מניעות": מבחינת המשפט המינהלי, החלטתם הרטרואקטיבית של המשיבים להפר את הבטחתם היתה נטולת-יסוד¹²². בנסיבות אלה, ביסוס החלטת בית-המשפט על ה"מניעות" הוא בבחינת התפרצות לדלת פתוחה¹²³. אין אפוא לראות בפסק-הדין בעניין פולק משום אסמכתא לתחולת ה"מניעות מכוח הבטחה" נגד הרשות הציבורית.

ב. בג"צ בן-חורין¹²⁴

בפסק-דין זה פסק השופט אשר, כי אין בכוחה של ה"מניעות" כדי להכשיר חריגה מסמכות שהיתה נדונה שם, כשהוא מציין, אגב אורחא, כי "הדעה שהיתה קיימת פעם, כי אין כלל אפשרות לטעון טענת השתק נגד רשות ציבורית, אינה מקובלת עוד על הפוסקים ויש מקרים בהם נתקבלה טענה כזו"¹²⁵, והמקרים האלה— לדעת השופט אשר— הם בג"צ סאיסנאס¹²⁶ וע"א ספיר¹²⁷.

בדיקת המקרים האמורים מעלה ספקות בנוגע לנכונות קביעתו של השופט אשר, באשר היא מתייחסת ל"מניעות" שמכוח ההבטחה. נדון במקרים אלה כסדרם. באשר לעניין סאיסנאס, נראה כי שם נדון שינוי החלטתה הקודמת של המשיבה לא לאור ה"מניעות" שמכוח ההבטחה, אלא לאור "עקרון גמר המלאכה"¹²⁸. כל אשר

120 שם, בעמ' 8 (ההדגשה לא במקור).

121 ראה לעיל, הערה 111; וגם פס"ד Robertson (לעיל, הערה 14).

122 השווה לבג"צ חרגים (לעיל, הערה 68).

123 גניח שבפס"ד High Trees (לעיל, הערה 111) ההבטחה שהיא נשוא הדין היתה מלווה במתן ה"תמורה" (Consideration), ואם גם אז היו מבססים שם את התחלטה על ה"מניעות" ?

124 בג"צ 178/74 בן-חורין נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה למרחב הקיר נהריה, פ"ד כח (2) 757.

125 שם, בעמ' 760.

126 בג"צ 123/64 סאיסנאס טאני קלין פי ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, תיא-פו, פ"ד יח (3) 533.

127 ע"א 780/70 קריית תיא-יפו נ' ספיר, פ"ד כה (2) 486.

128 על עקרון גמר המלאכה עיין ברשימתו של A. W. Bradley, "Administrative Justice and the Binding Effect of Official Acts", Curr. L.P. (1981) 1, 15—18; ראה גם בג"צ 707/81 שזורין ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, תיא-יפו ואח', פ"ד לו (2)

אמר שם השופט לנדוי (כתוארו אז) על ה"מניעות" הוא זה, שהדבר מעורר בעיות קשות למדי רש"בגורשא המיוחד של ביטול הרשיון שניתן היתה נטייתו של בית-משפט זה... לשלילת סמכותה של ועדת בניין ערים לבטל רשיון הבנייה, שעל-פיו הספיק כבר בעל הרשיון לפעול כדיון... התעם לכך נעוץ במעין מניעות הפועלת נגד הוועדה"¹²⁹.

באשר לענין ספיר, שבו ביקשה המערערת לגבות מאת המשיבה עודפי קיצבת השאירים ששילמה לה בטעות, גם כאן נפלה ההכרעה לא על בסיס ה"מניעות" שמכוח ההבטחה. השופטים ח' כהן ור' כהן (כתוארם אז) פסקו לטובת המשיבה על בסיס ההלכה האנגלית *Holt v. Markham*¹³⁰, שעניינה בסוגיא שמדיני מעין-חוזים (Money had and received), ורק *L.J. Scrutton* התבסס בה גם על ה"מניעות". השופט י' כהן הוסיף אמנם באימרת אגב, כי ניתן בנסיבות כגון אלו לטעון השתק נגד רשות ציבורית השופט ברנזון ביסס את החלטתו כולה על ה"השתק", אך דומה שהמדובר היה שם ב"השתק" אשר גזור מ"עקרון גמר המלאכה". ולא הרי זה כהרי "השתק מכוח הבטחה או מצג": לו נטענה ותקבלה טענתה של גב' ספיר, כי יש לשלם לה קיצבה בשיעור גבוה גם בעתיד — זאת כיוון שהיא נכנסה להתחייבויות על בסיס ההבטחה כי שיעור קיצבתה לא ישתנה לרעה — אז ניתן היה להתבסס על "מניעות" שמכוח ההבטחה.

דומה, כי השופט אשר טעה בכך שלא הבחין באימרתו הנ"ל¹³¹ בין סוגי ה"מניעות": מניעות הגזרת מכוח עקרון גמר המלאכה מזה, והמניעות שמכוח הבטחה מזה. לפיכך, אין, לדעתנו, להסיק מפסקי-הדין פולק ופני-חורין, כי קיימת תכרה בחלות ה"מניעות" מכוח הבטחה ביחסים שבין האזרח לרשות.

(ב) פסקי-הדין ששללו את תחולת ה"מניעות מכוח הבטחה" ביחסים שבין האזרח לרשות

ההחלטה ששללה את תחולת ה"מניעות", כאמור, נתקבלה בע"א לזי¹³². המערער, שביקש ליהנות בהקלות במס שניתגו לפניו-משורת-הדין, כאשר ההחלטה ליתן פורסמה בהנחיות הפנימיות, טען כי רשויות המס מנועות מלחזור בהן. השופט ויתקון, שעמו הסכים השופט אשר, דחה טענה זו, כשהוא שולל את תחולת ה"מניעות מכוח הבטחה" ביחסים שבין האזרח לרשות. השופטת בן-פורת (כתוארה אז), שעמה הסכים השופט שמגר (כתוארו אז), דחתה את הערעור מטעם אחר, שאינו רלבנטי לעניינו, בעוד שהשופט י' כהן (כתוארו אז) ביקש לקבל את הערעור (גם דעת המיעוט

665 ; בג"צ ירכיהו ייני (לעיל, הערה 105) ; בג"צ 433/80 נכסי י.ב.מ. ישראל כטי"ם נ'

מנהל מס רכוש וקרן פיצויים ת"א, פ"ד לז(1) 337 ; בג"צ 569/82 מיכאלוביץ ואח' נ'

הרשות המרכזית לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז—1957, פ"ד לז(1) 197.

129 בג"צ סאישנאם (לעיל, הערה 126), בעמ' 541—542.

130 *Holt v. Markham* (1923) 1 K.B. 504.

131 צוטט לעיל. ראה הטקסט הסמוך להערה 125.

132 לעיל, הערה 65.

של השופט י' כהן התבססה יותר על פגמים שנפלו בהחלטת המשיב ["טעות" ר"הפליה"] מאשר על ה"מניעות"¹³³.

דעתנו היא, כי ניתן שלא לראות בע"א לוי משום "הלכה", שלפיה לא תקום ה"מניעות מכוח הבטחה" ביחסים שבין אורח לרשות. ראשית, משום ששלושה מתוך תמשת השופטים שישבו בדין (השופטים בן-פורת, שמגר וי' כהן) לא דחו את רעיון ה"מניעות". שנית, משום שסוגיית ההקלות במס' לפני-משורת-הדין — (Exstra legal concessions) היגה מיוחדת במינה¹³⁴.

שלילתה של ה"מניעות מכוח הבטחה" ביחסים שבין אורח לרשות מצויה גם בפסק-דין של השופטת בן-פורת (כתוארה אז) בע"א 753/77 אשרוד זיקוק ומתכות בע"מ נ' מדינת ישראל¹³⁵. למרות שמהבחינה הטכנית דבריה של השופטת בן-פורת הם בבחינת אימרת-אגב בלבד¹³⁶, קביעתה ההחלטית על אי-חלות ההשתק, שהיתה לשיקול מכריע בדחיית הערעור¹³⁷, מדברת בעד עצמה.

(ג) דוקטרינת ה"מניעות מכוח הבטחה" — נטע זר במשפט המינהלי

ראינו לעיל¹³⁸, כי מכשיר ה"מניעות" מיותר למעשה בסוגיית ההבטחה של הרשות המוסמכת. מקום שהבטחה ניתנת לאכיפה על-פי כללי המשפט המינהלי — אין "דמניעות" נדרשת, ומקום שכללים אלה מצדיקים את הפרת הבטחה — אין היא מועילה. לכך יש להוסיף, כי מכשיר ה"מניעות", הטומן בחובו הכרעה "טכנית" מראש בסכסוך האינטרסים שעלול להיווצר, אינו יכול לשרת את ענף המשפט שמבוסס על איוון אינטרסים ad hoc.

לפיכך, יש להצדיק את דחיית תחולתה של ה"מניעות מכוח הבטחה" ביחסים שבין אורח לרשות. אין מקום לגישה, שלפיה הרשות שהבטיחה תהא "מנועה" מלמלא את חובותיה הציבוריות (שאתח מהן היא להחליט תמיד בהתאם לטובת הכלל). יש להעדיף את הגישה ה"מינהלית" הגמישה, אשר רואה בקיום הבטחה והשפעותיה "רק" נתון מהותי, שעל הרשות לשקלו וליתן לו משקל הולם¹³⁹, או את הלכת סאיי-מקס¹⁴⁰, שאף היא מאפשרת חזרה מהבטחה כשמימשה נוגד את טובת הכלל¹⁴¹. אין להבנים את הרשות הציבורית למיטת-סדום של מושגים משפטיים נוקשים.

133 ראה שם, בעמ' 435—436.

134 ראה בעניין זה ע"א 522/63 חבי בית זפאי נ' פקיד השומה ריע, פ"ד יח (2) 548; ע"א 213/67 חברה לנכסים ולבניין נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד כא (2) 229.

135 פ"ד לד (2) 182.

136 שם, בעמ' 185 מול האות א, נאמר כי ההבטחה שהיא נשוא הדיון היתה, למעשה, בלתי-מוסמכת. זה הופך את דבריה הקודמים של השופטת בן-פורת לאימרת-אגב.

137 שם, בעמ' 184 מול האות ו.

138 ראה לעיל, טקסט שאחרי הערה 115.

139 על כך עמדנו לעיל, בפרק ב' 3.

140 לעיל, הערה 24.

141 ראה לעיל, טקסט שאחרי הערה 86.

ג. הבטחה מינהלית שניתנה מחוץ לסמכות ו/או שמימושה כרוך בחריגה מסמכות

אין הרשות פועלת אלא בגבולות סמכויותיה¹⁴². לפיכך, אין להניח שבית-משפט יצווה על רשות לעשות מעשה שאינה מוסמכת לעשותו, ואין להניח שהיא יצווה עליה להימנע מלמלא את חובותיה הסטטוטוריות.

כלל בסיסי זה ("עקרון החוקיות"), שנועד להגן על האזרח מפני השררה, יכול גם לפגוע בו. הבעיה מתעוררת שעה שהרשות מבטיחה לאזרח את אשר אין בכוחה לעשות והלה פועל על-פי ההבטחה האמורה ומשנה את מצבו לרעה. בבוא העת לממש את ההבטחה מתברר לאזרח, כי אינטרס ההסתמכות שלו נתקל במחסום הסמכות — מחסום שלא ניתן לעוברו.

ניתן, אולי, לפקפק בקיומה של הבעיה כ"בעיה" מהבחינה הציבורית, שכן אין זה המקרה היחיד של האיון הסטטוטורי של רצון המבטיח. והמקרה הדומה למקרה שלנו הוא זה של תאגיד: הבטחה ("חזוית"), שניתנה על-ידי אחד האורגנים שלו לא תתפוש, אם היא נוגדת את מטרתו ו/או את תקנותיו¹⁴³.

אולם נראה לנו, כי הבעיה היא "בעיה". במקרה של תאגיד, העברת נטל הבדיקה של כושרו על המתקשר החיצוני, ניתן, אולי, להצדיקה¹⁴⁴. אדם סביר, המבקש לעשות עיסקה שאינה פעוטת-ערך, יבדוק את תוכירו ואת תקנותיו של התאגיד כשהוא נעזר בשירותיו של עורך-דינו. במקרה של הבטחת הרשות, המכנה הביורוקרטי של המינהל דהאידינא הינו מורכב, והדרישה שכל אזרח יתמצא במערכות ההסמכה המורכבות, היא בבחינת גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה. גם "רשמיותה" של הרשות מוסיפה לקיומה של ההסתמכות, כי מטבעו של אדם מן השורה להאמין בשלטון¹⁴⁵. הסיסמאות כגון "Never trust a bureaucrat"¹⁴⁶ או "Men must turn square corners when they deal with the government"¹⁴⁷, מהוות, אולי, חישוב משפטי לבעיה, אך

142 בג"צ 1/49 בוז'רנו ואח' נ' שר המשטרה ואח', פס"ע א, 121, 124; דה"סמית (לעיל, הערה 2), בעמ' 94-96; ווייד (לעיל, הערה 16), בעמ' 38-39.

143 בנוגע לחברות, התיקון מס' 17 של פקודת החברות (ס"ח התשמ"א 50) ביטל, כנראה, את דוקטרינת ה-Ultra Vires; א' פרוקצ'יה, "חידושים בדוקטרינות ישנות: אולטרה וירס וידיעה קונסטרוקטיבית בדיני חברות" משפטים יא (תשמ"א) 368; י' בהט, "דוקטרינת האולטרה וירס — סוף הדרך" הפרקליט לד (תשמ"ב) 287; ר"נ 39/80 ברדיגו ואח' נ' ד.ג.ב. 9 טכפמיל בע"מ, פ"ד לה (4) 198, 226 (אימרת-אגב של השופט ברק).

144 אך ראה א' ברק, רפורמה בדיני חברות (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, תשל"ה) 34-46.

145 כאמור בדברי המבוא לעיל.

146 זהו שם המאמר שפורסם בנושא שלנו 42 So. Calif. L.R. (1969) 391.

147 דברי השופט הנ"ל ב- Rock Island Railroad Co. v. U.S. (1920) 254 U.S. 141; "האוסף" הנ"ל ניתן להעשירו באימתו של השופט פרנקפורטר:

"... Anyone entering into an arrangement with the government takes the risk of having accurately ascertained that he who purports to act for the government stays within the bounds of his authority" (Federal Crop Insurance Corp. v. Merrill 332 U.S. 380, 384; 68 S. Ct. 1, 3 (1947)).

אינן משביעות רצון מהבחינה הציבורית. אדם סביר יכול, מהבחינה העובדתית, לסמוך על הבטחת הרשות גם כשהיא חורגת מסמכויותיה.
בבעיה זו ובפתרונותיה, שהמשפט מספק, נדון להלן. כמו-כן נדון במקרה של אי-אפשרות לממש הבטחת הרשות עקב שינוי במערכת ההסמכה (הרשות נתנה הבטחה "מוסמכת", אך בבוא העת ניטלה ממנה הסמכות לממשה) — מקרה הדומה לסוגיית הסיכול שמדיני החוזים.¹⁴⁸

1. הבטחה בלתי-מוסמכת של רשות ציבורית

הנסיגות לאכוף הבטחה בלתי-מוסמכת של רשות באמצעות טענת ה"מניעות" נכשלו הן בארצנו, הן באנגליה והן בארה"ב: הכלל הוא, כי אין בכוחה של המניעות לפעול נגד עקרון ה-Ultra Vires¹⁴⁹, ואין לאפשר לה, לרשות, להרחיב את סמכויותיה הסטי-טוטוריות על-ידי יצירת מצב של "מניעת"¹⁵⁰.
עם זאת, נעשו נסיגות להגמיש כלל זה על-ידי פיתוח החריגים ולהגביר בכך את ההגנה על אינטרס ההסתמכות של האזרח.
החריג הראשון, מקורו בהבחנה בין פעולות השלטון כ"שלטון" לבין פעולותו

148 עיין בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א—1970, ס"ח התשל"א—16; א' ירון, "חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א—1970", פירוש לחוקי חוזים (המכון למחקר חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, מהדורה 2, ג' טדסקי עורך, תשל"ט) 150.

149 א. בישראל: בג"צ מייזנרמן (לעיל, הערה 113); בג"צ מרינה (לעיל, הערה 113); בג"צ 11/63 יפריסן בע"מ נ' שר הממשלה ואח', פ"ד יז 737; בג"צ 117/67 גוריאל ואח' נ' המועצה המקומית קריית אתנו, פ"ד כ"א (2) 477; בג"צ 95/70 מגרל נחום בע"מ נ' עיריית בת-ים, פ"ד כ"ד (2) 115; בג"צ כ"ן הדרין (לעיל, הערה 124); בג"צ סאייטקס (לעיל, הערה 24); בג"צ מנן (לעיל, הערה 70). בג"צ 646/77 רסקי בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, מחוז הצפון (לא פורסם); בג"צ קצאן את הרשמי (לעיל, הערה 40), בעמ' 11 (השופט אשר); בג"צ 653/79 קוריאל ואח' נ' מנהל אגף הרשויות ואח', פ"ד לה (2) 85, 94; בג"צ אלון (לעיל, הערה 40); בג"צ 427/81 אהרזני נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז חיפה (לא פורסם). ראה גם החלטתו המעניינת של בג"צ שבה בוטל החוזה אשר נכרת בין מינהל מקרקעי ישראל לבין האדם הפרטי, בניגוד לחובה הסטוטורית לערוך מכרז, זאת בהתאם למבוקש בעתירתו של האדם השלישי: בג"צ 749/78 מרינובסקי ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לג (2) 601.
ב. באנגליה ראה: ווייד (לעיל, הערה 16), בעמ' 231—234, 341—346; דה-סמית (לעיל, הערה 2), בעמ' 100—105; Garner, *Administrative Law* (London, 5th ed., 1979); P. P. Craig, *Administrative Law* (London, 1983) 559—588.
ג. בארה"ב ראה: B. Schwartz, *Administrative Law* (Boston, Toronto, 1976) 130; K. C. Davis, *Administrative Law of the Seventies* (New York, San Francisco, 1976) par. 17.01—17.06; D. K. Thompson, "Equitable Estoppel of the Government" 79 *Col. L.R.* (1979) 551; D. H. Eisen, "Schweiker v. Hansen: Equitable Estoppel Against the Government", 67 *Cor. L.R.* (1982) 609. *Minister of Agriculture v. Hulkin* (unreported), (Green M. R.) quoted in: *Minister of Agriculture v. Mathews* (1950) 1 K.B. 148 (הערה 40), בעמ' 11.

כ"Fiscus — הבחנה שוראית בעינינו מירשנת¹⁵¹. לפי חריג זה, ניתן להפעיל "מניעות" נגד הרשות שפועלת כ"Fiscus, אף כשהיא חורגת מטמכותה¹⁵².

החריג השני מייבא למשפט המינהלי את "כללי הניהול הפנימי" ("Indoor man agement) שפותח בדיני החברות¹⁵³. לפי חריג זה, מקום שהפקד, הבא במגע עם האזרח, הינו בעל ה"סמכות הפוטנציאלית" ליתן הבטחה שנתן — האזרח רשאי להניח, כי פעולת ההסמכה הפנימית אכן נעשתה כדיון¹⁵⁴. החוקה Omnia praesumuntur rite esse acta פועלת לטובת האזרח, והרשות תהא קשורה בהבטחתה. הוא הדין כאשר תקפות ההבטחה מותנית במילוי דרישה פורמלית זו או אחרת (כגון כתב): האזרח רשאי להניח, כי הרשות פועלת לפי הדפוסים הפורמליים הנכונים¹⁵⁵.

החריג השלישי, מקורו בראייה ה"בלתי-פשטנית"¹⁵⁶ של עקרון ה"Ultra Vires". אם העיקרון נועד להגן על טובת הכלל, אין להפעילו באופן מיכניסטי: יש לבדוק בכל מקרה ומקרה, האם טובת הכלל שקולה כנגד הנזק שנגרם לפרט שפעל על-סמך ההבטחה הלא-מוסמכת; ואם החשובה לכך הינה שלילית, יש לאכוף הבטחה על-אף העיקרון הנזכר¹⁵⁷. מתפקידו של בית-המשפט לעשות את איוון האינטרסים האמור — איוון שתוצאותיו תכרענה את גורל ההבטחה¹⁵⁸.

נזון בחריגים אלה כסדרם, כשעיקר הדגש מושם על המשפט הישראלי¹⁵⁹.

151 בג"צ חברה פלתיית (לעיל, הערה 8); ד' פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה (תשל"ה) 598; C. Harlow (לעיל, הערה 20).

152 בעניין זה עיין במאמריהם של תומפסון (לעיל, הערה 149), בעמ' 555–557; P. P. Craig, "Representations by Public Bodies" 93 L.Q.R. (1977) 398, 412–413.

153 קרייג (לעיל, הערה 152), בעמ' 404–407, 413; *Lever Finance Ltd. v. Westminster* (1971) 1 Q.B. 222; *Wells v. Minister of Housing & Local Government* (1967) 1 W.L.R. 1000.

154 בדיני חברות, שמהם שאוב הכלל, הוא נקרא "כלל Turquand" בעקבות פסקי-הדין *Royal British Bank v. Turquand* (1856) 6 E & B 327; ראה גם א' ברק, "דוקטרינות מדיני חברות דיני השליחות" הפרקליט כד (תשכ"ח) 39, 178. באשר למשפט המינהלי, ראה פס"ד *Lever* (לעיל, הערה 153); פס"ד *Robertson* (לעיל, הערה 14), שהרחיב את החריג עד לקשירת הרשות בהבטחת בעל הסמכות הנחזית, אך זוהי החלטה יוצאת-דופן: דהייסמית (לעיל, הערה 2), בעמ' 101–105; קרייג (לעיל, הערה 152).

155 פס"ד *Wells* (לעיל, הערה 153).

156 כלשונו של קרייג (לעיל, הערה 152), בעמ' 414.

157 כפי שכותב דהייסמית (לעיל, הערה 2), בעמ' 103, הערה 51. זהו גסיון ליישב בין דוקטרינת האולטרה וירס לבין דוקטרינת ה"מניעות" באמצעות התנחה הפרשנית שלפיה כחזותיה של הרשות ניתנו לה כדי שתפעילם בהגיונות. אך הוא מוסיף ואומר (שם, סקסט הסמוך להערה 51), כי הנחה זו קשה מאוד ליישום. הגישה האמורה שייכת כל כולה ללורד דנינג: *H.T.V. Ltd. v. Price Commission* (1976) I.C.R. 170, cited in *Garner Laker Airways v. Department of Trade* (1977) 2 W.L.R. 234, 252; 173, (149).

158 ראה פסקי-הדין *Laker* ר' *H.T.V.* (לעיל, הערה 157); קרייג (לעיל, הערה 152), בעמ' 413; תומפסון (לעיל, הערה 149), בעמ' 557, 558.

159 המבקש לעסוק במשפט משווה בסוגיא מופנה למקורות האנגליים והאמריקניים המצוטטים לעיל, הערה 149; למאמר של קרייג (לעיל, הערה 152); ולמאמרו של בודליי (לעיל, הערה 128).

(א) האבחנה בין פעולת רשות כ"שלטון" לבין פעולתה כ-Fiscus

בשום מקרה ישראלי לא נצטווה רשות ציבורית למלא אחר הבטחתה (או אחר התחייבות חוזית), כשמילוש ההבטחה תרג מסמכיותיה. בפרשת מעוז¹⁶⁰ חויבה הרשות למלא אחר התחייבותה החוזית למרות העדר התקציב המתאים, אך אין המדובר שם בביצוע הפעולה שחרגה מסמכותה של הרשות מהבחינה הפונקציונלית, מה גם שלגבי המדינה לא קיימת כלל בעיית ה-Ultra Vires¹⁶¹.

דומה, כי אין גם סיכוי שחריג זה יחזר לשיטתנו על-ידי הפסיקה: חוזה "שלטוני" או "רכושי" שמטיל על הרשות חובה לבצע פעולה החורגת מסמכיותה ייחשב כבטל בהיותו נוגד את החוק¹⁶², והרעיון שמאחורי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), יחול כאן, על דרך קל-וחומר, גם על ההבטחה המינהלית.

לחריג זה שני הסרונות: ראשית, ההבחנה שבין פעולת השלטון כ"שלטון" לבין פעולתו כ-Fiscus, הינה קשה לעשייה — דבר שיכניס מידה רבה של אי-ודאות למערכת המשפט¹⁶³. שנית, מסירת ההכרעה בשאלה, אימתי רשאית הרשות להרוג מסמכיותה לברי-המשפט יוצרת בעיה חוקתית: הרחבת מסגרת הסמכויות שנקבעו בחוק על-ידי בתי-המשפט, היא בבחינת פלישתם לתחום לא להם¹⁶⁴. חיסרון זה משותף לכל החריגים, במיוחד לאחרון שבהם.

(ב) חלות כלל הניהול הפנימי על הבטחה לא-מוסמכת

הסיטואציה של מתן הבטחה על-ידי בעל הסמכות הפוטנציאלית" נוצרת כאשר המבטיח הינו פקיד של הרשות, אשר מוסמכת לטפל בעניין נשוא ההבטחה. כך, בפרשת מדי ויינגרטן¹⁶⁵ הבטיח אחד מחברי המרעצה המקומית לעותרת, שהיא תזכה להקמת המאפיה במקום. הגוף המוסמך לטפל בעניין זה הייתה המרעצה כולה — דבר ששימש יסוד לדחיית העתירה. בעיית הסמכות הפוטנציאלית לא הועלתה ולא נדונה. כך היה גם בבג"צ זמיר¹⁶⁶.

סוגיית הבטחתו הבלתי-מוסמכת של בעל הסמכות הפוטנציאלית במשפט המינהלי הועלתה לראשונה בפרשת קנאן את הרשמיג¹⁶⁷. העותרים קיבלו הקלות בבנייה מאת הגוף שלא היה מוסמך לתת וביקשו לאכוף "הבטחה" זו בהסתמך על "כלל הניהול הפנימי", שנקבע בפסק-הדין האנגלי *Lever*¹⁶⁸. השופט בכור השאיר את שאלת

160 ע"א 891/75 מעוז נ' מדינת ישראל, פ"ד ל (3) 748; ד"נ 28/76 מדינת ישראל נ' מעוז פ"ד לא (2) 821.

161 בג"צ מילר (לעיל, הערה 8), בעמ' 2004.

162 ראה סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118.

163 פרידמן (לעיל, הערה 151); הרלו (לעיל, הערה 20); קרייג (לעיל, הערה 152), בעמ' 413, הערה 61.

164 ברק (לעיל, הערה 16), בעמ' 17, 24 (קטעים המתייחסים לרשות השופטת).

165 לעיל, הערה 113.

166 שם.

167 לעיל, הערה 40.

168 לעיל, הערה 153.

חלותו של הכלל האמור בצריך עיון, כיוון שלא נתקיימו התנאים לחלותו בנסיבות העניין.¹⁶⁹

המקרה הבא הוא בג"צ דיסטפלד¹⁷⁰. העותרים, כולם עולים חדשים, הגישו עתירה, שבה ביקשו למנוע העלאת מחירי הדירות שנמכרו לעולים על-ידי המשיב באמצעות הגופים השונים. בעתירתם הם התבססו בין היתר, על ה"מניעות", שנוצרה, לטענתם, עקב התזרה שב"מדריך לעולה" (אשר הופץ על-ידי משרד המשיב), שבה נאמר כי מחירי הדירות יעודכנו פעמיים בשנה: ב-1.1 וב-1.7. מ"מ הנשיא גנדוי (כתוארו אז) הטיל ספק בסמכותו של המשיב לקבוע את האמור בהזרה הנ"ל לבדו, ללא תיאום מוקדם עם שר-השיכון, כשהוא מצייין, כי המדובר ב"ליקוי מינהלי המור"¹⁷¹. אולם כיוון שהזרה אחרת שבמדריך איפשרה שינוי הוראותיו, לא נדונה שאלת ה"מניעות" לגופה.¹⁷²

בבג"צ חירם¹⁷³ נדונה הבטחתו של ראש ענף תנאי השירות שבאכ"א/מטכ"ל, שב"סיכום הראיון", שבינו לבין העותר, הבטיח לעותר מענק שחרורין על בסיס של צירוף תקופות השירות בצבא הקבע. המשיב טען, בין היתר, כי אין לאכוף את ההבטחה האמורה, שכן זו ניתנת תוך חריגה מסמכות.

כיוון שטענתו החילופית של המשיב בדבר הפירוש שיש ליתן ל"סיכום הראיון", נתקבלה, התייחס בית-המשפט לטענתו הראשונה רק אגב-אורחא. השופט ש' לזין אמר, כי טוב היה לו טענה זו לא היתה מועלית כלל.¹⁶⁸ כיוון שהמבטיח יכול היה להיות בעל הסמכות (לפי ההגחה הסבירה), עומדת ההבטחה בחוקת הכשרות (Omnia prae-sumuntur rite esse acta), והעותר יכול היה לסמוך עליה.¹⁷⁴ דברים, הכוללים אף הם ביקורת ציבורית על עמדת המשיב, נאמרו בפסק-דינה של השופטת בן-ענת.¹⁷⁵ ואילו השופטת בן-פורת (כתוארה אז) העדיפה להשאיר שאלה זו בצריך עיון.¹⁷⁶ ייתכן שפרשת חירם מהווה צעד לקראת התמרה ב"כלל הגיהות הפנימי" כחריג לכלל אי-המניעות במקרים של מתן הבטחה לא-מוסמכת על-ידי הרשות הציבורית.

לסיכום הדיון בחריג זה יש להעיר הערות אחדות. לא מובן מדוע מתירים את רצועותיו של עקרון ה-Ultra Vires רק כשיש סמכות פוטנציאלית אצל המבטיח. אין זה מובן

169 לעיל, הערה 40, בעמ' 8.

170 בג"צ 437/79, 267, 259, 233, 227, 226, 211, 210, 203, 185 דיסטפלד ואח' נ' שר הקליטה ואח', פ"ד לד (2) 645.

171 שם, בעמ' 650-651.

172 דומה עם כל הכבוד, כי קביעתו הנ"ל של מ"מ הנשיא חשופה לביקורת. ה"מדריך" עצמו לא שונה, אלא "במשמעות": נתקבלה החלטה הנוגדת את הוראותיו. היתה כאן פגיעה באינטרס ההסתמכות (העותרים נמכו והיו רשאים לפגוע על כך שהשינוי במדיניות המשיב יתלווה בעידכון מתאים ב"מדריך") והיה מקום להתמודד עם טענת ה"מניעות", כששר-הקליטה הינו בעל הסמכות הפוטנציאלית ליתן הבטחה ב"מדריך". ה"מדריך" המשיך אפוא להיות "מצג".

173 בג"צ 69/80 חירם נ' שר הכמחון ואח', פ"ד לה (4) 505.

174 שם, בעמ' 510.

175 שם, בעמ' 511.

176 שם, בעמ' 508.

177 שם, בעמ' 510.

מאליו, שרק קיומה של הסמכות הפוטנציאלית יש בו כדי ליצור הסתמכות באותה מידה יכול האורח להסתמך על הבטחתו של בעל הסמכות הנחזית כפי שהיה במקרה המפורסם של *Robertson*¹⁷⁸, פסק-דין שהוא בבחינת חריג בסוגייתנו¹⁷⁹. דרישת הסמכות הפוטנציאלית בדיני חברות קשורה בידיעה (וכתוצאה מכך – בהסתמכות) קונסטרוקטיבית של תזכירה של החברה ותקנותיה. אם גם במקרה של הבטחה מינהלית יבוסס החריג על ההסתמכות הקונסטרוקטיבית על אפשרות ההסתמכה, מה תועילו חכמים בתקנתם? שוב, גורלו של האורח, שקיבל הבטחה מאת הפקיד הלא-מוסמך, יהא תלוי או בהתמצאותו במערכות ההסתמכה המורכבות של המינהל או... במזלו.

אך ייתכן שזו באמת הכוונה, שכן המגמה היא לצמצם, ככל האפשר, את המקרים של *damnum sine injuria*. בית-המשפט אינו נותן צו אלא לרשות המוסמכת, למרות שהיא (כלומר: האורגן המוסמך שלה) לא הבטיחה דבר. חלקית, זהו הפתרון שכותב שורות אלה מבקש להציעו ועל כך עוד ידובר להלן. נקדים ונאמר, כי חסרונו של חריג ה"גיהול הפנימי" הוא חלקיותו.

(ג) החריג של "איזון אינטרסים"

הרעיון לבחון, בכל מקרה של מתן הבטחה לא-מוסמכת, האם הנזק הציבורי שבביצועה שקול כנגד הנזק שייגרם לפרט במקרה שההבטחה לא תכובד, ולפי זה לתחליט, משך את לבם של הלורד דנינג¹⁸⁰ ושל מלומדים אחדים¹⁸¹. רעיון זה נדון אצלנו אגב-אורחא על-ידי השופט אשר, ונדחה¹⁸², ולמותר להוסיף – בצדק. קביעת גבולות הסמכות, הרי היא מתפקידו של המחוקק, ולא ניתן, אף בהתחשב בריסונה העצמי של המערכת השיפוטית, להחזיר לה להרחיב גבולות אלה על-פי שיקוליה הערכיים. יש לשמור בקפדנות על "עקרון החוקיות" ואין להקריבו על מזבחן של הצדק הרגעי.

2. הבטחת הרשות שניתנה במסגרת הסמכות, אך מימושה כרוך בחריגה מסמכות

המדובר במקרים שבהם התחולל שינוי במערכת ההסתמכות רשות שהבטיחה היתה מוס-מכת לעשות כן בעת מתן ההבטחה, אך בבוא העת לממשה – ניטלה ממנה הסמכות. לכאורה, דומה המקרה ל"סיכול" החוזי¹⁸³, ולפי הלכת פאיי-מקס, אין ההבטחה מחייבת, שכן אין בכוחו של המבטיח לקיימה¹⁸⁴ ושוב נתקל אינטרס ההסתמכות

178 לעיל, הערה 14.

179 על כך ראה מקורות אנגליים המאזכרים לעיל בהערה 149.

180 פסקי-הדין *Laker* ו-*H.T.V.* (לעיל, הערה 157), שם.

181 קרייג (לעיל, הערה 152), בעמ' 414; תומפסון (לעיל, הערה 149), בעמ' 558.

182 בני"צ קצאן את הרישוי (לעיל, הערה 40), בעמ' 10–11.

183 ראה סעיף 18 לחוק החוים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970, ס"ח התשל"א 16.

184 ראה לעיל, פרק ב 2.

והציפיות של הנבטח במחסום הסמכות. על פתרונה האפשרי של הבעיה גדון בסעיף הבא, במסגרת הפתרון הכללי המוצע. כפי שיתברר להלן, פתרון זה יחול על בעיה זו מקל-וחומר.

3. אינטרס ההסתמכות והציפיות של האזרח מול מחסום הסמכות – הפתרון המוצע

יש לומר בפה מלא, כי הניסיון להגן על הסתמכותו של הנבטח וציפיותיו שהתנגשו במחסום הסמכות, באמצעות החריגים לכלל אי-המניעות, לא עלו יפה. שני החריגים הראשונים (ההבחנה בין פעולת הרשות כ"שלטון" לבין פעולתה כ-Fiscus¹⁸⁵; וכלל ה"ניהול הפנימי"¹⁸⁶) מכסים רק חלק קטן של המקרים, והחריג השלישי ("איוון אינטרסים"¹⁸⁷) מהווה סכנה לעקרון החוקיות. דומה, כי כשם שאין להזיק לתורת המניעות במקרה של הבטחה מוסמכת, כך יש לזנוח גישה המבקשת להחיל "מניעות" על הרשות במקרה של הבטחה לא-מוסמכת. אין ה"מניעות" יכולה להעמיד את הנבטח במצב טוב מזה שבו הוא היה אילו קיבל הבטחה מוסמכת, והצלחתה של טענת ה"מניעות" במקרה של הבטחה בלתי-מוסמכת אין פירושה מימוש אוטומטי של ההבטחה. מימוש ההבטחה, גם כשהיא ניתנת בסמכות ויש סמכות לממשה, מותנה בהעדרם של שיקולים ענייניים בעלי משקל המצדיקים או דורשים את הפרת ההבטחה¹⁸⁸. מקום ששיקולים כאלה קיימים, אין המניעות יכולה לעמוד כנגדם; מקום ששיקולים כאלה לא כנמצא, הסתמכות על המניעות היא בבחינת התפרצות לדלת פתוחה.

לכן, עדיף לחפש פתרון מהותי במסגרת המשפט המינהלי במקום לפתח חריגים לכלל אי-המניעות: יש לבהון את שיקול-דעתה של הרשות המוסמכת במקום לנסות ולהחיל מניעות נגד הרשות הלא-מוסמכת.

נפרט את הדברים. ההחלטה בעניינו של האזרח, לשבט או לחסד, היא, כאמור, בידי הרשות המוסמכת, ואין מקום להעניק לרשות הלא-מוסמכת איצטלה שאין לה – לא על בסיס ה"מניעות" ולא על כל בסיס אחר. עקרון החוקיות חייב להישמר: אם המחוקק סמך על תבונתה של רשות מסוימת – היא זו שצריכה להחליט. אבל "להחליט" אין פירושו, שהרשות יכולה לפעול כאוות נפשה. החלטת הרשות חייבת להתקבל בהתאם לכללי המשפט המינהלי, אשר דורשים, בין היתר, התחשבות בכל העובדות המטריאליות של המקרה ומתן משקל גאות לכל נתון שנשקל. אי-קיום הכללים הללו גורר אחריו התערבות בג"צ¹⁸⁹.

אורח שקיבל הבטחה בלתי-מוסמכת (או הבטחה שלא ניתן לממשה עקב חריגה מסמכות או מחוסר-סמכות), יפנה אל הרשות המוסמכת להחליט בעניינו, ובפנייתו אליה

185 לעיל, טקסט הסמוך להערות 160–164.

186 לעיל, טקסט הסמוך להערה 165 ואילך.

187 לעיל, טקסט הסמוך להערה 180 ואילך.

188 לעיל, טקסט שאחרי הערה 86.

189 בג"צ דפי זהב (לעיל, הערה 3); בג"צ 341/81 מרשב בית עובר נ' המפקח על התעמורה ואח', פ"ד לו (3) 349.

יחידע לה על קיום ההבטחה והשפעותיה. הרשות המוסמכת תהא חייבת לשקול נתונים אלה וליתן להם משקל הולם: חובתה זו של הרשות יש לכלול – לדעתנו – במסגרת כללי המשפט המינהלי האמורים לעיל, שכן הרשות חייבת לפעול בהגיונות. רק אם קיים טעם ענייני וסביר, שמטעמי טובת הכלל, המצדיק פגיעה באינטרס ההס' תמכות והציפיות של הנבטח, ניתן יהיה להחליט לרעתו של האזרח הנ"ל. ההחלטה שנתקבלה בהתעלם מקיומם של "אינטרס ההסתמכות" או "אינטרס הציפיות" של הנבטח, שנוצרו עקב הבטחה בלתי-מוסמכת, או החלטה שנתקבלה תוך מתן משקל נמוך ובלתי-נאות לנתונים אלה – החלטות אלה עשויות להימצא מחוץ ל"מתחם הסבירות", שבו רשאית הרשות לפעול.¹⁹⁰

נמחיש את הדברים. נקח כדוגמא מקרהו של חירם¹⁹¹, ונניח לצורך העניין, כי הפירוש הנכון של "סיכום הראיון" נשוא הדיון שם הוא כטענת העותר. כלומר: הסמכות היא זו שמפריעה לממש ההבטחה שבסיכום הראיון הנ"ל.

במקרה זה על רשויות צה"ל המוסמכות לשקול את העובדה שהקצין סמך על ההבטחה שקיבל ושירת על-פיה שנים אחדות בשירות-הקבע. כיוון שמענק השחרורין לא ניתן לחיילים בחינם, והעותר אכן שירת שנות-שירות אחדות – אין כל נימוק ענייני שלא לשלם לו את מענק השחרורין. האיסור ה"פרוצדורלי" של צירוף תקופות השירות לצורך מענק השחרורין אינו שקול כנגד אינטרס ההסתמכות של העותר. בנסיבות אלה הרשות המינהלית הסבירה חייבת להגיע למסקנה, כי אכן יש לשלם לעותר את מענק השחרורין, כאמור בסיכום הראיון. ניתוח זהה יתאים גם למקרה של Robertson¹⁹², שבו קיבל העותר מכתב מרשויות הצבא, אשר לפיו יש לראות בפגיעתו בעת שירותו בצבא "פגיעה עקב השירות". שר-הגיימלאות, שהוא המוסמך להכריע בשאלה, חייב היה לשקול קיומו של המכתב הנ"ל ואת השפעותיו וליתן לו משקל הולם. הסיכוי שהעותר שיקר שעה שפנה לרשויות הצבא לקבלת המכתב הנ"ל וכן הסיכוי כי פגיעתו לא היתה "עקב השירות" אינם שקולים כנגד אינטרס ההסתמכות של העותר, שסמך על המכתב שקיבל ולא טרח לערוך בדיקות רפואיות נוספות. בנסיבות אלה חייב היה שר-הגיימלאות להגיע למסקנה, כי יש להיעתר לבקשתו של Robertson להכיר בפגעי עתו כב"פגיעה עקב השירות".

אין להיתפש לרושם מוטעה, שלפי הפתרון המוצע יכולה הרשות הבלתי-מוסמכת, בהבטחתה, לכבול את שיקול-דעתה על הרשות המוסמכת. שיקול-דעתה של הרשות המוסמכת היה ונשאר חופשי: היא זו ששוקלת את העובדות הרלבנטיות ומחליטה על-פיהן. הרשות הלא-מוסמכת רק יצרה בהבטחתה מערכת עובדות שהרשות המוסמכת חייבת לשקול בין יתר העובדות שעליה לשקול. החלטתה של הרשות המוסמכת תתקבל בהתאם לטובת הכלל, כפי שהיא מצטיירת בעיניה אחרי ששקלה את קיומן של ההבטחה הלא-מוסמכת והשפעותיה השליליות.

גם כאן חשובה ההבחנה שבין אינטרס ההסתמכות לבין אינטרס הציפיות: דרושים שיקולים "כבדים" יותר כדי לפגוע באינטרס ההסתמכות. לשון אחרת: "מתחם הסבי-

190 על כך ראה לעיל, הערה 108 ובטקסט שבסמוך לה.

191 לעיל, הערה 173.

192 לעיל, הערה 14.

רות" של הרשות המוסמכת במקרה של קיום אינטרס ההסתמכות הינו צר יותר מאשר במקרה שבו קיים רק אינטרס הציפיות.¹⁹³

לא כל הבטחה בלתי-מוסמכת והשפעותיה ראויות להישקל על-ידי הרשות המוסמכת, והמדובר במקרים שבהם העדר הסמכות היה צריך להוביל להעדר ההסתמכות. יש לבדוק, האם ניתן היה להסתמך על הבטחה לא-מוסמכת ולפעול על-פיה, כשבמקומו של הנבטח הקונקרטי עומד "הנבטח הסביר". כך, אם קיבל האורח הבטחה מינהלית "אופרטיבית" מאת שומר-הסף בבניין, שבו שוכנת הרשות המשכירה נכסים, הבטחה אשר לפיה מותר לו להיכנס לבית פלוני כשוכר¹⁹⁴, אין הרשות המוסמכת חייבת להתחשב בקיומה. רק מקום שהיה יסוד סביר להסתמך על הבטחת הרשות, אין התנגשותה של ההסתמכות במחסום הסמכות מהווה סוף פסוק לגבי האורח שקיבל הבטחה; והקשר המוסדי שבין גותן ההבטחה הלא-מוסמך לבין הרשות המוסמכת לממשה יכול, למשל, להוות אינדיקציה לקיומו של יסוד סביר להסתמך על ההבטחה.

הפתרון המוצע מדגים את אי-הצורך להיזקק לדוקטרינות ה"שליליות" כגון "מני-עות", שכן קיימת האפשרות להגן על הסתמכותו וציפיותיו של הנבטח באמצעות הכללים ה"חיוביים" הרגילים של המשפט המינהלי. המשפט המינהלי גמיש דיו מכדי שתהיה לו "תקנת השוק" משלו, שתאפשר לפקיד-ציבור להפעיל יותר סמכויות ממה שיש לו.¹⁹⁶

4. סיכום

לפי הפסיקה, הבטחה מינהלית שמימושה כרוך בחריגה מסמכות (בין אם ניתנה בסמכות ובין אם לאו) אינה מחייבת את הרשות. אין בכוחה של דוקטרינת המניעות לגבור על עקרון החוקיות.

אימרת-אגב של השופט שי' לוי, שבפרשת חירב¹⁹⁵ יכולה, אולי, להוות בסיס להיווצרות חריג "הניהול הפנימי" לכלל אי-המניעות, אך אין בה כדי לשנות את מסגרת הכללית דלעיל.

לפי הפתרון המוצע על-ידי כותב שורות אלה, מוטל על הרשות, שמוסמכת לבצע פעולה נשוא ההבטחה (כשאין הרשות שהבטיחה מוסמכת לבצעה), לקחת במניין שיקול-ליה את קיומן של ההבטחה והשפעותיה וליתן לו משקל גאות. הפתרון המוצע מקרב את

193 ראה גם לעיל, קטע הסמוך להערה 21.

194 בג"צ 37/59 גולרשטיין נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים יפו ואח', פ"ד ב 716 (עין רק בעובדות המקרה).

195 מעניין השוואת בין הפתרון המוצע לבין החריג השלישי ("איחון אינטרסים") לכלל אי-המניעות. ההבדל החשוב שבין השניים הוא בפונקציה שממלאה הרשות השופטת: בעוד שלפי החריג הנ"ל ממלא בית-המשפט את התפקיד ה"יוצר" (במובן זה שהוא קובע מה תהא החלטה מינהלית). לפי הפתרון המוצע נועד לו התפקיד ה"מתקן", במידה שהרשות המוסמכת תחרוג "ממתחם הסבירות". אך ראה מ' שקד (לעיל, הערה 49), המבקרת את "מבחן הסבירות" דווקא בשל האקטיביזם השיפוטי החורג מגבולות הרגיל.

196 ראה לעיל, הערה 175.

המקרה של הבטחה שמימשה כרוך בחריגה מסמכות הרשות שהבטיחה אל המקרה של הבטחה, שאין מימשה כרוך בחריגה מסמכות. בשני המקרים, התחלטה אם למלא אחר ההבטחה אם לא, היא בידי הרשות המוסמכת; בשני המקרים אין הרשות המוסמכת חייבת למלא אחר ההבטחה בכל מקרה, ואם קיים טעם ענייני וסביר המצדיק את הפרתה — ניתן להפרה. התבדלים שבין שני המקרים הינם "כמותיים" בעיקרם. ראשית, הרשות המוסמכת תהא פחות קשורה בתבטחה שלא היא נתנה, בעוד שהחלטת הרשות המוסמכת להפר הבטחה שהיא עצמה נתנה, תהא חשופה יותר לביקורת השיפוטית.¹⁹⁷ שנית, חוסר-סמכות המבטיח יכול לשלול, במקרים מסוימים, את יסוד ההסתמכות.¹⁹⁸ אך בשום אופן אין לגרום "ידיעה קונסטרוקטיבית" של סמכויות המינהל: שאלת קיומו של יסוד ההסתמכות חייבת להיבדק לגופה בכל מקרה קונקרטי, גם כשניתנה הבטחת הרשות שלא במסגרת סמכויותיה.

התבדל הנוסף הוא בנטל הראיה: במידה שהרשות המוסמכת מבקשת לנער חוצנה מהבטחתה, עליה להוכיח כי קיים טעם ענייני וסביר המצדיק צעד זה; במידה שהרשות המוסמכת רק שוקלת הבטחה בלתי-מוסמכת, אין כל הצדקה לשלול ממנה את ה"הנאה" מן החוקה, שלפיה *Omnia Praesumuntur rite esse acta*.¹⁹⁹ באשר למקרה, שבו ניתנה הבטחה מוסמכת, אך לאחר-מכן נשללה מהרשות המבטיחה הסמכות למלא אחר הבטחתה — כאן נראה, כי יש לחייב את הרשות החדשה להרים את נטל הראיה בדבר כשרות הסירוב לקיים את ההבטחה.

ד. הבטחות מינהליות שלא ניתן לממשן — שאלת התרופות המשניות

השאלה שנתר להשיב עליה היא, מהו ההסדר המשפטי שיחול על המקרים שבהם ניתנה הבטחה מינהלית שלא ניתן לממשה?

קיום הבטחות שלא ניתן לממשן יוצר בעיה רק במקרים שבהם הנבטח, שהיה לו יסוד סביר להסתמך על ההבטחה, פעל על-פיה ושינה את מצבו לרעה. המקרים שבהם לא היה יסוד סביר להסתמך על ההבטחה שניתנה²⁰⁰, וכן המקרים שבהם לא חל כל שינוי לרעה במצבו של הנבטח, אינם מעוררים שאלת הפיצוי.²⁰¹

איי-אפשרות לממש ההבטחה, למרות שהיה יסוד סביר להסתמך עליה ולמרות השינוי לרעה במצבו של הנבטח, נובעת — לפי הפסיקה — מקיומו של טעם ענייני המצדיק את הפרת ההבטחה או מהעדר סמכות. לפי הפתרון המוצע²⁰², הסיבה הראשונה היא הסיבה העיקרית של אי-האפשרות לממש הבטחה. העדר סמכות יכול לתוות סיבה לאי-מימוש ההבטחה, רק כשפעולה גשואה הבטחה לא מסורה לכל גוף-מינהלי. כיוון שב-

197 ראה לעיל, הערות 18 ו-20.

198 ראה לעיל, קטע הסמוך להערה 194.

199 ראה לעיל, קטע שאחרי הערה 86.

200 ראה לעיל, בטקסט הסמוך להערה 194.

201 ראה לעיל, בטקסט הסמוך להערה 21.

202 לעיל, פרק ג (3).

תחום סמכויות הביצוע המקרים של העדר סמכות כללי הם מעטים מאוד²⁰³, שאלת קיום ההבטחה לפי הפתרון המוצע תהא, בדרך-כלל, פונקציה של איוון האינטרסים ad hoc.

הבטחה מינהלית שלא ניתן לממשה, גורמת נזק, וכפי שגאמר לעיל, תחושת הצדק מחייבת פיזור הנזק האמור בין כלל משלמי המסים העומדים מאחורי פעילותה של הרשות²⁰⁴. דחיית הרעיון של פיזור הנזק שנגרם עקב פעילותה של הרשות הציבורית, שנעשתה על-ידי השופט לנדוי (כתוארו אז) בד"ב שהאדה²⁰⁵, איננה מקובלת עלינו. הדרכים לשיפור הנפגע הן שתיים: (א) תביעת נזיקין נגד הפקיד שהבטיח את אשר לא הוסמך לעשותו וכן נגד הרשות, שלה השתייך הפקיד, במסגרת האחריות השילוחית; (ב) פסיקת הפיצויים על-ידי בג"צ. האפשרות השלישית – תביעת פיצויים במסגרת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970, מכוח סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973²⁰⁶ מצריכה הנחה עובדתית, כי ההבטחה ניתנה במסגרת משא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה, ולכן לא נדון בה.

1. תביעה בנזיקין בשל מצג-שווא רשלני

לפי הפסיקה, מצג-שווא רשלני, שנעשה במהלך העסקים הרגיל, נכנס למסגרת של עוולת הרשלנות²⁰⁷. כיוון שהמדובר ב"רשלנות", לא תחול החסיגות על עובדי-הציבור²⁰⁸ ולכאורה ניתן לתבוע אותו בשל המצג שעשה, ואת הרשות, שלה הוא משתייך, ניתן לתבוע בשל האחריות השילוחית²⁰⁹, כפי שכתבה על בעייתנו פרופ' ג' שלו:

"Because in many cases, the authority's promise is given within the framework of the official duties of the public servant who made the promise and with the intention that the citizen rely and act upon it,

203 עיין בסעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח תשכ"ח 226. המקרים של העדר סמכות כללי קיימים רק בחוק "הסדר שלילי" ביחס לקיום הסמכות: סעיף 29 הנ"ל כפוף "לכל דין".

204 ראה לעיל, קטע שאחרי הערה 20.

205 לעיל, הערה 22.

206 אפשרות זו הוזכרה על-ידי פרופ' ג' שלו (לעיל, הערה 8), בעמ' 467.

207 המ' 106/54 ויינשטיין ג' קרימה, פ"ד ח 1317; ע"א 86/76 עמירר ג' אהרן, פ"ד לב (2) 337; ע' בר-שירה, "היצג רשלני" הפרקליט כז (תשל"א) 490; D. Schonberg, "New Developments in the Israeli Law of Negligent Misrepresentation" 31 *Int. & Comp. L.Q.* (1982) 207.

208 סעיף 7 (א) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), דמ"י (נוסח חדש) תשכ"ח 226; א' רובינשטיין וד' פרידמן, "אחריות עובדי-ציבור בנזיקין" הפרקליט כא (תשכ"ה) 61; ג' טדסקי (עורך), "אנגלרד, א' ברק ומ' חשין, דיני הנזיקין (מהדורה 2, הוצאת ספרים ע"ש מאגנס, האוניברסיטה העברית, תשל"ז) 389.

209 טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין (לעיל, הערה 208), בעמ' 407–411, 464–465; ראה גם חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב–1952, ס"ח תשי"ב 339.

much practical importance is attached to the very existence of this cause of action and to the possibility to impose personal liability on the public officer who made the promise"²¹⁰.

ברם, פתרון זה נתקל בקשיים ראשית, לא כל מתן הבטחה מינהלית הוא בבחינת "רשלנות". ניתן לדבר על רשלנות הפקיד רק אם היה עליו לדעת בעת מתן ההבטחה, כי אין זה בטוח שההבטחה תמומש (או בטוח שהיא לא תמומש). שנית, אין "רשלנות" בהעדר "חובת הזהירות" שנגזרת מעקרון "יחסי הרעות" של הלורד אטקין²¹¹. פרופ' רובינשטיין ופרופ' פרידמן, במאמרם על אחריות הנוזיקית של עובדי-ציבור, הדגישו את חשיבותה של "חובת הזהירות" כאלמנט המאפשר לצמצם את היקף האחריותם של עובדי-הציבור עקב מעשיהם הרשלניים²¹²; ובית-המשפט העליון אכן פסק, כי עובד-ציבור, בהיותו פועל במישור המשפט המינהלי, לא תב חובת זהירות לאזרח הבא עמו במגע, ולפיכך אינו יכול להיתבע על-ידי האזרח בשל הרשלנות שבמעשהו²¹³. בע"א בתן²¹⁴, בעלי המוסך שפעלו מטעם רשות הרישוי, הוציאו אישור על תקינותו של הרכב שלא היה תקין כלל ועיקר. אישור זה יצר מצג, בעל-המכונית פעל על פיו וגרם לתאונת-דרכים קטלנית. נקבע, כי על-אף רשלנותם של בעלי המוסך לא התקיימו היסודות של העוולת הרשלנות, שכן בפועל במישור המשפט המינהלי, אין הם הביים חובת הזהירות לתובע.

ניתן, אולי, לצמצם את הלכת בתן הנ"ל למקרים שבהם מתבצע תפקיד שלטוני מהיר ומגע עם אזרח הינו אנכי כלבד²¹⁵, שכן לא תחול ההלכה כשהמצג נעשה שלא במסגרת הפעילות לצרכים מינהליים גרידא, אלא גם במגמה שהאזרח יפעל על-פיו. אבל איבתון זה, המצמצם את היסוד המצמצם (חובת הזהירות), ספק אם הוא מתיישב עם קביעתו הגורפת של השופט לגדוי (כתוארו אז) שבד"נ שהאדה, שלפיה:

"... הטלת אחריות אישית על הפקיד... עלולה לרפות את ידיו ולעשותו הססן ופחדן בשימוש בסמכויותיו, מתוך מחשבה ש"שב ואל תעשה" היא תמיד הדרך

210 שלו (לעיל, הערה 8), בעמ' 468.

Donoghue v. Stevenson (1932) A.C. 562, 580; *Winfield on Tort* (London, 211 11th ed., 1979) 66—86; טדסקי, אנגלרד, ברק חשין (לעיל, הערה 208), בעמ' 92; ע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 769, 777—781.

212 רובינשטיין ופרידמן (לעיל, הערה 208), בעמ' 67.

213 ד"נ שהאדה (לעיל, הערה 28); ע"א 452/72 בתן נ' איזנברג ואח', פ"ד כז (2) 720. נתיב חדש לשחרור עובדי-הציבור מאחריות בנוזיקין (והפעם שחרור מלא) נפתח באימרת-אגב של השופטת בן-פורת (כתוארה אז) בע"א 219/79 ירמילוביץ ואח' נ' חובב, פ"ד לה (3), 770. המדובר בפירוש רחב לפסוק הגיתון למבצעי התפקידים השיפוטיים; לדעת השופטת בן-פורת, רשימת הנהגים מן הפסוק אינה סגורה, כשהדגש על המלה "לרבות" המופיעה בסיפא של סעיף 8 לפקודת הנוזיקין. כנגד זה ניתן לטעון, כי עקרון השוויון בפני החוק מחייב פירוש דוקני של החסינות: בג"צ 507/81 אבוהצירא ואח' נ' היתעה"מ ואח', פ"ד לה (4) 561. עיי' גם בע"א 507/79 ראנדנאף (קורן) נ' הכיב, פ"ד לו (2) 757.

214 לעיל, הערה 213.

215 השופט ויתקין דיבר שם (בעמ' 722, מול האות ו), על תפקיד שלטוני גרידא.

הבטוחה ביותר. הציבור כולו אך יסכול מחוסר מעש כזה" (ולכן יש לשלול את קיומה של חובת הזהירות, כאמור) ²¹⁶.

ניתן לפקפק בנכונותו ה"ליגליסטית" של הפטור הסיטוני הנ"ל, שכן ספק אם הקביעה השיפוטית השוללת חובת הזהירות, כאמור, מתיישבת עם רצון המחוקק. המחוקק פטר את עובדי הציבור מאחריות בנוזיקין במקרים שפורטו על-ידו בסעיף 7 לפקודת הנוזיקין, ונאמר שם, בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, כי הפטור לא יחול במקרה של "רשלנות". אך מהבחינה העניינית הערכית יש טעם רב בדברי השופט לגדוי: גישה אחרת, שתחשוף את פקיד הציבור לתביעות בנוזיקין עקב התפקוד, מעמידה אותו, מבחינה זו, במצב נחות לעומת שאר בני הציבור והדבר ללא ספק ישפיע על טיב התלטותיו. יש לחפש דרכים אחרות לשיפור הנפגע ולשיפור המינהל.

לאור האמור לעיל, יש לקבוע — בניגוד לדעתה של פרופ' ג' שלו ²¹⁷ — כי דיני הנוזיקין שלנו אינם ערוכים כלל ועיקר להתמודדות עם בעיית הבטחות המינהליות שאינן ניתנות למימוש ²¹⁸.

2. פיצויים בבג"צ

פתרון הבעיה צריך — לדעתנו — להינתן על-ידי המשפט המינהלי. מקום שמתן ההבטחה אשר לא ניתן לממשה גרם נזק לאזרח, יש לפצותו, כשהחובה לעשות כן צריכה להיכלל בחובתו הכללית של המינהל לפעול בהגינות ²¹⁹. מקום שרשות מסרבת לפצות את האזרח בגין הנזק שנגרם לו עקב פעילותה וללא כל אשם מצדו, היא מפרה בכך את חובתה לפעול בהגינות. במקרה זה על בג"צ להתערב ולצוות על הרשות לפצות את הנפגע. גובה הפיצויים ייקבע לפי חוש הצדק של בג"צ ולא דווקא על-פי העיקרון הגורס *restitutio ad integrum*.

כמה מחברים בעולם המשפט האנגלו-סקסי עמדו על הצורך במוסד מיוחד (בדומה לזה שמסותח בצרפת) ²²⁰ שיוסמך לפסוק פיצויים לנפגעי המינהל הלא-תקיין ²²¹. אצלנו, סמכותו של בג"צ לפסוק פיצויים לאזרח שנפגע, כאמור, מצויה בסעיף 7 (א) לחוק בתי-המשפט ²²², המאפשר להושיט כל סעד שמן הצדק להושיטו.

216 לעיל, הערה 22.

217 ראה הציטוט הסמוך להערה 210, לעיל.

218 אך ייתכנו חידושים בסוגיא. עיין בבג"צ מינדה (לעיל, הערה 11), סעיף 23 לפסקדינו של השופט ברק, וכן בע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לו (1) 113, 124, דברי השופט ברק שם מיל האות ד.

219 במשפט האנגלי הוגבלה "חובת ההגינות" לחובה לפעול בתחום לכללי הצדק הטבעי. אך ניתן גם להרחיב חובה זו, שכן המשפט המינהלי של ארצנו פתוח בפני ה"חקיקה השיפוטית" ובמיוחד לאור חוק יסודות המשפט, תשמ"ם-1980. ס"ח 163; ראה גם להלן, הערה 228 במקורות המאזכרים שם.

G. Ganz, "Compensation for Negligent Administrative Action", *Public Law* 220 (1973) 84, 98; B. Shwartz, *French Administrative Law and the Common Law World* (New York, 1954) 276.

221 קרייג (לעיל, הערה 152), בעמ' 418-420; וייד (לעיל, הערה 16), בעמ' 344-346.

222 השופט ברק מביא גם מקורות סמכות נוספים; ראה לעיל, הערה 93.

שאלת הפיצויים בבג"צ נדונה רבות, הן בפסיקה²²³ והן על-ידי המלומדים²²⁴, ואין צורך לדון בה במסגרת הנוכחית. נטייתו של בג"צ היא להפעיל את הסמכות לפסוק פיצויים ביד קמוצה²²⁵ — נטייה שעם כל הכבוד, קשה להשלים עמה. פסיקת הפיצויים על-ידי בג"צ עשויה לפתור בעיות אחדות שטרם באו על פתרון²²⁶, וביניהן בעיית ההבטחות המינהליות שאינן ניתנות למימוש.

בע"פ שפירא²²⁷ עמדו השופטים ברק ו' כהן (מ"מ הנשיא, כתוארו אז) על הצורך בפיתוח דוקטרינות חדשות ועצמאיות בתחום פיקוחו של בג"צ על המינהל²²⁸. יש לקוות, שבמסגרת זו יפותח המוסד של הפיצויים בבג"צ במקרים שבהם גרמה פעילות הרשות נזק לאזרח. מוסד זה הינו חיוני להסדרת היחסים שבין רשות לאזרח.

ה. סיכום

הבטחה מינהלית, שניתנה במסגרת הסמכות, תחייב את הרשות, והיא תורשה להפריח רק כאשר קיים טעם ענייני וסביר לעשות כן. זאת — בין אם נראה בקיומה של ההבטחה עילה "עצמאית" להתערבות בג"צ ובין אם נראה בו נחון רלבנטי שעל הרשות לשקלו וליתן לו משקל נאות. המשפט המינהלי מגן כאן על אינטרס ההסתמכות ועל אינטרס הציפיות של הנבטח, כשההגנה שניתנת לאינטרס ההסתמכות היא גדולה מזו שניתנת לאינטרס הציפיות.

הבטחה מינהלית, שממוששה כרוך בחריגה מסמכותו של המבטיח, לא תחייב אותו: אין בכוחה של ה"מגיעות" לגבור על עקרון החוקיות. החריג היחיד לכלל זה, שהיתה נטייה להכיר בו, הוא המקרה שבו סמכות המבטיח היא עניין של "הניהול הפנימי" של הרשות אשר לה הוא משתייך²²⁹.

223 בג"צ בינוי ופיתוח (לעיל, הערה 22); בג"צ 147/74 פפוליוסקי נ' שר האוצר ואח', פ"ד כט (1) 421; בג"צ 358/77 דרון נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד לב (1) 729; בג"צ 35/78 י.ש.י. פ.א.ב. בע"מ נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד לב (2) 581; בג"צ 757/80 אייל נ' שר הפנים ואח' (לא פורסם, מופיע בסביר יו, 388); בג"צ 346/81 ס.ע. רינגל בע"מ נ' מועצה מקומית כרמיאל ואח', פ"ד לה (4) 825; בג"צ 654/81 אלקרש נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לו (2) 611.

224 "זמיר (לעיל, הערה 92), שם; C. Klein, "New Remedies in the High Court of Justice", 10 Is. L.R. (1975) 582; ע' אסנת, "תחומי סמכותו של בג"צ לאור הפסיקה החדשה" עיוני משפט ה (תשל"ו-תשל"ז) 167, 181-182; הרציג, דיני מברחים (תל-אביב, 1976) 133; שלו (לעיל, הערה 8), בעמ' 468.

225 בג"צ רינגל (לעיל, הערה 223), בעמ' 831; אך ראה בג"צ מינדה (לעיל, הערה 8) — ייתכן שהחלטה זו מכשירה קרקע לתפנית מסוימת בגישה, אך אין להיתפס לאופטימיות יתירה נוכח הסמכותו של השופט ברק עם הגישה המאופקת בנוגע לפיצויים; ראה שם, בעמ' 100 מול האות ה.

226 כגון בעיה של מברח פגום שבמסגרתו נמסרה העבודה לצד שלישי חמים — ראה בג"צ בינוי ופיתוח (לעיל, הערה 22).

227 לעיל, הערה 5.

228 ראה דברי מ"מ הנשיא י' כהן (כתוארו אז), שם, בעמ' 357; וכן דברי השופט ברק, שם, בעמ' 369-370.

229 ראה בג"צ חירם (לעיל, הערה 173); ראה גם לעיל, בעמ' 284.

לדעתנו, יש לזנוח גישה זו כולה, ובמקום לחפש חריגים לכלל אי-המניעות יש לעצב פתרון אחר. הצעתנו היא להכיר בחובתה של הרשות, אשר מוסמכת לעשות את הפעולה שהיא נשוא ההבטחה, לשקול את קיומן של ההבטחה והשפעותיה וליתן להן משקל נאות. גם כאן דרוש טעם ענייני וסביר כדי להשיב את פניו של המבקש ריקם תוך זניחת אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפיות שלו.

בכל מקרה (בין אם הבטחה היא מוסמכת ובין אם לאו) יש לבדוק את קיומם של אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפיות של הנבטח לאור המבתנים האובייקטיביים. אין להעניק הגנה משפטית אלא להסתמכות ולציפיות שהן "סבירות".

במקרים שבהם לא ניתן לממש הבטחה מינהלית (עקב הניגוד שבין מימושה לבין טובת הכלל או עקב חוסר-הסמכות לממשה) יש לבדוק האם גורם הדבר נזק למקבל ההבטחה. במידה שנגרם לו הנזק, אין זה מוצדק שהוא לבדו ישא בו ויש לפזר על כלל משלמי המסים בישראל. הרשות, שפעילותה, כאמור, גרמה נזק חייבת לפצות את הנבטח. יש לעגן את חובתה האמורה במסגרת חובתה הכללית של הרשות לפעול בהגיונות. במידה שהרשות המזיקה לא תפצה את הנבטח, היא מפרה בכך את חובת ההגיונות האמורה, ובג"צ מוסמך לצוות עליה לפצותו (הסעיפים 7 (א), 7 (ב) ו-34 לחוק בתי-המשפט כוללים בחובם סמכות זו)²³⁰. ברם, אין בג"צ מפעיל את סמכותו האמורה אלא ביד קמוצה. יש להצטער על כך ולקוות כי בעמדתו זו יחול שינוי.

230 בג"צ מיגדה (לעיל, הערה 11), סעיף 19 לפסק-דינו של השופט ברק, בעמ' 98.