

## חוזי המדינה וחוק התקציב

מאת

אריאל בנדורי\*

הרשימה מוקדשת לזכרו של מנחם בלטמן, ידיד אהוב. קומי נטל חלק מרכזי בבחינתה של טיוטת הרשימה על-ידי המערכת ואין ספק כי שכלו הטוב ויסודיותו תרמו רבות לגרסתה המוגמרת.

א. מבוא. ב. ההלכה הכללית בישראל. ג. ההלכות בארצות-הברית ובאנגליה. ד. ההסדר בחוק יסודות התקציב; 1. כללי; 2. חוזה של המדינה אשר ההוצאה הכרוכה בו אינה עולה על 100,000 שקלים חדשים; 3. מהות איתקצוב ההוצאה או ההרשאה להתחייב; 4. משמעות בטלותו של החוזה לפי סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב; 5. זכות העמידה להביא לבטלות החוזה ובית-המשפט המוסמך; 6. החריגים להוראת הבטלות. ה. הדין הראוי.

### א. מבוא

1. נושא רשימה זו הוא השפעת חוקי התקציב השנתיים על תוקפם ועל אכיפותם של חוזים אשר המדינה היא צד להם.
2. כיום אין עוד עוררין על כוחן של רשויות הממשל להתקשר בחוזים<sup>1</sup>. חוזים כאלה הם מכשיר משפטי נפוץ אשר באמצעותו, בין השאר, הרשות השלטונית מעבירה תפקידים ומשימות שהוטלו עליה לבני-אדם או לתאגידים מן הציבור<sup>2</sup>.
3. מהותו המיוחדת של חוזה הממשל, המהווה בעת ובעונה אחת הן חוזה, הנשלט כרגיל על-ידי דיני החוזים והן פעולה משפטית של רשות ציבורית הנשלטת כרגיל על-ידי דיני המנהל הציבורי, היא העומדת ביסוד הבעיה הראשונית שבפניה המשפטן עומד בכואו "להתמודד" עם חוזה כזה. בעיה זו היא, מהו הענף המשפטי שממנו יש לשאוב את פרטי הדינים אשר לפיהם יידונו חוזי הממשל. יש המבקשים להבחין תחילה בין שני

\* עוזר-הוראה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 דאה ג' שלו, חוזי רשות בישראל (אבישר, תשמ"ה) 4.

2 שם, 3.

סוגים של הסכמים שהממשל עורך: חוזים ו"הסכמים ציבוריים"<sup>3</sup>. הסכמים מן הסוג האחרון מלכתחילה אינם חוזים, שכן לא נתקיימה בהם גמירות-דעת הצדדים להתקשר בחוזה<sup>4</sup>, ולכן אינם משתייכים כלל לתחום עיוננו. הבחנה קלאסית היא בין "חוזים שלטוניים", שאותם המדינה עושה כשלטון ובהם היא מתחייבת, בדרך-כלל, בקשר לשימוש כסמכויותיה השלטוניות הסטטוטוריות, לבין "חוזים מסחריים", שאותם המדינה עושה כ-"*fiscus*" דהיינו: כבעלת-נכסים פרטית<sup>5</sup>. בעוד שעל "חוזים מסחריים" חלים בעיקר<sup>6</sup> דיני החוזים הכלליים, הרי הדינים השולטים על "חוזים שלטוניים" הם דיני המנהל הציבורי, המתבטאים במיוחד בזכות הממשל להשתחרר מן החוזה, אם השתחררות זאת דרושה מטעמים של טובת הציבור. גישה מודרנית יותר, הגוברת בישראל בשנים האחרונות, שוללת את ההבחנה בין "חוזים שלטוניים" לבין "חוזים מסחריים" על נפקיוותיה<sup>7</sup>. לפי גישה זו, דין אחד לכל החוזים אשר הממשל צד להם. על חוזים כאלה חלה לפי גישה אחת, "דואליות נורמטיבית"<sup>8</sup>, דהיינו: דיני החוזים ודיני המנהל הציבורי חלים זה בצד זה (דומה כי במקרי התנגשות יגברו ההוראות שמקורן במשפט הציבורי, המהוות לעניין זה "דין מיוחד"). לפי גישה אחרת, על חוזי הממשל חלים דיני החוזים, שדרכם מוחלים גם דינים שמקורם במשפט הציבורי (לדוגמא: "הלכת ההשתחררות" מוחלת – לפי גישה זו – באמצעות סעיף 30 לחוק החוזים, הקובע בטלות חוזה הסותר את תקנת הציבור<sup>9</sup>).

4. הטעם לקיצור בתיאור הגישות השונות הוא בכך, שלענייננו אין נפקות רבה להכרעה מהו הענף המשפטי אשר דיניו שולטים על חוזי המדינה. אם הדינים השולטים הם דיני המנהל הציבורי, תהיה השאלה מה השפעת הוראות חוק התקציב על סמכותן של רשויות המדינה המתקשרות בחוזים ומה דינו של חוזה אשר הוצאות המדינה הכרוכות בו אינן מעוגנות בחוקי התקציב של השנה שבה נקשר או של השנה שבה אמור הוא להתבצע. אם הדינים השולטים הם דיני החוזים הכלליים, תהיה השאלה האם חוזה כזה (דהיינו: חוזה של המדינה שאינו מעוגן בחוק התקציב) הוא חוזה פסול כמוכנו בסעיף 30 לחוק החוזים. סעיף זה קובע כי "חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי-חוקיים... – בטל". מקובל, כי ההוראה הקובעת את בטלותו של חוזה בלתי-חוקי חלה בכפיפות לתכליתו של החוק האוסר, דהיינו: שחוזה ייחשב כבלתי-חוקי לעניין סעיף 30

3 הכחנה זו הוצגה על-ידי השופט ברק בבג"צ 669/86, כשג"צ 456/86, 491 רובין נ' ברגר ואח', פ"ד מא(1) 73, 77 ואילך.

4 כנדרש בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), סעיפים 2 ו-5.

5 הבחנה זו נתקבלה בישראל בבג"צ 311/60 י' מילר, מהגרס (סוכנות יובא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פ"ד טו 1989. תומך בה ג' טדסקי, "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט" משפטים יב (תשמ"ב) 227.

6 אולם מקובל, כי גם בקשר לחוזים כאלה המנהל הציבורי לא משוחרר מחובות שמקורן במעמדו כנאמן הציבור, וביניהן חובותיו לפעול בהגינות, בשוויון וללא משוא-פנים. ראה בג"צ 226/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101; ד' פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה (תשל"ד) 598.

7 ראה בג"צ 295/80 משה קידר עבודות עפר ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון, פ"ד לד(4) 468, 474, בין האותיות ד-ה.

8 ראה בג"צ 492/79 חברה פלוגית נ' משרד הביטחון, פ"ד לד(3) 729.

9 ראה ג' שלו (לעיל, הערה 1), 39 ר 104. לביקורת על השימוש ה"רטוראקטיבי" בהוראת סעיף 30 לחוק החוזים לשם עיגון "הלכת ההשתחררות", ראה ג' טדסקי (לעיל, הערה 5), 231.

לחוק החוזים רק אם תכליתו של החוק שאסר את החוזה היתה אף להביא לביטולו<sup>10</sup>. מכאן נובע כי, גם אם הדינים השולטים על חוזי המדינה הם דיני החוזים הכלליים, יש לחזור ולפנות אל הדינים הציבוריים (כגון חוק התקציב ודינים הקשורים בו) כדי לברר האם אכן התכוונו להביא לביטול חוזה החורג מן התקציב. התוצאה היא, שבין אם הדינים השולטים בחוזי המדינה הם דיני המנהל הציבורי ובין אם הדינים השולטים בהם הם דיני החוזים הכלליים, השאלה המכריעה לענייננו תהיה מה קובעים הראשונים. עם זאת, במידה שהמשפט הציבורי אכן קובע בטלות חוזה שאינו מעוגן בחוק התקציב, אפשר שתהיה נפקות מסוימת לשאלה מהו הדין השולט על החוזה לצורך הקביעה אילו דינים יקבעו את משמעותה של בטלות החוזה: דיני הבטלות מתחום דיני המנהל הציבורי או דיני בטלות החוזה הפסול הקבועים כסעיף 31 לחוק החוזים<sup>11</sup>.

5. רשימה זו תדון בחוזי המדינה, דהיינו: בחוזים שצד להם הוא רשות (בדרך-כלל משרדי-הממשלה), אשר תקציבה מוסדר בחוקי התקציב השנתיים המתקבלים בכנסת. החוזים הרלבנטיים הם כמובן חוזים שבהם מתחייבת המדינה לתשלום כסף, דהיינו: בעיקרו של דבר, חוזים לרכישת נכסים ושירותים. ארון בדין המקובל בישראל בסוגיא ובשינוי החלקי שהביא בו חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב). תוך אזכור השוואתי של הדינים הנוהגים באנגליה ובארצות-הברית. כן אפרט הסדר הנראה לי כפתרון הראוי לסוגיא, ואשר תמציתו היא ביטול חוזה החורג מהגבלות חוק התקציב, תוך פיצוי המתקשר תם-הלב על נזקים שנגרמו לו עקב ההתקשרות בחוזה בטל.

### ב. ההלכה הכללית בישראל

6. בעבר, כדי להשיב בישראל על שאלת תוקפו ואכיפותו של חוזה של המדינה אשר ההוצאה הכרוכה בו לא עוגנה בחוק התקציב, היה צורך — בהעדר הסדר חוקי מפורש — לבחון את אופיים של חוקי התקציב השנתיים: האם "התקציב הוא נורמה אינדיווידואלית המופנית לממשלה וקובעת כללים להוצאה ולחישוב הכנסה צפויה"<sup>12</sup> גרידא, או שמא המדובר בדין מגביל סמכות, אשר לו השלכות כלפי כולי עלמא, כמובן זה שפעולה החורגת ממנו היא בלתי-חוקית ובטלה, ואין בכוחה לחייב את המדינה או לזכות את הצדדים שהתקשרו עמה<sup>13</sup>.

7. למעשה, בהיעדר תשתית תיאורטית מוצקה ומוסכמת בדבר מהותו של חוק התקציב, שלטה בכיפה גישה "פרגמטית" אשר שמה את הדגש על שיקולי "צדק" ומדיניות. הגם שהשאלה מעולם לא הוכרעה הכרעה מחייבת על-ידי בית-המשפט העליון, היתה הגישה המקובלת שלא לפטור את המדינה מקיום התחייבויותיה החוזיות<sup>14</sup>, אף אם אלה לא עוגנו בתקציב המדינה.

10 ראה ע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ, פ"ד 1 57; ט' בנד, "אי-חוקיות והחוזה הממשלתי" משפטים יד (תשמ"ד) 295, 302.

11 דיון בשאלה זאת ראה להלן, בפסקה 20. לדיון מעמיק בדיני החוזה הפסול שבחוק החוזים ראה ג' שלו, תוכן החוזה (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, השמ"ח, 129 ואילך).

12 א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה שלישית, תשמ"א) 303.

13 ראה ד' פלק, "תקציב המדינה וסמכויות המינהל" הפרקליטי יט (תשכ"ג) 32, 37.

14 להבדיל מכמה פסקי-דין, שמהם משתמע כי לתקציב המדינה עשויה להיות משמעות נורמטיבית בהקשרים אחרים. ראה בג"צ 206/53 רוזנברג נ' שר החינוך ואח', פ"ד 1 919; ובג"צ 447/79 (לא

8. בפסקי-הדין בפרשת מעוז<sup>15</sup> הביע השופט (כתוארו אז) חיים כהן את מורת-רוחו מטענת המדינה, כי יש לפרש חוזה ממשלתי כאילו כפופה ההוצאה הממשלתית הכרוכה בביצועו לחוקי התקציב וכינה אותה "מופרכת מדעיקרא"<sup>16</sup>. דעתו של השופט כהן היתה כי

חבויות שהמשלה מקבלת על עצמה כלפי בעלי-חוזה, מחייבות אותה, בין אם אושר לה תקציב לקיומן ובין אם לאו<sup>17</sup>.

לדעת השופט כהן, הלכה זו חיונית לשמירת שלטון החוק (כנראה במובן של תחולת דין שווה על האזרח ועל המשלה).

אולם יש לציין כי השופט כהן ראה לנגד עיניו, כאחרים שנקטו גישה דומה לשלו, מתקשר "תס-לב", אשר לא היה מודע לחריגת החוזה מן התקציב וכנראה שאף לא היה מסוגל להעלות אפשרות כזו על דעתו. חולשת הנמקה זאת – מלבד התעלמותה האמורה מן האפשרות שהמתקשר היה מודע לחריגה מן התקציב – היא בנקודת-המוצא הבסיסית כאילו המשלה המתקשרת בחוזה שווה במעמדה לכל מתקשר חוזי אחר. הנחה זו בוודאי אינה משקפת את המצב המשפטי הקיים, אשר לפיו מוקנות לממשלה פריבילגיות מיוחדות בתחום דיני החוזים, ובראשן – אפשרותה להשתחרר מחוזה אם הדבר נדרש על-ידי טובת הציבור<sup>18</sup>.

הנמקה נוספת, בעלת אופי "טכני" יותר, אשר הביא השופט כהן כתימוכין להשקפתו, היא כי "אין המשלה נשמעת כטענה שיש לפרש חוזה שלה כאילו חרגה מסמכויותיה"<sup>19</sup>. דומה כי בדברים אלה אין לראות הנמקה משכנעת לגישת השופט כהן: הלוט טענת המדינה בפרשת מעוז היתה כי אין לפרש את חוזה כאילו היא התחייבה בהם אף להוצאות שלא יעמדו במגבלות חוקי התקציב. דווקא פסיקתו של השופט כהן, אשר שללה פרשנות כזאת של החוזה, תוצאתה היתה פירוש החוזה כמנוגד לחוקי התקציב.

חולשה נוספת בהנמקתו של השופט כהן נעוצה בכך, שהוא התעלם מן האפשרות שמתן תוקף ואכיפות מלאה לחוזה החורג מן התקציב אינו הדרך היחידה אשר תמנע פגיעה בלתי-מוצדקת ממתקשר תס-לב. כפי שיפורט להלן<sup>20</sup>, אפשרי גם פתרון אחר,

פורסם), אשר הוזכר על-ידי מקצת מן הדוברים בסימפוזיון שנערך כנסת בנושא "חוק התקציב – מהות, מטרת וסמכויות" ספר ישראל ישעיהו (האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריזם, התשמ"ב) 77 (להלן: הסימפוזיון).

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

16 ע"א מעוז, 753, בין האותיות 1–5; ד"נ מעוז, 826–827.

17 ע"א מעוז, שם. הגם שרחיית טענתה של המדינה כי יש לפרש את חוזה כאילו ביצועם כפוף לחוקי התקציב היתה חיונית לתוצאה בדיון הנוסף, שבה תמכו כל חמשת שופטי המותב, אין לראות בדבריו הנ"ל של השופט כהן כ"טעם הפסק" (*ratio decidendi*): טענת המדינה היתה במישור פרשנות החוזה: האם עיגון בחוק התקציב מהווה תנאי מתלה בחוזה. היא לא טענה כי חוזה ממשלתי שאינו מעוגן בחוק התקציב, יהיה פירוש החוזה אשר יהיה, הוא בטל. יצוין גם כי שאר השופטים לא דנו בסוגיא.

18 לניתוח הלכת ההשתחררות ראה ג' שלו (לעיל, הערה 1), 95 ואילך.

19 ד"נ מעוז (לעיל, הערה 15), 827, בין האותיות ג–ד; וראה גם ע"א מעוז (לעיל, הערה 15), 754–753.

20 ראה להלן, פסקאות 34–37.

אשר משמעותו היא פיצוי המתקשר תם-הלב על אותם הנזקים שנגרמו לו, מבלי לחייב את המדינה לקיים חוזה שבו לא היתה מוסמכת להתקשר.

9. דעתו של השופט חיים כהן נתפשה כמייצגת את ההלכה הקיימת. כך, כסימפוזיון שנערך בכנסת ואשר בו נדונה, בין השאר, הסוגיא נושא רשימה זו, התייחסו כל הדוברים (ובניהם השופט ויתקון, שחמך בגישת השופט כהן<sup>21</sup>, והפרופ' שטרית, אשר דומה כי לא היה שלם עמה<sup>22,23</sup>) למה שראו כ"הלכת מעוז" כאל הלכה מבוססת שאין עוד עוררין עליה<sup>24</sup>.

### ג. ההלכות בארצות-הברית ובאנגליה

10. בארצות-הברית נחשב חוזה של רשות ציבורית אשר ההוצאה הכרוכה בו לא עוגנה בחוק התקציב לבטל מעיקרו, ואין בכוחו להוות מקור לחיוב חוזי או מעין-חוזי של הממשלה<sup>25</sup>. לעומת זאת, דומה כי באנגליה, למרות מספר אמרות-אגב<sup>26</sup> שמהן עשוי להשתמע כי הדין דומה לדין החל בארצות-הברית, הדין הוא שאישור פרלמנטרי מוקדם אינו מהווה תנאי לתוקף החוזה<sup>27</sup>, אם כי בהעדר תקציב מתאים לא יהיה ניתן לאכוף על הממשלה למלא את התחייבויותיה הכספיות לפיו.

שוני זה בין הדינים בארצות-הברית ובין אלה שבאנגליה ניתן להסביר בין השאר בכך, שבעוד שכחוק התקציב השנתי הכריטי מעוגנות רק אותן ההוצאות אשר מותר לממשלה להוציא בשנת-התקציב, הרי שחוק התקציב הפדרלי של ארצות-הברית כולל גם התחייבויות אשר הממשל רשאי ליטול על עצמו בשנת-התקציב, אף אם מועד מימושו אינו באותה שנה אלא בשנים שלאחריה<sup>28</sup>. מכאן נובע, כי באנגליה כלל לא אפשרי להתנות תוקף חוזים שמועד מימושם חורג משנת-התקציב אשר בה נכרתו בעיגונם בחוק התקציב, משום שחוק התקציב מלכתחילה אינו מתיימר לטפל בהתחייבויות כאלה. המצב שונה בארצות-הברית: שם חוק התקציב השנתי כולל גם הרשאות להתחייבויות שמועד מימושו חורג משנת-התקציב שלגביה החוק חל, ולכן אין מניעה לקבוע כי התחייבות כזאת אשר לא עוגנה בחוק התקציב של השנה שבה ניטלה תיחשב כבטלה מעיקרה<sup>29</sup>. אמנם, הסבר זה איננו תופש ככל שהדברים אמורים

- 21 הסימפוזיון (לעיל, הערה 14), 80 ואילך, 114 ואילך.  
 22 הפרופ' שטרית הציע "להתגבר" על הלכה זו על-ידי כלילה בחוזים ממשלתיים תניות מפורשות אשר יתנו את ביצוע החוזים בקיום כיסוי בתקציב או על-ידי שימוש בהלכת ההשתחררות (ראה שם, 101).  
 23 הפרופ' אקצין (שם, 92) והד"ר אנקורין (שם, 99) סברו, כי התחייבות חוזית של רשויות המדינה יש לקיים אף אם לא תוקצבה בחוק התקציב, אולם שניהם ראו את הסוגיא באספקלריה של אכיפת חוזה חוקי, מבלי להתייחס לשאלה האם ועד כמה חוזה המנוגד לחוק התקציב הוא תקף כשלעצמו ובעל כוח לחייב את הצדדים לו.  
 24 אך ראה לעיל, הערה 17.  
 25 ראה J.D.M. Mitchel, *The Contracts of Public Authorities* (London, 1954) 157.  
 26 ראה *Churchward v. The Queen* (1865) 1 L.R. 173; *Commercial Cable Co. v. Government of New Foundland* (1916) 2 A.C. 610; *Mackey v. Attorney General for British Columbia* (1922) 1 A.C. 457.  
 27 ראה C. Turpin, *Government Contracts* (Great Britain, 1972).  
 28 שם, 27.  
 29 שם, 26.

בהתחייבויות שמועד מימושו אינו חורג משנת-התקציב שבה התקבלו; אולם אפשר שמורי-ההלכה האנגליים לא סברו כי קיים טעם המצדיק החלת דינים שונים לגבי תוקפן של התחייבויות שלא עוגנו בחוק התקציב רק בשל השוני במועדים שבהם הן אמורות להיות ממומשות.

11. עם זאת נקבע כארצות-הברית, כי די שהסכום שלהוצאתו התחייבה המדינה אינו עולה על הסכום שנקבע בחוק התקציב או הניתן להשגה על-פיו כדי שהחובה יהיה תקף, אלא-אם-כן המתקשר ידע בפועל כי החובה, בהצטרפו לחוזים אחרים שכרת הממשל, חורג מן התקציב<sup>30</sup>. תוצאתה של הלכה זו היתה כמובן הפחתה של ממש מנפקותו המעשית של הדין שקבע את הבטלות<sup>31</sup>, שכן רק לעתים נדירות הסכום שלהוצאתו התחייבה הממשלה בחובה יחיד יעלה על מלוא הסכום שקצב המחוקק בתוכנית מתאימה (כולל הרזרבה) או שהמתקשר בקי בפרטי ההוצאות והתחייבויות האחרות של הממשל.

#### ד. ההסדר בחוק יסודות התקציב

##### 1. כללי

12. בישראל הסדירה הכנסת את הסוגיא בחוק יסודות התקציב<sup>32</sup>, אשר תחילה נקבע כי תחולתו בשנות-התקציב 1985–1987, ולאחר-מכן בוטל הסעיף מגביל התחולה<sup>33</sup>. סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב קובע:

חובה של המדינה שההוצאה הכרוכה בו עולה על 100,000,000 שקלים<sup>34</sup>, וההוצאה או ההרשאה להתחייב לא תוקצבו בחוק התקציב השנתי לשנה שבה נחתם – בטל<sup>35</sup>.

הוראה זו יש לקרוא בצמידות לסעיף 6 לחוק יסודות התקציב. בסעיף זה נקבע כי כל התחייבויות הממשלה, להוציא החריגים המפורטים בסעיף 6(ג), חייבות להיות מעוגנות בחוק התקציב של השנה שבה ניתנו. בין בטור ההרשאות להתחייב (אם המדובר

30 ראה J.D.M. Mitchel (*Supra* note 25), 156–157.

31 שם, שם.

32 בחוק-יסוד: משק המדינה, ס"ח תשל"ה 206, נקבע בסעיף 3(א)(2) כי "התקציב... יביא את הוצאות הממשלה הצפויות והמתוכננות". דומה כי לנוכח קיום הסדר מפורט בחוק יסודות התקציב אין טעם להיזקק לסעיף זה בקשר לסוגייתנו. אף מבלי להתחשב בחוק יסודות התקציב, לא נראה כי בסעיף זה היתה כוונה לשנות מן ההלכה שהיתה מקובלת ערב חקיקת חוק-היסוד, שכן לא נאמר בסעיף דבר לגבי תוקפן או אכיפותן של התחייבויות שהמדינה נטלה על עצמה מבלי שהיו מעוגנות בחוק התקציב. יש אף לציין, כי איש מן הדוברים בסימפוזיון (לעיל, הערה 14), אשר נערך לאחר קבלת חוק-יסוד: משק המדינה, אך בטרם נתקבל חוק יסודות התקציב לא ראה בחוק-היסוד כנוגע לעניין.

33 ראה חוק יסודות התקציב, סעיף 51; חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 4), התשמ"ח–1988, סעיף 16.

34 דהיינו; 100,000 שקלים חדשים; ראה חוק מטבע השקל החדש, התשמ"ה–1985, סעיף 2.

35 ראה גם סעיף 27(ב) לחוק יסודות התקציב, שבו נקבעה הוראה דומה לגבי חובה של תאגיד ציבורי או של רשות מקומית שהתמורה הכרוכה בביצועו עולה על 50,000,000 שקלים (דהיינו: 50,000 שקלים חדשים). הדברים שייאמרו להלן לגבי סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב יפים בעיקרם. בשינויים הנ"ל, גם לגבי סעיף 27(ב).

בהתחייבויות אשר מועד מימושן חורג משנת התקציב שבה ניתנו) וכין בטור ההוצאות או בטור ההוצאות המתונות בהכנסה (אם המדובר בהתחייבויות אשר מועד מימושן הוא בשנת התקציב שבה ניתנו)<sup>36</sup>.

כמסתבר<sup>37</sup>, שינה סעיף 6 מן הפרקטיקה אשר היתה נהוגה, ואשר לפיה כוח הממשלה להתחייב הוגבל, אם בכלל, רק אם בחוק התקציב השנתי צוין סכום-גג להתחייבויות בקשר לתוכנית מסוימת.

ההכללה בתקציב המדינה גם של ההרשאות להתחייב היא המאפשרת את ביטולם של חוזים שלא עוגנו בתקציב, כאמור בסעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב, אף אם ההתחייבויות המעוגנות בהם אמורות להיות ממומשות לאחר תום שנת התקציב שבה התקבלו.

13. ניסוחו של סעיף 43(ב) איננו מצטיין בהירות יתירה<sup>38</sup>, ובהעדר דכרייהסבר או הבהרות בהצעת החוק או בדיוני מליאת הכנסת נותרה מלאכה רבה לפרשן<sup>39</sup>. ואלה השאלות העיקריות המתעוררות:

(א) מה דינו של חוזה של המדינה אשר ההוצאה הכרוכה בו פחותה מ-100,000 שקלים חדשים, וההוצאה או ההרשאה להתחייב לא תוקצבו בחוק התקציב לשנה שבה נחתם?

(ב) באילו נסיבות יקבע, כי "ההוצאה או ההרשאה להתחייב לא תוקצבו בחוק התקציב השנתי"?

(ג) מה משמעותה של בטלות החוזה החורג מן התקציב?

להלן אדון בשאלות אלה, בשאלות זכות העמידה להעלות טענות לפי סעיף 43(ב) ובתייהמשפט המוסמכים לדון בהן, וכן אדון בחריגים המפורטים בסעיף 6(ג).

36 קושי מסוים מעורר סעיף 6(א) לחוק יסודות התקציב, אשר מלשוננו עולה כי לגבי תוכנית בחוק תקציב שנתי, שבה נקוב סכום הרשאה להתחייב, אין להתחייב אלא בגבולות סכום זה, אף אם המדובר בהתחייבויות אשר מועד מימושן הוא באותה שנת הכספים ועל-כן הסכומים הנקובים בהן כלולים אף בטור ההוצאות. נראה לי כי אין לפרש סעיף זה כלשונו — פירוש העשוי להביא לתוצאות מזרות למדי, שלפיהן יהיה מותר להוציא בשנת הכספים את מלוא הסכום הנקוב בטור ההוצאות, אך לא להתחייב להוציא באותה שנת הכספים (אלא בגבולות הסכום הנקוב בטור ההוצאות להתחייב). דומה, כי לחלק ניכר מהוצאות הממשלה קודמות התחייבויות אלו או אחרות שלה להוציאן (לאו דווקא "חוזים" ממש) ופירוש כזה עשוי, לכן, לעורר קשיים ניכרים. אי לכך אני מבכר לפרש את הביטוי "התחייבויות" בסעיף 6(א) הנ"ל כמתייחס להתחייבויות שמועד מימושן אינו בשנת הכספים שבה נתקבלו, אלא בשנות הכספים שלאחריה. יצוין, כי כללית רחוק ניסוחו של חוק יסודות התקציב מלהיות מוקפד (ראה, לדוגמא, השיבושים באזכור שמות החוקים בסעיף 6(א)). להצעת החוק (הח"ת התשמ"ה 15) לא נתלו כל דברי הסבר, ואף מן הדיונים בכנסת (ד"כ התשמ"ה 1799 ואילך (קריאה ראשונה) 2217 ואילך (קריאות שנייה ושלישית)) אין להפיק סיוע של ממש בפירושו.

37 ראה הסימפוזיון (לעיל, הערה 14), 96.

38 להעדר הבהירות הרב שבסעיף ראה א' יורן, "פיקוח פרלמנטרי כיצד" חוק יסודות התקציב — עקרונות ויישום (האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריזם, תשמ"ו) 4, 10.

39 ראה לעיל, הערה 36 סיפא.

## 2. חוזה של המדינה אשר ההוצאה הכרוכה בו אינה עולה על 100,000 שקלים חדשים

14. דומה, כי מן הקביעה שחווה שלא עוגן בחוק התקציב יתבטל אם ההוצאה הכרוכה בו עולה על 100,000 שקלים חדשים משתמע שחווה אשר ההוצאה הכרוכה בו אינה עולה על סכום זה – תקף<sup>40</sup>. מסקנה זו מתבקשת, לבר מן ההיגיון הלשוני, גם מן הגישה אשר היתה מקובלת, כאמור<sup>41</sup>, ערב חקיקת חוק יסודות התקציב: מתן מלוא התוקף לחוזה של המדינה החורג מן התקציב. סביר לומר כי לגבי חוזה שההוצאה הכרוכה בו אינה עולה על הסכום שצוין בסעיף 43(ב) או הנכנס לגדר אחד החריגים המצוינים בסעיף 6(ג), התכוון המחוקק להשאיר בתוקפה את הגישה המקובלת. מכאן נובע, כי חוזה כזה לא זו בלבד שייחשב תקף מלכתחילה, אלא אף שביצועו לא יותנה בקיום תקציב מאושר.

15. המצב המשפטי שלפיו חוזה אשר ההוצאה הכרוכה בו אינה עולה על סכום מסוים, יהיה תקף אף אם לא עוגן בחוק התקציב, עשוי "לפתות" את הממשלה והמתקשרים עמה, ברצותם לעקוף את הוראת הבטלות של חוזה שההוצאה הכרוכה בו עולה על סכום זה, לפצל באופן מלאכותי את חוזהם לחוזים מספר אשר כל אחד מהם יהיה תקף, אף כי בהצטרפם ההוצאה הכרוכה בהם עולה על הסכום הנ"ל.

אפשר כי בנסיבות שבהן יוכח שאכן בוצע פיצול מלאכותי כזה כדי לעקוף את הוראת הבטלות, יהיה ניתן להתעלם ממנו תוך עשיית שימוש בהוראות תום-הלב מתחום דיני המנהל הציבורי, ואולי אף דיני החוזים הכלליים. אפשרות אחרת היא לראות בפיצול כ"פיצול למראית עין" ולהתעלם ממנו על-סמך שילוב סעיף 13 לחוק החוזים, הקובע את בטלותו של חוזה שנכרת למראית-עין בלבד. עם סעיף 19 לאותו החוק, המאפשר לבטל רק את אותו החלק של ההסכם אשר אליו נוגעת עילת הביטול<sup>42</sup> – חלק אשר בענייננו הוא ההסכמה לפצל הסכם יחיד לכמה חוזים.

## 3. מהות אי-תקצוב ההוצאה או ההרשאה להתחייב

16. כרגיל, לא מצוינים בחוק התקציב חוזים קונקרטיים, אלא תוכניות כלליות, ולכן אין ספק כי העובדה שחווה לא הוזכר במפורש בחוק התקציב לא תביא לבטלותו. די, אם כן, כי יהיה ניתן לכלול את החווה, מבחינת תוכנו או מטרתו, מתוך פרשנות סבירה ומאוזנת של חוק התקציב בהתאם לתכלית הוראותיו, באחת מן התוכניות שתוקצבו בשנה שבה נקשר.

17. שאלה חשובה היא האם בפועל, בשעת ההתקשרות בחוזה, צריכה להתקיים בתוכנית המתאימה יתרה המגיעה לסכום שלהוצאתו התחייבה המדינה או שמא די בכך שסכום זה אינו עולה על הסכום שנרשם באותה התוכנית בחוק התקציב עצמו, אף אם

40 כמובן, אם אין הוא לוקה בפגם אחר לפי דיני החוזים הכלליים או לפי דיני המנהל הציבורי.

41 ראה לעיל, פרק ב.

42 השווה ג' טרסקי, "חוזה למראית-עין ודבר פסלותו" משפטים ח (תשל"ז/ח) 507; ע"א 390/80 תעש מור מרכז תעשייתי בע"מ נ' מנהל מס שבה מקרקעין אזור ת"א, פד"א יב 63, 67 ואילך (חורת-דעתו של השופט אור).



בינתיים הספיקה המדינה להתחייב בכל הסכום שהוקצב בחוק. כאמור<sup>43</sup>, בארצות-הברית הגישה היא, כי החוזה תקף אם על-פי חוק התקציב ניתן לממן את ההוצאה הכרוכה בו (כולל מן הרזרבה), אלא-אם-כן המתקשר היה מודע לכך שהתקציב נוצל לפני ההתקשרות בחוזה. ואולם, נראה לי כי שאלת ידיעתו של המתקשר איננה צריכה להשפיע על תוקפו של החוזה (להבדיל מן הסעדים אשר להם המתקשר "חסר הידיעה" יהיה עשוי להיות זכאי בגין התקשרותו בחוזה בטל – סוגיא אשר תידון להלן<sup>44</sup>). חוזה המביא לחריגה מן התקציב הוא בלתי-חוקי בין אם הסכום שלהוצאתו התחייבה המדינה עולה על הסכום הרשום בתוכנית המתאימה בחוק התקציב, ובין אם הסכום שלהוצאתו התחייבה המדינה אינו עולה על הסכום הרשום בתוכנית אולם בפועל, עקב הוצאות או התחייבויות קודמות תחת אותה התוכנית, הוא מביא לחריגה מן התקציב. בעיקרון, כל חריגה מן התקציב היא בלתי-חוקית בהיותה מנוגדת לחוק התקציב. בדומה, חוזה המביא לחריגה מן התקציב הוא בלתי-חוקי בין אם הצד שהתקשר עם המדינה ידע על החריגה ובין אם לא ידע (ואף אם לא היה צריך לדעת) עליה. שאלת החוקיות לחוד ושאלת הידיעה לחוד.

18. עם זאת, קיים בחוק מכשיר העשוי לאפשר למתקשרים עם המדינה לוודא, בחלק ניכר של המקרים, כי החוזה מתוקצב כדין. כוונתי לסעיף 43(א) לחוק יסודות התקציב, אשר בו נקבע:

בחוזה של המדינה שההוצאה הכרוכה בו עולה על 10,000,000 שקלים<sup>45</sup> יציין החותם עליו בשם המדינה כי ההוצאה וההרשאה להתחייב הכרוכים בו תוקצבו בחוק התקציב השנתי לשנת הכספים שבה נחתם, ואת התכנית שבה תוקצבו.

נראה לי, כי יש לפרש סעיף זה כמחייב את החותם על החוזה בשם המדינה לציין בחוזה (כמובן, לאחר שווידא כי הציון משקף נכונה את המצב העובדתי), כי בשעת הכריתה קיימים תקציב או אפשרות להתחייב, שכן חזקה על עובדי-המדינה החותמים בשמה על חוזים, שפתוחים בפניהם לא רק ספרי-החוקים שהכנסת מקבלת, אלא גם ספרי-החשבונות של משרדיהם.

סעיף זה, אף אם ניתן להניח כי עיקר מטרתו היתה פנים-מנהלית, מאפשר בפועל לבעלי-חוזיה של המדינה לדעת כי החוזה אכן אינו מביא לחריגת המדינה מהוראות חוק התקציב. סביר, כי המתקשרים בחוזים אשר אי-עיונם בתקציב עשוי לחשוף אותם לביטול – דהיינו: הצדדים לחוזים "גדולים" – זוכים לייעוץ משפטי ויהיו מודעים לחובת החותם על החוזה מטעם המדינה לוודא כי החוזה מעוגן בתקציב. דומה, כי סיטואציה שבה החותם מטעם המדינה ימעל בחובתו בזדון ויציין בחוזה ציון כוזב, לאחר שהועמד על-ידי הצד המתקשר או בא-כוחו על הוראת סעיף 43(א), תהיה נדירה<sup>45</sup>; ואף אם תתרחש, הרי, כאמור, יעמדו לרשות המתקשר סעדים מיוחדים

43 ראה לעיל, פסקה 11.

44 ראה להלן, פסקאות 34–37.

45 דהיינו: 10,000 שקלים חדשים.

\*45 מה גם שהתנהגות כזאת אף תחשוף את החותם על החוזה מטעם המדינה להרשעה בעבירת-משמעת: ראה חוק יסודות התקציב, סעיף 34.

שאינם קשורים לתוקף החוזה, ואפשר כי בנסיבות מיוחדות יהיה ניתן לתת תוקף לחוזה על-פי "הוראות ההחיאה" שבדיני הבטלות עצמם.<sup>46</sup>

19. עם זאת, אני סבור כי אין לפסול את החוזה במקום שבו הוא תוקצב כדין לאחר ההתקשרות – בחוק תקציב נוסף, בהקצאה מן הרזרבה, בדרך של שינוי או עדכון לפי סעיפים 10–13 לחוק יסודות התקציב וכיוצא באלה. שאלה מעניינת היא, האם הצד שהתקשר בחוזה הבטל מחוסר-תקציב יוכל להצליח בעתירה לבג"צ לצוות על הרשויות המוסמכות להכשיר את החוזה על-ידי שימוש באחת מן הסמכויות הנ"ל. דומה כי אין מניעה עקרונית מפני הצלחה בעתירה מעין זו, העשויה להתבסס, לדוגמא, על עילות האפליה או חוסר-הסבירות הקיצוני.

לעומת זאת, אין אני סבור, כי בהעדר קביעה מפורשת בחוזה יהיה ראוי לראות את תקצובו כדין לאחר ההתקשרות כתנאי מתלה אשר על המדינה – לפי סעיף 28(ב) לחוק החוזים – מוטלת החובה לדאוג לקיומו. לדעתי, הלכה כזאת תפגע במגמה לאפשר לרשויות המוסמכות שיקול-דעת בכל הקשור לשימוש בכוחות להגדיל את התקציב או להקצות משאבים מן הרזרבה מבלי שיהיו כבולות על-ידי נציגי המדינה אשר כרתו חוזים שבהם היתה כרוכה חריגה בלתי-חוקית מן התקציב, ולכן אין היא רצויה.

4. משמעות בטלותו של החוזה לפי סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב

20. השאלה השלישית הנוגעת לפרשנות סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב היא, מה משמעות הבטלות שנקבעה בו: האם היא זהה לבטלות לפי דיני המנהל הציבורי הפסוקים והאם חלים עליה הכללים שנקבעו בחוק החוזים לגבי בטלות חוזה פסול או שמא המדובר בסוג מיוחד ו"עצמאי" של בטלות.

דומה כי את האפשרות האחרונה יש לדחות. אין בסיס לראיית דין חוזה החורג מן התקציב כ-"*sui generis*". אכן, סעיף 43(ג) לחוק יסודות התקציב קובע כי

אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מכל דין אחר ומכל תרופה אחרת שיש למדינה נגד האדם שחתם על החוזה או נגד הצד השני או שיש לצד השני נגד המדינה.

אולם אין להניח, כי סעיף זה מתכוון להשאיר בידי הצדדים לחוזה, שלפי סעיף 43(ב) הוא בטל, את התרופות הרגילות של אכיפה ופיצויים המוקנות לצדדים לחוזה תקף.<sup>47</sup> אפשר כי כוונתו היא לאפשר תרופות לפי סעיף 12(ב) לחוק החוזים, לפי דיני הנוזקין או לפי דיני המנהל הציבורי, כפי שאפרט בהמשך.<sup>48</sup>

נותר, אם-כן, "לבחור" בין שתי האפשרויות הראשונות, דהיינו: בין הבטלות כמשמעותה בדיני המנהל הציבורי, לבין הבטלות כמשמעותה בדיני החוזים הכלליים.<sup>49</sup>

46 ראה להלן, בפסקה 21.

47 אך השווה א' יורן (לעיל, הערה 38), 10.

48 ראה להלן, פסקאות 35–37.

49 בע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ ואח', פ"ד מ(3) 29, החיל השופט דב לוין על חוזה אשר אותו ראה כבלתי-חוקי בשל פגמים שנבעו מאי-קיום הוראות דיני המנהל הציבורי את סעיף 31 לחוק החוזים. אף השופט שלמה לוין, אשר סבר כי בטלות החוזה לא נבעה מאי-חוקיות אלא מאי-התקיימותו של תנאי מתלה, והשופט נתניהו, אשר השאירה את הסוגיא בצריך עיון, החילו על החוזה, אף כי בטלותו היתה קשורה בדיני המנהל הציבורי, את דיני הבטלות הקבועים בסעיף 31 לחוק החוזים.

דיני הבטלות מתחום המנהל הציבורי – במיוחד עם התפתחות מוסד הבטלות היחסית<sup>50</sup> – "מצטיינים" בסיבוכם ובחוסר־בהירותם. כך, המעיין בחמש חוות־הדעת השונות שניתנו בד"נ שפירא, יחקשה מאוד להפיק מהן הלכה, הן בשל חילוקי־הדעות בין השופטים, המתפשטים אף על שאלות־יסוד מושגיות כגון מהו הדבר שביחס אליו הבטלות היא יחסית והן בשל אי־בהירותן של חלק מחוות־הדעת. דומה, אם־כן, כי לא תהיה תועלת רבה ב"שאיבת" מהותה של בטלות חוזה החורג מן התקציב מדינים אשר הם עצמם אינם מגובשים כל־צורכם.

עם זאת, יש לציין כי קיימת קרבה רבה בין דיני הבטלות מתחום המנהל הציבורי (לפחות ככל שהדברים אמורים בבטלותן של פעולות מנהליות בלתי־חוקיות, שבהן לא התבטאה אי־החוקיות בחריגה מן הסמכות הפונקציונלית<sup>51</sup>; ודומה כי בעצם כריתת חוזה החורג מחוק התקציב אין חריגה מן הסמכות הפונקציונלית) לבין דיני בטלות חוזה פסול. בשני הענפים הבטלות איננה תוצאה הכרחית ו"אוטומטית", כמובן זה שכידי בית־המשפט הכוח שלא לבטל את האקט המשפטי אם הוא סבור כי קיימים נתונים מיוחדים המצדיקים זאת. אולם בדיני החוזים יש תיחום ברור יותר של שיקול־דעתו של בית־המשפט – תיחום הקשור בחלקו למהות המיוחדת של החוזה כפעולה משפטית דר־צדדית, להבדיל מן הפעולות המנהליות הקונבנציונליות המהוות אקטים חד־צדדיים של הממשל. כך, לפי חוק החוזים מוגבל שיקול־דעתו של בית־המשפט לחייב צד לקיים את חיובו לפי חוזה פסול למצב שבו הצד האחר כבר ביצע את חיובו־הוא<sup>52</sup>. יש טעם רב בהגבלה זאת, שאיננה מאפשרת אכיפת חוזה בלתי־חוקי אלא אם אחד הצדדים כבר מילא את חיובו לפיו. הגבלה כזאת לא הוכרה עד עתה במסגרת דיני הבטלות מתחום המשפט המנהלי, אולי מפני שעד עתה התייחסו ההלכות רק לסיטואציות של אקטים מנהליים הנפרדים מפעולת האזרח ולא לסיטואציה המשפטית המיוחדת של חוזה המהווה אקט משפטי משותף למנהל ולאזרח המתקשר עמו (אף כי אחד הטעמים המרכזיים במשפט המנהלי לא־ביטול פעולה שנעשתה שלא כדין עשוי להיות עד כמה הסתמכו עליה בטרם ששאלת חוקיותה עמדה להכרעה שיפוטית).

עדיף אפוא לפנות אל ההסדר הבהיר יותר המעוגן בחוק החוזים. אכן, מעיקרו חל הסדר זה על חוזים ולא על פעולות מנהליות, אולם מאחר שלפנינו חוזה (אף שרשות מנהלית היא צד לו), אין מניעה מלהחיל עליו את דיני החוזים הכלליים, כל עוד אינם סותרים עקרונות־יסוד של דיני המנהל הציבורי. לאור חוסר־גיבושם וערפולם של דיני הבטלות ה"מנהליים", נראה לי כי אין הם צריכים להוות מכשול בפני החלת דיני הבטלות מתחום דיני החוזים, הברורים יותר והמותאמים אף למהות החוזית של הפעולה, שאותה ניתן לראות, בהקשר זה, כמיוחדת.

סעיף 30 לחוק החוזים קובע:

חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים... – בטל.

50 ראה בג"צ 118/80 גרינשטיין נ' הפצ"ר, פ"ד לה(1) 239; ע"פ 786/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337 (להלן: ע"פ שפירא); ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645 (להלן: ד"נ שפירא); ש' שטרית, "מגמות חדשות בעיקרי הצדק הטבעי" הפרקליט לו (תשמ"ז) 325, 339.  
51 ראה ע"פ שפירא, 353, מתחת לאות ה; והשווה לדעת השופט ברק, שם, 368, מתחת לאות ז.  
52 חוק החוזים, סעיף 31.

הסעיף חל – לפי לשונו – על חוזה החורג מן ההגבלות שבחוק התקציב, שכן חוזה כזה – הן כריתתו והן תוכנו הם בלתי-חוקיים. סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב קובע כי אי-חוקיות כזאת, במלאה אחר תנאי הסעיף, גורמת לחוזה להיות בטל, ומכאן נובע כי סעיף 30, ואי לכך גם סעיף 31, חלים על חוזה כזה<sup>52</sup>.\*

21. מהות בטלותו של חוזה פסול לפי סעיף 30 לחוק החוזים מוסדרת בסעיף 31, המפנה גם לסעיפים 19 ו-22 לחוק החוזים. כל צד חייב להשיב לצד האחר את מה שקיבל ממנו על-פי החוזה או את שוויו<sup>53</sup>, בכפופות לשיקול-דעתו של בית-המשפט לפטור מהשבה את אחד הצדדים "אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון"<sup>54</sup>. אפשר כי בית-המשפט יעשה שימוש בשיקול-דעת זה בנסיבות שבהן הצד שהתקשר עם הממשלה פעל שלא בתום-לב ביודעו כי החוזה אינו מעוגן בתקציב.

כאמור, בידי בית-המשפט נתון אף שיקול-הדעת לחייב צד לקיים את חיובו לפי החוזה במקום שבו הצד האחר כבר ביצע את חיובו-הוא<sup>55</sup>. מן הראוי, כי רק בנסיבות יוצאות-מן-הכלל ישתמש בית-המשפט בשיקול-דעת זה ויחיה חוזה אשר לגביו קבע המחוקק מפורשות כי הוא "בטל". נראה לי כי עצם ביצוע עבודות בקנה-מידה גדול לפי החוזה לא יוכל להוות עילה לחיוב המדינה בקיום חיוביה הכספיים לפיו. הולם יותר יהיה לחייבה להשיב למתקשר את שווי העבודות שביצע, בסכום שלא בהכרח יחפוף למחיר שנקבע בחוזה<sup>56</sup>. עם זאת, אפשר כי בית-המשפט יאות להפעיל שיקול-דעת זה ויחיה את החוזה בנסיבות שבהן הצד שביצע את חיוביו לא ידע ואף לא היה יכול לדעת על החריגה מן התקציב, כגון כאשר נציג המדינה עצמו הצהיר הצהרת-כזב כאילו החוזה מתקצב<sup>57</sup>.

בסעיף 19 לחוק החוזים נקבע:

ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו. ניתן לביטול אותו חלק בלבד...

ייתכן כי סעיף זה הוא בסיס לכך שיבוטל רק החלק של החוזה החורג מהסכום שנקבע בסעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב. אולם ספק אם השקפה כזאת היא ישימה, שכן אין זה אפשרי להצביע על חלק מסוים של החוזה כחלק אשר ההוצאה הכרוכה בו "גורמת" לבטלות החוזה<sup>57</sup>.\*

\*52 ואכן, כדב"ע מג/2-4 ההסתדרות הרפואית בישראל – מדינת ישראל (לא פורסם), שנסקר במאמרו של ס' אדלר, "הסכמים קיבוציים: מסגרת, תחולה ותיאום" ספר בדיני (רמות, תשמ"ז) 17, 40-41, סירב בית-הדין האזורי לעבודה בתל-אביב, על-יסוד סעיף 30 לחוק החוזים, לחייב את המדינה לבצע הוראה בהסכם-עבודה קיבוצי, שבה נקבע מספר תקנים גדול מזה שנקבע בחוק התקציב, שכן "אין בית משפט מחייב את הממשלה לעבור על החוק". ראה גם לעיל, פסקה 4.

53 חוק החוזים, סעיף 21.

54 שם, סעיף 31.

55 שם, שם.

56 השווה לדין בארצות-הברית, שם בטלות החוזה שוללת בדרך-כלל אף את חובת ההשבה. ראה *Miller v. McKinnon*, [24 P2d 34 (1942)].

57 השווה ע"א 335/78 י' שאלתיאל ואח' נ' א' שני ואח', פ"ד לו(2) 151, 159.

\*57 פיתרון לסיטואציה שבה המדינה מעסיקה עובדים תוך חריגה מחוק התקציב אשר בה, לעתים קרובות, אין אפשרות להצביע על עובדים מסוימים כעל אלה שהעסקתם מביאה לחריגה, מצוי כנראה בסעיף 42 לחוק יסודות התקציב. שבו נקבע:

## 5. זכות העמידה להביא לבטלות החוזה ובית-המשפט המוסמך

22. הן בסעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב והן בסעיף 30 לחוק החוזים נקבע, כי חוזה הלוקה בפגמים המוזכרים בסעיפים – בטל. כאף אחד מהם לא נאמר דבר בקשר לשאלה, בידי מי נתונה הזכות להביא לבטלות החוזה ובמסגרת איזה הליך יכולה להתקבל הכרה בבטלות כזאת. שאלה זאת היא מורכבת וסבוכה הן בדיני החוזים והן בדיני המנהל הציבורי וקשורה קשר אמיץ במהות הבטלות עצמה<sup>58</sup>. להלן אצטמצם בהבאת השיקולים העיקריים הנוגעים לעניין.

23. מן הקביעה כי החוזה "בטל", עשוי להשתמע כי בהתקיים התנאים הנקובים בחוק אין כלל חוזה בנמצא, ולכן כי אין כל משמעות לשאלה בידי מי נתונה הזכות להביא לבטלות כזאת. הבטלות אינה פונקציה של רצונו של צד זה או אחר, אלא היא גזורה ישירות מקביעת המחוקק ונכפית על הצדדים הר כגיגית, בניגוד לכל רצון או כוונה שלהם, במועד ה"התקשרות" ביניהם או בכל מועד אחר. לפי הלוך-מחשבה כזה, יתעלם בית-המשפט מכל מסמך או הסכמה הנחזים להיות "חוזה", אך הבטלים לפי הוראת המחוקק, ויפסוק את הדין כאילו לא היו ולא נבראו. לעניין זה אין כל נפקות לשאלה מי הביא את דבר אי-החוקיות החוזה לתשומת-לבו של בית-המשפט (ואף לתשומת-לבו של כל גוף אחר, ציבורי או פרטי, אשר "נתקל" במסמך הנחזה להיות חוזה): אחד הצדדים לחוזה (ובכלל זה הצד האחראי לאי-החוקיות), צד שלישי או בית-המשפט (או גוף אחר כנ"ל) עצמו הוא שנוכח בהתקיימות אי-החוקיות מבלי שהדבר נטען בפניו. טענה לבטלות החוזה יכולה להיות מועלית הן במסגרת הליך שכל מטרתו השגת הכרזה כי החוזה בטל והן במסגרת הליך אחר שבו יש נפקות לשאלה האם קיים חוזה תקף (כגון תביעה לאכיפת החוזה או לקבלת פיצויים בגין הפרתו).

24. דברים אלה בעיקרם נכונים הם, אך יש להוסיף להם סייגים אחדים: ראשית, יש להניח כי בהעדר נסיבות יוצאות-מן-הכלל המצדיקות זאת לא יאות בית-המשפט (ואף כל גוף ציבורי אחר) לראות חוזה כבטל מפאת אי-חוקיות (ובכלל זה חריגה מחוק התקציב), אלא-אם-כן כל הצדדים לחוזה היו שותפים להליך שהתקיים בפניו, ועל-כל-פנים ניתנה להם ההזדמנות לטעון את טענותיהם העובדתיות והמשפטיות בעניין. אמנם, בהתקיים תנאי החוק, החוזה בטל מבלי להתחשב ברצונם או בכוונתם של הצדדים, אך אין פירוש הדבר כי אין הם זכאים לטעון את מלוא הטענות בקשר לשאלה האם אכן מתקיימים תנאי החוק. יתר על כן: בפועל בטלות חוזה פסול איננה מוחלטת, וכאמור<sup>59</sup>, בידי בית-המשפט נתון שיקול-הדעת להפיה רוח-חיים בחוזה, בין אם על-ידי ציווי לקיימו ובין אם על-ידי שלילתה של חובת ההשבה. בית-המשפט בוודאי לא יעשה שימוש בשיקול-דעת זה בטרם ישמע את טעוני הצדדים.

שר האוצר בהסכמת השר הנוגע בדבר, רשאי להורות להפסיק את העסקתו של עובד המדינה... המועסק בחריגה מתקציב או משיא כוח האדם.

58. סבור השופט ברק, כי "יחסיות" הבטלות (ולפי דעתו, בטלות כמשפט לעולם היא יחסית) נובעת בעיקרה מכך שלא בידי כל אחד ולא בכל הליך קיימת האפשרות להביא להכרה בה. ראה ע"א שפירא (לעיל, הערה 50), 362-363.

59. ראה לעיל, פסקה 21.

שנית, במשפט המנהלי (על-כל-פנים, זה המתברר בבית-המשפט הגבוה לצדק)<sup>60</sup> מקובל כי על העותר להוכיח עניין לגיטימי בקבלת הסעד שאותו הוא מבקש, אחרת ייחשב כחסר-מעמד ועתירתו תידחה מטעם זה<sup>61</sup>. לעניין זה עולה השאלה, האם קיימת זכות למי שאינו צד לחוזה לעתור ולבקש כי תוכרו בטלותו: על-פני הדברים נראה, כי בדרך-כלל לעותר כזה לא יהיה עניין ממשי בעתירה ולכן לא יוכר מעמדו. אולם נראה לי, כי קיים שיקול נכבד התומך בהכרה במעמדם של זרים לחוזה לעתור לביטולו בשל חריגתו מן התקציב. השיקול הוא, כי כרגיל לא יהיה עניין לאף אחד מן הצדדים לחוזה שלא לקיימו. בנסיבות כאלה, לפחות כשהמדובר בחוזה שבו התחייבה המדינה להוצאה ניכרת ומשמעותית, יש לאפשר גם ל"עותרים ציבוריים" לעתור, אחרת תיגרם פגיעה בשלטון החוק אשר איש לא יעמוד להגנתו. כיום הנטייה היא שלא להקפיד על קיום עניין אישי מיוחד לעותר בנושא עתירתו במקום שבו אין בנמצא בעל-עניין שכזה ומשמעות אי-ההכרה במעמד תהיה אי-ביצוע הדין<sup>62</sup>. במסגרת דיני החוזים תיראה בקשה של מי שאינו צד לחוזה להצהיר על בטלותו מפאת חריגתו מחוק התקציב (או אי-חוקיות אחרת) כמשונה למדי, ואפשר כי ייפסק שאין בידי כל זכות לקבל סעד כזה. כאשר הטוען לבטלות החוזה הוא הצד שהתקשר עם המדינה, יש להניח כי מטרתו היא להתנער מן החוזה בשל טעמים שאינם קשורים בחריגה מחוק התקציב (אשר בוודאי אינה פוגעת בו). אפשר כי "חוסר תוס-לב" כזה יוכל להוות מכשול מפני הצלחה בעתירה לבג"צ, אך לא נראה כי הוא מהווה טעם לאי-הענקת סעד בבית-המשפט האזרחיים ה"רגילים". מאחר שלפי השקפתי, כפי שתפורט להלן<sup>63</sup>, הסמכות לדון בטענה לבטלות החוזה המושמעת מפי אחד מן הצדדים נתונה לבית-המשפט ה"רגילים" (ולא לבג"צ), ספק אם העובדה שהטענה לבטלות החוזה מפאת חריגתו מן התקציב הועלתה על-ידי הצד לחוזה שכלל לא נפגע מחריגה זאת תהווה מכשול מפני דיון לגוף הטענה, אף כי אם המדובר בתביעה למתן פסק-דין הצהרתי ייתכן שהיא תיכשל גם בבית-המשפט ה"רגילים", בהיות פסק-דין כזה "סעד מן היושר"<sup>64</sup>.

25. באשר לבית-המשפט המוסמך לדון בטענה כי החוזה בטל לפי סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב, הרי דומה שבדרך-כלל היא תידון בבית-המשפט האזרחי ה"רגיל" (בית-המשפט המחוזי או בית-משפט השלום) ולא בבית-המשפט הגבוה לצדק. כך

60 אך ראה י' זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, הדפסה שנייה, תשמ"ב) 173.

61 לעניין המעמד בבג"צ ראה באופן כללי ז' סגל, זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (פפירוס, תשמ"ו).

62 ראה בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד' (4) 429, 443; בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ג מב' (2) 441, 457 ואילך. אמנם, עתירות הקרובות לענייננו, שבהן נטען כנגד הוצאות בלתי-חוקיות של הממשל (בג"צ 348/70 כפיר נ' המועצה הדתית של אשקלון ואח', פ"ד כה' (1) 685) או כנגד ויתור בלתי-חוקי שלו על הכנסות (בג"צ 651/79 דוד נ' שר האוצר ואח', פ"ד לד' (1) 43), נדחו מפאת העדר-מעמד; אולם אפשר כי המגמה החדישה להעניק מעמד לכל עותר, המראה כי קיים עניין ציבורי ממשי בקיום דיון לגוף העניין, תביא אף לנכונות להעניק מעמד לצד שלישי העותר כנגד חוזה של המדינה בטענה כי ההתחייבויות הכלולות בו מהוות חריגה מן התקציב (השווה ז' סגל [לעיל, הערה 61], 141).

63 ראה להלן, פסקה 25.

64 ראה באופן כללי 183 I. Zamir, *The Declaratory Judgment* (London, 1962).

במקרה שהיא תועלה כטענת-הגנה בתביעה לאכיפת החוזה או לסעד אחר בקשר לחוזה או להפרתו — תביעה המצויה ללא ספק בתחום סמכותם של בתי-המשפט האזרחיים ולא של בג"צ<sup>65</sup>, וכך, כנראה, גם כשהתביעה תהיה תביעתו של אחד הצדדים למתן פסק-דין שיצהיר על בטלות החוזה. אמנם, כרגיל, תקיפה ישירה של אקט מנהלי בשל פגם לפי דיני המנהל הציבורי תידון בבג"צ ובו בלבד<sup>66</sup>, אולם כאשר האקט הנדון הוא חוזה ונטען כי הוא בלתי-חוקי, הרי נראה שגם כאן אין להבחין, מבחינת קביעת בית-המשפט המוסמך, בין חוזה "רגיל" לבין חוזה שאחד הצדדים לו הוא רשות ציבורית. לעומת זאת, כאשר המבקש להכריז על בטלות החוזה הוא צד שלישי, הרי, בהנחה כי נתון בידיו מעמד כלשהו להגיש תביעה כזאת, אני נוטה לדעה כי הפורום המתאים הוא בג"צ. דיני החוזים אינם מכירים, כאמור<sup>67</sup>, בזכות-תביעה של מי שאינו צד לחוזה (בכפופות לדיני חוזה לטובת צד שלישי) ולכן רומה כי עתירה של צד שלישי להכריז על בטלות החוזה מטעמי חריגתו מחוק התקציב היא בעלת אופי "מנהלי" טהור (אף אם מבחינת יסודותיה המהותיים אין היא שונה מעתירת אחד הצדדים). מעמדו של הצד השלישי לתבוע מוכר, אם בכלל, רק מכוח סמכותו של בג"צ לתת סעד "למען הצדק", כאשר כאן, להבדיל מן הרגיל<sup>68</sup>, כוחו של בג"צ להתערב למען הצדק מרחיב את אפשרות התערבותו ולא מצר אותה. עם זאת, לנוכח ההיבטים השליליים שבפישול הסמכות בין בתי-משפט שונים ולאור המגמה המסתמנת להעביר להכרעת בתי-המשפט האזרחיים ה"רגילים" אף סוגיות בעלות אופי מנהלי שבהן בג"צ לא רואה צורך ליתן סעד למען הצדק<sup>69</sup>, אפשר שייפסק כי גם תביעת צד שלישי להכריז על בטלות חוזה בשל חריגתו מן התקציב תוכל להישמע בפני בית-משפט אזרחי.

## 6. החריגים להוראת הבטלות

26. סעיף 43(ד) לחוק יסודות התקציב קובע:

סעיף זה לא יחול על התחייבויות כאמור בסעיף 6(ג).

בסעיף 6(ג) מפורטים סוגי התחייבויות אשר אין צורך לעגנם בחוק התקציב. אך מתבקש, כי התחייבות אשר מלכתחילה לא היה צריך לעגן בחוק התקציב לא יחשב כבטלה כשל כך שאכן לא עוגנה בו. את סוגי ההתחייבויות המנויים בסעיף 6(ג) ניתן למיין לכמה חטיבות:

(א) ערכות שניתנה לפי חוק ערכויות מטעם המדינה, התשי"ח–1958, או חוק הערכויות לסחר חוץ, התשי"ט–1959; (ב) מלווה, הלוואה או פיקדון שהמדינה התחייבה בהם לפי אחד החוקים המצוינים בסעיף; (ג) הסכם שכר שהמדינה התחייבה לגביו על-פי חוק; (ד) התחייבויות מסוימות אחרות שקבע שר-האוצר באישור ועדת הכספים של הכנסת.

65 ראה ג' שלו (לעיל, הערה 1), 148.

66 אך ראה י' זמיר (לעיל, הערה 60), 59.

67 ראה לעיל, פסקה 24.

68 ראה י' זמיר, "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו (תשל"ל), 212, 222–223.

69 ראה במיוחד בג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 מיקרו דף ג' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מא(2) 449, 456 בין האותיות א–ד.

27. באשר לשתי החטיבות הראשונות, המדובר אמנם בהתחייבויות כספיות, אולם במהלך הדברים הרגיל המדינה אינה נותרת ב"חסרון-כיס", שכן כרגיל אין צורך לממש את הערכות ועל-כל-פנים הערב זכאי לחזור אל הנערב, והלוואות או פקדונות שנתנה המדינה מוחזרים לה. יושם אל לב, כי הסעיף אינו חל על כל סוגי העסקאות שאותן המדינה מבצעת לפי חוק נכסי המדינה, התשי"א-1951, המוזכר בסעיף, חוק רחב-תחולה אשר מכותו נערך חלק ניכר מכלל חוזי המדינה, אלא רק התחייבויות שהן בגדר "מילוה, הלוואה או פיקדון".

28. החלופה בסעיף 6(ג) המדברת על "הסכם שכר שהמדינה התחייבה לגביו על פי חוק" היא סתומה למדי. בעוד שהביטוי "הסכם שכר" מוגדר בסעיף 1 לחוק יסודות התקציב בהרחבה — ככל הסכם או הסדר, קיבוצי או אישי, שלפיו מעביד משלם שכר לעובדיו — הרי אין זה ברור לאילו הסכמים התכוון המחוקק בהזכירו הסכמי-שכר שהמדינה התחייבה לגביהם על-פי חוק. אפשר כי הכוונה לחיובים לגבי הסכמים קיבוציים שמקורם בצווי-הרחבה אשר הוצאו לפי חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957.<sup>70</sup> אמנם החיובים הנובעים מצווים כאלה כלולים בהסכמי-השכר שלגביהם הצווים חלים, אולם למעשה מקורם אינו בהתחייבות הממשלה אלא בצו, ולכן אין זה ראוי להתנות את תוקפם בקיום תנאי — עיגון בתקציב המדינה — שאין לו זכר בחוק שמכותו הוצאו הצווים.

29. החטיבה הרביעית של תריגים לחובה לעגן הוצאות והתחייבות של המדינה בתוך התקציב היא האפשרות שלא לעגן בו "התחייבויות מסוימות אחרות", כפי שיקבע שר-האוצר באישור ועדת-הכספים של הכנסת. ודוק: "התחייבויות" נאמר ולא "הוצאות". אין ההוראה מאפשרת קביעת הוצאות הפטורות מעיגון בחוק התקציב, אלא רק קביעת התחייבויות. משמעות הדבר בפועל היא, שרק התחייבויות שמועד מימושן חורג משנת-התקציב שלגביה חוק התקציב חל ניתנות לקביעה לפי סעיף 6(ג) כחריג לחובת העיגון בתקציב.<sup>71</sup>

נראה לי כי אין הכרח שייקבעו חוזים או התחייבויות ספציפיים, אלא די בכך שייקבעו סוגים מוגדרים של התחייבויות אשר לגביהן קיימים טעמים מיוחדים (מסוג הטעמים העומדים מאחורי ציונם בסעיף של סוגי ההתחייבויות משלוש החטיבות הראשונות) שלא לחייב את הכללתן בחוק התקציב.

## ה. הדין הראוי

30. כאשר באים לקבוע את דינו של חוזה שבו התקשרה המדינה בניגוד למגבלות חוק התקציב, עולים שיקולים מנוגדים:

31. מתדגיסא, עומד הרצון להבטיח את חופש-החוזים של המתקשר עם המדינה. אכן, עקרון חופש החוזים אינו חל מעיקרו על המדינה עצמה,<sup>72</sup> שכן פעילות הממשל בתחום

70 ראה באופן כללי ר' בני-ישראל, ההסכם הקיבוצי — חקיקה, פסיקה ופרשנות (סדן, תשל"ז).

71 השווה לעיל, הערה 36.

72 אך ראה ג' שלו (לעיל, הערה 1), 49.



המשפט הפרטי עומדת בסתירה רבתה לרציונלים העומדים מאחורי העיקרון<sup>73</sup>. על-כל-פנים, בוודאי אין לומר כי הממשלה "חופשית" לחרוג מתקציבה המאושר. לעומת זאת, חל עקרון חופש החוזים על גופים מן הציבור, אף בהתקשרם עם הממשלה. משמעות העיקרון היא, כי הצד חופשי לעצב את תניות החוזה (ובכללן גובה התמורה הנקובה בו) וכי עומד לרשותו הכוח להביא לידי אכיפת החוזה באמצעות המנגנונים של השיטה המשפטית<sup>74</sup>. שלילת תוקפו או אכיפתו של חוזה שנכרת עם המדינה בשל חריגתו מחוק התקציב תפגע בחופש החוזים של הצד שהתקשר עמה, וזאת כאשר ספק אם ניתן לייחס לו אשם כלשהו (אף אם ידע על חריגה, יש לזכור כי חוק התקציב מחייב במהותו את הממשלה ולא את בני-הציבור). יתר על כן: בנסיבות שבהן לא היה מודע לחריגה מן התקציב, ביטול החוזה או הסירוב לאכפו יהוו הפתעה גמורה למתקשר, אשר אינטרסי ההסתמכות והציפייה שלו ייפגעו.

32. מאידך גיסא, לדעתי אין כל דרך לתאר את הפונקציה של חוק התקציב, אלא כהגבלת סמכויות הממשלה בניהול פעולותיה, על-ידי קציבת הסכומים אשר במסגרתם היא מורשית לנהלן. אפשר אמנם כי האפקטיביות של הגבלה כזאת היא מצומצמת ביותר<sup>75</sup>, וזאת בשל אפשרויות התמרן הרבות הניתנות כחוק התקציב עצמו וחוק יסודות התקציב<sup>76</sup>, האפשרות להגיש חוק תקציב נוסף וכיוצא באלה. אולם כנתון לכך שחוזה של הממשלה אכן חורג מתקציבה, דומה כי אין מנוס מלהתייחס אליו כאל כל פעולה מנהלית שנעשתה בחריגה מסמכות, דהיינו: לראותו כבטל.

כספי המדינה אינם רכושם הפרטי של עובדי הרשות המבצעת ואין להכיר בתוקף התחייבות שלהם להוצאתם אם היא מנוגדת לקביעתם החקוקה של נבחרי-העם. דיני המנהל הציבורי לא באים רק להגן על הפרט בריכו עם המנהל, אלא גם להגן על הציבור, כך שרצונו — כפי שבא לידי ביטוי בחוקים המתקבלים על-ידי נציגיו — לא ייעשה פלסתר על-ידי עובדי-הציבור.

כפי שחופש החוזים מוגבל על-ידי אינטרסים אחרים, כגון אינטרס הפרט לצדק חוזי<sup>77</sup>, כך גם מן הראוי להגבילו על-ידי העניין הציבורי בביקורת על השימוש בכספי הציבור.

33. דעתי היא, אם-כן, שהדין המשתמע מסעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב, כי רק חוזה של המדינה שאינו מעוגן בחוק התקציב אשר ההוצאה הכרוכה בו עולה על 100,000 שקלים חדשים — בטל, אינו מוצדק, וכי מן הראוי להחיל את הוראת הבטלות על כל חוזי המדינה החורגים מן התקציב. לכך אני מציע חריג: כאמור, לפי סעיף 43(א), מוגבלת חובת החותם על התנוה בשם המדינה לציין בחוזה כי הוא מתקצב, לחוזה שההוצאה הכרוכה בו עולה על 10,000 שקלים חדשים. נראה לי כי הרציונל העומד

73. לטעמים אלה, שיסודם בגישה תועלתנית-ליברלית במישור הכלכלי והמוסרי, ראה א' פרוקצ'יה, "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק" משפטים ט (תשל"ט) 25, 26 ואילך.

74. ראה ג' שלו, תניות פטור בחוזים (המכון למחקרי תיקיה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשל"ד) 34.

75. ראה הסימפוזיון (לעיל, הערה 14), ובמיוחד דבריו של הפרופ' אקצין, כי "אין לחוק התקציב החדר שנתי שום חשיבות ריאלית או ממשית" (שם, 91).

76. ראה במיוחד חוק יסודות התקציב, סעיפים 10-13.

77. ראה, לדוגמא, הוראות חוק החוזים האחרים, התשמ"ג-1982.

מאתורי הגבלת חיובו של החותם על החוזה מטעם המדינה לוודא כי החוזה מתקצב לחוזים אשר ההוצאה הכרוכה בהם עולה על סכום זה, הוא כי עריכת בירור כזה בקשר לחוזים שההוצאה הכרוכה בהם איננה עולה על הסכום האמור איננה כדאית. המחוקק העריך, כי המשאבים הנדרשים לעריכת הבירור בקשר לחוזים להוצאת סכומים "קטנים" כאלה עולים על הרווח העשוי להיות מופק מכך שיובטח כי גם חוזים אלה לעולם לא יחרגו מן התקציב. נראה לי, כי בכך יש לראות מעין ויתור "דה-פאקטו" של המחוקק, מטעמים של כדאיות כלכלית ויעילות מנהלית, על הציווי שלא להתקשר בחוזים החורגים מן התקציב. משמעות הדבר היא, כי אין לראות חוזה-מדינה החורגים מן התקציב כבלתי-חוקיים אם ההוצאה הכרוכה בהם אינה עולה על 10,000 שקלים חדשים, אך זאת בתנאי שנציג-המדינה פעל בתום-לב, מבלי שהיה מודע לחריגה. לעומת זאת, אם התקשר בחוזה הגם שידע על החריגה, הרי שפעולה זו תיחשב כנגועה בחוסר תום-לב, ובתור שכזו תיפסל.

34. דעתי, כי כל חוזה (בחריג האמור) התורג מן התקציב דינו להתבטל אינה שוללת הגנה ממי שהתקשר עם הממשלה בתום-לב, בלא שהיה מודע ואף מבלי שהיה ניתן לצפות ממנו כי יהיה מודע ל"בעיה התקציבית", ובעיקר מבעלי חוזים "קטנים", אשר עליהם התכוון המחוקק להגן בחוקקו את סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב. השקפתי הכללית היא, כי יש להבחין בין תוקף חוזה המנוגד לחוק התקציב לבין התרופות העומדות לרשות הצד שהתקשר בו בתום-לב. חוזה המנוגד לחוק התקציב לעולם יהיה בטל ולא יהווה כשלעצמו מקור לחובות ולזכויות, אולם לא תהיה מניעה מלחייב את הרשות (או אף את עובדיה אישית) לשלם למתקשר, במקרים הנאותים, פיצויים הסתמכות (פיצויים "שליליים"), אשר ישיבו אותו למצבו ערב ההתקשרות בחוזה.

35. המקור המרכזי שממנו ניתן לשאוב את החובה לשלם פיצויים אלה הוא סעיף 12(ב) לחוק החוזים הקובע:

צד שלא נהג בדרך המקובלת ולא בתום לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה, והוראות סעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 יחולו בשינויים המחוייבים.

נפסק, כי מבחן תום-הלב כמשמעותו בחוק החוזים הוא מבחן אובייקטיבי<sup>78</sup>. דעתי היא, כי כריתה על-ידי המדינה של חוזה התורג מן התקציב ובשל כך בטל, עשויה להוות הפרה של חובתה לנהוג בתום-לב כמשמעותו האובייקטיבית, ועל-כל-פנים אין לראות בה כנהיגה בדרך המקובלת (יש לציין שאם סכום ההתחייבות עולה על 10,000 שקלים חדשים, הכריתה תהווה גם הפרה של החובה לפי סעיף 43(א) לחוק התקציב לציין כי לתוזה כיסוי תקציבי ומה מקורו, אף כי דומה כי חובה זו היא בעלת אופי מנהלי-פנימי וספק אם היא יוצרת זכות עצמאית לאזרח שבהפרתה יש כדי להקים לו עילת-תביעה בגין "הפרת חובה חקוקה"). הפרה זאת מזכה את הנפגע בסעד הקבוע בסעיף 12(ב)

78 ראה בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר"שבע בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח' פ"ד (1) 828, 835. אמנם הדברים נאמרו לגבי סעיף 39 לחוק החוזים, אולם אין טעם להניח כי לגבי סעיף 12 הפסיקה תהיה שונה.

הנ"ל, דהיינו: פיצויים "שליליים"<sup>79</sup>. אולם במקום שבו ידע המתקשר על החריגה מחוק התקציב או שהיה עליו לדעת על כך, דומה שבדרך כלל בכריתת החוזה עמו אין הפרה של החובה לנהוג כתום-לב ובדרך מקובלת, והוא לא יהיה זכאי לפיצויים. חובת הפיצויים עשויה לחול לא רק על המדינה, אלא גם על עובד-המדינה אשר ניהל את המשא-ומתן וחהם בשמה על החוזה<sup>80</sup>.

36. מקור אפשרי נוסף שממנו ניתן לשאוב את חובת תשלום הפיצויים הוא עוולת הרשלנות שבפקודת הנזיקין<sup>81</sup>, החלה אף על המדינה<sup>82</sup> ועל עובדיה<sup>83</sup>. אכן, אחריותה השילוחית של המדינה בנוזיקין מוחנית בקיום יסודות עוולת הרשלנות אצל עובד-המדינה<sup>84</sup>, אולם, על-כל-פנים, דומה שבמקרים רבים ייחשב הפקיד שחתם על החוזה בשם המדינה לא רק כעובד-המדינה, אלא גם כאורגן שלה בהפעלת כוח זה, ולכן תוטל האחריות על המדינה ישירות ולא רק מכוח היוחה מעבידה או שולחת.

37. "מסלול" אפשרי נוסף לקבלת פיצויים עשוי להימצא בדוקטרינת "הפיצויים המנהליים" הניתנים בבג"צ<sup>85</sup>, אך ספק אם פיצויים אלה ניתן לפסוק שלא במסגרת בג"צ (וכאמור<sup>86</sup>, דעתי היא שבדרך-כלל יש לדון בבעיות הקשורות לחריגת חוזי המדינה מתקציבה בבתי-המשפט האזרחיים ה"רגילים"), ועל-כל-פנים — עד כה לא הונחה לדוקטרינה זו תשתית מושגית ממשית המאפשרת את הפעלתה השגרתית.

79 ג' שלו, כריתת חוזה (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, מהדורה מעודכנת, תשמ"ג) 99; ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ ואח' נ' בית יולס בע"מ ואח', פ"ד לז(1) 533, 522, בין האותיות ו-ז. אמנם קיימת גם גישה שונה, אשר אינה רואה בסעד הנקוב בסעיף 12(ב) כסעד האפשרי היחיד על הפרת החובה המעוגנת בסעיף 12(א) (ראה ע"א 829/80 שיכון עובדים בע"מ נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579; ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בניין ואח', פ"ד מב(2) 278, 286, 292; נ' כהן, "דפוסי החוזים ותום-לב כמשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לז (תשמ"ז) 13, 33-38), אולם היא בוודאי לא תחול במקום שבו בטלות החוזה באה להגן על עניין הציבור ומשקפת את המצב המשפטי הראוי.

80 ראה ר"ג 7/81 פנדר, חכרה להשקעות פתוח ובנין בע"מ ואח' נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673.

81 ראה נ' זלצמן, "הצהרה כחובת רשלנית בשלב משא-ומתן לכריתת חוזה" עיוני משפט ח (תשמ"א/ב) 55. 70 ואילך. דומה, שאכן מן הראוי לפסוק כי מתקיימת חובת זהירות כלפי האזרח שלא להתקשר עמו בהסכמים הבטלים בשל חריגתם מחוק התקציב. לעומת זאת, לא נראה כי ניתן להטיל אחריות בגין "הפרת חובה חקוקה", שכן אין לומר כי ההוראה האוסרת על המדינה ועובדיה להתקשר בחוזים שהתחייבויות המדינה הקבועות בהם חורגות מחוק התקציב נועדה לטובתם או להגנתם של הצדדים המתקשרים עם המדינה בחוזים. עם זאת, בשלילת האחריות כגין העוולה של הפרת חובה חקוקה אין כדי לשלול את האחריות בגין עוולת הרשלנות. ראה ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר ואח', פ"ד לז(3) 757, 763, בין האותיות כ-ג.

82 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, סעיפים 2-3.

83 פקודת הנזיקין (נוסח חדש), סעיף 7.

84 ראה א' ברק, "חסינות מאחריות או מתביעה — שלילת זכות הניזוק או שלילת תביעתו" דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (מאגנס, מהדורה שניה, ג' טרסקי עורך, תשל"ז) 347, 407 ואילך.

85 ראה בג"צ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח', פ"ד לז(4) 85, 96 ואילך.

86 ראה לעיל, פסקה 25.

---