

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6328/97

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט י' אנגלרד
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

המערערים:

1. עזרא רגב
2. אבי רגב

נ ג ד

המשיב:

משרד הביטחון

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 8.9.97 בת.א. 2225/90
שניתן על ידי כבוד השופט מ' אילן

תאריך הישיבה:

ט"ו באדר ב' תש"ס (22.3.2000)

בשם המערערים:

עו"ד משה קפלנסקי

בשם המשיב:

עו"ד נורית ישראל

פסק-דין

השופט י' אנגלרד:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, לפיו חויב משרד הבטחון לפצות את המערערים בגין השתחררות מינהלית מהסכם למכירת מסכות אב"כ פגות תוקף. הערעור מכון כנגד היקף הפיצויים שפסק בית המשפט.

1. ואלה העובדות הנוגעות לעניין. ביום 21.6.90 נכרת חוזה בין המערערים עזרא רגב ואבי רגב, אשר פעלו תחת השם המסחרי "רשת שירותי יצוא" (להלן: "רשת") לבין המשיב (להלן: "משרד הבטחון"). הוסכם כי רשת תרכוש ממשרד הבטחון 60,000 מסכות אב"כ משנות ייצור 1971 ו-1972 שפג תוקפן, תמורת 0.6 דולר

ארה"ב לכל מסיכה (36,000 דולר בסך כולל), אשר ישולמו עד ליום 1.7.90. בתנאים הכלליים לחוזה נאמר בין היתר:

א. כמות הטובין אינה סופית והיא תקבע בסמוך למועד מסירתם.
מסיבות שונות עשוי להיווצר מצב שלא ניתן יהיה לספק את הטובין.
לקונה לא תהינה טענות ו/או תביעות כנגד המשרד בגין אי אספקת
הטובין, כולם או מקצתם.
...

ה. היה והקונה לא ימשוך את הטובין עד ליום 1.8.90 המשרד יהיה
רשאי לבטל את העסקה נשוא התקשרות זו, לקזז את הכספים אשר
שולמו ולמכור את הטובין לכל גורם אחר על פי קביעת המשרד.

2. עובר לכריתת החוזה עם משרד הבטחון התקשרה רשת בהסכם עם חברת Schwarzman Export-Import Co., Ltd. (להלן: "שוורצמן") בארה"ב, לפיו תרכוש האחרונה 50,000 מסכות אב"כ תמורת 0.8 דולר למסכה. יצוין כי רשת הודיעה למשרד הבטחון כי יש לה הזמנה עבור כל 60,000 המסכות (נ6), הגם שבאותה עת לא הייתה הזמנה ל- 10,000 המסכות הנותרות.

3. רשת שילמה למשרד הבטחון את התמורה המלאה עבור המסכות. בימים 24.7.90 ו- 27.7.90 משכה רשת ממחסני משרד הבטחון 22,000 מסכות, ואלה נשלחו מיד לארה"ב, לחברת שוורצמן. לטענת רשת, הוסכם בינה לבין עובדי המחסן, כי יתרת המסכות תוצא מהמחסן ביום 2.8.90.

4. ביום 2.8.90 פלשה עירק לכווית. בעקבות המצב המדיני והבטחוני החדש באיזור, החליטו רשויות הצבא לעכב בשלב זה כל הוצאה של מסכות אב"כ ממחסני הצבא. כשביקשה רשת להמשיך בהוצאת המסכות ממחסן משרד הבטחון הודיעו לה עובדי המחסן, כי על-פי הוראות הצבא מעוכבת בשלב זה משיכת המסכות. רשת החלה בניהול מגעים עם משרד הבטחון, לקבלת המסכות.

5. ביום 20.11.90 הודיע בא-כוח משרד הבטחון לרשת כי הטובין אינם ברשות המשרד וכי המשרד מוכן להחזיר לרשת את עלות הרכישה, בצירוף הצמדה וריבית. רשת סרבה להצעה. ביום 26.11.90 חזר והודיע סגן היועץ המשפטי של מערכת הבטחון לבא-כוח רשת כי לא ניתן לספק את יתרת 38,000 מסכות האב"כ. בהודעה נאמר:

בהמשך לשיחה אשר התקיימה בינינו, ולאחר שהודעתי לך את הסיבות בגינן לא ניתן לספק למרשתך כיום את יתרת 38,000 מסכות האב"כ אותן היא לא משכה ממשרדנו במועד הקבוע בחוזה, ברצוני להוסיף כי היתרה הנ"ל אינה קיימת עוד ברשותנו ולא ניתן לספקה.

6. באותו יום הגישה רשת תביעה נגד משרד הבטחון בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, בה היא תבעה נזקים והפסדים בסך 380,000 דולר, בשל הפרת החוזה מצד משרד הבטחון, כלומר פיצוי בגובה 10

דולר לכל מסכה. לאחר שהתברר בסוף שנת 1995 כי משרד הבטחון רכש בסוף שנת 1990 מסכות אב"כ תמורת 17.65 דולר למסכה, ביקשה רשת לתקן את כתב התביעה ולהעמיד את סכום הפיצוי המבוקש על 670,000 דולר. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה.

7. בסמוך לאחר הגשת התביעה הודיעה רשת לשורצמן כי לא תוכל לספק לה את 28,000 המסכות הנותרות על פי ההזמנה, וכי תשיב לה את הסכום ששולם עבור המסכות (22,400 דולר). שורצמן סרבה להסתפק בהשבת הכספים ותבעה את רשת בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. ביום 4.10.94 הגיעו הצדדים להסכם פשרה, שקיבל תוקף של פסק דין, לפיו רשת תשלם לשורצמן 50,000 דולר כפיצוי עבור 28,000 המסכות שלא סופקו על-ידה (להלן: "**הסכם הפשרה**"). הוסכם כי מחצית הסכום תשולם מיד ומחציתה לאחר שיסתיימו ההליכים נגד משרד הבטחון.

8. במהלך בירור התביעה בבית המשפט המחוזי טען משרד הבטחון כי רשת לא עמדה בתנאי החוזה ולא הוציאה את המסכות מהמחסן עד ליום 1.8.90. כן נטען כי ביום 2.8.90 ובתקופה שלאחר מכן הובהר לרשת כי בשל פלישת עירק לכווית והשלכותיה האפשריות של פלישה זו על מצב הבטחון באזור, צרכי ציבור חיוניים חייבו שלא למסור את יתרת מסכות האב"כ לרשת. על רקע זה טען משרד הבטחון כי בנוסף להפרת החוזה על-ידי רשת, החוזה סוכל או נוצרו תנאים בהם רשאי היה משרד הבטחון שלא לקיימו.

9. בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו - מפי הנשיא מ' אילן - קיבל את התביעה באופן חלקי, בחייבו את משרד הבטחון לשלם לרשת פיצויים בסך 56,000 דולר. בית המשפט דחה את טענת ההפרה שהושמעה כלפי רשת. הוא קיבל את גרסתה העובדתית של רשת, לפיה ניתן לה אישור להוציא את המסכות מהמחסן עד ליום 2.8.90. בנוסף לכך קבע בית המשפט, כי באיחור של יום אחד לא הייתה משום הפרה יסודית של החוזה, הפרה שהייתה מזכה את משרד הביטחון לבטל את החוזה באופן חד צדדי. משרד הבטחון צריך היה לתת לרשת אורכה סבירה לעמידה בתנאי החוזה.

10. בית המשפט המחוזי דחה את טענת הסיכול, באמצע גישה מצמצמת ביחס לסיכול, לפיה במדינת ישראל, כמעט הכל הוא בגדר הצפוי. את דחיית טענת הסיכול במקרה הנדון נימק בית המשפט בדברים הבאים:

---אני מסכים שאירוע כמו מלחמת המפרץ, בו מדינה שאינה גובלת עם ישראל שולחת טילי סקאדים לעבר ישראל, ללא פרובוקציה וללא קשר לסכסוך שבגינה מנהלות המעצמות מלחמה נגד אותה מדינה, אינו בגדר הצפוי. אך, לא אופיו המדויק של האירוע צריך להיות צפוי, אלא עצם העובדה שיש מלחמות מפעם לפעם ויתכן ויהיה צורך במסיכות גז.

סיכומו של דבר לא היה כאן סיכול במובן דיני החוזים. סיכול היה אילו קרה אירוע שבגללו היה בלתי אפשרי לספק את המסיכות גם אם משרד הבטחון היה רוצה לספקן, כגון, מקרה שהן הושמדו או אבדו. במקרה דנן, המסיכות היו קיימות, וניתן היה למושכן, אך נוצרו נסיבות שמצדיקות, לדעת משרד הבטחון, שלא לקיים את החוזה. נסיבות המקרה שלפנינו, אין בהן כדי לאבחן את הלכת כץ, ולפיכך דינה של טענת הגנה זו לדחייה. (עמ' 12 לפסק הדין).

11. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת משרד הבטחון, כי בנסיבות העניין היה רשאי להשתחרר מן ההסכם, בשל צרכי ציבור חיוניים, מבלי שיהיה בכך משום הפרת חוזה. נקבע, כי נוצרו נסיבות בהן גבר האינטרס הציבורי של אספקת מסכות אב"כ לכמות מירבית של אנשים על פני חובת קיום החוזה. המדינה הייתה רשאית, ואף חייבת, להימנע מקיום החוזה, וזאת על-מנת שתוכל לעשות שימוש ב- 38,000 המסכות כדי לספק הגנה לאזרחיה מפני סכנת מתקפת אב"כ.

12. עם זאת קבע בית המשפט כי השתחררות מינהלית גוררת חובת תשלום פיצויים חלקיים מצד הרשות. על כך נאמר בפסק הדין:

בשל מאפיניה היחודיים של הלכת ההשתחררות והרציונלים להחלטה, לא יהיו הפיצויים שיפסקו פיצויי ציפיות מלאים, כי אם פיצויים חלקיים בלבד, שיש בהם כדי לאזן בין זכותו של הפרט לפיצוי בגין הנזק שסבל, לבין חובתה של המדינה להשתחרר מהחוזה שלא על מנת לקבל טובת הנאה כי אם מהטעם שצורך ציבורי חיוני חייב את ההשתחררות האמורה.

את המקורות לחובה זו מצא בית המשפט בדיני החוזים, בדיני עשיית עושר ולא במשפט, בדיון המינהלי ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

13. את הדיון בהיקף הפיצוי חילק בית המשפט בין 28,000 המסכות אותן התחייבה רשת למכור לשוורצמן תמורת 0.8 דולר למסכה, לבין 10,000 המסכות הנותרות. באשר לקבוצה הראשונה, טענת רשת כי יכלה למכור את המסכות תמורת 17.65 דולר למסכה נדחתה, שכן בית המשפט לא יתן ידו להפרת החוזה עם שוורצמן. כמו כן סבר בית המשפט כי אין לפסוק פיצויי קיום מלאים בגין השתחררות מינהלית. מצד שני היה בית המשפט בדעה שההשתחררות המינהלית מזכה את רשת בפיצויים העולים על הפיצוי השלילי, שעמד - לשיטת בית המשפט - על 0.6 דולר למסכה. אי לכך בחר בית המשפט בשיטת ביניים: פיצוי על חסרון כיס שנגרם בפועל למתקשר. הוא אימץ, "בשינויים המחויבים", את גישת הפיצויים האמריקאית. לפי גישה זו, בהשתחררות רשות מינהלית מחוזים לביצוע עבודה או מתן שירות, המתקשר הפרטי זכאי לפיצויים שליליים מלאים, בתוספת החלק היחסי של הרווח הכללי עבור מה שכבר ביצע. בית המשפט ערך התאמה של הגישה האמריקאית לחוזי מכר כמו במקרה הנדון, ומצא כי בחוזים כאלה יש לפצות את המתקשר הפרטי בפיצוי שלילי,

בתוספת הרווח שהיה צפוי בעת כריתת החוזה. יישומה של שיטת פיצויים זו במקרה הנדון הביא לפיצויים בגובה 0.8 דולר למסכה, ובסך הכל 22,400 דולר. עם זאת, בשל הסכם הפשרה עם שוורצמן, בית המשפט פסק לרשת פיצויים בסך 50,000 דולר. הסכם הפשרה שימש, לדעתו, אמת מידה סבירה לקביעת הנזק.

14. באשר ל- 10,000 המסכות הנותרות, בית המשפט זיכה את רשת בהשבה בלבד, דהיינו ב- 6,000 דולר. נפסק כי העובדה שרשת הציגה מצג שווא, לפיו יש לה קונה לכל 60,000 המסכות, יצרה מניעות נגדה מלטעון למניעת רווח. בסיכום: בית המשפט המחוזי חייב את המדינה בתשלום 56,000 דולר, שהם 50,000 דולר עלות הפשרה בין רשת לשוורצמן ו-6,000 דולר השבת המחיר ששולם על-ידי רשת למשרד הבטחון עבור 10,000 המסכות שלא נמכרו עדיין על-ידי רשת.

15. בערעור לפנינו שבה ומעלה רשת טענות הן כנגד הקביעה בדבר השתחררות מינהלית, הן כנגד היקף הפיצויים. בסוגיה הראשונה טענתה היא כי לא הוכח שהיו צרכי ציבור חיוניים שמנעו את מסירת המסכות, ולמעשה הפרת החוזה נבעה אך ממניעים כלכליים. במועד ההפרה כלל לא קמו עדיין צרכי ציבור חיוניים, והראיה לכך היא שאיתור מסיכות נוספות על-ידי המדינה נעשה רק בחודשים ספטמבר ואוקטובר 1990. בנוסף, מדובר במסכות שפג תוקפן, ולפיכך לא היתה כל כוונה לחלקן לאוכלוסייה.

16. עוד טוענת רשת, כי אפילו נחיל את הלכת ההשתחררות במקרה הנדון, החלטה אינה פוטרת את משרד הבטחון מתשלום פיצויי קיום חוזיים. אין להסתפק, לטענתה, בפיצויים חלקיים ואין להגביל את הפיצוי בשל מערכת היחסים בין רשת לשוורצמן. יש לפצותה לפי עלות של 17.65 דולר למסכה, כלומר 760,700 דולר ליום ההפרה. ערעורה של רשת מופנה גם כנגד מיעוט ההוצאות ושכר הטירח (20,000 ש"ח), שנפסקו לטובתה.

17. משרד הבטחון אינו חוזר עוד בפנינו על טענותיו בדבר הפרת ההסכם מצד רשת ובדבר קיום סיכול. הוא תומך במסקנת בית המשפט המחוזי, כי מקרה זה הוא מסוג המקרים המובהקים, הבאים בגדר הלכת ההשתחררות. לטענתו, מיד לאחר פלישת צבא עירק לכווית, חייבו צרכי הציבור הקפאה של החוזה, כדי לבדוק האם יש צורך במסכות, או שמא ניתן לספק את צרכיו החיוניים של הציבור גם ללא מסכות אלה. התברר כי לא הייתה בנמצא בשוק כמות מספקת של מסכות לכל האוכלוסייה ומשרד הבטחון חיפש נאשות אחר מלאי מסכות פוטנציאלי. בפועל נוצל המלאי במלואו ואף בוצע רכש משלים.

18. בעניין הפיצויים, משרד הבטחון שב ומדגיש כי אפילו היה החוזה מקויים, לא היו צפויים לרשת רווחים העולים על 0.2 דולר למסכה. טענתה כאילו יכלה להפר את ההסכם עם שוורצמן ולמכור את המסכות אינה ראויה להישמע בבית המשפט. משרד הבטחון מוסיף וטוען כי, ממילא, לו הייתה רשת מפרה את ההסכם עם שוורצמן, הרי על-פי הלכת אדרס (ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 122) היא הייתה חייבת להשיב לשוורצמן את הרווחים שהפיקה מהפרת החוזה. באשר לגובה הפיצויים, משרד הבטחון סבור כי במקרה של השתחררות מינהלית יש להסתפק ב"פיצויים שליליים". ספק בעיניו אם הפיצוי בגין הסכם הפשרה הוא בגדר פיצוי שלילי "קלאסי", הגם שבנסיבות העניין הוא בגדר חסרון הכיס הישיר שנגרם לרשת. משרד הבטחון חולק על פסיקת 0.2 דולר פיצוי עבור 28,000 מסכות כפיצוי ציפיות, אך בגלל הערך הכספי הקטן יחסית החליט שלא להגיש ערעור. לגבי 10,000 המסכות האחרות, משרד הבטחון שב וטוען כי רשת הציגה מצג שווא ופעלה בחוסר תום לב ולכן היא אינה זכאית לפיצויים אלא להשבה בלבד.

סוגיית הסיכול

19. אמנם, משרד הבטחון זנח את טענת הסיכול, אך מאחר שבית המשפט המחוזי הרחיב את הדיבור על סוגיה זו, תוך כדי הסתמכות על ההלכה הפסוקה, ברצוני להעיר מספר הערות בשולי הדברים. יתרה מזו, כפי שאבהיר בהמשך דברי, יש לרעיון הסיכול השלכה עקיפה על ענייננו. בית המשפט המחוזי הסתמך בעיקרו על פסק-דין כץ (ע"א 715/78 אריה כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ ואח', פ"ד לג(3) 639), הקובע, לדעתו, ש"בענייני מלחמה ושלום הבלתי צפוי הוא לעולם בגדר הצפוי עבור אדם מישראל". הערתי הראשונה היא כי אין לומר שתפיסה זו, בדבר צפיות המלחמה, כפי שבאה לידי ביטוי בחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא השופט מ' לנדוי, היא בבחינת הלכה פסוקה. שני טעמים לדבר זה: ראשית, השופט לנדוי עצמו מציב את העניין כשאלה, אותה הוא משאיר במפורש בצריך עיון. שנית, בית המשפט בפרשה זו יצא מן ההנחה כי שאלת הסיכול אינה מתעוררת, משום שהקבלן, בעל החוזה, קיבל על עצמו במפורש את הסיכון של עליית מחירים. לגופו של עניין, גישתו הכללית של בית משפט זה - כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת כץ, על נסיבותיה המיוחדות - נראית בעיני נוקשה מדי. מבחינה עקרונית, יש, לטעמי, לבחון בכל מקרה ומקרה את השפעתו של ארוע חריג, כגון פרוץ מלחמה, על מהותם של היחסים החוזיים. כלומר, את מבחן הצפיות יש להחיל לא על עצם פרוץ המלחמה, אלא על ההשלכות המעשיות של האירוע על מהות היחסים החוזיים. לכן, מן הראוי היה, בנסיבות המקרה של פרשת כץ, לבחון האם עליית המחירים שבאה בעקבות מלחמת יום כיפור הביאה לכך שקיום החוזה "שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים", כלשון סעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א 1971- (להלן: "חוק התרופות"). ראה ברוח זו ע"א 13/75 בלומנפלד נ' חברת הדר פלסט בע"מ, פ"ד כט(2) 452.

20. יתרה מזו: לטעמי, קיימת קירבה רעיונית גדולה בין עקרון הסיכול בנסיבות של שינוי מהותי בתשתית החוזית לבין הדרישה לתום לב בביצוע החוזה (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973-). מתקשר, העומד על ביצוע דווקני של החוזה, על אף השינוי המהותי שחל בו בשל נסיבות חיצוניות - מתקשר כזה אינו נוהג בתום לב. לכן, למשל, אין לראות התנהגות בתום לב מצד בעל חוזה הדורש מן הצד האחר לקיים את החוזה תמורת המחיר החוזי המקורי, על אף שעלות הביצוע גדלה, בשל אירוע חיצוני חריג, עשרת מונים. נמצא, כי המוסד של סיכול הוא גם ביטוי לעקרון תום הלב בחוזים. על רקע דברים אלה, אפשר ומן הראוי לשוב ולעניין בגישתו המצמצמת של בית המשפט בפרשת כץ.

21. אם נביט איפוא על נסיבות המקרה הנדון, הרי נראה כי התוצאות המיוחדות של משבר המפרץ הפרסי היו בבחינת יצירת נסיבות, שעשו את קיום החוזה שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים. המסכות שנמכרו היו ישנות, תוקפן פג ולא הייתה כוונה להשתמש בהן עוד במדינת ישראל לצרכי הגנת העורף. פרוץ המשבר שינה את הנתונים הבסיסיים האלה ונוצר צורך להשתמש במסכות אלה שימוש נוסף. את הנסיבות האלה לא יכלו המתקשרים לראות מראש ואף לא למונען. יצוין, כי ההפרש בין המחיר המוסכם לבין מחירן של חלק מהמסכות שפג תוקפן עלה כדי 1500%. אך כאמור, משרד הבטחון זנח את טענת הסיכול, ולכן אין מקום כי אכריע בשאלה זו.

השתחררות מינהלית

22. עם זאת, נראה בעליל כי - כפי שגרס בית המשפט המחוזי - שינוי הנסיבות יצר עילה של השתחררות מינהלית מן החוזה. השימוש החוזר במסכות הפך - על רקע המשבר במפרץ הפרסי - לצורך ציבורי חיוני. לכן איני רואה כל מקום להתערב במסקנתו של בית המשפט המחוזי, על הנמקתו המפורטת. אסתפק בהוספת הערה כללית. הן הפסיקה הן הספרות המשפטית ראו כמקור השראה בסוגיית ההשתחררות המינהלית את המשפט של ארצות-הברית (ראה ד' ברק, **האחריות החוזית של רשויות המינהל** (תל-אביב, תשנ"א, להלן: **"ד' ברק"**) בעמ' 158-169; א' פוזנר "חוק החוזים המינהליים - כורח המציאות" **משפטים** יב (תשמ"ב) 506, בעמ' 524). איני משוכנע כי הרקע הרעיוני ההיסטורי של השתחררות מינהלית בשיטה האנגלו-אמריקאית תואם את התפיסות הבסיסיות של המשפט הישראלי בדבר אחריות המדינה כלפי אזרחיה. דומה, כי התפיסות הקונטננטליות קרובות יותר למשפט הישראלי, אשר בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו הכיר בזכות החוקתית של אדם לקניינו. אביא לשם השוואה את ההוראה במשפט הגרמני, העוסקת בהשתחררות מינהלית מחוזי רשות. כוונתי לסעיף 60(1) לחוק סדר הדין המינהלי (Verwaltungsverfahrensgesetz) אשר קובע:

כאשר הנסיבות, שהיוו את קנה המידה לקביעת תוכן החוזה, השתנו מאז כריתת החוזה בצורה כה מהותית שאין זה ראוי להחזיק את המתקשר כמחויב להסדר החוזי המקורי, הרי אז, מתקשר זה יכול לדרוש את התאמת תוכן החוזה לנסיבות שהשתנו או, כאשר התאמה זו אינה אפשרית או שאין זה ראוי לדורשה מן המתקשר, הוא יכול להפסיק את החוזה.

הרשות יכולה להפסיק את החוזה גם כדי למנוע פגיעה קשה ברווחת הציבור או כדי להסירה.

הפיסקה הראשונה של הוראת חוק זו מבוססת על עקרונות הסיכול ותום הלב, בעוד שהפיסקה השניה מרחיבה את האפשרות של הפסקת החוזה גם למקרה שלא היה שינוי מהותי בנסיבות המקוריות, והכל מתוך דאגה לרווחת הציבור. ראה באופן כללי: Knack, Busch (-Henneke), *Verwaltungsverfahrensgesetz*: *Kommentar* (6. Aufl. 1998) §60, p. 957-964; Obermayer, Fritz, Allesch (-Bernsdorff), *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz* (3. Aufl. 1999) §60, p. 1125-1145.

פיצויים למתקשר הפרטי

23. אעבור לשאלת הפיצויים. הדעה המקובלת היא כי, עקרונית, זכאי המתקשר הפרטי לתשלום פיצויים מאת הרשות במקרה של השתחררות מינהלית. עם זאת, דעה זו אומרת כי המדובר איננו בשיעור הפיצויים המלא שבו מתחייב המפר על פי דיני החוזים הכלליים. בבג"צ 311/60 **מילר, מהנדס (סוכנות יבוא) בע"מ נ' שר התחבורה**, פ"ד טו 1989 התייחס השופט זוסמן, אגב אורחא, לעניין הפיצויים, בציינו:

מי שהתקשר בחוזה עם המדינה והיא הסתלקה ממנו, עלול, לפי ההלכה האמריקאית, לזכות בפיצוי נזק, ששיעורם לא יהיה בהכרח שווה לפיצוי שמשלמים על הפרת חוזה, שלא הפרה המדינה את החוזה אלא ברשות הסתלקה ממנו. ואילו לפי ההלכה האנגלית, באין חוזה תקף, שוב אין מקום לחייב את המדינה בהטבת הנזק. בפלוגתה בין שתי אסכולות אלה נוטה אני לדעה האמריקנית, משום שאין היא משאירה בעל דברים של הרשות חסר-אונים, אלא נותרת לו ערובה מסויימת להבטחת זכותו כלפי המדינה הגבירה. אולם לצורך ענינו אינני חייב לקבוע מסמרות בדבר. (שם, בעמ' 2005).

נושא הפיצויים שב ועלה בפסיקה, אך השאלה של היקף הפיצויים טרם באה על פתרונה. ראה בג"צ 124/79 **אבינועם צובא (ג'קסון) נ' שר הבטחון**, פ"ד לד(2) 752, 755; ע"א 64/80 **בנק ארץ ישראל בריטניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3) 589, 603; בג"צ 669/86 **רובין נ' ברגר**, פ"ד מא(1) 73 (להלן: "פרשת רובין"), שם ציין חברי הנשיא א' ברק בעמ' 79:

---רשות ציבורית רשאית להשתחרר מהסכם זה, כשצורכי ציבור חיוניים מצדיקים זאת, בלא לשלם את מידת הפיצויים המלאה על הפרת הסכם.

ראה גם דברי חברי השופט א' מצא בע"א 3666/90 **מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה**, פ"ד מו(4) 45, 61:

רק במסגרת השתחררות כדין חלה ההלכה, לפיה הפיצויים שייפסקו נגד הרשות השלטונית יהיו, בנסיבות מסוימות, מופחתיים.

גם חברי השופט י' זמיר התייחס לסוגיה בספרו **הסמכות המינהלית** (כרך א' ירושלים, תשנ"ו 1996-) בעמ'

217:

ההשתחררות מן החוזה מקימה חובה לשלם פיצויים על הנזק שגרמה, אך טיבם ושיעורם של הפיצויים עדיין לא הובהרו על-ידי בית המשפט.

24. מן האמור עולה, כי הדעה המקובלת גורסת שעקרונית המתקשר הפרטי זכאי לפיצויים וכי אלה אינם זהים לפיצויי קיום חוזיים. אולם, כנראה בשל מיעוט המקרים, טרם נתגבשו ההלכות בדבר התוכן המדויק של זכות פיצויים זו. נמצא, כי המקרה שלפנינו מחייב היזקקות לסוגיה, שיש בה משום חידוש הלכתי מסוים. בית המשפט המחוזי ניגש לשאלת היקף הפיצויים תוך כדי קביעת שלוש אפשרויות שונות: פיצויים חוזיים מלאים, פיצויים כדי אינטרס ההסתמכות (פיצויים שליליים) ופיצוי על חסרון כיס שנגרם בפועל למתקשר. לשיטתו, פיצויים חוזיים מלאים הם פיצויי קיום או פיצויי צפיות, שתכליתם להעמיד את המתקשר במצב בו היה אילו קיים החוזה. טענת רשת הייתה וממשיכה להיות כי היא זכאית לפיצויים החוזיים העומדים, לדבריה, על 17.65 דולר למסכה. בית המשפט המחוזי שלל מרשת פיצויים חוזיים מלאים משני טעמים: האחד - מכיוון שרשת כבר מכרה את המסכות לשוורצמן ב-0.8 דולר למסכה, היא לא יכלה למכור אותן ב-17.65 דולר מבלי להפך את החוזה עם שוורצמן. בהקשר זה העיר בית המשפט כי על פי הלכת **אדרס**, רווח זה היה מגיע לשוורצמן ולא לרשת. הטעם השני הוא כי בהשתחררות מינהלית אין זה צודק לפסוק למתקשר הנפגע פיצויים חוזיים מלאים.

25. בדונו ב"פיצויים כדי אינטרס ההסתמכות (פיצויים שליליים)", קבע בית המשפט כי מדובר בפיצויים שנועדו להעמיד את המתקשר במצב שבו היה לולא התקשר בחוזה. לדעתו, היקף פיצוי כזה יזכה את רשת רק בהשבה של 0.6 דולר למסכה. בית המשפט המחוזי דחה פתרון זה מן הטעם שהוא בלתי צודק ומאלץ את המתקשר הפרטי לוותר על כל רווחיו ולהסתפק בהוצאותיו. לדעתו רשת ראויה לפיצוי העולה על הפיצוי השלילי.

26. מכאן עבר בית המשפט המחוזי לדון ב"פיצוי על חסרון כיס שנגרם בפועל למתקשר", הנהוג, לדעתו, במשפט האמריקאי בחוזי רשות, שעניינם ביצוע עבודה או שירות. מן הפסיקה האמריקאית למד בית המשפט כי המתקשר הפרטי זכאי לקבל פיצויים שליליים מלאים, בתוספת חלק יחסי של הרווח הצפוי שהיה כלול במחיר המקורי. במילים אחרות, לפי תפיסה זו, המתקשר הפרטי זכאי לקבל את החלק היחסי של המחיר החוזי. בית המשפט החיל את הגישה האמריקאית, בשינויים המחויבים, גם על חוזי מכר שערכה הרשות עם הפרט. התוצאה, לשיטתו, היא שהמתקשר הפרטי זכאי לפיצוי שלילי, בתוספת הרווח הצפוי בעת כריתת החוזה.

החלת אמת מידה זו במקרה הנדון הביאה את בית המשפט למסקנה כי רשת תזכה להשבה של מה ששלמה עבור המסכות, בתוספת הרווח הצפוי שהוא 0.2 דולר למסכה, דהיינו סה"כ 0.8 דולר למסכה.

27. אולם בכך לא תמה שאלת הפיצויים. במקרה הנדון רשת ושוורצמן חתמו על הסכם פשרה, שבמסגרתו התחייבה רשת לשלם לשוורצמן פיצויים בסך 50,000 דולר. נמצא, כי חסרון הכיס הישיר שנגרם לרשת עולה בהרבה על מניעת הרווח של 0.2 דולר למסכה. בית המשפט הכיר בסבירותה של הפשרה, ולכן הוא פסק את מלוא 50,000 הדולר לטובת רשת, במקום מניעת הרווח הזעיר של 0.2 דולר למסכה.

28. לגבי 10,000 המסכות הנותרות, שלא נמכרו לשוורצמן, זיכה בית המשפט המחוזי את רשת בהשבת המחיר ששולם על ידה בלבד, דהיינו ב-0.6 דולר למסכה ובסך הכל ב-6,000 דולר. בית המשפט נימק את הגבלת הפיצויים להשבת המחיר ללא רווח בנסיבה המיוחדת שהיה מצג שווא מצד רשת. האחרונה הודיעה למשרד הבטחון כי יש לה קונה בחו"ל לכל 60,000 המסכות, בעוד שבפועל הקונה הזמין 50,000 מסכות בלבד. בשל מצג שווא זה ראה בית המשפט, כמוזכר לעיל, מניעות לתבוע מעבר לסכום ששילמה רשת עבור אותן המסכות.

29. לפני שאדון בפרטי הנמקתו של בית המשפט המחוזי, ברצוני להקדים מספר הערות כלליות בדבר הסדר היחסים בין המתקשרים לאחר הפסקת החוזה מכוח עקרון ההשתחררות המינהלית. לטעמי, יש לשאוב את הפתרונות לסוגיה זו מתוך מערכת הדינים של משפטנו, ובכלל זה בדרך של היקש מדינים קרובים (הרעיון כי יש להחיל על חוזים מינהליים הוראות מחוקי החוזים השונים, בין היתר באמצעות היקש מחוק התרופות, הועלה על-ידי חברי הנשיא א' ברק בפרשת **רובין**, בעמ' 79[ג-ד]). עקרונית, איני חושב שמן הראוי לקבוע כללים אחידים ונוקשים להסדרת היחסים בין המתקשרים לאחר ההשתחררות. הנסיבות המצדיקות השתחררות מינהלית אינן מעור אחד. יש ויכולתה של הרשות הציבורית להשתחרר מחוזה מחייב, מקורה בשינוי מהותי של הנסיבות החיצוניות שהיו ביסוד כריתת החוזה; אך יש ויכולת זו מבוססת על נימוקים אחרים, המבוססים על צורך ציבורי חיוני, מבלי שהתרחש שינוי מהותי בנסיבות המקוריות שהיו קיימות בעת כריתת החוזה. כך אפשר וחל שינוי במדיניות הכלכלית, שאיננו תלוי בנסיבות אובייקטיביות חיצוניות, כגון פרוץ מלחמה. לכן, אין הכרח כי זכויותיו של המתקשר הפרטי ייקבעו על-פי כללים אחידים. דברים ברוח זו נאמרו בפסק דינו של חברי השופט א' ברק בבג"צ 218/85 **ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב ואח'**, פ"ד מ(2) 393. 'צוין, כי בהפעלה את סמכות ההשתחררות, המדינה כפופה לעקרון תום הלב. ראה לדוגמא ע"א 144/87 **מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין ואח'**, פ"ד מד(3) 769, שבו חויבה המדינה בתשלום פיצויים חוזיים בשל הפרת חובת תום הלב בהשתחררות מחוזה.

30. נסיבות המקרה הנדון קרובות, כפי שהסברתי לעיל, לסיכול חוזה. לכן, לטעמי, יש מקום להקיש מן הפתרונות שגיבש המחוקק בסעיף 18 לחוק התרופות, על הסדרת היחסים בין המתקשרים בחוזה רשות לאחר ההשתחררות מן החוזה. אני גורס כי משמעות ההשתחררות בנסיבות אלה היא ביטול החוזה מכאן ואילך. לכן, חלקים של החוזה, שכבר בוצעו עד להפסקת החוזה, יש להתייחס אליהם מתוך פרספקטיבה חוזית. המסגרת הכללית להסדרת היחסים בין הצדדים מצויה ברעיון ההשבה, כפי שנקבע במפורש בסעיף 18(ב) לחוק התרופות. במקביל למה שנקבע בסעיף 18(א), ההשתחררות המינהלית (אני חוזר ומדגיש: בנסיבות הקרובות לסיכול) אינה מהווה עילה לאכיפת החוזה או לפיצויים חוזיים. חובתה של הרשות היא להשיב למתקשר הפרטי את מה שהרשות קיבלה על פי החוזה. הדעה המקובלת היא כי תביעת השבה זו מבוססת על עקרון עשיית עושר ולא במשפט. לטעמי, החישוב של השבה זו, מן הראוי כי יצא מן המחיר החוזי, דהיינו, המתקשר הפרטי זכאי לקבל את החלק היחסי של התמורה החוזית (השווה ד' פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (מהדורה שניה, תשנ"ח 1998-, כרך ב') 771, הרואה במחיר החוזי גבול עליון). אמת, במסגרת דיני ההשבה קיימים חילוקי דעות על היחס המדויק בין יסוד ההתעשרות לבין המחיר החוזי ולבין מחיר השוק. בנסיבות המקרה הנדון אין צורך, כפי שיפורט להלן, להיזקק לסוגיה מורכבת זו. כן יצוין, כי, על כל פנים, הן במסגרת סעיף 18(ב) לחוק התרופות הן במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט, מוענק לבית המשפט שיקול דעת רחב בהסדרת היחסים בין המתקשרים לאחר סיכול החוזה.

31. מעבר להשבה, מעניק סעיף 18(ב) לחוק התרופות סמכות לבית המשפט "לחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות העניין ובמידה שנראה לו". יש טעם רב להחיל את העקרונות האלה על הרשות המפעילה את יכולתה להשתחרר מן החוזה השתחררות מינהלית. גם הרשות חייבת, על פי שיקול דעתו של בית המשפט, לשפות את המתקשר הפרטי על הוצאותיו ועל התחייבויותיו.

32. אם נחיל כעת את העקרונות הנזכרים על נסיבות המקרה שלפנינו, מן הראוי לציין כי המדובר כאן אינו בחוזה קבלנות, אלא במכר. יש חשיבות גדולה בציון עובדה זו. בחוזה מכר, הרווח של הקונה (הנפגע) מצוי בהפרש בין המחיר החוזי למחיר השוק, או בין המחיר החוזי המקורי למחיר בחוזה משני שכרת הקונה עם צד שלישי. לכן, תשלום פיצויים על הרווח שנמנע מקונה בעסקת מכר, אינו בבחינת השבה כלל ועיקר. כלומר, אם הממכר, תוך כדי הפרת החוזה, לא נמסר לקונה, זכות הפיצויים לאבדן הרווח היא פונקציה של זכות הפיצויים החוזיים. ואמנם, לפי סעיף 11(א) לחוק התרופות, הנפגע זכאי, במקרה של הפרת החיוב מצד המוכר לספק את הנכס, לתשלום פיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס לפי החוזה לבין שווי ביום ביטול החוזה, וזאת

ללא הוכחת נזק. במקרה של רווח מיוחד, הנובע מחוזה מכר משני עם צד שלישי, על הנפגע להראות - לשם קבלת פיצויים על רווח מיוחד זה - כי מניעת הרווח היא תוצאה צפויה על פי דרישות סעיף 10 לחוק התרופות.

33. המצב שונה במקרה של חוזה קבלנות למתן שירותים. הרווח של הקבלן, נותן השירותים, הוא חלק אינטגרלי של המחיר החוזי עליו הסכימו הקבלן והמזמין. כאשר הקבלן ביצע כבר חלק מן החוזה טרם ביטולו, התשלום של המחיר החוזי היחסי נכנס לגדר השבה. כאשר לשירותם שטרם ניתנו, התשלום על הרווח הצפוי הזה נכנס לגדר פיצויים חוזיים.

34. נמצא, כי בהנחה שההשתחררות המינהלית אינה יוצרת - על יסוד היקש לסעיף 18(א) לחוק התרופות - עילה לאכיפת חוזה או לפיצויים חוזיים, הרי השאלה של קבלת פיצויים בשל הרווח הנמנע מן הקונה אינה יכולה להתעורר, משום שהתשלום על רווחים אלה הוא בהכרח פונקציה של פיצויים חוזיים. דומה, כי עקרון זה חל גם במשפט של ארצות-הברית, שבו ההסדר המפורט מצוי בכללים פדרליים, המהווים חלק אינטגרלי של החוזים המינהליים. בעניין זה לא דק בית המשפט המחוזי פורתא. לפי הכללים הפדרליים אין המתקשר זכאי לפיצויים על רווחים חוזיים, דהיינו על רווחי קיום עתידיים. זכותו של המתקשר מצומצמת לקבלת ההוצאות על עבודות שביצע, בתוספת רווח מוגדר על עבודות שביצע. בכך צמצמו הכללים הפדרליים את זכות ההשבה של המתקשר הפרטי. אין הוא יכול לקבל את המחיר החוזי היחסי על ביצוע חלקי של החוזה; כל זאת בהנחה שהרווח החוזי עולה על שיעור הרווח המוגבל הקבוע בכללים (ראה Christian and Associates v. U.S. 213 F 2d. 418 (1963)).

35. מן האמור נובע, כי במקרה שלפנינו זכויותיו של המתקשר הפרטי מצטמצמות להשבת כספים ששולמו על ידו לרשות במסגרת חוזה המכר ולשיפוי על הוצאות סבירות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה. במסגרת זו אין כל ספק כי רשת זכאית להשבת המחיר ששילמה עבור המסכות. כאשר להסכם הפרטה, בית המשפט המחוזי מצא כי התחייבות זו הייתה סבירה בנסיבות העניין. מאחר שאין המדינה מערערת על קביעה זו, אקבל גם אני מסקנה זו כקיימת ועומדת. אוסיף ואומר, כי בנסיבות של השתחררות מינהלית, גם התחייבויות סבירות שבאו בעקבות הפסקת החוזה ולא לשם קיומו - כדרישת סעיף 18(ב) - עשויות לזכות את המתקשר הפרטי בשיפוי. באופן עקרוני, אין להטיל על אזרח פרטי נזקים שנגרמו במישרין על-ידי הרשות מתוך שיקולים של הגנה על אינטרס ציבורי. נזקים אלה יש להטיל על הציבור כולו (ראה ד' ברק, שם, בעמ' 186-187). לעקרון זה יש ביסוס גם בהגנה החוקתית על הקניין, המצויה כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

34. המסקנה העולה מן האמור היא כי צדק בית המשפט המחוזי - אם כי לא לגמרי מטעמו - כי אין רשת זכאית למניעת הרווח על ההפרש בין המחיר החוזי למחיר השוק. באשר לרווח הזעיר יחסית, הנובע מן ההפרש בין מחיר הקנייה של רשת לבין מחיר המכירה לשוורצמן, בסך 0.2 דולר למסכה, אין הוא נכנס לגדר ההשבה, כמוסבר לעיל. לכן, עקרונית, אין לרשת זכות לקבל פיצוי על מניעת רווח זה. אולם, נסיבות המקרה הנדון הן מיוחדות במינן. על-פי ההסכמות בין רשת לבין משרד הבטחון, ביצוע העסקה ביניהם היה מותנה במכירה מוקדמת לצד שלישי. נמצא, כי בעת ההשתחררות, הרווח הזה היה כבר "מוקנה" לרשת. נראה, איפוא, כי בהשתחררות המינהלית יש יותר מאשר מניעה עתידית של רווח; יש כאן מעין שלילת רווח שכבר הושג. בנסיבות אלה, נראה כי מן הדין שהמתקשר הפרטי יפוצה על דבר שכביכול מצוי כבר בכיסו. ואמנם, מתוך פסק הדין עולה כי משרד הבטחון מוכן היה לפצות את רשת על רווח זה. אולם הפשרה שנערכה בין שוורצמן לרשת שינתה שוב את המצב, משום שתשלום סכום הפשרה הוטל במלואו על משרד הבטחון. בנסיבות אלה, צדק בית המשפט שראה את הרווח הנזכר כנבלע בתוך סכום הפשרה.

לבסוף, בעניין 10,000 המסכות שלא נמכרו לשוורצמן, בית המשפט המחוזי צדק גם כאן, שעה שהגביל את זכותה של רשת להשבת הסכום ששילמה עבור מסכות אלה למשרד הביטחון. בית המשפט הסתמך על מצג השווא של רשת בדבר מכירתן של מסכות אלה, מעשה שיצר, לדעתו, מניעות לתבוע את הרווח שהיה נובע מן המכירה לשוורצמן. לטעמי, לא היה כלל צורך להסתמך בעניין זה על עקרון המניעות: כפי שעולה מדבריי, במסגרת זכות ההשבה, אין רשת זכאית לתבוע פיצוי על מניעת הרווח ממכירה (עתידית) לצד שלישי.

אי לכך, הערעור נדחה. המערערים ישלמו למשיבה הוצאות ושכר-טירחה בסך כולל של 25,000 ש"ח.

ש ו פ ט

הנשיא א' ברק:

מסכים אני עם פסק דינו של חברי, השופט אנגלרד. מבקש אני להעיר הערה על דבר הלכת ההשתחררות.

1. הלכת ההשתחררות מאפשרת למדינת ישראל (או רשות מינהלית אחרת הפועלת בגדרי המשפט הפרטי) להשתחרר מחוזה שהיא צד לו, בלא שהדבר ייחשב כהפרת החוזה. השתחררות זו אפשרית רק אם "צרכי-ציבור חיוניים" אינם מתיישבים עם המשך הקשר החוזי (בג"ץ 311/60 מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 2005; להלן - פרשת מילר). במקורה הוחלה הלכה זו על חוזים "שלטוניים" בלבד, בהם ההסכם הוא בקשר להפעלתה של סמכות שלטונית. לימים התגבשה ההשקפה כי הלכה זו חלה גם על חוזים "מסחריים", בהם הרשות המינהלית פועלת כבעלת נכסים ואינטרסים ככל פרט אחר בגדרי המשפט הפרטי (ראו ג' שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 69 (1999)). ביסוד הרחבה זו של הלכת ההשתחררות מונחים שני טעמים: ראשית, ההבחנה בין החוזה השלטוני לבין החוזה המסחרי היא קשה, והגבולות מטושטשים עד לבלי הכר; שנית, להבחנה, גם אם ניתן היה לבססה, אין צידוק. כאשר צרכי ציבור חיוניים מחייבים זאת, יש לאפשר לרשות המינהלית להשתחרר גם מחוזה מסחרי. אכן, חברי, השופט אנגלרד, מחיל על ענייננו את הלכת ההשתחררות בלא לבחון אם חוזה למכירת מסכות אב"כ הוא חוזה שלטוני או חוזה מסחרי. לגישה זו אני מסכים.

2. מהו מקורה של הלכת ההשתחררות? יש הסבורים, כי היא מעוגנת בחוקי החוזים עצמם, כגון בדיני תקנת הציבור (ראו שלו, שם, עמ' 71). אחרים סבורים כי מקורותיה הם במשפט הציבורי (ראו י' זמיר, הסמכות המינהלית 217 (כרך א', 1996)). חילוקי דעות אלה נגרמים בשל כך, שעל החוזה המינהלי חלות שתי מערכות של דינים: המשפט הפרטי (החל על כל חוזה) והמשפט הציבורי (החל על כל פעולת מינהל). זוהי "הדואליות הנורמטיבית" המאפיינת את החוזים של המינהל הציבורי (ראו פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי", משפטים ה' 598 (תשל"ד); ברק-ארז, "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית", משפט וממשל א' 275 (1993); ע"א 6490/97 אלחג' נ' אבו עקל (טרם פורסם)). על רקע דואליות נורמטיבית זו, מתעוררת השאלה, אם דיני ההשתחררות נגזרים מה"פן" האזרחי של חוזה המינהל, או מה"פן" הציבורי שלו? כדי להשיב על שאלה זו, יש לבחון את מאפייניה של הלכת ההשתחררות. מאפיינים אלה מתבטאים בצורך למצוא איזון בין קיום החוזה לבין האינטרס הציבורי. עמדה על כך ד"ר ברק בציינה:

"הבסיס להלכת ההשתחררות הוא איזון בין שני ערכים - עקרון קדושת החוזה מחד-גיסא, ועקרון אפקטיביות המימשל מאידך-גיסא. בהתאם, המפתח לשימוש מושכל בכלליה הינו הקפדה על איזון זהיר בין שתי המגמות שמשחקות בה בערבוביה. אין להשלים עם מצב בו ההלכה תשמש בידי הרשות כלי להשתחררות מכל חוזה שאינו לרצון לה, כמו שאף אין לתת יד למצב בו טובת הציבור תזכה להגנה רק במצבים קיצוניים. עם זאת, נקודת המוצא צריכה להיות חוזית - לטובת כיבוד החוזה, שהוא הכלל המחייב. ההשתחררות היא היוצאת מן הכלל, וכזו עליה להישאר".

וברוח דומה ציין פרופ' זמיר:

"הבעיה היא, בכל מקרה ומקרה, אם העימות בין האינטרס של הגוף המינהלי, שרואים אותו כנאמן הציבור, לבין האינטרס של הפרט, שהתקשר או מבקש להתקשר בחוזה עם הגוף המינהלי, מצדיק יצירת דין מיוחד, שונה מדיני החוזים הכלליים, העוסקים בעיקרם במערכת היחסים שבין פרט לפרט" (זמיר, "גבריאלה שלו: חוזי רשות בישראל", משפטים טז 543, 548 (תשמ"ו)).

נמצא, כי אם קיימת מסגרת נורמטיבית של המשפט הפרטי, המאפשרת עריכתו של איזון בין צרכי הכלל והפרט, ניתן לעגן בה את הלכת ההשתחררות. אך אם במסגרת המשפט הפרטי אין כל מסגרת משפטית שמאפשרת השתחררות, או אם המסגרת הקיימת אינה מבוססת על איזון ראוי בין אינטרסים מתנגשים של פרט וכלל, מן הראוי לעגן את הלכת ההשתחררות בגדרי המשפט הציבורי. חברי, השופט אנגלרד, מציע עיגון אפשרי בהיקש מדיני הסיכול. דינים אלה קובעים (סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970; להלן - חוק התרופות):

"פטור בשל אונס או סיכול החוזה"

18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.

(ב) במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות העניין ובמידה שנראה לו".

בחינה של הוראה זו מצביעה על כך שהיא עצמה מבוססת על איזון בין אינטרסים מתנגשים. כפי שחברי, השופט אנגלרד מציין, ביסודה מונח עקרון תום הלב, שהוא עצמו ביטוי של איזון בין ערכים מתנגשים. אף שדיני הסיכול מנוסחים בלשון של "הפרה", הרי לאור תוכנו של ההסדר - שלילת האכיפה והפיצויים הרגילים - הם תואמים במידה מסויימת את הלכת ההשתחררות. במצב דברים זה, ניתן לשקול את האפשרות של היקש מדיני הסיכול כבסיס אפשרי להלכת ההשתחררות (השוו גם בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 79). אין בכך משום קיבועה של הלכת ההשתחררות בתחומי המשפט הפרטי. דומה שטרם נבחנו השלכותיה השונות, ויתכן כי מקומה הראוי הוא בגדרי המשפט הציבורי, כחלק ממערכת דינים שיהא עלינו לשקול את פיתוחם,

ואשר ייקבעו משטר נורמטיבי החל על החוזה המינהלי. אכן, כשם שבמשפט הצרפתי פיתח בית המשפט המינהלי (Conseil d'Etat) משפט פרטי של הרשות המינהלית כחלק מהמשפט הציבורי, כן יהא על בתי המשפט בישראל - בית המשפט המחוזי כיושבו כבית משפט לעניינים מינהליים ובית המשפט הגבוה לצדק - לשקול פיתוחו של משפט פרטי של הרשות המינהלית בישראל כחלק מהמשפט הציבורי. משפט פרטי זה יתבסס על הדואליות הנורמטיבית, תוך שיתן ביטוי לאופיו המיוחד של המינהל כנאמן הציבור (ראו בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 746). אכן, חוזה המינהל הוא בראש ובראשונה חוזה. דיני החוזים הכלליים יחולו עליו, שכן הם תואמים אותו. כן יחולו עליו דינים נוספים - אם לחומרא ואם לקולא - המשקפים את העובדה שהרשות המינהלית, המשמשת נאמן הציבור והדואגת לצרכיו, היא צד לחוזה. אך הדרך עדיין רחוקה, והמקרה שלנו אינו מחייב כל הכרעה בה.

ה נ ש י א

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה לפסק דינו של השופט אנגלרד ובכלל זה לעמדה המובעת בו לפיה אמות המידה שנקבעו כאן לקביעת זכויותיהם הכספיות של המערערים מעוגנות בנסיבות השתחררות הרשות המינהלית מהתקשרות חוזית המיוחדות למקרה זה. אין הן בהכרח ישימות למקרים אחרים של השתחררות מחוזה מינהל שנסיונותיהם ומקורם עשויים להיות שונים במהותם מנסיבות מקרה זה.

אני מצטרפת בהסכמה גם להערותיו של הנשיא.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט אנגלרד.

ניתן היום, כ"ה בחשון תשס"א (23.11.2000).

שופטת

שופט

הנשיא

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
Q03.97063280 /שב