

השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית

דפנה ברק־ארז

- א. מבוא: חוזים של רשויות מנהליות במשפט המנהלי
ב. המעבר מהבחנה בין סוגי חוזים אל הדואליות הנורמטיבית
ג. כיבוד חוזים מול כבילת שיקול הדעת השלטוני: בעיה של מתקל דינים
ד. התפתחותה של הלכת ההשתחררות
1. הפתרון המסורתי: סמכות עדיפה על חוזה
2. דחיית הפתרון המסורתי ואימוצה של הלכת ההשתחררות
3. האיסור על כבילת שיקול הדעת ככלל פרשנות
ה. הנסיבות המצדיקות השתחררות
1. צורכי ציבור חיוניים וחיוניות יחסית
2. שינוי מהותי במדיניות ממשלתית
3. שאלת השיקולים התקציביים
4. שאלת שינוי הנסיבות
- ו. הסעדים במקרה של השתחררות
1. סעד הפיצויים כמרכיב חיוני של הלכת ההשתחררות
2. שאלות לגבי היקף הפיצויים
ז. סיכום: הדואליות הנורמטיבית מהלכה למעשה

א. מבוא: חוזים של רשויות מנהליות במשפט המנהלי

מהו הדין החל על חוזים של רשויות מנהליות? אף ששאלה זו אינה חדשה,

* פרופסור מן המניין, מופקדת הקתדרה למשפט וביטחון ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב. המאמר מבוסס על הרצאה שניתנה בכנס השנתי של העמותה למשפט ציבורי בנושא "המשפט הציבורי והמשפט הפרטי: יחסי גומלין", שהתקיים בימים 28–30 בנובמבר 2002. תודתי לפרופ' יצחק זמיר על הערותיו. גרסה קודמת של המאמר פורסמה בגיליון 20 של כתב העת "המשפט".

התשובה לה עדיין אינה מגובשת. מאמר זה נועד להגדיר את עקרונות היסוד שצריכים לחול על הדיון בחוזים של רשויות מנהליות ולבחון את אופן יישומם, תוך התמקדות בדוגמה של השתחררות רשות מחוזה שכרתה.¹ דיני החוזים נחשבו תמיד לחלק מן המשפט הפרטי.² לכאורה, גם חוזים של רשויות מנהליות היו צריכים להיות נידונים במסגרת המשפט הפרטי, על פי דיני החוזים הרגילים, ככל שאר החוזים. אולם בשונה מחוזים אחרים, לדיון בחוזים של רשויות מנהליות רלוונטי גם המשפט המנהלי, ואף יש הסוברים כי בעיקר הוא צריך לחול עליהם.³ ניתן לחשוב על כמה טעמים לכך: ראשית, ההתקשרויות החוזיות של הרשויות משמשות אותן להשגת יעדים שלטוניים. הפנייה לאפיק החוזי אינה מציינת התרחקות מתחום הפעולה השלטוני של הרשויות. היא מבטאת הכרה בכך שבמקרים רבים יעדים שלטוניים ניתנים להגשמה בצורה מיטבית באמצעות שיתוף פעולה רצוני עם אזרחים (במסגרת המודל החוזי), יותר מאשר על ידי מערכת משפטית כפויה וחד-צדדית, באמצעות צו או תקנה (במסגרת המודל השלטוני). שנית, חוזה שנעשה על ידי רשות מנהלית מהווה עשייה בקניינו של הציבור, ולכן צריך להיות כפוף לנורמות שעניינן עשייה בקניינו של הציבור.⁴ שלישית, פעולות של רשויות מנהליות יוצרות ציפייה להתנהגות שעומדת באמות מידה ציבוריות. ציפיותו של הפרט להגינות ולנאמנות בפעולותיו של השלטון אינה מצומצמת רק לתחום של פעולות ריבוניות, אלא משתרעת גם על פעילותן של הרשויות בתחום המשפט הפרטי.

1. שאלות הנוגעות להשתחררות מחוזה התעוררו בכמה פסקי דין חדשים יחסית, שיידונו בהמשך הדברים — ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506 (להלן: עניין רגב); ע"א 2064/02 תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' עיריית נשר, פ"ד נט(1) 111 (להלן: עניין אלוני); ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות — אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מ"י, פ"ד נט(5) 481 (להלן: הערעור האזרחי בעניין ארגון מגדלי הירקות). עם זאת, הן לא נדונו בדיון הנוסף שנסק על פסק הדין האחרון — דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות — אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2006 (2) 1681 (להלן: הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי הירקות) — כפי שיוסבר בהמשך.
2. ככפוף לביקורות על ההבחנה הבסיסית בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, המצביעות בין השאר על כך שדיני החוזים מבוססים על אכיפה מטעמה של המדינה, ולכן יש להם פן ציבורי ברור. ראו למשל: M. Cohen "The Basis of Contract" 46 *Harv. L. Rev.* (1933) 553, 562. "[I]n contracts, the government does not merely allow two individuals to do what they have found pleasant in their eyes. Enforcement, in fact, puts the machinery of the law in the service of one party against the other. When that is worthwhile and how that should be done are important questions of public policy".
3. לדעה המצדדת ב"שיוך" של דיני החוזים המנהליים בעיקר למשפט מנהלי, ראו "זמיר גבריאלה שלו: חוזי רשות בישראל" משפטים טז (תשמ"ז) 543, 548–546.
4. כגישת השופט זוסמן בפסק הדין הידוע בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115 (להלן: עניין פרץ נ' כפר שמריהו).

ב. המעבר מהבחנה בין סוגי חוזים אל הדואליות הנורמטיבית

לנוכח השניות הקיימת בהתקשרויות החוזיות של רשויות מנהליות – כלומר משום שקיים בהן גם פן חוזי וגם פן מנהלי – התפיסה המקובלת כיום בנוגע אליהן היא זו המכונה "דואליות נורמטיבית". משמעותה של הדואליות הנורמטיבית היא כפיפות למשפט האזרחי (בשל מהותן של הפעולות) ולמשפט הציבורי (בשל מהותם של הפועלים) כאחד. היא החליפה גישה מוקדמת יותר שהייתה מבוססת על סיווג והבחנה בין חוזים "אזרחיים" או "מסחריים" של רשויות לבין חוזים "שלטוניים" או "מנהליים" שלהן. על החוזים המסחריים הוחל המשפט האזרחי (בפועל, דיני החוזים), ומשפט זה בלבד. לעומת זאת, החוזים השלטוניים נתפסו כשייכים לתחום המנהלי, ובהתאם לכך הוחל עליהם המשפט המנהלי. הגישה המבוססת על הבחנה בין סוגי חוזים עוררה קשיים עקרוניים ויישומיים. במישור העקרוני, הקביעה שיש חוזים של רשויות שלהם ממד מסחרי בלבד היא בעייתית. גם כאשר הרשות רוכשת ציוד (כמו כל תאגיד גדול) היא אמורה לעשות כן כאשר לפעולת הרכישה יש זיקה לתפקידה הציבורי. ברגיל, רשויות אינן עוסקות ברכישת סחורה לשם מכירתה ברווח מאוחר יותר⁵. דוגמה זו מחדדת את הטענה שגם הפעולות המסחריות כביכול של הרשויות חייבות להיעשות בקשר לתפקידים הציבוריים שלהן. הקושי העקרוני משליך על הפן המעשי-יישומי. הניסיון מלמד כי קשה ליישם את ההבחנה בין חוזים מסחריים לחוזים שלטוניים. אחת הגישות שהוצעה ליישום ההבחנה הגדירה חוזה שלטוני כחוזה שמסדיר הפעלתה של סמכות סטטוטורית⁶. אולם אפשר להעלות על הדעת חוזים הקשורים באופן הדוק לביצועו של תפקיד שלטוני, אף שאינם נוגעים להפעלתה של סמכות ספציפית, כגון חוזים שעניינם בנייה באזורים שהממשלה תומכת בהתיישבות בהם, חוזים הנוגעים לעידוד של פעילות כלכלית, ואפילו חוזים המאזכרים את אופייה של ההתיישבות שאותה מקדמת הממשלה⁷. כל אלה הם חוזים הנעשים במסגרת הסמכויות הכלליות של הממשלה מכוח חוק-יסוד: הממשלה⁸. מצד שני, קיימים חוזים בעלי אופי "מסחרי" ברור למדי המתייחסים גם לדרך הפעלתה של סמכות סטטוטורית, אך זו נמצאת בשולי העסקה. אלה הם פני הדברים, למשל, בעסקת קרקעות הכוללת התחייבות שעניינה הגבלת השימוש בסמכות להפקיע מקרקעין,

5 ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם רשויות מנהליות מעורבות בחוזים שאינם קשורים במישורין להגדרת תפקידיהן, למשל כאשר הן מוכרות פרטי ציוד עודפים או מבצעות השקעות הנחוצות לשמירה על ערכם של נכסים פיננסיים. אולם, חוזים מסוג זה הם טפלים לניהול התקציבי היעיל של הרשות, ואין ללמוד מהם על היתר כללי לפעילות עסקית מחוץ לתחום תפקידה של הרשות.

6 ראו ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 355.

7 השו"ב בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (להלן: עניין קעדאן). במקרה זה גידונה מערכת התקשרויות שנועדה להגביל אכלוס של יישוב חדש ליהודים בלבד.

8 ס' 32 לחוק-יסוד: הממשלה.

כאשר התחייבות זו היא חוקית⁹. דוגמה טובה לכישלונה של ההבחנה ניתן להביא מעובדותיו של עניין רגב, אחד מפסקי הדין המרכזיים של בית המשפט העליון בתחום התווים המנהליים¹⁰. במקרה זה נידונה תביעה שנגעה לחוזה של משרד הביטחון עם סוחרים פרטיים למכירת עודפי ציוד. חוזה כזה נראה לכאורה כשייך לתחום ה"מסחרי", מאחר שתכליתו היא כספית בלבד (רווח ממכירת ציוד שאין בו צורך). בנסיבות המקרה, הציוד שנידון בחוזה, היה מסכות אב"כ שפג תוקפן. עם פרוץ הסכסוך שהביא למלחמת המפרץ (פלישת עיראק לכווית באוגוסט 1990) נדרשו גם מסכות אלה לשימוש האוכלוסייה האזרחית במדינת ישראל. במילים אחרות, לנוכח שינוי הנסיבות, החוזה המסחרי לכאורה נתפס כחוזה שיש בו אינטרס שלטוני מובהק, כלומר כחוזה שלטוני. מקרה זה מדגים את בעייתיותה של ההבחנה בין חוזים "מסחריים" לחוזים "שלטוניים", והיא אמנם הלכה וגונחה במשך השנים, לרבות בעניין רגב עצמו¹¹.

אם כן, כיום, בית המשפט העליון מכיר בכך שבנוגע לפעילות העסקית של הרשויות בתחום המשפט הפרטי, גם המשפט הציבורי וגם המשפט הפרטי רלוונטיים. הכפפתה רק לאחד מהם תחטיא את המטרה. את שורשיה של השקפה זו ניתן למצוא כבר בפסק הדין שניתן בעניין פרץ נ' כפר שמריהו. במקרה זה, סירבה המועצה המקומית להשכיר אולם ציבורי שבבעלותה לקבוצה מתושבי המקום, על מנת שיקיימו בו תפילת חג בנוסח לא-אורתודוקסי. בתשובה לעתירה נטען, כי פעולותיה של הרשות כבעלת נכסים אינן פעולות בתחום השלטוני, אלא פעולות אזרחיות-פרטיות רגילות, ועל כן בחינת חוקיותן צריכה להיעשות על פי אמות המידה המשפטיות, המשמשות להערכת חוקיותן של פעולות שעשה בעל נכסים פרטי בנסיבות דומות. הטענה נדחתה, תוך מתן ביטוי לעמדה עקרונית שונה, שלפיה גם על פעולותיה של הרשות בתחום המשפט הפרטי חלים עקרונות המשפט הציבורי. כדברי השופט זוסמן:

"בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס ביחס

9 לפסילתה של התחייבות שלא להפקיע, ראו בג"ץ 30/51 בלבן נ' עיריית תל אביב, פ"ד ו 257 (להלן: עניין בלבן).

10 עניין רגב, לעיל הערה 1.

11 אם כי הבחנה זו עדיין מקובלת בהקשרים אחרים, למשל לצורך הגבלת חסינות הריבון לפי המשפט הבינ-לאומי (כך שתחול רק על פעולות ריבוניות-שלטוניות, ולא על פעולות מסחריות). בהקשר זה, לא הוחלה חסינות הריבון על פעולה של השכרת בית לצרכיו של שגריר זר. ראו רע"א 7092/94 Her Majesty The Queen in Right of Canada נ' אדלסון, פ"ד נא(1) 625. בדומה לכך, סווג הפטור הניתן למדינה מתשלום אונגנה רק לנכסים שהיא מחזיקה כשלטון. ראו ע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד נד(2) 433. כמו כן, ברע"א 20701/97 מ"י נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876 נדחתה בקשה לאישור של תובענה ייצוגית נגד המדינה לפי חוק הגנת הצרכן, על בסיס ההנמקה שחוק זה חל רק על "עוסק", ומטעם זה אינו חל על פעולותיה השלטוניות של המדינה.

השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית

שווה אל שווים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בית-משפט זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי"¹².

כלומר, פעולתה של הרשות בתחום המשפט הפרטי אינה משחררת אותה מן המשפט הציבורי. הנורמות האזרחיות רק מוסיפות על נדבך הבסיס של המשפט הציבורי.

המונח העדכני "דואליות נורמטיבית" נטבע בפסק הדין המנחה בעניין מרכז הקבלנים¹³. במקרה זה נידונה עתירה נגד החלטת הממשלה לכרות חוזה בנושא הקמת מפעלים לבנייה טרומית ולבנייה מתועשת עם תאגידים זרים. החלטה זו, שנושאה היה התקשרות חוזית, נבחנה באספקלריה של המשפט הציבורי. לדברי השופט ברק¹⁴:

"חייבת המדינה לפעול על-פי הכללים הנזכרים, בין אם היא פועלת כשלטון, ומפעילה סמכות חד צדדית, ובין אם היא פועלת כפיסקוס (fiscus) ומתקשרת בהסכמים. בשני המקרים עניין לנו באקט מינהלי הלוּבש צורה ופושט צורה, אך לא הצורה היא הקובעת אלא המהות היא הקובעת"¹⁵.

פסק דין חשוב נוסף המבוסס על גישה זו ניתן במקרה המפורסם של קעדאן, שעסק בשיתוף הפעולה של מינהל מקרקעי ישראל עם מדיניותה של הסוכנות היהודית להקים יישובים קהילתיים ליהודים בלבד על אדמות המינהל. לכאורה, מעורבותה של המדינה בעניין קעדאן הייתה באמצעות פעולה מסחרית מובהקת של החכרת קרקע. אולם כפי שהסביר השופט ברק:

"חובתה זו של המדינה לפעול בשוויון חלה על כל פעולה מפעולותיה [...] חובת השוויון חלה גם מקום שהמדינה פועלת בתחומי המשפט הפרטי, על-כן היא חלה בהתקשרויות החוזיות של המדינה"¹⁶.

הביטוי המסכם לזניחתה של ההבחנה שהייתה מקובלת בעבר בין סוגי החוזים ניתן בעניין רגב, שכבר הוזכר. בנוגע לכוחה של הרשות להשתחרר מחוזה במקרה שבו מחייב זאת האינטרס הציבורי, הסביר השופט ברק:

"במקורה הוחלה הלכה זו על חוזים 'שלטוניים' בלבד, שההסכם בהם הוא

12 עניין פרץ נ' כפר שמריהו, לעיל הערה 4, בע' 2115.

13 בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729 (להלן: עניין מרכז הקבלנים).

14 פסק דינו של השופט ברק בעניין מרכז הקבלנים נחשב לדעת יחיד, אך לא בשאלה העקרונית של הדואליות הנורמטיבית, אלא בשאלה הספציפית יותר, האם הממשלה חייבת לתת הזדמנות שווה למתקשרים פוטנציאליים להתחרות על ההתקשרות עמה.

15 עניין מרכז הקבלנים, לעיל הערה 13, בע' 746.

16 עניין קעדאן, לעיל הערה 7, בע' 274.

בקשר להפעלתה של סמכות שלטונית. לימים התגבשה ההשקפה כי הלכה זו חלה גם על חוזים 'מסחריים', שבהם הרשות המנהלית פועלת כבעלת נכסים ואינטרסים ככל פרט אחר בגדרי המשפט הפרטי [...] ביסוד הרחבה זו של הילכת ההשתחררות מונחים שני טעמים: ראשית, ההבחנה בין החוזה השלטוני לבין החוזה המסחרי היא קשה, והגבולות מטושטשים עד לבלתי הכר; שנית, להבחנה, גם אם ניתן היה לבססה, אין צידוק. כאשר צורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת, יש לאפשר לרשות המנהלית להשתחרר גם מתווה מסחרי"¹⁷.

השקפה זו בדבר הדואליות הנורמטיבית שחלה על כלל התקשרויותיהן החוזיות של רשויות מנהליות, תוך דחיית ההבחנה בין חוזים מסחריים לחוזים שלטוניים¹⁸, תנחה את המשך הדיון¹⁹.

ג. כיבוד חוזים מול כבילת שיקול הדעת השלטוני: בעיה של מתקל דינים

הפתרון של הדואליות הנורמטיבית מתגבר על הקשיים בגישה המבוססת על סיווג ועל הבחנה, אולם הוא מציב אתגרים חדשים. המשפט הציבורי והמשפט הפרטי מבוססים על הנחות יסוד שונות, ולכן השילוב ביניהם אינו טריוויאלי²⁰. הנחות יסוד אלה נמצאות במקרים רבים במצב של מתח פנימי ביניהן, וממילא מובילות לפתרונות קונקרטיים שונים. דוגמה מרכזית למתח זה באה לידי ביטוי בהתנגשות

17 עניין רגב, לעיל הערה 1, בע' 525.

18 דברים אלה יש לסייג במעט. יש הסוברים כי ראוי להחיל דין מיוחד, המבוסס בעיקרו על המשפט הציבורי ולא על שילוב בינו לבין דיני החוזים, על הסכמות שאין להן כל פן אזרחי, כדוגמת עסקאות טיעון והסכמים פוליטיים, שהתמורות המוחלפות בהם אינן כלכליות. בהתייחס להסכמים פוליטיים, הגישה השלטת בבית המשפט העליון היא שחל עליהם המשפט הציבורי בלבד. ראו בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749. עם זאת, הובעה בפסיקה גם הדעה לפיה יחול על הסכמים אלה משטר הדואליות הנורמטיבית. ראו ע"א 6490/97 אלחג' נ' אבו עקל, פ"ד נג(2) 49. בדומה לכך, גם בנוגע לעסקאות טיעון קיימת עמימות בפסיקה, וטרם הוכרע בשאלה האם יחול עליהן המשפט הציבורי בלבד, או שמא גם כאן יחול משטר הדואליות הנורמטיבית, תוך התחשבות במהותן המיוחדת. ראו בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67 (להלן: עניין קוגן). בעניין אלוני, לעיל הערה 1, שבו נידונה הסכמה בנושא סיווג המפעל של המעצרות לצורכי ארנונה, בחר השופט ברק שלא להכריע בשאלה האם על הסכמה מסוג זה תחול גישת הדואליות הנורמטיבית או שיחול עליה מודל אחר המבוסס בעיקרו על המשפט הציבורי. שם, בע' 119. על פי רוב, ההכרעה בשאלה אינה חיונית, מאחר שגם אם תחולתם של דיני החוזים על הסכמות אלה אינה ישירה, עקרונות הבסיס שלהם ניתנים להחלה על דרך של היקש.

19 גישה זו הנחתה אותי גם בעבר. ראו ד' ברק (ארוז) האחריות החוזית של רשויות המנהל (תשנ"א). זוהי גם הגישה ששימשה בסיס לכתיבתה של פרופ' שלו בנושא. ראו ג' שלו חוזי רשות בישראל (תשמ"ה) וג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס).

20 להרחבה, ראו ד' ברק-ארוז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה (1999) 95.

בין החובה לכבד חוזים לבין התובה המתמדת המוטלת על הרשות לשקול את הצורך בשינוי החלטות קודמות. אם כן, בהקשר של חוזה שנועד להוציא לפועל החלטה (למשל חוזה עם קבלן בנוגע לסלילתו של כביש חדש) מתעוררת השאלה לאיזה עיקרון משפטי תהיה הבכורה – לחופש החוזים המצווה על כיבודו של החוזה, או לאיסור לכבול את שיקול הדעת המנהלי המחייב לשקול מחדש את ההחלטה. שני העקרונות אינם מתיישבים זה עם זה, שהרי "חוזים יש לכבד", ולא רק "לשקול". אם כן, גישת הדואליות הנורמטיבית אינה מנביעה פתרון משפטי מגובש לשאלות המתעוררות בנוגע לחזיהן של הרשויות, אלא משמשת רק נקודת מוצא לדיון בהן.

ד. התפתחותה של הלכת ההשתחררות

1. הפתרון המסורתי: סמכות עדיפה על חוזה
נקודת המוצא של הפסיקה בנוגע למתח בין החובה לכבד חוזה לבין החובה לפעול במסגרת סמכויותיה של הרשות לטובת האינטרס הציבורי נטתה לעבר בכורה מוחלטת של המשפט המנהלי. היא באה לידי ביטוי בכותרת המופיעה בספרו הקלאסי של פרופ' קלינגהופר על המשפט המנהלי: "סמכות עדיפה על חוזה"²¹. ביטוי לגישה זו ניתן בפסק דינו המוקדם של בית המשפט העליון בעניין בלבן. במקרה זה נידונה התחייבות חוזית של העירייה שלא להפקיע את החלקות שהעבירה לבעלותו של העותר במסגרת עסקה של חילופי מקרקעין. למרות זאת, כמה שנים לאחר מכן, הוחלט על הפקעת החלקות לשם הרחבתו של גן ציבורי. העתירה לבג"ץ נגד החלטת ההפקעה נדחתה על בסיס שלילה מוחלטת של האפשרות להתחייב באשר לאופן הפעלתו של שיקול הדעת המנהלי בעתיד. השופט זוסמן הסביר כי ההתחייבות שניתנה לעותר הייתה פסולה מדעיקרא. פקודת העיריות קובעת, כי אחד התפקידים הסטטוטוריים של העירייה הוא לקיים בתחומיה גנים ציבוריים²², ומכירה בכוחה של העירייה למלא תפקיד זה גם באמצעות הפקעה. על כן העירייה אינה יכולה להתנער ממילוי חובה זו באמצעות התחייבות חוזית²³.
הגישה שבאה לידי ביטוי בעניין בלבן היא בעייתית ביותר. אמנם, לכאורה, ניתן להתרשם לחיוב מן ההעדפה הברורה שפסק הדין נותן לאינטרס הציבורי

21 ה' קלינגהופר משפט מנהלי (תשי"ז) 118–123.

22 כיום – ס' 249(8) לפקודת העיריות [נוסח חדש].

23 כדברי השופט זוסמן בעניין בלבן, לעיל הערה 9, בע' 260:

"מה תוצאות ההתחייבות? נדרשה הקרקע למטרה ציבורית, ואפילו החיונית ביותר, תיאלץ העירייה להזניח את עניני הציבור ולוותר על רכישת הקרקע, כיוון שהחוזה כובל את ידיה ומונע אותה מלמלא את התפקיד שהחוק הטיל עליה. ההתחייבות הזאת מכוונת, אפוא, לחייב את העירייה באי מילוי חובה סטטוטורית. מקום שטובת הכלל דורשת הקמת גן ציבורי, דורש החוזה שהדבר לא יקום. התחייבות כזאת מנוגדת לטובת הציבור והיא בטלה מעיקרה".

ומן הסירוב לכפוף את חובותיה הציבוריות של הרשות להתחייבות, אולי אף התחייבות לא מושכלת, שנטלה על עצמה. אולם, לאמיתו של דבר, תוצאתו של פסק הדין היא קשה, הן מן ההיבט של צדק אינדיבידואלי והן לנוכח שקילתם של שיקולים מערכתיים. מבחינת הצדק כלפי הפרט המתקשר, קשה להשלים עם הפקרתם המוחלטת של האינטרסים שלו, כפי שזו באה לידי ביטוי בפסק הדין. אם החוזה שמגביל את שיקול דעתה של הרשות הוא בטל, הפרט שהתקשר עמה נותר לכאורה ללא סעד. דברים אלה מתחדדים לנוכח עמדתם של דיני החוזים של אותה תקופה בנוגע לחוזה הבטל. חוזה כזה לא יכול היה לשמש בסיס לכל זכות תביעה, לרבות תביעת השבה²⁴. כיום הכלל הנוהג לגבי חוזים בטלים אמנם מכיר בזכות להשבה²⁵, אך תביעת השבה עדיין אינה מספקת בכל המקרים, למשל במקרה שבו אי-קיום ההתחייבות גרם גם לחסרון כיס. חוסר הצדק כלפי הפרט המתקשר משליך גם על הפן המערכתי-התועלתני מהיבטה של הרשות. דין המפקיר את המתקשרים עם הרשויות לחסדן של החלטות מנהליות מאוחרות הוא דין מסוכן גם מבחינתן של הרשויות. מתקשרים פוטנציאליים יביאו בחשבון את ההגנה החסרה על האינטרסים שלהם וימנעו מהתקשרויות עם רשויות מנהליות, או לחלופין יתמחרו את עלותו של הסיכון המוגבר הכרוך בהתקשרויות אלה.

2. דחיית הפתרון המסורתי ואימוצה של הלכת ההשתחררות

שנים ספורות לאחר שניתן פסק הדין בעניין בלבן הפסיק בית המשפט העליון להתייחס אליו כמשקף את הכלל לגבי חוזים של רשויות מנהליות. הלכת בלבן לא בוטלה, אך היקפה צומצם והיא פורשה כנוגעת רק להתקשרויות חוזיות שבהן הרשות התנערה לחלוטין מחובתה להפעיל שיקול דעת שלטוני, להבדיל מחוזים הכרוכים בכבילה מסוימת ומתוחמת של שיקול הדעת. בהתאם לכך, תיפסלנה רק התחייבויות שיש בהן התפרקות מוחלטת מן החובה להפעיל שיקול דעת, כמו החלטה למסור לבוררות עניין שהסמכות הסטטוטורית להחליט בו מוקנה לרשות²⁶, אך לא התחייבויות אחרות. לעומת זאת, במקרה הרגיל, הוכר תוקפן של התחייבויות חוזיות המגבילות החלטות עתידיות, בכפוף להכרה בכוחה של הרשות להשתחרר מחוזה בנסיבות שבהן מחייב זאת האינטרס הציבורי. נקודת האיזון החדשה נקבעה, שוב על ידי השופט זוסמן, בעניין מילר²⁷. במקרה זה הוגשה עתירה נגד חוזה של המדינה עם חברה זרה, שבו נקבע כי החברה תקים בארץ מפעל לייצור של חלקי משאיות, ובתמורה לכך, ממשלת ישראל תקצה רק לה מטבע חוץ ליבוא משאיות במשך תקופה של חמש שנים. העותרים תקפו, בין השאר, את הגבלת שיקול הדעת הסטטוטורי בנושא של הקצאת מטבע זר. לצורך

24 ע"א 110/53 ג'יקובס נ' קרטו, פ"ד ט 1401.

25 ס' 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

26 בג"ץ 816/98 אמינוף נ' אלטלף, פ"ד נב(2) 769.

27 בג"ץ 311/60 מילר בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989 (להלן: עניין מילר).

השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית

דחיית העתירה הוסבר כי חוזה זה הוא אמנם מחייב, אך נתון לכוח ההשתחררות של הרשות: "החוזה תופס, אך אכיפתו מוגבלת, שבידי המדינה הרשות לבטל, כל אימת שצרכיה החיוניים שלה יחייבו את ביטולו. צרכים אלה גוברים על קדושת החוזים"²⁸.

גם לפי ההלכה החדשה, תוקפו של חוזה של רשות מנהלית הוא מסווג, בהשוואה לחוזה רגיל. עם זאת, ההבדלים בין הלכת ההשתחררות לבין פסילה מוחלטת של ההתחייבות המגבילה את שיקול הדעת השלטוני הם משמעותיים ביותר. ראשית, במסגרת הלכת ההשתחררות נקודת המוצא היא תוקפו של החוזה, להבדיל מבטלותו. כלומר, במקרה הרגיל, החוזה שנעשה עם הרשות יקרים. שנית, אי-הקיום ייחשב להשתחררות לגיטימית, להבדיל מהפרה, רק בכפוף לאמת המידה של "צרכי ציבור חיוניים", אשר יישומה כפוף לביקורת שיפוטית. שלישית, מאחר שנקודת המוצא היא תקפותו של החוזה, ולא בטלותו, יש בסיס לטענה שבמקרה של השתחררות יעמדו לפרט המתקשר סעדים כלפי הרשות.

3. האיסור על כבילת שיקול הדעת ככלל פרשנות לצד דחייתו של העמדה הגורפת השוללת את תוקף ההתחייבויות החוזיות של רשויות ומצמצמת את כלל הבטלות למקרים קיצוניים, בית המשפט מוסיף לשמר את ההסתייגות מכבילתו של שיקול הדעת המנהלי במתכונת של כלל פרשנות. אכן, ברגיל, העקרונות המנחים לגבי פרשנות חוזים של רשויות מנהליות הם אלה שנוהגים לגבי חוזים באופן כללי. למעשה, התקדים המרכזי בתחום של פרשנות חוזים שנקבע בעניין אפרופים, ניתן בהקשרו של חוזה שנעשה בין משרד ממשלתי לבין קבלן²⁹. עם זאת, במקרים שבהם נוסחו של החוזה אינו חד-משמעי, קיימת נטייה פרשנית שלא להרחיב את תוכן ההתחייבות של הרשות בכיוון הגבילתו של שיקול הדעת. במילים אחרות, קיימת העדפה פרשנית לעבר הפרשנות המגבילה פחות את שיקול דעתה של הרשות המנהלית. הטונספורמציה של האיסור על כבילת שיקול הדעת לכלל פרשנות זכתה לניסוח ברור בעניין מייזלר³⁰. במקרה זה, המערער והמועצה המקומית כרתו חוזה בעניין פינוי חנות המכולת שבה הוא החזיק. המערער הסכים לפינוי כנגד תמורה כספית והתחייבות של המועצה שלא לתת רישיון להפעלת מכולת בבניין שבו תמוקם חנותו החדשה³¹. החוזה קבע, כי אם מחזיק בחנות בבניין זה יעסוק בתחום המכולת, תנקוט המועצה נגדו "בכל הצעדים המשפטיים, בין אזרחיים ובין פליליים". בפועל, נפתחו במימכות

28 שם, בע' 2002.

29 ע"א 4628/93 מ"י נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (להלן: עניין אפרופים). והוא הדין בפסיקה שחזרה ואישרה תקדים זה – בערעור האזרחי בעניין ארגון מגדלי ירקות ובדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, הנוכחים לעיל בהערה 1.

30 ע"א 394/82 מייזלר נ' המועצה המקומית נשר, פ"ד לז(4) 42 (להלן: עניין מייזלר).

31 התחייבות שכיום נראית בעייתית לאור חוק-יסוד: חופש העיסוק.

מקום חנויות כאמור. בהמשך לכך, יזמה המועצה המקומית הליכים פליליים, וכן יזמה בקשות למתן צווי מניעה נגד פעילותן. עם זאת, ראש המועצה נמנע מלהוציא נגד החנויות המתחרות צווי הפסקה מנהליים, מכוח הסמכות שמוקנית לו בסעיף 20 לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968. הוא סבר שזו סמכות דרסטית, אשר יש להפעיל רק במקרים חריגים, ומשום כך אין לפרש את ההתחייבות החוזית כנוגעת אליה. בית המשפט העליון קיבל דעה זו, תוך אימוץ פרשנות המסתייגת מייחוס כוונה לרשות לכבול את שיקול דעתה, בין השאר מאחר שכבילה גורפת של שיקול הדעת עשויה להיחשב לבלתי חוקית ובטלה. לדברי השופט שמגר: "כאשר תוכן התחייבויותיהם ההדדיות של הרשות ושל הפרט אינו סותר הנחה זו, עלינו לייחס לצדדים כוונה שלא להתחייב בחוזה באופן שיש בו כדי לשלול את שיקול דעתה של הרשות, כמתחייב על פי הדין, שהרי חזקה על הצדדים שכונתם להתקשר בחוזה תקף שאת הוראותיו ניתן לקיים ולאכוף"³². בדומה לכך בעניין גרוס³³, העדיף בית המשפט פרשנות שלא ייחסה לעירייה התנעויות מחובתה לקבוע בעצמה את סדרי העדיפויות בתחום האכיפה של מדיניות החנייה בעיר. פרשנות זו אומצה על רקע התקשרות של העירייה עם קבלן לביצוע עבודות של נעילת גלגלים של כלי רכב ("סנדול"), במסגרת האכיפה של חוקי העזר בנושא חנייה. החוזה קבע, שפעולות הנעילה תבוצענה בנוגע לכלי רכב שיחנו באופן אסור בין השעות 06.00 ל-24.00, וכי אלה ישוחררו לא יאוחר מ-48 שעות מהמועד שבו הוצגו לגביהם קבלות על תשלום. בנוסף, החוזה כלל הוראה כללית, שלפיה נציג העירייה הוסמך לתת לקבלן הוראות באשר לאופן ביצוע תפקידו. העירייה רצתה להשתמש בסמכות מתן ההוראות לצורך קביעה שנעילת הגלגלים תבוצע רק בשעות מסוימות ובנוגע לעבירות מסוימות, וכן כדי להורות על שחרור כלי הרכב תוך פרק זמן הקצר מ-48 שעות. הקבלן התנגד לפרשנות זו שאימה לכרסם ברווחיו, בשל השפעתה על היקף הפעילות. גם במקרה זה התקבלה עמדת הרשות. השופט ברק הסביר, כי לנוכח האיסור על כבילת שיקול הדעת המנהלי, יש להעדיף את הפרשנות המוצעת על ידי המשיבה. העירייה היא זו שמפקדת על קביעת המדיניות בתחום האכיפה. אין להניח שהתכוונה לפרוק מעצמה את שיקול הדעת בנושא ולהעבירו לגורם פרטי, הפועל מתוך שיקולים עסקיים³⁴.

32 עניין מייזלר, לעיל הערה 30, בע' 48.

33 ע"א 783/86 גרוס בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו, פ"ד מג(4) 595 (להלן: עניין גרוס).

34 כלל פרשנות זו הפועל גם בפסקי דין נוספים. בבג"ץ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נב(5) 707 נדחתה טענתה של העותרת כי פרסום מכרו בנושא הפעלת קווי שירות באוטובוסים על ידי חברות שיתחרו בה מנוגדת להתחייבות החוזית של הממשלה כלפיה. העותרת התבססה על ההסכם בנושא תמיכת הממשלה בה לתקופה של עשר שנים, וטענה כי משתמעת ממנו התחייבות שלא לפתוח את ענף התחבורה הציבורית לתחרות. הטענה נדחתה, תוך שהשופט מצא קובע כי "ככלל, התחייבות של הממשלה אינה ראויה להתפרש ככוללת ויתור על שימוש בסמכויותיה השלטוניות". שם, בע' 710. ראו גם ע"א 2389/90 מ"י נ' פורטונה, פ"ד מו(2) 280. במקרה זה נידונה פרשנותו

ה. הנסיבות המצדיקות השתחררות

1. צורכי ציבור חיוניים וחיוניות יחסית

יישומה של ההלכה העדכנית שנקבעה בעניין מילר מחייב דיון בשאלה אילו צורכי ציבור ייחשבו חיוניים דיים לשם הצדקתה של השתחררות מחוזה. אין די בכך שהרשות מתיימרת לטעון כי אינה מקיימת את החוזה בשמו של אינטרס ציבורי חשוב. יתר על כן, אם לא תתקבל טענת ההשתחררות, יישאר אי-קיום החוזה במעמד של הפרה רגילה, על כל המשמעות הנובעות מקביעה זו במישור דיני התרופות.³⁵

חשוב לבחון מהי גישתם של בתי המשפט להפעלתה של הלכת ההשתחררות – האם זוהי גישה מקלה וגדיבה, או שמא גישה נוקשה ודווקנית. למעבר מהלכת בלבן להלכת מילר תהיה משמעות רק אם הביקורת השיפוטית על החלטות השתחררות תהיה קפדנית ותציב רף גבוה להפעלתו של חריג זה. באופן יותר ספציפי, יש לבחון מהו המובן שיש לתת למבחן של "צורכי ציבור חיוניים". החיוניות שמדובר בה אינה חיוניות במובן המילולי הצר של הצלת חיים. בית המשפט העליון הבהיר כי זוהי חיוניות יחסית³⁶, היינו על הרשות לפעול בשם הגנה על אינטרס ציבורי חשוב וכבד משקל, המכריע את הכף במסגרת מבחן של איזון אינטרסים. עם זאת, בית המשפט מוסיף לעשות שימוש במינוח של "צורכי ציבור חיוניים" כדי להדגיש את האופי הלא-טריוויאלי של העלאת הטענה. כך, גם בפסק הדין החדש יותר בעניין רגב קבע השופט ברק כי הלכת ההשתחררות חלה "רק אם 'צרכי ציבור חיוניים' אינם מתיישבים עם המשך הקשר החוזה"³⁷.

אכן, עניין רגב עצמו זימן דוגמה של השתחררות המבוססת על חיוניות במובן הצר של הצלת חיים. כזכור, בנסיבות המקרה, נידונה השתחררות שנעשתה לשם

של הסכם פשרה שאפשר לעותרת לעסוק ברוקחות על פי רישיון זמני שיחודש מעת לעת. לאחר כמה שנים, לנוכח רמה מקצועית ירודה שגילתה העותרת, הוחלט להתנות את הארכת רישיונה במעבר בחינה מקצועית. העותרת טענה שהחלטה זו כרוכה בהפרתו של הסכם הפשרה. העתירה נדחתה. השופט שמגר התבסס על פסיקתו הקודמת בעניין מיילר והסביר כי יש לייחס לצדדים כוונה שלא לשלול את שיקול הדעת של הרשות, ולכן אין לפרש את ההסכם ככולל התחייבות לגבי מצב שבו תתגלה אי-יכולת מקצועית.

35 כן, למשל, בע"א 679/82 עיריית נתניה נ' מלון צוקים (לא פורסם), תקדין עליון 1998 (2) (להלן: עניין מלון צוקים הראשון) כתב השופט ברק בפסקה 6 לפסק דינו:

"טוענת העירייה, כי אפילו נעשה חוזה מחייב, הרשות בידה להשתחרר ממנו בשל אינטרס הציבור. טענה זו, אין מספיק לטעון אותה. יש להציב את תשתיתה העובדתית. יש להצביע על האינטרס הציבורי החיוני המצדיק השתחררות מהחוזה [...] יש להצביע על האיזון בין צרכי הציבור מזה לבין צרכי הפרט מזה [...] דבר מזה לא נעשה". מאחר שטענת ההשתחררות לא התקבלה, פעולותיה של העירייה נבחנו כהפרה רגילה. ראו ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45 (להלן: עניין מלון צוקים השני).

36 ע"א 64/80 בנק ארץ ישראל בריטניה בע"מ נ' מ"י – משרד השיכון, פ"ד לח(3) 589, 601.

37 עניין רגב, לעיל הערה 1, בע' 525.

חלוקתו של ציוד התגוננות חיוני לעורף האזרחי של מדינת ישראל³⁸. בהקשר זה ההכרעה הייתה קלה יחסית, ובית המשפט אף ציין שהיה מקום לשקול דיון בתחולתה של טענת סיכול בנסיבות המיוחדות של המקרה³⁹. אולם ברור שהלכת ההשתחררות אינה מוגבלת רק לנסיבות מסוג זה.

ככלל, יישומה של הלכת ההשתחררות מעורר שאלות לא פשוטות. הקושי נובע גם מכך שתקדימיו של בית המשפט העליון בסוגיה חשובה זו הם ספורים ונדירים יחסית. עובדה זו כשלעצמה מעוררת תהיות. על מה מעיד מיעוט הדוגמאות? האם על זהירותן של רשויות המנהל בהעלאת הטענה? זהו רק אחד ההסברים האפשריים. לצדו ניתן להצביע על הסברים נוספים. ראשית, בנוסחים האחדים של חוזים שהרשויות משתמשות בהם כלולות תניות השתחררות חוזיות⁴⁰, אשר מייתרות במידה רבה את הצורך להיזקק להלכה הכללית, שהיא חוץ-חוזית. הצורך בהלכה זו מתעורר רק במקרים של חוזים שלא נעשים על פי המתכונת האחידה או בנסיבות בלתי צפויות לחלוטין שלא זכו להסדרה⁴¹. שנית, בחלק מן המקרים שבהם עולה טענת השתחררות מושגת פשרה בין הרשות לבין המתקשרים, והנושא אינו מגיע לבית המשפט.

מאגר התקדימים הקיים באשר להלכת ההשתחררות מצומצם אף יותר מן הנראה בעיון ראשון, מאחר שחלקם נוגע לטענות השתחררות שנידונו בהקשר המיוחד של עסקאות טיעון⁴². כפי שכבר צוין, עסקת טיעון אינה התקשרות חוזית רגילה של הרשות. לנוכח אופייה המיוחד, האינטרסים החשובים לדיון במקרה של השתחררות ממנה שונים בחלקם מאלה שנידונים במקרה הרגיל של השתחררות מחוזה בעל אופי אזרחי, והדיון בה מחייב הידרשות גם למטרות המשפט הפלילי⁴³.

38 כתשתית לדיון שימשה הקביעה העובדתית שההשתחררות לא הונעה מן הרצון לחסוך כסף לנוכח מחירן המאמיר של מסכות אב"כ באותה תקופה. ראו טקסט להערות 51–52 להלן.

39 עניין רגב, לעיל הערה 1, בע' 518.

40 הד למציאות זו ניתן למצוא ברע"א 4995/95 Alberici International ג' מ"י, פ"ד נ(1) 39. במקרה זה, נידונה זכותו של הקבלן לעיין במסמכים הנוגעים לדיונים שהתקיימו בפיוזי המגיע לו לפי תנאיה של תניית ההשתחררות החוזית.

41 תניות ההשתחררות החוזיות יכולות, כמובן, לעורר שאלות מעניינות מתחום דיני החוזים האחרים, שהדיון בהן חורג ממסגרת המאמר הנוכחי. לפי ס' 4 לחוק החוזים האחרים, תשמי"ג–1983 תניית השתחררות היא לכאורה תניה שקיימת לגביה חזקה כי היא מקפחת. לפי סעיף קטן 4(2) חזקה זו קיימת, למשל, לגבי "תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה". לביקורת שיפוטית על תניות מכרו שנועדו להקנות לרשות כוח השתחררות נרחב במסגרת הוראות החוזה עצמו, ראו עת"מ (י"ם) 1315/04 איגוד נותני שירות סיעוד בע"מ ג' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם), דינים מחוזי לה(6) 218.

42 יש להדגיש כי הכוונה לטענות השתחררות המכוונות כנגד החלטות של רשויות התביעה, להבדיל מהחלטה של בית המשפט שלא לקבל את עסקת הטיעון. ראו ע"פ 1958/98 פלוני ג' מ"י, פ"ד נז(1) 577.

43 עתירה נגד השתחררות מעסקת טיעון נידונה לראשונה בבג"ץ 218/85 אריכי ג' פרקליטות מחוז תל אביב, פ"ד מ(2) 393 (להלן: עניין אריכי). בנסיבות העניין, ההחלטה לחזור

יתר על כן, בדרך כלל, ההגנה על ההסתמכות והציפייה של הנאשם במקרה של השתחררות מעסקת טיעון (או מהתחייבות שלא להעמיד לדין) לא מתאים שתיעשה

מעסקת הטיעון נבעה מגילוי עובדות נוספות, אשר לאורן לא הייתה הצדקה להבחנה בין העותרות לבין נאשמת אחרת שעמדה לדין יחד אתה. השופט ברוך הסביר במקרה זה, כי "על הרשות השלטונית לעמת את השיקול בדבר כיבוד התחייבויות (חוזיות, שלטוניות, הסכמיות) כנגד השיקולים האחרים, הקשורים בביצוע התפקיד השלטוני, תוך קביעת עמדה ראויה ביניהם, על רקע מהותו של התפקיד השלטוני ודרכי ביצוע". שם, בע' 401. בהקשרו של הדין, שלושת השיקולים שהוגדרו כנוגעים לעניין היו אמינות השלטון, הגשמת מטרותיו של המשפט הפלילי והאינטרסים של הנאשם. בנסיבות העניין, שקלולם של האינטרסים תמך בהשתחררות. לנוכח הזמן הקצר שחלף מאז עשייתה של עסקת הטיעון ועד להחלטה לחזור ממנה כמעט לא נפגעו האינטרסים של הנאשמת (אינטרס ההסתמכות לא נפגע כלל ואינטרס הציפייה נפגע במעט). לעומת זאת, כיבוד העסקה היה מביא להפליה לא מוצדקת בין שתי הנאשמות. בדומה לכך, בעניין קוגן, לעיל הערה 18 נידונה עתירה נגד ההחלטה להגיש כתבי אישום נגד המשתתפים ב"מרד בכלא 6", בניגוד להסכם שנעשה עם המורדים שבו הובטח להם כי לא יינקטו נגדם הליכים אם יסגירו עצמם מרצון. בהמשך להכרעה בעניין ארביב, גם במקרה זה, קבע השופט מצא כי האינטרסים שיש לשקול הם: אמינות השלטון, אכיפת המשפט הפלילי והאינטרסים של הפרט — אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפייה. השיקול של אמינות השלטון נתמך בשיקולי תועלת (מבחינת נכונות עתידית להתקשר בהסכמים עם הרשות) ובשיקולי הגינות, כאחד. יש אינטרס ממשי בכך שניתן יהיה להתגבר על אירועים דומים בעתיד גם תוך שימוש בהסכם (שיזכה לאמון). באשר להסתמכות ולציפייה של הפרטים שההתחייבות נעשתה כלפיהם, הוסבר כי עצמת ההגנה עליהם גברה בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התפתחות שהביטוי לה בתחום הפלילי עשוי להיות עיכוב של הליכים שנקטו תוך פגיעה חמורה בהגינות. בסופו של דבר, נקבע כי בנסיבות העניין, ההשתחררות הייתה מוצדקת. הציפייה שהופרה הייתה קצרת זמן (העותרים נעצרו יום לאחר כריתת ההסכם). ההסתמכות נפגעה, לכאורה, בנוגע למי שנקשר לפני ההודעה על ביטול ההסכם. צריך היה להפנות את תשומת לב הנחקרים לסיכון שיועמדו לדין. עוד זאת, לא הונחה חשית עובדתית לגבי הנזק שנגרם מבחינת הראיות המאפשרות להגיש את כתבי האישום. בית המשפט הוסיף והבהיר כי שאלה נפרדת נוגעת לקבילות ההודאות במשפט הפלילי שיתקיים. באשר לאינטרס של מיצוי ההליך הפלילי, נפסק כי קיימת חזקה בדבר קיומו של אינטרס ציבורי בהעמדה לדין. בנסיבות העניין, העבירות המיוחסות לנאשמים היו חמורות ביותר הן מבחינת החשיבות הנודעת לשמירה על המשמעת בצבא והן מבחינת האלימות שנעשה בה שימוש במהלך ההתקוממות. בסיכומו של דבר, בית המשפט סבר, כי אין עילה להתערבותו בהחלטה. במקביל, הערכאה הפלילית תדון בטענה של הגנה מן הצדק, אם כי לכאורה התנהגות הרשויות לא עלתה כדי חוסר הגינות ברמה שיש בה כדי לבסס הגנה זו.

טענת ההשתחררות נידונה בתחום הפלילי גם בע"פ 6411/98 מנבר נ' מ"י, פ"ד נה(2) 150, 214 אך בנוגע להתחייבות שסווגה כהבטחה מנהלית, להבדיל מהתחייבות הסכמית. שאלה נוספת שהתעוררה לגבי הפעלתה של הלכת ההשתחררות על ידי התביעה הכללית נסבה על הימנעותה מתמיכה בעסקת טיעון בפני ערכאת הערעור, לאחר שזו נדחתה על ידי בית המשפט של הערכאה הראשונה. ראו ע"פ 7132/02 פרץ נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2002 (4) 1110; דנ"פ 1187/03 מ"י נ' פרץ, פ"ד נט(6) 281; א' גול "עמדת התביעה בערעור כנגד דחיית הסדר טיעון" דין ודברים א (2004) 507.

ראוי לציין כי הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19) (הסדרי טיעון), תשנ"ה-1995 הסדירה גם את סוגיית ההשתחררות של התביעה מעסקת טיעון. לפי סעיף 155 ח(ג) להצעה זו: "כל עוד לא הוכרע הדין רשאי התובע לחזור בו מהתחייבותו על פי הסדר הטיעון, אם פרקליט המחוז הורהו לעשות כן מטעמים שבטובת הציבור".

באמצעות פסיקת פיצויים בגין נזקה של ההרשעה. במקרה כזה, מתאים יותר לעשות שימוש בכללים של המשפט הפלילי, כמו למשל הגנה מן הצדק שתביא לזיכוי של הנאשם במקרה של פגיעה קשה באינטרסים שלו⁴⁴. אלה הם טעמים נוספים ומיוחדים המצדיקים דיון נפרד בטענות השתחררות הנוגעות לעסקאות טיעון. בהתאם לכך, המשך הדיון יוגבל להשתחררות מהתקשרויות של רשויות בתחום האזרחי הרגיל.

2. שינוי מהותי במדיניות ממשלתית

אחד היישומים החשובים של הלכת ההשתחררות נוגע להשתחררות מחוזה על רקע שינוי מהותי במדיניות, על פי רוב בעקבות חילופי שלטון. אכן, הפרט המתקשר אינו אמור להיות חשוף לכל משב רוח משתנה בשלטון. מצד שני, אין זה תקין שממשלה נבחרת תהיה מנועה מלממש מדיניות שלשמה נבחרה רק בשל התקשרות חוזית נוגדת שנעשתה על ידי קודמתה. שאלה זו התעוררה במלוא עוזה בעקבות הקמתה של ממשלת רבין בשנת 1992, כאשר הוחלט על הפסקת הבנייה בשטחים המוחזקים. להחלטה זו היו השלכות על חוזים של קבלנים רבים שהיו צדדים לחוזים ממשלתיים לגבי בנייה באזורים אלה. ההשתחררות מן החוזים שנעשו עם אותם קבלנים התבססה על הלכת ההשתחררות. עם זאת, דוגמה חשובה זו לא הגיעה לדיון ישיר בבית המשפט העליון מהיבטה של הלכת ההשתחררות. בשבתו כבג"ץ דחה בית המשפט העליון עתירות שתקפו את השינוי במדיניותה של הממשלה⁴⁵. אולם עתירות אלה לא נגעו בהשלכותיו של השינוי על חוזים של הממשלה. כמו כן, לפחות בחלק מן המקרים, התבססה טענת ההשתחררות על תניות השתחררות ספציפיות בחוזים, שהדיון בהן נעשה במסגרת דיני החוזים, ובכלל זה דיני החוזים האחידים⁴⁶.

3. שאלת השיקולים התקציביים

אחת השאלות המעניינות שהתעוררו כאשר להפעלתה של ההלכה נוגעת להתחשבות באינטרסים הכלכליים של הרשות בהשתחררות. האם ניתן להביא בחשבון את חוסר הכדאיות הכלכלית של ההתקשרות מבחינתה של הרשות?

44 ראו ב' אוקון "פרשת כלא 6" המשפט ד (תשנ"ט) 53, 57 ("העובדה כי צורכי הציבור הצדיקו את ביטול ההסכם עדיין אינה מניחה כמובן מאליו את שלילת ההגנה הסומכת על מצב הדברים אשר קדם להגשת האישום, לרבות קיומו של הסכם").

45 כבג"ץ 4400/92 המועצה המקומית קרית ארבע חברון נ' ראש הממשלה, פ"ד מח(5) 597 נידונה (ונדחתה) עתירה נגד שינוי המדיניות כשלעצמו (ללא אזכור ההתקשרויות). כך גם בבג"ץ 5035/92 הקרן לגאולת קרקע שלידי מדרשת ארץ ישראל קדומים נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1993(3).

46 בה"פ (י"ם) 53/92 התאחדות הקבלנים והבונים בישראל נ' מ"י-משרד הבינוי והשיכון (לא פורסם), נדחו טענות שנטענו נגד אופייה המקפח של תניית ההשתחררות במסגרת דיני החוזים האחידים. השוו גם לעיל הערה 41.

שאלה זו הגיעה לראשונה לדיון בעניין פבר⁴⁷. בנסיבות העניין, במרכז ההתדיינות עמדה התקשרות של המדינה עם חברות בנייה בעניין פירוק של חדר אוכל שהיה מוצב באחד משדות התעופה הצבאיים בחצי האי סיני (במסגרת פינוי האזור על-פי הסכם השלום עם מצרים). לאחר שהתייצבו לעבודה, קיבלו החברות הודעה על ביטול החוזה, מכיוון שיום קודם לכן סוכמה סופית מכירתו של חדר האוכל לכוח הרב-לאומי שהתעתד להתמקם באזור. המדינה הייתה מעוניינת במכירה משיקולים של מדיניות חוץ, כמו גם מבחינה כלכלית. היא הסתמכה הן על תניה חוזית שאפשרה להורות על הפסקת העבודה והן על הלכת ההשתחררות. במקרה זה קבע השופט אור כי ההשתחררות "באה לשרת אינטרס חשוב של המדינה, גם אם בצדו הייתה תועלת כלכלית ניכרת, שהנוגעים בדבר לא התעלמו ממנה"⁴⁸. כלומר, בית המשפט קבע כי טענת ההשתחררות יכולה להתחשב גם בפן הכלכלי של ההתקשרות. עם זאת, השיקול הכלכלי נידון כשיקול תומך, ולא כבסיס הבלעדי להשתחררות. הוא בא בנוסף לטעם מיוחד אחר להשתחררות – בהקשר של היערכות להסדר מדיני.

השאלה התקציבית עמדה במרכזו של הדיון בעניין קופת חולים נ' באר-שבע⁴⁹. במקרה זה, הדיון נסב על ההסכם שהביא להקמת בית החולים "סורוקה" בבעלותה של קופת חולים כללית בתחומיה של העיר באר-שבע. תושבי העיר היו אמורים להפיק תועלת מיוחדת מהקמתו של בית החולים: הן בשל עצם מיקומו והן לנוכח התחייבויות שקופת חולים כללית נטלה על עצמה – לקבל לטיפול גם תושבים שאינם חברים בה, להעדיף תושבים בקבלה לאשפוז ועוד. מנגד, התחייבה העירייה לפטור את בית החולים מתשלום מסים עירוניים⁵⁰. לאחר שחלפו שנים, עמדה העירייה על זכותה לגבות תשלומי ארנונה מבית החולים. היא טענה להשתחררות מן ההתחייבות שנתנה בעבר – לנוכח מצוקתה הכספית, בשל ההפליה שהתחייבות יוצרת בהשוואה לבעלי נכסים אחרים ועל רקע התבססותו של בית החולים. טענת ההשתחררות נדחתה בפסק דין של השופט קדמי, שהסביר כי המצוקה הכספית, כשלעצמה, אינה טעם להשתחררות, ובמיוחד כשנשקלת כנגדה מצוקתו של בית החולים הממוקם באזור פיתוח. כן הוסבר כי לא קיימת הפליה בהשוואה לבעלי נכסים אחרים, בהתחשב בתרומתו של בית החולים לעירייה ולתושביה. גם בעניין רגב נלוותה להשתחררות תועלת כספית ברורה. אולם ביסוד הדיון

47 ע"א 144/87 מ"י נ' פבר, פ"ד מד(3) 769 (להלן: עניין פבר).

48 שם, בע' 776.

49 ע"א 250/88 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' עיריית באר-שבע, פ"ד מג(4) 488 (להלן: עניין קופת חולים נ' באר-שבע).

50 כיום, התחייבות זו הייתה נחשבת לבעייתית, בשל ההגבלות החוקיות על מתן פטורים מתשלום ארנונה. לעומת זאת, בעניין אלוני, לעיל הערה 1, הובהר כי אין פסול בהסכמה שעניינה סיווג הנכס לצורכי ארנונה (אף שיש בו כדי להשפיע על שיעור הארנונה שתשתלם). שם, בע' 120–121.

הייתה מונחת הקביעה העובדתית של בית המשפט המחוזי, שלפיה הטעם להשתחררות לא היה התועלת הכספית שנבעה ממנה (לנוכח מחיריהן המאמירים של מסכות האב"כ), אלא הפן הביטחוני, בשל המחסור במסכות והקושי להשיגן. כדברי השופט אילן בבית המשפט המחוזי:

"האם במקרה דנן יש מקום להחיל את הלכת ההשתחררות? הייתי משיב על שאלה זו בשלילה אילו השאלה היחידה שעמדה למבחן היא שאלת מחיר מסכות האב"כ...]. דא עקא ששאלת מחיר המסכות הייתה משנית. מחומר הראיות עולה, שלא הייתה בנמצא בשוק כמות מספקת של מסכות לכל האוכלוסייה, ומשרד הביטחון חיפש נואשות אחר מלאי מסכות פונטציאליים [...] העולה מן המקובץ הוא, שנוצרו נסיבות בהן גבר האינטרס הציבורי של אספקת מסכות אב"כ לכמות מרבית של אנשים על חובת קיום החוזה"⁵¹.

בהמשך לכך קבע השופט אנגלרד בבית המשפט העליון כי: "נראה בעליל כי — כפי שגרס בית המשפט המחוזי — שינוי הנסיבות יצר עילה של השתחררות מנהלית מן החוזה. השימוש החוזר במסכות הפך — על רקע המשבר במפרץ הפרסי — לצורך ציבורי חיוני"⁵².

האם משמעות הדברים היא שלעולם הטעם הכלכלי אינו יכול לשמש בסיס להשתחררות תקפה? לא בהכרח. הקשר בין האינטרס הציבורי לבין הפן הכלכלי שלו אינו ניתן להפרדה. גם לשינוי המדיניות בתקופה של ממשלת רבין היה פן כלכלי ברור: הרצון לשנות את סדר העדיפויות הלאומי (שנוסף לתכלית המדינית של הפסקת הבנייה בשטחים).

ניתן אפוא לסכם ולומר, כי צדק השופט קדמי בגישתו המחמירה בנוגע לטענת השתחררות המבוססת על טעמים כלכליים. כמו כן, בנסיבות המקרה בעניין קופת חולים נ' באר-שבע, הקושי הכלכלי של העירייה לא היה ניתן לייחוס ברור דווקא להתחייבות שנטלה על עצמה כלפי קופת חולים. עם זאת, ייתכן כי במקרים שבהם הקושי הכלכלי ניתן לייחוס לחוזה עצמו, וכאשר מידת הפגיעה באינטרס הציבורי היא נרחבת, השיקול הכלכלי יוכל לבוא לידי ביטוי בהפעלתה של הלכת ההשתחררות. מקרים אלה יצטרכו להיות חריגים מבחינת אופי הפגיעה באינטרס הציבורי והיקפה⁵³. דברים ברוח זו ביטא גם השופט מצא בפסק דינו בערעור

51 ת"א (ת"א) 2225/90 רגב נ' מ"י (לא פורסם), תקדין מחוזי 1997(3) 1039 בפסקה 6 לפסק דינו של השופט אילן (להלן: עניין רגב מחוזי).

52 עניין רגב, לעיל הערה 1, בע' 518.

53 דוגמה אפשרית יכולה להיות הפסקתו של פרויקט רחב היקף, כמו פרויקט "הלבאי" בשעתו, על רקע שינויים בסדרי העדיפויות הלאומיים או תמורות במצב הכלכלי של המדינה. יצוין, כי הפסקתו של פרויקט זה לא נידונה במסגרת הפרומלית של הלכת ההשתחררות, אלא בהקשרם של הסדרים חוזיים. שאלת ההשתחררות מטעמים כלכליים התעוררה בפסקה פעם נוספת בנוגע להחלטת של משרד הבינוי והשיכון לבטל מכרז של שיווק מגרשים לבנייה עצמית בשל היענות נמוכה להשתתפות בו. ההחלטה נומקה בכך שעקב מיעוט המשתתפים

האזרחי בעניין ארגון מגדלי הירקות. לדבריו: "השיקול התקציבי, כנימוק יחיד להשתחררות מחוזה-רשות, עשוי להיות רלוואנטי (אם בכלל) רק במקרים נדירים ובנסיבות קיצוניות"⁵⁴.

4. שאלת שינוי הנסיבות

שאלה אחרת היא אם החלטת ההשתחררות חייבת להיות מבוססת על שינוי נסיבות אובייקטיבי, או שמא יכולה הרשות להתבסס גם על טעמים התומכים בהשתחררות אך היו ידועים לה או יכלו להיות ידועים לה עובר להתקשרות המקורית. אין ספק כי קל יותר לקבל את טענת ההשתחררות כאשר היה שינוי בנסיבות, היינו בזיקה להתפתחויות מאוחרות להתקשרות המקורית בחוזה. במקרה כזה, אין דופי בהתנהגותה של הרשות. עם זאת, מאחר שההצדקה שביסוד הלכת ההשתחררות היא הגנה על האינטרס הציבורי, אזי בנסיבות שבהן החוזה מוציא לפועל החלטה המנוגדת לאינטרס זה, יש מקום להכיר בתחולתה של ההלכה גם כאשר נפלו פגמים בתהליך קבלת ההחלטות המקורי של הרשות. הדין צריך להיות דומה לגישה המקובלת בעניין שינוי החלטות מנהליות, שיכול להיעשות גם לצורך תיקונו של

והזוכים במכרז, ההשקעה בתשתיות לפיתוח הסביבה אינה כדאית מבחינה כלכלית. מאחר שרבים מן הזוכים במכרז לא חתמו עדיין על חוזים, ההתדיינות המקורית בנושא התמקדה בדיני המכרזים, ובעיקר בכללים לגבי ביטול מכרז ביזמת הרשות. עם זאת, השופט ברק הטעים כי לגבי הזוכים שעמם כבר נחתמו חוזי פיתוח, העקרונות החלים על ביטול מכרז שוב אינם רלוונטיים, אלא יש לשאול "אם היו המשיבים יכולים להשתחרר מהחוזים שכרתו עם המערערים בין מכוח סמכויות קונקרטיות הנתונות להם ובין מכוח הלכת ההשתחררות החלה במשפט המנהלי". ראו ע"מ 7561/01 חניט נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נז (3) 611, 622. בנסיבות אלה, הצדדים הופנו להמשיך ההתדיינות, גם כדי לברר את שאלת תחולתה של הלכת ההשתחררות. מפסק דינו של השופט ברק לא ניתן ללמוד על עמדתו בנושא של השתחררות מטעמים כלכליים, אם כי ראוי לציין שהוא נמנע מלשלול באופן גורף השתחררות כזו וסבר כי העניין מחייב בדיקה נוספת. בסופו של דבר, טענת ההשתחררות נבחנה ונדחתה על ידי השופטת יהודית צור בבית המשפט המחוזי בעת"מ (י-ם) 209/01 חניט נ' שר הבינוי והשיכון (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2004(4) 2567. לגישה:

"אין לעשות שימוש בהלכת ההשתחררות כדי לאפשר לרשות להשתחרר מהסכם, רק משום שגילתה, כי המשך כיבודו אינו כדאי עבורה מבחינה כלכלית. ככלל, אין להתיר לרשות לחזור מההחייבויות שקיבלה על עצמה בשל שיקולים של כדאיות כלכלית, אלא במקרים חריגים, כאשר מדובר בפשיעה בכספי ציבור שאינה מתיישבת עם עקרונות של ממשל תקין ותקינות ציבורית". שם, בפסקה 18.

בנוסף לעמדה עקרונית זו, פסק הדין נדרש גם לכך שהתשתית העובדתית להחלטת ההשתחררות הייתה רעועה וגם לביקורת על הסתייגותה של המדינה מן האפשרויות שהמגרשים ישווקו לרוכשים חרדיים (בשכונה שנועדה מלכתחילה לציבור הכללי).

54 הערעור האזרחי בעניין ארגון מגדלי הירקות, לעיל הערה 1, בע' 528. פסק דינו של השופט מצא בעניין זה ניתן כדעת מיעוט, אך המחלוקת בינו לבין שופטי הרוב, ברק וריבלין, נסבה על פרשנותו של החוזה. נושא ההשתחררות מן החוזה לא הגיע לכלל דיון בדעת הרוב, ונראה כי דבריו של השופט מצא בעניין זה לא עוררו מחלוקת (ומכל מקום לא זכו להתייחסות).

פגם בהחלטה המקורית⁵⁵. עם זאת, לנוכח ההגנה המוגברת על האינטרסים של המתקשר החוזי, טענת ההשתחררות צריכה להתבסס על אינטרס ציבורי כבד משקל, במיוחד במקרים אלה שהורתם בתהליך קבלת החלטות פגום ברשות. כך, למשל, בעניין רגב, גם אם ההחלטה למכור מסכות מגן משומשות ממחסניו של משרד הביטחון הייתה מוטעית, אין ספק שהצורך להבטיח את שלומה של האוכלוסייה האזרחית היה מצדיק את ההשתחררות שהוחלט עליה, בכל מקרה. ואמנם, מבלי להידרש במישרין לשאלה של רשלנות בהתקשרות⁵⁶, חיווה בית המשפט העליון את דעתו בכמה הזדמנויות כי החלטת השתחררות אינה חייבת להיות מבוססת על שינוי נסיבות. כדברי השופט אור בעניין קוגן: "שינוי נסיבות אינו בבחינת תנאי בל יעבור להשתחררות הרשות השלטונית מהסכמים. בסופו של דבר, היסוד המכריע בשאלת ההשתחררות הוא האינטרס הציבורי אשר עליו הופקדה הרשות. לכן, גם כאשר לא חל שינוי נסיבות, ההחלטה להשתחרר מהתחייבות עשויה להיות סבירה, כאשר טמונה בהתחייבות פגיעה קשה באינטרס ציבורי משמעותי"⁵⁷. גם בעניין רגב התייחס השופט אנגלרד באהדה לאפשרות של השתחררות שאינה בזיקה לשינוי נסיבות, אך הנושא לא נידון בהרחבה, מאחר שההשתחררות אכן נבעה משינוי הנסיבות המשמעותי שיצרה פלישת עיראק לכווית⁵⁸. היבט זה מבחין את הלכת

55 בדומה לכך, כאשר נידונה האפשרות של השתחררות מהבטחה מנהלית (שלא עלתה כדי חוזה), הכיר בית המשפט באפשרות של הגנה על האינטרס הציבורי, גם כאשר ההתחייבות המקורית הייתה רשלנית. ראו בג"ץ 636/86 נחלת ז'בוטינסקי נ' שר החקלאות, פ"ד מא(2) 701. במקרה זה הכיר בית המשפט בקיומו של "צידוק חוקי" שלא לקיים הבטחה לצורך מאה דונם לשטחו של המושב העותר, בנסיבות שבהן תואר הטיפול בעניין כ"בלתי יעיל" ואף צוין כי "בשלבם מסרימים גבל הטיפול בחובכנות והיה נגוע באי-בדיקה מעמיקה של הבעיות ובאי-ראייה כוללת של משמעות הכיוון שבו הלכו הרשויות עם העותרים, שכן אילו עשו כן, היו מגיעים כבר אז לאותה מסקנה, שאלה הגיע, בצדק, שר החקלאות בשלב די מתקדם של הטיפול". שם, בע' 708. אדרבה, ההחלטה לבטל את ההבטחה המקורית תוארה כ"החלטה אמיצה", ואף נאמר כי "אין צידוק חוקי לחייב את המשיבים להמשיך ולבצע החלטות מוטעות, שניתנו בשעתן ללא שיקול דעת מעמיק וללא ראיית הדברים באספקלריה ציבורית רחבה". שם, בע' 710.

56 שאלת הרשלנות בהתקשרות זכתה להתייחסות ישירה בפסק דינו של בית הדין לעבודה בדב"ע נג/114-3 משרד החינוך, מ"י – מצגר, פד"ע כו 563, שגרס כי במקרים כאלה תהיה הרשות פטורה מקיום החוזה (כלומר מאכיפה), אך תישמר זכותו של הפרט לפיצויים חוזיים מלאים (בשונה מפסיקתם של פיצויים מופחתים במקרה הרגיל של השתחררות, כפי שיפורט בפרק 1 להלן). גישה זו היא בעייתית, מאחר שהדין בהלכת ההשתחררות צריך להתמקד במהותו של האינטרס הציבורי שעל כף המאזניים. הפיצויים המופחתים במקרה של השתחררות נועדו לתמרץ את הרשות לפעול כשורה, אפילו במחיר של הוראה בטעות. ניתן להוסיף כי גם תביעת רשלנות נגד הרשות לא תוכל להועיל במקרה כזה, ולו משום שהפיצוי במסגרת דיני הנזיקין נפסק גם בהתאם לאמת המידה של חסרון כיס בלבד.

57 עניין קוגן, לעיל הערה 18, בע' 91.

58 בהקשר זה הפנה השופט אנגלרד למשפט הגרמני, המאפשר השתחררות "גם כדי למנוע פגיעה קשה ברווחת הציבור או להסירה". עניין רגב, לעיל הערה 1, בע' 518–519. בדומה לכך, בעת"מ (נצ) 124/02 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' המועצה האזורית מביאות חרמון,

ההשתחררות מדיני הסיכול התזויים הרגילים, המתמקדים בהתפתחויות מאוחרות ולא צפויות⁵⁹. בעניין אלוני, שבו נידונה הסכמה בנושא סיווגו של נכס לצורכי ארנונה, דחה השופט ברק את טענתה של הרשות המקומית להשתחררות – תוך הטעמה שלא חל שינוי כלשהו בנסיבות העובדתיות והמשפטיות ושההסכמה המקורית לא הייתה נגועה בטעות או באי-חוקיות (אלא נבעה מרצון לחסוך בעלויות ההתדיינות)⁶⁰. גם מדברים אלה ניתן ללמוד, כי בנסיבות מתאימות, לא רק שינוי בנסיבות יצדיק השתחררות מהסכמה, אלא גם הסכמה שפגעה באינטרס הציבורי כבר מלכתחילה.

סיכום של ההלכה ברוח זו, ניתן למצוא בפסק דינו של השופט מצא בעניין ארגון מגדלי הירקות. במקרה זה נידונה תביעה שהוגשה נגד הממשלה לקיום התחייבותה לפצות חקלאים המגדלים תפוחי אדמה, בהתאם להסכם שנערך ערב פתיחתו של השוק הישראלי ליבוא חקלאי מתחרה משטחי הרשות הפלסטינית. המחלוקת שהתעוררה בין הצדדים נבעה מכך שבפועל לא התקיים כמעט יבוא של תפוחי אדמה מן השטחים. המדינה טענה כי בנסיבות אלה לא מוטלת עליה חובה לפצות את החקלאים כאמור בחוזה. עמדה זו של המדינה התבססה על הלכת ההשתחררות⁶¹. בסופו של דבר, שאלת ההשתחררות לא עמדה במרכזו של פסק הדין בבית המשפט העליון, מאחר ששופטי הרוב, ריבלין וברק, קבעו כי המדינה אינה חייבת בפיצויים של החקלאים על סמך פרשנותו של ההסכם, בהתאם לתורת הפרשנות התכליתית. רק השופט מצא, שסבר (בדעת מיעוט) כי ההסכם מחייב תשלום פיצוי לחקלאים ללא קשר להיקף היבוא בפועל, הוסיף ובחן האם המדינה יכולה לבסס את עמדתה, לחלופין, על הלכת ההשתחררות. הוא השיב בשלילה על שאלה זו, תוך התייחסות להיקף הראוי של השימוש בהלכה⁶². לגישתו, במקרה הרגיל, הלכת ההשתחררות חלה כאשר הרשות יכולה להראות ש"לאחר התקשרותה בחוזה חל שינוי מהותי בנסיבות הרלוואנטיות להתחייבות שניתנה על ידה וכי

מנהלי תשס"ב 577 קבע השופט ממך כי יש הצדקה להשתחררות מחוזה שבו הוסכם על גביית ארנונה שלא בהתאם למתחייב מן הדין (גם בהיעדר שינוי בנסיבות). למעשה, זהו מקרה של אי-חוקיות ממש, ולכן אפשר לטעון בו אף לבטלות ההסכם.

59 הדברים נכונים גם בהנחה שהגישא המסורתית המצמצמת לדיני הסיכול אינה משקפת עוד את הדין. אף בהצעת הקודקס האזרחי (חוק דיני ממונות) מבוססת ההגדרה של "אירוע מסכל" על התרחשותה של "נסיבה חדשה" (ראו סעיף 195 להצעה זו).

60 עניין אלוני, לעיל הערה 1, בע' 121.

61 טענת ההשתחררות זו שימשה בסיס לפסיקתו של בית המשפט המחוזי במקרה זה. ראו ה"פ (י"ם) 318/98 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ג' מ"י (לא פורסם), ההחלטה ניתנה ביום 12.1.01) פסק הדין נשען על הנמקה קצרה שהדגישה את האינטרסים של הרשות, מבלי להידרש לערך של קיום התחייבות חוזיות.

62 הערעור האזרחי בעניין ארגון מגדלי הירקות שימש בסיס לדין נוסף, שבו אושר פסק דינם של שופטי הרוב. אולם, החלטתו של השופט מישאל חשין על קיומו של הדין הנוסף הגבילה מראש את תחומי פישתו כך שיתייחס לשאלות העקרוניות בתחום של פרשנות חוזים ויידרש לשאלת ההשתחררות בנסיבות העניין רק אם תתקבל עמדתו הפרשנית של שופט המיעוט.

חיובה לקיים את החוזה חרף השינוי יסב פגיעה מהותית לאינטרס ציבורי חשוב"⁶³. עם זאת, הוא לא שלל את האפשרות של השתחררות במקרים שבהם החוזה היה נגוע מלכתחילה בחוסר סבירות קיצונית⁶⁴.

1. הסעדים במקרה של השתחררות

1. סעד הפיצויים כמרכיב חיוני של הלכת ההשתחררות
השוני המהותי בין ההלכה המוקדמת, ששללה את תוקפן של התחייבויות חוזיות של רשויות, לבין ההלכה העדכנית, המבוססת על הכרה בכוח ההשתחררות שלהן מהתחייבויות, מתבטא בתחום הסעדים. לאלה יש מקום רק כאשר נקודת המוצא לדיון היא הכרה בתוקפה של ההתחייבות. מהם אפוא סעדיו של הפרט המתקשר במקרה שחלה בו הלכת ההשתחררות? הדיון צריך להתמקד, כמובן, באפשרות של תביעת פיצויים נגד הרשות הנוגעת בדבר, להבדיל מאכיפה. משמעותה של השתחררות מחוזה היא, קודם כול, היתר שלא לקיימו, וכך ממילא סעד האכיפה הופך להיות בלתי מתאים. הסעד הרלוונטי הנותר הוא אפוא פיצויים (בנוסף להשבה שהנה אפשרית בכל מקרה, אפילו במקרה של חוזה בטל, אך בה בלבד אין די). במשך שנים רבות הושארה שאלת הפיצויים בצריך עיון. עם זאת, הפסיקה התפתחה בכיוון של הכרה באפשרות זו. למעשה, כבר בעניין מילר נרמז כי לאימוצה של ההלכה החדשה יהיה ביטוי בתחום הפיצויים. כדברי השופט זוסמן:

"מה בין זה לבין זה? מי שהתקשר בחוזה עם המדינה והיא הסתלקה ממנו, עלול, לפי ההלכה האמריקנית, לזכות בפיצוי נזק, ששיעורם לא יהיה בהכרח שווה לפיצוי שמשלמים על הפרת חוזה, שלא הפרה המדינה חוזה 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 נותנת לו ערובה מסוימת להבטחת זכותו כלפי המדינה הגבירה"⁶⁵.

2. שאלות לגבי היקף הפיצויים

הכרה בפיצוי לנפגע מן ההשתחררות היא חיונית כדי שלא להטיל את מלוא נזקה של ההשתחררות הנעשית עבור הציבור בכללותו על כתפיו של המתקשר הבודד.

63 עניין ארגון מגדלי הירקות, לעיל הערה 1, בע' 528.

64 על פי השופט מצא: "נימוק עקרוני אפשרי אחר העשוי להצדיק השתחררות מחוזה רשות, מלבד שינוי בנסיבות הרלוואנטיות להתקשרות, הוא כי ההתחייבות השלטונית, בעת שניתנה, הייתה בלתי סבירה בעליל או שניתנה בחריגה מסמכות, כך שאילו נבחנו, במועד בו ניתנה, לפי העילות המקובלות במשפט המנהלי, היה הכרח לבטלה". שם, שם.

65 עניין מילר, לעיל הערה 27, בע' 2005.

תומכים בה שיקולים של הגינות ציבורית ושוויון, כמו גם שיקולים של פיזור נזק⁶⁶. מנגד, פיצויים חוזיים רגילים אינם רצויים במקרה של השתחררות, משום שהם אינם פוטרים את הרשות מעולו של הקיום (בהנחה שפיצויים מלאים מקבילים לקיום). הם אף עלולים להרתיע את הרשות מהשתחררות מוצדקת, לנוכח החשש מן החיוב בתשלום פיצויים מלאים. כמו כן, פסיקת פיצויים במתכונת החוזית הרגילה הייתה מטשטשת את ההבחנה בין השתחררות לגיטימית לבין הפרה. בהתאם לכך, דרך הביניים שהלכה והתגבשה בפסיקה במהלך השנים התייחסה לפיצויים בשיעור של חסרון כיס, המגנים על אינטרס ההסתמכות, להבדיל מפיצויים חוזיים מלאים, הכוללים פיצוי על מניעת רווח (כלומר מגנים על אינטרס הציפייה).

כבר דבריו של השופט זוסמן בעניין מילר, שצוטטו לעיל, רמזו לפיצוי בשיעור של חסרון כיס. תמיכה בגישה זו חזרה על עצמה כמעט בכל פסקי הדין שבהם התקיים דיון בהלכת ההשתחררות, אך ללא פירוט, בשל כך שהשאלה לא נדרשה בהם להכרעה. כך, למשל, בעניין פבר התייחד הדיון בפיצויים מכוח הלכת ההשתחררות, בשל כך שהמדינה חויבה בפיצויים בגין הפרת חובתה לנהוג בתום לב בשלב המשא ומתן. במקרה זה, הסתפק השופט אור באמירה כי "טרם הוכרע בפסיקה, כיצד ייקבעו הפיצויים ההולמים במקרה כזה, אך הנטייה הברורה היא, שאין מקום שהרשות תפצה את הפרט, שהרשות השתחררה מחוזה עמו ב'פיצויים מלאים' [...] הפיצויים יהיו בהיקף מוגבל: חסרון כיס ולא מניעת רווח"⁶⁷.

נושא הפיצויים במקרה של השתחררות נידון לראשונה, לגופו של עניין, בפרשת רגב. ניתן להצטער על כך, כי גם במקרה זה, שבו השאלה עמדה להכרעה, נמנע בית המשפט מהבהרה מלאה של הצד העקרוני של פסיקתו. לצורך הדיון בשאלת הפיצויים הובאו בפני בית המשפט העובדות הבאות: החוזה נגע ל-60,000 יחידות

66 לשם השוואה, ניתן לציין כי בבג"ץ 508/98 מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ נ' הכנסת, פ"ד נד(4) 577 שימשה פסיקת הפיצויים במקרה של השתחררות כמודל מתאים גם למקרים אחרים שבהם נפגע הפרט בשל החלטה מאוחרת של הרשות. בפסק דין זה, שבו נידונה עתירתן של זכייניות הכבלים נגד הענקת רישיון לשידורי הלוויין שיתחרו בהם, כתב השופט שלמה לרין את הדברים הבאים:

"אפשר להשקיף על מערך היחסים שבין העותרות למשיבות, כפי שנוקמו בהוראות הדין ובהוראות הזיכיונות כתחזה רשות. ואמנם, מוטלת על הרשות החובה לכבד את התחייבויותיה, אולם, על פי הדין המיוחד החל בנוגע להתחייבויותיה של הרשות ובשל מעמדה כנאמן הציבור, עומדת לרשות האפשרות להשתחרר מן התחזה ולהביא על ידי כך לסיומו על יסוד טעמים של טובת הציבור. אכן, כנסיבות שכאלה ההשתחררות מן התחזה תיעשה כנגד תשלום פיצוי לצד האחר, בין שהפיצוי יהיה לפי הדין הכללי ובין שהוא ייפסק כפיצוי מנהלי". שם, בע' 581.

יש לציין כי השופטים האחרים דחו את השוואת הזיכיון לחוזה רשות, ולכן דחו את הדיון בהלכת ההשתחררות. שם, בע' 582.

67 עניין פבר, לעיל הערה 47, בע' 776. דעה דומה הובעה גם בפסקי דין נוספים. בעניין מלון צוקים הראשון, לעיל הערה 35 חיזוה השופט ברק את דעתו כי: "עקרונית זכאי הצד הנפגע לפחות לפיצוי על הוצאותיו ועל שכרו".

(של מסכות אב"כ), שמהן נמכרו לצד שלישי עד למועד ההשתחררות 50,000 יחידות. מחיר הרכישה המקורי היה 0.6 דולר ליחידה, ואילו המחיר במסגרת העסקה שנעשתה עם הצד השלישי היה 0.8 דולר ליחידה. לעומת זאת, מחיר המסכות במועד ההשתחררות עמד על 17.65 דולר ליחידה (לנוכח ההיערכות למלחמת המפרץ). הצד השלישי תבע את הקונה ממשרד הביטחון בגין הפרת החוזה עמו, ותביעה זו הסתיימה בפשרה של 50,000 דולר. השופט אילן, שנדרש לשאלת הפיצויים בבית המשפט המחוזי, היה מודע להיעדרה של הלכה פסוקה מחייבת בנושא, ולאחר דיון בו החליט לפסוק לקונה פיצויים בהתאם לחסרון הכיס שנגרם לו בפועל. חסרון הכיס, במקרה זה, חרג משיעור ההשבה, אך נפל משיעור הפיצויים החוזיים הרגילים. השופט אילן הסביר כי "מבחנית המטרות שהלכת ההשתחררות נועדה להשיג, אין זה צודק לפסוק למתקשר הנפגע פיצויים חוזיים מלאים. ההתחשבות במינהל מקורה ברעיון שבמקרים מסוימים התנערות המדינה מהתחייבויותיה החוזיות חיונית, ועל כן מוצדקת. לא יתכן שגם במקרה מוצדק שכזה יישא המינהל בתוצאות הנובעות בדרך כלל מהתנערות שאינה מוצדקת". הלכה למעשה, נפסקו לתובעים 56,000 דולר פיצויים. בנוגע ל-50,000 המסכות שלגביהן היה חוזה עם צד שלישי, נפסק כי גם אלמלא חלה הלכת ההשתחררות לא היה מקום להתחשב במחיר השוק שלהן בזמן ההשתחררות, מאחר שגם אם היה נעשה ניסיון ליזום הפרה יעילה, רווחי ההפרה היו מגיעים לצד השלישי⁶⁸. בסופו של דבר, הפיצויים בגין המסכות שנמכרו לצד שלישי נפסקו בהתאם לגובהו של הסכם הפשרה שנעשה עמו. לעומת זאת, לגבי 10,000 היחידות הנוותרות, מאחר שהקונה ביצע מצג שווא כלפי משרד הביטחון באשר לקיומו של חוזה למכירתן, המשרד חויב רק בהשבת התמורה החוזית, בשיעור של 6,000 דולר (בהתאם לתחשיב של 0.6 דולר ליחידה).

בית המשפט העליון אישר את התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי, אך השאיר את הצד העקרוני של הדיון לוט בערפל. השופט אנגלרד, שכתב את פסק הדין המרכזי, נמנע מלקבוע בבירור כלל אחיד של פיצויים בהתאם לחסרון הכיס שיחול במקרה של השתחררות. הוא צמצם את הכרעתו לנסיבות המיוחדות של עניין רגב, אף שהיה מודע לערפול הקיים בסוגיה⁶⁹. לשיטתו, ההשתחררות שנידונה בעניין רגב נעשתה בנסיבות הקרובות לסיכול (ואולי אף עלו כדי סיכול

68 בהתאם להלכה שנקבעה בד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221. כלומר, גם אם אמת המידה לפסיקת פיצויים הייתה הפיצויים החוזיים הרגילים – בית המשפט לא היה מוכן לקבל חישוב המתייחס למחיר השוק בעת ההשתחררות, אלא רק למחיר החוזי בחוזה הנוסף שכרתו הקונים (תוך דחיית הטענה שיכלו להפר אותו ולהרוויח).

69 לדברי השופט אנגלרד: "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 שינוי הילכתי מסוים". עניין רגב, לעיל הערה 1, בע' 520.

השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית

ממש). בנסיבות אלה, כבסיס לפסיקת הפיצויים שימש היקש מדיני הסיכול, הקבועים בסעיף 18 לחוק התרופות. לדבריו:

“עקרונית, איני חושב שמן הראוי לקבוע כללים אחידים ונוקשים להסדרת היחסים בין המתקשרים לאחר ההשתחררות. הנסיבות המצדיקות השתחררות מנהלית אינן מעור אחז. יש שיכולתה של הרשות הציבורית להשתחרר מחוזה מחייב, מקורה בשינוי מהותי של הנסיבות החיצוניות שהיו ביסוד כריתת החוזה, אך יש שיכולת זו מבוססת על נימוקים אחרים, המבוססים על צורך ציבורי חיוני, מבלי שהתרחש שינוי מהותי בנסיבות המקוריות שהיו קיימות בעת כריתת החוזה. כך, אפשר שחל שינוי במדיניות הכלכלית, שאיננו תלוי בנסיבות אובייקטיביות חיצוניות, כגון פרוץ מלחמה. לכן אין הכרח כי זכויותיו של המתקשר הפרטי ייקבעו על פי כללים אחידים [...] נסיבות המקרה הנדון קרובות, כפי שהסברתי לעיל, לסיכול חוזה, לכן, לטעמי, יש מקום להקיש מן הפתרונות שגיבש המחוקק בסעיף 18 לחוק התרופות להסדרת היחסים בין המתקשרים בחוזה רשות לאחר ההשתחררות מן החוזה”⁷⁰.

לפי דיני הסיכול, זכאי כידוע המתקשר להשבה וכן ל”שיפוי [...] 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”. ביישמו עקרונות אלה, הסביר השופט אנגלרד, כי מכוח עקרון ההשבה זכאי היה המתקשר רק לשיעור התמורה החוזית ששולמה על ידו למשרד הביטחון. פיצוי על ההפרש שבין 0.6 דולר ל-0.8 דולר (התמורה המוסכמת בחוזה עם צד שלישי) כבר חורג מן המסגרת של השבה אל תחום הפיצוי החוזי. עם זאת, נמצא בכל זאת מקום לפיצוי בגינו של הסכם הפשרה, כפי שפסק בית המשפט המחוזי מאחר ש”בנסיבות של השתחררות מנהלית, 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 [...] לעקרון זה יש ביסוס גם בהגנה החוקתית על הקניין, המצויה כיום בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו”⁷¹.

גם באשר ל-10,000 היחידות הנוספות, הסכים השופט אנגלרד לתוצאה שהגיע אליה בית המשפט המחוזי, אך מבלי להידרש לטענה של השתק בנסיבות של מצג שווא. לשיטתו, הטעם לתוצאה זו פשוט יותר: עקרון ההשבה שחל בנסיבות של השתחררות דמוית סיכול אינו כולל פיצוי על הרווח שנמנע. השופטים ברק

70 שם, בע' 522.

71 שם, בע' 524.

ופרוקציה שהסכימו לפסק דינו של השופט אנגלרד נמנעו אף הם מהכרעה עקרונית בנושא בכללותו.

פסק הדין בעניין רגב פתח שאלות רבות מאלה שהשיב עליהן. הוא מהווה דוגמה קונקרטית ראשונה לכך שהפעלתה של הלכת ההשתחררות אמורה להיות מלווה בחיוב בפיצויים. עם זאת, הוא השאיר את הבסיס לפסיקת הפיצויים פרוץ — הן מבחינת הבסיס התאורטי והן מבחינת אמת המידה המדויקת לקביעת שיעורם. ההבחנה בין מקרה דמוי סיכול למקרים אחרים יכולה להיות מוצדקת מן ההיבט של צמצום הפיצויים במקרים הקרובים לסיכול (כמקובל גם בדיני החוזים הרגילים). עם זאת, נראה שראוי היה להגדיר את אמות המידה לפסיקת פיצויים במקרה הרגיל של השתחררות, על מנת שפיצויים אלה ילכשו דמות של זכות, להבדיל מחסד או מוותרנות מצד השלטון. חשוב להוסיף כי עניין רגב אף הבהיר, אמנם ללא דיון מפורט, שחקיקתם של חוקי-היסוד החדשים לא שמטה את הקרקע תחת הלכת ההשתחררות ואינה צפויה להביא להעלאתו של רף הפיצויים למתקשר בנסיבות שבהן היא חלה.

אחת השאלות המורכבות שלא זכתה עד כה לדיון של ממש נוגעת לשיעור הפיצויים במקרה שבו מעורבים גם צדדים שלישיים (שלהם חוזים עם הצד שהתקשר עם הרשות). האם צדדים אלה יוכלו לתבוע את הרשות בגין נזקיהם? האם יוכלו לתבוע פיצויים חוזיים רגילים מן המתקשר עם הרשות, אף שהוא קיבל פיצויים מופחתים בלבד מכוח הלכת ההשתחררות? שאלות אלה נותרו ללא מענה, אף כי בחלק מן המקרים שבהם נעשה שימוש בהלכת ההשתחררות היו השפעות פוטנציאליות ברורות על צדדים שלישיים. מקרה שבו ניתן בבירור לצפות השלכות כאלה הוא השתחררות של הממשלה מחוזים עם קבלנים הבונים דירות המיועדות לציבור הרחב, כמו למשל החלטת ההשתחררות בתקופת ממשלת רבין. במקרה מסוג זה ישנן השפעות על קבלני המשנה של המתקשר, ובאופן ברור ביותר גם על רוכשי הדירות ממנו. כך גם בעניין רגב, החלטתה של הממשלה שלא לקיים את החוזה למכירת מסכות האב"כ גררה הפרה של החוזה כלפי הצד השלישי שלו הן נמכרו. במקרה זה, ההשפעה על צד שלישי הייתה לא רק בגדר הציפייה הפוטנציאלית, אלא גם בגדר הציפייה הממשית, מאחר שאחד התנאים למכירת הציוד היה קיומה של התקשרות עם צד שלישי שעבורו הן נועדו. בנסיבות העניין, הגיע התובע להסכם פשרה עם מי שכלפיו התחייב, והפיצויים שנפסקו לו נקבעו בזיקה לגובה הפיצויים המוסכם. בשל כך נמנע דיון ישיר בטענות ההגנה הפוטנציאליות של מי שהתקשר עם הרשות במסגרת תביעה המוגשת על ידי צד שלישי, כמו גם בטענות ההגנה שיכולה להעלות הרשות כתביעה ישירה המוגשת על ידי הצד השלישי נגדה.⁷² מבחינת הדין הרצוי, נכון היה להגביל גם את הפיצויים

72 בפסק דינו בעניין רגב מחזי הציג השופט אילן את השאלות הבאות:

"אין זה ברור כלל, שהתובעים היו יכולים להתגונן כלפי צד ג' בטענת 'השתחררות' של הספקית שלהם. הפסיקה לא דנה בשאלה זו. יתכן שהייתה עומדת לתובעים הגנה של סיכול

השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית

שייפסקו לצד השלישי עד כדי חסרון הכיס שנגרם לו, וזאת לשם השגת תכליתה של הלכת ההשתחררות. חיוב בפיצויים מלאים בתביעה שהיה מגיש צד שלישי עלול לסכל את תכליתו של הכלל המגביל את שיעור הפיצויים במקרה של השתחררות.

ז. סיכום: הדואליות הנורמטיבית – מהלכה למעשה

הדין בהלכת ההשתחררות הוא דוגמה טובה ליישום העיקרון של דואליות נורמטיבית, עיקרון המבטא חתירה להסדר שאינו תואם לחלוטין את המשפט הפרטי או את המשפט המנהלי, אלא מהווה תרכובת שלהם. התפיסה המונחת ביסודו של עיקרון זה התקבלה בפסיקה כבר בשנות השישים, אך היישומים הקונקרטיים שלה בתחומים רבים עדיין רחוקים מלהיות ברורים. מאמר זה הדגים את הפוטנציאל הטמון בדואליות הנורמטיבית לפיתוחו של שדה משפטי חדש, שעניינו פעולות הרשות במשפט הפרטי, באמצעות אחת מנקודות המפגש שבין דיני החוזים למשפט המנהלי: ההלכה בדבר כוחה של הרשות להשתחרר מהתחייבותיה התחיות. ההכרה בהלכת ההשתחררות מהווה סייג לדיני החוזים בשם ההגנה על האינטרס הציבורי. עם זאת, חשוב שסייג זה יופעל במתינות, כדי שלא לשמוט את הקרקע מתחת לפרקטיקה של התקשרויות חוזיות של רשויות מנהליות. היקף הפיצויים במקרה של השתחררות עדיין שרוי באי-בהירות, במידה לא מבוטלת. הבהרת המצב המשפטי באשר לשאלת הפיצויים היא בעלת חשיבות מעשית רבה וגם בעלת חשיבות תאורטית, מאחר שהיא צפויה לזרות אור על מתכונת האזון בין שיקולים ציבוריים לבין שיקולים של צדק אינדיבידואלי בפעילותן של רשויות ציבוריות. פסיקתו המוקדמת של בית המשפט אהדה, בהקשר זה, את אמת המידה של פיצוי בהתאם לחסרון הכיס של המתקשר הפרטי. חיזוקה של מגמה זו מתיישבת היטב עם מטרותיה של הלכת ההשתחררות, כמו גם עם התפיסה המצדדת בהגנה חזקה על אינטרס ההסתמכות של המתקשר הפרטי⁷³.

החוזה, אך, כאמור, התוצאה של הגנה מהסוג הזה אינה דבר וודאי, שכן בתי המשפט נטו בעבר שלא לקבלה. נמצא, שבנסיבות המיוחדות לתיק זה, לא ניתן לבוא בטענה לתובעים על כך שהתפשרו. השאלה היא, האם ניתן להשתמש בפסק דין הפשרה כאמת מידה לקביעת גובה הנזק או, שמה, יתכן שהנזק הוא פחות והנתבעת, שלא הייתה צד להסכם הפשרה, אינה מחויבת על פיו. התשובה היא שעניין זה קשור בשאלה של סבירות".

עניין רגב מחוזי, לעיל הערה 51, בפסקה 6 לפסק הדין.

73 ראו ד' ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז (1996) 17; ד' ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כז (2003) 209.