

הבטחה מנהלית: לידתה, תולדותיה, אחריתה – אך מדוע נגזרה עליה מיתה?

מאת

קארין יפת*

לתוריי – שהכל שלהם
הכל בשבילם.

1. פתח דבר – שילוב הדין העברי ברוח צוואתו של השופט חיים כהן ז"ל.
2. ההבטחה המנהלית – עיצובה הנורמטיבי: הפן החיובי, הפן הנגטיבי.
3. הלכת סאייטקס – "אויבים סביב לה":
א. חכלי הלידה.
ב. קבלת הפנים בקרב המשפטנים.
ג. התמודדות עם "הלכה טעונת תיקון" על ררך האבחון.
4. הלכת סאייטקס בהתבגרותה – קווים לדמותה.
א. ניתוח ארבעת התנאים: ההשכילו להחזיר עטרה ליושנה – או שהלכת סאייטקס עתה היא שונה?
ב. היעדר תרופה לאינטרס ההסתמכות שנפגע.
ג. "הלכה ואין מורין כן" – הכיצד? הייתכן?!
5. התגלית: ניסיון לסיכול מוסד ההבטחה המנהלית.
א. השאלה המנחה: ה"צידוק" הוא זה או "התנקשות" בהלכה?
ב. המסקנה: אימון הלכת סאייטקס ככתבה ובלשונה?
ג. הפסיקה הכריזה מלחמה: "להלכת סאייטקס לא תהי תקומה" – אך על שום מה?
ד. פסקי-הדין האחרונים בסוגיה – האמנם מעצבים הם הלכה ראויה?
ה. דיני המשפט העברי – המנהלי והציבורי.
6. אחרית דבר.

1. פתח דבר – שילוב הדין העברי ברוח צוואתו של השופט חיים כהן ז"ל

מאמרנו דגן תכליתו להתחקות אחר מוסד ההבטחה המנהלית בתהייה על קנקנו. דרך

* מוסמכת במשפטים (בהצטיינות יתירה), אוניברסיטת בראילן; אסיסטנטית ב"קריית המשפט".

הילוכנו תהא, אפוא, זו: במלאת חצי יובל שנים להלכת סאיי־טקס,¹ נבקש לבחון את דיוקן זיו פגיה ומה מראה שיוותה לה, אתותה הפסיקה, משתרשה בה תלמים. הדיון, לפיכך, יוקדש לסקירת מהלך חייה; החל בחבלי לידתה, עבור בהתנכלות ובאיבה שהיו מנת חלקה עוד משחר נעוריה, המשך בעיצוב קווים לדמותה הפסיקתית, וכלה בניסיונות הבלתי מתכלים לכלותה. כך, כל ימי חייה נרדפה ההלכה על־ידי בני משפחתה, הספרות והפסיקה, שעשו יד אחת להביא עליה את סופה. הכלים השתנו במרוצת פסקי־הדין, המטרה נותרה אחת: אבחון עובדתי — שפעמים הרבה לא היה ענייני — ביקורת ישירה, הניסיונות הבלתי פוסקים לצמצם את היקפה, הפיכתה לפורמולה משפטית חלף וחרף העקרונות שהתוותה, כשעם השנים בית־המשפט — מבלי משים או דווקא עם — מקשיה את התנאים. אין זאת כי אם חייה הקשים הותירו את רישומם על פניה היפים, המעצבים הלכה ראויה.

מאמר זה, על־כן, מבקש לשכנע את הקורא שהלכת סאיי־טקס היא הדין הרצוי; תוצר פסיקתי שמתחשב בכל האינטרסים המתנגשים ומשכיל לאון ביניהם. לפיכך, יצא קצפנו על הפסיקה. היה עליה לאמץ את הלכת סאיי־טקס אל חיקה, ולא לבקרה ולהרחיקה. במקום לגמור עליה את ההלל, היא גמרה ואמר לצמצמה.

הלכה שעבורה היה זה "פשוט וברור ואינו מעורר שום קושי. ניתנה הבטחה ואין סיבה שלא לקיימה ככתבה וכלשונה... באין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה",² הפכה ברבות פסקי־הדין למסכת התנאים הבאה:

"סיכום ההלכה הפסוקה בסוגיה זו הוא, כי הבטחה מנהלית שניתנה על־ידי בעל הסמכות לתיתה, מתוך כוונה שיהא לה תוקף משפטי מחייב — וכך הוכנה על־ידי מי שניתנה לו — ושהיא מפורטת די הצורך וכת ביצוע, עשויה להיות מקור עצמאי לחיובה של הרשות ועילה להתערבות בג"צ לקיימה. זאת ללא קשר עם השחק עקב הסתמכות על ההבטחה ואף ללא שינוי המצב לרעה של מקבל ההבטחה".³

אך גם אם תמצא לומר שמדובר באותה גברת — רק יותר מכוגרת — עדיין רבה הביקורת: עוד נראה, שאופן היישום של הלכת סאיי־טקס או יותר נכון היעדרו, הוא שמשרש את הנורמה שביקש השופט ברנזון להנחיל, קרי: קיום הבטחות ברגיל; ורק כחריג בלבד, כברירת מחדל אין אונים, להניח לרשות להשתית את מילתה ולהפר את הבטחתה.

דא עקא, החריג קם על יוצרו — הוא הפך להיות הכלל בעצמו! מחמתו של

1 ראו בג"צ 135,321/75 סאיי־טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל (1) 673 (להלן: הלכת "סאיי־טקס").

2 שם, בע' 676.

3 ראו בג"צ 5018/91 גדות תעשיות פטרוכימיה בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (2) 773, 779 (להלן: בג"צ "גדות").

היישום הלקוי, שכל-כך חוטא לדין הרצוי, נמצא שדווקא הבטחה שנתנה הרשות שאמינותה בעיני הציבור חשובה היא, אינה בבחינת "כתובה בעט ברזל בציפורן שמיר הרושה על לוח לבם"⁴. עתה, חובתה של רשות ציבורית לכבד את חיוביה הנה חובה "גמישה", אשר ניתן לסטות הימנה במקרה הצורך; כשפרשנות מונח זה, אליבא דפסיקה, רחבה מגי'ם וחובקת עולם ומלואו. והדברים הגיעו עד כדי אבסורד פסיקתי שיצר ודאות משפטית! הרשות משהבטיחה-כמו לא הבטיחה כלום, ובעל דברה-יעמוד בפני שוקת שכורה. "המתח" היחיד בסוגיה הוא איזו דרך תישא חן מלפני הפסיקה כדי להשיג את התוצאה האמורה. אני, לפיכך, אנהג לפי הדרכת התלמוד הירושלמי: "דבר שאינו מחזור מתוקים אותו ממקומות רבים"⁵. לכן, החלטתי לעשות מעשה ולבחון את פסקי-הדין אחד לאחד. התגלית החד-משמעית היא סיכול מוסד ההבטחה המנהלית: או שבית-המשפט ממאן להכיר בעצם כינונה של הבטחה או שהוא תר אחר "צידוק חוקי" שמעמידה ככלי ריק. התיזה שנוצרה תשוב ותתריע מפני תופעה זו ותצא חוצץ כנגדה לכל אורכה של הרשימה, אך עדיין לא נוכל להשיב את קולמוסנו לנרחיק. חשוב להדגיש שהדגש היטב, שאפילו בית-המשפט מוצא "צידוק" – חוקי או לא – לנסיגה מהבטחה, אין לו להתעלם מהעובדה שהיא ניתנה גם ניתנה! פעמים הרבה, אף מעבר לאינטרס הציפיי ששנפגע, היא ודאי אף גררה את מקבליה להוצאות נכבדות. לכן, גם אם הרשות אינה חייבת לקיים את הבטחותיה, היא חייבת גם חייבת לכבדן! חובה זו אינה חובה ציבורית-מוסרית בעלמא, אלא היא ניתנת לאכיפה בעיקר באמצעות תרופת הפיצויים. לפיכך, כל אימת שבית-המשפט משתכנע בקיומה של הבטחה, ולא מצווה בנסיבות העניין על אכיפתה, כי אז שומה עליו לתור אחר סעד חלופי ש"ירפא" ככל הניתן את אינטרס ההסתמכות הפגוע. אך לא דובים ולא פיצויים! עבור בית-המשפט משנמצא ה"צידוק" המיוחל, כוחו יפה גם כנגד שיפוי הנבטח. פסקי-דין ספורים בלבד – שבאו להעיד על הכלל – נותנים לבם לסוגיה זו. אך אין בו בקומץ זה כדי להשביע את הארי.

לדעתנו, המשפט העברי הוא התגלמות הדין הראוי בסוגיה. על המשפט הישראלי להשכיל "לינוק ולהתבשם מנכס צאן ברזל זה של המורשת היהודית"⁶. על הפסיקה לפעול, לדעתי, ברוח צוואתו של השופט חיים כהן ז"ל לשלב את המשפט העברי במידת האפשר במערכת המשפט במדינה, וכיחוד בסוגיית ההבטחה המנהלית, בהיותו אות ומופת לעיצוב ראוי של דין, כפי שאראה בהמשך, בסעיף 9 למאמר זה. מטעם זה שקדנו על ליבונו ולא אבינו לייחד למשפט האנגלו-אמריקאי – שדומה לזה הישראלי – ניתוח נפרד, אלא ככל שיצטרך לכך הדיון.⁷

4 ירמיהו, יז, א.

5 ירושלמי, ברכות, פרק ב, הלכה ג.

6 כדברי פרופ' מ' אלון "דמוקרטיה, זכויות יסוד ומנהל תקין בפסיקתם של חכמי המורח במרצאי גירוש ספרד" שנתון המשפט העברי יח-יט (תשנ"ב-תשנ"ד) 9, 63.

7 מעניין ציין, שסוגיית ההבטחה המנהלית נידונה במשפט האנגלו-אמריקאי כנשימה אחת עם

לסיום, יורשה נא לי להעיר: אמנם מי אנו ומה אנו, שנשים עצמנו שופטים ומבקרים על דעה זו או אחרת שהביעו חכמי משפט וגדולי מחשבה. דא עקא, הלכת סאי-טקס עלתה שוועתה השמימה! אך הכצעקתה? זאת שמנו לנו למטרה ללבן. אך בטרם נפנה לסקור ולהעמיק חקור במצב החוקי הקיים, שומה עלינו, בראש ובראשונה, ללבן את המסד לדין, קרי: את התשתית הנורמטיבית שתומכת, או שלחלופין מגנה ותוקפת את מעמדה המשפטי של ההבטחה המנהלית.

רק משתיפרשנה ההצדקות, אם לחיים אם למיתה, לתוקפה של ההבטחה, כי אז נוכל לבחון את הפטיקה במבט ביקורתי אמיתי, תוך שנבדוק אם אכן בהחלטותיו

דוקטרינת השתק מכוח הבטחה עד לבלי הפרד בעיה. הניסיונות שנעשו באנגליה כדי להכשיר טענה השתק מכוח הבטחה גם במסגרת החוק הציבורי, נדחו בכל המקרים שבהם נתברר כי ההבטחה ניתנה על-ידי פקיד הממשל בניגוד לחובתם לפעול לטובת מטרה ציבורית. בעניין זה הפטיקה האנגלית היא עקבית ולא נשתנתה החל מפסק-הדין *R. v. Blenkinsop* (1892) 1 Q.B. 43. וכן ראו פסק-הדין בעניין *Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd.* (1937) A.C. 610. להעמקה בסוגיה ראו ספרו של Garner *Administrative Law* (London, 1995) 174. "It seems therefore that the doctrine of promissory estoppel can not be used against a public authority..." אין לכחד שקיימת באנגליה גישה הגורסת כי הרשות כלל לא מוסמכת ליתן הבטחה מהיבט, שכן כל הבטחה מצדה את שיקול הרעת שניתן לה על-ידי המהוקק. לפי תפיסה זו, אין לה לרשות "היכולת" ליתן הבטחה מהיבט וראו פסק-הדין בעניין *Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King* (1921) 3 K.B. 500. אך, לעומת זאת, ראו פסק-הדין בעניין *Robertson v. Minister of Pensions* (1948) 2 A.L.L.R. 767. וירועה דעתו המסתייגת של הלורד דנינג לפיה ניתן במקרים מסוימים להטיל על הממשל את ההגבלה הנובעת מהבטחות שניתנו לאזרח. את השקפותיו של הלורד דנינג מסביר בהרחבה המלומד 98 *L.Q.R.* (1977) 93 P.P. Craig "Representations by Public Bodies". כמו כן ראו את פסק-הדין *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade* (1977) W.L.R. 239, 252. יש לציין, שחבריו של הלורד דנינג באותו פסק-דין לא הצטרפו להערותיו, כפי שלא הצטרפו להערות דומות של אותו שופט בפסק-הדין *Western Fish Products v. Penwith District Council* (1978) 122 Sol.Jo. 47. המלומד האמריקאי דיוויד תומפסון. לסקירת הפטיקה המקיפה בסוגיה ראו D.K. Thompson *"Equitable Estoppel of the Government"* 79 *Col. L.Rev.* (1979) 551. *Inc v. U.S.* 320 F.2d. 367, 371 (1963); *Montilla v. U.S.* 457 F.2d 978, 985-987; J.W. Whelan & T.L. Dunigan "Government Contract — Apparent Authority & Estoppel" 55 *Georgetown L.J.* (1972) 830. עם זאת, יש להדגיש, שכאשר ההבטחה נוגדת את החוק אין היא יכולה, אפילו לפי תורתו של הלורד דנינג, להוות בסיס לטענת השתק נגד הרשות. הרוצה להעמיק ברין האנגלי בסוגיה יפנה גם לפסק-הדין *Lever Ltd. v. Westminster Cor.* (1970) 3 A.L.L.R. 496. שם קבע הלורד דנינג שהרשות הציבורית חייבת במה שאמר בעל השררה כאשר פעל בתחום סמכותו הנחזית. עוד נדע, כי נאמר על פסק-הדין שהוא מרחיק לכת אפילו על-פי הקו שהיה נקוט בידי אותו שופט גם במשפטים קודמים. לדעתנו, מן הראוי לאמץ את הגישה המובעת על-ידי הלורד דנינג בפסק דינו זה לפיה בכל מקום שבו לא מתעורר קושי מיוחד ואין הצדקה להפוך הבטחה מנהלית, מן הדין כי תכובר. אך ראו את ההתנגדות הנתוצת להלכה זו בפסק-הדין *Howell v. Falmouth Boat Construction Co. Ltd.* (1951) A.C. 837. לעיון נרחב תוך השוואה לכלי מנהלי קרוב משפחה, הוא החוזה השלטוני, ראו P.P. Craig *Administrative Law* (London, 3th ed., 1994) 678-710.

הבטחה מנהלית: לידתה, תולדותיה, אחריתה

משווה בית-המשפט לנגד עיניו את האינטרסים המתנגשים בסוגיה, והאם הוא מטיב לאזן ביניהם, כל שיקול לפי משקלו הראוי לו. נוכל לחשוף בפני הקורא כבר עתה, שהמסקנה בסופו של דיון תהא, שדווקא בעידן זה, המעלה על נס את ההתחזקות אחר מטרת החקיקה והחזרת על דגלו את עקרון הפרשנות התכליתית,⁸ כמו נשכחות בסוגייתנו אקסיומות יסוד אלו שאין מהרהרים אחריהן עוד. למרבה האירוניה, דווקא כשמדובר בחקיקה שיפוטית שנולדה על אובני בג"צ, הלה משנה טעמו ולא עוד מנתח את הסוגיה בכלים שהתווה, כלים התרים אחר ההצדקות להסדר הנורמטיבי והמצעבים את מעמדו המשפטי תוך שקילתן על כפות מאזני ה"בעד" וה"נגד". אך בית-המשפט בשלו עם פזמון קבוע: הוא מצדו מסתפק בציון התנאים השחוקים עד דק של הלכת סאי-טקס, כשפעמים נוספים להם עוד דקדוקים טכניים; אך המהות — ומה על שיקולי המדיניות — בסוגיה כל-כך רגישה של יחסי אחר-רשות!?

סבורני, שדווקא העדר פרישה נורמטיבית מקיפה ומסודרת של הצידוקים להכרה בהבטחה המנהלית הוא שעומד בעוכריה. לאקונה זו לפתחה רובץ האשם על כי הדין המצוי אינו זה הרצוי (או, למצער, לא האופן בו הוא מיושם, ועל-כך להלן). אין תימה, אפוא, שאנו מקנים חשיבות ראשונה במעלה למצע הנורמטיבי האמור, אשר ישמש בידינו כלי ניתוח ביקורתי לכל אורכו של הדיון: החל בחבלי לידתה של ההבטחה המנהלית וכלה בפרפורי גסיסתה בפסיקה המאוחרת, המנסה ליטול את נשמת אפה.

2. ההבטחה המנהלית — עיצובה הנורמטיבי: הפן החיובי, הפן הנגטיבי

הבטחה חד-צדדית, שאינה עומדת בתנאים של חוק החחים (חלק כללי), תשל"ג–1973 אינה מחייבת מבחינה משפטית. כרם, כאשר ההבטחה, מפי רשות מנהלית יצאה, יש טעמים טובים לעיון נוסף בשאלת תוקפה המחייב. נפקותה המשפטית ניתנת לכיסוס באמצעות פנייה לשיקולי תועלת וצדק כאחד. יתר-על-כן, תומכים בה שיקולים שעניינם האפיונים המיוחדים למערכת היהטים בין האזרח לשלטון. ואם בכך לא די, הרי שיקימים בכגון דא גם צידוקים בעלי אופי חוקתי. נפנה, אפוא, להצגתם אחד לאחד:⁹

שיקולי יעילות — הללו מורכבים מטיעון כפול:

1) הגשמת מדיניותה ויעדיה של הרשות המנהלית בשוק החופשי מן המפורסמות הוא, שפעולה אופטימלית של חיי הכלכלה לא תיתכן ללא התערבות

8 ראו א' ברק פרשנות במשפט — תורת הפרשנות הכללית (כרך א, תשנ"ב) 215–216, 373–395 ועוד.

9 לשם הסקירה הנורמטיבית הנירונה נסתייעתי רבות במאמרה מעורר ההשראה של ד' כרם-אורן "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז (תשנ"ו) 17; א' שטיין "הבטחה מנהלית" משפטים יד (תשמ"ד) 255.

המדינה. שכן, זאת יש לדעת: השוק החופשי סובל מכשלים שונים, כדוגמת החצנה של הוצאות, מידע חסר, בעיות של חסר או יתר תחרות ועוד. כשלים אלה הם ההצדקה הכלכלית להתערבותה של המדינה בחיי המשק — בין באמצעות רגולציה של תחומים שונים ובין באמצעות יוזמה ופעילות של השלטון המרכזי כמשתתף מן המניין בחיי הכלכלה.¹⁰ לפיכך, כדי שמטרות ההתערבות השלטונית תושגנה, אלמנט חיוני הוא כי הציבור יוכל לשים את מכסחו ברצינות פעולתיה של הרשות. אכן, במבט ראשון, ההבטחה המנהלית נתפשת כחסד שלטוני ולא כפעולה שהרשות היא צד מעוניין בה (להבדיל, למשל, מחוזה מנהלי), מאחר שבטווח המידי היא מטיבה עם הפרט בלבד. ברם, פעמים הרבה המניע להבטחה הוא הכוונה פעילויות שהרשות מעוניינת בהן, ופרשת סאי־טקס עצמה תוכיח, שכן שם נסבה ההבטחה על תמיכה שלטונית. עניין דישון¹¹ אף הוא דוגמה לפעילות שהמדינה תפצה לקדם, קרי: עידוד פיתוח ענף הפטימים, על דרך של הבטחה מנהלית בדבר הענקת מכסות ייצור פטימים. ברם, יכולתם של הפרטים (ובמקרה זה — המושב) להסתמך על ההבטחה, היא ערוכה לכך שפעילות זו שהממשלה מעוניינת בה אכן תבצע. ללמדך, שקיים קשר הדוק בין יכולת ההסתמכות ובין השגת המטרה השלטונית! לרשות עצמה יש עניין בנכונותם של פרטים להסתמך על מדיניותה, משנמצא שהכלי של הבטחה הוא אמצעי המשרת הגשמתו של יעד שלטוני.

2) מניעת בזבוז משאבים חברתיים
 אם רשויות מנהליות תוכלנה לקבל החלטות או להפר הבטחות בהתעלם מהשפעתן על הסתמכותו של הפרט, התוצאה תהיה החצנת עליונותיהן. השיקול של הפנמת עלויות עומד ביסודה של תורת ההרתעה הכללית, לפיה הקצאה נכונה של המשאבים החברתיים תושג עת כל פעולה תישא במחירם של הנוזקים הנגרמים בעטיה.
 אמור מעתה: הסתמכות שאין מתחשבים בה היא סוג של נזק, נזק שאי־התחשבות בו יכול שיגרום לבחירה בקו פעולה שיתרונותיו אינם שקולים כנגד הפסד המשאבים שנגרם בשל ההסתמכות שירדה לטמיון.¹² אין אף לקפח את אינטרס הציפיות של הנבטח, אשר אי־מימוש ההבטחה, גם אם אינו גורם לנזק חומרי, עדיין פוגע בציפיותיו. אי־התחשבות בהשקעות אלה הוא פעולה של החצנת עלויות, המביאה בסופו של חשבון לתוצאה בלתי־יעילה.¹³

10 ראו ברק־ארז, שם, בע' 31 המפנה ל-2 מקורות נוספים: S.G. Breyer *Regulation and Its Reform* (Cambridge, 1982) 15–35; C.R. Sunstein *After the Rights Revolution — Reconceiving the Regulatory State* (Cambridge, 1990) 11–46.

11 בג"צ 142/86 "דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פ"ד מ (4) 523 (להלן: בג"צ "דישון").

12 אף ברק־ארז מתריעה מפני סכנה זו וראו לעיל הערה 9, בע' 32–33.

13 ראו שטיין, לעיל הערה 9, בע' 257–258 והאסמכתאות המובאות שם.

שיקולי צדק

העיקרון של צדק מתקן תומך בהגנה על הסתמכותם של אזרחים על הבטחה מצד השלטון, וכל-כך משום שראוי להגן מפני נזקים הנגרמים על-ידי מי שיוצר סיכון לא הרדי כלפי זולתו. בשל סמכויותיהן הרחבות של רשויות המנהל והמעורבות השלטונית בחיי היומיום, כאלה הם הסיכונים שהפרט חשוף להם במערכת היחסים עמן. לפיכך, מבחינתו של הפרט, ההסתמכות על הבטחתה של הרשות היא חיונית ובכוחה להשפיע באופן משמעותי על מהלך חייו. טול, דרך משל, את פרשת דישון כה על סמך הבטחתה, שינה המושב העותר כיוון כלכלי (פיתוח ענף הפטימים במקום גידולי עופות) והתחייב עד צוואר בהלוואות מכבירות עצומות.¹⁴ הצדקה נוספת להכרה בתוקפה המחייב של הבטחה מנהלית, שקשורה לשיקולי צדק, היא העידוד להסתמכות.¹⁵ דרכם של אזרחים לסמוך על השלטון. לכן, כאשר רשות מנהלית מעניקה הבטחה, הדעת נוחתת שהאזרח יתכנן את פעולותיו על-פיה ויצפה כי תוגשם, בהניחו שהרשות אינה משחיתה מילותיה לריק ושהיא תעמוד מאחורי דיבורה בהיותה "נאמן הציבור". טיעון זה אף נתמך בשיקול אחר הקשור אליו והוא מעמד הרשות בעיני הציבור. נפנה לדון בו להלן.

השיקול בדבר סופיות המעשה המנהלי

כללים גמישים לחזרה מהבטחה מנהלית יוצרים חוסר ודאות. המעשה המנהלי נותר פתוח לדיון מתודש בכל עת. ומה על אינטרס ההסתמכות של האזרח תם הלב שיכול ופעל על-סמך ההבטחה, וציפייתו כי מוצא פיה של הרשות יוגשם — מה היא עליה? אף השופט כן עמד על-כך בהבהירו כי "יש ומושם הדגש בחשיבות של סופיות הדיון, ובזכותו של האזרח לדעת היכן הוא עומד ביחסיו עם השלטון, מבלי שעליו לחשוש משינוי החלטותיה של הרשות חדשות לבקרים".¹⁶ אכן, דברים בסלע.

השיקול החוקתי — שני פנים לו:

1) יישום עקרון השוויון בחלוקת הנטלים השלטוניים
התנכרותה של הרשות להבטחתה, חרף הסתמכותו של הפרט עליה, עלולה להביא לעיוות בחלוקת נטל ההוצאות של הפעילות השלטונית. בנסיבות אלה, הפרט שהסתמך על הבטחה שהוענקה לו, נושא בהוצאות של פעולה שנעשתה עבור כלל הציבור.

14 ראו בג"צ דישון, לעיל הערה 11, בע' 530.

15 על שיקול זה עומדת ברק-ארו במאמרה, לעיל הערה 9, בע' 36–37. אך באספקט של הנמקה ופומביות. לפיה, הפרקטיקה השלטונית מעודדת יצירתה של הסתמכות כאשר החלטות המנהליות הן פומביות ומנומקות ולכן יוצרות מעין מצג לגבי תוכנן של החלטות שנתקבלו במקרים דומים. אספקט זה אינו קיים בענייננו, שכן הבטחה היא מעצם טבעה אינדיבידואלית ולא מפורסמת.

16 ראו ע"א 433/80 נכסי י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים תל-אביב, פ"ד לו 337(1), 344 (להלן: עניין "נכסי י.ב.מ.").

תוצאה זו מנוגדת לעקרונות השוויון ורצוי למנוע אותה על-ידי הטלת נזקי ההסתמכות על ציבור משלמי המיסים. ובלשונו של שטיין: "אין זה מובן מאליו, שטעותה המצערת של הרשות... צריכה לצער רק את הנבטח. מדוע הנבטח הפרטי צריך להקריב את אינטרס ההסתמכות והציפיות שלו על מזבחה של טובת הכלל?"¹⁷ אין זאת כי אם יש לשאוף לפתרון רב צדדי המתחשב בכל האינטרסים המתנגשים, פתרון ששואף ליתן תחולה מקסימלית לעקרונות השוויון בפני החוק שבין הרשות לאזרח.

2) הגנה על זכויות האזרח תוך מניעת שררה הכרה בכוחו של השלטון לפעול בהתעלם מקיומה של הסתמכות, שהיא פועל יוצא של הבטחתו, עלולה להביא לפגיעה בחירויות הפרט. זאת, בעיקר לנוכח העובדה שעמדת הכוח של השלטון כלפי הפרט אינה מוגבלת לתחום הכלכלי, אלא חובקת כל. אמת נכון הדבר, המשפט המנהלי מטיל על הרשות חובה לנהוג בתום-לב ואוסר על שרירות, אך בכך לא די. הטיבה לעמוד על-כך ד"ר ברק-ארז בהבהירה שכל אימת שקיימת הסתמכות, אזי נזקה האפשרי של פעולה שרירותית הוא חמור במיוחד. יתרה מכך, אנו צפויים להיתקל בקשיים פרקטיים לא מבוטלים בבואנו להוכיח קיומו של מניע פסול. מכאן הצורך בכללים משפטיים המשווים לנגד עיניהם את ההסתמכות פרי ההבטחה ומבקשים להגן עליה. כללים אלה בכוחם למנוע בעקיפין הפעלת לחץ על הפרט תוך ניצול מצוקה הנוצרת עקב ההסתמכות, מבלי לתקוף במישרין את הבעיה ההוכחתית הקשה של המניע.¹⁸

שיקולי הגינות ואמינות

זהו למעשה הנימוק הפסיקתי עליו נתבססה הלכת סאייטקס, אמה-הורחה של ההבטחה המנהלית. אליבא דשופט ברנזון "ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקום הלכה למעשה כאשר בכוחו של המבטיח למלא אתריה... אמינות הממשל בעיני הציבור חשובה לאין ערוך מן האפשרות שיינתן לו לחזור בו או לסגת, במקרה זה או אחר, מהבטחה שנתן".¹⁹ ואם במישור הפרטי חובה לנהוג בתום לב מכוח סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים, תשל"ג-1973, הרי שרשות ציבורית לא כל שכן. על יסוד שיקולים אלה לבדם באה ההבטחה המנהלית לעולם המשפט.

17 שטיין, לעיל הערה 9, בע' 260-261. לדידו של שטיין, יש להכיר בתוקפה המשפטי של הבטחה כאשר "השלטון אינו קטין ואינו שוטה, לכן השימוש בדוקטרינת ה-Ultra Vires כמכשיר לשלילת תוקפן של הבטחותיו שמימשן אינו כרוך בחריגה מסמכות, נראה כמוטעה. עיקרה של דוקטרינת ה-Ultra Vires הוא להגן מפני השררה ולא להגן על השררה". מה גם, שתפישה זו הנה "מכשיר משפטי בלתי-ערין אשר שם לאל את האינטרסים של הצד המסתמך". ואם בכך לא די, היא מביאה לתוצאות קשות גם מבחינת הרשות: "לפי תפישה זו לא תוכל הרשות לעולם לכרות חוזה מחייב, שכן כל חוזה שלטוני הוא בבחינת הבטחה שמצרה את שיקול הדעת". שם, בע' 259.

18 ברק-ארז, לעיל הערה 9, בע' 35-36.

19 הלכת סאייטקס, לעיל הערה 1, בע' 676.

לכאורה, דומה שריונו מוצה והגיעה השעה שיפנה את מקומו לשלב המסקנה: יש להכיר ללא סייגים בתוקפה המחייב של הכטחה מנהלית, ומשנתנה אותה — שוב אין הרשות יכולה לחזור בה. ולא היא. מה שהופך את הסוגיה המורכבת ממילא, למרתקת אף יותר, הוא מאבק האיתנים הנורמטיבי בין האינטרס לקיים הבטחות מנהליות שהוא הוא אותו אינטרס המבקש לשלול את תוקפן! ואסכיר דבריי: אמרנו, כי השלטון מחויב לשוות לנגד עיניו את טובתם של האזרחים, אולם חובתן של רשויות המנהל לפעול למען כלל האזרחים יכולה לנטות גם כנגד ההגנה על הסתמכות האזרח על ההכטחה, מאחר שקיומה עלול לבוא במחיר של פגיעה באחרים. עקרון חופש ההחלטה המנהלית מחייב, שבהינתן טעמים ציבוריים התומכים בהפרת ההבטחה, יש לסטות הימנה. האינטרס הציבורי הופך את המערכת הדר־צדדית למשולשת: ייתכן שמבחינת מאזן הצדק של הצדדים המיריים, רשות שגרמה להסתמכות של אדם פרטי צריכה לשאת באחריות לכך — להימנע מפעולה שתפגע בהסתמכות או לחלופין, לשלם פיצוי הולם. אולם, אין לכתור שקיומה של אחריות כזו עלול להרתיע את הרשות מלפעול גם כאשר פעולתה רצויה מבחינת האינטרס הציבורי, באשר ייתכן שאין לה משאבים לשלם את מחיר השינוי מטעמים תקציביים. מה עוד, שגם אם תשלם, הם גורעים מן התקציב המוגבל ממילא, אשר יכול לשמש לעשיית פעולות אחרות. שיקולי נגד אלו, אף הם פרמטר חיוני לצורך קביעת המסגרת הנורמטיבית של נפקות ההבטחה המנהלית. ברם, לרעתי אין להפריז בחשיבותם. איזונים הנכון עם שאר השיקולים שמנינו יוצר, לטעמי, משוואה מאוד ברורה: הכלל הוא שרשות חייבת למלא את הבטחתה, ורק בהינתן נסיבות חריגות אותן לא ניתן היה לצפות, יש לאפשר לה לחזור בה; ובלבד שאם לא עמדה הרשות בהבטחתה, יעמדו לרשות הנבטח סעדים שיטיבו את נזקו ואת אינטרס הסתמכותו. ודוק היטב: המבחן המוצע צר ומצומצם הרבה יותר ממבחן "הצידוק החוקי" שאומץ בפסיקה. להלן ניווכח בתוכן רחב היריעה שיצקו השופטים למושג זה, תוכן שהפך את החריג לכלל. כעת, מצוידים אנו בכלים הראויים לצורך התחקות ביקורתית אחר התפתחות מוסד ההבטחה המנהלית בפסיקה בתי-המשפט. תוך כדי סקירה נצביע על הדין השונה — והראוי יותר — אליו יכול היה בית-המשפט להגיע, לו הפעיל על פסיקתו את מסכת השיקולים שהתונונו.

3. הלכת סאי־טקס — "אויבים סביב לה"

א. חבלי הלירה:

הלכת סאי־טקס לא הייתה תוצר של התפתחות הדרגתית ומתוכננת, אלא אפשר לתארה יותר בתור "קפיצה נחשנית"²⁰ באשר "עשתה היסטוריה" בתחום המשפט

20 ראו "דומן" הכטחה מנהלית לציבור" משפט וממשל ה (תש"ס) 465, 473.

המנהלי הישראלי. לראשונה²¹ ראה כג"צ בעצם קיומה של הבטחה מצד הרשות עלה עצמאית להתערב ולצוות על הרשות לממש את אשר הובטח. חשיבותה של הלכת סאייטקס מצדיקה להביא את דברי מחוללה, השופט ברנזון, במלואם: "הבטחה שניתנה על-ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית בכונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה כצורה זו, ההגנות הציבורית דורשת שההבטחה תקום הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה", והוא – "באין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה".²² אמור מצתה: הכלל הוא "פשוט וברור ואינו מעורר שום קושי. ניתנה הבטחה ואין סיבה שלא לקיימה ככתבה וכלשונה". החריג המסיג את הכלל הוא סטייה ממנה. זוהי תמצית הלכת סאייטקס. מאמרנו יוקדש לבדיקה למה הפך הירך' שגולד על-ידי השופט ברנזון כרכות השנים וכרכות פסקי-הדין. באיזה סבר פנים קיבלוהו הפסיקה והספרות המשפטית? האם במרוצת השנים הוא עוצב כפי הנחיתו של אביר-מולידו, או שמא עתה, ממרום הצי-יובל שנותיו, נשתנתה דמותו הפסיקתית לבלי היכר?

ב. קבלת הפנים בקרב המשפטנים:

אם יותר לנו לפתוח במסקנה, כי או אפשר בשלוש מילים לתאר את התגובות להלכת סאייטקס: "פרי-בטן" לא רצוי. דותן עומד על-כך שיהלידהי "באה בהפתעה לשופטי בית-המשפט העליון האחרים".²³ הדבר בולט בשל התגובה של השופטים בפסקי-הדין שניתנו בנושאים דומים בתקופה שלאחר היווצרות ההלכה, כמו גם מכתביה אקדמית. יאמר מיד, שאנו דוחים בשתי ידיים את חיצו הביקורת שהוטחו בה, כאשר לדעתנו מדובר בהלכה ראויה. אנו, לפיכך, נציג את אותם "חיצים" ותוך כדי ניסיון להראות שהם לא קלעו למטרה, נסביר מדוע הלכה זו כדן יסודה: כך, למשל, משה נגבי, ברשימה הביקורתית שפרסם²⁴ תקף נמרצות הן את ההחלטה הקונקרטי שנתקבלה, הן את ההלכה הכללית והן את ביסוסה המשפטי. לעת עתה, נניח לביקורת הראשונה הספציפית²⁵ ונתייחס לטענת נגבי כי "קשה למצוא בסיס משכנע למחויבות לקיים

21 עד שניתן בשנת 1975 פסק הדין בפרשת סאייטקס, שורה בארץ ההלכה כי אין תוקף להבטחת רשות בנושא שלטוני. ראו, למשל, בג"צ 58/66 מטיאט ובניו בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כ (2) 561, 569 (להלן: בג"צ "מטיאט"). כמו כן, ראו ספרה של ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס) 120: "לפני פסק-הדין בעניין סאייטקס לא מצינו ביסוס, עיגון או הסבר לחובת הרשות לקיים הבטחותיה. פסקי-הדין בפרשת סאייטקס מהווה מפנה רב משמעות לעימת פסיקה שקדמה לו, בהעניקי לראשונה תוקף משפטי ומקור חיוב עיוני להבטחת רשות". וראו האסמכתאות המובאות על-ידי המחברת.

22 הלכת סאייטקס, לעיל הערה 1, בע' 676.

23 דותן, לעיל הערה 20, בע' 473.

24 מ' נגבי "חובת המדינה למלא את הבטחותיה" הפרקליט לא (תשל"ו-תשל"ח) 376.

25 נגבי תמה על ההשוואה לחוק החוזים, בעוד שהמדובר ב"עסקת תסד" שהדין התל עליה הוא

הבטחה". די לנו בכך שנפנה את המחבר לפרק בו עסקנו בצידוקים הנורמטיביים כבר המשקל שהמסקנה המתבקשת מהם היא קיום הבטחות. במישור הכללי תיאר נגבי את הלכת סאי־טקס כ"גורפת". עם כל הכבוד, המחבר אינו קונסיסטנטי, שכן הכיצד תיאור זה מהיישב עם טענתו שביקורתו היא "אך ורק כנגד יישום ההלכה שלפנינו?"²⁶ מה גם, שסתם המחבר ולא פירש מדוע לדידו ההלכה "גורפת". אך מה שלא מובן כלל הוא, כיצד ניתן ליישב את הביקורת האמורה עם שתי השורות שקדמו לה, בהן גמר המחבר על ההלכה את ההלל, כהצהירו שדבריו של השופט ברנזון "יש בהם כדי לבטא תחושה נעלה של צדק מנהלי, ויקשה עד מאוד למצוא טעם לפגם אם נראה בהם הלכה כללית או הנחיה כללית למנהל";²⁷ ואכן, בכל הכבוד, גם קשה מאוד למצוא טעם בביקורת זו! כאמור, לשיטתנו, הלכת סאי־טקס עוצבה כהלכה, משנקבע סייג לתחולתה, הוא אותו "צידוק חוקי" שלא לקיים את ההבטחה. הכלל מתחשב באינטרס ההסתמכות והציפיות של מקבל ההבטחה ובערך של אמירות השלטון; החריג טומן בחובו איוון אינטרסים ושומר על טובת הכלל כערך המוגן על־ידי עקרון חופש ההחלטה המנהלית ומאפשר מידה רבה של גמישות. ללמדך, שהלכת סאי־טקס הנה דינמית דיה כדי לשרת את האינטרסים שהמשפט המנהלי נועד להגן עליהם ובשום אופן אין לראותה כ"גורפת". מאותו טעם אין גם לקבל את אימוץ הביקורת האמורה במספר פסקי־דין שבאותה תקופה, כדוגמת: הלכות אומן, זילברשטיין, קצאן, אלון ועוד היד נטויה.²⁸ למרבה האירוניה, גם פסקי־דין שסוף כל

חוק המתנה. לדעתו, רלוונטי למקרה זה סעיף 5 לחוק לפיו רשאי מי שהבטיח ליתן מתנה לחזור בו, כאשר מקבל המתנה לא שינה מצבו לרעה או כשחלה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי של הנותן. שני תנאים אלה התקיימו, לכאורה, בהלכת סאי־טקס. לעומתו שטיין, לעיל הערה 9, בע' 265, הערה 48, סובר שהפנייה לדיני תום הלב החוזיים אינה אלא היקש נורמטיבי שנעשה כדי ללמד על סטנדרט התנהגותי מסוים, מה גם שמכות סעיף 61(ב) לחוק החוזים חל תום הלב אף על עסקת מתנה. לדעת א' וינרוט חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המינהלי (תשנ"ה) 494, הערה 7, כשסעיף 5 לחוק המתנה מאפשר למבטיח לחזור בו מהבטחתו, לא ניתן לראות, בדרך־כלל, בעצם חזרתו מהבטחה משום חוסר תום לב, שאם לא כן נשללת משמעות הסעיף. המיהתו של נגבי על הלכת סאי־טקס מעוררת אם כן קושי, שהרי אם משמעות פסק־הדין היא כי עצם הפרת ההבטחה עולה כדי חוסר תום לב, הרי שהדבר אינו מתיישב לכאורה עם סעיף 5. שם, בע' 380. תימוכין לביקורת זו מצאתי במאמרו של שטיין, לעיל הערה 9, בע' 264, שם אף הוא מביע את חוסר הסכמתו לדברי נגבי ומציע הסבר משלו לתרצם.

27 שם, שם.
28 בג"צ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לב (3) 469. (להלן: פרשת "אומן"). בג"צ 778/79 זילברשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד לד (3) 363, 356 (להלן: בג"צ "זילברשטיין"). בג"צ 640/78 בוריס קצאן את יוסף הרשטיג, חברה לבנין ולהנדסה בע"מ נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון עיר נתניה, פ"ד לד (2) 1, 8 (להלן: בג"צ "קצאן"); השופט בכור תיאר את ההלכה כ"גורפת" ואף השופט אשר מבהיר שהוא מסכים לביקורת שנמתחה עליה. בבג"צ 282/80 אלון נ' המועצה המקומית נתיבות, פ"ד לה (1) 601, 608 (להלן: בג"צ "אלון"), נקטה השופטת בן־עזו בשם התואר "קיצונית ביותר".

סוף "מוזיל בטוב" ליישם את הלכת סאי־טקס, כצורתו על הרשות לעמוד בדיבורה, אף הוא לא חוסך שבטו ממנה בהבהירו שהיא גורפת מאוד ויש, לפיכך, לסייגה.²⁹ אף המלומדים שטיין, וינרוט ודוהן³⁰ התקשו להבין מדוע הלכת סאי־טקס נתקלה בשעתו ביחס צונן וחשדני כזה מצד שופטים ומחכרים כאחד. אליבא דדעתם, מדובר בקביעה הגיונית התואמת היטב את התפיסה הכללית של משפטנו הפנהלי, כמו גם משתלבת במגמה להרחיב את הביקורת השיפוטית כדי להגן על האינטרסים של הפרט, כחלק מהמגמה שבאה לידי ביטוי בשורת הלכות שפותחו לפנייה ואחריה על־ידי בית־המשפט העליון. כל אחד מהמחברים הסברו עמו לפשר התגובה העוינת בה נתקבלה ההלכה, ונעמוד על־כך בפרק נפרד. כעת חשוב לבחון האם למרות הביקורת, בתי־המשפט יישמו "הר כגיגית" את הלכת סאי־טקס, או שמא ביקורתם הטביעה את חותמה בצורה אופרטיבית על הפסיקה, והתשובה היא כאפשרות האחרונה. אלמלא היה הדבר חוטא כל־כך לדין הרצוי, הייתי מגדירה כ"מרתק" את ניסיון האבחון של כמעט כל מילה שיצאה מפיו של השופט ברנזון, בפסיקה המאוחרת. כך ניסתה הפסיקה ליטול את רוח החיים מהלכת ההבטחה המנהלית, לא על־ידי ביטולה כי אם על־ידי אבחונה. לכן, תחילה נניח לקורא להתרשם מן האופן בו בית־המשפט כמו יוצק תוכן חדש למושג ה"אבחון" בהיזקקות התכופה אליו, כמו גם ב"אבחנות" הלכאורה רלוונטיות שיצר. לאחר־מכן אף נראה, כיצד הלכת סאי־טקס נתגבשה לכדי צורתה החדשה.

ג. התמודדות עם "הלכה טעונה תיקון" על דרך האבחון:

יעלה ויבוא פסק־הדין של התאחדות בתי־מלון³¹ שניתן בסמוך למתן ההחלטה בעניין סאי־טקס. בית־המשפט מאן להחיל את הלכת סאי־טקס על ההבטחה שקיבלו העותרים בדבר הכרה בענף המלונאות כענף מייצא לצורך התמריצים השונים, חרף העובדה ששני פסקי־הדין עניינם התערבות במדיניותה התקציבית של הממשלה. זאת לאור ההבדל – אליבא דשופט לנדוי – שמתבטא בכך שההבטחה נשוא הדין בסאי־טקס הייתה לסכום קצוב ולתקופה מסוימת, בעוד שבמקרה דגן כלל לא נקבע גובהו המדויק של התמריץ. לדעתנו, הבדל זה אינו עומד בפני הביקורת: הרי דרישות ה"סכום הקצוב" ו"התקופה המסוימת" אין להן זכר בהלכת סאי־טקס. כל שנדרש כתנאי לתחולתה הוא שההבטחה תינתן מתוך כוונה שיהא לה תוקף משפטי והיא תתקבל

29 ראו בג"צ 250/78 אביוב נ' שר החקלאות, פ"ד לב (3) 742, 747 (להלן: בג"צ "אביוב"): "דברים אלה בפרשת סאי־טקס גורפים מאוד ויש להבין אותם על רקע העניין שגורן שם". להלן אף נוכיח את טענתנו, שחיוב הרשות לקיים את הבטחתה אינו חזון נפרץ, בלשון המעטה.
30 ראו דוהן, לעיל הערה 20, בע' 473; שטיין, לעיל הערה 9, בע' 266 – לדעתו, הסיבה בגינה חותמו הלכה זו על כנה נובעת כל כולה מהחשיבה התקדימית האנגלו־סקסית הרואה בביטול ההלכה צעד דרסטי למדי. כן ראו וינרוט, לעיל הערה 25, בע' 497.
31 בג"צ 534/75 התאחדות בתי־מלון בישראל נ' שר התיירות, פ"ד ל (1) 837 (להלן: בג"צ "התאחדות בתי־מלון").

כזאת, קרי: קיום יסוד ההסתמכות. זאת בעוד ה"סכום הקצוב" ו"התקופה המסוימת" אינם בבחינת תנאי מספיק וודאי שאינם תנאי הכרחי להיווצרות ההסתמכות.³² ולא עוד, אלא שאבחון זה פוגע אנושות ברוחה של ההלכה, הלכה שמעלה על נס את אמון הציבור ברשות המנהלית וחובתה המוסרית של זו לעמוד בדיבורה! הרי, לכאורה, מותר חיובה של הרשות לקיים הבטחה מנהלית על פני חיובו של הפרט לקיים התחייבות הנו בכך שהאתרון חייב לכבד את התחייבותו רק כשזו עומדת בדרישות של דיני החוזים, ואילו הרשות חייבת בכל מקרה לכבד את מילתה, ועם זאת, בחן בית-המשפט את ההבטחה ב"זכויות מגדלת" ולא מצא בה לשון קטגורית אשר ממנה ישתמע כי ההבטחה תקיים בכל מקרה ובכל הנסיבות. והתמיהה על בית-המשפט עוד גוברת לנוכח העובדה שלו רצה לשלול מההבטחה את תוקפה, כי אז לשם מה להיזקק לאבחון מפוקפק בהינתן דרך אלטרנטיבית? די היה לשופט לנדוי להצביע על-כך שהבטחה מצד שר התיירות אין בה כדי לחייב את אוצר המדינה הממונה על חלוקת העוגה התקציבית!

פסק-דין נוסף שניתן מעט לאחר הלכת סאי-טקס הוא עתירתה של אסם אקספורט.³³ השופט ויתקון דחה את העתירה שבה ביקשה העותרת להמשיך ולקיים את ההבטחה שבחוזר, והיינו, קבלת תמריצי יצוא ממשרד המסחר והתעשייה בהסתמך על הלכת סאי-טקס. מאי טעמא? שהחוזר נשוא הדיון, שלא כמו רעהו בהלכת סאי-טקס, נאמר בו כי אין לראות בהוראותיו משום התחייבות לשלם את כספי הסיוע. אך, דומני, שהשופט ויתקון לא דק פורתא: האבחון בו נקט כוחו עמו כל עוד הנימוק שביסוד הלכת סאי-טקס הוא עצם קיומו של קשר חוזי בין הצדדים, אך ביודענו שגם החוזר דשם אינו חוזה, אלא, לכל היותר, מסמך שיצר ציפיות שיש להתחשב בהן, הרי שהאבחון האמור לא תקף כלל! אם "מתעקש" השופט ויתקון לעקר את תוקפה של ההבטחה, עדיף לו שיונח את טכניקת האבחון המאולצת. הוא יכול ללא חשש להפעיל את הלכת סאי-טקס ועדיין להגיע לאותה מסקנה, שכן למשיבים "צידוק חוקי" לאי מימושה, הוא הפיחות, בהיותו שומט את הקרקע מחחת ליסוד שעליו נשענה ההבטחה. צא ולמד עד כמה רתיעתו של בית-המשפט מגעת, שהוא מבכר לשים מבטחו באבחון רחוק להצדקת פסיקתו, על-פני שימוש בהלכת סאי-טקס תוך הפעלת החריג שבצדה.³⁴

פסק-דין אחר, גם הוא ניתן מעט לאחר הינתן הלכת סאי-טקס, הנו פרשת ועד מקומי סביון.³⁵ העותר ביקש להסתמך על הבטחה שניתנה לו לעניין שינוי ייעודה של קרקע. דא עקא, שוב אובחן מקרה זה מהלכת סאי-טקס על-ידי יצירת דיכוטומיה בין

32 ראו גם שטיין, לעיל הערה 9, בע' 267.

33 בג"צ 73/76 אסם אקספורט (1962) בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד ל (3) 636 (להלן: בג"צ "אסם אקספורט").

34 לשם השלמה נציין, שהשופט ויתקון מצא הכול נוסף בין המקרים: בסאי-טקס הונח שעסקינן בדולרים שהומרו ללירות ישראליות לפי השער שמלפני הפיתוח, בעוד שבאסם אקספורט אין בהחלטת המשיבים כל רטרואקטיביות. להתייחסות לטענה זו ראו שטיין, לעיל הערה 9, בע' 268.

35 בג"צ 601/75 ועד מקומי סביון נ' הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית, פ"ד לא (1) 103.

הבטחה הצופה פני עתיד לבין הבטחה הנוגעת לעבר. בעוד שהרשות מחויבת לכבד את הבטחתה בכל הנוגע לפעולות שכבר נעשו על-ידי הפרט, וזאת אף כאשר פעולות אלו היו נעשות ממילא והפרט לא שינה את מצבו לרעה, הרי שבכל הנוגע לעתיד, אין כל תוקף להתחייבויות של הרשות וזו רשאית לחזור בה אף מהתחייבות ברורה וקטגורית, ולשנות את מדיניותה. הלכה זו גם היא הותרת תחת הגיונה של הלכת סאי-טקס ומעקרת את הנורמה שניסתה היא להשריש, קרי: הצורך לשמור על אמון הציבור ברשות וחובתה של זו לנהוג במידה ראויה של הגינות.

נחתום את הדיון בדוגמא אחרונה, היא הלכת אומן. בית-המשפט דחה את העתירה כיוון שלא דובר בהבטחה הנוגעת להתייחסות הרשויות אל פעילות שכוצעה בעבר, אלא לשינוי מדיניות הצופה פני עתיד. בתוך כך הדגיש בית-המשפט, כי הלכת סאי-טקס הנה הלכה שיש להבינה על רקע העובדות הספציפיות ששימשו יסוד לעתירה באותו מקרה וכי יש לשים לב לסייגים שנקבעו בה. פרופ' שטיין אף הוא תמה על-יכך שבית המשפט 'בחר' שלא להבחין בין ההזלטה הקונקרטית בפסק-הדין המבוססת (בין השאר) על שינוי לרעה במצבן של העותרות, לבין ההלכה הכללית המדגישה שיש לקיים את ההבטחה "אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה"³⁶ צודק, אפוא, ד"ר וינרוט באומר כי "הפסיקה המאוחרת מצאה ק"נ טעמים והבחנות אשר סייעו בידה שלא ליישם את הלכת סאי-טקס".³⁷ וזוהי רק סקירה תמציתית של הפסיקה שניתנה בסמוך להלכת סאי-טקס! אנו אף ניווכח להלן כיצד דבריו של השופט ברנזון, כניסוחם המילולי, היו לפורמולה משפטית, חוץ מתן פירוש נורמטיבי של "תנאי" לעקרונות שהתווה.

4. הלכת סאי-טקס בהתבגרותה – קווים לדמותה

בפרשת אומן, עמה חתמנו את הדיון בנושא האבחונים, השופט כהן נתן בהלכת סאי-טקס סימנים:

- (1) נותן ההבטחה היה בעל סמכות לתיתה.
 - (2) נותן ההבטחה התכוון להקנות לה תוקף משפטי מחייב והיא נתקבלה ככזו.
 - (3) המבטיח הוא בעל יכולת למלא אחריה.
 - (4) אין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה.
- אלה התנאים המכוננים לקשירתה של הרשות בהבטחתה. כעת הדיון יתפצל לשני מישורים שונים: האחד, עניינו יציקת תוכן לתנאי היסוד הללו, יציקה שממנה עולה מניה וביה מגמת הצמצום הברורה של הלכת סאי-טקס.

36 ראו הלכת סאי-טקס, לעיל הערה 1, בע' 676; שטיין, לעיל הערה 9, בע' 268.
37 וינרוט, לעיל הערה 25, בע' 497. לפסק-דין נוספים ש"מאבחנים" את המקרה שבא לפניו מהלכת סאי-טקס, ראו דותן, לעיל הערה 20, בע' 475.

השני, עניינו מיקוד ה"התנכלות" אל ההלכה האמורה בקרב הפסיקה, כדי להכשיר את הקרקע להצגת התיזה המוצעת.

א. ניתוח ארבעת התנאים: ההשכילו להחזיר עטרה ליושנה או שהלכת סאי־טקס עתה היא שונה?

תיחומה של הלכת סאי־טקס בקיומם של ארבעת התנאים האמורים מובהרת על-ידי פרופ' שטיין³⁸ בהסתייגות ששררה כלפי הלכה זו מתד גיסא, ובחשיבה התקדימית האנגלו־טקסית, הרואה בביטול הלכה צעד דרסטי למדי, והמעדיפה התמודדות לא תזיחית עם הלכה זו באמצעות טכניקת האבחון, מאידך גיסא. כיוון שכך, ביכרה הפסיקה לסייג את הלכת סאי־טקס באופן שיישומו של האידיאל הגלום בה יתקיים רק לעתים נדירות. ד"ר וינרוט אף הוא עומד על-כך כי "פס"ד סאי־טקס הינו זכודר במערכה ויישומה של הלכה זו הינו נדיר ביותר".³⁹ כיודענו זאת, נפנה לבחינה ביקורתית של התנאים:

1. נותן ההבטחה הוא בעל הסמכות לתיתה: לפי עקרון חוקיות המנהל, נקבעת סמכות הרשות בחוק ואין תוקף למעשיה החורגים מתוך לדלת אמרתיו של החוק המסמיך. מעיקרון זה נובע, כי הרשות אינה יכולה, בהתנהגותה או בדבריה, להרחיב או להצר את תחומי סמכותה.⁴⁰ לפיכך, הבטחה מנהלית שמימושה כרוך בחריגה מסמכות (בין אם ניתנה בסמכות ובין אם לאו) אינה

38 שטיין, לעיל הערה 9, בע' 266.

39 ראו וינרוט, לעיל הערה 25, בע' 495. לדעת ד"ר וינרוט, תנאים אלו מובנים לאור הריציונל שבכסיס הלכת סאי־טקס. קרי: הרצון לשמור על אמינות הממשל. כך, למשל, מובן התנאי השלישי מבין ארבעת התנאים לפיו, כשאין אפשרות מעשית לקיים אהר ההבטחה, אין חובה לקיימה. או אז לא נפגם אמון הציבור ברשות, שהרי המכשול לאי קיומה הוא המציאות המעשית או המשפטית. כך גם מובן התנאי השני, שכן מקום שהרשות הבהירה כי אין המדובר בהבטחה חד משמעית ובלתי הדידה, הרי שלא יפגע האמון ברשות אם הבטחתה לא תקיים. הוא הדין לגבי התנאי הראשון: מקבל ההבטחה מרשות שאינה מוסמכת לא יחדל להאמין בהגינות הרשות אם לא תקיים ההבטחה שניתנה לו על-ידי מי שלמעשה התחייב לתת לו את מה שאין לו. שם, בע' 504-505.

40 בניצ קצאן, לעיל הערה 28, בע' 11: "הבטחה של פקיד ציבור או גוף ציבורי הנוגדת את החוק שאותו הם מחייבים לשרה אינה תופסת ובחיי המשפט לא יתנו את ידם לאכיפת הבטחה כזאת מפני הסכנה הברורה שבצורת הבטחות מעין אלה ירחיבו השלטונות את סמכויותיהם מעבר לגבולות שנקבעו להם על-ידי המחוקק". עיקרון זה הוא גם מקור ההלכה הפסוקה, לפיה אין הרשות יכולה להתחייב שהיא לא תשתמש בעתיד בסמכויותיה השלטוניות. כדברי השופט ויתקן בבג"צ 298/70 ה' ג' פולק בע"מ נ' שר המסחר והתעשיה, פ"ד כה (2) 3, 8 (להלן: בג"צ "פולק"): "אכן, הכל מודים והכל יודעים שאין הרשות יכולה להצר או לוותר על סמכויותיה החוקיות, למשל לגבות מיסים או להעלותם, לשנות את שער החליפין, להפקיע נכסים או להתוות קווי מדיניות חדשים בכל התחומים הנתנים בסמכותה".

מחייבת את הרשות. למען תעשה מלאכתנו נאמנה, ולשם מבניות הניתוח, מן הדין כי נבחין בין חוסר סמכות לסוגיו:

(א) חוסר סמכות פונקציונלית, ר"ל: כשהרשות המנהלית שנתנה את ההבטחה לא הייתה מוסמכת לתיתה (ואין נפקא מינה לעניין זה בין אם ישנה או איננה רשות מנהלית שבסמכותה לתת הבטחה שכזו). או אז אינטרס ההסתמכות של האזרח נתקל במחסום הסמכות – מחסום שלא ניתן לעוברו. טול, דרך משל, את בג"צ אלון בו סירב בית-המשפט ליתן תוקף לשלוש ההבטחות של ראש המרעצה, כאשר הללו ניתנו שלא במסגרת סמכותו החוקית.⁴¹ כך, בבג"צ קצאן, בית-המשפט פסק כי אישורה של הוועדה המקומית ניתן בחוסר סמכות "ולאישור כזה אין תוקף והוא כאין וכאפס".⁴² בבג"צ זילברשטיין⁴³ ההבטחה בנוגע למתן היתר לעותר להפעיל תחנת דלק לא נאכפה, כאשר הגורם המבטיח היה חסר סמכות לעשות כן. גם בבג"צ דורני ברן⁴⁴ ההבטחה להעניק לעותרת זיכיון בלעדי ליבוא שתילי זיתים לא נאכפה, משקבע בית-המשפט שלרשות המבטיחה לא הייתה סמכות להעניק לעותרת מונופולין. בבג"צ לידור נפסק, כי "איש אינו מוסמך וגם אינו יכול להבטיח מראש את תוכנו של מצעה חקיקה, בין חקיקה ראשית ובין חקיקת משנה, המסור כל כולו בידי הגוף המחוקק. לפיכך, הבטחה שניתנה כנ"ל אין לה כל נפקות".⁴⁵

לבסוף, בעניין גולומב נקבע, שאין לאיגרות שנשלחו לתושבים במסגרת מסע בחירות תוקף מחייב כהבטחת רשות. זאת, בין היתר, מהטעם שהתושבים לא הצביעו על מקור לסמכות ראש העירייה ליתן את ההבטחה הכלולה באגרות.⁴⁶

כשלעצמי, סבורני, שתנאי זה ראוי הוא. זאת כיוון שהלכת ה"אולטרה וירס" במשפט הציבורי תכליתה להגן על הציבור מפני נטילת סמכויות על-ידי מי שלא לו נועדה, ומפני טירוף מערכות כללי אם כל איש ציבור הישר בעיניו יבטיח; לפיכך, בכך שבית-המשפט נמנע מליתן תוקף מחייב להבטחה שנתן נציג הרשות הציבורית בחריגה מסמכותו, יש משום הגנה על אינטרס ציבורי מובהק. סבורני, שהשמירה על

41 בג"צ אלון, לעיל הערה 28.

42 בג"צ קצאן, לעיל הערה 28, בע' 6.

43 בג"צ זילברשטיין, לעיל הערה 28.

44 בג"צ 5336/94 דורני-ברן (1986) בע"מ נ' ממשלת ישראל, תקדין-עליון 95 (1) 843.

45 דברי השופט לזין בבג"צ 356/83 לידור האגודה להגנת בעלי בתים, דירות ורכוש פרטי בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד לח (1) 602, 610. ברם, מנגד ניצב בג"צ 5941/91 החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ נ' משרד האנרגיה והתשתית, פ"ד מו (2) 806, 813 (להלן: בג"צ "החברה האמריקאית"), שם קבע בית-המשפט כי "מקום שטוען העותר שרשות שלטונית התנתה והגבילה את סמכותה השלטונית הנורמטיבית, עליו להראות התחייבות מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים מצד אותה רשות שלטונית... על אחת כמה וכמה הרברים אמורים לגבי טענה של העותר שהרשות התנתה והגבילה סמכותה לתוקף חקיקת משנה", שמע מינה, כי נשללה הטענה שלרשות שלטונית אין סמכות להתחייב לגבי מדיניות כלכלית, לרבות במקרה שהמדיניות מעוגנת בחקיקת משנה.

46 ע"א 6620/93 עיריית רמת-גן נ' גולומב, פ"ד נא (2) 363, 374 (להלן: עניין "גולומב").

הבטחה מנהלית: לידתה, תולדותיה, אתריה

גדרי הסמכות הנה כה חיונית לעצם תפקודה של הרשות, עד שהיא דוחה אף את הצורך לשמור על אמינותה. מה גם, ועומד על-כך רענן הר זהב,⁴⁷ שהיעדר אכיפה של הבטחה מנהלית שניתנה בחוסר סמכות, גורם לפגיעה קטנה, אם בכלל, באמינות השלטון, שכן בדרך-כלל הציבור אינו מצפה לאכיפת התחייבות מעין זו. אך דוק היטב: עדיין אין בכלל האמור כדי להכשיר את יישומו הגורף של תנאי זה בפסיקה. לטעמי, יש לאמץ בהקשר זה למשפט המנהלי "תקנת שוק" משלו,⁴⁸ ואסביר דבריי: אין להחיל על כל המקרים דין אחד. גם אם נתן ההבטחה, הוא עצמו, לא היה מוסמך לתיתה, עדיין כל אימת שיש בנמצא רשות מנהלית אשר מוסמכת לתיתה, כי אז יש לפנות אליה ולהודיע לה על קיום ההבטחה והשפעותיה. והוא — אם ל"נכטח הסביר" היה יסוד להסתמך על הבטחת הרשות, כשהקשר המוסדי שבין נתן ההבטחה הלא מוסמך לבין הרשות המוסמכת לממשה, יכול לשמש אבן בוחן לקיום יסוד סביר להסתמך על ההבטחה. הרשות המוסמכת תהא חייבת לשקול נתונים אלה וליתן להם משקל הולם, כך שרק בהינתן טעם ענייני וסביר, שמטעמי טובת הכלל, המצדיק פגיעה באינטרס ההסתמכות והציפיות של הנכטח, ניתן יהיה להשיב את פניו ריקם.

פרופ' שטיין⁴⁹ סובר, שבמצב דברים זה, הרשות המוסמכת תהא פחות קשורה בהבטחה שלא היא נתנה ופחות חשופה לביקורת שיפוטית. זאת ועוד, נטל הראיה בדבר כשרות הסירוב לקיים את ההבטחה יושב על כתפי הנכטח. אכן, תמימת דעים אני עם פרופ' שטיין. לדידי, הצידוק לחרוג, בנסיבות המתוארות, מעקרון החוקיות עולה כקנה אחד עם אחד הטעמים העומדים ביסוד עקרון החוקיות עצמו. כאמור, האיסור המוטל על הרשות לפעול שלא לפי הסמכה שבחוק, אחת מתכליותיו העיקריות היא הגנה על הפרט מפני שרירות וחוסר וראות. ואולם, החלה פשטנית ורוקנית של עקרון חוקיות המנהל עלולה, לעתים, לפגוע בפרט ששינה את מצבו לרעה ולהצמידו במצב של חוסר וראות. כך, למטל, בפרשת נכסי י.ב.מ.⁵⁰ מעיד השופט כך, כי גם אם החלטתה של הרשות נוגדת את החוק או שניתנה בניגוד לדרך הקבועה בחוק, אין פירוש הדבר שבכל מקרה תורשה הרשות לחזור בה מהחלטתה, ובמיוחד כאשר האזרח שינה את מצבו לרעה עקב הסתמכותו על החלטה זו. ואם כך הדבר לגבי החלטה, מקל וחומר דברים אלה יפים גם לגבי הבטחה. ייתכן גם, כי ראוי לבחון כל מקרה לגופו ולשקול, במקרים הראויים לכך,

47 ר' הריזהב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ו) 519, בהערה 49. האמת ניתנת להיאמר, שמבין כל הכתבים שניתחו את התנאים המכוננים הבטחה מנהלית מחייבת, בולט דיונו הנרחב של הריזהב, שהוא היסודי והמקיף ביותר.

48 זהו הביטוי שטבע פרופ' שטיין, אשר אף הוא, דעתו לא הייתה נוחה מתפיסת מחסום הסמכות כסוף פסוק לעניין אכיפת הבטחת הרשות. לפיכך, הוא הראשון שחש להציע, כי תחת השלילה הקטגורית, יש לבחון כל הבטחה לגופה ואם רשות אחרת בכוחה לקיימה. ראו דבריו הנכבדים של שטיין, לעיל הערה 9, בע' 286-288.

49 שם, שם.

50 עניין נכסי י.ב.מ., לעיל הערה 16, בע' 355. כן ראו את דיונו היפה של הריזהב, לעיל הערה 47, בע' 522, הערה 55.

את אינטרס הציבור והפרט בדבר קיום קפדני של עקרון חוקיות המנהל מול אינטרס הציבור והפרט בחריגה מעיקרון זה במקרה המסוים. שטיין במאמרו סובר, כי מתן אפשרות לבית-המשפט לבצע איוון אינטרסים שכזה, כמוהו כהיתר להרחיב את גבולות סמכותה של הרשות המנהלית וכפלישה לתפקיד המחוקק.⁵¹ לעומת זאת, הוא מעלה אופציה להחיל את "כלל הניהול הפנימי" על הבטחה לא מוסמכת. עיקרו של כלל זה הוא, שכניסיות מסוימות, רשאי האזרח הבא במגע עם הרשות, להניח שהגורם הבא איתו במגע הוא בעל הסמכות. כלל זה מכיר במורכבות מערכת ההסמכה ברשות המנהלית, המקשה לעתים על האזרח לזהות מיהו בעל הסמכות הפונקציונלית. כך, למשל, השופט לוי, בעניין חירם, העיר אגב-אורחא שכיוון שהמבטיח כניסיות דשם יכול היה להיות בעל הסמכות לפי ההנחה הסבירה, הרי שעומדת ההבטחה בחזקת כשרות והעותר יכול היה לסמוך עליה.⁵² כלל הניהול הפנימי אף יושם בעניין רישון, שם נקבע כי: "רשאית הייתה העותרת להניח, כי כאשר יו"ר המועצה כותב בשמה של זו, חזקה עליו, שההחלטה עברה את כל ההליכים הנדרשים וכי על-פיהם נקבעו המכסות, שעליהן הודע רשמית".⁵³ הרזהב מבהיר, שאימוץ מפורש של כלל הניהול הפנימי, כפי שנעשה בעניין רישון, הוא חריג בפסיקה. הוא סובר – ובדין הוא סובר – שעניין רישון אינו מלמד על שינוי גורף בהלכה, ולו מהטעם שממצג שהוצג בפני הנכטח ניתן היה להכין, בוודאות כמעט מוחלטת, כי המבטיח מתקשר בשמו ובידיעתו של בעל הסמכות הפונקציונלית.⁵⁴

(ב) חוסר סמכות מהותית – נסכה על תוכן ההחלטה שאינו כדין, וזאת בין משום שהוא עומד בניגוד להוראות החוק המסמין ובין משום שהוא מפר כלל משפטי אחר, המכפיף את הרשות המנהלית למרותו.

(1) דוגמאות להבטחה בניגוד לחוק המסמין: בבג"צ רובינשטיין נפסק, כי "אין בכוחו של בית-המשפט להעניק לעותרת סעד מן הטעם הפשוט שמתן היתר הבנייה לעותרת כמבוקש על-ידיה עומד בניגוד לחוק".⁵⁵ בבג"צ התנועה למען איכות

51 שטיין מדבר על "איוון האינטרסים" כחריג לכלל המניעות שנועד להגביר את ההגנה על אינטרס ההסתמכות של האזרח. רעיון זה נידון אצלנו אגב-אורחא ונדחה בבג"צ קצאן. לעיל הערה 28, בע' 10-11. חריג נוסף לכלל המניעות הוא הבחנה בין פעולות השלטון כ"שלטון" לבין פעולתו כ"Fiscus", הבחנה שגם כשהועלתה בומנו של שטיין, כבר אז נחשבה למוישנת (ראו ד' פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במשפט הפרטי" משפטים ה (תשל"ד) 598), מה גם שהיא קשה לעשייה, מה שיוצר אי-ודאות במערכת המשפט. לפי חריג זה, ניתן להפעיל "מניעות" נגד הרשות שפועלת כ"Fiscus" אף כשהיא חורגת מסמכותה. דומה, כי אין גם סיכוי שחריג זה יוחדר לשיטתנו על-ידי הפסיקה: חוזה "שלטוני" או "רכושי" שמטיל על הרשות חובה לבצע פעולה החורגת מסמכויותיה יחשב כבטל בהיותו נגד את החוק, והרעיון שמאחורי סעיף 30 לתוק החוזים יחול על דרך קל וחומר גם על ההבטחה המנהלית.

52 בג"צ 69/80 חירם נ' שר הביטחון, פ"ד לה (4) 505 (להלן: בג"צ "חירם").

53 בג"צ רישון, לעיל הערה 11, בע' 528.

54 ראו הר זכה, לעיל הערה 47, בע' 521-522. המחבר מונה עוד 2 טעמים לגישתו, וראו שם.

55 בג"צ 111/89 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הוועדה המתוזת לתכנון ולבנייה, מחוז תל אביב, פ"ד מה (2) 133, 139.

השלטון בישראל נקבע, שהתחייבות שלטונית של ראש הממשלה, שלא להפעיל את סמכותו להעברת השר מכהונתו, נוגדת את מצוות הסעיף 13א(ב) לחוק יסוד: הממשלה, ומשכך היא בלתי חוקית ומחוסרת תוקף.⁵⁶ לא למותר אף לעמוד, בהקשר זה, על האבחנה שערכה השופטת נתניהו בבג"צ גדות בין שני סוגי הבטחות: האחד, הבטחה להעניק מענק על-פי חוק ומכוחו, אך ללא עמידה בקריטריונים המצויים בו. הבטחה כזו אינה מחייבת כהיותה חורגת מן הסמכות המהותית המסורה למבטיח. השני, הבטחה להעניק מענק לא מכוח חוק נתון, אלא בשיעור הקבוע בחוק, אילו עמד הנבטח בקריטריונים המעוגנים בו. הבטחה בעלת תוכן מסוג זה, הגם שהיא מדינית פסולה, היא בגדר הסמכות הנתונה לרשות.⁵⁷

2) חוסר סמכות מחמת פגם משפטי אחר – בבג"צ גודוביץ נקבע, כי התפקיד שהוטל לעותר מעמידו במצב של ניגוד אינטרסים ולפיכך "הבטחה שלטונית כפי שניתנה לעותר... עומדת אפוא בסתירה לאינטרס הציבור. הבטחה כזו נוגדת את הדין ומהווה חריגה מסמכות... בית-המשפט לא ייתן תוקף להבטחה כזו".⁵⁸

הריזהב⁵⁹ סובר, שמכאן אין להסיק הלכה כוללת וכל-כך משום שעניין גודוביץ עסק בהבטחה שנפגמה בפגם מכללי הצדק הטבעי, ולא הרי פגם בדרגת חומרה כזו כהרי פגם אחר. לשיטתו, מקומם של פגמים מנהליים אחרים שיוכלו ונפלו בהבטחה או בתהליך נתינתה, יכירם מקומם לא במסגרת תנאי הסמכות, כי אם עת נבחן "הצידוק החוקי" לחורה מההבטחה. להערכתנו, על-אף ששאלה זו נותרה בלא מענה בפסיקה, התשובה לה ברורה: לאור הסתייגות השופטים מניסוחה הרחב של הלכת סאי-טקס, הסתייגות שבאה לידי ביטוי בביקורת ישירה, באבחון עובדתי, כסיוגה של ההלכה ובצמצום היקפה,⁶⁰ בית-המשפט דומה שיאחז, כמוצא שלל רב, בכל פגם שנפל בהבטחה כדי להביא לפסילתה. לפיכך, יבכר הוא לדון בפגמים (כדוגמת פגמים בשיקול דעת, פגמים בהליך ועוד) במסגרת "תנאי הסמכות". באשר הדבר מביא אוטומטית לשלילת תוקפה של ההבטחה, בעוד שדיון בהם במסגרת "הצידוק החוקי" כרוך באיזון עם מכלול שיקולים ולא בבטלות מידית.

2. נותן ההבטחה התכוון להקנות לה תוקף משפטי מחייב: רק כאשר מתכוונת הרשות להקנות תוקף משפטי מחייב להתבטאויותיה, וכך גם מבין את דבריה מקבל ההבטחה, קם האינטרס הציבורי שהרשות תעמוד בדיבורה ותקיים את התחייבויותיה. הפסיקה נסתייעה במבחנים מספר על-מנת לקבוע אם מתקיימת

56 בג"צ 3094,4319,4478/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 404.

57 בג"צ גדות, לעיל הערה 3, בע' 782.

58 בג"צ 4225/91 גודוביץ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מה (5) 781, 787 (להלן: בג"צ "גודוביץ").

59 הריזהב, לעיל הערה 47, בע' 524-525.

60 ראו שלח, לעיל הערה 21, בע' 121.

כוונה ליצור יחסים משפטיים: האופן בו ניתנה ההבטחה, לשון ההבטחה ותוכנה. התחייבות הרשות יכולה להיות מכללא, ואינה צריכה להיות בכתב, אולם עליה להיות ברורה ואינה משתמעת לשני פנים.⁶¹

ברם, על-אף שבמשפט הפרטי, מחיר הסעיף 23 לחוק החוזים לכרות חוזה בעל-פה והדבר אינו יוצר סברה שנעשה שלא מתוך כוונה להקנות לו תוקף משפטי מחייב, הרי שהבטחה שניתנה בעל-פה בהחלט יוצרת רושם זה, ובג"צ עזריאל יוכיח: "לא הובא בפנינו כל סיכום דיון או מסמך אחר, ממנו עולה הבטחה... הלוכשת צורת תנאי החלטי".⁶² כיוון שהבטחה מנהלית היא חד-צדדית, יוצר יסוד הכתב את ההנחה שההבטחה ניתנה לאחר שיקול דעת ובגמירת דעת.⁶³

לשון ההבטחה צריך שתהא "מפורשת וברורה כנדרש מהתחייבות משפטית שאינה כגדר הצהרת כוונות גרידא".⁶⁴ אליכא דבג"צ הר-עוז, עסקינן במבחן אובייקטיבי: יש לבחון האם האדם הסביר, לו בא במקום הנבטח, יכול היה להסיק שההבטחה ניתנה מתוך כוונה שיהא לה תוקף משפטי מחייב.⁶⁵ לשם כך, שומה על ההבטחה להיות מפורטת דיה ולכלול ביטויים המלמדים על כוונת הרשות ליצור חיוב משפטי. כך היה בפרשת דישון, ואכן זהו אחד מפסקי-הדין הספורים בהם בית-המשפט אכף על הרשות את קיום ההבטחה.⁶⁶

לעומת זאת, בבג"צ המתלבות המאוחדות, שם ביטסו העותרים את טענת ההבטחה על חילופי דברים בטלפון בין מנהל העותרת למנכ"ל המשיבה, בית-המשפט קבע כי: "אין כאן, לא נדר, ולא שבועה... ולא הבטחה" וזאת באשר המשיב הביע רק את דעתו העקרונית, מה עוד, שהדברים לא נאמרו בשפה ברורה. לפיכך, אין לומר כי הייתה כוונה ליתן להבטחה תוקף משפטי.⁶⁷ עניין זיסר, מהעת האחרונה, אף הוא

61 ע"א 394/82 מייזלר נ' המועצה המקומית נשר, פ"ד לו (4) 42, 48 (להלן: עניין "מייזלר"); בג"צ החברה האמריקאית, לעיל הערה 45, בע' 813.

62 בג"צ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התכורה, פ"ד לה (2) 85, 94.

63 בג"צ 787/86 אלגרבלי נ' ראש עיריית רחובות, פ"ד מא (1) 236, 240-239 (דברי הנשיא שמגר) (להלן: בג"צ "אלגרבלי").

64 בג"צ גודוביץ, לעיל הערה 58, בע' 786.

65 בג"צ 3246/92 הר-עוז נ' שר הביטחון, פ"ד מו (5) 301, 307 (להלן: בג"צ "הר-עוז"); "מסקנתם (של העותרים) — ק"י) כי כך יהיה אינה מספקת כרי שיהא בידינו לקבוע כי הוצג מצג כזה או שניתנה התחייבות כזאת".

66 ראו בג"צ דישון, לעיל הערה 11, בע' 529: "התנאי, כי המבטיח התכוון ליתן תוקף משפטי להבטחתו וכך קיבלה אותה העותרת הוכח במקרה דנן: ההבטחה היא גם מפורשת וברורה — הרי השתמש י"ד המוצעה לענף הלול בביטויים: 'יש בידי להתחייב, 'התחייבות זו' וחזר ושנה אותם".

67 בג"צ 49/83 המתלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף התלב, פ"ד לו (4) 516, 522 (להלן: בג"צ "המתלבות המאוחדות"). עוד ראו בג"צ 4713/93 גולן נ' הוועדה המיוחדת לפי סעיף 29 לחוק נכסי נפקדים, חש"י-1950, פ"ד מח (2) 638, 648 (להלן: בג"צ "גולן"): "הדברים אשר ייחסו העותרים לאפוטרופוס יכולים, כשלעצמם, להתפרש גם כהצרכה האישית על אודות סיכויי בקשתם לפני הוועדה, ולא דווקא כהבטחה מפורשת שהחלקה תשוחרר; ובכך די לשלילת היווצרותה של הבטחה".

הבטחה מנהלית: לידתה, תולדותיה, אחריתה

מטיב להמחיש תנאי זה: "ההבטחה שאותה מבקשים המשיבים לאכוף על המערערים נשאה אופי עקרוני בלבד. מעולם לא יצקו בה תוכן ופירוט. על-פי הכלל הנקוט, הבטחה שפרטיה אינם מגובשים ואין מוכחת מתוכה כוונה לתת לה תוקף משפטי, לא ניתן לחייב את הרשות לקיימה".⁶⁸ מאותו טעם, מחוות הנעשות על-ידי הרשות כלפי האזרח אינן מלמדות, בדרך-כלל, על כוונה להעניק להבטחה המשתמעת מהן תוקף משפטי מחייב. כך, בעניין בסון, נדחתה הטענה כי מחוות אנושיות של מערכת הביטחון (כדוגמת קבורה צבאית והלוויה צבאית) מגיעות כדי הבטחה מחייבת.⁶⁹

פעמים ובית-המשפט באמצעות תוכן ההבטחה מסיק ממצא באשר לתקפותה. והא ראייה – בג"צ החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ, בו נקבע כי "מקום שטרען העותר שרשות שלטונית התנתה והגבילה את סמכותה השלטונית הנורמטיבית, עליו להראות התחייבות מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים... על אחת כמה וכמה הדברים אמורים לגבי טענה של העותר שהרשות התנתה והגבילה סמכותה לחוקק חקיקת משנה".⁷⁰ זאת ועוד, כאשר תוכן ההבטחה הוא ליתן טובסיה או תמריץ, כי אז יש לנקוב בסכום ובמועדי הביצוע, כמקובלנו מבג"צ התאחדות בתי-מלון.⁷¹ דוגמא נוספת תימצא בבג"צ אומן, שם אמר השופט כהן על הבטחה שתוכנה הגביל את כוח הרשות לשנות את מדיניותה הכלכלית, כי: "כאשר גוף כלכלי מנהל משא ומתן עם משרד ממשלתי ומגיע אתו לסיכום, שקיומו לעתיד תלוי בעליל בהמשך מדיניות כלכלית אשר הייתה קיימת בעת שהושג הסיכום, צריך להיות ברור לכולם, שהסיכום נעשה ללא כל כוונה ליצור התחייבות משפטית".⁷² אך מסתבר שלא לכולם זה ברור, שכן הכיצד מתיישבים דבריה הבאים של השופטת נתניהו עם הלכת אומן? "כלל של פרשנות הוא, כי מייחסים לצדדים לחוזה כלכלי כוונה לתת תוכן עסקי למה שסוכם ביניהם. אין כל סיבה או טעם מדוע לא תחול פרשנות זו גם על הבטחה שלטונית שניתנה בנושא כלכלי בסיכומו של משא ומתן בין הפרט לרשות".⁷³ והתמיהה – תמיהה.

3. המבטיח הוא בעל יכולת למלא אחר ההבטחה:

תנאי זה עניינו באפשרות הביצוע הטכנית או הכלכלית של תוכן ההבטחה. כך, למשל, בעניין קופת-חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ-ישראל לא הכיר בית-המשפט במצוקה הכספית של העירייה כבסיסה לפטור אותה

68 ע"א 2019/92 משרד הבינוי והשיכון נ' זיסר, פ"ד נב (3) 208, 221 (להלן: עניין ז'יסר").

69 ע"א 5555/92 עיזבון המנוח בסון נ' קצין ההגמולים, תקדין-עליון 94 (2) 2347 (להלן: עניין עיזבון המנוח בסון); וכן בג"צ 2632/94 דגניה א', אגודה הקלאית שיחופית בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד נ (2) 715, 740 (להלן: בג"צ "דגניה").

70 בג"צ החברה האמריקאית, לעיל הערה 45, בע' 813.

71 ראו לעיל הערה 31 והדין בסמוך לה.

72 פרשת אומן, לעיל הערה 28, בע' 474 (ההדגשה הוספה).

73 בג"צ גרות, לעיל הערה 3, בע' 782.

מהתחייבויותיה.⁷⁴ לעומתו, בעניין נחלת ז'בוטינסקי, חוסר כדאיות כלכלית נחשב שיקול לגיטימי שהצדיק חזרה מההבטחה המנהלית שניתנה.⁷⁵

4. קיומו של צידוק חוקי – תנאי שלילי:

משנתקיימו שלושת התנאים דלעיל לגיבושה של הבטחה, על שכם הרשות מוטל נטל ההוכחה בדבר קיום צידוק חוקי לשינוי או לביטול הבטחתה. תנאי זה מקפל בתוכו את איזון האינטרסים, זה של הפרט וזה של הכלל, המתנגשים חזיתית זה בזה: "נקודת האיזון בין אינטרסים מתחרים אלה אינה ניתנת לקביעה על-פי נוסחה כללית מוגדרת מראש. היא צריכה מלאכת איזון מורכבת. היא תלויה במשקלם היחסי של כל אחד מהאינטרסים הללו."⁷⁶ אך חשוב לציין, כי זאת יש לדעת: שינוי מצבו של הנכסח לרעה, שלא נדרש כחנאי לקשירת הרשות בהבטחותיה, יכול להוות כאן שיקול רציני כנגד השיקולים שבעד הפרת ההבטחה. אליבא דהלכת רפ"ל, ככל שאינטרס ההסתמכות של העותרים כבד יותר, כך יש מקום ליתן לו משקל רב יותר במסגרת הכוללת של השיקולים הראויים.⁷⁷ להלן נתחקה אחר יישומו של "הצידוק החוקי" בפסיקה, אך יש להבהיר כבר עתה, שיישום שכזה שם לאל את הלכת סאי-טקס, בסכלו את הנורמות האידיאליות שביקשה היא להנחיל. ודאי שלא נאמר די בביקורת לבדה, וברצוננו יהא להציג את התיזה שבעינינו ראויה ואשר מגשימה את ההצדקות הנורמטיביות ששקדנו על הצגתן בפתח דברינו. אך כדי שתוכשר השעה לכך, דין הוא כי בטרם נקיים דין לגופו של "צידוק חוקי", נקדים ונלבן את הנושא העקרוני הבא:

ב. היעדר חרופה לאינטרס ההסתמכות שנפגע:

אין לכחד, שמעצם טיבה, חייבת רשות שלטונית לשרות לנגד עיניה תמיד את טובת הציבור וצרכיו. אכן, יש וטובת הכלל תובעת במפגיע את ביטול ההבטחה וההתחייבויות הכלולות בה. אך האם באמת ובתמים "הצידוק החוקי" לאי אכיפת ההבטחה, עומד לו כוחו לשמש "צידוק חוקי" גם לכך שהנבטת יצא וידיו על ראשו? וכי אין סעדים משפטיים אחרים בנמצא זולת אכיפה? תחושת הצדק מחייבת, שנבטח שפעל בחום-לב, באופן סביר וללא שום אשם, לא יינזק בצורה קשה כתוצאה מהעדפה מוחלטת של האינטרס הציבורי על-פני אינטרס ההסתמכות שלו. לכן, לשיטתי, יש להעניק הגנה משפטית להסתמכות ולציפיות שתחשבנה סבירות, ובלשון הר זהב: "האינטרס הציבורי שבמניעת נזק לכלל בא על מקומו כאי-אכיפת ההבטחה.

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

75 בג"צ 636/86 נחלת ז'בוטינסקי, מושב עובדים נ' שר החקלאות, פ"ד מא (2) 701 (להלן: בג"צ "נחלת ז'בוטינסקי").

76 ראו דברי השופטת נהניהו בבג"צ גרות, לעיל הערה 3, בע' 785.

77 בג"צ 3363/91 רפ"ל נ' שר הביטחון, פ"ד מו (1) 397 (להלן: בג"צ "רפ"ל").

עתה הגיעה שעתו של האינטרס הפרטי, שהוא גם אינטרס ציבורי, בדבר פיצוי הפרט שניזוק על לא עוול בכפו.⁷⁸ ואם בכך לא די, הרי ששיקולי יעילות כלכלית קוראים אף הם לפיזור הנזק האמור בין כלל משלמי המיסים העומדים מאחורי פעילותה של הרשות הציבורית. אך לא על התשתית הנורמטיבית לבדה יקום חיוב פיצויים. מן הדין כי נצביע על טכניקות משפטיות שתמשנה מקור לשיפוי הנפגע: כך, למשל, משמורת הבטחה שניתנה כמו"מ לקראת כריחת חוזה, ייתכן שהנבטח יהא זכאי לחבוע פיצויים מכוח עקרון תום הלכ ועל יסוד הסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. גם דיני הנוזיקין יכול שתצמח מהם הישועה. ניתן לבסס חבות הן של הפקיד והן של הרשות על אדני עוולת הרשלנות: עצם מתן הבטחת הרשות יוצר מצג שלפיו מתעדת היא לקיים הבטחתה, מחמת הסתמכות הנבטח על מצג זה נגרם לו נזק – ובכך באים על סיפוקם הסעיפים 35-36 לפקודת הנוזיקין. דא עקא, הפסיקה מנעה את הקמתה של אחריות שילוחית. ד"נ שחאדה קבע כי עובד ציבור, בהיותו פועל במישור המשפט המנהלי, לא חב תובת זהירות לאזרח הבא עמו במגע, ולפיכך אינו יכול להיתבע על-ידי האזרח בשל הרשלנות שבמעשהו.⁷⁹ פרופ' שלו אף מצביעה על הקשיים שמעוררת תביעה בגין מצג שווא רשלני הטמון בהבטחת הרשות.⁸⁰ לאור האמור, ספק הוא אם תצלה דרכו של הנבטח הנפגע לזכות כפיצויים מכוח דיני הנוזיקין. אופציה נוספת תזחיקה תהא לתבוע פיצויים על יסוד חובת ההגנות הכללית של

78 הר זהב, לעיל הערה 47, בע' 541.

79 ד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו, פ"ד כ (4) 617, 624: "הטלת אחריות אישית על הפקיד עצמו עלולה לרפות את ידיו ולעשותו הססן ופחדן בשימוש בסמכויותיו מתוך מחשבה שישב ואל תעשה' היא תמיד הדרך הבטוחה ביותר. הציבור כולו אך יסבול מחוסר מעש כזה". זאת ועוד, שטיין, לעיל הערה 9, בע' 292, מבקר את "הפטור הסיטוני" הנ"ל שכן לפיו, כשרצה המחוקק לפטור את עובד הציבור מאחריות בנוזיקין, הוא ידע לפרט את המקרים בסעיף 7 לפקודת הנוזיקין, ושם נאמר בלשון שאינה משתמעת לטתי פנים, כי הפטור לא יחול במקרה "רשלנות". מאידך גיסא, גישה אחרת החושפת את הפקיד לתביעות עקב תפקידו, מעמידה אותו במצב נזות לעומת שאר הציבור והדבר ללא ספק ישפיע על טיב התלטותיו.

80 לפי שלו, לעיל הערה 21, בע' 127, הרשות תוכל לטעון, כי הסתמכות הפרט על ההבטחה השלטונית כוללת נטילת סיכון מצדו שהרשות תחזור בה מהבטחתה, מפאת קיומם של אינטרסים ציבוריים חשובים. היות המזיק רשות ציבורית עשוי לגרום לצמצום האחריות בנוזיקין ואולי אף לשלילתה. זאת ועוד, מבחני הקשור הסיכתי המשפטי עשויים לשלול את אחריות הרשות בגין חזרה מהבטחה שנתנה. מבחני הקשור הסיכתי הללו הם מבחנים של מדיניות משפטית וכבאלה טומנים כחובם את האינטרס החברתי החיוני בדבר חופש הפעולה לרשות שבכוחו לאפשר לה לחזור בה מהבטחתה. בנוסף, נזק שנגרם בגין הפרה של הבטחת רשות הוא לרוב נזק כלכלי טהור שאינו גלונה לנזק פיזי לגוף או לרכוש, והגישה כלפי נזק זה היא מצמצמת. המחברת מציינת, שבישראל כן ניתנו פיצויים בגין נזק כלכלי טהור דווקא בהקשר של הודעות רשלניות, ובכללן הודעות רשלניות של הרשות הציבורית. לסיים, החבות בגין מצג שווא רשלני מניחה מצג עובדתי שגוי בעת נתינתו, ולא מתן הבטחה עתידית. עם זאת, ניתן לבסס עוולת רשלנות אם יוכח כי בעת מתן ההבטחה המצב העובדתי היה כזה שלאדם סביר היה ברור שלא ניתן לקיימה, ואילו אם המבטיח לא התכוון כלל לקיים את ההבטחה, ייתכן שמתקיימים יסודות עוולת התרמית (סעיפים 56-57 לפקודת הנוזיקין).

הרשות. לדעת פרופ' שטיין, גובה הפיצויים ייקבע לפי חוש הצדק של בג"צ ולא דווקא כגובה הנזק. אך יש להצטער על נטייתו של בג"צ להפעיל את הסמכות לפסוק פיצויים ביד קמוצה. הדבר בולט ביתר שאת בסוגייתנו בה "צידוק חוקי" מהווה תרופה לכל מזור – כמעט מכל הבטחה מאפשר הוא לחזור. נושא זה ייתן בפנינו את הדין בפני עצמו, אך חשוב להדגיש שגם בהנחה שהחריג היה מופעל בצורה ראויה, עדיין רבה היא הביקורת. על בית המשפט המלאכה לפתח ולטפח דוקטרינה שלא תעמיד את הנבטחים בפני שוקת שבורה. הרחבת מסכת הסעדים של המשפט המנהלי עליידי הכרה בסעד כספי יכולה הייתה לתרום לחיזוק ההגנה על ההסתמכות, ולהקל במקצת על מכאובי אינטרס הציפייה וההסתמכות המשוועים לאכיפה. כך, סעד זה מאפשר לפצות את הנפגע בנסיבות שבהן באות לידי ביטוי מגבלותיו של סעד הציווי. דא עקא, הפסיקה בשלה: קיומו של "צידוק חוקי" מהווה סוף פסוק מבחינת יכולת הנפגע להיבנות מן ההבטחה. כפי שנראה, בעודו המום וכואב את אובדן ההבטחה עליה הסתמך, במקום להגיש לו "משכך כאכיס" בדמות סעד חלופי, הפסיקה משלחת אותו מעל פניה, ברוב המקרים מבלי לדון כלל בצורך להטיב את נזקו! אם "שינוי המצב לרעה" לא הצליח לערער את קיומו של "צידוק חוקי", או אז משנחל תבוסה, גם לא יעמוד לו כוחו "לרגש" את בג"צ, ככל אופן לא עד כדי פסיקת פיצוי להגנה על הסתמכותו.

אנו נמנה את פסקייהדין הספורים, שהם בבחינת חריג שיצא להעיד על הכלל, בהם הואיל בית המשפט להתייחס לסוגיית הפיצויים: בפרשת פולק, דעת המיעוט של השופט ברנזון, מייסד הלכת סאי-טקס, נכמרו רחמיה על אינטרס ההסתמכות של הנבטח, לפיכך: "הממשלה תיטיב לעשות אם תעזור לעותרת לסיים בכבוד את העסקות שעשתה לפני שנתגלתה הטעות".⁸¹ בעניין נחלת זיבוטינסקי, הוצאות רבות שהוציאו הנבטחים ירדו לטמיון. השופט וינגרד מצא לנכון לציין את ההצהרה שמסר פרקליטה של הרשות "שתהא אף נכונות לפצות את העותרים על ההוצאות שהוציאו. אני מניח שהבטחה זו אכן תקיים".⁸² אני במקום השופט לא הייתי כה סמוכה ובטוחה. עוד ניווכח, שהרשות כה בנקל יובהצלחה מתנערת מהבטחותיה ואף מתכחשת להן, עד שהדבר הבטוח "היחיד" בסוגיה הוא שידה תהא על העליונה. ובכלל – מדוע צריך הנבטח להיות תלוי כל כולו ברצונה הטוב של הרשות לפצותו? כאמור, על בית המשפט לפתח כללים אשר יאפשרו לאינטרס הציבורי בדינימיות שלטונית ולאינטרס ההסתמכות של הנבטח לדור בצוותא חדא. הרשות, כעניין שבחובה, צריך שתפצה את בעל דברה. אם עול הפיצויים ייחשב לקשה מדי, בעיקר בנסיבות של מצוקה תקציבית, כי אז כשם שעל הרשות נטל הוכחת "צידוק חוקי" (נטל שנירהם להלן עד כמה קל להרימו), כך צריך שתשכנע את בית המשפט מדוע יש להותיר את אינטרס ההסתמכות באין מנחם.

81 בג"צ פולק, לעיל הערה 40, בע' 12.

82 בג"צ נחלת זיבוטינסקי, לעיל הערה 75, בע' 710.

הבטחה מנהלית: לירתה, תולדותיה, אחריתה

ונחתום את הדיון בבג"צ מצגר, שם אמר השופט לזין רברים הראויים להישמע: "אם כי הגענו למסקנה, שדין העתירה להידחות בתחום המשפט הציבורי, אין הדבר כן בתחום המשפט הפרטי, שבגדרו ההתחייבות... כת תוקף היא, ואם כי ההתחייבות בהיבט האחרון אינה אכיפה על המדינה, אין מניעה שהעותר יתבע על יסודה פיצויים מן המדינה, אם נגרמו לו נזקים עקב הפרתה".⁸³

5. "הלכה ואין מורין כן" – הכיצד? הייתכן?!

סוגיית ההבטחה המנהלית, רבים הם המלומדים אשר חשו ללבנה, בין בספרים⁸⁴ בין במאמרים.⁸⁵ כל חכמי המשפט ערכו דיון מקיף אך טריוויאלי – בדקת תנאיה המכוננים של הלכת סאי־טקס, כפי שנתגבשו במרוצת פסקי־הדין. רובם ככולם אף עמדו על יישומה הנדיר של ההלכה, אך אף לא אחד מהם בתן באופן שיטתי וממצה את התייחסות הפסיקה אל הלכת סאי־טקס ואת הדרכים בהם היא "מתנכלת" לה. גם חוש ביקורת רדום ולא מפותח היה מתקומם בעוז כנגד האבסורד הפסיקתי שאתאר. למרבה האירוניה, הביקורת (הכמעט) יחידה שנשמעה לא התמקדה בחוכא ואטלולא שעשו מהלכת סאי־טקס, אלא צוררין דווקא כנגדה!⁸⁶ כנגד הלכה שהפלגנו – ונמשיך לעשות כן – בשבחה!

הניתוח הבהיר של פרוץ' שלו ניטרלי לחלוטין ומסתפק בחיאור מצב ללא שמץ ביקורת או הבעת תמיכה.⁸⁷ הריזהב אף הוא אומר די בסקירת הפסיקה, כשמדי פעם, בהערות השוליים מביע המחבר את דעתו, אך גם אז הביקורת נקודתית בלבד ושולית.⁸⁸ אך ד"ר וינרט "הגדיל לעשות" – מהדיון שלו משתקפת על־פי רוב נימה אזהדת!⁸⁹

83 בג"צ 903/87 מצגר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מב (2) 773, 776 (להלן: בג"צ "מצגר").

84 ראו, למשל: ג' שלו חוזי רשות בישראל (תשמ"ה) 129–139; ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס) 117–127; ר' הריזהב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז) 513–542; א' וינרט חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המינהלי (תשנ"ה) 492–520; י' דותן הנחיות מינהליות (תשנ"ו) ראו פירוט במפתח העניינים; י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו, כרך ב) 1003; ב' ברכה משפט מינהלי (תשנ"ו, כרך ב) 258–259, 270–272.

85 מ' נגבי "הוכח המדינה למלא אתר הבטחתיה" הפרקליט לא (תשל"ז–תשל"ח) 376; א' שטיין "הבטחה מנהלית" משפטים יד (תשמ"ד) 255; ד' ברוך־ארוז "הגנת ההסחמכות במשפט המנהלי" משפטים כז (תשנ"ו) 17, 48–50; י' דותן "הבטחה מנהלית לציבור" משפט וממשל ה (תש"ס) 465.

86 הביקורת כנגד הלכת סאי־טקס מצויה במאמרו של נגבי, לעיל הערה 24, וכן בפסיקה הרבה שאימצה את ביקורתו. ראו לעיל הערה 28.

87 ראו שלו, לעיל הערה 21, פרק תשיעי.

88 ראו ספרו של הר זהב, לעיל הערה 47, שער חמישי, למשל ה"ש 11, 49, 55, 111 ועוד.

89 וינרט, לעיל הערה 25, בע' 504–507 (אך השוור – ע' 508).

ואם בכך לא די, גם כשד"ר וינרוט "נתקל" בפסקי-דין מתמיה, במקום לבקרו הוא מנסה ליישבו ולהצדיקו.⁹⁰ נפנה לעיין ברבר.

א. התגלית: ניסיון ל'סיכול' מוסד ההבטחה המנהלית:

אם בתחילת הדרך, בכל פסקי-דין שנקרה בדרכו, חזר בית-המשפט וגינה את הלכת סא-י-טקס,⁹¹ תוך שהתעקש בכל כוחו לאבחן בינה לבין המקרה שלפניו,⁹² בבקשו להוקיעה; הרי שעם חלוף השנים עדיין סרב הוא להסכים עמה. לכן, אף-על-פי שהפסיקה נאלצה לקבלה כעובדה מוגמרת, עדיין לא אלמן בית-המשפט — הוא פיתח דפוס קבוע: בתחילת פסקי-דינו מוקדשות שורות מספר להצגת המסגרת הנורמטיבית של הלכת ההבטחה המנהלית, ולאחר-מכן מן הכלל אל הפרט, הוא טורח ומנסה לשכנע באופן מפורט מדוע לא נודעה לה תחולה בניסיונות שלפניו. אך אם פסקי-דין במשפט מנהלי על-פי רוב משתדלים על-פני עמודים רבים, כי אז כשמדובר בהבטחה מנהלית דומה שהמגמה היא אחת: חיסכון בדיו, בית-המשפט "מעדיף" להגיע למסקנה שכלל לא ניתנה הבטחה! מסקנה שפוטרת אותו מן הצורך לדון בקיומו של "צידוק חוקי" לסטייה הימנה, דיון שמטבע הדברים ארוך יחסית, שכן, בכל הכבוד, פעמים ומתקבל הרושם שבית-המשפט כמעט "מתעקש" למצוא כזה. לא זו אף זו: קיימת חשיבות להבחנה בין השאלה האם התגבשה הכטחה מנהלית, לבין השאלה האם רשאית הרשות להשתחרר מהכטחתה, ובעיקר במישור נטל ההוכחה. לגבי עצם קיום ההבטחה — הנטל הכבד מנושא הזה מוטל על כתפי העותר, אך אם ישכיל לעבור את המשוכה (ובכלל זה שלושת התנאים), כי אז על שכמ הרשות הנטל להראות כי בידה צידוק חוקי לנער חוצנה מהכטחתה. זאת ועוד, לו יוכל העותר לבסס קיומה של הבטחה, או אולי אז — ורק אז — ייתכן שיזכה בפיצוי על הפרחה. אך עתה הגיעה שעתה של הוכחת הביקורת המוטחת בפסיקה, וזאת נפנה לעשות: כתי-המשפט הפכו את השלב המקדמי של הוכחת הבטחה מנהלית לפרוזודור בלתי-עביר, שכן חלק הארי של פסקי-הדין מסרב להכיר בהתגבשותה של הבטחה כאמור. כדי לסבר את העין נמנה דוגמאות לכך, תוך שנתמקד במספר פסקי-דין נבחרים, בעיקר מן השנים האחרונות: כג"צ התאחדות בתי מלון, בג"צ אסם אקספורט, בג"צ אומן, בג"צ המחלבות המאוחדות, בג"צ מטיאש ובניו בע"מ, בג"צ ההתאחדות לכדורגל ועניין בסון.⁹³

90 שם, למשל בע' 499-500.

91 ראו לעיל הערה 28.

92 ראו לעיל הטקסט ליד הערות 31-37.

93 בג"צ התאחדות בתי-מלון, לעיל הערה 31; בג"צ אסם אקספורט, לעיל הערה 33; פרשת אומן, לעיל הערה 28; בג"צ המחלבות המאוחדות, לעיל הערה 67; בג"צ מטיאש, לעיל הערה 21; בג"צ 402/89 ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מג (2) 179; עניין עיזבון המנוח בסון, לעיל הערה 69.

הבטחה מנהלית: לידתה, חולדותיה, אחריתה

פסקי-הדין הכאים יפה להם פירוט, שכן טרם דנו בהם עד כה: בבג"צ זמ"ט טוב נפסק, שקריטריונים בנושא סדרי הצבת דוכנים בשוק אינם הבטחה מנהלית: "מכתב שהופנה לרוכלים בשוק והמצטט החלטה של ועדה מוסמכת בנושא להשאיר את המצב של מיקום הדוכנים בשוק כפי שהוא קיים היום" – אינו הבטחה שלטונית.⁹⁴ מקובלנו מבג"צ התאחדות האיכרים בישראל, כי סובסידיה הניתנת בגדר מבסות ייצור אינה מהווה הבטחה שלטונית.⁹⁵ עניין מפעלי פלדה מאותרים בע"מ קובע, שמדיניות שאפשרה לעותרת ליהנות מזכות בלעדית לאיסוף ולגריטה של גרוטאות אינה עולה כדי הבטחה מנהלית להמשך המצב.⁹⁶ בג"צ החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ מלמדנו, שהצהרת מדיניות בנוגע לשחרור משק הגז ממעורבות ממשלתית לאו שמיה הבטחה מנהלית.⁹⁷ אליבא דבג"צ שמן, מסמך שכונה "מדיניות הממשלה בנושא ענף השמן והכוספא" ושנועד להסדיר את היחסים בין הממשלה ובין קבוצה קטנה ומוגדרת של צרכנים אינו הבטחה מנהלית.⁹⁸ ובבג"צ גולן שבה המנטרה הקבועה: "גם באלה לא היה כדי להקים הבטחה שלטונית מחייבת שהעותרים רשאים היו לסמוך עליה ולכלכל את מהלכיהם על-פיה".⁹⁹ בבג"צ הר-עוז נקבע, כי "מסקנתם כי כך יהיה (קרי: כי העותרים ישובצו בצבא במקצוע אותו למדו, מסקנה שנתמכה במצגים בכתב ובעל-פה שהוצגו בפניהם ע"י צה"ל – ק"י) אינה מספקת כדי שיהא בידינו לקבוע כי הוצג מצג כזה או שניתנה התחייבות כזאת".¹⁰⁰ כך אף נפסק בעתירה דומה ומנימוקים זהים.¹⁰¹

סלידתו של בית-המשפט ממוסד ההבטחה המנהלית כה מרחיקת לכת היא ועמוקה עד כי הוא מוכן להכניס ראשו ולהתערב בממצאים (כמעט) עובדתיים של בית-המשפט קמא! "אקרים ואומר כי לדעתי שגה בית-המשפט קמא בקובעו כי האיגרות הנ"ל מבססות הבטחה שלטונית מחייבת מצדה של העירייה".¹⁰² אך בית-המשפט לא מרפה: "דעתי היא כי קשה להעלות על הדעת שעלון מסוג זה יובן על-ידי קוראיו כהבטחה שלטונית מחייבת".¹⁰³ אבל, לא רק שעשרות אלפי תושבי רמת גן כך הבינו, אלא שגם בית-המשפט המחוזי – פה-אחד! ואם בכך לא די, אל דאגה, בית-המשפט מבהיר כי "אפילו סברתי כי האיגרות הנ"ל מבססות הבטחה שלטונית מצדו של ראש העירייה

94 בג"צ 603/89 זמ"ט טוב נ' עפגין – סגן ראש עיריית חדרה, תקדין-עליון 89 (3) 136.
95 בג"צ 764/87 התאחדות האיכרים בישראל נ' שר החקלאות, פ"ד מג (1) 309.
96 ע"א 649/89 מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ נ' משרד הכלכלה והתכנון, פ"ד מה (1) 485.
97 בג"צ החברה האמריקאית, לעיל הערה 45.
98 בג"צ 3871/91 שמן (תעשיות) בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מו (4) 272.
99 בג"צ גולן, לעיל הערה 67, בע' 648.
100 בג"צ הר-עוז, לעיל הערה 65, בע' 307.
101 ראו בג"צ רפל, לעיל הערה 77, בע' 399-400.
102 עניין גולומב, לעיל הערה 46, בע' 370: "מדובר באמירות כלליות אשר לא ניתן להסיק מהן על כוונה ברורה ומחייבת או על התחייבות לויתור ספציפי כלשהו" (שם, בע' 371).
103 שם, בע' 374.

הנחת לאכיפה, סבור הייתי כי בנסיבות המקרה הזה מצוי בידי העירייה צידוק מספיק כדי לשנות את ההכטחה או לבטלה.¹⁰⁴ הכל — כדי לעקר את תוקפה של ההבטחה. לא למותר לשוב ולהבהיר שמדובר במגמה — פעמים הרבה, על-אף שבית-המשפט מעביר בסך את תנאי הלכת סאי-טקס למען יבדוק את אפשרות החלתם, "כהרגלו בקודש" הוא מציין את ספקותיו בנוגע לעצם קיומה של הבטחה.¹⁰⁵ יותר מתסכלת, אני מוצאת את העזרה הברורה שמושיט בית-המשפט לרשות המנהלית: כך, למשל, הוא מתווה הנחות אפרווריות לטובתה, כדוגמת: "רשות שלטונית המצהירה על כוונותיה, אינה רואה בהצהרה כזו פעולה משפטית בעלת תוקף מחייב, ולכן אין מניעה שתשוב ותשקול את מדיניותה".¹⁰⁶ בית-המשפט "קובע" לרשות למה היא מתכוונת ולמה היא לא! ובפסק-דין אחר הוא מחליט כי "הסכמת המשיבים לעקרונות אלה הייתה בגדר הצהרת כוונות על מדיניות שלטונית, שהרשות המוסמכת מתכוונת לנהוג לפיה בנושא הגרן כפרק הזמן האמור".¹⁰⁷ זאת ועוד, "מקובלנו" מבג"צ אומן כי: "כאשר גוף כלכלי מנהל משא ומתן עם משרד ממשלתי ומגיע איתו לסיכום שקיומו לעתיד תלוי בעליל בהמשך מדיניות כלכלית אשר הייתה קיימת בעת שהושג הסיכום, צריך להיות ברור לכולם, שהסיכום נעשה ללא כל כוונה ליצור התחייבות משפטית".¹⁰⁸ ודוק: גישת השופט יצחק כהן, למעשה, מרוקנת את מושג ההבטחה המנהלית מתוכנו, אם כבילת שיקול דעת עתידי משמעה תמיד אי-מתן תוקף משפטי להבטחה!

בית-המשפט אף מצא כלי אבחון חדש להיאחו בו: עניין שבמדיניות! אל תקרי 'הבטחה' אלא 'הצהרת כוונות', וטלו, דרך משל, את עניין זיסר, פסק-דין מהעת האחרונה: "ההבטחה שאותה מבקשים המשיבים לאכוף על המערערים נשאה אופי עקרוני בלבד... במידה רבה נותרה ה'הבטחה' בגדר הצהרת כוונות בלבד".¹⁰⁹ ומחרת-מחזיק אחריו בג"צ גדות: "נוטה אני לדעה, כי האמור בפסקה 8 למכתב שר המסחר והתעשייה... איננו מבטא יותר מאשר הצהרת כוונות".¹¹⁰ וכמו לא די בכך שעל העותר לעבור דרך חתחתים מפותלת וארוכה עד אם יגיע אל המנוחה ואל הנחלה (ואל ההבטחה...), בית-המשפט — מבלי משים או דווקא עם — מקשיח עם הזמן את התנאים, המציבים סף גבוה ממילא, וכדברי ד"ר וינרוט: "לנוכח תנאים אלו נמצא כי הנסיבות שבהן ניתן לקבל צו, בו מורה בית-המשפט על אכיפתה של הבטחה מנהלית, נדירים הם ביותר".¹¹¹ עמדנו בסעיפים הקודמים על עניין זה, בסוקרנו את הפרשנות

104 ש.ש, ש.ש.

105 ראו, למשל, בג"צ גורוביץ, לעיל הערה 58.

106 עניין זיסר, לעיל הערה 68, בע' 222.

107 בג"צ החברה האמריקאית, לעיל הערה 45, בע' 813.

108 פרשת אומן, לעיל הערה 28, בע' 474. אך ראו וברי השופטת נתייהו בבג"צ גדות, לעיל

הערה 3, בפסקה 3 לפסק-הדין.

109 עניין זיסר, לעיל הערה 68, בע' 221.

110 בג"צ גדות, לעיל הערה 3, בע' 791, דברי השופט מצא.

111 וינרוט, לעיל הערה 25, בע' 518.

שהעניקה הפסיקה לתנאים האמורים. כך, למשל, אף נוכחנו בכך שעל אפה ועל חמתה של הלכת סאי-טקס, שקבעה מפורשות כי אין צורך בשינוי מצב לרעה, פסיקה מאוחרת ראתה באינטרס ההסתמכות שיקול התומך בכבילת הרשות להבטחה, ומכאן קצרה הייתה הדרך לראות בהיעדרו של אינטרס ההסתמכות שיקול התומך בהשתחררות הרשות מהבטחתה, ובדרך זו לסייג בצורה משמעותית את הלכת סאי-טקס.¹¹² ולא עוד, אלא שגם הפרשנות הנוקשה שניתנה — מתחשקת אף יותר: כנראה כבר לא סגי בכך ש"התחייבות הרשות יכולה להיות מכללא, ואינה צריכה להיות בכתב, אולם עליה להיות ברורה ואינה משתמעת לשתי פנים",¹¹³ אלא הפסיקה החדשה דורשת "להוכיח קיומה של התחייבות שלמה, מחייבת ומגובשת על כל פרטיה החשובים".¹¹⁴ כך, קם דור חדש אשר אמנם ידע את הלכת סאי-טקס, אך ידע גם ידע לצמצמה.

ברם, כשהחילתי לקרוא את פסק-הדין בעניין גדות, נמלאתי תקוות. פסק-הדין פותח בקביעה: "כאן עוסקים אנו במצב שבו על-פי טענת העותרות, נתנה הרשות הבטחה שלטונית מחייבת. במצב זה לא יוכלו המשיבים לטגת מההבטחה רק בשל העיקרון שאין לכבול את ידיה של הרשות. עליהם להראות צידוק חוקי לכך".¹¹⁵ והתרוממות הרוח שלי כמעט הגיעה לשיאה לנוכח "כלל הפרשנות" שהתוותה השופטת נתניהו: "כלל של פרשנות הוא, כי מייחסים לצדדים לחוזה כלכלי כוונה לתת תוכן עסקי למה שסוכם ביניהם. אין כל סיבה או טעם, מדוע לא תחול פרשנות זו גם על הבטחה שלטונית שניתנה בנושא כלכלי בסיכומו של משא ומתן בין הפרט לרשות".¹¹⁶ מכאן גם מסקנתה כי לפנינו הבטחה שלטונית, מה שכפי שהראתי, מהווה הישג מרשים בפני עצמו: "פרשנות ההבטחה לפי אומד דעתם של שני הצדדים היא אפוא, כי במצב כזה, והוא לטענת המשיבים המצב כאן, לא נוצרה כלל הבטחה שלטונית מחייבת. לפי פרשנותם של המשיבים סעיף 8 אינו אלא 'קישוט'. כל שיש בו הוא הצהרת כוונת שלא לנהוג בעותרות איפה ואיפה ולא להפלות אותן לעומת מפעלים פטרוכימיים אחרים. פרשנות זו, על שתי פניה, השלילית — כי לא נוצרה הבטחה שלטונית והחיובית — כי ניתנה הצהרת כוונת, אינה מקובלת עלי... ההנחה היא, שהרשות ומי שעוסק אתה לא יגכבו דברים לריק".¹¹⁷ פסק-הדין של השופטת נתניהו שפתיים יישק! איך בתמציתיות קולעת היא מתארת את שניסיתי לטעון לו, הוא האבסורד הפסיקתי שנוצר מהסרכנות העיקשת לראות במצגי הרשות — הבטחה מחייבת. הדגמנו זאת, למשל, על-ידי פרשת גולומב,¹¹⁸ ונדגים זאת שוב וכיתר-שאת על-ידי בג"צ גדות עצמו:

- 112 ראו בג"צ קצאן, לעיל הערה 28, בע' 11.
 113 שלו, לעיל הערה 21, בע' 123, וכן עניין מייולר, לעיל הערה 61.
 114 עניין זיסר, לעיל הערה 68, בע' 222.
 115 בג"צ גדות, לעיל הערה 3, בפסקה 3 לפסק-דינה של השופטת נתניהו.
 116 שם, בע' 782.
 117 שם, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת נתניהו (ההדגשה הוספה).
 118 עניין גולומב, לעיל הערה 46. כן ראו כל הדין בסמוך להערה 102.

לאותה מסכת עובדתית שהשופטת נתניהו כה שוכנעה בהבטחה שהיא מגבשת, השופט מצא קורא "הצהרת כוונות" גרידא! זאת למרות שהעובדות מורות כי: "ההבטחה איננה שוללת את סמכותה של הרשות ואינה גורעת ממנה וכן אינה כובלת את שיקול דעתה לעצב ולהתאים מחדש את המדיניות הראויה בעיניה מעת לעת. ההבטחה מכוונת אמנם לטווח רחוק בעתיד, אך היא גם צופה פני שינויים בעתיד. היא גמישה, נתונה לשינויי מדיניות ואף מכילה מנגנוני התאמה למדיניות המשתנה... הבטחה זו מכירה בשיקול הדעת הגמיש והמשתנה המסור לרשות"¹¹⁹. לא יפלא, אפוא, כי: "מקובל עלי כי אין לפרש הבטחה זאת כהצהרת כוונות בלבד". אך אבוי — בפרשנות השוללת את כינונה של הבטחה, פרשנות לה לועגת השופטת בכנותה "קישוט" — מחזיק חברה להרכב, כבי' השופט מצא! ומה על הנחיית השופטת נתניהו "שהרשות ומי שעוסק איתה לא יגבכו דברים לריק"¹²⁰? ועל-כך אני מתקוממת, על שביתת-המשפט, עם כל הכבוד, פעם אחר פעם מסייע בידי הרשות להתחמק מדבריה, על שאין הוא מקפיד על קיום הכלל ביחס לרשות מנהלית ש"עליה לעמוד בדיבורה למען יהא הן שלה הן צדק, כיאות למי שנוהג בהתאם לסטנדרטים מעולים של הגינות"¹²¹.

למען תעשה מלאכתנו שלמה, יש לציין, שהשופט אור, השלישי בהרכב, הגיע למסקנה שכלל לא צריך לבדוק אם עסקינן בהבטחה שלטונית: "מסקנה זו (שלא נתמלאו תנאי ההבטחה, גם בהנחה שנראה בה כזו — ק' י) מייתרת את הצורך לדון... אם האמור בסעיף 8 מהווה הבטחה שלטונית"¹²².

ובכך לא אמרנו די: עד עתה הצגנו דרך התייחסות — אמנם העיקרית — אך אחת בלבד. בית-המשפט ודאי היה 'מעדיף' להעניק לה בלעדיות בשל טוטאליות השלכותיה (קרי: אין הבטחה ולכן ממילא לא נפגע אמון הציבור ברשות, ולא עוד, אלא שביתת-המשפט פטור מלתור אחר סעד אלטרנטיבי לאכיפה) ומידיותן (שכן מתייתר הצורך בבחינת התנאים ובניסיון "להיחלץ" מהם, כמו גם מן הצורך למצוא "צידוק חוקי" עבור הרשות). דא עקא, פעמים ואף בית-המשפט 'מביץ' שיהא זה אבסורד להתכחש לעצם קיומה של הבטחה בנסיבות העניין, ומכאן הצורך בדרך התמודדות חלופית. בדרך זו, כפי שניזכרה, בית-המשפט למעשה מקעקע את הלכת סאי-טקס על-ידי החלתה! ר"ל: הוא משתמש ב"צידוק החוקי" שהוא "תנאי שלילי" במסגרתה, ודרכו מעקר את תוקפה המחייב של ההבטחה! ורוגמאות יש למכביר: טלו, דרך משל, את בג"צ חירם, שם בית-המשפט סירב לאכוף את ההבטחה בקובעו

119 בג"צ גדות, לעיל הערה 3, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת נתניהו.

120 שם, שם.

121 ראו וינרוט, לעיל הערה 25, בע' 492; וכן בבא מציעא, מט, א: "רבי יוסי ברבי יהודה אומר: מה תלמוד לומר הין צדק והלא הין בכלל איפה היה? אלא לומר לך שיהא הן שלך צדק ולא שלך צדק".

122 בג"צ גדות, לעיל הערה 3, בפסקה הראשונה לפסק-דינו של השופט אור.

הבטחה מנהלית: לידתה, תולדותיה, אתריה

שהעותר עצמו הפר את התנאי לקיומה ולכן יש צידוק חוקי שלא לקיימה.¹²³ בג"צ מצגר יתייצב אף הוא להוכחת טענתו, שכן בו בית-המשפט סירב לאכוף את ההבטחה כאשר ניתנה בניגוד לנוהלי משרד החינוך.¹²⁴ בעניין החברה האילתית ההבטחה לא נאכפה, כיוון שלא ענתה על קיום הדרישות הצורניות לגבי עסקאות מקרקעין.¹²⁵ כך, גם בבג"צ קפלן ההבטחה להקצות בניין בית-ספר לנציג חסידות חב"ד לא נאכפה, הואיל וסתרה הבטחות אחרות שהרשות נתנה לגבי אותו מבנה.¹²⁶

ב. השאלה המנחה: ה"צידוק" הוא זה או "התנקות" כהלכה?

השאלה שאבקש עתה לבחון היא, האמנם "צידוק חוקי" הוא זה בו נאחות הרשות המנהלית, או שמא תואנת שווא שכל תכליתה לשחרר אותה מכבלי הבטחתה? למרבה הצער, ניתן לקצר עד מאוד דיון זה לאור הפסיקה הבאה: בבג"צ מצגר הכיר בית-המשפט בעובדה שההבטחה סתה מהנחיות משרד החינוך כב"צידוק חוקי" לנסיגה ממנה: "לא היתה המדינה רשאית, בגדר המשפט הציבורי, לסטות מן ההוראות...וממילא קיים שיקול כבד משקל, התומך בהתנערות מההבטחה, שאמנם ניתנה בסמכות אך תוך חריגה מן ההוראות".¹²⁷

גישה זו, עם כל הכבוד, אין בידינו לקבלה. חריגה מהנחיות, הגם שהיא פגם חמור בהפעלת שיקול הדעת המנהלי, איננה זהה לפעולה הנוגדת את החוק או החורגת מסמכות. זאת ועוד, אפילו במקרים של הבטחה חורגת מסמכות ייתכנו מצבים בהם בית-המשפט יורשה להורות לרשות לקיים את שהבטיחה בשל הפגיעה באינטרס ההסתמכות של מקבלה ובהתאם לעקרון הסמכות הנחיות.¹²⁸ קל וחומר שזהו המצב במקרה של חריגה מהנחיות מנהליות. שמע מינה, שגם בסיטואציות כאלה יש להעמיד זה מול זה את השיקולים התומכים בחזרה מההבטחה ואת השיקולים התומכים בקיומה ולעמת ביניהם. אך בשום פנים ואופן אין לראות בעובדת החריגה לכדה גורם שדי בו כדי לבסס "צידוק חוקי". בסוגיה העקרונית של הכרה בסטייה ממדיניות כללית כב"צידוק חוקי" לחזרה מהבטחה, דעתי היא שהלכה זו אינה ראויה. זאת מהטעם שאם ההבטחה תואמת את המדיניות הכללית, כי אז מה רבותא יש בה? ממילא ינהגו על-פיה! אין זאת כי אם, ההבטחה חיונית דווקא כאשר המדיניות הכללית שונה מהעניין נשוא ההבטחה. לפיכך, ההיאחזות בסטייה מהמדיניות כנימוק שמצדיק את הפרת ההבטחה חותרת, למעשה, תחת אושיות מטרתה!

123 בג"צ חירם, לעיל הערה 52.

124 בג"צ מצגר, לעיל הערה 83.

125 ע"א 651/82 מדינת ישראל נ' החברה האילתית לשירותים באניות בע"מ, פ"ד מ (2) 785.

126 בג"צ 493/85 קפלן נ' עיריית צפת, תקדין-עליון 85 (3) 49.

127 בג"צ מצגר, לעיל הערה 83, בע' 776.

128 ראו למשל בג"צ דישון, לעיל הערה 11.

אך המקרה שהגדיש את הסאה הוא פרשת נחלת ז'בוטינסקי:
 בבג"צ נחלת ז'בוטינסקי¹²⁹ טענה הרשות שקיום ההבטחה יגרום להפסד כספי ניכר, כטעם לחזרה ממנה. ודוק היטב: הרשות לא טענה לחוסר יכולת כלכלית אלא לחוסר כדאיות כלכלית, ובית-המשפט בכל זאת קבע, שיש בכך כדי להקים לרשות צידוק חוקי לנסיגה מהבטחתה! אם הפסד כספי — אפילו לא מצוקה כספית! — עונה לתואר "צידוק חוקי", כי אז על מה ענר יש להרחיב את הדיבור? מה לא יעמוד לו כוחו להיחשב ל"צידוק חוקי"? וקושי זה מתעצם בעקבות העיין בהלכת אסם אקספורט. אף מפסק-דין זה עולה, כי "צידוק חוקי" המצדיק סטייה מהבטחה מנהלית, יכול שיתייחס לסיטואציה שבה בוצע פיהות אשר הנבטח הפיק הימנו טובת הנאה כלכלית. עינינו הרואות, כי שינוי בנסיבות הכלכליות מאפשר לרשות לחזור בה מהבטחתה, בה בעת שבמישור הפרטי טעות בכדאיות העסקה לא אוצרת כוח להביא לביטול החוזה (טעיף 14 (ד) לחוק החוזים)! ולדידי, במישור הציבורי — על אחת כמה וכמה. החובה לכבד הבטחה מנהלית, המיועדת להבטיח את אמון הציבור בהגינותה של הרשות הציבורית, מחייבת כי ההבטחה תקיים על-ידי הרשות, כפי שחובה לכבד חוזה, גם כשהדבר מסתבר לימים כמכביד וכבלתי-כדאי בנסיבות העניין. הכיצד זה, אם כן, נקבע הכלל בדבר החובה לקיים הבטחה מנהלית כששוכרו בצדו, עד כי ניתן לחזור מהבטחה זו אם אך קיים צידוק ולו מזערי לעשות כן? וכי כך מושווית חובתה של הרשות לכבד את ההבטחה המנהלית לחובתו של הפרט לקיים חוזה מחייב?

יקשה המקשה: ומה על השופטת נתניהו 'הזכורה לטוב' מבג"צ גדות? מוטב היה לשאלה זו אלמלא נשאלה כלל. למקרא המשך פסק-הדין כל תקוותי התנפצו באחת: מה שנחזה להיות שינוי המגמה שייחלתי לו, הסתבר בסך הכל להיות נקיטה בטכניקה השנייה לסיכול הלכת סאי-טקס! וכמו בכך לא די, להלן ענר ניווכח, שגם ניצני התקווה הספורים ששתלה הפסיקה הקודמת, מה רב הצער, נגדעו הם מן השורש. פסיקתה של השופטת נתניהו הבטיחה (תרתי משמע!) ולא קיימה, בהכירה ב"צידוק חוקי" שאיפשר לרשות לחלל את מוצא פיה. כותבת השופטת: "המשיבים מיקרו אמנם את עיקר טענתם בכך שההבטחה שניתנה לעותרות אינה הבטחה שלטונית מחייבת". ולא בכדי! מה השופטת, עם כל הכבוד, מתפלאת? הרי הטענה הונו דרך קבע עובדת! אך הסירו דאגה מלבכם, שכן אף-על-פי ש"על המשיבים להראות שהיה להם צידוק חוקי שלא לקיים את ההבטחה ואף כי לא בכך, כאמור, מיקרו את טענתם"¹³⁰ — השופטת תעשה את העבודה בשבילם! דברים שהם אמרו לגבי טענה אחרת שהועלתה נגדם (היא טענת ההפליה), לדעתה "יפים גם כביסוס לטענה של צידוק חוקי לנסיגה מההבטחה". אבל, עם כל הכבוד, נטל ההוכחה מוטל על כתפי הרשות ולא על השופט! עם עזרה כזו מצדו של בית-המשפט, לא נכון לתהות על מיעוט פסקי-הדין

129 בג"צ נחלת ז'בוטינסקי, לעיל הערה 75.

130 בג"צ גדות, לעיל הערה 3, בפסקה 5 לפסק-דינה של השופטת נתניהו.

שאכפו הבטחות שלטוניות, אלא יש להתפלא לנוכח עצם קיומם של פסקי־דין כאלה! זו תופעה "מרתקת" לחזות איך כל שופט והגישה שיבור לו, כשהמכנה המשותף לגישות כולן הוא אחד: הסרת עול ההבטחה מעל שכמ הרשות. כך, לדעת השופט מצא, לא בנקל יוגדרו דברים כהבטחה מנהלית (עד כדי הסכמתו לאמץ בבג"צ גדות פרשנות ההופכת את המכתב שנתנה הרשות ל"קישוט" בעלמא, כדברי השופט נתניהו), אך משיוגדרו כן – יהא קשה לסטות מהם. לעומתו, השופט נתניהו מרחיבה את גבולות הגדרתה של ההבטחה המנהלית, אך במקביל לא נטתה לפרשנות מצמצמת של ה"צידוק התוקי" והקלה על השתחררות מן ההבטחה.

פרשת שפקמן¹³¹ היא קרן האור היחידה שהגחנו במגהרת הפסיקה, והיא זו שתשמש אכן הפינה להנחת התיזה שגיבשנו. וכך נקבע בה כהאי לישנא: "בכואה לטעון לקיום צידוק חוקי לשנות או לבטל את הבטחתה השלטונית... נדרשת הרשות, לפחות בדרך־כלל, להצביע על שינוי בנסיבות אשר התרחש לאתר מתן ההבטחה או עשיית המעשה ולשכנע את בית־המשפט שקיום הבטחתה, על רקע הנסיבות החדשות, שוב איננו מצדק ואיננו מתיישב עם מילוי חובותיה כלפי כלל הציבור".¹³² הלכה כהלכתה! ומה רב הצער שבפתאומיות בה הופיעה, כך הלכה ההלכה בטרם עת: "הגישה כפי שנוסחה בבג"צ שפקמן גורפת היא, לטעמי, יתר על המידה. כשמרובר, כהשקפתי, באיזון מורכב... המשחנה ממקרה למקרה, לא ניתן להגדיר כלל אחיד, אפילו כשהוא מנוסח בצורה מסויגת של 'בדרך־כלל'".¹³³ אך עוד לא נחה דעתה של השופטת, היא "מתעקשת" להמשיך ולצמצם את הלכת שפקמן: לפיה ניתן לבסס צידוק חוקי "רק בשל כך שהמדיניות הקודמת היתה שגויה ואף מבלי שחל שינוי בנסיבות"! ואם כך, חמזני, כיצד זה אומרת השופטת נתניהו באותה נשימה שקשה לנבא מתי יאכפו בתי־המשפט הבטחה מנהלית שניתנה, שכן "נקודת האיוון בין האינטרסים המתחרים אינה ניתנת לקביעה על־פי נוסחה כללית מוגדרת מראש".¹³⁴ הרי בשל רוח החיים היתרה שהפיתה הפסיקה בחריג "הצידוק החוקי", נוצרה ודאות משפטית בסוגיה! בית־המשפט יוצא חרץ כנגדה אם על־ידי ביקורת ישירה, אבחון עובדתי או צמצום היקפה של ההלכה.¹³⁵ חוסר הוודאות היחיד הוא, כאמור, לגבי הטעם: האם יעניק בית־המשפט את הבכורה לדרך של אי־הכרה בהתגבשות הבטחה, או שמא יבכר להתחקות אחר "צידוק חוקי" למילוט הרשות. זו הדילמה ושתיים הן האופציות "לפתרונה".

אין זאת כי אם הגיעה שעתה של הצגת תיזה חדשה. התיזה ה'חדשה' כל כולה מבוססת על אדני העבר: לדעתי, על הפסיקה לאמץ אל חיקה את הלכת סאי־טקס

131 כג"צ 4383/91 שפקמן נ' עיריית הרצליה, פ"ד מו (1) 447 (להלן: כג"צ "שפקמן").

132 שם, בע' 455.

133 כג"צ גדות, לעיל הערה 3, בע' 786.

134 שם, בע' 785.

135 שלו, לעיל הערה 21, בע' 121, וכן שלו, לעיל הערה 84, בע' 133.

במחכונתה הישנה. לפיכך בחרנו להכתיר את הפרק הבא, שיגבש את עיקרי החיזה המוצעת, בשם כדלהלן:

6. המסקנה: אימוץ הלכת סאיי-טקס ככתבה וכלשונה!

הפסיקה, דומה כי לא השכילה להפנים את הלכת סאיי-טקס ואת תמצית מהותה, קרי: "המצב הוא פשוט וברור ואינו מעורר שום קושי. ניתנה הבטחה ואין סיבה שלא לקיימה... אמינות הממשל בעיני הציבור חשובה לאין ערוך מן האפשרות שיינתן לו לחזור בו או לסגת, במקרה זה או אחר, מהבטחה שנתן... בגדר סמכותו החוקית ואפשרות הביצוע המעשית".¹³⁶ לאמור: ההכרעה הבטיחית שנתקבלה היא הכרה בכלל של "הבטחות יש לקיים", ו"בצידוק החוקי" כחריג בלבד אותו יש להפעיל במקרים הראויים. אבל מדוע ולמה "המצב הוא פשוט וברור ואינו מעורר שום קושי" רק לדידו של השופט ברנזון ושל מתי מעט פסקי-דין?¹³⁷ הרי היחס "כלל – חריג" מצביע על-כך שרק מתוך נימוקים כבדי משקל ניתן יהיה שלא לקיים את ההבטחה! דא עקא, החריג קם על יוצרו – הוא הפך להיות הכלל בעצמו!

לו הייתה דעתנו נשמעת, כי אז שומה על כית-המשפט בהיזקקו לחריג הצידיק החוקי, לשוות לנגד עיניו גם את הצידיקים לאי הפעלתו, כפי שמנינו בפרק השני. משוואת האיזון הנורמטיבית, כפי שנתקבלה, מורה על הקפדה באכיפת הבטחות. ברם, עתה "עצם קיום ההבטחה נחשב בתור 'אחד השיקולים' שיהיה לו 'משקל כלשהו' 'במשוואת האיזון'".¹³⁸ לדעתנו, מתן הבטחה צריך שיהא השיקול הקונקלוסיבי, כדברי השופט ברק: "קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו כחברה וכעם".¹³⁹ יתרה-על-כן, כשבהבטחות רשות מדובר, מצטרפת לדרישה העקרונית המחייבת לקיים ולכבד התחייבויות, גם חובתה הכללית של הרשות הציבורית לנהוג בהגינות ובטבירות. ובכלל – קיום ההבטחות שנתנה אינו רק צו משפטי ומוסרי, אלא גם צו של תבונה מעשית. שלטון שאינו מקיים את התחייבויותיו עשוי להחקשות במתן הבטחות בעתיד.¹⁴⁰ עליו לשוות לנגד עיניו את קיפוח האינטרסים של הנבטח, ובעיקר אינטרס הציפייה (להגשמת ההבטחה) ואינטרס ההסתמכות (פעולה בעקבות ההבטחה אולי עד כדי שינוי

136 הלכת סאיי-טקס, לעיל הערה 1, בע' 676.
 137 ראו את פסקי-הדין הבאים שנדון בהם להלן: בג"צ אביוב, לעיל הערה 29; בג"צ דיטון, לעיל הערה 11; בג"צ 715/89 שריג נ' שר החינוך, תקדין-עליון 93 (3) 1408 (להלן: בג"צ "שריג"); בג"צ שפקמן, לעיל הערה 131; ע"א 6971/93 עיריית רמת-גן נ' קרשין, פ"ד נ (5) 478 (להלן: עניין "קרשין").
 138 ראו דותן, לעיל הערה 20, בע' 479.
 139 ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב (1) 221, 278.
 140 ראו דברי השופט ברק בבג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז ת"א, פ"ד מ (2) 393, 403.

מצב לרעה); שאם לא כן, התקשרות עם הרשות תוצג, ובצדק, ככלי אין חפץ בו. אך דוק היטב: אין אנו נוהים אחר הקיצוניות השנייה, קרי: קידוש הערך בדכור שמירת הבטחות על מזבח טרבת הכלל. לפיכך, יש לשלול מכל וכל את דוקטרינת ההשתק מכוח הבטחה המונעת מן הרשות להתכחש להבטחתה היה והנבטח שינה את מצבו לרעה.¹⁴¹ לדעתנו, "הצידוק החוקי" הוא אלמנט חיוני; אפשרות זו להשתחרר מן החובה לקיים הבטחה מנהלית יוצרת, למעשה, איזון בין הצורך לקיימה כדי לשמור על אמינות הרשות בעיני הציבור, לבין צורכי הציבור וציפיותיו כי תתפקד כהלכה בתחום שהסדרתו הופקדה בידיה. בכך יש כדי ליישב את הביקורת שנמתחה על הלכת סאי-טקס ולהביא את הנורמה האידיאלית, שהותוותה בעניין זה, לכלל נוסחה משפטית שניתן יהא ליישמה הלכה למעשה בחיי היום יום. כל קצפנו יצא על אופן היישום רחב היריעה של ה"חריג", כך שהיות ההבטחה מבוססת על טעות או על שיקולי שינוי מדיניות, די בהן להוות טעם לנסיגה ממנה.¹⁴² לפיכך – וזו התזה המוצעת – יש לפרש את המונח "צידוק חוקי" כיאה לחריג, כך שרק בנסיבות נדירות ניתן יהא לבססו; בעיקר משמכוח שינוי נסיבות שלא ניתן לחזותו מראש. אכן, לדידי, ההלכה כפי שגובשה בעניין שפקמן¹⁴³ מתארת את המצב הרצוי, שבו תזרה של רשות מהבטחה מחייבת תהא חריג ולא עניין שבשגרה. הלכת שפקמן אף אינה גורפת, כפי שסבורה השופטת נתניהו,¹⁴⁴ שכן גם בה גופה נקבע שהרשות תידרש "בדרך כלל" להצביע על שינוי בנסיבות. אף אנו איננו סבורים ששינוי נסיבות בין מועד מתן ההבטחה ובין המועד בו החליטה הרשות לסגת הימנה הוא תנאי בל יעבור לחזרה מהבטחה. ברור שהיסוד המכריע הוא אינטרס הציבור. כך, למשל, מקרים בהם הרשות חוזרת בה ממדיניות מפלה על-פיה פעלה בעבר הם לכאורה מקרים בהם קיים צידוק חוקי לחזור מהבטחה, אפילו לא השתנו הנסיבות. לעומת זאת, כשהשינוי במדיניות נעשה כשינוי ממדיניות חוקית וסבירה אחת למדיניות חוקית וסבירה אחרת הפוגעת בנבטה, הדרישה להצביע על שינוי רלוונטי בנסיבות היא, לדעתי, המינימום הנדרש. אך מכל מקום, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה, גקודת המוצא למלאכת איזון האינטרסים צריך שתהא המעמד המיוחד של ערך קיום

141 כאשר נידונה שאלת ההשתק בפסיקה, התשוכה שניתנה לה, בדרך-כלל, הייתה כי במשפט המנהלי אין מקום להכרה בהשתק. עם זאת, ניתן להצביע על פסקי-דין שבהם הובעו עמדות אשר הותירו פתח להעלאת טענת השתק נגד רשויות מנהליות, למשל ע"א 831/76 לרי נ' פקיר השומה חיפה, פ"ד לב (1) 421. משנות השמונים ואילך חדלה הפסיקה להתחבט בסוגיה. שאלת מחויבות הרשות לקיים את ההבטחה נפתרה במסגרת הצידוק החוקי לחזרה מההבטחה ובאיזון האינטרסים המתנגשים. לדיון נרחב ראו מאמרו של שטיין, לעיל הערה 9, בע' 286–288. לא ראיתי לנכון לדון בהשתק גם בשל בעייתיות הטענה, שכן ממה נפשך, אם הרשות הציגה מצג או נתנה הבטחה בניגוד לסמכותה, לא ניתן למנוע ממנה לחזור לסמכותה התוקפת; ואילו אם המצג או ההבטחה כגדר סמכותה, אין צורך בהשתק כדי לחייבה.

142 ראו בג"צ נחלת ז'בוטינסקי, לעיל הערה 75; פרשת אומן, לעיל הערה 28; בג"צ פולק, לעיל הערה 40.

143 עניין שפקמן, לעיל הערה 131, בע' 455.

144 ראו בג"צ גדות, לעיל הערה 3, בע' 786.

הבטחות. יש לייחס לערך זה משקל רב, כך שרק אינטרסים ציבוריים משמעותיים יוכלו לו. ודוק: אינטרס ציבורי משמעותי נאמר, אך לא "צורכי ציבור חיוניים", מה שהלכת מילר דורשת להוכיח כתנאי להשתחרר מכבלי החוזה.¹⁴⁵ כיוון שהבטחה היא "קשר חוזי" נמוך בדרגה, תנוח דעתי גם אם יחול בסוגייתנו מבחן המקל יותר עם הרשות מאשר "מבחן חיוניות הצרכים". דומני שב"מבחן טובת הכלל" — טגי. ובפרפרזה על דברי השופט אלון¹⁴⁶ חשוב להבהיר: שאם יבוא החושש ויחשוש שמא מכח הפעלתה של נורמה ערכית זו יבולע ליציבות המשפטיות, שהרי טרם בא לעולם מכשיר מדידה שימדוד אל נכון מידתו של "צורך ציבורי חיוני" אל מול "טובת הכלל גרידא", אף אתה אמור לו, כך היא דרכה של מערכת משפט שבה המשפט והיורשר, הדין והצדק, נשקי אהרדי, ובסופו של חשבון ובעיקרו של דבר מרובה מידת היציבות הכללית שבאה למערכת המשפט מכוח העיקרון הערכי של "קדושת החוזה שבהבטחה השלטונית", מאשר מידת אפשרות הפגיעה ביציבות המשפטית — במקרה מסוים זה או אחר — מחמת הפעלתו של עקרון הלכת סאי-טקס.

מעבר לכך, לדעתי, אם בית-המשפט יאלף בינה את הרשות, כך שתפנים שחיים ומוות, קרי: קיום הבטחותיה, ביד הלשון, היא גם זימנע מלפקוד את שערי השכם והערב כדי לקבל גושפנקה לכך שלא הבטיחה דבר או כדי שימצא בעבורה "צידוק חוקי" להתנער מהבטחתה. בית-המשפט צריך לעצב היטב את המסר שלא בנקל יינתן להפר הבטחה. על הרשות לשמור על מוצא פיה ולא להבטיח את שאין ביכולתה או בכוננתה לקיים. אכן, לטעמי, האחריות לכך (לפחות בחלקה) רוכצת לפתחה של קומץ הפסיקה שהואילה לאכוף את שהובטת. מטיב להביע רעיון זה בג"צ אלגרבל:

145 הורחה ולידתה של הלכת ההשתחררות היא בג"צ 311/60 י מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989. בתחילה, היה מדובר במבחן חד ומצומצם למדי ושומה היה על השלטון להצביע על צרכים חיוניים שאינם יכולים לדור בכפיפה אחת עם החוזה, שאם לא כן "אם לא יוכל עוד האורח לסמוך על קרושת התחייבותה של הממשלה בחוזה כתוב וחתום מטעמה, כי אז שלטון החוק במדינה ייעשה לחוכא ואיטלולא" (דברי השופט ח' כהן בד"ע 28/76 מעוז נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (2) 821, 827. כן ראו בג"צ 125/57 אוניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד יא 1490, 1512 (להלן: בג"צ "אניות מיכל ומשא בע"מ"). אך מבחן זה נשחק עם השנים וראו, למשל, ע"א 64/80 בנק ארץ ישראל בריטניה בע"מ (כפירוק) נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 589, 601 (לפי השופטת בן-פורת עסקין בחיוניות יחסית) וכן בג"צ 242/70 לביב נ' שר האוצר, פ"ד כד (2) 313, 315. אך למרות שהפסיקה 'הכזיבה', מה יפה היה לחזות בביקורות שהוטחו בפסקי-הדין ובניסיונה העיקש של הספרות המשפטית לתחמו! ונדגים: "דברים אלה של בית-המשפט מאירים את ההלכה באור לא מדויק, ואם לא ייקראו לרקצה של המסכה הפסיקתית כולה עלולים הם להטעות באשר לרחב תחולתה ולנטיבות המתאימות להפעלתה... ניתן להניח ששופטי בית-המשפט העליין אשר כתבו את פסקי-הדין לא התכוונו לשנות מן ההלכה ונקטו לשון גודפת" — ד' ברק-ארז האחריות החוזית של רשרות המנהל (תשנ"א) 173-174; ב' ברכה "על כוחה של הממשלה להשתחרר מהתחייבות חוזית" הפרקליט ל (תשל"ו) 34, 45-46. ומה ראוי היה לו ההבטחה המנהלית הייתה זוכה למלחמת הגנה שכזו על כבודה!

146 ראו ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון צובדים בע"מ, פ"ד לח (2) 237, 264.

"השאלה שלפנינו היא על-כך מוגבלת ופשוטה, וכל עניינה בכך, אם זכאי האזרח לתח את אמונו במכתב מפורש וברור, אשר גורם מוסמך ברשות המבצעת... בחר לכתוב אותו. לדידנו, חיוני הוא, כי כל גורם מוסמך ברשות המבצעת – לרבות גורם ברשות מקומית – במסגרת תפקידו, ישקול כיאות את תוכן התחייבויותיו ואת נוסחן בטרם הינחנן. אולם, משקיבל האזרח התחייבות ונמנע בשל כך מנקיטת צעדים משפטיים מידיים, חשוב – למען המנהל התקין ואמון האזרח ברשויות השלטון וכדי לקדם ולחזק פעולה שלטונית הוגנת והנעשית בתום-לב, שהם תכונות לוואי חיוניות לפעולתה של רשות ציבורית – כי ההתחייבות תכובר".¹⁴⁷ אך זאת לדעת: במתן פירושו מצמצם לחריג "הצידוק החוקי" לא די לשם הגשמת המטרה, כי מה תועלת יש בו אם בית-המשפט מסרב באופן עיקש להכיר בעצם התגבשות הבטחה? ! כך גם מקיץ הקץ על ההגנה המשפטית החלופית לה יכול שיזכה הנבטח במקום סעד האכיפה! הביטוי "אפשר למנות על אצבעות כף יד אחת" את פסקי-הדין בהם נאכפה הבטחת הרשות כלל אינו מטאפורי – אכן, מבין מאות הפעמים בהן פקדה טענת ההבטחה המנהלית את שערי בג"צ, היא נתקבלה בחמש מהן בלבד! כף יד בודדה! וזה מה שניסינו לטעון לו כל הזמן: שתופעה כה עקבית ורחבת היקף אינה יכולה להיות מקרית, אלא מבטאת מגמה. הלכת סאי-טקס כשמה כן היא – הלכה – אך לא למעשה. כבר משחר לידתה היא נתקלה בעוינות חסרת פשר (שעל קנקנה יבקש לתהות הסעיף הבא), אך "האויב" היה גלוי וכזה ניתן להתמודד עמו. ברם, עם השנים עדיין לא הסכימו עמה, אלא שעתה נתחלפה לה העוינות הגלויה באיבה מוסווית. לא עוד נשמעו קולות כנגד הלכת סאי-טקס, אלא תירוצים מתירוצים שונים מנעו את החלטה. כנגד "אויב נסתר" זה אנו יוצאים חוצץ ומפניו נבקש להתריע. הסברנו ושכנו והבהרנו, ששיקולי מדיניות כבדי משקל עומדים ביסוד קיום ההבטחה המנהלית. אילולא נרתעה הפסיקה מאכיפתה, כי אז גם רשויות המנהל, הבטחותיהן לא היו קלות בעיניהן ולא ניתנות – ומופרות – כלאחר יד.

כללו של דבר – לדעתנו, שימוש מושכל בהלכת סאי-טקס הראויה והמאוזנת הוא זה שיחייב את הרשות לשקול את הבטחותיה ולשקוד על קיומן. הוא גם זה שימנע מהנשיא שמגר להביע "את צערנו על-כך שהיה צורך לפנות לבית-משפט זה כדי לממש התחייבות מפורשת בכתב שניתנה על-ידי מי שהיה מוסמך לממשה ואשר אף חזקה לאחר מכן במכתב נוסף".¹⁴⁸ "שימוש מושכל" ודאי אין כוונתו רק למקרים כדוגמת פרשת דישון, הקיצונית בנסיבותיה, שם נתקיימו התנאים לקשירתה של הרשות להבטחתה ואפילו ניתן לה תוקף מחייב. פשיטא, שבמקרה בו "ההבטחה היא מפורשת וברורה, פעמיים הועלתה על הכתב ובצורה שאינה משתמעת לשתי פנים", ואשר בו "העותרת דורכנה בעצה ובייעוץ של המשיבים לתסל כליל את הלולים

147 בג"צ אלגרבל, לעיל הערה 63, בע' 240.

148 שם, בע' 239–240.

לגידולים להטלה ולהקים תחתם לולים לפטימים ולמטרה זו התחייבה עד צוואר כהלוואות מכבדות עצומות... עד שהיא עומדת לפני שוקת שכורה, והמדובר הוא ב־70 משפחות שבמושב¹⁴⁹, שבית־המשפט לא יניח לרשות לנער חוצנה מהבטחתה; אך האמנם רק ייחודיות קיצונית כזו ראוי לה כי תוחל עליה הלכת ההבטחה המנהלית?! לטעמנו, התשתית הנורמטיבית שהצגנו — ולא בכדי — בפתח הדיון היא שתוכיח והיא שתגרום למי שהבטיח — לעמוד בדיבורו.

כל שביקשנו להראות הוא שאת הלכת סאיי־טקס כמתכונתה הישנה — יש לאמץ ככתבה וכלשונה. הניסיון העיקש להימנע מהחלטה מחד, והיישום הלגיטימי של תנאיה — בעיקר הרביעי שבהם — מאידך גיסא, הם הם שעמדו בעוכריה, והניעו את הרשות להפר את הבטחתיה. כשמכירים את האויב — גם מטיבים להתמודד עמו. את זאת ביקשנו לחשוף. כעת, כמעט תמה מלאכתנו. נותר עוד לנסות ולברר מה פשר הסלידה מהלכת סאיי־טקס ומהם המניעים שעומדים ביסוד העיונות הבלתי־מוסברת אליה.

אולי אם נבודד את המניעים, נצליח גם לנטרל את הרתיעה מהחלטה. כל זאת בסעיף הבא.

7. הפסיקה הכריזה מלחמה: "להלכת סאיי־טקס לא תהי תקומה" — אך על שום מה?

בפרק זה ניצבת לליבון התמיהה מדוע "הלכת סאיי־טקס נתקלה בשעתו ביחס צונן וחשדני כזה מצד שופטים ומחברים כאחד"¹⁵⁰. השאלה — טובה, התשובות — פתוחות. פרופ' שטיין אף הוא עומד על הקושיה — "אין להשאיר בלא התייחסות גם את מגמת הצמצום ביחסה של הפסיקה אל הלכת סאיי־טקס" — ומציע טעם משלו. לשיטתו, מגמה זו נובעת מנוקשות הסעד (צו "עשה") הניתן בבג"צ. מתן צו "עשה" טעון הכרעה חותכת בין האינטרסים המתנגשים, הכרעה שלא תמיד ניתן לעשותה. כך, מתן צו "עשה" במקרה שבו ניתנה הבטחה מנהלית, והרשות ביקשה לאחר מכן לחזור בה מהטעם שמימוש ההבטחה נוגד את טובת הכלל, מצריך העדפת אינטרס הפרט על־פני אינטרס הכלל. הסירוב ליתן צו "עשה" משמעו, במקרה זה, זניחת אינטרס הפרט שהסתמך על ההבטחה ואולי אף שינה את מצבו לרעה שעה שפעל על־פיה. נמצאנו למדים, שבעיית ההבטחה המנהלית דורשת לעיתים קרובות פתרונות ביניים, אך אין פתרונות אלה מצויים כשהבררה, שבפניה עומד בג"צ, היא ליתן צו "עשה" או לדחות את העתירה.¹⁵¹ לדעתנו, הצדקה זו אינה מספיקה ואינה מספקת, ושטיין עצמו

149 בג"צ רישון, לעיל הערה 11, בע' 530.

150 דותן, לעיל הערה 20, בע' 473.

151 שטיין, לעיל הערה 9, בע' 271–272.

מפריך אותה מניה וביה. הרי ניתן להיזקק לסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, הוא סעיף "גמישות הסעדים", ולהפעילו מקום שטובת הכלל לא מאפשרת ליתן צו "עשה" נגד הרשות לאכיפת הבטחתה, בעוד שהנכסח שינה את מצבו לרעה בעקבותיה. זו הדרך הראויה. זו — ולא מגמת הצמצום הברורה שמעלה על נס את אינטרס הציבור על אפו ועל חמתו של אינטרס ההסתמכות והציפייה של הפרט. והדברים הם על אחת כמה וכמה לנוכח העובדה שכרוב המקרים חייבת דווקא העלאת שיקולים של טובת הציבור להביא לידי דבקות המדינה בהבטחותיה וכיבודן של אלה.

סיבה שנייה המתיימרת להצדיק את העוינות אל הלכת סאי־טקס היא השילוב בין הקביעה המשפטית הכוללת שלה ובין העובדות הקונקרטיות. לא הנוסחה הנורמטיבית שפסק־הדין יצר היא שעוררה את אימתה של הפסיקה, כי אם החלטה על החלטת שינוי מדיניות של משרד התעשייה! הרי שם דובר ב"חזרו מנכ"ל", מכשיר קלאסי ומקובל שבו מצהירה הרשות על מדיניותה כלפי כלל היצואנים, כפי שהיא עומדת בשעה שהחזר מופץ וכל זמן שלא יצא חזר אחר להחליפו. השילוב בין שני האלמנטים של הלכת סאי־טקס משמעותו שכל החלטת מדיניות שגרתית של רשות מנהלית מהווה, למעשה, הבטחה מנהלית מחייבת! אין תימה, אפוא, שהלכת סאי־טקס זכתה למסכת תגובות כה צוננת. ואכן, עוד בטרם יבשה הדיו על דפי הלכת סאי־טקס, החלו לזרום אל בית־המשפט העליון עתירות מטעמם של נציגי סקטורים שביקשו להיבנות מהמשמעות המורחבת שלה. לפי דותן, עתירות אלו היו במהותן ניסיונות לנצל את הלכת סאי־טקס כדי לתפוס את הרשות על מדיניותה הכלכלית, שעברה תהליך של שינוי, שלא היה נוח לעותרים.¹⁵² בית־המשפט היה נחוש בדעתו לסתום את הגולל על מגמת הנהירה אל עבר שערינו. לפיכך, נזקק הוא לטכניקות האבחון והצמצום עליהן עמדנו בהרחבה. ברם, בעיקר לאחר הלכת אומן, משנתגבשו התנאים הנוקשים לקשירת הרשות בהבטחתה, לא היה עוד צורך לנהוג בקשיחות האיתנה אותה נקט בית־המשפט כל אימת שנטענה בפניו הלכת ההבטחה המנהלית. סכירת הסכר מפני הצפת בתי־המשפט בתביעות הייתה יפה לשעתה — עת נתקבלה הלכת סאי־טקס, אך לא לשעתנו. כאמור, משנתחמו גבולות ההלכה, אין לחשוש ל"שימוש לרעה" שייעשה בהפעלתה. ככלות הכול, עסקינן בהלכה "שיש בה כדי לבטא תחושה נעלה של צדק מנהלי"¹⁵³ המשתלבת במגמה להרחיב את הביקורת השיפוטית כדי להגן על האינטרסים של הפרט, כחלק מהמגמה שבאה לידי ביטוי בשורה של הלכות שפותחו לפניו ואחריה על־ידי בית־המשפט העליון.¹⁵⁴ קיצורו של דבר, צידוק זה לא עוד יכול לעמוד.

השיטה הבאה המנסה כוחה בהסברת האכיפה הזעומה של הלכת סאי־טקס היא מפרי עטו של דותן.¹⁵⁵ אליבא דדעתו, הקו המנחה את פסקי־הדין הוא, שפעולה מנהלית

152 דותן, לעיל הערה 20, בע' 474-475.

153 נגבי, לעיל הערה 24, בע' 380.

154 ראו דותן, לעיל הערה 20, בע' 473.

155 שם.

הנעשית כלפי ציבור רחב ובלתי מסוים איננה יכולה לשמש הבטחה מנהלית בת תוקף, כלא כל תלות בשאלה מה הייתה כוונת הרשות שיצרה את הפעולה או המצג. בכטיס עמדתו עומדים שיקולי מדיניות שלפיהם היחסים שבין הציבור ורשויות השלטון צריך שיושתתו על מנגנוני ההגנה והתיקון ועל הסערים הקיימים בתחום הפוליטי והציבורי ולא על מוסדות וסעדים משפטיים.¹⁵⁶ ואכן, ככל פסקי-הדין בהם הוכר תוקפן המחייב של ההבטחות, הללו עסקו באדם אחד או בקבוצה קונקרטיה, קטנה ומוגדרת של נבטחים מתד גיסא; ולא דובר בהם במדיניות מנהלית כללית שהמשכה עומד לדין, מאידך גיסא. בבג"צ אביוב נאכפה ההבטחה הגלומה במכתב שנשלח לעותר ושעסק בזכויות החכירה שלו לגבי קרקע שבבעלות מנהל מקרקעי ישראל.¹⁵⁷ בג"צ דישון אכף על המשיבים הבטחה שנוכללה במכתב מטעם יו"ר המועצה לענף הלול שהבטיח לחברי המושב העותר להעניק להם מכסות לגידול פטימים בהיקף מסוים.¹⁵⁸ בג"צ אלגרבלי אכף הבטחה של סגן ראש העיר להורי עשרה ילדים בנוגע להסעתם לכית ספר המרוחק מבתים.¹⁵⁹ בבג"צ שריג בית-המשפט כפה על הרשות לעמוד בהבטחה שנתנה להורי ילדים בכיתת לימוד בבית ספר חקלאי.¹⁶⁰ בבג"צ שפקמן נאכפה הבטחה שניתנה להורי שלושה תלמידים בנוגע לשיבוץ בכיתת ספורט הישגית.¹⁶¹ לבסוף, בעניין קרשין הורה בית-המשפט על אכיפת הבטחה שנתנה רשות מקומית לבעל מקרקעין בנוגע לגובה הארנונה שהוא חב בה.¹⁶² דותן מוסיף ומראה, שגם במקרים כהם בית-המשפט הואיל להכיר בהיווצרותה של הבטחה, אף-על-פי שנמנע מלאוכפה, היה מדובר בהבטחה שניתנה לאדם אחד או לקבוצה קטנה ומוגדרת של נבטחים, כשתוכנה אין עניינו בשיקולי מדיניות.¹⁶³

יצא, אם כן, שאליבא דדוּתן, ההסבר העיקרי לרמת האכיפות הנמוכה של הבטחות מנהליות נובע מהעובדה, כי חלק ניכר מהטענות שהועלו בפסיקה לגבי קיום הבטחה

156 שם, בע' 476-480: "המנגנון השיפוטי הוא מנגנון מתאים לספק הגנה לאינטרס ההסתמכות של הפרט או של קבוצה קטנה ומוגדרת של פרטים, שהרי בית-המשפט הוא בראש ובראשונה מוסד שנועד להגן על זכויותיו של הפרט ביחסיו עם השלטון (או עם פרטים אחרים). לא כך הוא המצב כאשר ההבטחה מכוונת לציבור כולו או לסקטור מסוים מתוכו. במקרה האחרון עומד לרשות הנבטחים מנגנון אכיפה חלופי רב עוצמה — הוא המנגנון הפוליטי... המנגנון הזה כולל לא רק את האפשרות של החלפת השלטון בבחירות, אלא שורה של מוסדות מתווכים בין הציבור ובין מקבלי ההחלטות השלטוניות: חברי הכנסת, מנגנונים מפלגתיים, ארגוני פעולה ציבוריים, המייצגים אינטרסים של הסקטור הציבורי שאליו הופנתה ההבטחה, פעולות מחאה, ביקורת של אמצעי התקשורת וכיו"ב". שם, בע' 477.

157 בג"צ אביוב, לעיל הערה 29.

158 בג"צ דישון, לעיל הערה 11.

159 בג"צ אלגרבלי, לעיל הערה 63.

160 בג"צ שריג, לעיל הערה 137.

161 בג"צ שפקמן, לעיל הערה 131.

162 עניין קרשין, לעיל הערה 137.

163 דותן, לעיל הערה 20, בע' 481-482.

מנהלית, עניינו בסיטואציה של שינוי מדיניות כללית. התיזה של דותן בהחלט מרשימה מבחינה תיאורטית. המאמר שלו מאלף בעיניי. אך עם כל יופיו האקדמי של הניתוח, מבחינה פרקטית הוא לא מצדיק את קשיי היישום שבהחלתו על סיטואציה נתונה. אף דותן מודע לכך ש"קבלת התיזה המוצעת לא תחסוך לבית-המשפט את הצורך להתמודד עם מצבי ביניים השייכים לתחום ה"אפור"¹⁶⁴. אכן, רבים הם המקרים שבהם יש ספק האם הסיטואציה העובדתית עניינה המדיניות הכללית של הרשות. כידוע, ההבחנה בין אקט כללי לאקט אינדיבידואלי איננה הבחנה קלה ואיננה עניין של "שחור ולבן", אלא של דרגה. לכן, לדעתי, הדבר יסרב לא את הדין אם בכל מקרה שיובא לפניו, בית-המשפט לא יאמר די בבחינת ארבעת התנאים (ניתוח מסופף ממילא), אלא גם יאלץ לברוק אם הכטחות כאלה תחשבנה להבטחות כלליות, שאינן צריכות להיות עניין לבתי-המשפט לעסוק בו. זאת ועוד, לטעמי, רבה מדי הסכנה הנשקפת לציבורת המשפטית אם תתקבל התיזה המוצעת. שכן, מי יוכל לתחום את קו הגבול ולהחליט מתי הבטחה תיחשב כללית יותר, כך שאינה מסמך משפטי בן אכיפה, ואימתי יש ליתן לה תוקף? לדעתי, במקום להכביר בתנאים ובהבחנות אפרוריות (בעיקר כשהן מעורפלות ומצריכות שיקול דעת רחב מדי), יש להכפיף את הדין לשיקולי המדיניות דלעיל וליישום שלהם על כל מקרה ומקרה, בהנחיית הלכת סאי-טקס. לגופו של עניין, אני גם לא משוכנעת שעל בית-המשפט להתנזר מאכיפת הבטחה מנהלית כללית שלא לשנות מדיניות. הרי מים רבים זרמו באוקיינוס הפסיקה מאז שנות החמישים, עת העובדה שהאקט המנהלי הנדון היה אקט מנהלי כללי אכן שימשה במקרים מסוימים כנימוק לשלילה מעיקרא של אפשרות ההתערבות השיפוטית.¹⁶⁵ כיום, האידאולוגיה השלטת בבית-המשפט העליון היא, שאין שום פעולה שלטונית הנהנית מחסינות טוטלית מפני הביקורת השיפוטית.¹⁶⁶

סיכומי של דבר: כל הנימוקים שהעלינו, כל אחד כשלעצמו הוא חלקי, וגם ביחד אין בהם כדי לבסס הצדקה להימנעות מאכיפת הבטחות מנהליות. משהתוותה הפסיקה את גבולות הלכת סאי-טקס ריצקה פרשנות נוקשה לתנאיה, אין לחשוש להצפת בתי-המשפט בחביעות. אין אף לקבל את הטענה, שלהבטחה הנוגעת למדיניות כללית מוקנית חסינות מפני התערבות שיפוטית. זאת הן בשל החיסרון שבקביעת כלל אפרורית לטיפול בסוגיה לה יפה איוון אינטרסים אד הוק, והן בשל העובדה

164 שם, בע' 488.

165 ראו, למשל, בג"צ 210/52 מרכז רהיטי "לכל" נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ר 795, 798. כן ראו בג"צ אניות מיכל ומשא כע"מ, לפיל הערה 145, בע' 1500.

166 כך, למשל, בית-המשפט מכניס ראשו גם בענייני ביטחון — בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617. ובג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485 לא היסס בית-המשפט להתערב בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה ואף בהחלטות הנשיא! בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505. עוד ראו, דותן, לעיל הערה 20, בע' 479, בהערה 38.

שלפי כללי הביקורת השיפוטית בישראל, מדיניות כללית כפופה אף היא לביקורת שיפוטית.

בפרק הבא בו ייבחנו עשרה פסקי-הדין האחרונים שניתנו בסוגיה, נראה שלו היה דותן מחכה, הוא היה נוכח לדעת שגם כשהבטחה אינה עניין שבמדיניות ואפילו כשזו הוענקה לקבוצה קונקרטיה של אנשים (למשל סטודנטים), בכל זאת בית-המשפט לא שעה להבטחה ולא כפה על הרשות לקיימה. לכן, מסופקני אם הצעתו עומדת במבחן הפסיקה.

בסופו של דין עדיין נותרנו עם אותה מסקנה: אימוץ הלכת סאי-טקס במתכונתה הישנה!

8. פסקי-הדין האחרונים בסוגיה — האמנם מעצבים הם הלכת ראויה?

פרק זה מבקש לבחון את פסקי-הדין האחרונים שעסקו בסוגיית ההבטחה המנהלית — עשרה במספר — באשר הם טרם לובנו בטקסט משפטי עדכני.¹⁶⁷ מסקנת הסקירה תהא, שהפסיקה עודה ממאנת להכיר בעצם כינונה של הבטחה. דומה, שהשינוי היחיד המסתמן הוא, שאם בעבר בית-המשפט טרח והתייגע בניסיונו לשכנע שלהלכת סאי-טקס לא נודעה תחולה בנסיבות שלפניו, הרי שעתה די לו לעתים כמשפט אחד כדי למצות את כל הסוגיה. פסקי-הדין הבאים מדברים בעד עצמם, למעט חריג אחד, שרק מדגיש ומוסיף משנה תוקף לכלל — היעדר אכיפה או הכרה בהבטחה:

תחילה נפתח בבג"צ השכלה ותואר בע"מ¹⁶⁸ בו ביקשו העותרים מבית-המשפט כי יאכוף את ההבטחה המנהלית, המעוגנת בכתובים, שניתנה להם על-ידי הוועדה להערכת תארים ודיפלומות מחו"ל במשרד החינוך (להלן: "הוועדה"), קרי: הכרה, ללא דרישות נוספות, בתארים האקדמיים שרכשו העותרים. בית-המשפט דחה את העתירה במאנו להכיר בעצם כינונה של הבטחה: "לטעמי, אין בהודעות בעיתונות ובמכתבי הוועדה משום הבטחה מנהלית להכרה בתארים המסוימים של העותרים".

בבג"צ גולן¹⁶⁹ ביקשו העותרים (הוריו ואחיו השכולים של סמ"ר גיא גולן ז"ל שנפל באסון השייטת) להורות לרמטכ"ל (המשיב 1) שינקוט צעדים פיקודיים ומשמעתיים כנגד משיב מס' 3 (הרב הצבאי הראשי) בגין "הן חוסר היידוע שלהם אודות הגעתם

167 זאת כיוון שהחומר המשפטי העדכני ביותר בסוגייתנו הוא משנת תש"ס: מאמרו של דותן (לעיל הערה 20) וספרה של שלו (לעיל הערה 21). לפיכך, השלמה זו חיונית היא. יש להבהיר שמדובר בפסקי-הדין האחרונים שפורסמו בתקליטור הממותשכ — תקדין.

168 בג"צ 6977/98 השכלה ותואר בע"מ נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נה (1) 316, 322. פסקי-דין זה (בנוסף, כמוכן, להלכת סאי-טקס עצמה) חורג מהתלם שהתוותה החיזה המאלפת של דותן, והוא, לדעתי, קרוב יותר להוכיח את שטענהי לו — מגמה שיטחית של מדיניות כללית הנמנעת מאכיפת הבטחות מנהליות.

169 בג"צ 1868/00 גולן נ' ראש המטה הכללי, תקדין-עליון 2000 (2) 644.

של חלקי גופות נוספים והן הקבורה של חלקים אלו ללא ידיעתם... וכי נוסף על כך נקברו חלקי גופה בקבר לא להם, עקב טעות בזיהוי".¹⁷⁰ טענתם נסמכת על הבטחה מנהלית בה "המשיב מס' 1 התחייב בפני העותרים כי ינקוט צעדים כנגד האחראים בפרשה". המשיבים טענו כי "כל שהובטח לעותרים היה כי העניין יבדק ויינקטו הצעדים המתחייבים", אך אף-על-פי שבית-המשפט היה מודע ל"דוח ועדת החקירה שקבע ממצאים חמורים המטילים דופי ופגם בדרך בה טופלה הפרשה שכפינו מבראשית", עדיין פוטר הוא את טענת העותרים בכך "שלא מצאנו, בנסיבות המקרה, כל יסוד לטענות בדבר קיומה של הבטחה מנהלית". סתם בית-המשפט ולא פירש; אך מה שכן עשה – שילח מעל פניו את העתירה. וזו טכניקה מצוינת שבית-המשפט נאחז בה – הוא אפילו חוסך מעצמו את "הטורח" לשוב ולעגן בכתובים ובעוד פסקי-דין את התנאים המכוננים הבטחה מנהלית תוך בדיקתם! עם השנים, בית-המשפט כה 'השתכלל' עד שהוא אומר די בלצייץ כי לא השתכנע בקיומה של הבטחה מנהלית, כשעל פי רוב, הוא גם לא נותן טעם לדבריו. בכך, ככל הנראה, הוא סבור שמיצה את הטענה. בית-המשפט אפילו לא "מבזבז" דיו על אזכור המילים "הלכת סאי-טקסט"! פסקי-הדין הבאים יוכיחו:

כבג"צ קהלני¹⁷¹ העותרים טענו לקיומה (תרתי משמע!) של הבטחה מנהלית. הבטחה זו שניתנה להם היא בעלת אופי כפול: הבטחה מנהלית כללית הנגזרת מעצם קיומם של תנאי שירות אשר הביאה את העותרים שלא לפרוש בעבר ולהמשיך בשירותם; הבטחה מנהלית ספציפית לפיה הובטח לחלק מהעותרים להחיל עליהם את תנאי הפרישה שטרם שונו. על-כך אומר בית-המשפט: "טענה זו על שני חלקיה אין בידי לקבלה. ההבטחה המנהלית הכללית שלה טוענים העותרים, אינה אלא המצב הקיים, פרי המדיניות הקיימת. אלה אינם יכולים לשמש בסיס להבטחה מנהלית... הבטחה מנהלית ספציפית לא הוכחה. כל שטענו חלק מהעותרים בעניין זה הן טענות סתמיות בדבר סיכומים עמהם, מבלי להוכיח מה נאמר בהם, על-ידי מי נאמרו הדברים והאם אלה גורמים מוסמכים".¹⁷²

בבג"צ חניון המרכבה חולון בע"מ¹⁷³ המערערים טענו לאכיפת ההבטחה המנהלית שנתנה להם העירייה בדבר תשלום ארנונה בשיעור נמוך. בית-המשפט פסק, כי דינה של הטענה בדבר קיומה של הבטחה מנהלית להידחות: "עיון בתצהיר מטעם החברה מלמד... כי הטענה בדבר הבטחה מנהלית נטענה באופן סתמי וכללי ולא פורטו בו היסודות שקיומם הכרחי על-מנת שתתגבש הבטחה מנהלית המיוחסת לעירייה". ויודגש: כך נקבע על-אף שטענה זו כלל לא נסתרה על-ידי העירייה בחקירה שכנגד! בית-המשפט "מאשים" את התצהיר – שאמיתותו לא הופרכה – בכך שהוא "סתמי וכללי", אך, עם כל הכבוד, האם הניתוח המשפטי שלו אינו זכאי לאותו תואר?

170 שם, בפסקה 3 לפסקי-דינו של הגשיא ברק.

171 כבג"צ 5060/96 קהלני נ' ראש הממשלה, פ"ד נד (3) 270.

172 שם, בפסקה 6 לפסקי-הדין.

173 ע"א 6514/96 חניון המרכבה חולון בע"מ נ' עיריית חולון, פ"ד נג (1) 390, 399.

והביקורת מופנית לא רק כלפי פסק-דין זה, אלא היא מתקוממת כנגד המגמה השיטתית של הפסיקה בטפלה בסוגיית ההבטחה המנהלית, ככלי אין חפץ בו.¹⁷⁴ כך יוכיח, למשל, בג"צ ויטאפרם תעשיות פרמצבטיות¹⁷⁵ בו בית המשפט התייחס לטענה בדבר קיומה של הבטחה מנהלית בפחות משורה! כל שאמר לעניין זה היה: "אין בסיס לטענה בדבר הבטחה מנהלית". אמר – ולא יסף. ומתרה-מחזיק אחריו בג"צ דלתא גליל תעשיות בע"מ¹⁷⁶ שאף בו פטר בית-המשפט את טענת ההבטחה המנהלית במשפט אחד: "העותרות לא הניחו את התשתית הדרושה לטענתן בדבר הבטחה מנהלית". בבג"צ קניאל¹⁷⁷ נתעוררה השאלה האם בסעיף ג' להחלטת הממשלה מגובשת התחייבות תקפה של המדינה לשאת בהתחייבויותיהן של קרנות הפנסיה כלפי עמיתיהן. בית-המשפט מנה מקצת מהתנאים שבהתקיימם תוכר הבטחה שלטונית כבעלת תוקף משפטי מחייב. ברם, לשיטתו "על-אף לשון הציווי שנוקטה בו, עולה מנוסחו של הסעיף ומהשתלבותו בהחלטה כולה, כי אין הוא משקף יצירת התחייבות אופרטיבית בעלת תוקף מחייב, ואין להבינו ככזה... נוסח הסעיף מאופיין בכלליות, ללא כל פירוט או קונקרטיזציה ביחס לקרנות השונות, לחובותיהן או ללוחות הזמנים לביצוע... יש להבין חלק זה של ההחלטה כהבטחה כללית ומותנית שטרם התגבשה לכדי התחייבות בעלת תוקף משפטי מחייב".

בבג"צ התזמורת האנדלוסית¹⁷⁸ בית-המשפט דחה את טענת העותרת כי ניתנה לה הבטחה מנהלית בדבר תמיכה כספית. אף-על-פי ש"במשך מספר חודשים הועברו כספים לעותרת בהתאם לסכומים לפי התקציב בשנה קודמת, אך זאת לפני שהוחלט בדבר שיעור התמיכה בשנת 1997. בנסיבות אלה אין לראות בעצם העברת התשלומים הבטחה שלטונית עליה תוכל העותרת לבסס את עתירתה".

בבג"צ סושניקוב, כל שנאמר ביחס לטענת ההבטחה היה זה: "העצה שניתנה ע"י הקונסול ברוסיה חרגה מסמכותו ולא הקימה הבטחה מנהלית".¹⁷⁹ בית-המשפט כלל

174 ראו גם ע"א 6996/97 חברת א. עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח, פ"ד נג (4) 117: בית-המשפט קבע שלא מדובר בהשתחררות של רשות מהבטחה שלטונית שניתנה על-ידיה כדין, אלא במצג פגום שיצרה הרשות המנהלית כלפי הפרט – בפרשתנו, נכונותן של המשיבות להקצות למעוררת קרקע ללא מכרז, כאשר המעוררת הסתמכה על מצג זה ושינתה את מצבה לרעה עקב כך. לכן, למרות שנתקיימו יסודות ההשק, בשל הפגם החמור שנפל במצג המשיבות – הקצאת קרקע ללא מכרז כנדרש בחוק – אין לאכוף את המצג.

175 בג"צ 9020/96 ויטאפרם תעשיות פרמצבטיות (1993) בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, תקדין-עליון 97 (2) 233.

176 בג"צ 3585/95 דלתא גליל תעשיות בע"מ נ' שר התחבורה, תקדין-עליון 96 (2) 1210.

177 בג"צ 3975,3976,5625,5112,1961/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (5) 459, 484.

178 בג"צ 7385/97 התזמורת האנדלוסית הישראלית אשדוד נ' עיריית אשדוד, תקדין-עליון 94 (1) 1293.

179 בג"צ 7050/96 סושניקוב נ' שר הפנים, תקדין-עליון 97 (3) 591. ברוח זו ראו גם בג"צ 3136/98 אגד אנורה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נב (5) 705, שם בית-המשפט לא שעה להבטחה השלטונית שנתנה הממשלה לאגד, במסגרת הסכם, שתוכנה הוא לא לשנות את היקף פעילותה של אגד במשך תקופת ההסכם. זאת מהטעם ש"לאגד

הבטחה מנהלית: לידתה, תולדותיה, אחריתה

לא ניסה להפית רוח חיים חדשה בגוף ההבטחה, על-ידי שיבחן כלום קיימת כנמצא רשות אחרת אשר מוסמכת ליתן הבטחה מהסוג שניתן, ואם זו צריכה ומסוגלת להכתיר את "ניסיון ההחייאה" בהצלחה.

בג"צ דגניה¹⁸⁰ נדחתה הטענה כי דברים שהוצהרו על-ידי פרקליטות המדינה בגדרה של צעירה קודמת מהווים הבטחה מנהלית. זאת כיוון שהעותרים "לא הראו מדוע יש לפרש את הצהרת הפרקליטות באותו עניין כהתחייבות". מדובר לכל היותר בהתחייבות משתמעת, אך לפי בית-המשפט צריך שתהא "התחייבות מפורשת וברורה הנחוצה ליצירת הבטחה מנהלית מחייבת".

ביקשנו לסיים את הסקירה בפסק-הדין היחיד מהעת האחרונה שאכף הבטחה: בג"צ מוננון¹⁸¹.

ההלכה הבאה ראוייה היא, אם כי תמהני מדוע הלכת סאי-טקס לא הוזכרה בה ולו פעם אחת, ומדוע לא לובנו ויושמו התנאים לחיובה של הרשות בקיום הבטחתה? בית-המשפט קבע שקמה לעותרים זכות מכוח הבטחה שלטונית ברורה ומיוסדת היטב, כי יינתן להם להמשיך את לימודיהם במסגרת התכנית החדשה עד לסוף שנת הלימודים. הבטחה זו יש לקיים למרות הפגמים שנפלו בהחלטה, קרי: היעדר אישור של משרד החינוך להפעלתה של התכנית, כמו גם פרסומה רק בשפה הרוסית. פגמים אלו, קבע בית המשפט "אינם מחייבים ואינם מצדיקים פגיעה בהמשך לימודיהם של התלמידים העותרים בכיתות האמורות עד לסוף שנת הלימודים הנוכחית"¹⁸². אך מדוע אין סופה הראוי של סקירה זו מעיד על ראשיתה ?

אין זכות לתבוע שהמונפולין שנפלו בחלקה, ושמעולם לא הוענקו לה כדון, ישארו נחלה לעולם... הנאיל ובהענקת מונפולין לאחד יש משום שלילה זכות הרבים לחופש עיסוק, רשות שלטונית אינה רשאית להעניק מונפולין אם לא הוסמכה בחוק מפורש להעניקם". שם, בפסקה 7 לפסק הדין. כן עיינו בג"צ 15/96 תרמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נ(3) 397 בו בית-המשפט קבע, כי המכתב ששלח היועץ המשפטי של המשיבה לפי "כלל 24 לכללי האתיקה בפרסומת לא בהכרח מונע ממגיש תכניות מזג אוויר להשתתף בתשרי פרסומת שענינו מוצרי בניין ואיטום", אינו מהווה הבטחה מנהלית בשל המילים המסייגות "לא בהכרח", היינו, אפשר בכל זאת שימונע. שם, בע' 406. כן ראו בג"צ 5277/96 חור, חברה לתעשיות מוצרי מתכת בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 854 בו בית-המשפט קבע כי "ההבטחה, ככל שניתנה כזו, ניתנה שלא בסמכות. לא כירי וערת המנכ"לים הופקדה ההחלטה על אישור תכניות על-פי החוק... אכן, דומה כי לוועדה זו אין אותם הכלים או המומחיות אשר המחוקק ראו אותם כחיוניים לצורך אישור תכניות על-פי חוק העידוד. מכך עולה כי ההבטחה שנטען כי ניתנה על-ידי ועדה זו בחוסר סמכות ניתנה, וממילא אין היא הבטחה אכיפה על-פי דיני המשפט המנהלי. בנסיבות אלה, אין לראות בהבטחה האמורה שיקול כשר אשר השרים היו רשאים לבסס עליו את החלטתם". שם, בע' 865.

180 בג"צ דגניה, לעיל הערה 69, בע' 740.

181 בג"צ 5273/97 מוננון נ' עיריית אשדוד, אגף החינוך, פ"ד נא(4) 757 (להלן: בג"צ "מוננון").

182 פסק-דין זה (בג"צ מוננון, שם) ללא ספק מצדד בתיוה היפה שרותן העלה: להרחבה ראו לעיל פרק 7.

9. דיני המשפט העברי — המנהלי והציבורי

האמנם מחייב כוח הדיבור — כשמדובר בהבטחת ציבור?

דיוננו יפתח, למעשה, במסקנה: העוצמה האדירה המיוחסת להבטחה, אם מפי נציג הציבור היא ניתנה.¹⁸³ ייאמר מיד, שבמשפט העברי לא הרי הבטחה של היחיד כהרי הבטחה של הציבור. אדרבא, הנפקות היא דרמטית: למשא ומתן שאדם מנהל

183 הדבר בא לידי ביטוי מאלף במקרים שונים הפזורים בתנ"ך בהם נהגה "הרשות" דאז הכטחה — בין אם לנתיניה בין אם למאן שהוא זר — וניזוכח בנפקות המהממת שנודעה לה. ואולם, לכך יש לצרף הסתייגות-מה. מן הראוי להבהיר תחילה, שהמילה הנדרפת ל"הבטחה" בימים עברו היא "כריתת ברית", כשבדרך-כלל, נלווה לה אקט של שבועה. או אז אין המקור המובא יכול לשמש ראיה לכוחה המשפטי של ההבטחה. ראו א' ורהפטיג ההתחייבות — תוקפה, אויפיה וסוגיה (תשס"א) 148 וכן פרק 11 סעיף ב. ביודענו זאת, נפנה לבחינת הסוגיה המתקת — ההבטחה וכוחה — בתנ"ך:

סיפור יהושע והגבעונים (יהושע, ט, ג-כד): כידוע, יושבי גבעון מן החוי היו, ועליהם ציווה ה' "לא חרות להם ולא ליהיה ברית" (שמות, כג, לב-לג). לפיכך, הם נהגו בעורמה, נחזו לבאים מארץ רחוקה וביקשו מיהושע ומגדולי ישראל ונכבדיו לרות להם ברית. ואכן: "ויעש להם יהושע שלום ויכרות להם ברית לחיותם וישבעו להם נשיאי העדה" (פס' טו). והנה — "ויהי מקצה שלושת ימים אחרי אשר כרתו להם ברית וישמעו כי קרובים הם אליו ובקרו הם יושבים" (פס' טז). ואף-על-פי-כן "זאת נעשה להם והחיה אותם ולא יהיה עלינו קצף" (פס' כ). ללמדך, שאפילו שהברית הושגה על-ידי הגבעונים בעורמה, והגם שמלכתחילה מצוים היו להשמדם; הרי שמחמת שהבטיחו להם, יהושע והנשיאים לא הרגו את הגבעונים ואת חרף התרעמות העם ("וילונו כל העדה על הנשיאים" — פס' יח). דוגמא נוספת הממחישה יפה את הרצינות שבה נתפשת ההבטחה המנהלית ואת החובנה האקסיומטית שמרגע שניתנה היא נעדרה לקיום בלבד, תמצא בשמואל א', יא, א-טו: שם הטיל נחש העמוני את חיתתו על כל העם, עד כדי כך שהסכימו כי ינקור להם "כל עין ימין ושמתייה חרפה על כל ישראל" (פס' ב). העם, משותק כולו, לא ההין ולו לחשוב על התקוממות כנגד בני עמון, "וישאו כל העם את קולם ויבכו". אך לא שאל המלך הוא מי שתיפול רוחו. הוא קרא להם להצטרף אליו למלחמה, חוץ שהוא מבטיח להם לאמור: "אשר איננו יוצא אחרי שאול ואחר שמואל כה יעשה לבקרו" (פס' ז). העם הבין הבין היטב שהבטחת המלך מקיים ויהי מה, וכידועם זאת "ויפול פחד ה' על העם ויצאו כאיש אחד". התנהגות אנטי-טחית בקיצוניותה לשיתוק שאחזם לפני כן; וכל זאת בהכירם בכוחה של ההבטחה ובתקפותה. ולא עוד, אלא שבעל "הדעת מקרא" מסביר "שפחד ה'" הוא פחד שלמעלה מדרך הטבע — חרדת אלוהים — ולכן, כולם כאיש אחד יצאו מקיפאונם והשיבו מלחמה שצרה. צא וראה מה מחוללת הבטחת המלך! ואם בכך לא די, הדוגמא הבאה תמחיש עד תום שאפילו אם הבטחה הרת אסון לנותנה, אין לו לאותו נציג ציבור, ויהא מעמדו אשר יהא, יכולת נסיגה. אנו ניווכח, שאפילו בסיטואציה המחרידה שנוצרה, לא העלה בדעתו נותן הבטחה להשתמש באותו "צידוק חוקי" שמשמש את הרשויות המנהליות של תקופתנו, ברצותן להימלט מהבטחתן. כוונת הדברים היא למלתמת יונתן בפלישתים (שמואל א, יד, כד-מו): גם כאן מדובר בהבטחה שתוכנה איום וגם כאן היא ניתנת על ידי שאול מלך ישראל לעמו: "ארור האיש אשר יאכל לחם עד הערב ונקמתי מאויבי" (פס' כד). העם, אף-על-פי שהוא לחוץ וסובל חרפת רעב בעודו שרוי באחת המלחמות הקשות נגד אויבו האימתני ביותר — הוא פלישתים, יודע היטב שהבטחה מפי המלך היא רצינית מאין כמוה. אין תימה, אפוא, שלמרות מצבו "לא טעם כל העם לחם" (פס' כד, וראו רד"ק, שם). ברם, יונתן, שהוא זה שהביא את התשועה לעם, לא שמע את איומו המובטח של אביו וטעם מעט רבש. אך לא הועילה לו ליונתן קרבנו המשפחתית לשאול חזונו יורש העצר המיועד. נותנים אלה

בעל פה עם חברו, וכן להבטחות המוחלפות ביניהם אין, בדרך-כלל, תוקף משפטי בדין העברי והם אינם ניתנים לאכיפה בבית-דין.¹⁸⁴

הם כאין וכאפס מרגע שהבטחה מפי המלך יצאה. על-כן: "ויאמר שאול כה יעשה אלהים וכה יוסיף כי מות תמות יהונתן" (פס' מד).

אל נא תטעו לחשוב, שרק כשמדובר במלך שאול, מופיעה ההתייחסות המיוחדת הזו, המיסטית כמעט, אל ההבטחה. גם דוד המלך, הבטחתו חקוקה באבן. הוא ראייה, עת הודשה מלכותו לאחר מות בנו, דוד עבר בירדן ושמעי בן גדיא (שקיללו וכו' לו כשידו הייתה על התחווה – שמואל ב, טז, יז), ביקש מהמלך כי יבטיח לו שלא "יזכור את אשר העוה עבדך ביום אשר יצא אדוני המלך מירושלים לשום המלך אל לבו" (שמואל ב, יט, כ). דוד הבטיחו כי לא ימות, ואכן דוד עמד בהבטחתו למרות שקשחה עליו עד מאוד שמירחה, יען כי "קיללני קללה נמרצת ביום לכתו מחייתו". לפיכך, דוד מתאפק ולא משיב לו כרעו, אלא מתפק בלהנחות את שלמה בנו – ואלה היו מילותיו האחרונות לפני מותו! – "אל תנקחו (=תפטררו) מעונש כי איש חכם אתה וידעת את אשר תעשה לו והורדת את שיבתו בדם שאול" (מלכים א, ב, ח-י).

ואם בספר מלכים עסקינו, כי אז נתמקד בו, תוך שנבחר במלך הרשע ביותר שרק עליו מעלה הכתוב "שהתמכר לעשות הרע בעיני ה'" (מלכים א, כא, כה), ואפילו הוא – המלך אחאב המושחת – בנוחנו הבטחה, היא שרירה וחקפה ואין להרהר אחריה: ברית אחאב עם בן הדוד מלך ארב (מלכים א, כ, לא-מג) – אף-על-פי שכן הדד היה אויבו ולחם בו פעמיים (בעוד שאביו לפניו הפר בשעתו את הברית שכרת עם ישראל), כרת אחאב עמו ברית והבטיחו כי לא ירגו וישיב לו את הערים שכבש מארם. מהבטחתו זו הוא לא סר ימין ושמאל וזאת גם לאחר שהיה צפוי בשל כך לעונש כבד: "יען שילחת את איש חרמי (=איש החייב מיתה) מיד והייתה נפשך תחת נפשו ועמך תחת עמו" (פס' מג). ולסיים, לשם סגירת המעגל, נחתום את הדיון באותו מעשה בו פתחנו, כדי שנתחקה אחר אספקט נוסף שהוא: השלכות ההפרה של הבטחה מנהלית והסעדים שיכולים להינתן כגינה: ההבטחה לגבועונים שניתנה בימי יהושע, אך שהופרה על-ידי שאול, ואשר את תוצאותיה סובל העם בסוף ימי דוד. צא וראה מה רב כוחה של הבטחה מנהלית בחניך – שמרגע שהיא נחתת היא בת אלמוות, הובקת דורות! הפרת הבטחה, קרי: הריגת הגבועונים, גורמת לשלוש שנות רעב בימי דוד. כאן נוגעים אנו גם בשאלת הסעד המוענק כתוצאה מהפרה: "ויאמר דוד אל הגבועונים מה אעשה לכם וכמה אכפר" (שמואל ב, כא, ג). הגבועונים דחו את סעד הפיצויים ("אין לי לנו – קרי) כסף וזהב עם שאול ועם ביתו") ודחו גם סוג של צו עשה ("ואין לנו איש להמית בישראל"). אלא, הם רוצים להינקם במעו להפר את הבטחה המקודשת: "ינתן (יותן – קרי) לנו שבעה (!) אנשים מבניו הוקענום לה" (פס' ו). ועל סעד מרחיק לכת זה משיב דוד "אני אתן" ופירש בעל "הרפת מקרא": "זוהי לשון הבטחה מוחלטת".

אמור מעתה: לא זו בלבד שהבטחה מנהלית בחניך היא כולית מבחינת רום מעמדה ומשך תוקפה; אלא שגם אם באופן חריג היא מופרת (על ידי מי שאינו נוחנה!) העונש בגין כך הוא עצום (שלוש שנות רעב!), המופרים הם שבותרים את הסעד – גם אם הוא מרחיק לכת כעוצמתו – ומכתיבים למלך ישראל את דרישותיהם; והאחרון – מקבל מפיהם ועושה.

184 על-כך ראו מאמרו של הרב ד' ג' גולדברג "הוקפה המשפטי של הבטחה" תחומין יג (תשנ"ב) 371. יש שחלו זאת בדרישה לחפציות העסקה ועל-כן אין הקניין חל על דברים שאין בהם ממש (א' גולאק יסודי המשפט העברי (תרפ"ב, חלק א) 125, 161; מ' אלון המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (תשמ"ח, כרך א) 476, 482). יש שתלו זאת בכך שבנסיונות של הבטחה נעדרת סמיכות הרעת הגדרשת למתן תוקף לעסקות (ש' אלבק דיני הממונות בתלמוד (חשל"ו) 317 ואילך). יש שראו בהלכות הריבית סיבה אפשרית לשלילת תוקפה של הבטחה (ב' ליפשיץ "מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה" משפטים כה (תשנ"ה) 161, 172-173). לדעתו, הסיבה העמוקה לאי-אכיפת הבטחה היא שהדיבור, ההבטחה,

ביודענו זאת, תגדל התמיהה שבעתים לנוכח הדין החל כשמדובר בקהל. או אז החובה המוסרית לקיים הבטחות לובשת כסות של נורמה משפטית מחייבת, והיא מופיעה ככלל בתלמוד לפיו "מלכותא לא הדרא ביה"¹⁸⁵. כדברי הרא"ש: "מנהג פשוט הוא, מה שטובי הקהל מסכימים לעשות, שריר וקיים הוא בלא קניין... כל דבריהם ככתובין וכמסורין דמו"¹⁸⁶. אך מה נשתנתה הבטחת היחיד מזו של הציבור? איזה טעם שבדין יעמוד לו כוחו להסביר את ההבדל התהומי בין ההלכות, עד כי פוסק הראנ"ח "אבל יש כאן עניין אחר שהדבר הזה נעשה בפני רבים וטובי הקהל, וכתב מהר"מ בתשובות, שכל דבר הנעשה בפני טובי הקהל הוי כקנו מידו ואינו יכול לחזור בו"¹⁸⁷? פתרון הקושיה ימצא בנורמה ההלכתית-משפטית החדשה והמהפכנית, קרי: קביעתם של חכמים שדין הציבור, הרבים, כדין הגופים האחרים שהמשפט העברי ראה אותם כלולים בתחום המשפט הציבורי, היינו כדין המלך, כדין הנשיא, ועל כולם – כדין בית-דין; ולא רק כבית-דין רגיל, אלא כבית-דין הגדול.¹⁸⁸ אין, אפוא, לתהות על שנדרשת מהרשות הציבורית מידה יתרה של רצינות, יושר והגינות במילויין של הבטחות שנתנה, וזאת ביותר מהנדרש בהתחייבות של היחיד, העושה בתחום המשפט הפרטי.¹⁸⁹

עוד נדע, שכתוצאה מעקרון היסוד של הקבלת מעמד הקהל למעמדו של בית-דין, הציבור לא ישמע בטענה שלא התכוון ברצינות לעסקה מסוימת או שטעה ולא הבין אותה. מבחינה זו אף יפה כוח הקהל מכוח בית-דין שהרי בית דין שטעו בשומתם – מכרם בטל.¹⁹⁰ כך, אף לא יועיל לו לפגם דוגמת "קניין דברים", "אסמכתא לא קניא" או "דבר שלא בא לעולם", שהקנין אינו מועיל בו. אין בכל אלה כדי לפגוע כהוא זה בהבטחת הציבור, ולא יגרע מאומה מתוקפה. מעשה הקהל מועיל לעולם.¹⁹¹ דוגמא מאלפת תימצא לנו בתשובת הרשב"ש לטענת הציבור שטען להונאה וביקש לתזור בו מן העסקה: "צא וראה בכל קהילות הקודש, איך הם מתנהגים בעניין

הוא המאפיין את האדם כיצור חופשי, ועליכן לא יכפוהו לקיים את הבטחותיו. שם, בע' 174-179.

185 בבא בתרא, ג, ב.

186 שו"ת הרא"ש, כלל ו, סימנים יט, כא.

187 שו"ת מים עמוקים, ח"ב, מט.

188 שו"ת הרשב"א, ח"ג, תיא: "לפי שכל ציבור וציבור, היחידים כנתונים תחת יד הרבים, על-פיהם הם צריכין להתנהג בכל עניניהם והם לאנשי עירם ככל ישראל לבית דין הגדול או למלך". טעמו של ר' יוסף קולון לכך שאין צורך בקניין לשם מתן תוקף להסכמה של רבים הוא: "שהסכמת הרבים דרכיה דרכי נעם, וכל נתיבותיה שלום... ולא יוכל אחד מהם לחזור בו ולהרוס מצב האמת והשלום" (שו"ת מהרי"ק, קעט). וכן פסק הרמ"א להלכה "וכל דברי הקהל אינן צריכין קניין" (רמ"א, חו"מ, קסג, ו).

189 ראו דברי השופט אלון בבג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו (2) 449, 468 (להלן: בג"צ "לוגסי").

190 ראו מ' אלון "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית – פרק במשפט הציבורי העברי" שנתון המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז) 3, 18. כן ראו שו"ת הריב"ש תעו, ועל פיר פסק הרמ"א בשו"ע חו"מ, פא, א, שהציבור לא יכול לטעון טענת "משטה הייתי כך".

191 שו"ת המביט, ח"ד, רכח.

זה, שלעולם אינם חוזרים, לא משום דבר שלא בא לעולם ולא משום התנאה... שגנאי הוא לציבור לומר מוטעים היינו".¹⁹² זאת גם זאת, פסיקה זו ללמדנו יצאה שגם במשפט העברי — כמוהו כמשפט הישראלי — הבטחה לא נאכפת אם כחריגה מסמכות ניתנה. אשר על-כן, מבהיר הרשב"ש שהעסקה אחד דינה בטלות, אילולא היו הגזברים מוסמכים להתקשר בעסקה מעין זו.¹⁹³ אך דווקא קרוי דמיון משותפים אלה, הם הם שמעצימים את עומקו של השוני. פרשה זו גופה מדגימה להפליא את התוכן שיש ליצוק בחריג "הצידוק החוקי". עינינו הרואות, שאפילו בדבר שהציבור נתאנה והוטעה, ונגרם הפסד בממון המיועד לצרכי הציבור, על הציבור להפסיד ולא לחזור בו — דין המנוגד בתכלית להגדרת "צידוק חוקי" במשפט הישראלי הרחבה מני ים!

אף הראנ"ח בתשובותיו דוחה את "הצידוק החוקי" לו טענה הרשות הציבורית: "... כבר כתב מהר"ם ז"ל בתשובה שכל מה שטובי הקהל עושים אינו חוזר, ואף על גב דכל דין של טעות אינו דין וממנו יש ללמוד בנדון דידן, דכל מה שעשו ראשי הקהל, שענייני הקהל הונחו בידם שהוא קיים, ואין הקהל יכולין לחזור בהם, ואפילו רואין שטובי הקהל טעו בדבר ההוא".¹⁹⁴ צא ולמד, מה רבה עוצמתה של ההבטחה המנהלית! כה חזק כוח מעשיהם של נציגי הציבור, שגם באופן כזה שריר המעשה וקיים. במשפט העברי לא יועיל לו לציבור אף אם יטען ל"טעות", שכן אין בכך די כדי לבטל "צידוק חוקי". אמור מעתה: עיקרון גדול הוא זה בעולמו של המשפט העברי שהרשות הציבורית אינה רשאית לחזור מהתחייבותה.¹⁹⁵

עמדתו של המשפט המנהלי העברי שימשה יסוד לפסיקתו של בית-הדין הרבני כבעיה שעלתה לדיון בפניו, תחילה בבית-הדין האזורי ולאחר-מכן בבית-הדין הרבני הגדול.¹⁹⁶ בית-הדין הרגיש, כי מוטל על הציבור לשמור על התחייבויותיו, קרי: הסכט פוליטי שעיקרו התפטרות נציג המותנית בכך שייבחרו שניים בלבד, גם אם התחייבות מסוג זה אינה תופסת ביחיד: "פרנסי הציבור בשליחותם בענייני הציבור, אל להם להשתמש בטענות שהתחייבויות אשר הם קבלום עליהם אינן מחייבות, הואיל ולפי הדין יש ערעור בתוקפן. דיבור והתחייבות, ובענייני ציבור במיוחד, הם דברים שבקדושה אשר יש לשמרם ולקיימם במלוא הכוונה כלשונם וכרוחם, וחלילה לחללם. כל יחל הציבור דברו..."¹⁹⁷.

מי יתן ותנהגנה הרשויות ברוחה של הנחיה חשובה זו.

192 שו"ת הרשב"ש, תקסו. כך, הודעה של נציג רשות ציבורית יש לה נפקות משפטית מלאה — שאם נאמר זה ביחיד המודה, לא נאמר זה בציבור שמודים שאין דרך הציבור להשתנות.

193 אך דוק: הוא האמור אינו תקף כאשר ידוע מראש שהמעשה אינו לטובת הציבור, שאז מלכתחילה לא היו רשאים ראשי הציבור לעשותו. שם.

194 שו"ת "מים עמוקים" ח"ב, סג.

195 בג"צ לוגסי, לעיל הערה 189, בע' 468-471.

196 צרעור/תשכ"ו/96, המפלגה הדתית לאומית ברחובות נ' הסתדרות אגודת-ישראל ברחובות, פר"ר ו, ע' 173, 181.

197 שם, בע' 181.

קראתי שוב דברים שכתבתי — והנה לא היגדתי החצי. אין לנו אלא להביע צערנו על קוצר המצע, ועוד יותר על-כך שהדין המצוי רחוק מלהיות זה הרצוי. תהיתי שמא נובע הדבר מהעובדה שהפטיקה משווה לנגד עיניה את המשפט המשווה, בעוד שהדין האנגלו-אמריקאי בעיקרו זהה לשלנו, ואף כלפיו תקפה ביקורתנו. מה לנו, אפוא, כי נרים מפרש ונפליג על-פני מים רבים אל יבשות רחוקות? מוטב היה לו השכלנו להיזקק ל'אוצר משפטי מופלא זה' שבמשפט העברי המשקף את הגישה הראויה: "הבטחה שחברו סמך דעתו עליה, אם לא תתקיים, נוגדת היא את יסודי הנפש... והתחייבות לקיים הבטחות קדומה היא לכל פרשת האיסורים... כל-כך קודמת ויסודית היא החובה לקיים הבטחה".¹⁹⁸ ואם כך ביחסים שבין אדם לחברו, כי אז ביחסים שבין הפרט לרשויות השלטון — על אחת כמה וכמה.

לא נותר לי אלא לקוות, כי מלאכתי צלחה בידי וכי שוכנע הקורא בחשיבות ההקפדה על קדושתה של הבטחת הרשות, בהיותה נאמן הציבור, אשר חלילה לה לחלל את דברה. כל הרבותא שבמכשיר ההבטחה המנהלית היא שהמנהל יהיה קשור, בדרך-כלל, בתוכן המצג שיצר. משום כך, העברתי תחת שבט הביקורת את ההימנעות מהחלת הלכת סאי-טקס, והבעתי תרעומת כלפי היישום הלקוי והמשובש שלה, שחוטא לדין הרצוי.

אכן, משימה קשה נטל על עצמו מאמרנו, בהציבו לו למטרה להגן על כבודה של ההבטחה המנהלית, ולבקש להוכיח, כי ראוי לחתור לעבר צמצום חריג ה"צידוק החוקי" ולא צמצום הלכת ההבטחה גופה. ולואי ויצאנו מהתמודדות מאתגרת ומרתקת זו כשידנו על העליונה.

198 הרב י' הוטנר פחד יצחק (תשמ"ב) מאמר טו, ק"ט.



