

סמינריון בנושא:

התעשרות (שלא כדין) 'ברשות' החוק

שם הקורס: עשיית עושר שלא במשפט

שם המרצה: כב' השופט פרופ' עופר גרוסקופף

עורך ומגיש: עו"ד חן אביטן 029361722

תוכן עניינים:

- א. מבוא.....עמ' 3 – 4.
- ב. הרשויות המקומיות בישראל והוראות החוק החלות עליהן.....עמ' 5 - 8.
- ג. פסיקת בתיהמ"ש עד לעשור האחרוןעמ' 9 – 13.
- ד. היפוך המגימה – פסיקת בתיהמ"ש בעת החדשה.....עמ' 14 – 19.
- ה. תוצאת ביטול התקשרות עם הרשות בעת החדשה.....עמ' 20 – 23.
- ה. הסעד המוצע – תביעה לשכר ראוי.....עמ' 24 – 28.
- ו. מסקנותעמ' 29.

א. מבוא :

כמנהל משרד עו"ד, אשר מרבית עיסוקו בייצוג רשויות מקומיות, חברות עירוניות וממשלתיות ותאגידים שהוקמו עפ"י חוק, אני למעשה "חוויתי" את השינויים שחלו משך העשור (וקצת) האחרון ביחס לפסיקת בתי המשפט וכפי שאציגה להלן, וביחס לנושא עבודתי זו.

בעבודתי זו העדפתי להתמקד דווקא בהתנהגות הרשויות המקומיות בישראל אל מול פסיקת בתי המשפט הגם, שמגמת הפסיקה כפי שתוצג, נכונה אף ביחס ליתר הגופים והרשויות הציבוריות בישראל. העדפה זו קשורה בהוראות החוק הבלתי מתפשרות (כך לכאורה) הקיימות דווקא ביחס לרשויות המקומיות בישראל ובהם ניתן להראות את כבדת הדרך הארוכה ביותר שנעשתה, בין הוראות החוק הנוקשות כאמור ועד לתוצאת פסקי הדין הדנים בנושא והמעקרים, כך לדעת חלק מהמלומדים את הוראות החוק הדנים בנושא.

רשויות מקומיות וכמו גם גופים ותאגידים ציבוריים (ולחלן : "הרשות"), ככלל, פועלים באמצעות עובדים ומנהלים רבים, כאשר לא אחת, אחד מהמנהלים ובמקרים חריגים אחד מהעובדים הזוטרים, נוטלים לעצמם את החירות (בהעדר סמכות), להתקשר בחוזים או להזמין טובין מאת ספקים ונותני שירותים, בניגוד להוראות החוק ובאופן שבעתיד, תקים לרשות המקומית את הזכות ויש מי שטוען אף את החובה, להתנער מהסכמים אלו ובעצם שלא לכבד את התחייבות הרשות ביחס אליהם הואיל והוראות החוק הדווקניות והנוקשות, לא קוימו עובר לרכישת השירותים או הטובין.

כמובן, שהניסיון הראשוני והמתבקש להתמודד עם טענות מעין אלו שעה שאין חולק שהרשות קיבלה ונהנתה מהשירותים או הטובין הינה באמצעות עילת 'עשיית עושר' ואולם, פסיקת בתי המשפט אשר בתחילה דחתה כל ניסיון (במגוון העילות לרבות עשיית עושר) לעקוף את הוראות הדין הדווקני, פלסה דרכה אל עבר הפתרון הצודק והראוי יותר באמצעות הוראות חוק החוזים ועקרונות הדין הכללי.

כפי שיתואר להלן, תחושת העוול וחוסר הצדק שקיננו בלב השופטים בכל אימת שהרשות האימתנית דחקה לעתים את זכויותיו של הספק הזעיר, הקורבן, הם אלה שגרמו לביהמ"ש לחפש דרכים לעקוף את הוראות החוק הדווקניות כאשר תיקון העוול נמצא בדמות עקרונות הדין הכללי

והוראות הדין המצויות בחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג – 1973 וכן, בנוסף ובין היתר, גם בהוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט.

עבודתי זו תבחן תחילה את המצב המצוי ואת הדין החל על הרשויות המקומיות ולאחר מכן, פרשנות בתיהמ"ש לדין החל וכיצד יושם על ידם החוק הקיים עד לתחילת העשור הנוכחי אשר החל מגמה פרשנית חדשה אשר גם היא תוצג על ידי תוך בחינת אופן יצירת הכלים חלופיים לתיקון העוול באמצעות הוראות הדין הכללי.

הסעד המוצע והראוי אליו אכוון בעבודתי הוא סעד תביעת ה"שכר הראוי", סעד אשר ניצניו מתחילים להראות בפסקי הדין שיצאו תחת ידו של ביהמ"ש בעת האחרונה ואשר לעניות דעתי הינו הסעד הנכון לאור הוראות החוקים הקיימים בנושא.

ב. הרשויות המקומיות בישראל והוראות החוק החלות עליהן;

בישראל פועלות רשויות מקומיות בארבע צורות התאגדות¹, עירייה, מועצה מקומית, מועצה אזורית ומועצה מקומית תעשייתית. כולן, כך עפ"י דין רשאות לתבוע ולהיתבע וכאמור מהוות אישיות משפטית עפ"י דין לכל דבר ועניין.

בתוך כך, הדין הגדיר בכל אחת מהן, את הדרך בהן אלו יכולות להתקשר בחוזים, להזמין טובין או לרכוש שירותים וכוונתי מעבר לנושא המכרזים שיוזכר להלן אך בהקשרים עקיפים, עיקר תשומת הלב תיוחס כאן לאלמנט החוקי הצורני הקבוע בחוק וכפי שיפורט להלן.

סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 קובע :

"צורת חוזה ;

חוזה יכול שייעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם היתה צורה מסויימת

תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים."

סעיף 203 לפקודת העיריות {נ"ח}, אשר כותרתו "חתימה על מסמכים מסויימים", קובע, כדלקמן

:

"(א) חוזה, כתב התחייבות, הסדר פשרה המוגש לבית משפט או לבית דין על מנת

לקבל תוקף של פסק דין או תעודה אחרת מסוג שקבע השר בתקנות ושיש בהם

התחייבות כספית מטעם העיריה, לא יחייבוה אלא אם חתמו עליהם בשם העיריה,

בצד חותמת העיריה, ראש העיריה והגזבר ; לא היתה בהם התחייבות כספית כאמור,

לא יחוייבו את העיריה אלא אם חתמו עליהם בשם העיריה, בצד חותמת העיריה,

ראש העיריה והמזכיר, ובאין מזכיר - עובד אחר של העיריה הממלא את תפקיד

המזכיר לפי החלטת המועצה" (ההגדלה וההדגשות שלי, ח.א.).

¹ ראה סעיף 7 לפקודת העיריות (נ"ח); סעיף 10 לפקודת המועצות המקומיות (נ"ח)

בשנים האחרונות הסעיף הני"ל תוקן באופן שהוסף לו נושא הסדרי הפשרה בבתי המשפט וכן, סעיף (א1), ולפיו הוראות לגזבר אימתני עליו לשמש בסמכותו ולהוסיף חתימתו למסמכים בעלי אופי משפטי, כספי ומחייב, כדלקמן:

"(א1) הגזבר לא יחתום על התחייבות כספית כאמור בסעיף קטן (א), ובכלל זה, התחייבות כאמור בשל מינוי אדם לעובד העיריה, אלא אם כן נוכח כי התקיימו כל אלה:

(1) התקיימו ההוראות וההליכים הדרושים לפי כל דין לענין מתן ההתחייבות ;

(2) ההתחייבות מתוקצבת בתקציב העיריה לאותה שנת כספים.

(3) אין בהתחייבות כדי להביא ליצירת גירעון שוטף כהגדרתו בסעיף 140ג.

(ב) לגבי התחייבות כספית שהיא בתחומי סכום שנקבע בתקנות, רשאי הגזבר, להסמיך עובד העיריה הכפוף לו להשתמש בסמכויותיו לפי סעיף זה. אין בהסמכה כאמור כדי שלחרר את הגזבר מחובותיו ומאחריותו לפי כל דין."

סעיפים דומים במהותם וכמעט זהים לסעיף שצוטט לעיל ביחס לעיריות, טרם תיקונו, ניתן למצוא אף ביחס למועצות מקומיות ומועצות תעשייתיות². הואיל וסעיף זה עומד בבסיס דיונונו אצטט אף את סעיף 193 לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א – 1950, הקובע כדלקמן:

"193 חתימה על מסמכים מסוימים ;

(א) חוזה, כתב התחייבות או תעודה אחרת מסוג שקבע השר ושיש בהם התחייבות כספית מטעם המועצה, לא יחייבוה אלא אם חתמו עליהם בשם המועצה, בצד חותמת המועצה, ראש המועצה וכן גזברה; לא היתה בהם התחייבות כספית כאמור, לא יחייבו את המועצה אלא אם חתמו עליהם בשם המועצה, בצד חותמת המועצה, ראש המועצה וכן

² ראה סעיף 86 לצו המועצות המקומיות (מועצה מקומית תעשייתית רמת חובב), תשמ"ט-1989

**מזכירה, ובאין מזכיר - עובד אחר של המועצה, הממלא את תפקיד
המזכיר לפי החלטת המועצה .**

**(ב) לגבי התחייבות כספית שהיא בתחומי הסכום שקבע השר, רשאי
הגזבר, באישור המועצה, להסמיך עובד אחר של המועצה להשתמש
בסמכויותיו לפי סעיף זה." (ההדגשות שלי ח.א.)**

לצורך השלמת התמונה יצוין שגם ביחס למועצות אזוריות נקבעו סעיפים מיוחדים ביחס לדרך ואופן התקשרות מועצה כזו ואולם, הדגש שם הושם דווקא בנושאים המהותיים ופחות הצורניים ובעניין זה ראה בצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), תשי"ח-1958 סעיפים 85 ו-86 ואולם, לא בכך עוסקת עבודה זו.

אם כן, עפ"י הוראות החוקים הנ"ל וכפי שהדבר קבועים שם ללא סייג, מקום בו ראש הרשות, הגזבר ובצירוף חותמת הרשות המקומית אינם מופיעים על כל מסמך בעל התחייבות כספית, אין בהם כדי לחייב את הרשות המקומית. למותר לציין, כי חתימה וחתימות יכולות להתקיים רק על גבי מסמכים בכתב ומכאן בעצם נוספת הדרישה למסמך בכתב.

מקור הדרישה הצורנית הנ"ל נועדה להבטיח שימוש זהיר ומבוקר בכספי הציבור. דרישה זו באה להגשים את האינטרס הציבורי ובאה להבטיח את חוקיות פועלה של הרשות המקומית. שלטון החוק, חוקיות המנהל³ ושמירה על גבולות תקציב הרשות וניתוב משאביה בהתאם למדיניותה (ולא לפי גחמה של מנהל בכיר ככל שיהיה וכ"ש עובד זוטרה), הם אלה העומדים בבסיס הדרישות הנ"ל.

מהפרקטיקה אוכל להוסיף שרשות מקומית מעסיקה מאות עובדים (וברשויות הגדולות אף אלפי עובדים), חלקם בכירים יותר וחלקם פחות. לצורך עבודה זו, ההנחה הינה שכל מאווייהם של כלל העובדים הינה לשרת את הציבור ולשפר את טיב וכמות השירות הניתן לו. בתוך כך, העובדים המזהים כשל או צורך בתיקון פגם או בהזמנת שירות, לעתים מבצעים 'מעקף' או 'קיצור דרך' מתוך ראיית העיקר- הצורך, מתקשרים עם ספק שירות או טובין (וברוב המקרים מגדילים חוזה

³ראה דבריה של כבי השופטת עדנה ארבל בפסקה 6 לפסה"ד שניתן על ידה ברע"א 10565/07 עיריית עיר הכרמל (המועצה המקומית עוספיה) נ' עו"ד זכי כמאל, תק – על 2009(1), 2080 (2009)

קיים או מבצעים הזמנות במסגרת 'חוזה מסגרת) ובכך, מפרים את האיזון, הביקורת וסדרי העבודה שהמחוקק קבע.

בתי המשפט נדרשו חדשות לבקרים לסעיפים נשוא דיוננו שעה שרשויות מצאו בו לעתים כמפלט יחיד לאי תשלום או כמו במרבית המקרים, כסיבה נוספת (ויש מי שיאמר אמתלה נוספת), לבד מאלו הסטנדרטיות הקשורות בכישלון עסקה, הפרות חוזה וכיוצא באלו.

ג. פסיקת בתי המשפט - עד לעשור האחרון;

עד לעשור האחרון, פסיקת בתי המשפט, ככלל, הייתה עקבית ובעצם, נתנה ביטוי מלא להוראות החוק ובאופן שידע לו מתדיין, בא כוחו של הספק או נותן השירות לרשות מקומית, שעליו למצוא דרכים אחרות לגביית חובו שכן, בדרך של הגשת תביעה כנגד הרשות, מרבית הסיכויים שתביעתו תידחה כלל שדרישות הסעיף הנ"ל, כולן, לא התקיימו.

כך, בחלק ניכר מפסה"ד ובהסתמך על דבריו או הרציונאל העולים מהם, של המלומד ד"ר אליהו וינוגרד, ולפיהם, "הדרישות [הצורה בסעיף 203] נועדו להבטיח שימוש זהיר ומבוקר בכספי ציבור ובתי המשפט יקפידו על מיליון, גם במקרים בהם נותר לכאורה עיוות דין בשל כך"⁴ לפיכך אף אם מדובר בהתנהגות היוצרת מצג של הרשות - עדיין גוברת דרישת הצורה והיא שוללת עילה נגד הרשות:

"אם מי מנציגי הרשות יוצר מצג שווא המטעה את מי שמבקש להתקשר בחוזה עם הרשות וגורם לו נזק, ייתכן שלמוטעה תקום עילה כנגד אותו אדם שהטעה אותו, אך לא תקום לו עילה נגד הרשות"⁵.

בפסקה 22 לפסה"ד בעניין בית הרכב נ' עיריית ירושלים⁶ קבע ביהמ"ש העליון כי :

"תכלית דרישת הצורה שבסעיף 203 היא הבטחת שימוש זהיר ומבוקר בכספי הציבור (עע"ם 2 10996/0 עיריית קרית גת נ' אבישי כ"ץ בע"מ (לא פורסם, 9.9.2003), פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי, וראו גם פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות)). מטרתה ליצור מערכת בקרה שתוודא כי הגוף הציבורי המתקשר בעסקה במשפט האזרחי נהג בזהירות הראויה ובחן את העסקה כראוי. הדרישה מקורה באינטרס הציבורי והיא משקפת רצון להבטיח את חוקיות פעולות העיריה כמו גם הגנה על זכויות תושביה ואמון הציבור בה (ראו והשוו בג"ץ 3180/94 דורון נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד מח(4) 733, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק (1994)). אכן, סעיף 203 הוא ביטוי לעקרונות שלטון החוק וחוקיות המינהל."

⁴ ראה אליהו וינוגרד "דיני רשויות מקומיות", כרך ב' (1998), עמ' 639.

⁵ ראה הע"ש 4.

⁶ ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים ואח', תק – על 2009 (1), 762 עמ' 771.

ניסיונות רבים לביצוע 'מעקף' להוראות סעיף 203 ודומיו, אם בדמות הרחבת הדוקטרינה של מצג שווה למצבים של התקשרות שאינה עומדת בתנאי סעיף 203 ואם בשימוש בעילת 'עשיית עושר שלא במשפט, כשלו, שעה שנקבע שקבלתן עשויות לרוקן את הוראת סעיף 203. **בפרשת בית הרכב**⁷, הובאו מספק ציטוטים מפסקי דין בהם ספקים ונותני שירות ניסו לבצע "מעקף" לדרישות הצורניות הנ"ל, כדלקמן:

"לגישה עקרונית זו יש הד בפרשת שם אור, בה נפסק כי הרחבת הדוקטרינה של מצג שווה למצבים של התקשרות שאינה עומדת בתנאי סעיף 203 עלולה לרוקן את הוראת סעיף 203 מתוכן:

"בית משפט זה [הקפיד] שלא לתת תוקף להסכם שאינו עומד בדרישות סעיף 203 הנ"ל, גם במקרים בהם נוצר לכאורה עיוות דין בשל כך... הרחבת הדוקטרינה של מצג שווה לסיטואציות מעין אלה, תרוקן את הוראות סעיף 203 לפקודת העיריות מתוכן... הרחבה מעין זו אינה סבירה ואינה רצויה. אילו היה מי מנציגי העיריה מטעה את המערער בצורה מעין זו, יתכן והיתה צומחת לאחרון עילה כנגד אותו אדם שהטעה אותו, אך לא כנגד העיריה" (פרשת שם-אור, פס' 5-7 לפסק דינו של השופט ג' בד).

ביטוי לגישה זו, הדוחה טענת מצג שבהתנהגות כדרך להתגבר על סעיף 203, ניתן למצוא גם בפרשת מילוסלבסקי שם נפסק –

"שלכשנקבע במפורש בחוק מי רשאי לחתום בשם תאגיד, לא תועיל אפילו הצהרה מפורשת של ראש התאגיד המשנה מהכתוב בחוק. וכאן עלינו להוסיף שאם הצהרתו המפורשת לא תועיל, הרי התנהגותו על אחת כמה וכמה... סיכומו של דבר - התנהגותו של יושב-ראש המועצה המערערת לא יכלה ליצור השתק שירפא את החתימה הפגומה" (שם, פס' 4 לפסק הדין).

ובדומה ציינה השופטת שטרסברג כהן:

⁷ ר' העייש 6, עמ' 782.

"לא אחת אמר בית-משפט זה את דברו בצמצמו את דוקטרינת מצג השווא של מי מעובדי עירייה, וזאת כדי למנוע הטלת חבות על העירייה חרף אי-קיום הדרישות הצורניות הקבועות בסעיף 203" (ע"א 6971/93 עיריית רמת-גן נ' קרשין, פ"ד נ(5), 478, פס' 8 לפסק דינה של השופטת שטרסברג כהן (1997) (להלן: פרשת קרשין))."

ניתן להצביע על פסה"ד משנות השבעים בעניין עיריית רחובות נ. גולדמן⁸, כמורה ומתווה דרך בעניין, שם נדחתה תביעת נותן השירות הגם שראש העיר עצמו היה מעורב בהזמנתן שירות ואולם, בלא חתימת הגזבר וחתימת העירייה - הן הדרישות הצורניות עפ"י הדין. כמובן, שטענות גולדמן, נותן השירות נדחו תוך שכב' השופט קיסטר עמד בפסה"ד, שוב, על החשיבות שבצירוף חתימת הגזבר בהיבט שראש הרשות אינו בקיא בו, קרי, ההיבט התקציבי. עוד בהטעמת תוצאת פסה"ד קבע הש' קיסטר כי: **"המחוקק ייחס חשיבות גדולה להוראות סעיף 203 בקבעו במפורש באותו סעיף שאם החוזה לא ייערך בהתאם להוראותיו, לא יחייב את העירייה. אמנם ניתן לומר כי הוראה זו אינה ליברלית ואולי היא פורמלית מאד, אבל יש לזכור כי מדובר בכספי ציבור, ויש להיזהר מאד בהוצאתם"**⁹.

הדוגמאות דלעיל מבטאים החלטות ופס"ד רבים שנתנו עד לעשור האחרון, מרביתם המכריע, באופן עקבי, דחו כאמור כל ניסיון למעקף הוראות החוק הדווקניות והותירו את הצדדים השלישיים, הספקים ונותני השירות של הרשויות מחוסרי כל.

ראוי לציין כי בפס"ד אחד משנות השבעים בעניין ייסוד המעלה נ. מילוסלבסקי¹⁰, שם ביהמ"ש חש רתיעה טבעית מהתנהגותה הנפסדת של הרשות אשר ידעה לאשר הסכם בוררות בגין סכסוך על דמי תיווך ואולם, עם קבלת פסק הבורר אשר היה לרעת הרשות או אז "נוכרה" האחרונה כי דרישות החוק ובעצם דרישות סעיף 203 לפקודת העיריות לא מולאו ומשום כך זו עתרה לביטול שטר הבוררות אשר נחתם רק בידי ראש העיר, אך חסרה חתימה של הגזבר וחתימת העירייה.

ביהמ"ש העליון (כב' השופט אשר) חוזר על הלכת רחובות נ. גולדמן הנ"ל בדבר מעמדו וחשיבותו של סעיף 203 לפקודת העיריות ובדבר העדר תוקף מחייב לחוזים שלא מילאו אחר דרישותיו.

⁸ע"א 11/71 עיריית רחובות נ. גולדמן פ"ד כ"ה (2) עמ' 381

⁹שם, עמ' 385.

¹⁰ע"א 449/73 המועצה המקומית ייסוד המעלה נ. מילוסלבסקי, פ"ד כ"ח (1) 421

למרות זאת, מצא כב' השופט אשר מפלט מ"גזירת" סעיף 203, בכך שעל פי חוק הבוררות, הסכם הבוררות חייב אמנם להיות בכתב, אך אין הכרח שיחתם, אם ניתן להוכיח בראיות אחרות שהסכם הכתוב אכן מבטא את הסכמתם של הצדדים למסור את הסכסוך לבוררות.

במקרה זה, לנוכח התנהגותה החד משמעית של העירייה - באמצעות חתימתו של ראש העיר על הסכם הבוררות, ואף תשלום בפועל של שכר הבורר - מצא כב' השופט אשר, כי הסכם הבוררות תקף ומחייב, על פי הדין המיוחד לבוררות, ולמרות שאינו עומד בתנאים הצורניים של סעיף 203.

יחד עם זאת, תוצאת פסה"ד הנ"ל הייתה כה חריגה עד שביהמ"ש העליון נדרש לסייג אותה בפס"ד מאוחר יותר בעניין עזרה וביצרון נ' גליק¹¹, שם ציין כב' השופט שרשבסקי, כי אין לראות את פסה"ד בעניין מילוסלבסקי כסוטה מהלכת רחובות נ. גולדמן, אלא יש לאבחנו, בכך שנסב רק על הסכם בוררות, ועל יסוד הוראות חוק הבוררות.

בנושא זה ברצוני אף להפנות אל פסק דינו של ביהמ"ש העליון בבג"צ 6231/92 זגורי נ' ביה"ד הארצי לעבודה¹², המרחיב במעט את סוגיית החתימה ובו נדונה הוראה בחוק יסודות התקציב התשמ"ה – 1985 שקבעה כי חוזים מסויימים בענייני שכר, הנעשים ע"י "גוף מתוקצב" הם בטלים. בית המשפט החיל על החוזה הבטל את דין אי החוקיות והורה על קיום חלקי של החוזה מכח סעיף 31 לחוק החוזים.

בעניין זה אפנה גם אל הדוגמא המוזכרת בספרו של פרידמן¹³ בקשר לדין החל באנגליה ולסוגיה של השבת מס שנגבה שלא כדין ובחריגה בסמכות ולכך ר' **Woolwich Equitable Building Society V. Commissioners of Inland Revenue**, [1992] 3 W.L.R. 366 (H.L.)

עוד בטרם אגע בשינוי המגמה והדרך אותה מצאו ובחרו בתי המשפט להלך בה, ארצה, לצורך המחשת המצב שקיים ערב שינוי המגמה, להביא מעט מניסיוני האישי וכן, ארחיב מעט ביחס ליתר פסיקת בתי המשפט שדנה בישום הסעיפים שעוסקים בדרישות הצורניות הנ"ל.

¹¹ ע"א 487/75 עזרה וביצרון חברה לשיכון בע"מ נ' גליק פ"ד ל' (2), 621
¹² פורסם בפ"ד מט(4) עמ' 749
¹³ ד' פרידמן דיני עשיית עושר שלא במשפט (כרך ב') עמ' 657.

לפני כעשור (וקצת), בהיותי עו"ד צעיר ומתחיל, התבקשתי לייצג את עיריית רהט בתביעה שהוגשה נגדה על ידי חב' בשם סאדר מחשבים¹⁴. התביעה, חוזית, פשוטה במהותה ולפיה, זו סיפקה לפי הזמנת העירייה תוכנות למחשבים ובהיקף כספי משמעותי, ואולם, העירייה איננה משלמת את התמורה שהוסכם עליה. מקרה זה נוח להרחיב עליו מעט הואיל וכאן, דובר על שירותים משולבים, הן של מכירת טובין, קרי, תוכנות הלומדה וכן, את הטמעתן משך שבועות וחודשים על ידי נותן השירות ובידיעת מרבית נושאי המשרה ברשות, כאשר החלק האחרון בא להדגיש כי לא דובר בפעולה מהירה של אספקת טובין באישון ליל, ושיגור חשבונית לחיוב לאחר מכן כי אם באספקת טובין שנעשה בהם שימוש רב ובשירות מתמשך.

כב' השופט אריאל ואגו¹⁵, בהחלטה שניתנה על ידו בבקשה שהוגשה על ידי למחיקה או לדחייה על הסף ומהסיבות של אי עמידה בדרישות הצורניות של הזמנת העבודה והטובין, הורה על מחיקת העירייה, כאשר בפסה"ד הסופי שניתן בתיק כנגד נושאי המשרה, העיר כי:

"במקור הוגשה התביעה גם נגד עיריית רהט, ונטען כי על העירייה לשלם את עלות הסל לתובעת מכח הסכם מפורש, או מכללא, או לחילופין מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט, אולם בהחלטת ביניים מיום 2.5.99 (בש"א 2686/99) קבעתי כי כלפי העירייה דין התביעה להדחות על הסף מחמת שאין עילה אפשרית כלפי הרשות המקומית בהעדר כתב התחייבות החתום עפ"י הוראות סעיף 203 לפקודת העירויות ובשל הנימוקים המפורטים האחרים שניתנו באותה החלטה."¹⁶ (ההדגשות שלי ח.א.).

ואולם, כפי שיפורט להלן, מגמה זו הולכת ונעלמת וספק אם זו תחזיק מים כיום. יחד עם זאת ראוי לציין כי בשנים האחרונות יחד המגמה אשר תתואר להלן ולפיה בתיהמ"ש נעזרים בדין הכללי על מנת למצוא דרכים אשר ימנעו מן הרשויות "יוצאות נשכרות" כתוצאה מהתנהלותן הלקויה ומכאן אף התחזקה מגמת ה"חיוב האישי" של נושאי המשרה ברשויות המקומיות, אשר ביצעו התחייבויות כספיות בחוסר סמכות.

¹⁴ ת"א (שלום באר שבע) 3435/98 סאדר מחשבים נגד אחמד אלהזייל, תק – שלום 2003 (1), 14289, 14290.

¹⁵ משמש היום כשופט מחוזי בבאר שבע.

¹⁶ ראה הע"ש 4.

ד. היפוך המגמה – פסיקת בתי המשפט בעת החדשה;

ניתן לומר כי בשנים האחרונות המגמה התהפכה. תחושת אי הצדק שבקעה אל מול ספקים אשר נדרשו ליתן שירות או למסור טובין לרשות המקומית, עשו כן באופן מקצועי ובהתאם לדרישות, עשתה את שלה וניתן לומר כי בעשור האחרון החלו לחרוץ בקיעים רבים בהלכות המסורתיות הנ"ל עד שהחלו להימצא פסקי דין חריגים (באותה עת), אשר על פי תוצאתן, רשויות מקומיות חויבו להשיב ו/או לשפות ו/או לפצות את הצדדים השלישיים (קבלנים וספקים) בגין עבודות ושירותים שסופקו בלא קיום הדרישות הצורניות הקבועות בסעיף 203 לפק' העיריות. אט אט החרג הפך לכלל.

בפסק הדין המנומק מאוד של ביהמ"ש השלום בנתניה משנת 2003 בעניין מכלוף גדי נ' עיריית נתניה¹⁷, ביטא ביהמ"ש השלום את הלך הרוח שגרם לצורך בתיקון העוול, כדלקמן :

"תכליתו החשובה של סעיף זה היא לשמור על כך שגורמי העירייה יפעלו במסגרת הדין, לרבות התקציב, ובדרך זו לשמור על משק הכספים של העירייה ועל המינהל התקין. איני מקבלת את הטענה כי מניעת השימוש בסעיף 203 כדרך מפלט, שבאמצעותה תוכל העירייה לחמוק מתשלום עבור סחורה או שירות שרכשה וצרכה - תרוקן את הסעיף מתוכנו. האחריות לשמור על תוכנו של סעיף 203 ולקיים את הוראותיו, למען התכלית שלשמה נחקק, מוטלת, בראש ובראשונה, על העירייה עצמה. הימנעות מקיום הוראות הסעיף, מקום שבפועל קשרה העירייה עיסקה על מנת לרכוש מצרך או שירות חיוני - כפי שהיה במקרה דנן - וחלף זאת, הסתתרות מאחורי סעיף 203 פשוט על מנת לצרוך שירות שהוזמן ולא לשלם עבורו - כל אלה הם בגדר שימוש לרעה בסעיף 203 ועיוות של תכליתו האמיתית. סעיף 203 לא נועד לשמש לעירייה "דרך מילוט" למעשי עושק, שמקומם לא יכירם, וודאי לא מצד רשות ציבורית שחבה חובה מוגברת של אמון ותום לב כלפי האזרחים. שימוש לרעה, בדרך זו, בסעיף 203 - הוא שמרוקן אותו מתוכנו האמיתי, ולא תביעתו המוצדקת של

¹⁷ ת"א (נתניה) 15280/00 - מכלוף גדי נ' עיריית נתניה. תק-של 2003(4), 16, עמ' 28.

הספק לשכר טרחתו, לאחר שהעירייה, מחד, קטפה את פרי העיסקה שערכה; ומאידך, לא דאגה בעצמה למלא אחר הוראות סעיף 203 בנוגע לאותה עיסקה. מעניינה ומחובתה של העירייה היה לדאוג לכך, שהעיסקה עם התובע - שהיתה נחוצה לה באופן דחוף - תזכה גם ללבוש הדרוש לפי סעיף 203.

בפסה"ד בעניין ע"א 739/86, ארי שם-אור נ' עיריית קרית גת, פ"ד מד(2), 562, אשר מבחינת תוצאתו (וכמו גם המועד בו ניתן) קשור יותר לפרק הקודם, קרי, הפסיקה המסורתית שדחתה כלאחר יד כל תביעה כנגד רשות מקומית שעה שדרישות החוק הצורניות לא קוימו. יחד עם זאת, בפסק דין זה, באמירת אגב ושוב, מתוך תחושת אי הצדק, סייג ביהמ"ש העליון את תוצאת פסה"ד תוך שלמעשה זרע את הזרע אשר נבט בעשור האחרון, כדלקמן :

"במאמר מוסגר יצויין, כי אילו עמד המערער בנטל להוכיח חוסר תום לב במשא ומתן, היה בכך כדי לעורר בעיות משפטיות סבוכות באשר להיקף הוראת סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ובינהן השאלה מה הם הסעדים הצומחים לצד הנפגע מחוסר תום ליבו של הצד השני, והשאלה האם יש בכוחו של סעיף 12 הנ"ל לגבור על דרישות הצורה של סעיף 203 לפקודת העיריות (השווה ע"א 579/83 זונשטיין ואח' נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין ואח' פ"ד מב(278) (2))." (ההדגשות שלי ח.א.).

פרופ' דניאל פרידמן, בספרו "דיני עשיית עושר ולא במשפט"¹⁸ דן במקרים בהם קובע "החוק דפוס פורמלי... לעריכת חוזה מתוך כוונה למנוע כל התדיינות, בין בתביעה חוזית ובין בעשיית עושר, בקשר להסכם שאיננו ממלא אחר הדרישה הפורמלית שנקבעה" ובהמשך לכך מוסיף כי "מכל מקום בשיטתנו נוהג העיקרון הכללי בעניין עשיית עושר ואין סיבה שלא להחילו. את הקושי בעניין יתרון, כביכול, שיושג באמצעות תביעת השבה ניתן לפתור באמצעות ההגנה הכללית בפני תביעות השבה (סעיף 2 לחוק עשיית עושר). להשקפתי יש להימנע מפירוש חוק המורה כי חוזה שלא נערך בכתב הינו בטל או שאינו ניתן לאכיפה כשולל אפשרות להשבה. זאת

¹⁸ פרופ' דניאל פרידמן "עשיית עושר ולא במשפט" (מהדורה שניה) עמ' 600-559

למרות החשש כאילו בכך "מבצעים בעקיפין" את החוזה שנפסל. שיקול זה הוא משני וצריך להידחות בפני העיקרון הבא למנוע התעשרות של אדם על חשבון זולתו".

ביחס להגנות החוקתיות הנוספות שהמחוקק הישראלי הוסיף לספר החוקים ובכך, למעשה יצר כלים חלופיים להתמודד עם התופעה הפסולה של התקשרות עם ספק/קבלן/צד ג' בניגוד לדרישות הצורניות של החוק, אפנה לפסה"ד שניתן בביהמ"ש השלום בראשון לציון ובעניין עו"ד אולפניר **זהר נ' עירית אל טירה**¹⁹, שם, מנה ביהמ"ש את ההגנות החוקיות הנוספות, כדלקמן :

" ההגנות החוקיות על הקופה הציבורית בכלל, ובשלטון המקומי במיוחד, שלא על חשבון זכויות הפרט אלא באמצעים אחרים: במסגרת מגמה זו ניתן למנות את חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, הכולל שורה של סייגים ומגבלות על רשויות שונות ובהן רשויות מקומיות בכל הנוגע להוצאות והתחייבויות חורגות מבחינה תקציבית, עד כדי סנקציות משמעתיות ובתנאים מסוימים אף פליליות. כן מצטרפים למגמה האמורה תיקונים לחקיקת השלטון המקומי (ובענייננו - לפקודת העיריות [נוסח חדש]) שהטילו על הרשויות מגבלות רבות בתחום ניהול כספיהן ומשאביהן ויצרו מנגנוני בקרה ושליטה בהוצאות והתחייבויות כגון חובת מינוי רואה חשבון לעיריות, סמכות למינוי חשב מלווה, ואף הטלת חיוב כספי אישי על מי שהרשה לשלם או שילם תשלום בלתי חוקי של עירייה כאמור בסעיפים 221 - 226 לפקודה האמורה. כל אלה התפתחו במשפטנו בתקופה שלאחר אותה פסיקה שבה נקבע הכלל הנוקשה לפיו אין לאפשר למי שנתן שירותים (או סיפק מוצרים) לעירייה לקבל שכר עבורם מבלי שתהיה בידיו התחייבות בכתב העומד בדרישות סעיף 203. המצב המשפטי כיום הוא שהחוק נותן מגוון של כלים טובים במישורים שונים, שלא היו בנמצא בעבר, כדי להשיג את המטרה של מניעת פריצת גדרות התקציב והמנהל התקין בעיריות, שהיא שעמדה בבסיס ההלכה שנקבעה בשעתו בפרשת שם-אור (ולפניה)."

אם כן, ביהמ"ש בפרשת אולפניר, מצא כי אחר שינויי החקיקה ומתן פתרונות אחרים, אין עוד מקום להציב את מלוא המשקל וכובד האחריות דווקא על צדדים שלישיים, ספקים וקבלנים כי אם להותיר את האחריות דווקא אצל נושאי המשרה או למצער, לחלק אותה באופן כזה שהצד השלישי

¹⁹ת"א (שלום ר"ל) 4250/06 עו"ד אולפניר זהר נ' עיריית אל טירה, תק – של (2)2007, (4283) (2007).

לא יוותר עם מלוא הנזק. בכך, מאבחן ביהמ"ש את המצב הקיים נכון למועד מתן פסה"ד לבין המצב שהיה קיים שעה שניתן פסה"ד בעניין שם אור נ' עיריית קרית גת.

דוגמאות אחרות הממחישות היטב את גישת המשפט הישראלי בתקופה האחרונה לסוגיות שבין היחיד לרשות בתחום דיני הממונות, וליחס בין עקרונות של מניעת עשיית עושר לבין ההגנה על הוודאות התקציבית של הרשות, ניתן לראות בפסיקה שדנה בתביעות להשבה של תשלומי חובה ששולמו ביתר או שנגבו שלא כדין ואפנה בעניין זה לפסה"ד בעניין רע"א 7669/96 עיריית נהרייה נ' קזס²⁰ שם נדון נושא תביעות להשבת ארנונה ששולמה ביתר מחמת התרשלות עירייה.

מגמה זו זכתה לעיבוד והרחבה לאחרונה בע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ²¹ שם נדונה ובהרחבה השאלה של "הגנת התקציב" כהגנה אפשרית של הרשות (במסגרת ההגנות המתאפשרות על ידי סעיף 2 סיפא לחוק עשיית עושר ולא במשפט) כנגד תביעת השבה של הפרט.

בית המשפט העליון (מפי כב' השופט מ. חשין) קובע כי הכרה "על החלק" בהגנה כזו יש בה לכאורה כדי לחסר מעקרון שלטון החוק. עוד נקבע בסעיף 57 לפסק הדין בפרשת מפעלי תחנות הנ"ל כי יש לשקול בהקשר זה גם "שיקולים הקשורים להסתמכותם של צדדים תמי-לב על מעשים שנעשו; שיקולים של טובת הציבור; שיקולים של צדק חלוקתי; שיקולי שוויון ועוד שיקולים כיוצא באלה. שיקולים אלה יתמכו לעיתים בקיום מעשה חרף היעשותו בהיעדר סמכות וחרף הפגיעה בשלטון החוק. לעיתים יהיו אותם שיקולים כה כבדי-משקל עד שעלול להיווצר עוול של ממש או פגיעה חמורה ביחיד ובציבור אם אכן יבוטל המעשה".

עוד נקבע שם כי "הגנת התקציב" תעמוד לרשות רק אם תוכיח בנתונים את חומרת הפגיעה הצפויה שתיגרם ליכולתה לתת את השירותים שעליה לתת עקב קבלת תביעת השבה ספציפית, וחומרה זו תצדיק את דחיית תביעת ההשבה באותו מקרה. אני ער לכך שאין הנדון דומה לגמרי לראייה, ולא בהכרח דין השבת תשלום חובה שנגבה ללא סמכות כדין תשלום שכר ראוי בגין שרות שלא הוזמן בדרך הקבועה בפקודת העיריות; אך פסק הדין בפרשת מפעלי תחנות ורשות העתיקות לא הובא כאן כהלכה החלה ישירות על ענייננו, אלא רק כדי להראות שהמשפט הישראלי בן זמננו אינו מוכן

²⁰ ע"א 7669/96 עיריית נהרייה נ' נתן קזס, פ"ד נב(2), 214, 216-217 (1998)

²¹ פורסם בתק – על 2006 (1) עמ' 2249

עוד לאפשר לרשות לעשות עושר על חשבון הפרט רק מהטעם של הגנה מלאה, אוטומטית ותמידית על תקציב הרשות.

הכלל שאין בלתו – חוזה שנערך בניגוד לסעיף 203 לפק' העירויות (ודומיו) - בטל!

עוד אציין, שהקביעה המשפטית החד משמעית שלא השתנתה משך השנים הינה שחוזה שנערך על ידי רשות בניגוד לדרישות הצורניות הקבועות בחוק – בטל. היטיב לבטא את הדברים ביהמ"ש העליון **בפרשת בית הרכב נ' עירית ירושלים**²² שם אף הובאו אסמכתאות מתאימות הן מהספרות והן מהפסיקה, כדלקמן:

"אי-קיום דרישת הצורה המהותית הקבועה בסעיף 203 בהתאם לפרשנות לעיל משמעה סיווג החוזה כחוזה בלתי חוקי. אי החוקיות נעוצה בשלב כריתת החוזה (ראו שלו דיני חוזים, 505; עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 479 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003) (להלן: גרוסקופף); השוו לדניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב 656, 788 (מהדורה שניה, 1998) (להלן: פרידמן עשיית עושר) הסבור כי אי-החוקיות נעוצה בחריגה מהכשרות המשפטית של התאגיד הציבורי). היא נובעת מפרשנות דרישת הצורה, עליה עמדתי לעיל, המכוונת לאסור על כריתת החוזה המינהלי ללא חתימת ראש העיריה והגזבר (ראו טל בנד "אי-חוקיות והחוזה הממשלתי" משפטים יד 295, 301 (1984)). הסבירה פרופ' שלו: "ברור שחוזה החורג ממסגרת כוחותיה וסמכויותיה החוקיות של הרשות, כפי שנקבעו בחוק המסמך, הוא חוזה בלתי חוקי, ולכן בטל. חוזה אינו יכול להרחיב את סמכויות הרשות, או להקנות לה סמכויות, או לאפשר לה לפעול מחוץ למסגרת סמכותה החוקית. בכך נבדלת הרשות הציבורית... מן הפרט: סמכויותיה של הרשות הציבורית וכשרותה מוגבלות, ולפיכך חייבים גם חוזה בעיגון סטוטורי" (גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 48 (1999) (להלן: שלו חוזים ומכרזים))."

²² ר' העייש 6.

אם כן, הפסיקה אכן הייתה עקבית ועודנה עקבית ביחס לתוצאת התקשרות רשות בניגוד לדרישות הצורניות, קרי, בטלות החוזה. יחד עם זאת, השוני והיפוך המגמה נעוצים דווקא בתוצאת הביטול שעה שהפסיקה שעד לראשית העשור האחרון ראתה ככלל בקביעה של בטלות החוזה – כסיום הבחינה ועמה התוצאה העגומה – הצד השלישי, המתקשר עם הרשות נותר בלא כל סעד או פיצוי בגין פועלו ואילו הפסיקה העדכנית רואה את נקודת הסיום כתוצאה של מכלול הדינים²³.

²³ ר' העייש 6.

ה. תוצאת ביטול ההתקשרות עם הרשות בעת החדשה;

אם כן, אם נקודת הסיום הינה 'מכלול כל הדינים' ולא הקביעה בדבר בטלות החוזה, אפרוט להלן את הדינים הרלוונטיים וכן, את המשמעות האופרטיבית העולה מכל אחת מהן.

כידוע, על חוזה הרשות חלים שני סוגי דינים, הדין הציבורי והדין הפרטי. מכל מקום, כפי שהדברים יוצגו להלן, הן הדין הפרטי והן הדין המנהלי מאפשרות את נקודת הסיום השונה, זו המאפשרת סעד של פיצוי או השבה גם במקרה של אי קיום הדרישות הצורניות.

בפרשת בית הרכב²⁴, ביהמ"ש העליון התייחס לדואליות הנורמטיבית וכן, לתוצאה המתבקשת ומתאפשרת ביחס לכל אחד מהמסלולים, כדלקמן:

"...כשם שהמסלול החוזי משקף בטלות יחסית של החוזה המינהלי דרך הפעלת סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים, כך גם המסלול המינהלי משקף בטלות יחסית של החוזה המינהלי דרך הפעלת דוקטרינת הבטלות היחסית, ולכך אתייחס בהמשך. החלת דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית על החוזה המינהלי, בפן המינהלי שלה, עשויה להביא לאותה תוצאה. הדינים הולכים יד ביד, אף שהדרך שונה, התוצאה היא אחת. הטעם לכך הוא ששתי מערכות הדינים מטרתן אחת והיא, להביא לצדק."

במסגרת המשפט הפרטי, שילוב סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי) התש"ג – 1973 (ולהלן: "חוק החוזים") מביאים לתוצאה הרצויה.

סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תש"ג – 1973, קובע כדלקמן:

"חוזה פסול

חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את

תקנת הציבור - בטל."

²⁴שם, פסקה 34.

סעיף 31 לחוק החוזים קובע כי :

”תחולת הוראות הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה - לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו.”

סעיף 19 ו-21 לחוק החוזים העוסקים בביטול חלקי של החוזה ובהשבה, קובעים, כדלקמן :

”19. ביטול חלקי

ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד ;
אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו.

21. השבה לאחר ביטול

משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שווי של מה שקיבל.”

בהתייחס ליישום הוראות החוק הנ"ל במשפט הפרטי, ציין ביהמ"ש העליון בפרשת טבעול (1993) נגד שף היום (1994)²⁵, מאת כב' השופט חשין, כדלקמן :

”הרכבת את הוראת סעיף 31 על הוראת סעיף 30, ונמצאת מחזיק בידך כלי רב-ערך לעשות צדק מירבי בין תובע לבין נתבע. לא עוד ידו של נתבע על העליונה - אך באשר חוזה אסור הוא המונח לפני בית-המשפט - ומוסמך הוא בית-המשפט לשקול פיזור הנזק וההנאה בין הצדדים להסכם 'אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון'. שני כוחות הם המושכים לצדדים: מעבר מזה, התכלית - תכלית חשובה - למנוע כריתתם או ביצועם של חוזים פסולים, ומעבר מזה, התכלית - אף היא תכלית

²⁵דניא 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 110-109 (2001)

חשובה - לעשות צדק בין צדדים לחוזה פסול: שלא יצא חוטא אחד מלפני בית- המשפט וזר קוצים על ראשו, ואילו חוטא אחר, חוטא כמותו, יצא ו"זר דפנה על ראשו" "

כעת ביחס למשפט/החוזה המנהלי: מטרת דוקטרינת הבטלות היחסית היא להביא לצדק, כפי שהבהיר כבי' השופט אור ביחס למשפט המינהלי:

"הרעיון שמאחורי תיאורית הבטלות היחסית הוא, אפוא, הרצון לעשות צדק יחסי עם כל הגורמים העלולים להיות מושפעים מההכרעה, בצד מתן משקל הולם למהות אי החוקיות או הפגיעה שבמעשה הרשות המינהלית, אשר גרר את בטלות ההחלטה. על בית המשפט מוטלת החובה והאחריות לפעול מתוך זווית ראייה רחבה ככול הניתן, המתחשבת בטובתם וברווחתם של כלל הגורמים העשויים להיות מושפעים מהכרעתו. על גורמים אלה נמנים הצדדים הישירים לעתירה עצמם, וכן צדדים שלישיים והציבור בכללותו העלולים להיפגע מבטלות ההחלטה"²⁶.

החוזה המנהלי כפוף בראש ובראשונה למערכת החוזית הכללית ולמעשה, החוזה המנהלי נטמע במערכת החוקית הקשורה בחוזה הפרטי²⁷. בהמשך לכך, הואיל ודיני החוזים עצמם, במישור הפרטי הטהור, הכירו באפשרות לרכז ולמעשה לעקוף דרישות צורניות ובעניין זה ניתן להזכיר את עקיפת דרישת הכתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 והכל באמצעות דוקטרינת תום הלב, עקרונות הגינות וצדק וכמובן, בנסיבות המתאימות לכך, על רקע זה, הגישה לפיה אין למנוע עקרונית הגשת תביעה לשכר ראוי נגד רשות בגין שירותים או טובין שניתנו לה אף שלא נערך לגביהם מסמך העומד בדרישות הצורניות של סעיף 203 לפקודת העיריות, נראית כמהלך מתבקש בהיבט המנהלי²⁸.

בהקשר זה אוסיף כי ניתן לראות בהתחייבותה של הרשות כמעין "הבטחה מינהלית" המהווה מקור עצמאי לחיוב הרשות ובמקרים ובהתקיים תנאים מסויימים עשויה הרשות להיות כבולה להתחייבותה אף שזו לא גובשה בחוזה מחייב ובעניין זה אפנה לתנאים אשר נקבעו על ידי ביהמ"ש

²⁶ בג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289, פס' 28 לפסק דינו של השופט ת' אור (2004)

²⁷ ראה בעניין זה יצחק זמיר "ביקורת ספרים גבריאלה שלו: חוזי רשות בישראל" משפטים טז 543, 547 (1986)

²⁸ ראה בעניין זה דניאל פרידמן "דיני עשיית עושר שלא במשפט" כרך ב' (מהדורה שנייה) עמ' 657.

העליון בבג"צ 135/75 סאי טקס בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה²⁹, כאשר עיקרה של ההלכה הוא שהבסיס המשפטי לחובת הרשות המינהלית לקיים את הבטחותיה יסודו בחובתה הכללית לנהוג בהגינות כלפי האזרח ומאחר ולא בכך עוסקת עבודה זו לא אפרטם.

ואולם, אף עפ"י כן אציין כי פסיקה מאוחרת סייגה את הלכת סאי טקס וצמצמה אותה, ככל שהיא נוגעת לתנאים לגיבוש הבטחה מנהלית מחייבת ולאפשרות הרשות לחזור בה מהבטחתה והרחבת נושא הסתמכות האזרח³⁰.

²⁹ פ"ד ל (1) עמ' 673

³⁰ ר' רענן הר זהב "המשפט המינהלי הישראלי" תשנ"ז – 1996, עמ' 513-542

ו. הסעד המוצע – תביעה לשכר ראוי;

אחר שקבענו שכל שהסכם אשר אינו עומד ואינו ממלא אחר הוראותיו הצורניות של סעיף 203 לפקודה (ודומיו) ולמעשה אין לפנינו הסכם בר תוקף, הרי שהסעד של 'אכיפת חוזה' (ולא בהתייחס להמשך אספקת השירותים או הטובין (ואבחנה זו חשובה – ראה להלן) או פיצויים עפ"י החוזה אינם מתאפשרים עוד.

אעיר, כי ביחס לאכיפת החוזה, הוראות סעיף 31 לחוק החוזים עשויים לבלבל ומוטב לדייק בעניין. בסעיף 31 לחוק החוזים נאמר כי: **"...בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט,במידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה - לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו"**.

החיוב הנגדי, זה הנזכר בסעיף 31, מתייחס לחיובים בגין שירותים או טובין או התחייבות שכבר נתנו בעבר וכעת, הצד האחר ממתין לקבלת התמורה או ביצוע התחייבות נגדית עליה סוכם. בסעיף הנ"ל אין כדי לאכוף על הצדדים או מי מהם את ההסכם ככתבו וכלשונו וביחס להתחייבויות עתידיות ככאלה ובכל מקרה, אין בהם כדי לזכות את הצד הנפגע בפיצויי ציפייה.

מכל מקום, שעה שכאמור עסקינן בחוזה בטל, חוזה שאין ולא ניתן לאוכפו, הרי שהצד הנפגע יוכל לטעון בין היתר לשכר ראוי, אשר מבחינת סיווגו מבוסס על דיני עשיית עושר ולא במשפט.

סעיפים 1 ו- 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, העוסקים בהשבה או בשוויה, קובעים, כדלקמן:

1. חובת ההשבה

(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן -

הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה,

ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שווייה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

2. פטור מהשבה

בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת."

הכרה בתחולתם העקרונית של דיני עשיית עושר אינה מאפשרת אכיפת היחזקה מראש, אלא מתייחסת אך ורק לתוצאות של פעולות שכבר נעשו.

רשות שעה שנוכחה לדעת כי ניתן לה שרות שלא הוזמן על ידה בדרך הקבועה בסעיף 203 יכולה ואף חייבת (מכח עקרון תום הלב וכ"ש תום הלב המוגבר החל עליה) להודיע לנוותן השירות כי עליו לחדול מנתינתו. במקרה כזה לא ניתן יהיה לאכוף עליה את המשך היחזקה שרות, והיא גם לא תחויב בפיצוי על אבדן הרווחים הצפויים בגין אותו חלק של השירותים שטרם ניתן.

בנוסף אף ניתן לומר כי משעניין לנו בחוזים שדינם בטלות אזי יכול ואפשר להפנות אל הוראת סעיף 6 לחוק עשיית עושר שלא במשפט, הקובע את תחולתו של החוק באופן הבא:

6. תחולה ושמירת תרופות

(א) הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים.

(ב) חוק זה יחול גם על המדינה.

(ג) אין בחוק זה כדי לגרוע מתרופות אחרות.

בעניין פרשנותו ותחולתו של סעיף זה, אפנה אל רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה (המבקשים ברע"א 5768/94) נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ (המשיבים ברע"א 5768/94)³¹, מפי כבי' השופט חשין:

כללם של דברים: בבואנו להכריע בשאלה אם יש או אם אין "בחוק אחר הוראות

³¹ פורסם בפ"ד נב(4) עמ' 289, 328-329

מיוחדות לענין הנדון", שומה עלינו - על דרך העיקרון - לבדוק ולבחון שלוש אלו: אחת, נסיבות הענין הספציפי שלפנינו; שתיים, פיתרונו של החוק ה"אחר" לאותן נסיבות; ושלוש, פיתרונו של חוק עשיית עושר - כשהוא לעצמו - לאותן נסיבות. רק לאחר בחינה זו נהיה רשאים לפנות עצמנו להכרעה בשאלה אם יחול החוק ה"אחר"; אם יחול חוק עשיית עושר; או אם יחול אחד מן השניים לפי בחירתנו של הנפגע. עניין עניין ובחינתו שלו; בחינה בחינה ופתרונה שלה. ההכרעה לא תיפול בנושא מופשט ובמעבדה; ההכרעה תיפול בנושא קונקרטי וספציפי, ובשדה: "לענין הנדון". לא נלך שבי אחרי קלסיפיקציות וסיווגי-דין באשר הם. זו הפחת הטמונה לרגלי איש-המשפט ונישמר מפניה. ראו והשוו: רע"א 7112/93 צודלר בתיה ו- 18 אח' נ' יוסף שרה ואח', פ"ד מח(550, 562) 5; מ' חשין, מיטלטלין בדין הניזקין, (ירושלים, תשל"א), 40 ה"ש 13 ו- 161 ה"ש 2 (להלן נכנה ספר זה: חשין, מיטלטלין). לא "משפט החוזים" ישמש לפנינו ולא כל ענף-משפט אחר. נדון עניין עניין לעצמו, נהפכנו על צידו האחד ועל צידו האחר, נטלטל אותו אנה ואנה, ורק לאחר שנדע אותו לפני-ולפנים נתייצב על רגלינו ונכריע. במקרה אחד יקנה שמעון זכות בעשיית עושר ובמקרה אחר לא יקנה. בין כך ובין אחרת, הוראת סעיף 6 - כשהיא-לעצמה - לא תעמוד למיכשול על דרכנו. גם אם חוק "אחר" אינו מקנה זכות, יכול שמעון שיקנה זכות מכוחו של חוק עשיית עושר, והוראת סעיף 6 לא תחסום את דרכו. יתר-על-כן: גם במקום שחוק "אחר" מקנה זכות, אין בהוראת סעיף 6 לחוק עשיית עושר - באשר היא - כדי לשלול הקניית זכות מכוח חוק עשיית עושר אף-הוא, בין כזכות לעצמה בין כזכות נוספת ועודפת. ובבדיקת השאלה אם הנפגע זכאי מכוח עשיית עושר - בין אם זכאי הוא מכוחו של חוק "אחר"; בין אם אין הוא זכאי מכוח חוק "אחר"; בין אם זכותו מכוח חוק "אחר" הינה זכות הפחותה בערכה - יהא עלינו להעמיק בטיב הזכויות, בתכלית החוק ובגורמים הלבר-משפטיים שעשו את הזכויות למיניהן.

בפסה"ד בעניין **גזית ושחם נ' עירית רחובות**³², ביהמ"ש העליון קיבל את הערעור וחייב את הרשות המקומית בתשלום התמורה-שכר ראוי, בגין עבודות שבוצעו עבורה הגם שאלו לא הוזמנו עפ"י הנדרש בסעיף 203, תוך שקבע, כדלקמן :

"מדובר בשיפוץ יקב שנועד לשימור, אותו שיפצה המערערת עבור העיריה ולא קיבלה תמורה. גם אם לא נוצר הסכם כדין לפי פקודת העירויות, אנו בדעה כי העיריה עשתה עושר ולא במשפט. השיפוץ נמשך כשנה. אנשי העיריה ידעו שהעבודה מתבצעת ופקחו עליה. אין בראיות הוכחה לכך שהובעה התנגדות לביצוע העבודה או שנשלחו התראות למערערת לבל תימשך העבודה. בסופה של דרך שופץ היקב באופן מלא עבור העיריה ללא תמורה". (ההדגשות שלי ח.א.)

יושם לב, כי קבלן המגיש תביעה לשכר ראוי ובהתאם לחוק עשיית עושר בעצם "מוותר" על השכר החוזי אשר לעתים עלול מבחינתו להיות נמוך מהשכר החוזי עליו סוכם. בנוסף, יכול והרשות לא קיבלה מאומה ובכל זאת, אדם אחר טרח עבורה אך לא הספיק למסור או להשלים את התוצר שטרח בגינו. במקרה כזה, שעה שהרשות לא הפיקה תועלת או טובת הנאה והתביעה יכולה להיות מבוססת על "התעשרות נורמטיבית או מיוחדת" שלדעת המלומד פרופ' פרידמן אמנם אפשרית אך בנסיבות המתאימות לכך בלבד³³.

בקשר לכך אפנה לאזכורי ההלכות המנחות בבתיהמ"ש האוסטרליים והקנדיים המוזכרים בספרו של המלומד פרידמן³⁴ ולפיהם פסקו הערכאות הגבוהות ביותר במדינות אלה שכר ראוי לזכותו של תד שנתן שירות במסגרת הסכם, שלא קויימה לגבי דרישת הכתב ולכך ראה את פסק הדין האוסטרלי **Pavey&Matthews Ltd. V. Paul (1987) 69 A.L.R. 577** וכן את פסק הדין

הקנדי **Degelman V. Guaranty Trust Co. of Canada [1954] 3 D.L.R 785**.

האפשרות להגשת תביעה לשכר ראוי מאפשרת אצל הצד הנפגע, התובע, מידת גמישות תוך הותרת מלוא שיקול הדעת אצל ביהמ"ש על מנת לסייע בידיו הגם שהדרישות הצורניות הנדרשות עפ"י דין לא קוימו. כמובן שהדבר שונה שעה שתביעה מבוססת כולה על דיני החוזים, שם, מידת הגמישות

³²ע"א 9256/99 **חברת גזית ושחם חברה לבנין בע"מ נ' עירית רחובות**, תק-על 2001(3), 2300 (2001)

³³ר' הע"ש 28 דלעיל.

³⁴שם, עמ' 658

בתביעות השבה, אכיפה או פיצויים איננה רווחת ועל ביהמ"ש להיצמד למגוון האפשרויות העומדות לו בהתאם לחוק החוזים.

מנגד, שעה שעסקינן בתביעה עפ"י עילת עשיית העושר, שיקול דעת רחב והגמישות אצל ביהמ"ש היא השלטת. כעולה מסעיפי החוק, הגמישות היא המוטיב.

שיקול הדעת הוא העיקר ותחומיו נרחבים מאד ומאפשרים גמישות כמעט בלתי מוגבלת. גמישות זו משתרעת הן על עצם השאלה האם עשה הנתבע "עושר ולא במשפט", לגביה כבר נפסק, בין היתר בפסה"ד בעניין א.ש.י.א. ואח' נ' פורום מוצרי צריכה ואביזרים בע"מ³⁵ שנדרש "יסוד נוסף" של פגם בהתנהלות הנתבע כדי שתקום העילה לפי החוק. כנ"ל, מתקיים שיקול הדעת הרחב ביחס לקבלת התביעה כולה או חלקה אם "ראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

³⁵רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה (המבקשים ברע"א 5768/94) נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ (המשיבים ברע"א 5768/94), פ"ד נב(4), 289, 307-308 (1998)

ו.מסקנות;

בבואנו לשאול מהו הדין הרצוי והראוי יותר, עלינו לזכור כי העמדה, לפיה באין חתימת ראש רשות, גזבר וחותרמת העירייה כמתחייב מסעיף 203 לפקודה יש כדי להביא לסוף דרכו של הנפגע, הינה תוצאה פחות צודקת משום שקבלת גישה זו תביא לכך שתמיד ישא היחיד, נותן השירותים, במלוא המחיר של השמירה על תקציב העירייה ועל כללי המנהל התקין שלה.

תוצאה כזו לא רק שהיא נוגדת את תחושת הצדק הראשונית, אלא שהיא מנוגדת גם לכללי מדיניות משפטית נוהגים וראויים לפיהם הנטייה היא להטיל את הנטל על מונע הנזק הזול ביותר (שהיא בדרך כלל הרשות); על מפזר הנזק הטוב ביותר (שוב, בדרך כלל, הרשות) ועל מי שנהנה יותר מהסיטואציה (גם כאן, לפחות בחלק מהמקרים, מדובר בעירייה ובתושבי העיר שהפיקו תועלת מהשירותים שניתנו).

קבלת הגישה המכירה עקרונית בקיומה של עילת תביעה לשכר ראוי היא הדרך היחידה להביא לכך ששיקולי מדיניות מהסוגים שהובאו לעיל, כמו גם שיקולים נוספים, יילקחו בכלל בחשבון וישפיעו על התוצאה בכל מקרה לגופו ובמקרים המתאימים יביאו לכך שהנטל לא יישאר על מי ששיקולי מדיניות ראויים מצדיקים, בנסיבות אותו מקרה, שלא להטילו עליו.

גישה זו אף עולה בקנה אחד עם הוראות הדין הכללי ונובעת במישרין מהוראות סעיפים 31-30 לחוק החוזים ומעקרונות מניעת התעשרות שלא כדין, יחד עם דוקטורינות מינהליות, אשר מטרתן הינה אחת והיא שאין לאפשר לצד כלשהו, בחוזה בלתי חוקי ופסול להתעשר שלא כדין והכל על מנת להביא לצדק יחסי בין הצדדים, כמו גם כלפי הציבור, שעה שהמדובר ברשות ציבורית.

סוף