

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6705/04

וערעור שכנגד

בפני :
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופטת א' חיות

המערערת : בית הרכב בע"מ

נ ג ד

המשיבות :
1. עיריית ירושלים
2. מוריה חברה לפיתוח ירושלים בע"מ

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים בתיק א 3412/01 מיום 30.5.2004 שניתן על ידי
כבוד הנשיא י' צמח

תאריך הישיבה : י' בכסלו התשס"ו (11.12.2005)

בשם המערערת : עו"ד אליעד שרגא ; עו"ד רועי שחר

בשם המשיבות : עו"ד יוסי חביליו ; עו"ד אריאל זיו ; עו"ד שחר פדה

פסק-דין

השופטת מ' נאור :

1. חברה פרטית התקשרה עם העיריה בחוזה שכירות. החוזה כלל מנגנון הפחתה של דמי השכירות. החברה העבירה לעיריה את דמי השכירות המופחתים על פי החוזה משך תקופה של כארבע שנים וחצי. לאחר שהתברר לעיריה כי החוזה אינו מקיים את דרישת סעיף 203 לפקודת העיריות, כיוון שראש העיריה לא חתם עליו, היא הגישה תביעת להשבת הכספים שהופחתו מדמי השכירות בהתאם למנגנון ההפחתה. העיריה טענה כי החוזה בטל. האם קמה לעיריה זכות להשבה של הכספים? זו השאלה שעמדה בפני בית המשפט המחוזי (כב' הנשיא י' צמח), וזו השאלה העומדת בערעור שלפנינו.

סעיף 203 לפקודת העיריות, העומד ביסוד פסק דינו של בית המשפט המחוזי,

קובע:

203. חתימה על מסמכים מסוימים
(א) חוזה, כתב התחייבות, ... שיש 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 יחייבו 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.

העובדות

2. בין המערערת, בית הרכב בע"מ, לבין חברת מוריה שהיא עירונית נכרת ביום 13.2.1991 הסכם להפעלת חניון ציבורי לפיו תפעיל המערערת חניון ברחוב כי"ח בירושלים (להלן: החניון) למשך שנה אחת בתמורה לדמי שכירות חודשיים בסך 64,000 ₪ הצמודים למחירי החניה בחניון סמוך הנמצא במרכז כלל (להלן: ההסכם המקורי). סכום דמי השכירות, שהועלו מעת לעת, חולק בין בעלי הקרקע לבין חברת מוריה. כחודש וחצי מאוחר יותר, ביום 26.3.1991, המחתה מוריה את זכותה על-פי ההסכם למשיבה 1 (להלן: העיריה). ההסכם המקורי הוארך בכתב עד ליום 30.4.1992 ובהמשך - בדרך של התנהגות הצדדים, שפעלו על-פי הוראות ההסכם המקורי, עד ליום 31.12.1996. לקראת מועד זה פנתה המערערת לעיריה בבקשה לסיים את ההתקשרות עקב הפסדים כספיים שהיו לה ושנבעו, לטענתה, מכך שברחוב אגריפס נפתח באותו זמן שוק-חניון, שהציע חניה במחיר מוזל. כך למשל כתב מנכ"ל המערערת לחברת מוריה ביום 22.7.1996:

"הרינו להודיעכם כי בתנאים הנדרשים על ידכם אין באפשרותנו להמשיך ולהפעיל את החניון עם כל רצוננו לעשות זאת. בתקופה האחרונה חלה ירידה במספר הכניסות לחניון במקביל לעלייה בדמי השכירות ובהוצאות השוטפות, עובדה שהביאה את חברתנו להפסדים בתפעול חניון זה. אין כל הגיון והצדקה לדרוש מאתנו לשאת בהפסדים שוטפים אלו, והמצב שנוצר במציאות הנוכחית מחייב שינוי מהותי בתנאי ההתקשרות עמנו. אחרת, לצערנו, לא נוכל להמשיך ולתפעל את החניון... אנו נשמח להמשיך שיתוף הפעולה עמכם בתנאים סבירים והוגנים".

3. בעקבות פניות אלה הוארך ההסכם המקורי עד למועד פגישה מכרעת שנערכה בין הצדדים (ביום 12.2.1997, להלן: הפגישה). בפגישה השתתפו מנכ"ל המערערת מר יצחק עדיני ומנהל הכספים שלה מר נח שטרום, גזבר העיריה מר יששכר בן חיים (להלן: הגזבר) וסגן הממונה על הנכסים בעיריה מר קובי סדן. בפגישה סוכם על המשך ההתקשרות בתנאי ההסכם המקורי – תשלום דמי שכירות חודשיים צמודים בסך 64,000 ש"ח בתמורה להפחתת דמי השכירות, באופן שהעיריה תשתתף בהפסדי המערערת בהפעלת החניון (להלן: הסיכום). בתרשומת מיום 12.2.1997 שרשם מנהל הכספים נח שטרום נכתב:

"העיריה תשלם את ההפרש לפרק זמן עד שיוסכם הסכם חדש החל מ- 1/97".

אין מחלוקת כי על פי הסיכום שנעשה בפגישה התחייבה העיריה לנכות מדמי השכירות שישולמו לה את ההפסדים התפעוליים של המערערת בהפעלת החניון. הצדדים חלוקים באשר לתוקף הסיכום במישור הזמן. לטענת המערערת הסיכום לא היה מוגבל בזמן. לטענת העיריה הוגבל הסיכום בפגישה לשלושה חודשים. למחלוקת עובדתית זו – בה הכריע בית המשפט המחוזי לטובת העיריה – אשוב בהמשך הדברים.

יוער כאן כי הצדדים חלוקים בהיבט נוסף, שאין לו משמעות בענייננו: ההיבט הנוסף הוא תוכן הסיכום. לטענת המערערת הסיכום כלל גם הבטחה למינימום רווח תיפעולי של 10% מהכנסות החניון. לטענת העיריה להד"ם. בית המשפט המחוזי לא הכריע בהיבט נוסף זה (ראו פסקה 6 להחלטת בית המשפט המחוזי מיום 20.11.2003), אשר התעורר רק במסגרת ההחלטה בעניין גובה הניכויים, החלטה שאימצה את הסכמת הצדדים ביחס לגובה הניכויים כפי שנעשו בפועל (ראו פסקה 3 לפסק הדין מיום 30.5.2004).

4. מועצת העיריה התכנסה ביום 27.2.1997 לדון בסיכום – שזכה גם להמלצת ועדת הכספים של העיריה (מיום 20.2.1997) – והחליטה בישיבה בנוכחות ראש העיריה דאז מר אהוד אולמרט להגביל את הסיכום לחודשיים בלבד, דהיינו לחודשים ינואר ופברואר 1997 (להלן: החלטת המועצה):

"הנושא המוצע לדיון

הסדרת הסכם בין העיריה לבין חב' בית הרכב בע"מ מפעילי חניון השוק (נכסים).
דברי הסבר

1. בתנאי ההתקשרות הנוכחיים, מעוניין מפעיל החניון לפרוש.
2. עד להסדרת הנושא בין העיריה לבין בעלי המקרקעין, יש להגיע להסדר כספי עם מפעיל החניון - חב' בית הרכב בע"מ.
3. עיקרי ההסדר הינם שיפוי כספי, בכדי להביא את המפעיל לאיזון תפעולי.
4. עד למציאת הסדר קבע, מסמיכה העיריה את גזברות העיריה לאשר ההסדר הנ"ל ולשפות את חב' בית הרכב בהתאם למפורש בסעיף 3 דלעיל.
5. מקור המימון - הכנסות העיריה בגין הפעלת חניון השוק.

...

הצעת החלטה מבוקשת

ועדת הכספים ממליצה בפני המועצה לאשר ההסכם האמור לעיל.

הערות מועצה

מועצת העיריה החליטה לאשר ההסכם: תוקף ההסכם חודשיים בלבד.

5. לטענת המערערת היא לא ידעה על החלטת המועצה ובה הגבלת הסיכום לחודשיים. הדבר נודע לה לראשונה בעת שהעיריה הגישה את התביעה לבית המשפט המחוזי. לפיכך, חרף החלטת המועצה ובה הגבלת הסיכום לחודשיים, המשיכה המערערת גם לאחר פברואר 1997 לשלוח לגזבר העיריה מכתב תשלום דמי השכירות ולצידו מכתב נלווה המפרט את שיעור ההפסדים התיפעוליים אותם ניכתה מתשלום דמי השכירות (להלן: מכתבי הניכוי). כך למשל במכתב ששלחה המערערת לגזבר העיריה ביום 24.4.1997 נכתב ההסבר לניכוי כך:

"בתום הישיבה סיכמנו שעיריית ירושלים תישא בהפסדי הפעלת החניון שיצטברו ברבעון הראשון של 1997 עד שיוסכם הסדר חדש בין בעלי החניון לבין [המערערת]. בהתאם למוסכם, מאחר וסיימנו את הרבעון הראשון בהפסד של 61,399 ש"ח כפי שנשקף בדו"ח ההכנסות וההוצאות המצורף בזה, אנו מקזזים אותו מתשלום דמי השכירות לעיריית ירושלים".

לאורך התקופה נשלחו מכתבי ניכוי נוספים, ושיעור הניכויים, ככלל, הלך ותפת. העיריה מצידה קיבלה את מכתבי הניכוי והנפיקה למערערת אישורים וקבלות בהתאם, גם בתקופה שאחרי פברואר 1997.

6. בסוף שנת 1999 הוחלף גזבר העיריה מר בן חיים בגזבר אחר, מר אלי זיטוק (להלן: הגזבר החדש). האחרון פנה, ככל הנראה בעל-פה, למערערת וביקש "הבהרות" למכתבי הניכוי. ביום 16.12.1999 שלח גם עו"ד אלי מלכא, העוזר הראשי ליועץ

המשפטי לעיריה (להלן: עו"ד מלכא), מכתב רשום בו ביקש מהמערערת הסברים למכתבי הניכוי וכן הודיע על הפסקת פעילות המערערת בחניון החל מיום 31.1.2000 (להלן: המכתב הראשון):

"התברר, לתדהמתנו כי מזה מספר שנים הנכם עורכים על דעת עצמכם קיזוזים ו/או הפחתות בלתי ברורים ובסכומים ניכרים בניגוד לאמור בהסכם. מאחר ולקיזוזים ו/או הפחתות אלו אין כל הסבר אבקשכם לפרט לנו על בסיס מה נערכו הקיזוזים ו/או ההפחתות הנ"ל והאם בידכם אישור בכתב של העיריה לקיזוזים ו/או הפחתות הנ"ל..."

ההסכם בין מוריה/עיריה לביניכם יסתיים ב-31.1.2000 ומכתבי זה הוא על דעת מוריה ובהסכמתה, כמובן."

בתגובה למכתב הראשון שלחה המערערת ביום 22.12.1999 מכתב הסבר למכתבי הניכויים, ובו הפניה לסיכום שנתקבל בפגישה בשנת 1997:

"ביום 12 בפברואר 1997, התקיימה ישיבה בעיריית ירושלים... בה סוכם שהעיריה תישא בהפסדי הפעלת החניון מיום 1 בינואר 1997 עד שיסוכם חוזה הפעלה חדש בין כל הגורמים. במקביל [המערערת] התבקשה והסכימה להמשיך להפעיל את החניון בתנאים החדשים... מצער הדבר שהעובדות המפורטות לעיל משום מה אינן ידועות לך."

7. בתגובה למכתב זה שלח עו"ד מלכא, לטענת העיריה ביום 31.1.2000 מכתב נוסף למערערת באמצעות פקסימיליה, בו הודיע למערערת על סיום ההתקשרות ועל דרך הפינוי (להלן: המכתב השני). לטענת המערערת המכתב השני לא נתקבל אצלה כלל.

8. כך או כך, המשיכה המערערת להפעיל את החניון ולשלוח לעיריה מכתבי ניכוי, והעיריה המשיכה לקבלם ולהנפיק אישורים וקבלות בגינם (ראו למשל העתק קבלה מיום 13.11.2000 הנושאת חותמת עיריית ירושלים, נספח יז לכרך אסמכתאות המערערת). העיריה לא עמדה על פינוי המערערת מן החניון במועד האמור במכתב הראשון של עו"ד מלכא. לטענת המערערת, היא הניחה כי משמעות הדבר שהבהרותיה התקבלו בהסכמה אצל העיריה (סעיף 23 לתצהיר מנכ"ל המערערת). בהתאם המשיכה המערערת להפעיל את החניון ולשלוח לעיריה מכתבי ניכוי, כאשר בחודשים נובמבר ודצמבר 2000 סכום ההפסדים עלה על דמי השכירות, באופן שהעיריה הפכה חייבת בעצמה כספים למערערת. המערערת "צברה" הפסדים אלה מחודש לחודש וניכתה אותם בהמשך הדרך מדמי השכירות העתידיים וזאת עד לחודש ספטמבר 2001.

9. באוקטובר 2001 הגישה העיריה את תביעתה לבית המשפט המחוזי להשבת הסכומים אותם ניכתה המערערת מדמי השכירות. לטענת המערערת אז נודע לה לראשונה על החלטת המועצה מיום 27.2.1997 ועל הגבלת הסיכום לחודשיים בלבד. המערערת הופתעה מהתביעה כיוון שלטענתה במשך שנתיים עובר להגשת התביעה לא נשמעה כל טענה מהעיריה בעניין נשוא התביעה (ראו מכתב מנכ"ל המערערת לגזבר העירייה ולמנכ"ל מוריה מיום 1.10.2001). בעקבות הגשת התביעה, חדלה המערערת להפעיל את החניון ביום 31.10.2001, והוא הושב לבעליו.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

10. כתביעת העיריה להשבת הכספים נתבעו הכספים שנוכו מדמי השכירות, כפי שפורטו במכתבי הניכוי. ביום 13.5.2002 החליט בית המשפט המחוזי, לבקשת הצדדים, כי יכריע תחילה בשאלה "אם יש תוקף לניכויים שעשתה [המערערת] מתשלומי דמי השכירות המשולמים לעיריה בתקופה שבין אפריל 1997 עד אוקטובר 2001" (להלן: השאלה הראשונה). הצדדים הסכימו, ובית המשפט קיבל זאת, כי לא יישמעו בעניין זה עדים למעט עדות גזבר העיריה מר בן חיים (ששימש כאמור בתפקידו זה עד שנת 1999). ראיות נוספות הוגשו בדרך של תצהירי עדות ראשית וללא חקירת המצהירים: תצהיר סגן הממונה על נכסי העיריה (סדן), תצהיר עוזר למנכ"ל חברת מוריה (רם-כהן), תצהיר מנכ"ל המערערת (עדיני) ותצהיר מנהל הכספים של המערערת (שטרום). לאחר שבית המשפט הכריע בשאלה הראשונה, וקבע כי יש תוקף לניכויים, נדונה גם שאלת גובה הניכויים (להלן: השאלה השנייה).

נסיון פשרה בין הצדדים, שנעשה בהמלצת בית המשפט - נכשל.

11. ביום 20.11.2003 פסק בית המשפט המחוזי בשאלה הראשונה. בהסתמך על מכלול הראיות שהיו לפני קבע בית המשפט כי אמנם נקבע בפגישה שהסיכום תקף לשלושה חודשים –

"בפגישה [בין העיריה לבין נציגי המערערת – מ"נ] ביום 12.2.1997 סוכם כי העיריה תישא בהפסדי הנתבעת ברבעון הראשון של שנת 1997. ותו לא... מסקנה זו אינה נסתרת בעדותו של הגזבר, מר בן חיים, בבית המשפט. עדותו בעיקרה מהימנה על בית המשפט... לאורך כל עדותו של מר בן-חיים שזור הביטוי 'הסדר ביניים'... דובר בפתרון ביניים, ולא בפתרון נצחי... על כן, מעדות מר בן חיים ניתן להבין כי

ההסדר, אליו הגיע עם הנתבעת, היה מוגבל בזמן... על כן, כאמור, קובע אני כי בפגישה ביום 12.2.1997 הוגבל תוקף ההסדר לשלושה חודשים בלבד."

עם זאת, ההגבלה המאוחרת שנקבעה בהחלטת המועצה ולפיה הסיכום מוגבל לחודשיים גוברת – אפילו תאמר שהמערערת לא ידעה אודותיה – והיא שמכתיבה כי הסיכום תקף לחודשיים בלבד:

"אין נפקא מינא, אם ידעה הנתבעת על החלטת מועצת העיריה, בה הוגבל תוקף ההסכם לחודשיים, אם לאו. בין כך ובין אחרת, למצער החל בחודש אפריל 1997, היה על הנתבעת לחדול מביצוע קיזוזים... תוקף הסדר זה, כאמור, קוצר בידי מועצת העיריה לחודשיים".

לפיכך קבע בית המשפט כי הסיכום האמור לעיל היה תקף אך לחודשים ינואר ופברואר 1997. בית המשפט קבע אפוא כי יש תוקף לניכויים שנעשו רק לגבי חודשים אלה, ועל המערערת להשיב לעיריה את כל הסכומים שקוזזו מדמי השכירות בתקופה שלאחר מכן, דהיינו בתקופה שבין מרץ 1997 לאוקטובר 2001.

12. בית המשפט דן בטענת המערערת לפיה קשרו הצדדים בהתנהגותם בתקופה שבין 1997 ל-2001 הסכם חדש, המקנה תוקף לניכויים גם לתקופה שלאחר פקיעת הסיכום. המערערת ביססה טענה זו על כך שהעיריה לא קבלה על מכתבי הניכוי ששלחה אליה המערערת ואף הנפיקה לה אישורים בגינם. לכך הוסיפה המערערת כי משלא קיבלה, לטענתה, כל התייחסות למכתב ההסבר ששלחה לעו"ד מלכא ביום 22.12.1999, רשאית היתה להניח כי הבהרותיה התקבלו על דעת העיריה. לפיכך טענה המערערת כי העיריה מנועה מלטעון כי הניכויים לתקופה שבין מרץ 1997 לאוקטובר 2001 היו שלא כדין. העיריה מצידה הסתמכה על סעיף 203 לפקודת העיריות, שקובע כאמור שהסכם שלא עמד בפרוצדורת האישור הנדרשת ולא נחתם על ידי גזבר העיריה וראש העיריה לא יחייב אותה. ההסכם היחיד שקיים לטענת העיריה את דרישת סעיף 203 לפקודת העיריות הוא ההסכם המקורי והסיכום המשלים, המוגבל בזמן על פי החלטת מועצת העיריה לחודשים ינואר ופברואר 1997. העיריה טענה כי מעבר לתקופה זו על המערערת להשיב לה את כל הכספים שניכתה על יסוד הסיכום, בהיותו סיכום חסר תוקף.

בית המשפט קיבל את טענת העיריה וקבע כי ניכוי הכספים דינו התחייבות כספית של העיריה:

"[יש] ליתן פירוש מרחיב לדיבור 'התחייבות כספית', באופן שזה ישתרע לא רק על הוצאת כספים אקטיבית מקופת העיריה, אלא גם על ויתור על תקבולים המגיעים לה".

כיוון שמדובר בהתחייבות כספית, חל סעיף 203 לפקודת העיריות:

"אין המדובר בעניין טכני... אישור הגזבר בלבד להתחייבות כספית של העיריה, כל שכן מקום שהדבר נעשה שלא בהתאם לתנאי הצורה הקבועים בסעיף 203, איננו מייתר את החובה לקבל את אישור ראש העיריה ואת חתימתו. על כן, לתקופה שמעבר לחודשיים, שאושרה בידי מועצת העיריה, אין ההסדר עומד בדרישות סעיף 203 האמור".

בית המשפט ביסס קביעתו זו על התכלית הציבורית המונחת ביסוד סעיף 203 לפקודת העיריות (ראו סעיף 32 להחלטה מיום 20.11.2003). בית המשפט הוסיף וקבע כי הוראת סעיף 203 לפקודת העיריות גוברת וכי אין לחייב את העיריה "מכוח המניעות שבהתנהגותה" בסיכום מעבר לתקופה של ינואר ופברואר 1997 (סעיף 39 להחלטה). בסיכום לגבי החודשים ינואר ופברואר 1997 ראה בית המשפט "חוזה חדש" בין המערער לעיריה אשר "כלל את תניות ההסכם המקורי שנותרו בעינן, מכוח התנהגות הצדדים שהמשיכו לפעול לפיהן, ותניה חדשה, לפיה שונה גובה דמי השכירות".

13. בסיכום ההחלטה בשאלה הראשונה קבע בית המשפט כי הניכויים שנעשו תקפים לחודשיים בלבד, הם החודשים ינואר ופברואר 1997, ומעבר לכך על המערער להשיב לעיריה את כל יתרת כספי הניכויים:

"סוף דבר, אני מקבל את תביעת התובעות וקובע, כי ההסדר שהושג בין הצדדים היה תקף אך לחודשים ינואר-פברואר 1997. לפיכך, על הנתבעת להשיב לתובעות את הכספים שקיזזה מדמי השכירות המגיעים לתובעות החל בחודש מרץ 1997 עד חודש אוקטובר 2001".

עם זאת ניכר מההחלטה שדעת בית המשפט לא היתה נוחה מן התוצאה אליה הגיע. בית המשפט מתח ביקורת קשה על התנהלות העיריה בפרשה וקבע כי הוא "אנוס" להגיע לתוצאה האמורה עקב הוראת סעיף 203 לפקודת העיריות, וכי אלמלא סעיף זה היה עקרון תום הלב מכריע את הכף לטובת המערער. וכך אמר:

"הגעתי לתוצאה זו אנוס על פי דיבור סעיף 203 לפקודת העריות וההלכות שפירשוהו. אלמלא חומת ההגנה שהקים סעיף זה מסביב לעיריה, קרוב לוודאי, כי תוצאת ההליך היתה הפוכה... אין ספק כי טיפול העיריה בפרשה זו היה רשלני וכושל. אמת, לעיריה יש זכויות, אך שנים רבות ישנה היא על זכויותיה... חרף העובדה, כי עוד בחודש מרץ 1997 הייתה אמורה הנתבעת להפסיק ליהנות מההנחה בדמי השכירות, המשיכה העיריה, ללא כל התנגדות מצדה, לקבל מהנתבעת תשלומים חודשיים, שמהם ניכתה הנתבעת בגלוי, במפורש ובעקביות את ההנחה הנטענת, במשך ארבע שנים נוספות. גם הגזבר החדש, שהחליף את מר בן חיים בשנת 1999, המשיך לקבל מהנתבעת את דמי השכירות המופחתים במשך כשנתיים נוספות, בניגוד להחלטת מועצת העיריה.... רק עתה, למעלה מארבע השנים אחרי תום ההסדר, נזכרת העיריה להטיח באוזני הנתבעת טענה שתמציתה - על יסוד מה אתם מנכים הנחה זו... על כן, אילו היתה נפקות בענין זה לתום הלב של הצדדים, לא הייתי מוצא כי המאזניים נוטים לטובת העיריה. העיריה הגישה את תביעתה באיחור רב, חרף תמרורי האזהרה הרבים שהיו גלויים לפניו לאורך השנים, בדמות השיקים והחשבונות שהמציאה לה הנתבעת מדי חודש בחודשו, והקבלות ששלחה העיריה בגינם לנתבעת. התנהגות העיריה בענין זה לוקה, למצער, באי תקינות ובאי אכפתיות. הגשת תביעה זו בנסיבות אלה נראית כנסיון לא הוגן של העיריה לכסות על מחדליה... אולם, כאמור, גזירת הכתוב שבסעיף 203, כפי שנתפרשה בהלכה הפסוקה, היא המכריעה. על כן, יוצא האזרח בהתדיינות זו וידיו על ראשו".

14. בהמשך ההליך הכריע בית המשפט המחוזי גם בשאלה השנייה וקבע כי היקף הניכויים עומד על שיעור נומינלי בסך 2,850,821 ש"ח נכון ליום 12.6.2001. בית המשפט קבע כי באותם עניינים שיש בהם לבית המשפט שיקול דעת יש ליתן משקל לביקורת שמתח על התנהלות העיריה, וזאת מתוך מגמה להקטין את הנזק שנגרם למערערת. לפיכך הורה למערערת לשלם לעיריה את הסכום בשיעור הנומינלי בצירוף הפרשי הצמדה מיום הניכוי עד לפרעון בפועל, אך ללא תוספת ריבית. כן חייב את המערערת בהוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בסך 25,000 ש"ח.

15. על שתי ההחלטות בשתי שאלות אלה, החלטות המהוות יחדיו את פסק הדין, הגישה המערערת ערעור. העיריה מצידה הגישה ערעור שכנגד בעניין אי-פסיקת הריבית.

16. המערערת טענה, ראשית, נגד קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי לפיה הסיכום בפגישה הוגבל בזמן. לטענתה הסיכום בפגישה היה, אמנם, לתקופת ביניים - אך עד שיוסכם הסכם חדש, שלא הושג, ולכן למעשה לא הוגבל בזמן. בהקשר זה קבלה המערערת גם על הסכמה הדיונית אליה הגיעו הצדדים בהמלצת בית המשפט ולפיה אין לחקור את המצהירים על תצהיריהם. המערערת סבורה כי משלא נחקרו המצהירים ישנה הצדקה להתערבות בקביעה העובדתית לפיה הסיכום היה מוגבל בזמן. לשיטת המערערת אין נפקות גם להגבלה המאוחרת שנקבעה בהחלטת המועצה, כיוון שהמערערת כלל לא ידעה על החלטה זו. המערערת סבורה כי הסיכום בפגישה תקף אפוא ללא מגבלת זמן כל עוד העיריה לא הודיעה למערערת על ביטולו.

המערערת טענה גם נגד קביעתו המשפטית של בית המשפט המחוזי, ובראש ובראשונה בעניין תחולת סעיף 203 לפקודת העיריות בענייננו. לטענתה הסעיף אינו חל כיוון שהניכויים אינם "התחייבות כספית" של העיריה אלא של המערערת: המערערת היא שהתחייבה בהתחייבות כספית לעיריה בגובה דמי השכירות (הכוללים בחובם מרכיב של הנחה), בעוד שהעיריה מצידה התחייבה להמשיך ולהעמיד את החניון לטיפעולה של המערערת. לחילופין טוענת המערערת כי גם אם מדובר ב"התחייבות כספית" הרי שזו התחייבות כספית של חברת מוריה ולא של העיריה. בעניין זה מסתמכת המערערת בעיקר על נוסחו של ההסכם המקורי ועל התכתבויותיה השונות מול חברת מוריה.

טענה נוספת וחלופית מצד המערערת היא זו: אף אם מדובר ב"התחייבות כספית" של העיריה וסעיף 203 חל בענייננו, הרי שהוראת הסעיף נסוגה מפני עקרון תום הלב, שחל, לטענתה, באופן מוגבר על העיריה כנאמן הציבור. לטענת המערערת העיריה פעלה בחוסר תום לב בהגשת התביעה, כיוון שבמשך ארבע שנים וחצי עובר להגשת התביעה נהגה על פי הסיכום וסיפקה למערערת קבלות ואישורים בהתאם למכתבי הניכוי ללא כל מחאה. כן טענה המערערת כי היא רשאית היתה להניח כי הבהרותיה במכתב לעו"ד מלכא התקבלו בהסכמת העיריה, משלא קיבלה כל התנגדות לכך עד למועד הגשת התביעה לבית המשפט המחוזי. לטענתה הגשת התביעה היא שימוש לרעה בזכות המוקנית לעיריה מכוח סעיף 203 וכי המקרה שלפנינו הוא המקרה המתאים לקבוע גבולות לשימוש בזכות זו.

כן טענה המערערת כי אין להורות על השבת הסכומים שקוזזו, כיוון שההשבה תהיה "בלתי צודקת". לעניין זה מסתמכת המערערת על דיני החוזים, תוך הפניה להוראת סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, על דיני עשיית עושר ולא במשפט, תוך הפניה להוראת החוק בדבר פטור מהשבה, ועל המשפט המינהלי תוך הפניה לדוקטרינת ההבטחה המינהלית. המערערת סבורה כי הדין אינו מחייב את המסקנה – אותה ראה בית המשפט המחוזי כמתחייבת – לפיה סעיף 203 מבטל את הניכויים. בהקשר זה הזכירה המערערת את טענתה לפיה לא ידעה שהעיריה פעלה בניגוד להוראת סעיף 203 ואת טענתה כי היא היתה רשאית להניח, על בסיס חזקת תקינות המינהל, כי העיריה פעלה בהתאם להוראת סעיף 203 והשיגה את חתימת ראש העיריה וחתימת הגזבר.

לפיכך מבקשת המערערת לקבל את הערעור, לקבוע כי הניכויים בוצעו כדין, ולהורות על השבת הכספים ששילמה לעיריה בהתאם לפסק הדין המחוזי.

17. העיריה סמכה ידיה על קביעותיו ומסקנותיו של בית המשפט המחוזי. לטענתה, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, כל הניכויים שנעשו החל מחודש מרץ 1997 הם חסרי תוקף כיוון שלא אושרו בהתאם לפרוצדורה הקבועה בסעיף 203 לפקודת העיריות והם נעשו תוך חריגה מסמכות של גזבר העיריה, אשר פעל בניגוד להחלטה מפורשת של מועצת העיריה. לטענת העיריה סעיף 203 מחייב את ביטול הניכויים שהועברו תוך חריגה מסמכות והשבה מלאה של הכספים שהועברו בגינם למערערת. אם לא תכובד הוראת סעיף 203, וכספי הניכויים יישארו בקופת המערערת, משמעות הדבר אכיפת הסכם בלתי חוקי, העומד בניגוד להוראת סעיף 203 ולתכליות הניצבות בבסיסו.

העיריה דחתה את הטענה הנוספת והחלופית של המערערת בדבר חוסר תום לב מצידה, באופן המכרסם לטענת המערערת בהוראת סעיף 203, וזאת מארבעה טעמים: ראשית, לגישת העיריה כלל אין מקום לכרסם בהוראת סעיף 203. שנית, אף אם היה מקום לכך, אין בכוח מניעות שמקורה בדיני תום הלב כדי להקנות לעיריה סמכות שהדין לא הקנה לה. שלישית, ממילא אין פגם בתום ליבה של העיריה כיוון שזו "לא ידעה כי הגזבר מיישם מדיניות אחרת בשטח". רביעית, המערערת היא-היא חסרת תום הלב בפרשה, כיוון שתביעתה להשאר כספי הניכויים בידה היא נסיון לנצל "את חוסר הבהירות וחוסר התיאום בעיריית ירושלים, כדי להיבנות לכל היותר משתיקת הגזבר או התנהגותו, והכל על חשבון משלם המיסים".

לפיכך מבקשת העיריה לדחות את הערעור ולקבוע כי כל הניכויים נעשו שלא כדין. לחילופין טוענת היא כי יש להשיב את כספי הניכויים החל מחודש דצמבר 1999 (מועד המכתב הראשון של עו"ד מלכא) ועד אוקטובר 2001, עת הפסיקה המערערת להפעיל את החניון.

הערעור שכנגד

18. כאמור, העיריה הגישה ערעור שכנגד בעניין אי-פסיקת ריבית לסכום שנפסק לטובתה בבית המשפט המחוזי. לטענת העיריה "אין להטיל על עיריית ירושלים כגוף ציבורי את עוון גזברה אשר פעל בניגוד מוחלט להנחיות מועצת העיריה". לטענתה לפחות החל ממועד המכתב הראשון של עו"ד מלכא נטלה על עצמה המערערת סיכון מחושב עת בחרה להמשיך בהפעלת החניון. העיריה הוסיפה כי רק במקרים קיצוניים יימנע בית המשפט מפסיקת ריבית, וענייננו איננו כזה.

המערערת התנגדה לערעור שכנגד, בטענה כי ממילא דין תביעת העיריה להידחות ודין הערעור שהגישה להתקבל.

דיון: הגדרת גדר המחלוקת והחווה המינהלי

19. הסיכום מיום 12.2.1997 הוא חוזה בין עיריה לבין חברה פרטית. כאשר העיריה, כגוף של המינהל הציבורי, מתקשרת בחוזה היא נתונה למשטר של "דואליות נורמטיבית". הסיכום בפגישה הוא אפוא חוזה מינהלי אשר כפוף הן לדיני החוזים והן לדיני המשפט המינהלי. החוזה המינהלי הוא בראש ובראשונה חוזה ודיני החוזים תואמים אותו. כן יחולו עליו דיני המינהל הציבורי המשקפים את העובדה שהעיריה, המשמשת נאמן הציבור, היא צד לחוזה (ראו ע"א 6328/97 דגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000)).

מה תוקפו של חוזה מינהלי שאינו מקיים את סעיף 203 לפקודת העיריות? התשובה תינתן בהתאם ליישום הדואליות הנורמטיבית, משילוב המסלול החוזי והמסלול המינהלי. יישום שני המסלולים מביא בענייננו לדעתי לאותה מסקנה והיא קבלת הערעור בחלקו. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה שהיה אנוס על פי הדיבור שבסעיף 203. להשקפתי, אותה אפרט להלן, ניתן משפטית להגיע למסקנה אחרת, וגם ראוי לעשות כן.

20. אפתח במסלול החוזי, אך בפתח הדברים אבהיר את גדר המחלוקת: תביעת העיריה בבית המשפט קמא היתה להשבה של כספי הניכויים שהמערערת שמרה בקופתה, בטענה כי החוזה המינהלי שקבע את הניכויים הוא בטל ומחייב השבה מלאה של הכספים. לפיכך במסגרת הערעור אדון רק בשאלת תוקפו של החוזה המינהלי בעניין דמי השכירות והניכויים כפי שבוצעו החל משנת 1997 ונתבעו על ידי העיריה ובשאלת ההשבה. העיריה טוענת להשבה של כל כספי הניכויים. המערערת טוענת שלפי עקרון ההשבה ההדדית על העיריה "להשיב למערערת את כל שקיבלה ממנה מאז תום אותם חודשיים [ינואר-פברואר 1997 – מ"נ] ממועד כריתת ההסכם החדש" (סעיף 9.4 לסיכומי המערערת, וראו גם סעיף 49 לסיכומי העיריה). גדר המחלוקת אינו כולל אפוא את תוקפו של ההסכם המקורי שהיה בין הצדדים עד שנת 1997. ההכרעה המשפטית בשאלה שהצבתי לעיל תחול אפוא רק ביחס לשאלת תוקפו של החוזה המינהלי ושאלת ההשבה של הכספים שהועברו בין הצדדים על פיו.

הסיכום בפגישה (להלן: החוזה המינהלי) היה כדלקמן: המשך ההתקשרות בתנאי ההסכם המקורי – תשלום דמי שכירות חודשיים בסך 64,000 ש"ח לעיריה – בתמורה להקלה בתשלום דמי השכירות, באופן שהעיריה תשתתף בהפסדי המערערת בהפעלת החניון. ניתן לתאר את החוזה המינהלי בענייננו כך: העיריה השכירה למערערת את החניון, ובתמורה (להלן: התמורה) המערערת שילמה דמי שכירות חודשיים בגובה 64,000 ש"ח פחות הניכויים בגובה הפסדי המערערת מהפעלת החניון. התמורה היתה הסכום שהעבירה המערערת לעיריה בפועל בכל חודש. מדובר אפוא בחוזה שכירות "משופר" ונוח יותר למערערת ביחס לחוזה השכירות המקורי.

דרישת הצורה שבסעיף 203 לפקודת העיריות – דרישה מהותית

21. במישור דיני החוזים, סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) מאפשר לצד לחוזה להתכחש מטעמים פורמליסטיים-צורניים להתחייבות חוזית שנטל על עצמו, אם צורה מסוימת היא תנאי לתוקפו של החוזה על פי חוק (גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 379 (2005) (להלן: שלו דיני חוזים)). סעיף 203 לפקודת העיריות כולל לענייננו דרישת צורה מסוימת - חתימת ראש העיריה על התחייבות של העיריה. נחזור ונצטט את הסעיף:

203. חתימה על מסמכים מסוימים

(א) חוזה, כתב התחייבות, ... שיש 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 יחייבו 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.

דרישת הצורה בסעיף 203 היא תנאי לתוקף התחייבות של העיריה. אי-קיום דרישת הצורה שולל את תוקף ההסכם (ע"א 8561/03 חלקה 21 בגוש 6286 בע"מ נ' עיריית ראשון לציון, פ"ד נט(3) 398, 403 (2004)). דרישת הצורה מבחינה בין התחייבות כספית של העיריה, הדורשת חתימת ראש העיריה והגזבר, לבין התחייבות לא כספית של העיריה, הדורשת חתימת ראש העיריה והמזכיר כאמור בסעיף. בענייננו החוזה המינהלי כולל מרכיב של התחייבות של העיריה: התמורה לשכירות היא פונקציה של דמי השכירות המקוריים פחות ניכויים בגובה הפסדי המערערת. נציגי העיריה התחייבו לשאת בניכויים אלה, אך להתחייבות זו לא הושגה חתימת ראש העיריה. מכאן שהחוזה המינהלי אינו מקיים את דרישת סעיף 203, בין אם נראה בו התחייבות כספית ובין אם נראה בו התחייבות רגילה.

22. תכלית דרישת הצורה שבסעיף 203 היא הבטחת שימוש זהיר ומבוקר בכספי הציבור (עע"מ 10996/02 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 לעקרון שלטון החוק וחוקיות המינהל.

23. לאור תכלית זו נקבע בפסיקה כי סעיף 203 מקים דרישת צורה מהותית-קונסטיטוטיבית ("לא יחייבו") ולא דרישת צורה טכנית-ראייתית (ראו ע"א 487/75 עזרה ובצרון חברה לשיכון בע"מ נ' גליק, פ"ד ל(2) 621, 626 (1976) (להלן: פרשת עזרה ובצרון)). ההלכה בבית משפט זה רואה בסעיף 203 חשיבות גדולה המחייבת פרשנות דוקנית ומחמירה. בלשונו של השופט קיסטר:

"אמנם ניתן לומר כי הוראה זו אינה ליברלית ואולי היא פורמלית מאד, אבל יש לזכור כי מדובר בכספי ציבור ויש להיזהר מאד בהוצאתם" (ע"א 11/71 עיריית רחובות

נ' גולדמן, פ"ד כה(2) 381, 385 (1971) (להלן: פרשת גולדמן)).

השופטת ש' נתניהו היטיבה לבאר את הרציונל העומד בבסיס פרשנות דווקנית זו בהתייחסה לדרישת צורה מהותית אחרת, המחייבת גם את אישורו של שר הפנים להתחייבות כספית מסוימת של העיריה:

"[הדרישות] באו דווקא כדי למנוע הסתבכויות מעין זו שהתהוותה כאן, שעירייה, אף זו המאמינה לתומה כי פועלת היא לטובת תושביה, תיכנס להרפתקה בלתי אחראית, שהתבררה, כביטוי של חברי, כ'חזון תעתועים', כשבסופו של דבר על משלם המסים לשאת בתוצאותיו. חלילה לו לבית המשפט לתת יד לקיומו של חוזה, שנעשה תוך תרגיל של הערמה על הוראותיה אלה של הפקודה" (ע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ, פ"ד מ(3) 29, 69 (1986) (להלן: פרשת עיריית נתניה)).

מלשון הסעיף ("לא יחייבוה") ומתכליתו כפי שפורשה בפסיקה ניתן לקבוע כי כוונת סעיף 203 היא לאסור על כריתת חוזים מינהליים בניגוד לפרוצדורה הקבועה בו. דרישת הצורה המהותית היא מחייבת.

אי קיום דרישת הצורה המהותית – החוזה בלתי חוקי ובטל

24. 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 סטטוטורי" (גבראלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 48 (1999) (להלן: שלו חוזים ומכרזים).

סעיף 203 קובע את התוצאה הראשונית: החוזה שנעשה בניגוד לדרישת הצורה המהותית הקבועה בסעיף 203 "לא יחייב" את העיריה. אך אין זו התוצאה היחידה. על החוזה הבלתי חוקי חל גם הדין הכללי הקבוע בסעיף 30 לחוק החוזים. סעיף זה קובע כי חוזה שכריתתו היא בלתי-חוקית הוא חוזה בטל:

30. חוזה פסול
חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל.

אכן, חוזה בלתי חוקי "אינו רק לא אכיף או פגום. חוזה כזה הוא בטל" (בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995) (להלן: פרשת זגורי)). כך נפסק קונקרטי ביחס לחוזה מינהלי שלא קיים את סעיף 203: "אי-ציות להוראה זו אינו פגם פורמלי בלבד; התוצאה של אי-הציות כנ"ל היא בטלות החתימה הפגומה, והיא תיחשב כאילו לא היתה קיימת, עם כל התוצאות הנובעות מכך" (ע"א 449/73 המועצה המקומית "יסוד המעלה" נ' מילוסלבסקי, פ"ד כח(1) 421, פס' 3 לפסק דינו של השופט אשר (1974) (להלן: פרשת מילוסלבסקי)).

25. בהתאם לפסיקה עקבית זו קבע בית המשפט המחוזי, למרות שהתוצאה היתה, כפי שצוטט, למורת רוחו, כי הסיכום בפגישה (החוזה המינהלי) בטל ואינו מחייב את העיריה. לפיכך הורה למערערת להשיב את מלוא הכספים שנוכו על יסוד הסיכום לקופת העיריה (למעט החודשים ינואר-פברואר 1997). לדעתי הדין אינו מחייב תוצאה גורפת זו. נקודת המוצא של בית המשפט קמא, לפיה סעיף 203 מקים "חומת הגנה" בצורה סביב העיריה, איננה חייבת להיות גם נקודת הסיום. נקודת הסיום היא תוצאה של מכלול הדינים.

26. דעתי היא כי אי-קיום דרישת הצורה המהותית הקבועה בסעיף 203 לפקודת העיריות אינה מחייבת בטלות והשבה מלאה של הכספים שנוכו. למסקנתי הגעתי נוכח יישום הוראות הביטול וההשבה ביחס לחוזה בלתי חוקי הקבועות בחוק החוזים. מסקנתי – שיסודה בדיני החוזים – משתלבת גם בדוקטרינת הבטלות היחסית, המוכרת במשפט המינהלי, ובכך ניתן לראות השלמת יישום הדואליות הנורמטיבית. אכן, החוזה הבלתי חוקי הוא בטל, ואולם לעניין תוצאות הבטלות, עלינו לפנות לדעתי להלכה

שנקבעה בפרשת זגורי שנזכרה לעיל בעניין חוזה בלתי חוקי אחר, וליישם את ההלכה האמורה גם על ענייננו. בחינה כזו מאפשרת "לרכך" את התוצאות הקשות של סעיף 203, תוצאות שבית המשפט המחוזי ראה עצמו אנוס להגיע אליהן.

27. בפרשת זגורי הוחלה המסגרת הנורמטיבית הקבועה בסעיפים 30-31 לחוק החוזים על החוזה המינהלי הפסול, אשר היה מנוגד להוראת סעיף 29(ב) לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, שקבעה בטלות הסכם בדבר שינוי בשכר ובתנאי שירות שנעשה ללא אישור שר האוצר. הנשיא ברק קבע כי הסכם בטל לפי חוק יסודות התקציב נופל לגדר הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים בדבר חוזה פסול:

"ההסדר הנורמטיבי בדבר החוזה הפסול, הקבוע בסעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) חל על כל אחד ואחד מהחוזים שחוקים בישראל עושים אותם לפסולים. ובלבד שאין בחוק הספציפי הסדר מיוחד השולל את תחולתו של הדין הכללי. בהעדר הסדר שולל, יחול ההסדר הנורמטיבי הכללי" (פרשת זגורי, 789 ; ראו גם שלו דיני חוזים 504).

בעקבות פרשת זגורי נוסף סעיף 29ב לחוק יסודות התקציב, ששלל את תחולת סעיף 31 לחוק החוזים על הסכם המנוגד לחוק יסודות התקציב (ראו שלו דיני חוזים, 504 ; גרוסקופף, 597). ואולם, בענייננו אין הוראה שוללת כזו בפקודת העיריות ולפיכך המסלול המשפטי שנקבע בפרשת זגורי מתאים לענייננו.

28. חוזה מינהלי שבטלותו נקבעה לפי סעיף 203 לפקודת העיריות, נופל לגדר הוראות הסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי). דומה שהפסיקה הקיימת לגבי סעיף 203 לא "הצטלבה" עד כה עם הלכת פרשת זגורי, ונותרה נאמנה לגישה שקדמה לחוק החוזים לפיה קביעת הבטלות היא נקודת הסיום של המסלול המשפטי (ראו והשוו "הצטלבות" ביחס לסעיף 193 לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א-1951 ב-ע"א (מחוזי-חי') 4083/07 מגן דוד אדום בישראל נ' מועצה מקומית כפר קרע (טרם פורסם, 25.3.2008) שם הורה בית המשפט על קיום החוזה הבטל בהסתמך, בין היתר, על פרשת זגורי. בקשת רשות ערעור על פסק הדין נדחתה בדין יחיד: רע"א 3910/08 מועצה מקומית כפר קרע נ' מגן דוד אדום בישראל (טרם פורסם, 25.8.2008). אין אני מחווה דעה על תוצאות ההליך). לאחר חקיקת חוק החוזים נפתח עידן חדש בסוגיית החוזה הפסול עקב אי-חוקיות (ראו גרוסקופף 591-592). המקרה שלפנינו מדגיש את הצורך להתאים את הפסיקה הקיימת בכל הנוגע לסעיף 203 לפסיקה שבעקבות חוק החוזים. אכן, חוק החוזים הביא לשינוי בגישה. כיום הגישה היא גמישה יותר

והשופטים אינם נרתעים מדיון והכרעה בתוצאות של חוזים בלתי חוקיים, לרבות בדרך של מתן סעד לבעל דין שהיה מעורב באי-חוקיות. ניצנים לגישה החדשה ניתן למצוא עוד בפסק דינו של השופט ד' לוין בפרשת נתניה הנזכרת לעיל:

"בא-כוח העירייה וכן הפרקליטה המלומדת, שהתייצבה לדיון מטעם היועץ המשפטי לממשלה, ביקשו לקבוע, כי אי החוקיות, שדבקה בעיסקה ובחוזה, שוללת סעד מחברת הפיתוח ומהקשורים בה. האסמכתאות לגישה זו, כפי שהובאו לפנינו במהלך הדיון, רובן ככולן בהלכות שנפסקו קודם לכניסתו לתוקף של חוק החוזים (חלק כללי) משנת 1973. כידוע, המדיניות השיפוטית דאז הייתה נוקשה, ולא אחת שללה סעד מבעל דין, שהיה מעורב בהתקשרות הנגועה באי חוקיות, למרות שברור היה, כי כתוצאה מכך יקופח ויסבול הפסד חומרי של ממש. מדיניות זו השתנתה וחל בה מפנה משמעותי מעת שאנו מודרכים על-פי חוק החוזים (חלק כללי) הנ"ל ובמיוחד הסעיפים 30 ו-31 שבו. ההלכה דהיום מבחינה בין אי-חוקיות זו לאחרת ותוצאותיהן המשפטיות יכול שתהיינה שונות. לא הרי עתירה לאכופ חוזה, הנגוע באי-חוקיות, כעתירה להשבת כספים, שנתקבלו על-פי חוזה נגוע כזה; לא הרי אי-חוקיות בעיסקה, שכוונתה לקדם מטרה לא חוקית ועיסקה פסולה, כהרי אי-חוקיות בהליכי התקשרות. ההבחנות הן דקות ואינן נוקשות כבעבר" (שם, עמ' 51-52).

המשכה של גישה זו בפרשת זגורי, שם קבע הנשיא ברק:

"ישאל השואל: מה תפקיד ממלא סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) לעניין החוזה הלא חוקי?... אך לעניין חוזה הנוגד את החוק - כך נמשכת השאלה - הרי אי חוקיות החוזה נגזרת מפרשנותו של החוק הספציפי. מפרשנותו של חוזה זה נלמדת גם המסקנה - המשמשת בסיס לקביעת אי החוקיות - כי החוזה עצמו פגום או בטל. סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) קובע אף הוא שהחוזה בטל. מה רבותה יש, איפוא, בהוראת סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) לעניין החוזה הלא חוקי? התשובה היא כפולה:

ראשית, לעתים קרובות ניתן להסיק מפרשנות דבר החקיקה כי החוזה שנכרת בניגוד להוראותיו הוא "פגום". המשך תוקפו של החוזה יעמוד בסתירה לתכלית אותה נועד החוק להגשים. עם זאת, אין לדעת מתוך החוק עצמו מה היקפו של פגם זה ועד כמה הוא פוגע בחוזה. האם החוזה בטל או רק לא ניתן לאכיפה? הנדרשת פעולת ביטול, וכיוצא בהן שאלות הקשורות למהותו של הפגם. על מכלול שאלות אלה משיב סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) בקביעות שהחוזה בטל.

בכך ניתנת תשובתה של שיטת המשפט הישראלית למהות החוזה הלא חוקי. חוזה כזה אינו רק לא אכיף או פגום. חוזה כזה הוא בטל.

שנית, לרוב אין להסיק מדבר החקיקה הספציפי מהן התוצאות האזרחיות הנוספות הנובעות מפגם בחוזה או מבטלותו. היש מקום להפריד בין החלק הבטל לחלק התקף? האם תתכן השבה? היש מקום לאכיפה? תשובה לשאלות אלה ואחרות לא תמצא לרוב בדבר החקיקה הספציפי. 'המקום הגיאומטרי' למתן תשובה לשאלות אלה הוא בסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי).

נמצא כי תשובתו של סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) היא כפולה: ראשית, בעמדה הברורה הנקוטה בידו לפיו החוזה הוא בטל; שנית, בעמדה הברורה אותה הוא נוקט - תוצאת הקשר בינו לבין סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי) - באשר לתוצאות האזרחיות הנוספות, הנגזרות מדין הבטלות, ובעיקר באשר לתוצאות ההשבה והאכיפה" (פרשת זגורי, עמ' 769-768).

סעיפים 30-31 לחוק החוזים הם אפוא המקום למציאת הפתרון לבעיות הכלליות הנגזרות מבטלות החוזה. לצידם עומדים דברי חקיקה נוספים המעגנים בתוכם הוראות כלליות הנוגעות לנושא, ובכלל זה חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר; וראו פרשת זגורי, 773-774). בסעיף 203 לפקודת העיריות אין, כאמור, דבר השולל או מיתר את הוראת סעיפים 30-31 לחוק החוזים ואשר מצדיק את הוצאתו מהמסגרת הכללית של דיני החוזה הפסול. בדרך זו נלך בהפעלת דיני החוזים.

דיני החוזים: הפעלת סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים

29. במישור דיני החוזים, התשובה לדין החוזה הבטל נגזרת משילוב סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים. סעיף 30 קובע את הבטלות. סעיף 31 משלים וקובע:

31. 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 21, אליו מתבצעת הפניה בשינויים המחוייבים, קובע את חובת ההשבה

ההדדית:

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.

סעיף 31 מתמודד אפוא עם המציאות לפיה חרף בטלות החוזה הבלתי חוקי "נוצרו עובדות ושולמו כספים, שקיימת חובה להשיבם וקיימת זכות לקבלם חזרה" והמציאות המשפטית שנוצרה מצריכה בירור בשאלת השבתם של הסכומים ששולמו (דברי השופטת ש' נתניהו, בפרשת עירית נתניה, עמ' 70).

השבה לאחר ביטול (סעיף 21) והחריג לעקרון ההשבה (סעיף 31): המסלול המתאים

30. סעיף 31 רישא דן בתוצאות של חוזה בלתי חוקי ומחיל, ככלל, את עקרון ההשבה שלאחר ביטול (סעיף 21 לחוק החוזים) על החוזה הפסול.

סעיף 21 לחוק החוזים קובע כאמור את חובת ההשבה ההדדית. "נקודת המוצא הראשונית הטמונה בסעיף 21 לחוק החוזים היא כי אם נתקבלה טובת הנאה על יסוד חוזה שבוטל מחמת פגם בכריתתו, נשמט הבסיס מכוחו נתקבלה טובת הנאה ולפיכך יש להחזירה... הזכות היסודית להשבה, כשלעצמה, אינה תלויה בשאלת האשם" (ע"א 5393/03 פרג' נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337, 357 (2005) (להלן: פרשת פרג')).

יחד עם זאת, סעיף 31 סיפא מקנה לבית המשפט סמכות לסטות מעקרון ההשבה ההדדית, לפי שיקול דעתו ומטעמי צדק, אם בדרך שלילת סעד ההשבה ואם בדרך קיום החוזה כאשר צד אחד ביצע חיובו לפי החוזה. סטייה מכלל ההשבה תתאפשר על מנת להשיג "תוצאה צודקת" (פרשת פרג', 361) או "צדק יחסי" (מרים בן פורת "החוזה הפסול" ספר זוסמן 171, 185 (1984)) בין הצדדים לחוזה הפסול.

31. סעיף 30 וסעיף 31 לחוק החוזים הם הוראות ה"קשורות זו בזו ומלמדות זו על זו... בין שתי ההוראות יש, אפוא, אפקט של כלים שלובים. ההוראה האחת (סעיף 30) קובעת את העיקרון; ההוראה השנייה (סעיף 31) קובעת את התוצאה" (פרשת זגורי, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק). שילוב סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים קובע את התוצאות האזרחיות הנגזרות מדין הבטלות שיסודו במשפט המינהלי המיוחד הקבוע

בפקודת העיריות. חרף היותן הוראות קצרות הן מעניקות לבית המשפט שיקול דעת רחב בקביעת תוצאותיו של החוזה הבלתי חוקי (איל זמיר "החוזה הבלתי חוקי ותוצאותיו – אחרי שלושים שנה" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 423, 424 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008) (להלן: זמיר)). בפני בית המשפט ניצבות שלוש תוצאות אזרחיות אפשריות: השבה, קיום החוזה ופטור מהשבה. כפי שבאר הנשיא שמגר:

"החוזה הפסול מציב בפני בית המשפט שלוש אפשרויות, המקיימות ביניהן יחס של דירוג אנכי ודירוג אופקי. האפשרות הראשונה, המיידית, מגולמת בסעד ההשבה. האפשרויות האחרות הינן קיום החיובים מזה ופטור מחובת ההשבה מזה. בין האפשרות הראשונה לבין האחרות קיים יחס של דירוג אנכי. באין שיקולים לכאן או לכאן מושל בכיפה סעד ההשבה. בין שתי האפשרויות האחרות קיים יחס של דירוג אופקי, והבחירה ביניהן היא פועל יוצא של הפעלת שיקולי הצדק.

בקובעו את ההסדר הנ"ל ביקש המחוקק ליצור איזון ראשוני בין שתי מגמות נוגדות: מחד, הרצון לעשות צדק יחסי בין הצדדים במקרה הקונקרטי... ומאידך גיסא, המגמה למנוע כריתתם של חוזים בלתי חוקיים... האיזון שנקט בו המחוקק הוא ראשוני בלבד, והוא בא לידי ביטוי בקביעת סעד ההשבה בראש האפשרויות. את האיזון המלא והסופי הותיר המחוקק לבית המשפט. בית המשפט שוקל, בנסיבות המקרה שלפניו, אם יש מקום לפסוח על אופן האיזון הראשוני בו נקב המחוקק. בית המשפט מונחה אף הוא על ידי שתי המגמות שצויינו לעיל... ייתכן גם מצב בו מניעתו של סעד ההשבה תשרת את שתי המגמות הנ"ל גם יחד, כגון כאשר אשמו של המעביר גדול לאין ערוך מזה של הנעבר" (ע"א 701/87 ביהם נ' בן יוסף, פ"ד מד(1) 1, 15-16 (1989) (להלן: פרשת ביהם)).

מדברים אלה למדים אנו כי התוצאה האזרחית הרגילה היא השבה, אולם הבחירה בסעד הסופי שיינתן נתונה לשיקול דעת בית המשפט. אכן, "הכלל הוא בטלות החוזה והשבה של דברים שנתקבלו על פיו. החרגה הוא שלילת ההשבה וצו לקיום חיוב" (פרשת זגורי, פס' 30 לפסק דינו של הנשיא ברק). מכאן ניתן לומר כי במסלול החוזי, סעיף 203 אינו מחייב בטלות מוחלטת והשבה מוחלטת, כתוצאה שאין בלתי, אלא קיים שיקול דעת לשופט, במסגרת מתחם התוצאות האזרחיות משילוב סעיפים 30 ו-31 לדיני החוזים. אכן, מושג הבטלות של החוזה הבלתי חוקי בדיני החוזים הוא מושג יחסי ולא מושג מוחלט (שלו דיני חוזים 534-535, 538). "בטלות החוזה הפסול מהווה אפוא רק את ראשית תהליך הדיון בתוצאות החוזה הפסול – היא

מכשירה את הקרקע להסדר שיקבע בית המשפט" (גרונסקופף 576, וראו גם בעמ' 491-492). עמד על כך פרופ' פרידמן בהדגישו את תפקידו המרכזי של בית המשפט בקביעת התוצאות המשפטיות של החוזה הפסול:

"החוזה הפסול, כך נאמר בס' 30 לחוק החוזים, הוא בטל. אולם כבר עמדנו על כך כי אין זה, בכל מקרה, בטלות גמורה, כאילו לא נקשר החוזה כלל. הכוח שניתן לבית המשפט לצוות על קיום החיוב מלמד שעשויות להיות לחוזה תוצאות משפטיות בתחום דיני החיובים, כאילו היתה זו התחייבות שניתנה במסגרת חוזה תקף... בכל הנוגע לקביעת התוצאות המשפטיות של החוזה הפסול ממלא בית המשפט תפקיד מרכזי, ושיקול הדעת הרחב שהוענק לו מהווה את הציר עליו נסב הדין הישראלי, כפי שנקבע בס' 31 לחוק החוזים" (דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) (חלק שני) עיוני משפט ו 172, 191 (1978) (להלן: פרידמן תוצאות אי חוקיות חלק שני)).

לסיכום: המסלול החוזי המתאים לענייננו הוא יישום סעיפים 21, 30 ו-31 לחוק החוזים בדרך של קביעת חובת השבה, בכפוף לעקרונות הצדק בהשבה (ראו והשוו: מיכל אגמון-גונן ההשבה בהקשרים חוזיים 171 (2001) (להלן: אגמון-גונן)).

ביטול חלקי לפי עקרון ההפרדה (סעיף 19): מסלול שאינו מתאים

32. סעיף 31 רישא מחיל על החוזה הפסול גם את הוראת סעיף 19 לחוק החוזים בשינויים המחוייבים. לדעתי המקרה שלפנינו אינו מתאים לתחולת סעיף 19.

סעיף 19 מכיר באפשרות להפריד את מרכיב אי החוקיות שבחוזה ולבטל רק אותו. כידוע, "אם ניתן להפריד בין החלק הבטל לבין שאר חלקי החוזה, כי אז לא תגרור בטלות החלק הלא חוקי את בטלות החוזה כולו" והחלק החוקי ימשיך לעמוד בעינו (פרשת זגורי, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק). שיטה זו, המכונה "עקרון ההפרדה" (או עקרון החלוקה), חלה גם על חוזה פסול ומאפשרת לבית המשפט לבצע "בידוד חלקים פסולים מתוכו וקביעת בטלותם, תוך השארת עיקרי החוזה על כנו" (שלו דיני חוזים, 536).

לפי עקרון ההפרדה, ניתן היה להפריד את החוזה המינהלי בענייננו לשני מרכיבים: מרכיב אחד הוא חיוב העיריה בהשכרת החניון; מרכיב שני הוא חיוב המערערת בתמורה. את מרכיב התמורה ניתן לחלק לשני תתי-מרכיבים: מרכיב דמי

השכירות המקוריים ומרכיב הפחתת הניכויים. לפי חלוקה זו, רק תת-מרכיב של הפחתת הניכויים הוא בלתי חוקי, בהיותו למעשה התחייבות של העיריה שלא עמדה בתנאי סעיף 203 (אף שהוא תת-מרכיב בתמורה שחבה בה המערערת). אכן, סעיף 203 אינו אוסר על תקבולים של העיריה, והוא לא שולל שהחובה המינהלי יחייב את המתקשר עם העיריה (אך לא את העיריה עצמה). לפיכך, עקרון הפרדה מאפשר לכאורה קביעה לפיה מרכיב הניכויים כחלק מהתמורה הוא בלתי חוקי ולא מחייב את העיריה, בעוד שמרכיב דמי השכירות כחלק מהתמורה הוא חוקי ומחייב את המערערת. זהו למעשה האופן בו ביקשה העיריה מבית המשפט המחוזי בתביעתה לפעול.

33. לדעתי עקרון ההפרדה אינו מתאים לענייננו. בביצוע ההפרדה בין החלקים "יש לבדוק אם החובה הנוטר, בלא החלק הפסול, הוא עדיין בעל משמעות ותוכן. בהעדר טעם והגיון בחובה המפוצל, יתבטל החובה כולו" (שלו דיני חוזים, 537). בענייננו, החובה הנוטר בלא החלק הפסול (מרכיב הניכויים) הוא ההסכם המקורי: חיוב העיריה בהשכרת החניון בתמורה לחיוב המערערת בדמי השכירות המקוריים, ללא מרכיב הפחתת הניכויים. החובה המינהלי שנותר הוא חסר טעם והגיון. מן העובדות שתוארו עולה כי המערערת לא הייתה ממשיכה את ההתקשרות עם העיריה בחובה אלמלא מרכיב הפחתת הניכויים. לפיכך אין הצדקה לביצוע הפרדה ולביטול חלקי אלא החובה בטל כולו (ראו שלו דיני חוזים, 538 וסעיף 182 להצעת חוק דיני ממונות). יתירה מזאת: שני תתי-מרכיב התמורה הם חיובים שלובים (ראו שלו דיני חוזים, 455-456). "אם חלקי החובה קשורים ושזורים זה בזה וארוגים זה בתוך זה, עד כי הפרדה תביא לפגיעה במבנה החוזי כולו, החלוקה בלתי אפשרית. חלוקה במצב דברים זה כמוה כעריכת חוזה חדש לצדדים וזאת בית המשפט לא יעשה" (פרשת זגורי, שם; השווה דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)" עיוני משפט ה' 618, 640-641 (1976) (להלן: פרידמן תוצאות אי חוקיות חלק ראשון)).

לפיכך, יש לדעתי לקבוע כי החובה המינהלי הוא בלתי חוקי על כל מרכיביו.

המסלול המינהלי

34. מסקנתי, לפיה סעיף 203 אינו מחייב בטלות מוחלטת, מעוגנת גם במסלול המינהלי. כשם שהמסלול החוזי משקף בטלות יחסית של החובה המינהלי דרך הפעלת סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים, כך גם המסלול המינהלי משקף בטלות יחסית של החובה המינהלי דרך הפעלת דוקטרינת הבטלות היחסית, ולכך אתיחס 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.

35. "הצדק הוא מנשמת אפו של המשפט בישראל. הוא האידיאל המופשט אליו חותרת מערכת המשפט" ו"בחקיקה פזורות למכביר הוראות בהם הפך הצדק מעקרון-על החולש על השיטה, לנורמה משפטית ספציפית" (לסקירה ראו פסק דינו של השופט א' גולדברג, בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 732 (1996)). על כן, משהעיד שופט הערכאה הראשונה על עצמו כי הפתרון שמצא אינו נראה בעיניו, חיפש אחר הדרך להביא לתוצאה צודקת יותר, המביאה בחשבון את האינטרסים של כל הצדדים בגדרי הדין.

אכן, שילוב סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים מאפשר להביא לצדק. כפי שהבהיר השופט חשין ביחס למשפט האזרחי:

"הרכבת את הוראת סעיף 31 על הוראת סעיף 30, ונמצאת מחזיק בידך כלי רב-עורך 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 חשובה - לעשות צדק בין צדדים לחוזה פסול: שלא יצא חוטא אחד מלפני בית-המשפט וזר קוצים על ראשו, ואילו חוטא אחר, חוטא כמותו, יצא וזר דפנה על ראשו" (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 109-110 (2001) (להלן: פרשת טבעול)).

גם מטרת דוקטרינת הבטלות היחסית היא להביא לצדק, כפי שהבהיר 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" (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) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון)).

36. יש הסוברים שבכל הקשור לחוזה מינהלי מן הראוי לילך בראש ובראשונה במסלול המינהלי: "החוזה המינהלי כפוף, בראש ובראשונה, למערכת של דיני החוזים הכלליים... [אך] דיני החוזים המינהליים הינם חלק מדיני המינהל הציבורי, ולא חלק מדיני החוזים" (יצחק זמיר "ביקורת ספרים גבריאלה שלו: חוזי רשות בישראל" משפטים טז 543, 547 (1986); ראו גם דפנה ברק האחריות החוזית של רשויות המינהל 111-112 (1990) (להלן: דפנה ברק האחריות החוזית); יואב דותן "הבטחה מינהלית לציבור" משפטים ה' 465, 475-476, ה"ש 33 (1999)). בענייננו שתי הדרכים – החוזית והמינהלית – משתלבות ועולות בקנה אחד זו עם זו, כך שאין צורך לבחור בין שתי הדרכים או לקבוע ביניהן סולם עדיפויות. אעבור עתה למסלול המינהלי.

הפרת דרישת צורה מהותית – עניין היורד לשורש הסמכות המינהלית

37. במישור המשפט המינהלי, העיגון למסקנתי הוא בדוקטרינת הבטלות היחסית. לפי דוקטרינה זו ראוי להכיר, במקרים המתאימים ולו באופן חלקי, בתוקפה של פעולה שנעשתה בחריגה מסמכות כלפי מי שהסתמך עליה ולהימנע מבטלות מוחלטת של הפעולה או ההחלטה (מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 346 (2008)).

דרישת הצורה המהותית הקבועה בסעיף 203 מקורה במשפט המינהלי המיוחד בפקודת העיריות שחל על העיריה כרשות ציבורית. זוהי הוראה סטטוטורית מתחומי המשפט המינהלי שיש בה כדי להרחיב את עילות בטלות החוזה הקבועות בדיני החוזים הרגילים (ראו והשוו רע"א 2920/90 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 397, 412 (1991) (הנשיא שמגר)). לצד התוצאה האזרחית הקבועה בדיני החוזים, עליה עמדתי לעיל, הרי שבמישור המשפט המינהלי הפרת הוראת סעיף 203 עשויה להתפרש כחריגה מסמכות, שאף היא מביאה עקרונית לתוצאה של בטלות הפעולה:

"סטייה מהוראות החוק, שעניינן קביעת הגורמים המוסמכים לעשות חוזים בשם הרשות וההליכים המקדימים שיש לנקוט בהם לשם כך, היא חריגה מסמכות שמביאה לתוצאה של בטלות. בעניין זה היתה פסיקתו של בית המשפט העליון חד משמעית – הן

בהתייחסה לחוזים שנעשו בשם המדינה ובן בהתייחסה לחוזים שנעשו בשם רשויות מינהל אחרות" (דפנה ברק האחריות החוזית 108).

טעם הבטלות לפי עקרונות המשפט המינהלי הוא בתפיסה לפיה העדרו של אישור נחוץ הקבוע בחקיקה יורד לשורש סמכותה של הרשות המינהלית, שהתיימרה לפעול בלא האישור (דפנה ברק האחריות החוזית 110). גם במישור המשפט המינהלי מדובר אפוא בחוזה בלתי חוקי, שהרי "אם קושר התאגיד הציבורי חוזה החורג מההסמכה או מההרשאה החקיקתית, הוא פועל בניגוד לחוק" (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 1012 (1992) (להלן: פרידמן וכהן); ראו גם שלו דיני חוזים, 505).

חריגה מסמכות ובטלות יחסית

38. סעיף 30 לחוק החוזים הוא נקודת החיבור בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי (פרשת זגורי, פס' 24-27 לפסק דינו של הנשיא ברק). אכן לדעתי התוצאה האזרחית של בטלות יחסית, עליה עמדתי לעיל, עולה בקנה אחד עם התוצאה המינהלית, שאף היא נוקטת במונחים של בטלות יחסית.

התוצאה המינהלית העקרונית היא כאמור בטלות. החזקה היא בטלות, אך החריג הוא הכרה בתוקפו של החוזה. כאן באה דוקטרינת הבטלות היחסית ששלטונה הוא "ללא מצרים – גם לגבי פגמים בהליך, גם לגבי פגמים בשיקול הדעת ואף לגבי חריגה מסמכות" (דפנה ברק-ארוז "הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה (בעריכת יואב דותן ואריאל בנדור) 283, 306 (2005) (להלן: דפנה ברק הבטלות היחסית)). הבטלות היחסית מגמישה את תוצאת הבטלות מתוך מטרה להביא לצדק יחסי בין הצדדים, כפי שהבהיר השופט אור בפרשת התנועה לאיכות השלטון שנזכרה לעיל. המקרה שלפנינו מצדיק החלת דוקטרינת הבטלות היחסית, בכדי לעשות צדק יחסי ובכדי להתאים את הסעד לנסיבות המקרה:

"משמעות הדבר היא כי לא כל הפרה של כלל, אפילו היא חמורה, תביא לתוצאה של בטלות ולבית המשפט אף שיקול דעת להכיר בתוקפה של הפעולה חרף הפגם שנפל בה. תורה זו מבקשת לשקלל את הגורמים הנוגעים לעניין כדי להגיע לתוצאה שיש בה איזון של גורמים אלה.... ההכרעה הסופית בשאלת תוצאות הפגם באקט המינהלי תיעשה באספקלריה של הבעיה העומדת לדיון" (טמיר אכיפה סלקטיבית, 346).

39. המשפט האזרחי והמשפט המינהלי מגיעים לאחדות במגמה להביא לצדק יחסי בין הצדדים. כפי שהבהירה פרופ' ברק-ארז, התפתחות התורה של הבטלות היחסית במשפט המינהלי לוותה במודעות לכך שלתורה זו יש אחיזה במשפט האזרחי ובייחוד בדיני החוזים שבהם תוצאת הבטלות של חוזה פסול ניתנת לריכוך על פי סעיף 31 לחוק החוזים (דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה' 95, 109 (2000)) ובאופן זה "ההכרה במושג הבטלות היחסית חוצה כיום תחומי משפט" (דפנה ברק הבטלות היחסית, 284, וראו שם ובצמ' 312-313 סקירה של מופעים נוספים של הבטלות היחסית במשפט האזרחי). במקרה של תביעת השבה שהגישה רשות מינהלית, האנלוגיה בין דיני החוזים לבין המשפט המינהלי היא במקומה: הגמשת תוצאת הבטלות בדיני החוזים נעשית משיקולים של עשיית צדק במקרה הפרטי, תוך חיזוק הזכות האישית וצמצום ההגנה על האינטרס הציבורי בדבר חוקיות המינהל. הגמשת תוצאת הבטלות במשפט המינהלי אף היא נעשית משיקולים של צדק, אך הפעם מתוך זווית ראייה רחבה המתחשבת בכלל הגורמים המושפעים. זווית ראייה זו בעיקרה באה להגן על האינטרס הציבורי, אך תפיסת האינטרס הציבורי בה היא רחבה וכוללת לצד האינטרס הציבורי בדבר חוקיות המינהל גם את האינטרס הציבורי בדבר הכוונת התנהגות של העיריה. במקרים מסוימים, כבמקרה שלפנינו, תוצאת הבטלות היחסית במשפט המינהלי באה להגן גם על הזכות האישית של המתקשר עם העיריה:

"גם במשפט הציבורי יכולים להיות מקרים שבהם עקרון הבטלות היחסית יופעל לשם הגנה על אינטרסים של גורם פרטי, אך זה אינו המקרה הטיפוסי. הפעלה כזו של העיקרון היא אפשרית במצבים שבהם הרשות נוטלת על עצמה התחייבות (חוזית או אחרת) כלפי צד פרטי, והתחייבות זו היא פגומה, אף בשל חוסר סמכות" (דפנה ברק הבטלות היחסית 315, ה"ש 125; והשוו טמיר אכיפה סלקטיבית, 348-349).

בשינויים מחויבים אלה ואחרים עולות הגישות בקנה אחד.

סיכום ביניים בשאלת אי החוקיות

40. אי החוקיות היא שאלה אחת, עליה עמדתי לעיל. קבעתי כי הסיכום הוא חוזה מינהלי בלתי-חוקי ובטל. ההשבה, לרבות ההיבטים של מניעת התעשרות שלא כדין, היא שאלה נפרדת והיא הקובעת את התוצאה הסופית בדבר יחסיות הבטלות (ראו והשוו ע"א 4335/01 עיריית צפת נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נח(2) 17, 24 (2003); פרשת טבעול, פס' 60 לפסק דינו של השופט חשין). אכן, שאלת ההשבה

היא סוגיה שמעבר לתחום הפריסה הישיר של סעיף 203 לפקודת העיריות. היא סוגיה מתחום הדין הכללי, אשר צריכה להיפתר על ידי הדין הכללי. במסגרת הפתרון יילקחו בחשבון שיקולי המדיניות הציבורית המונחים ביסוד סעיף 203 והוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים, כמו גם עקרונות כלליים בדבר מניעת התעשרות שלא כדין (ראו והשוו פרשת זגורי, 785-786). אפנה לשאלת ההשבה.

שאלת ההשבה: עקרון ההשבה ושיקולי הצדק לפטור מהשבה

41. לפי כלל ההשבה כל צד חייב להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה הפסול. אם ההשבה אינה אפשרית או אינה סבירה, עליו לשלם לצד השני את השווי של מה שקיבל. החריג להשבה הוא שבית המשפט רשאי, אם ראה ש"מן הצדק לעשות כן" ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מחובת ההשבה או תשלום השווי; כמו כן רשאי בית המשפט לחייב צד בקיום חיובו, כולו או מקצתו, ובלבד שהצד האחר ביצע את חיובו שלו לפי החוזה.

42. בית משפט זה עמד בעבר על "שיקולי הצדק" לפטור מהשבה. נפסק שאין לקבוע בעניין זה מסגרת נוקשה, וכי יש לאפשר לבית המשפט גמישות בעשותו שימוש בשיקול דעתו (ע"א 701/87 ביהם נ' בן יוסף, פ"ד מד(1) 1, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1989) (להלן: פרשת ביהם)). שיקולי הצדק נותנים כר רחב לשיקול דעת שיפוטי בשאלת תוצאות החוזה הבטל ודרך ההשבה בהתאם לנסיבות המקרה (פרשת זגורי, פס' 33 לפסק דינו של הנשיא ברק). מחד יש לשקול את האינטרס הציבורי במניעת כריתת חוזה בלתי חוקי, מאידך יש לשקול שיקולי צדק ויושר לרבות התנהגות הצדדים להסכם ותום הלב שלהם (פרשת ביהם, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא שמגר; לסקירה מקיפה של שיקולים אלה ושיקולים נוספים ראו שלו דיני חוזים 543-546; גרוסקופף 592-604; זמיר 428-438 ובפרט בעמ' 448-449). האיזון בין שני שיקולים עיקריים אלה – שלעיתים פועלים בכיוונים נוגדים ולעיתים הם פועלים באותו כיוון – הוא שקובע בסופו של יום את היקף ההשבה, מתוך מטרה להגיע לצדק יחסי בין הצדדים. בין היתר יש לשקול את דרגת החומרה של אי החוקיות, מידת "האשמה" של הצדדים לחוזה, ומידת הביצוע של החוזה הפסול (פרשת זגורי, פס' 34 לפסק דינו של הנשיא ברק; ראו והשוו מנחם מזוז "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת" – סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 משפטים י 487, 508-511 (1980)). בהיות הפטור מהשבה חריג לכלל ההשבה, יש מקום לפרש את הסמכות המוקנית לבית המשפט לפטור מהשבה בצמצום כך שההשבה תישלל כאשר בית המשפט שוכנע שאין די בהשבה כדי שהצדק יבוא על סיפוקו (שלו דיני חוזים 541).

דוגמא טובה להבדל בגישות השיפוטיות ליישום שיקולי הצדק הוא ע"א 533/80 אדרעי נ' גדליהו, פ"ד לו(4) 281, 284 (1982) (להלן: פרשת אדרעי). באותה פרשה קבעה השופטת בן פורת כי "ש לתת משקל מכריע לאלמנט ההרתעה... משום שהמחוקק רוצה כרגיל בבטלותו של חוזה בלתי חוקי" (שם, 284). לעומתה קבע השופט אלון כי יש ליתן את הדעת לשיקול של עשיית צדק ביחסים שבין הצדדים ול"התנהגותו של כל אחד מהצדדים בקשר לביצוע ההסכם, שהרי מן ההגינות ומן הצדק הוא שלא לשעות, במידה שהדבר ניתן במסגרת הוראות סעיף 31, לטענת בעל דין בדבר אי-חוקיות ההסכם כאשר ברור שטענה זו אינה משמשת אלא כסות עיניים לרצונו של בעל דין להתחמק מקיום החוזה" (שם, 294).

43. בטרם אפנה ליישום שיקולי הצדק במקרה שלפנינו, מן הראוי להתייחס לשתי טענות בעלות אופי מקדמי משני צידי המתרס, כאשר שתיהן מבקשות למנוע דיון לגוף העניין ביישום עקרונות ההשבה. לטענת העירייה, סעיף 203 שולל באופן גורף דיון ביישום עקרון ההשבה: "מספיק שישנה חריגה מתנאי הסעיף... כדי לבטל את ההתקשרות ולהורות על השבת כל הכספים שקוזזו שלא כדין במסגרת התקשרות זו" (סעיף 70 לסיכומים). לפיכך, לטענתה, אין לעבור כלל לדיון ביישום עקרון ההשבה אלא יש לפסוק השבה מלאה של כספי הניכויים לעירייה מכוח סעיף 203. מנגד, לטענת המערערות, סעיף 203 נסוג באופן גורף מפני עקרון תום הלב. לפיכך, לטענתה, אין לעבור כלל לדיון ביישום עקרון ההשבה אלא יש להורות על קיום החוזה המינהלי מכוח עקרון תום הלב. דין שתי הטענות להידחות.

סעיף 203 אינו שולל דיון בעקרון ההשבה ובחריג לו

44. כפי שתיארתי לעיל במסלול החוזי, דיון ביישום עקרון ההשבה ובחריג לו מתחייב כתוצאה מהפעלת סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים כאמור בפרשת זגורי, ואין בסעיף 203 לפקודת העיריות דבר השולל או מייתר את הפניה לחוק החוזים.

עקרון ההשבה הוא תוצאה של הפעלת סעיפים 21, 30 ו-31 לחוק החוזים על המקרה שלפנינו. אף אם בסיס ההשבה ייעשה בהיקש לסעיף 21 לחוק החוזים (אגמון-גונן 171, 175) הרי שהלכה היא כי אופייה הרעיוני של ההשבה הקבועה בסעיפים אלה לחוק החוזים הוא בדיני עשיית עושר ולא במשפט (שלו דיני חוזים 539; כאשר לגישת פרופ' פרידמן מושתתת זכות ההשבה במישורין על חוק עשיית עושר ולא במשפט, ראו פרידמן עשיית עושר 776, 788). הטעם ביסוד גישה זו הוא ש"שמירת התמורה החוזית,

למרות כשלון ההסכם, היא בגדר 'התעשרות שלא כדין'. החיוב [בהשבה – מ"נ] היה ונשאר מושתת על עקרונות עשיית עושר ולא במשפט" (פרידמן וכהן 1151). גם לגישת השופט ברק מטרת ההשבה היא למנוע התעשרות שלא כדין:

"ההשבה קשורה בחוזה וביטולו, אך אין היא נובעת מהחוזה, ואין היא תנאי מכללא בחוזה. ההשבה היא לבר-חוזה, ואין היא יונקת את כוחה מהחוזה, אלא מעיקרון של התעשרות שלא כדין... מטרת ההשבה וטבעה הם למנוע התעשרות שלא כדין" (ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין נ' הורביץ, פ"ד לה (3) 533, 541 (1981); להרחבה על עקרון זה ראו חנוך דגן "מניעת התעשרות שלא כדין" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 653 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008)).

סעיף 203 אינו שולל, עקרונית, מתן סעד של השבה במסלול של סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים. בהתאם להלכת פרשת זגורי, ומכוח עקרונות דיני עשיית עושר, תיגזר תוצאת דין החוזה הפסול תוך דיון בשיקולי הצדק ביישום עקרון ההשבה.

היחס בין דרישת הצורה המהותית לבין עקרון תום הלב וחובת ההגינות

45. כידוע "מחובתן הכללית של רשויות הציבור לנהוג בהגינות כלפי האזרח נגזרת גם מחובתן, העקרונית, לקיים את התחייבויותיהן" (ע"א 3541/98 די וורולי סיאני הנדסה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו (4) 145, 153 (2002)). מהו היחס הראוי בין דרישת הצורה המהותית הקבועה בסעיף 203 לבין עקרון תום הלב וחובת ההגינות של העיריה?

46. בשאלה זו נמצא גישה בערכאות הדיוניות לפיה עקרון תום הלב גובר על סעיף 203. המערערת מסתמכת על פסיקה זו, אליה אתייחס בהמשך, וטוענת כי יש להורות על קיום החוזה המינהלי מכוח עקרון תום הלב מבלי לבחון שיקולי צדק נוספים.

47. בבית משפט זה נותרה הגישה הנזכרת בצריך עיון בפרשת שם-אור, שם לא הוכח חוסר תום לב של העיריה. בית המשפט העיר כי מדובר בשאלה המעוררת "בעיות משפטיות סבוכות":

"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, וביניהן 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" (ע"א 739/86 שם-אור נ' עיריית קרית גת, פ"ד מד(2) 562, פס' 10 לפסק דינו של השופט ג' בכך (1990) (להלן: פרשת שם-אור)).

שאלה זו כרוכה ב"מגמה של הגמשת כללים פרוצדוראליים וצורניים" ובגישה "המבקשת שלא להתמקד בכללים נוקשים של צורה אלא במהות, על ידי שימוש בכלים נוספים לצד כללי הצורה ולעיתים אף כתחליף להם" (דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרונ, פ"ד נט(6) 653, 717 (2005); לניתוח פרשת שם-אור ראו גם שלו דיני חוזים, 387).

48. באחרונה התעוררה בבית משפט זה סוגיה קרובה, בשאלת היחס בין דרישת הצורה הקבועה בסעיפים 325 ו-326 לפקודת העיריות, המחייבת את הנישום בארנונה להודיע בכתב לרשות המקומית על כך שחדל להיות הבעלים של הנכס או המחזיק בו, לבין עקרון תום הלב וחובת ההגינות של רשות מקומית (בר"ם 867/06 מנהלת הארנונה בעיריית חיפה נ' דור אנרגיה (1988) בע"מ (לא פורסם, 17.4.2008) (להלן: פרשת דור אנרגיה); בקשה לדיון נוסף נדחתה - דנ"ם 4180/08 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' מנהלת הארנונה בעיריית חיפה (טרם פורסם, 30.6.2008)). בפסק הדין בערעור באו לידי ביטוי גישות שונות: השופט דנציגר קבע כי "הרשות אינה יכולה להסתתר מאחורי מילות הסעיף כפוטרת אותה מכל חובה שהיא... חובתה של הרשות המקומית היא לנהוג בתושביה בהגינות, וכנגזרת של חובה זו, תיתכנה נסיבות בהן תידרש הרשות המקומית לבדוק באופן פעיל מדוע ארנונה על נכס מסוים אינה משתלמת" (שם, פס' 39). השופטת פרוקצ'יה הסתייגה מגישה זו, וקבעה כי הוראות הפקודה "נהירות בלשונן ובתכליתן" (פס' 7) ולפיכך הסקת חובה אקטיבית של הרשות "מכוח עקרונות כלליים עולה לסכל את תכליתו של החוק" (פס' 13). בתווך ניצבה חברתי השופטת ארבל, כאשר לגישתה בנסיבות בהן ישנה ידיעה בפועל של העיריה בדבר שינוי זהות המחזיק בנכס בפועל, החלטתה להמשיך ולחייב את המחזיק היוצא "אינה עולה בקנה אחד עם חובתה לנהוג בהגינות" (פס' 10 לפסק דינה). מפסק דין זה עולות שלוש גישות שונות באשר להיקף כוחה של חובת ההגינות של רשות מינהלית לגבור על דרישת הצורה בהוראת חוק מפורשת (ראו עוד בסוגיה זו: עמית שגב "הכרסום בדרישת הכתב במסירת הודעת שינוי מחזיק לפי סעיף 325 לפקודת העיריות" מקרקעין ה' 6/13 (2006)). בענייננו עולה שאלה דומה, בהתייחס להוראות אחרות בפקודת העיריות.

49. השאלה העקרונית אם עקרון תום הלב גובר על הוראת סעיף 203 לא הוכרעה בפרשת שם-אור כיוון שלא הוכח העדר תום לב של העיריה. בענייננו עמדה המערערת בנטל הוכחת חוסר תום לב של העיריה. העיריה פעלה בחוסר תום לב שעה שנאחזה בבית המשפט המחוזי בדרישת הצורה כדי להתנער מהסיכום לניכויים, לאחר שקיימה אותו הלכה למעשה בהתנהגותה משך תקופה ארוכה של כארבע שנים וחצי. אכן, "צד הנאחז בדרישת הכתב הפורמליסטית, על אף הסכמה בעל-פה בין הצדדים או בניגוד להתנהגותם, עלול להיחשב כפועל בניגוד לעקרון תום-הלב" (שלו דיני חוזים, 380). בפרשת עזרה ובצרון נפסק כי אין זה יאה לעיריה להסתתר מאחורי סעיף 203:

"נכון, בדרך-כלל, אם מבחינה עניינית ברור שהעיריה החליטה לקבל על עצמה התחייבות, ומאידך, מבחינה מוסרית, אין רבב על בגדו של הצד השני, אין זה יאה לעיריה להסתתר מאחורי טענה המתבססת אך ורק על ההוראות הנ"ל של סעיף 203, כדי להתחמק מכיבוד החלטתה" (פרשת עזרה ובצרון, בעמ' 628)

מעבר לכך שהדבר "אינו יאה", הדבר מהווה בנסיבות העניין ובשים לב למשך הזמן הרב שבו קיימה העיריה את החוזה המינהלי בענייננו הלכה למעשה, גם חוסר תום לב, וכך קבעה הערכאה הראשונה. אכן, קיימים מצבים "שבהם ביצוע חלקי של החוזה ימנע את האפשרות שאחד המתקשרים יתנער מן ההסכם, וזאת בין מכוח עקרון תום הלב ובין מכוח דין השתק הבטחה" (פרידמן עשיית עושר, 658). במקרה שלפנינו היה ביצוע מלא של החוזה, ולאורך תקופה ממושכת בת ארבע שנים וחצי. לפיכך ניתן לקבוע כי השימוש בסעיף 203 נעשה שלא בתום לב, אף אם אין בהתנהגות העיריה כדי להקים טענת מניעות, השתק ושימוש לרעה בזכות – ועל כן להלן.

50. משטענה המערערת את טענת העדר תום הלב כטענה מרכזית לקבלת ערעורה, ומשהתקיים בענייננו חוסר תום לב של העיריה, אין מנוס מלהכריע בשאלה שהושארה בפרשת שם-אור בצריך עיון. מה אפוא כוחו של עקרון תום הלב וחובת ההגינות ביחס לדרישת הצורה המהותית? בשאלה משפטית סבוכה זו הובעו דעות קוטביות בפסיקה בערכאות הדיוניות ובספרות המשפטית.

51. יש הסוברים כי דרישת הצורה גוברת: "דרישות [הצורה בסעיף 203] נועדו להבטיח שימוש זהיר ומבוקר בכספי ציבור ובתי המשפט יקפידו על מילוי, גם במקרים בהם נותר לכאורה עיוות דין בשל כך" (אליהו וינוגרד דיני רשויות מקומיות כרך ב 639 (1998) (להלן: וינוגרד)). 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" (וינוגרד, 639). לגישה עקרונית זו יש הד בפרשת שם אור, בה נפסק כי הרחבת הדוקטרינה של מצג שווא 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 שווא 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' בך).

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:

"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)).

52. מנגד יש הסוברים – וזו טענת המערערת שלפנינו – כי עקרון תום הלב גובר. לתמיכה בעמדה זו הציגה המערערת פסקי דין שניתנו בערכאות הדיוניות בהם נקבע כי עקרון תום הלב גובר על סעיף 203 (ת"א (שלום-נתניה) 15280/00 מכלוף נ' עיריית נתניה (לא פורסם, 16.11.2003) (השופטת קלוגמן) (להלן: פרשת מכלוף); ת"א (שלום-חיפה) 26925/99 ואקד נ' המועצה המקומית עתלית (לא פורסם, 21.11.2001) (השופט

רניאל)). פסקי דין נוספים בבתי משפט השלום הלכו בדרך זו (ראו ת"א (שלום-תל-אביב-יפו) 42153/01 עיריית טבריה נ' הרמן (לא פורסם, 27.7.2005) (השופט שחר); ת"א (שלום-חדרה) 4825/04 תורג'מן נ' מועצה מקומית זמר (לא פורסם, 22.6.2006) (השופט שרעבי); ת"א (שלום-חיפה) 17230/99 ב.א. פרסום על בע"מ נ' מכללת חדרה-מנשה (לא פורסם, 12.9.2005) (השופטת למלשטריך-לטר); ת"א 4025/04 (שלום-קריות) קופיטק מיכון משרדי בע"מ נ' מועצה מקומית כפר קמא (לא פורסם, 1.11.2006) (השופטת דגן); ת"א 2829/03 (שלום-אשקלון) ישראל כהן מחסני עץ ורעפים בע"מ נ' מועצה אזורית שפיר (לא פורסם, 19.11.2006) (השופט חסדאי) ואסמכתאות נוספות המופיעות בפסקי הדין הללו)).

53. בין שתי הגישות הקוטביות הללו גישתי היא גישת ביניים. לדעתי יש בעקרון תום הלב ובחובת ההגינות של הרשות המינהלית כדי להגמיש את תוצאות הדרישה הצורנית המהותית הקבועה בסעיף 203 לפקודת העיריות. הגמשה זו מתבקשת מיחסיותה של הבטלות – הן בדיני החוזים והן במשפט המינהלי. "מקומה הגיאומטרי" הראוי של טענה המתבססת על עקרון תום הלב וחובת ההגינות של הרשות המינהלית אינה בקביעה מקדמית א-פריורית לפיה עקרון תום הלב "גובר" על סעיף 203. מקומה הגיאומטרי הראוי של טענה כזו הוא בדיון לגופו של ענין במסגרת בחינת שיקולי הצדק בעקרון ההשבה (ראו והשוו שלוו דיני חוזים 546). מסגרת שיקולי הצדק היא המקום המתאים לבחינת קיומה של "זעקת הגינות" המצדיקה סטיה מעקרון דרישת הצורה המהותית (ראו והשוו ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, 198 (1996) (להלן: פרשת קלמר)). קביעה גורפת כי סעיף 203 "גובר" עלולה להוליך לתוצאות שרירותיות ולסיכול המגמה הבסיסית של עשיית צדק בין המתקשרים; קביעה גורפת כי עקרון תום הלב וההגינות "גוברים" עלולה להוליך לפגיעה בוודאות המשפטית, בכושר התכנון של הצדדים ובמדיניות הניצבת בתכלית דרישת הצורה. הפתרון למתח זה נעוץ בגישת ביניים שבאה ליישב בין תכלית דרישת הצורה למצב העובדתי שאליו נקלעו הצדדים (ראו נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט 13, 53, 59 (1986) (להלן: כהן דפוסי החוזים)). כמובן, יש מקרים בהם יגבר האינטרס הציבורי לחלוטין על שיקול תום הלב והצורך להביא לצדק יחסי. כך, למשל, במקרה בו צד לחוזה שילם שוחד לעובד ציבור. או אז רשאי בית המשפט לשלול את ההשבה לחלוטין מאותו צד, בכפוף לנסיבות ספציפיות שימנעו תוצאה זו (ראו פרשת זגורי, 780-781).

54. במסגרת שיקולי הצדק מקובל עלי כי יש ליתן משקל גם לעקרון תום הלב. במסגרת שיקולי הצדק אין לאפשר לעיריה להשתמש בסעיף 203 באופן המקנה לה

"חומה" בצורה שאינה משקללת את התנהגותה ואולי אף את רשלנותה בנסיבות העניין. במסגרת שיקולי הצדק ניתן יהיה להגיע למסקנה (בתביעת השבה שהגישה העיריה) כי יש לפטור את המתקשר מחובת ההשבה, באופן חלקי או מלא. אולם המסקנה הסופית בעניין זה תיעשה תוך שקלול שיקולי הצדק כולם: השיקולים לדיכוי דרישת הצורה, החוסים תחת עקרון תום הלב עשויים להיות אשמת הצד המתנער והסתמכות הצד המתקשר (השוו פרשת קלמר, 198), בעוד שהשיקולים להקשחת דרישת הצורה, החוסים תחת תכלית דרישת הצורה החקיקתית, עשויים להיות האינטרס הציבורי בדבר שלטון החוק וחוקיות המינהל, כמו גם הרצון להרתיע מפני כריתת חוזים מינהליים בלתי-חוקיים. התוצאה הסופית תהיה תוצר של איזון מכלול השיקולים, ולא של קביעה א-פרוורית לפיה עקרון תום הלב "גובר" מראש על תכלית דרישת הצורה המהותית.

55. לסיכום שאלת היחס בין עקרון תום הלב וההגינות לבין סעיף 203: נקודת המוצא ביישום עקרון ההשבה היא שלעיריה יש זכות להשבה של הכספים שהעבירה למתקשר עמה מכוח חוזה בלתי-חוקי. זכות זו של העיריה כפופה לשיקולי צדק. במסגרת שיקולי הצדק בהשבה, מקום מרכזי יינתן להתנהגות העיריה ולבחינת תום הלב שלה, לצד שיקולים נוספים שיסודם באינטרס הציבורי. במובן זה, יש משקל לעקרון תום הלב בריכוך התוצאה של סעיף 203.

השתק ושימוש לרעה בזכות

56. לכאורה ניתן היה לפתור את השאלות הסבוכות המתעוררות בדרך שהצגתי לעיל, בקביעה א-פרוורית כי עקרון תום הלב מקים טענת השתק ושימוש לרעה בזכות כלפי העיריה, בבואה להסתמך על סעיף 203, וזאת עקב המצג שהציגה העיריה בעת הפגישה. המערערת טענה בהקשר זה כי נציגי העיריה "נחזו בדעתם כמוסמכים לחייב את [המערערת] בכל הקשור להסכם. נציגים אלה לא הציגו כל סייג לסמכותם ולא העלו כל צורך באישור נוסף כלשהו" (סעיף 6 לתצהיר מנהל הכספים של המערערת).

היש בהתנהגות העיריה, הלכה למעשה, כדי ליצור מניעות כלפי העיריה מלהעלות את טענת סעיף 203, בין אם בדרך של השתק ובין אם בדרך של שימוש לרעה בזכות, ובכך למעשה לקיים את החוזה המינהלי ולרפא את הפגם של היעדר החתימה? תשובתי על כך היא בשלילה.

57. אפתח בטענת ההשתק. מקור טענת השתק נגד רשות מינהלית הוא מכוח עקרון תום הלב "שהרי מטרת שני העקרונות אחת היא: מניעת התנהגות שאינה הוגנת" (ראו:

ג' שלו "הבטחה השתק ותום לב", משפטים טז 295, 318 (1986)). לפי תורת ההשתק כאשר צד אחד הציג מצג מסוים בפני צד אחר, והצד שכלפיו הוצג המצג הסתמך עליו בתום-לב ובאופן סביר ושינה עקב כך את מצבו לרעה, עשוי הצד שהציג את המצג להיות מושקע מלהתכחש לו (רע"א 4928/92 עזרא ואח' נ' המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד מז(5) 94, 100 (1993)). בכל הנוגע לרשות ציבורית נפסק, כי אין לדחות על הסף טענת השתק הנטענת על-ידי פרט כנגד רשות מינהלית (ע"א 6996/97 חברת א. עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נג(4) 117, 122 (1999)) אלא יש לאזן "בין אינטרס הציבור ועקרון חוקיות המינהל לבין עניינו של פרט, שהסתמך בתום-לב ובסבירות על מצג של רשות מינהלית" (בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 26.6.2003), פס' 5 לפסק דינה של השופטת דורנר)). השתקת הרשות צריכה להיעשות בזהירות רבה, כיוון שהיא עלולה לפגוע באינטרס הציבורי או בנורמות של המשפט המינהלי (ע"א 831/76 לוי נ' פקיד השומה חיפה, פ"ד לב(1) 421, 434-435 (1977); ראו גם טמיר אכיפה סלקטיבית, 289-295).

58. אין מקום כי נפעל על פי עקרון ההשתק בענייננו וזאת משני טעמים עקרוניים:

ראשית, האיזון העקרוני בין האינטרס הציבורי הניצב בבסיס הוראת סעיף 203 בדבר שלטון החוק וחוקיות המינהל, לבין אינטרס ההסתמכות של הפרט המתקשר, כבר נקבע בפרשת שם-אור. נפסק כי אין להרחיב את דוקטרינת מצג השווא למצבים של התקשרות שאינה עומדת בתנאי סעיף 203 ואין בה כדי למנוע העלאת טענת סעיף 203. הטעם בבסיס עמדה זו הוא שהרשות איננה יכולה, בהתנהגותה או בדבריה, להרחיב את תחומי סמכותה הקבועות בחוק. הכרה בכך עלולה להביא לידי הרחבת סמכויות הרשות והענקת תוקף למעשים שהמחוקק לא התכוון להכשירם. אין להפעיל את תורת ההשתק כדי להקנות לרשות סמכות שהדין לא הקנה לה (ראו גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית, 1999, 122 ובעמ' 125).

שנית, כעניין שבמדיניות שיפוטית, לא ראוי לדעתי שנלך במקרה זה בדרך ההשתק והמניעות. השתקת הרשות, שהיא מטבעה קביעה מקדמית הסותמת את הגולל על בחינת המקרה לגוף העניין, מונעת את בחינת שיקולי הצדק שנקבעו בפסיקה. השתקת הרשות בשלב המקדמי, שמשמעה קיום החוזה המינהלי הפסול, אינה נותנת את המשקל הראוי לתכלית החקיקה הניצבת בבסיס דרישת הצורה המהותית.

על הבעייתיות בטענת ההשתק עמדה פרופ' שלו, בציינה כי קיימות דוקטרינות אחרות עדיפות בכדי להגיע לתוצאה צודקת:

"טענת ההשתק המינהלי, הלא היא טענת השתק שמשמיע פרט כלפי רשות, היא איפוא טענה בעייתית.... גם בתחום המשפט הציבורי, כמו בתחום המשפט הפרטי, קיימים די והותר דינים, עקרונות ודוקטרינות הנושאים עמם תוצאות עדיפות מאלו שניתן להשיג מטענת השתק שמשמיע הפרט כלפי הרשות... עקרון ההשתק בעייתי מבחינות נוספות: כלליו נחשבים דיוניים ולא מהותיים; שורשיו - ההסטוריים הרעיוניים והמשפטיים - מעוגנים בשיטת משפט זרה; וגם אם הוא עקרון של צדק, אין לנו צורך בו בישראל, נוכח תחולתו הרחבה של עקרון תום הלב" (שלו חוזים ומכרזים -125). (126).

לפיכך, אין להפעיל את תורת ההשתק – ככל שהיא מתבססת על טענת מצג השווא – כדי לקיים את החוזה המינהלי הפסול בניגוד להוראות פקודת העיריות.

59. ודוק: אין בדברים אלה כדי לשלול את טענת ההסתמכות שהעלתה המערערת. בחינת הסתמכות המערערת על מצג העיריה תיעשה במסגרת יישום עקרון ההשבה לגופו של עניין. זהו המקום ה"גיאומטרי" הראוי להעלאת טענת ההסתמכות. אכן, עקרון מרכזי ביישום עקרון ההשבה הוא עקרון תום הלב - ודיני ההשתק מהווים "פן אחד של תורת תום-הלב" אלא שאין מדובר בפן זהה (ראו רע"א 4928/92 עזרא נ' המועצה המקומית תל מונד, פ"ד מז (5) 94, 99 (1993); והשוו ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278, 292 (1988), פס' 6 לפסק דינו של השופט ברק; כן ראו פרידמן וכהן 533-536 לעניין תום הלב כהשתק): בעוד שטענת השתק שוללת דיון לגופו של עניין בטענות הצדדים, הרי שטענת תום הלב, במסגרת יישום עקרון ההשבה, היא חלק ממכלול השיקולים להכרעה לגופו של עניין. לפיכך יש להעדיף לדעתי את הדיון בטענת ההסתמכות במסגרת יישום עקרון ההשבה – תחת כנפי עקרון תום הלב – ותוך שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים. מורכבות המקרה שלפנינו רק מחזקת את מסקנתי כי מן הראוי לדון במכלול הטענות ולא לבחור ב"פתרון הקל" של השתק. עמדה על כך פרופ' ברק ארז:

"דחייתה של טענת ההשתק אינה מלמדת בהכרח, שאינטרס ההסתמכות אינו מוגן. היא רק מעידה, שישנם שיקולים כנגד הגנה על ההסתמכות באמצעות השתק, שמבחינה תוצאתית הוא סעד דומה לאכיפה... הצגת הבעיה במונחים של השתק מגבילה מראש את החשיבה עליה" (דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כ"ז 17, 42 (1996) (להלן: ברק ארז הגנת ההסתמכות)).

60. ומכאן לטענת השימוש לרעה בזכות שהעלתה המערערת. איני סבורה כי יש לראות בהעלאת טענת סעיף 203 על ידי העיריה במקרה שלפנינו "שימוש לרעה בזכות" (ראו סעיף 10.8 לסיכומי המערערת). העלאת טענת סעיף 203 היא לגיטימית בהיותה טענה הקבועה בחוק. בכדי להצדיק התערבות היה על המערערת לבסס כי הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות חלה גם על הגשת תביעה משפטית (ראו יהושע ויסמן "שימוש לרעה בזכות" משפטים כ"ז 71, 84-80 (1996)) שהרי "חוסר ההגינות אינו נובע מעצם הפעלת הליכי המשפט אלא מההתכחשות להבטחה בשלב המוקדם יותר" (כהן דפוסים החוזים, 51) וכי התקיימה בענייננו אמת המידה להבחנה בין עמידה לגיטימית על זכות חוזית ובין כזו שאינה לגיטימית תחת עקרון תום הלב (ראו ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס (לא פורסם, 1.9.20555), פס' 12-13 לפסק הדין (להלן: פרשת מפעל הפיס); כן ראו מיגל דויטש "תום לב בשימוש בזכויות – 'קווים אדומים' לתחולת העיקרון?" עיוני משפט יח 261, 269 (1993)).

המערערת לא עברה משוכות אלה ומכל מקום דעתי היא כי אין זה המקרה בו יתערב בית המשפט בבחירת צד לחוזה, ובענייננו העיריה, לנסות לעמוד על זכותו מכוח הדין. קביעה לפיה העיריה פעלה תוך שימוש לרעה בזכות צריכה להיעשות במשורה ובריסון, ובהיעדרן של עילות חלופיות מוכרות. בענייננו שימוש בעקרון תום הלב במקום יישום עקרון ההשבה (ולא כטענה מקדמית) הוא עילה חלופית המאפשרת להביא בחשבון את התנהגותה של העיריה, הן עובר להגשת התביעה והן בהגשת התביעה בבית המשפט קמא. פתרון "המקרה הקשה" שלפנינו אינו מצדיק שימוש ב"כלי משפטי רב עוצמה זה" (כדבריה של חברתי השופטת ארבל, ב-ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס (לא פורסם, 1.9.20555), פס' 12-13 לפסק דינה (להלן: פרשת מפעל הפיס); ראו גם ע"א 2299/99 שפייר נ' חברת דיור לעולה, פ"ד נה(4) 213, 236)).

לסיכום עניין המסגרת הנורמטיבית בשאלת ההשבה

61. בין אם נלך בדרך המשפט האזרחי ובין אם בדרך המשפט המינהלי, הדרכים משתלבות זו בזו כחלק מהדואליות הנורמטיבית החלה על חוזה מינהלי ושתייהן מובילות לתוצאה אחת: סעיף 203 אינו מחייב בטלות והשבה מלאה של הכספים לקופת העיריה, כפי שנפסק בערכאה הראשונה. אין מקום גם להגיע לתוצאה הפוכה לחלוטין לפיה לא תהיה השבה כלל. שיקולי הצדק במסגרת דין ההשבה מביאים אותי למסקנה כי הפתרון הראוי בענייננו הוא להורות על השבה הדדית תוך חיוב המערערת בתשלום דמי שכירות ראויים לעיריה. המשמעות המעשית היא השבה חלקית. לכך אפנה עתה.

62. תביעת העיריה בבית המשפט קמא היתה להשבה של כל כספי הניכויים שהעבירה למערערת על יסוד הסיכום בפגישה בתקופה שבין ינואר 1997 לאוקטובר 2001. גדר המחלוקת בין הצדדים היא רק בשאלת תוקף הסיכום בפגישה (להלן: החוזה המינהלי). בכל הנוגע לכספי הניכויים.

הניכויים בוצעו מינואר 1997 ועד אוקטובר 2001. תקופה זו מתחלקת לשתי תקופות.

63. התקופה הראשונה היא החודשים ינואר-פברואר 1997. ביחס לתקופה זו ניתן אישור מועצת העיריה מיום 27.2.1997 לחוזה המינהלי. העיריה לא טענה אחרת (ראו סעיפים 64-65 לסיכומים). בית המשפט קמא קבע כי פרוטוקול ישיבת מועצת העיריה, החתום בין היתר בידי ראש העיר והגזבר דאז, ממלא אחר דרישת הצורה המהותית. לפיכך מקיים החוזה המינהלי את דרישת הצורה הקבועה בסעיף 203 לתקופה של ינואר ופברואר והניכויים מכוחו לתקופה זו תקפים. לפיכך, לגבי כספי ניכויים אלה לא קמה חובת השבה לעיריה. כך קבעה גם הערכאה הראשונה (פסקה 43 לפסק הדין). העיריה לא ערערה על קביעת בית המשפט המחוזי בעניין תקופה זו, כך שאין עוד מחלוקת על התקופה הראשונה.

התקופה השניה היא החודשים מרץ 1997 עד אוקטובר 2001 (כולל). ביחס לתקופה זו לא ניתן אישור מועצת העיריה לחוזה המינהלי. פשיטא שהסיכום בפגישה לא קיים את דרישת הצורה המהותית הקבועה בסעיף 203, המחייבת את חתימת ראש העיריה: הסיכום בפגישה, שהיה בעל פה, נעשה שלא בנוכחות ראש העיריה וראש העיריה לא חתם עליו. מועצת העיריה לא אישרה את הסיכום מעבר לחודשים ינואר-פברואר 1997. אי-לכך, החל מחודש מרץ 1997 לא קיים החוזה המינהלי את דרישת הצורה הקבועה בסעיף 203.

64. ודוק: אין נפקא מינה, בכל הנוגע לסעיף 203, אם נראה בניכויים מכוח החוזה המינהלי בענייננו "התחייבות כספית" מטעם העיריה אם לאו, שהרי ממילא שתי החלופות שבסעיף 203 לא התקיימו בהיעדר חתימת ראש העיריה. לגבי מסמכים שאין בהם "התחייבות כספית", מסתפק סעיף 203 בחתימתו של מזכיר העיריה חלף חתימתו של גזבר העיריה (לצד חתימת ראש העיריה). גם תנאי זה לא התקיים במקרה שלפנינו, שבו, כאמור, לא נערך הסכם בכתב כלל ואין חתימה של ראש העיריה.

המערערת טענה כי אין המדובר בהתחייבות של העיריה אלא של חברת מוריה. יש לדחות טענה זו. ההתחייבות שניתנה, בין אם היתה כספית ובין אם לאו, היתה התחייבות של העיריה הכפופה לסעיף 203 לפקודת העיריות. כאמור עוד ביום 26.3.1991 המחלה מוריה את זכותה על-פי ההסכם לעירית ירושלים ובכלל זה הזכות לקבלת דמי השכירות (ראו מכתב "המחאה זכויות חניון כי"ח מערב" ששלח סמנכ"ל הכספים של חברת מוריה למערערת ביום 26.3.1991). גם מערכת ההתקשרות שנוצרה בחלופת מכתבי הניכויים היא עם העיריה וכל התקבולים והניכויים נעשו מול עירית ירושלים (ס' 16 לתצהיר סגן הממונה על נכסי העיריה; סעיף 17 לתצהיר מנכ"ל המערערת). מוריה לא היתה שותפה לסיכום בפגישה ולא נדרשה לדון בו כלל (סעיף 11 לתצהיר עוזר מנכ"ל מוריה). לפיכך החוזה המינהלי הוא מול העיריה.

65. על פי המסגרת הנורמטיבית עליה עמדתי לעיל, בכל הנוגע לתקופה השניה נקודת המוצא היא כי מדובר בחוזה מינהלי בלתי-חוקי, הנוגד דרישת צורה מהותית, ולפיכך הוא בטל. בטרם אדון בתוצאת הביטול וההשבה הראויה במקרה שלפנינו ביחס לתקופה השניה, יש להסיר מהדרך טענה עובדתית נוספת שטענה המערערת.

66. המערערת טענה כי החוזה המינהלי היה בלתי-מוגבל בזמן. טענה זו, הדורשת התערבות בממצא העובדתי שקבע בית המשפט המחוזי לפיו החוזה המינהלי התייחס רק לחודשים ינואר-מרץ 1997 (כולל), מתיירת נוכח קביעתי כי החל מחודש מרץ 1997 ממילא לא קיים החוזה המינהלי את דרישת הצורה המהותית. אף אם אניח כי המערערת צודקת במישור העובדתי והסיכום בפגישה היה בלתי מוגבל בזמן, עדיין מדובר בסיכום המהווה חוזה מינהלי אשר כפוף לדרישת הצורה הקבועה בסעיף 203. יהיה אורכו בזמן של הסיכום אשר יהיה, החל מחודש מרץ 1997 (כולל) הסיכום ממילא בטל.

לפי התצהירים שהוגשו בבית המשפט קמא, הסיכום בפגישה היה לתקופת ביניים בלבד ("רבעון" כאמור בסעיפים 8-9 לתצהיר סגן הממונה על נכסי העיריה ובסעיף 10 לעוזר מנכ"ל מוריה; "עד שיוסכם בין הצדדים על סיכום אחר" כאמור בסעיף 12 לתצהיר מנכ"ל המערערת ובסעיף 4 לתצהיר מנהל הכספים של המערערת; "פתרון ביניים", כאמור בעדות הגזבר, עמ' 4 לפרוטוקול מיום 13.10.2002 או "מצב ביניים", כעולה מהצגתו את הנושא בפני מועצת העיריה בעמ' 88 לפרוטוקול הדיון במועצת העיריה מיום 27.2.1997). תקופת ביניים זו קובעת בהחלטת מועצת העיריה לתקופה של חודשיים בלבד. מעבר לתקופה זו לא קיים חוזה מינהלי המקיים את

דרישת הצורה המהותית ומה שסוכם, ולו בדרך של התנהגות עד הגשת התביעה, הוא בטל.

מכאן אשוב לסוגיית הביטול וההשבה ההדדית ביחס לתקופה השנייה, דהיינו בין מרץ 1997 לאוקטובר 2001.

יישום עקרון ההשבה ההדדית ביחס לתקופה השנייה

67. החל מחודש מרץ 1997 החוזה המינהלי לא קיים את דרישת הצורה המהותית. במישור החוזי, הוא חוזה בלתי חוקי. במישור המינהלי, הוא חוזה שנעשה תוך חריגה מסמכות. בשני המישורים, מדובר בחוזה בטל, כאשר הבטלות היא בטלות יחסית. התוצאות האזרחיות של הבטלות היחסית ייקבעו בהתאם לסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים. כאמור, הכלל הוא עקרון ההשבה ההדדית. החריג לו, בהתקיים שיקולי הצדק עליהם עמדתי לעיל, הוא פטור מהשבה או מתן הוראה לקיום החוזה.

68. לפי עקרון ההשבה ההדדית כל צד חייב להשיב למשנהו את מה שקיבל על פי החוזה (או את שוויו) וכל צד זכאי לקבל ממשנהו את מה שנתן על פי החוזה (או את שוויו) (ראו שלו דיני חוזים 538, 370; גרוסקופף 599). עמד על כך השופט ברק:

”אדם חייב להשיב את מה שקיבל על-פי החוזה, לא משום שהחוזה מטיל עליו חובה - מפורשת או משתמעת - לעשות כן, אלא משום שהחוק מטיל עליו לעשות כן. חובה זו קימת, בין אם החוזה עומד בתקפו... ובין אם החוזה נפגם. לענין זה אין נפקא מינה אם החוזה בטל (בסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל”ג-1973), או ניתן לביטול (סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל”ג-1973)” (ע”א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע”מ נ’ טרבלוס, פ”ד לג(1) 197, 204 (1978); ראו גם ע”א 759/81 ברש נ’ ירדני, פ”ד מא(2) 253, 272 (1986)).

החוזה המינהלי בענייננו הוא זה: העיריה השכירה למערערת את החניון. בתמורה שילמה המערערת דמי שכירות חודשיים צמודים בגובה 64,000 ש”ח (מתחילת התקופה) פחות הניכויים בגובה הפסדי המערערת בהפעלת החניון. למעשה, התמורה היא הסכום שהעבירה המערערת לעיריה בפועל בסוף כל חודש לאורך התקופה. ניישם את אמת המידה להשבה הדדית למקרה שלפנינו.

על העיריה להשיב למערערת את שקיבלה על פי החוזה, דהיינו את התמורה (הסכום החודשי שהועבר אליה בפועל). העיריה זכאית לקבל מהמערערת את מה שנתנה על פי החוזה, דהיינו את החניון.

על המערערת להשיב לעיריה, בהתאמה, את נכס החניון. המערערת זכאית לקבל מהעיריה את התמורה ששילמה (הסכום החודשי שהעבירה לעיריה בפועל). אכן, למעביר הכספים על יסוד החוזה הבטל עומדת זכות להשבה של הכספים (פרידמן וכהן 1168-1169).

פרט לתמורה עליה עמדתי לעיל החוזה המינהלי כלל בחובו שתי תמורות נוספות שכל צד נהנה מהן: העיריה נהנתה ממתן שירותי חניה לרווחת תושבי העיר, ובכלל זה החייאת מרכז העיר ושמירה על אטרקטיביות השוק (ראו פרוטוקול עדות הגזבר בעמ' 3 ו-4); המערערת נהנתה מהאפשרות להפיק רווח מתיפעול החניון. במסגרת ההשבה ההדדית אין מקום להורות על השבה של שני מרכיבים מוקנים אלה, אשר כומתו כבר לתוך המסגרת הכספית שבחוזה המינהלי.

69. נקודת המוצא היא כמבואר ההשבה ההדדית, לעיריה קיימת זכות להשבה של נכס החניון (שכבר הושב לבעליו) ולמערערת קיימת זכות להשבה של הסכום החודשי שהעבירה לעיריה בפועל. עם זאת, שיקולי הצדק בהשבה, עליהם עמדתי לעיל עשויים לשלול השבה. בית המשפט רשאי, אם ראה ש"מן הצדק לעשות כן" ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מסוים מחובת ההשבה באופן חלקי או מלא. האם ראוי כי נפעיל חריג זה במקרה שלפנינו?

יישום שיקולי הצדק בהשבה – האם ראוי לפטור צד מסוים מחובת ההשבה?

70. שיקול חשוב ביישום שיקולי הצדק הוא עקרון תום הלב. כאשר אשמו של המעביר גדול לאין ערוך מזה של הנעבר מניעת סעד ההשבה ממנו תשרת את שתי המגמות גם יחד, הן את הצדק והיושר והן את האינטרס הציבורי (פרשת ביהם, 15). לא נפקד מקומם של שיקול האינטרס הציבורי ושיקול דרגת הביצוע של החוזה הבלתי חוקי. לבחינת שיקולים אלה אעבור עתה.

שיקול עקרון תום הלב

71. ביישום שיקולי הצדק בהשבה, התנהגות הצדדים היא במוקד שיקול הדעת השיפוטי. יש להתחשב בהתנהגות הצדדים לפני, במהלך ולאחר ההתקשרות:

”ביישום עקרונות ההשבה בחוזה שבוטל מחמת פגם בכריתתו עשוי הרקע החוזי שקדם להשבה, ובכלל זה התנהגותם ומעמדם היחסי של הצדדים לחוזה שבוטל וחלוקת הסיכונים ביניהם, להשפיע על דרכי ההשבה ואופן החלטה.... במצבים אלה, התנהגות הצדדים נבחנת על רקע הקודם להתקשרות ביניהם, על בסיס נסיבות שאירעו במהלך תקופת ההתקשרות, ואפשר גם על פי נסיבות שאירעו לאחר ביטול החוזה... הגנה כללית של טעמי צדק ויושר מציבה, אפוא, בעצם טיבה, את התנהגות הצדדים במוקד שיקול הדעת השיפוטי. היא בוחנת את שאלת האשם של מבקש ההקלה או פטור מהשבה” (דברי השופטת פרוקצ'יה בפרשת פרג', 357, 363 בהתאמה)

יש לבחון אפוא את מידת “האשמה” של הצדדים לחוזה.

72. אשר לתום הלב של העיריה: העיריה הפרה את חובת תום הלב בשני הקשרים עיקריים במהלך ההתקשרות ולאחריה.

ראשית, התנהגות העיריה במהלך קיום החוזה המינהלי (2001-1997): גזברות העיריה שלחה למערכת אישורים וקבלות על הניכויים שנעשו. הגזבר עצמו הודה בעדותו כי הוא “פישל”, כלשונו, והעיריה בסיכומיה ציינה כי היא פעלה בחוסר בהירות ובחוסר תיאום. בהקשר זה יש לדחות את טענת העיריה כאילו לא ידעה על הניכויים וכי אלה נותרו רק בין המערכת לבין הגזבר: מדובר בהתכתבות גלויה וחודשית בין המערכת לגזבר העיריה, שקיבלה ביטוי בשטח במתכונת של הפעלת חניון מרכזי בעיר.

שנית, השימוש בטענת סעיף 203 ככסות להתחמקות מהחוזה בתום קיום החוזה המינהלי: כאמור סעיף 203 הוא טענה משפטית לגיטימית. אולם נסיבות המקרה שלפנינו מלמדות כי העלאת הטענה על ידי העיריה, לשם דרישה להשבת כספי הניכויים, נגועה בחוסר תום לב (וזאת אף אם אין מדובר בשימוש לרעה בזכות; ראו הדיון לעיל). מהתנהגות העיריה בפרשה שלפנינו ברור כי טענת אי החוקיות אינה

משמשת לה אלא כסות לרצונה להתחמק מקיום החוזה. במצב דברים כזה מן הראוי, משיקולי צדק, להפחית את היקף ההשבה לטובת הצד המתחמק ולמנוע את התוצאה "שהחוטא הגדול מבין השניים ייצא נשכר" (ראו והשוו פרשת ביהם, פס' 18). התנהגות בדרך של העלאת הטענה ככסות להתחמקות מקיום החוזה היא הפרה של חובת תום הלב, בין אם היא נטענת ב"מגן" מפני תביעת תשלום מכוח חוזה מינהלי, ובין אם היא נטענת, כבענייננו, כ"חרב" לצורך השבת כספים שכבר הועברו למתקשר עם העיריה.

73. יש מקום להתחשב באינטרס ההסתמכות של המערערת כשיקול במסגרת שיקולי הצדק בעת קביעת היקף ההשבה (ראו ע"א 195/84 עיריית נהריה נ' יטח, פ"ד מ(3) 266, 279 (1986)).

בית משפט זה הכיר, עקרונית, בכל הקשור לנתבע המתגונן בפני תביעת השבה, בהגנה המבוססת על שינוי לרעה, וזאת גם כאשר הבסיס לתביעת ההשבה הוא בהוראות ההשבה הקבועות בחוק החוזים (ראו ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540, 555, 557 (1993); ראו גם דברי השופטת פרוקצ'יה, בפרשת פרג', פסקה 11). שיקול ההסתמכות, כמו גם שיקול מידת הביצוע של החוזה הפסול, חוסים תחת עקרון תום הלב: "כאשר החוזה בוצע בחלקו, תוך הסתמכות אחד הצדדים עליו, יהא גם בניגוד לעיקרון תום הלב אם הצד השני, אשר קיבל את התמורה הנגדית (כולה או חלקה), יוכל להשתחרר מחובתו" (ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1), 185, 198 (1996)). המערערת שינתה את מצבה בהסתמך על המצג שיצרה העיריה - בהכירה למעשה בניכויים - ופעלה לפי החוזה המינהלי במשך תקופה ארוכה של ארבע שנים וחצי.

74. אשר לתום הלב של המערערת: המערערת לא היתה רשאית להניח כי הסיכום בפגישה עומד בתנאי סעיף 203 ללא הגבלת זמן. הנטל לקיום דרישת הצורה המהותית מוטל על המתקשר עם העיריה:

"מותר לדרוש מן האזרח שיידע כי העיריה לא תחוייב על-ידי נייר החתום על-ידי ראש העיריה, אם לא הוספו החתימה של הגזבר והחותמת של העיריה, כאשר הוראה זו היא כתובה שחור על גבי לבן בספר החוקים של המדינה" (פרשת גולדמן, 385; כן ראו בעמ' 388).

בענייננו המערערת לא הרימה נטל זה. המערערת לא ווידאה את קיום תנאי סעיף 203 בכדי לחייב את העיריה אלא "הניחה" כי הדבר נעשה כנדרש וישבה בחיבוק ידיים, משך שנים, מבלי ליזום כל בדיקה מטעמה ומבלי לעמוד על קבלת האישורים

הנדרשים לכך במפורש ובכתב. אמנם המערערת קיבלה מגזברות העיריה באופן סדיר אישורים וקבלות לביצוע הניכויים, אך אין באישורים אלה כדי לבסס קיומם של תנאי סעיף 203: כבר נפסק שחתימת גזבר העיריה על שיקים לתשלום למתקשר עם העיריה אינה מהווה אישור כי החוזה מחייב את העיריה (פרשת גולדמן, 386).

ועוד: לאור אופי פעילותה ועיסוקה של המערערת בהפעלת חניונים מול העיריה משך שנים, חזקה עליה שהכירה את דרישת סעיף 203. ממילא, כאמור, מטיל הדין את הנטל לוודא את קיום דרישת הצורה המהותית שבסעיף 203 על המתקשר עם העיריה.

יתירה מזאת: המערערת המשיכה במדיניות של "שב ואל תעשה" גם לאחר המכתב הראשון של עו"ד מלכא, מיום 16.12.1999, שנשלח בדואר רשום למערערת. החל מאותו מועד נודע למערערת בבירור כי יש "בעייתיות" עם החוזה המינהלי ונסתרה ההנחה שלה כאילו התקיימו הוראות סעיף 203 והחוזה המינהלי מחייב את העיריה. באותו מועד היה עליה לפעול במרץ כדי לוודא את קיום הוראות סעיף 203. משלא פעלה כן, רובץ האשם במידה רבה לגבי יתרת התקופה לפתחה. המערערת נקטה במדיניות של "שב ואל תעשה" חרף העובדה שידעה, או למצער "עצמה עיניים" מלדעת, אודות המצב האמיתי של הדברים (ראו והשוו בג"ץ 556/07 דדון נ' החברה למוסדות חינוך ותרבות ברמלה מיסודה של הסוכנות היהודית בע"מ (לא פורסם, 7.11.2007)).

לפיכך לפחות החל ממועד המכתב הראשון של עו"ד מלכא, משלא פעלה המערערת לקיום תנאי סעיף 203 אלא הסתפקה במכתב תגובה שגרתית, המערערת אינה זכאית עוד להגנת אינטרס ההסתמכות שלה (ראו והשוו מנחם מאוטר "יוצרי סיכונים" ו'נקלעי סיכונים' – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים טז 92, 108 (1986)). בנסיבות אלה נחשבת האחריות לאי-החוקיות כמוטלת במידה רבה על המערערת, ולמידת אשמה זו יש חשיבות בשאלת היקף ההשבה (ראו והשוו: פרידמן תוצאות אי חוקיות חלק שני, 188-189).

75. בסיכום שיקול עקרון תום הלב לדעתי אין פער משמעותי באשם היחסי של הצדדים, ואין הצדקה להחלת החריג לעקרון ההשבה ההדדית בכדי להביא לתוצאה צודקת בין הצדדים. לפיכך אין בעקרון תום הלב כדי לפטור מי מהצדדים מחובת ההשבה. האם יש הצדקה לפטור מי מהצדדים מחובת ההשבה בהתבסס על האינטרס הציבורי?

76. יש להביא בחשבון את האינטרס הציבורי במניעת פגיעה חמורה בתקציב העיריה וביכולתה להמשיך ולתפקד כהלכה. אכן, הטלת חובת השבה על העיריה ביחס לכספים שקיבלה בפועל לאורך תקופה בת ארבע שנים וחצי כדמי שכירות משמעה הלכה למעשה גריעת כספים מן הקופה הציבורית באופן שעלול לשבש את פעילותה של העיריה ולפגוע בתושביה. עם זאת, הטענה – המכונה טענת "הגנת תקציב" בדיני עשיית עושר – מתקבלת "במקרים מוכחים ומבוררים ורק לאחר שהרשות תוכיח את עוצמת הפגיעה ואת היעדרן של חלופות ראויות ומעשיות לתיקונה" (ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פס' 61 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (לא פורסם, 20.2.2006) (להלן: פרשת רשות העתיקות)). הגנה זו מקורה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, והיא חלה על המקרה שלפנינו דרך סעיף 31 לחוק החוזים:

"אין מנוס מההשקפה, כי לעניין ההשבה, מן הראוי הוא להחיל את הוראות סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), גם על חוזים בלתי חוקיים... החלתה של הוראה זו תגרור מאליה את החלתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 על זכות ההשבה. על כן, יחולו על ההשבה גם ההגנות הכלליות הקבועות בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט" (פרשת זגורי, פס' 43 לפסק דינו של הנשיא ברק)

בענייננו העיריה לא טענה כי השבת הכספים תגרום לה נזק כבד (ראו סעיפים 91-100 לסיכומי העיריה). בנסיבות אלה, אין מקום לפרוס על העיריה את "הגנת התקציב" וליתן לה פטור מחובת ההשבה.

77. יש להביא בחשבון גם את הצורך בהכוונת התנהגות שיש בה להביא ליתר הגינות של רשות מינהלית. "נקודת המוצא העקרונית שלנו היא, איפוא, כי השלטון הוא נאמן; ונאמנות מחייבת הגינות, והגינות מחייבת התנהגות (דיונית ומהותית), שאינה מבוססת על אינטרס עצמי אלא על הצורך לקדם את טובת הכלל... על כן צריך השלטון לפעול ביושר ובטוהר לב; עליו לקיים את כללי הצדק הטבעי; עליו לפעול מתוך הכרה בשוויון בין בני האדם; עליו לקיים את הבטחותיו... עליו למסור מידע לציבור... עליו לשקול שיקולים ענייניים בלבד; עליו לפעול מתוך אתיקה ציבורית... עליו לפעול באופן שיאפשר לו להגשים את התפקיד הציבורי שהוטל עליו" (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 366 (1998)). חובת ההשבה המוטלת על העיריה, להשיב את הכספים שקיבלה בפועל

כתוצאה מההסכם המינהלי הבלתי-חוקי, יש בה כדי לתמרץ את העיריה לנהוג ביתר הגינות במגע עם האזרח וליידע את המתקשרים הפוטנציאליים באשר למגבלות החלות עליה. גם זהו אינטרס ציבורי ראוי לקידום (ראו דברי הנשיא צמח בפסקה 44 לפסק הדין בבית המשפט המחוזי). אינטרס זה נוטה לטובת אי-מתן פטור לעיריה מחובת ההשבה המוטלת עליה.

78. כיוון שהעיריה והמערערת ניצבים משני צידי המתרס, הרי שככלל, אינטרס ציבורי הפועל לטובת מתן פטור לעיריה - פועל בהתאמה לשלילת פטור למערערת ואין צורך להאריך.

79. בסיכום שיקול האינטרס הציבורי נמצא כי הכף אינה נוטה לטובת צד מסוים. השיקולים השונים פועלים בכיוונים הפוכים, ויש לאזן ביניהם.

שיקול דרגת הביצוע של החוזה הבלתי חוקי

80. שיקול נוסף שנזכר בפסיקה הוא דרגת הביצוע של החוזה הבלתי חוקי "בשטח" (ראו גרוסקופף 596). בענייננו בוצע החוזה המינהלי במלואו על ידי שני הצדדים, לאורך תקופה בת ארבע שנים וחצי. לכאורה במצב עניינים זה אין להורות על השבה. אולם תכלית דרישת הצורה שבבסיס סעיף 203, שנועדה להגן על הציבור הרחב ועל העיריה מכריתת חוזים בלתי-חוקיים, היא ה"מושכת" לכיוון השבה. מקום בו הורה בית המשפט על השבה, תהא ההשבה הדדית, כפי שהבהיר פרופ' פרידמן:

"כאשר החוזה בוצע במלואו – כפי שצוין לעיל אין במקרה זה, לכאורה, מקום להשבה, שהרי כל צד קיבל את התמורה שציפה לה.... במקרה הרגיל ניתן אף להניח שהצדדים לא יפנו לבית המשפט לבקש סעד כזה, שהרי החוזה בוצע לשביעות רצונם. עם זאת, עשויה שאלת ההשבה להתעורר אם מסתבר, למשל, לאחד הצדדים שערך הנכס השתנה בצורה בולטת. במקרה כזה עשוי הצד המעוניין 'להיזכר' באי החוקיות ולתבוע השבה, מה גם שסעיף 31 לחוק החוזים אינו שולל את זכות ההשבה במקרה כזה ואיננו מבחין בין חוזה בלתי חוקי שבוצע במלואו לחוזה כזה שבוצע רק בחלקו. עם זאת, סבורני כי בנסיבות אלה, ובהעדר שיקולים מיוחדים, ראוי שבית המשפט ישתמש בשיקול דעתו וישלול את הזכות להשבה. המצב עשוי להיות שונה... [ו]עשויה להיות הצדקה להשבה אם אי החוקיות מקורה בהפרת הוראה סטטוטורית המיועדת להגן על אחד מן הצדדים, ולאחר שבוצע החוזה במלואו תובע צד זה השבה. כן יתכן שאין לשלול השבה, אף אם בוצע החוזה במלואו, אם שלילת

הזכות להשבה משמעותה המשכו של מצב אשר המחוקק מעוניין למנוע... יתכן שיש לפסוק השבה כדי למנוע המשך המצב הבלתי חוקי... מובן כי אם נעתר בית המשפט לתביעה תהא חובת השבה הדרדית" (פרידמן תוצאות אי חוקיות חלק ראשון, 643-642).

מכאן שגם שלפי שיקול דרגת הביצוע של החוזה אין מקום, בענייננו, לסטות מעקרון ההשבה ההדרדית.

סיכום תוצאת שיקולי הצדק בהשבה

81. האיזון בין כל השיקולים הנזכרים מחייב לדעתי שמירה על עקרון ההשבה ההדרדית. בכך תושג תוצאה צודקת במישור היחסים בין הצדדים, תוצאה שיש בה שקלול גם של הצדק היחסי בין הצדדים, גם של האינטרסים הציבוריים בדבר חוקיות המינהל הציבורי והצורך כי חוטא לא יצא נשכר (השוו פרשת פרג', 364). אין בנסיבות ענייננו טעם לסטות מן הכלל ולנהוג על פי החריג. בסיטואציה המיוחדת שנוצרה הדרך ההולמת ביותר היא לצוות על השבה הדרדית ועל שני הצדדים להשיב זה לזה את השווי של מה שקיבלו על פי ההסכם. עם זאת, וכפי שנראה מיד, אין זו סופה של הדרך.

המסקנה בדבר השבה הדרדית עולה בקנה אחד עם המשפט המינהלי

82. למסקנה בדבר חובת ההשבה ההדרדית ניתן להגיע, באופן דומה, גם במסגרת סעד הבטלות היחסית במשפט המינהלי. במישור המשפט המינהלי ניתן לראות בהשבה ההדרדית צדק יחסי בין הצדדים. השבת התמורה שנתנה המערערת לעיריה על-פי החוזה המינהלי בחזרה לקופת המערערת היא מעין סעד כספי לטובת המתקשר עם העיריה, שמטרתו להביא לצדק יחסי בין הצדדים באופן המגשר על המתח שבין האינטרס הציבורי שבתכלית דרישת הצורה לבין האינטרס הציבורי בדבר הגינות הרשות המינהלית כלפי המתקשר עמה:

"חוזה שנעשה על ידי גורם מינהלי שלא היה מוסמך לעשותו יהיה חוזה בטל, שאינו מוליד זכויות. תוצאה זו עלולה להיות בלתי הוגנת מבחינתו של הפרט. בהתאם, העוול שעלול להיגרם לו עקב כך מחייב התייחסות. אולם, פתרונו לא יכול להיות על דרך של ההכרה בתוקפן של התחייבויות בטלות, תוך הפקרתו של האינטרס הציבורי. בסיכומי של דבר, נראה כי המענה לבעיה יכול להימצא בפסיקתו של סעד כספי במקרים מתאימים" (דפנה ברק האחריות החוזית 127).

גם בדרך זו משתלב לו הפתרון של המשפט האזרחי עם הפתרון של המשפט המינהלי. ניתן לראות אפוא בעקרון ההשבה ההדדית כמכיל מעין סעד כספי "מינהלי" לטובת הפרט הנפגע מבטלות החוזה במישור המשפט המינהלי. סעד כספי שכזה מגמיש את בטלות החוזה המינהלי, ועולה בקנה אחד עם דוקטרינת הבטלות היחסית.

83. כאמור, קביעת ההשבה ההדדית אינה סופה של הדרך. יש להתייחס לשתי סוגיות נוספות: הראשונה היא שערור התמורה שעל העיריה להשיב למערערת. השניה היא דמי השכירות הראויים שיש לפסוק לטובת העיריה.

הערעור שכנגד: שיטת שערור התמורה שעל העיריה להשיב למערערת

84. שיטת שיערוך כספי ההשבה כרוכה בערעור שכנגד. כזכור, בית המשפט קמא הורה על השבת מלוא הניכויים לעיריה, אך קבע כי במסגרת שיערוך הסכומים יש לפסוק לטובת העיריה רק הצמדה ולא ריבית, וזאת בכדי לתת ביטוי להיעדר חוסר תום הלב של העיריה. הערעור שכנגד, ככל שהוא נוגע לשיערוך כספי ההשבה, מתייחר משהתקבל הערעור בחלקו ונקבע דין השבה חדש. שיערוך ההשבה ייעשה להלן.

85. מכאן לשיטת השערוך הראויה. קבעתי כי על המערערת מוטלת חובה להשיב לעיריה את החניון (הנכס המושכר). המערערת חדלה מלהפעיל את החניון עם הגשת תביעת העיריה, באוקטובר 2001, וכך השיבה את החניון לעיריה ביום 31.10.2001 (ראו סעיף 3.32 להודעת הערעור). עתה על העיריה להשיב את התמורה. מהי שיטת השיערוך הראויה לתמורה? הצדדים הביעו עמדתם בשאלה זו בסיכומים שהוגשו בערעור שכנגד. כפי שקבעה חברתי השופטת ארבל בפרשת פרג' "אין עימנו נוסחה קבועה וקשיחה שתהא ישימה לכל מקרה לקביעת שיעור והיקף ההשבה.... בחינת שיטה זו תהא לאורן של הנסיבות בכל מקרה ועל פי העיקרון כי אין לעשות עושר שלא כדין" (שם, 348).

86. לדעתי יש לקבוע כי שיטת שערור התמורה (דהיינו הסכום שהעבירה המערערת לעיריה בפועל) תהא כמקובל, בהתאם לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961 מיום תשלום הסכום ועד התשלום בפועל (ראו ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540, 554 (1993); ראו גם ע"א 2251/05 ואן -דאם נ' כהן, פס' 11 לפסק דינו של השופט ד' חשין (לא פורסם, 5.7.2007)). אכן "כסף ששולם מוחזר לרוב בערכו הריאלי. עקרון מניעת ההתעשרות שלא כדין מחייב, דרך כלל, כי לסכום הנומינלי תתווסף הצמדה וכן ריבית ריאלית, המייצגת את דמי השימוש בכסף" (פרשת פרג', פס' 348).

7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). השבה של הסכום בערכו הריאלי מתחייבת אף היא מן העיקרון של מניעת התעשרות שלא כדין (ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק, פ"ד מ(3) 214 169 (1986)). קו המחשבה שהנחה אותי שונה מזה שבגינה הורה בית המשפט המחוזי על שלילת הריבית, ואין מקום לסטות מן הדרך המקובלת וליישם שיטת שערך אחרת.

דמי השכירות הראויים להם זכאית העירייה במסגרת תביעת ההשבה

87. קבעתי כי המערערת זכאית להשבה של התמורה בערכה הריאלי, עם הצמדה וריבית, כאשר החישוב ייעשה מיום התשלום על ידי המערערת עד למועד ההשבה. ה"משלים" להשבת התמורה בערכה הריאלי למערערת הוא פסיקת דמי שכירות ראויים לעירייה (ראו פרידמן עשיית עושר, 743).

88. העקרון הכללי בדבר מניעת התעשרות שלא כדין מחייב שכנגד דמי השבה ריאליים ייפסקו דמי שכירות ראויים עבור שימוש בנכס (ראו ע"א 495/80 ברקוביץ נ' קלימר, פס' 21 לפסק דינו של השופט ברק (לא פורסם, 16.9.1982) (להלן: פרשת ברקוביץ)). אף אם הבסיס המשפטי לכך איננו בסעיף 31 לחוק החוזים (ראו דעות השופטים שטרסברג-כהן וטירקל בע"א 6181/93 סולמונוב נ' שרבני, (לא פורסם, 11.5.1998) (להלן: פרשת סולמונוב); בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנ"א 3176/98 סולמונוב נ' שרבני (לא פורסם, 9.11.1998)) הרי שסעיף 31 אינו שולל מתן סעד של דמי שימוש ראויים או דמי שכר ראוי מכוח העקרון הכללי בדבר מניעת התעשרות שלא כדין (ראו גרוסקופף 608). ואכן גם בפרשת סולמונוב הסכימו כל השופטים – כל אחד בדרכו – לפסיקת שכר ראוי עבור שירותים משפטיים שנתנו עורכי דין על-פי חוזה שכר טרחה פסול.

89. המערערת פעלה בחניון שהושכר לה לאורך תקופת החוזה המינהלי הפסול, משך ארבע שנים וחצי. כדי למנוע התעשרות שלא כדין של המערערת יש לפסוק לטובת העירייה שכר ראוי עבור השימוש שעשתה המערערת בחניון לאורך תקופה זו. אכן, תהא זו התעשרות שלא כדין של המערערת, אם היא תקבל את כספי התמורה ששילמה על פי החוזה הפסול בערכם הריאלי ליום התשלום על ידה, ואילו היא מצידה לא תשלם דבר לעירייה עבור השימוש שעשתה בחניון. כשם שהמערערת נתנה לעירייה כספים אותם חייבת העירייה להשיב בערכם הריאלי (התמורה), כך העירייה נתנה למערערת נכס לשימוש. את ערך השימוש הראוי בו (דמי השכירות הראויים) חייבת

המערערת להשיב בערך הריאלי (ראו פרשת ברקוביץ, פס' 21 לפסק דינו של השופט ברק).

90. פסיקת דמי שכירות ראויים תביא לצדק יחסי בין הצדדים. אם לא ייפסקו דמי שכירות ראויים לעיריה הרי שהמערערת "תהנה משני העולמות": מה ששילמה על-פי החוזה המינהלי הפסול יוחזר לה, ועבור השימוש בחניון לא תשלם דבר. זאת אין להתיר:

"אי תשלום דמי שכירות עבור התקופה בה החזיקו בדירה, בוודאי שהוא מביא להתעשרותם של המשיבים שלא כדין מן הדירה, שעה שהמערערים מצדם חייבים להשיב את הכסף שקיבלו עבור הדירה עם ריבית, בשל השימוש שעשו בכסף מיום התשלום. בכך נהנים המשיבים משני העולמות, הן ממגורים חינם והן מתשלום ריבית עבור כספם מיום ששילמוהו למערערים... מכאן, שכשם שהמערערים משלמים עבור השימוש שעשו בכסף, כן צריכים היו המשיבים לשלם עבור השימוש בדירה" (ע"א 687/89 לירן נ' גבריאלי, פ"ד מה(2) 189, 195 (1990)).

עקרונית קיימת זכות לקבלת דמי שימוש בנכס שהועבר במסגרת החוזה הפסול וזאת כנגזרת מהעקרון של מניעת התעשרות שלא כדין. כפי שמציין פרופ' פרידמן:

"מקום שהיה זה חוזה שכירות, אין ספק ששימוש על ידי השוכר בנכס המושכר מהווה תמורה שניתנה לו בגדר החוזה... מקום שהחוזה בטל לחלוטין (למשל, מחמת שלא קויימה דרישה הנוגעת לצורה...) קיימת עקרונית זכות לקבלת דמי שימוש בנכס שהועבר במסגרת החוזה. הטעם ברור. זוהי, למעשה, טובת הנאה שהופקה משימוש ברכוש הזולת" (פרידמן עשיית עושר 741-740; ראו גם ראו פרידמן וכהן 1171).

עמד על כך גם ד"ר גרוסקופף:

"ככלל, יש לראות גם בשימוש בנכס או בכסף משום טובת הנאה אשר יש להשיבה במקרה שהחוזה על פיו ניתנו הינו בטל... שיקול דעת בית המשפט... הוא בעל חשיבות מיוחדת בקשר לפסיקת דמי שימוש ראויים. באמצעותו יכול בית המשפט להשיג איזונים אשר ימנעו אי צדק" (גרוסקופף, 610).

91. הדרך המקובלת לקביעת שיעור דמי השכירות הראויים שעל המערערת לשלם לעיריה היא על פי מחירי השוק (ראו והשוו רע"א 7452/96 מדינת ישראל נ' חברה

קבלנית האחים אהרון בע"מ, פ"ד נא(5) 875, 878 (1998)). הקושי בנקיטת שיטה זו בענייננו הוא שלא נקבעו בעניין זה ממצאים על-ידי הערכאה הראשונה. נוכח מהלכי הצדדים בערכאה הדיונית, בהעדר טיעון מתאים וראיות, ולאור נסיבותיו יוצאות הדופן של מקרה זה, מן הראוי הוא שהפרשה תבוא על סיומה ואין זה רצוי להחזיר את התיק להתדיינות נוספת (ראו והשוו פרשת ברקוביץ, פס' 22). לא ניתן היה לצפות מהצדדים להתייחס לסוגיה זו בסיכומיהם, כיוון שהצדדים טענו ביחס לתביעת השבה של הניכויים ולא בתביעה לדמי שכירות ראויים. מכאן שאין להחמיר עם הצדדים ברף ההוכחה הנדרש לטענה זו.

92. החוזה המינהלי שנעשה בפועל בין הצדדים עשוי לשמש אינדיקציה לדמי השכירות הראויים, דהיינו לסכום ששוכר היה משלם למשכיר בעד שימוש דומה בנכס דומה על יסוד משא ומתן חופשי בהתאם ל"מחיר השוק". לפי שיטה זו ניתן היה לומר, כי כיוון שהצדדים קיימו את החוזה המינהלי "בשטח" משך תקופה ארוכה הרי שדמי השכירות שנקבעו בחוזה הפסול הם-הם ראייה דמי השכירות הראויים וזאת מכוח קיום החוזה בלבד וחרף דרישת הצורה (ראו והשוו פרידמן עשיית עושר 767; שלו דיני חוזים 390, המפנה לסעיף 185 להצעת חוק דיני ממונות). לדעתי אין הצדקה בענייננו להסתמך על ראייה זו כקובעת את דמי השכירות הראויים ואלה טעמי:

ראשית, ישנו קשר רעיוני הדוק בין פגם בצורה בכריתת חוזה לפגם ברצון בכריתת חוזה (פרידמן וכהן 1013; אגמון-גונן 171) ו"ככל ש[דרישת הצורה] מכבידה יותר... ניתן להניח שכוונת הדרישה היא להעמיד את הצדדים בפני תוצאות ההתקשרות ולוודא כי אכן רצונם להתקשר בעסקה" (אגמון-גונן 165). לפיכך לא יהיה זה מוצדק לפסוק דמי שכירות ראויים כשיעור התמורה שהעבירה המערערת לעיריה בפועל, לאחר ביצוע הניכויים, כיוון שלתמורה זו לא הסכימה העיריה ולא היה זה רצונה, פרט לתקופת ביניים קצרה כאמור בהחלטת מועצת העיריה.

שנית, פסיקת דמי שכירות ראויים בגובה דמי השכירות ששולמו בפועל מכוח החוזה המינהלי הפסול מהווה למעשה אכיפה של אותו חוזה עצמו, תוך מתן הכרה, ולו חלקית, לניכויים שבוצעו בפועל בניגוד לסעיף 203 לפקודת העיריות (ראו אגמון-גונן 190; השוו פרידמן עשיית עושר 660-661). סעד כזה עומד בניגוד לתכלית פסילת החוזה המינהלי (פרשת זגורי, עמ' 791). מלומדים הצביעו על הקושי בפסיקת שכר ראוי הבא במקום השכר שנקבע בחוזה הבלתי חוקי, שכן זהו מצב הדברים הפסול אותו ביקש המחוקק למנוע (ראו ביחס לתביעת השבה במסגרת דיני עשיית עושר גרוסקופף 593-594) וההיצמדות למחיר החוזי שנקבע בחוזה פסול מהווה למעשה הכרה ברכיב

הבלתי חוקי שבהסכם (השוו גרוסקופף, 609). כמו כן, התבססות על המחיר החוזי כראיה אלא עולה בקנה אחד עם עקרון מניעת התעשרות שלא כדין כבסיסי הרעיוני להשבה (ראו מיכל אגמון גונן "ההשבה בעקבות ביטול חוזה בשל הפרתו – תרופה חוזית או תרופה שבעשיית עושר ולא במשפט" ספר שמגר ג' 261, 304 (2003)).

שלישית, גם בקרב הדוגלים בגישת האינדיקציה הראייתית, עדיין נשארת השאלה האם מבחינת הדין המהותי מחיר החוזה הפסול הוא המחיר המחייב (ראו פרידמן עשיית עושר 767-769). בכל הקשור לחוזה הפסול מחמת אי קיום דרישת צורה מהותית מקובל עלי כי לא יהיה הצד הזכאי לדמי שכירות ראויים (העיריה) מוגבל לתמורה שנקבעה בחוזה הפסול:

"שאלת היחס למחיר המוסכם עשויה להתעורר גם במקרים שבהם היה החוזה בטל לחלוטין, למשל, מחמת אי קיום דרישה הנוגעת לצורה או אף מחמת אי חוקיות. במקרים אלה בוודאי שאין המחיר ה'חוזי' מחייב... כאשר נפגם חוזה מחמת אי חוקיות, הנעוצה בכך שהחוזה מנוגד להוראת חוק המבקשת להגן על אחד הצדדים, לא יהיה צד זה מוגבל למחיר שנקבע בחוזה הפסול" (פרידמן עשיית עושר 772-771).

אכן, פסיקת דמי שכירות ראויים בסכום זהה או קרוב למה שנקבע בחוזה הפסול מביאה ל"עקיפה" של מדיניות החקיקה שקבעה את דרישת הצורה. בכך נפגע האינטרס הציבורי ומסוכלת תכלית דרישת הצורה (ראו אגמון-גונן 174, 181). יש לקחת שיקול זה בחשבון, וזאת אף שיש הרואים בו שיקול משני בלבד, שיקול הנסוג מפני העקרון הכללי של מניעת התעשרות שלא כדין והחתימה להביא לצדק יחסי בין הצדדים (ראו פרידמן וכהן 1170, 1171 ה"ש 124, וכן פרידמן עשיית עושר 409 ה"ש 33; כן ראו פרשת פרג', 364).

93. לפי ההלכות שנפסקו בפרשת סולומנוב ובפרשת ברקוביץ אין מניעה לפסוק דמי שכירות ראויים. ראוי לעשות כן, ולו באופן חלקי, בהתבסס על העיקרון של מניעת התעשרות שלא כדין (ראו גרוסקופף 595). אשר לגובה דמי השכירות הראויים, מהשיקולים הנזכרים לעיל דעתי היא שיש לפסוק לטובת העיריה דמי שכירות ראויים בשיעור גבוה יותר מהתמורה אותה קיבלה בפועל לאחר הניכויים אך נמוך יותר מדמי השכירות לפי ההסכם המקורי.

מצד אחד, דמי השכירות הראויים גבוהים מהתמורה אותה קיבלה העירייה בפועל (לאחר הניכויים), כיוון שהעירייה לא היתה מעוניינת בחוזה ניכויים מסוג זה לאורך תקופה בת ארבע שנים וחצי אלא לתקופת ביניים קצרה בלבד. על פי הנתונים שבתיק התמורה בפועל שקיבלה העירייה בחודשים האחרונים לקיומו של החוזה המינהלי, החל מחודש נובמבר 2000 ועד ספטמבר 2001 (למעט חודש פברואר 2001) היתה אפס, כאשר בחודשים נובמבר ודצמבר 2000 סכום ההפסדים אף עלה על דמי השכירות, באופן שהעירייה הפכה חייבת בעצמה כספים למערערת. מכאן שלאורך כמעט שנה עד הגשת התביעה לא שילמה המערערת שום תמורה עבור השימוש בחניון. פשיטא שדמי השכירות הראויים גבוהים "מתמורה" זו ששולמה בפועל, וזאת גם אם נתייחס למוצא לאורך התקופה כולה. אכן, ניתוח החוזה המינהלי ויישומו בשטח מלמד כי דמי השכירות ששילמה המערערת לעירייה בפועל גילמו דמי שכירות נמוכים במיוחד. בנסיבות אלה יש לפסוק דמי שכירות ראויים גבוהים מהתמורה ששילמה המערערת בפועל, שכן המחיר ששילמה המערערת איננו "המחיר האמיתי" לשכירות (ראו פרידמן עשיית עושר 772; לשאלת היחס למחיר החוזי ראו גרוסקופף 600, ה"ש 631 וכן בעמ' 609).

מצד שני, דמי השכירות הראויים נמוכים מדמי השכירות שנקבעו בהסכם המקורי (דמי השכירות המקוריים), כיוון שהמערערת הודיעה במפורש לעירייה, לפני הפגישה ביום 12.2.1997, כי היא אינה מוכנה להמשיך להפעיל את החניון בתנאי ההסכם המקורי (ראו למשל מכתב מנכ"ל המערערת מיום 22.7.1996 הנזכר לעיל). המערערת הסכימה להמשיך ולהפעיל את החניון רק בעקבות הסיכום בפגישה, בו נקבעו דמי שכירות מופחתים בהתאם למנגנון הניכויים (בדו"חות המערערת הופיעו הניכויים כמרכיב בשם "השתתפות העירייה"). בנסיבות אלה ראוי לפסוק דמי שכירות ראויים הנמוכים מדמי השכירות שדרשה העירייה לפי ההסכם המקורי, שכן סכום זה איננו משקף את המחיר במשא ומתן בין הצדדים ערב החוזה המינהלי.

94. החוזה המינהלי כשלעצמו לא מהווה אפוא אינדיקציה מכרעת לשיעור דמי השכירות הראויים. לדמי השכירות הראויים רף תחתון – התמורה ששולמה בפועל, ורף עליון – דמי השכירות לפי ההסכם המקורי (להלן: טווח דמי השכירות הראויים). דעת היא שבהיעדר אינדיקציה אחרת נוספת בחומר הראיות שלפנינו, ובהתחשב בצורך להביא את הפרשה לסיומה ללא התדיינות נוספת, יש לפסוק לעירייה דמי שכירות ראויים חודשיים בגין התקופה שבין חודש מרץ 1997 לאוקטובר 2001 (כולל) בשיעור התמורה שקיבלה העירייה בפועל בכל חודש בתוספת מחצית טווח דמי השכירות

הראויים. השיעור הכמותי של מחצית טווח זה לאורך התקופה הוא, למעשה, מחצית כספי הניכויים שניכתה המערערת מדמי השכירות שבהסכם המקורי.

אציע לחברותיי לפסוק כך. בדרך זו יש לדעתי עשיית צדק (חלקי) בין הצדדים. אין בדרך זו סיכול של מדיניות המחוקק ואכיפה בעקיפין של החוזה, כיוון ששיעור דמי השכירות שנפסק גבוה יותר מדמי השכירות ששילמה המערערת בפועל בהתבסס על החוזה המינהלי, ששקלל "הנחה" לא חוקית בניגוד לסעיף 203. ודוק: אין מדובר בהערכה של הסכום שהיה מקבל בדיעבד את אישור ראש העיריה (ראו פרשת זגורי 795 וביקורת אצל גרוסקופף, 616, 622-623) אלא בהערכה, בדרך אומדנא דדינא, של טובת ההנאה שהפיקה המערערת מהנכס הלכה למעשה ושאותה עליה להשיב כדי שלא תימצא מתעשרת שלא כדין.

95. שיטת שיעור דמי השכירות הראויים תהא שיטת השיעור הרגילה, בהתאם לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961 מיום תשלום התמורה (ששולמה בפועל) ועד התשלום בפועל. דמי השכירות הראויים כוללים בתוכם את מחצית כספי הניכויים. כזכור, בית המשפט המחוזי הורה על העברת מלא כספי הניכויים, אך שלל את מרכיב הריבית, משיקולים של חוסר תום לב בהתנהגות העיריה. לדעתי אין לסטות משיטת השיעור הרגילה.

96. הפתרון המוצע – השבה הדדית בערכים ריאליים ולצידה פסיקת דמי שימוש ראויים לעיריה – נובע במישרין מסעיפים 30-31 לחוק החוזים ומעקרונות של מניעת התעשרות שלא כדין. הוא עולה בקנה אחד גם עם דוקטרינת הבטלות היחסית במשפט המינהלי. חוט השני בדינים אלה הוא שאין לאפשר למי מהצדדים לחוזה הבלתי חוקי והפסול להתעשר שלא כדין: על הצדדים "לשלם" עבור טובות ההנאה שקיבלו מכוח ההסכם הפסול. חלופה של אי-התערבות בחוזה הבלתי חוקי עשויה להיראות במבט ראשון פעולה שיפוטית "פאסיבית" המושכת ידיה מהסכם בלתי חוקי (ראו והשוו גרוסקופף 596-597). אין זו חלופה ראויה. משמעות חלופה זו היא למעשה אכיפת הסכם בלתי חוקי בניגוד למדיניות החקיקתית שבבסיס סעיף 203. כפי שהסברתי לעיל, חוק החוזים העניק לבית המשפט את הסמכות והכלים להתערב בתוצאות החוזה הבלתי חוקי מתוך מטרה להביא לצדק יחסי בין הצדדים תוך התחשבות במדיניות החקיקתית. גם במקרה שלפנינו ניתן וראוי, לדעתי, להביא לצדק יחסי בין הצדדים.

97. נותר, מהערעור שכנגד, עניין שכר טרחת עו"ד והוצאות שנפסקו. ככלל, בית המשפט שלערעור אינו נוטה להתערב בשאלת הוצאות המשפט אלא בנסיבות יוצאות דופן (ראו למשל ע"א 2006/04 סיבוני נ' שלזינגר (לא פורסם, 22.8.2004)), על אחת כמה וכמה כאשר הערעור התקבל בחלקו. על כן חלק זה של הערעור שכנגד נדחה.

הערות בטרם סיום

98. המערערת טענה כזכור טענה נוספת במישור המשפט המינהלי: לטענתה על המקרה שלפנינו חלה דוקטרינת ההבטחה המינהלית ומכוחה יש לחייב את העיריה לקיים את החוזה המינהלי. אין בטענה זו כדי לסייע למערערת. אפילו נראה בסיכום בפגישה הבטחה מצד הגזבר להמשיך ביחסים חוזיים בתנאים חדשים, הרי שההבטחה אינה יכולה להיחשב הבטחה שלטונית, כיוון שתנאי לקשירתה של רשות להבטחתה הוא, בין היתר, כי ההבטחה ניתנה על ידי מי שמוסמך לכך בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי, וכי בכוחו לקיים את הבטחתו (ראו בג"ץ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל' (1) 673; בג"ץ 142/86 "דשון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פ"ד מ' (4) עמ' 523; כן ראו אלכס שטיין "הבטחה מינהלית" משפטים יד 255, 274-275 (1984)). תנאי זה לא נתקיים כיוון שלגזבר לא היתה סמכות חוקית להתחייב בתשלום למערערת, אלא בצירוף חתימת ראש העיריה, שלא ניתנה. לפיכך לא נתקיימו התנאים לחיובה של העיריה מכוח דוקטרינת ההבטחה המינהלית.

גם בהקשר זה עולים דיני החוזים והמשפט המינהלי, בנסיבות העניין שלפנינו, בקנה אחד: כשם שאין בדוקטרינת מצג השווא במשפט האזרחי לאכוף על העיריה את קיום החוזה (פרשת שם-אור) כך גם אין בדוקטרינת ההבטחה המינהלית במשפט המינהלי לאכוף על העיריה את קיום החוזה שנעשה על ידי גורם שאינו מוסמך לכך.

99. בעדותו בבית המשפט המחוזי לא היסס הגזבר, מר בן חיים, ליטול על עצמו אחריות להשתלשלות האירועים בפרשה. בעדותו הודה כי חרג מסמכותו (עמ' 7 לפרוטוקול שורה 4) וכי היה מודע לסעיף 203 ולדרישות החתימה על פיו (עמ' 13 לפרוטוקול, שורה 15). במכתבו מיום 14.12.2001 לגזבר העיריה שהחליף אותו, מר אליהו זיטוק, אף הגדיל לעשות והציע שהעיריה תתבע אותו אישית:

"אילו נועצתם בי מלכתחילה, הייתי מייעץ לכם שלא להגיש את התביעה. אני שמשתי בזמנו כגזבר העירייה

וקיבלתי בנדון את ההחלטות שיושמו. לפיכך, לדעתי אם נדרש להגיש תביעה נגד מישוהו, אזי זה צריך להיות נגדי. אני אחראי להסדר... הפתרון היה בעיקרון זמני, אך לצערי נתארך יתר על המידה".

מובן כי בפסק דין זה אין כדי להכריע ביחסים בין העיריה לבין הגזבר.

סוף דבר ותוצאה אופרטיבית

100. דין הערעור להתקבל. אציע לחברותיי כי פסק הדין של בית המשפט המחוזי יתבטל. נקבע כי החל מחודש מרץ 1997 ועד חודש אוקטובר 2001 (כולל) החוזה המינהלי שנקבע בסיכום בפגישה מיום 12.2.1997 הוא חוזה בלתי חוקי, בהיותו נוגד את דרישת הצורה המהותית הקבועה בסעיף 203 לפקודת העיריות. החוזה המינהלי הבלתי חוקי בטל לפי הוראת סעיף 30 לחוק החוזים. על הצדדים חלה חובת השבה הדדית מכוח סעיף 31 לחוק החוזים. בנסיבות העניין, אין מקום לסטות מעקרון ההשבה ההדדית. משמעות ההשבה ההדדית היא חיוב העיריה להשיב למערערת את התמורה הריאלית (הסכום שהעבירה המערערת לעיריה בפועל לתקופה זו) וחייב המערערת לשלם לעיריה דמי שכירות ראויים ריאליים לתקופה זו.

רעיונית על העיריה להשיב למערערת את התמורה שקיבלה בפועל על-פי החוזה המינהלי (סך כל הסכומים החודשיים שהעבירה המערערת לעיריה בפועל) בגין התקופה שבין מרץ 1997 לאוקטובר 2001. שיערוך התמורה ייעשה בהתאם לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961 מיום תשלום הסכום ועד מועד השבתו. על המערערת להשיב לעיריה את החניון, ואנו מבינים כי כבר עשתה כן. כמו כן על המערערת לשלם לעיריה דמי שכירות ראויים עבור החניון בגין התקופה שבין חודש מרץ 1997 לאוקטובר 2001. הסכום ייקבע כתמורה שקיבלה העיריה בפועל על-פי החוזה המינהלי בתקופה זו בתוספת מחצית כספי הניכויים שניכתה המערערת בתקופה זו. שיערוך דמי השכירות הראויים ייעשה בהתאם לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961 מיום תשלום הסכום ועד מועד השבתו.

ציינתי כי "רעיונית" על העירייה להשיב למערערת את התמורה שקיבלה בפועל. באופן מעשי ניתן לעשות קיצור דרך: מדמי השכירות הראויים הריאלים, שפסקתי לטובת העיריה, ניתן להפחית את התמורה הריאלית, שפסקתי לטובת המערערת (ראו והשוו תוצאת פסק הדין בפרשת ברקוביץ). לפיכך התוצאה הסופית היא כי על המערערת להעביר לעיריה את יתרת דמי השכירות הראויים הריאליים בלבד,

בגובה מחצית כספי הניכויים שניכתה המערערת בתקופה זו בתוספת ריבית והצמדה כחוק מיום תשלום התמורה (מידי חודש בחודשו) ועד ליום התשלום בפועל.

מובן שמשנקבע שפסק הדין המחוזי יתבטל, על המשיבות להחזיר למערערת את הסכום ששילמה להן בעקבות פסק הדין המחוזי, ושביצעו לא עוכב, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק, מיום העברת הכספים ועד ליום התשלום בפועל.

משהתקבל הערעור באופן חלקי יישאו המשיבות יחדיו בשכר טרחת המערערת בסך 50,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ארבל:

אני מצטרפת לפסק דינה המקיף והמורכב של חברתי, השופטת נאור, הצועד בתפר שבין המשפט הפרטי למשפט המנהלי ומשלב את המסלול החוזי והמסלול המנהלי זה בזה. בסופו של ניתוח מפורט הגיעה חברתי למסקנה כי יש להחיל את דוקטרינת הבטלות היחסית בענייננו, כמעין תמונת-ראי של סעיפים 30 – 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973. הדרך בה ניתחה חברתי את העניין שלפנינו מביאה לטעמי לעשיית צדק ככל הניתן עם כל אחד מן הצדדים ומתאימה את הסעד לנסיבות המקרה.

אני מסכימה לגישתה של חברתי לפיה המקרה שלפנינו מצדיק את החלטה של תורת הבטלות היחסית ועוד מסכימה אני כי גם בשדה המשפט המנהלי בכוחה של זו להגן גם על זכותו של גורם פרטי – ובענייננו, מי שהתקשר עם העיריה – ואין היא מגנה אך ורק על האינטרס המינהלי. כן מקובל עליי כי בעיקרון תום הלב ובחובת ההגינות של הרשות המנהלית יש כדי להגמיש את תוצאות דרישת הצורה הקבועה בסעיף 203 לפקודת העיריות. כשברקע כל אלה העיקרון של מניעת התעשרות שלא כדין ובחינת שיקולי צדק באמצעות עקרון ההשבה, תוצאת פסק הדין, בסופו של יום, משלבת לטעמי את האינטרס הציבורי עם שיקולי צדק, הגינות ויושר.

אני רואה חשיבות עליונה למנוע אפשרות שהעירייה כרשות מנהלית תעשה שימוש בסעיף 203 לפקודת העיריות באופן המקנה לה חומת מגן, מעין חסינות מפני

הצורך לשקול את התנהגותה ולכלכל את צעדיה על-ידי שיינתן לה פטור מוחלט מחובת ההשבה. הפיתרון של השבה חלקית נראה לי נכון וראוי בנסיבות המקרה.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה לפסק דינה המעמיק ורחב היריעה של חברתי השופטת נאור ולכך שדין הערעור להתקבל באופן חלקי, אך אבקש להעיר שתי הערות קצרות.

1. דרישת הצורה שבסעיף 203 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: פקודת העיריות) מהווה תנאי מהותי לתוקפן של התחייבויות שהעירייה נוטלת על עצמה, ומקובלת עלי עמדת חברתי - אשר פסעה בעניין זה בתלם שנחרש על-ידי הנשיא א' ברק בבג"ץ 231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749 (1995) - כי בצד הדין המינהלי יש להחיל על חוזים פסולים דוגמת חוזה שאינו מקיים את דרישת הצורה שבסעיף 203, את ההסדר הנורמטיבי הקבוע בסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). כמו כן מקובלת עלי עמדת חברתי כי בבואנו לקבוע מהן תוצאותיה של אי-חוקיות החוזה המינהלי, יש להחיל עקרונות של תום לב וחובות של הגינות וכי במקרים מתאימים יש בכוחם של אלה, כ"שיקולי צדק", להביא להגמשה של תוצאות הסטייה מדרישת הצורה המהותית שבסעיף 203 לפקודת העיריות. במקרה דנן תבעה העירייה השבה של סכומי הניכוי אותם זקפה לזכות המערערת במהלך השנים בהן התקיים ביניהן קשר עיסקי על-פי החוזה המינהלי הפסול. בהתאם לסעד שנתבקש, נדרשה חברתי לסוגיית ההשבה והחילה לגביה שיקולים של צדק כאמור, לאחר שהגיעה לכלל מסקנה כי העירייה נהגה במקרה דנן בחוסר תום-לב. אבקש להדגיש, אף שסוגיה זו לא התעוררה במקרה שלפנינו, כי לדידי אין להוציא מכלל אפשרות שבמקרה מתאים יוכל בית המשפט להטיל על הרשות חובה לקיים את חיוביה כלפי הצד האחר על-פי החוזה הפסול, כולם או מקצתם, מקום שהצד האחר ביצע את חיוביו על-פי אותו החוזה. זאת מכוח תחולתו הרחבה של עיקרון תום הלב ומכוח שיקול הדעת המסור לבית המשפט בעניינים אלה על-פי סעיף 31 לחוק החוזים סיפא.

2. בהתחשב במכלול השיקולים הצריכים לעניין סברה חברתי השופטת נאור כי במקרה דנן אין מקום לסטות מעיקרון ההשבה ההדדית, והיא הוסיפה וקבעה כי משמעות ההשבה ההדדית בענייננו היא "חיוב העיריה להשיב למערערת את התמורה הריאלית (הסכום שהעבירה המערערת לעירייה בפועל לתקופה זו) וחיוב המערערת לשלם לעיריה דמי שכירות ראויים ריאליים לתקופה זו". ובהמשך הדברים הוסיפה השופטת נאור וקבעה:

"רעיונית על העיריה להשיב למערערת את התמורה שקיבלה בפועל על-פי החוזה המינהלי (סך כל הסכומים החודשיים שהעבירה המערערת לעיריה בפועל) בגין התקופה שבין מרץ 1997 לאוקטובר 2001. שיערוך התמורה ייעשה בהתאם לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961 מיום תשלום הסכום ועד מועד השבתו. על המערערת להשיב לעיריה את החניון, ואנו מבינים כי כבר עשתה כן. כמו כן על המערערת לשלם לעיריה דמי שכירות ראויים עבור החניון בגין התקופה שבין חודש מרץ 1997 לאוקטובר 2001. הסכום ייקבע כתמורה שקיבלה העיריה בפועל על-פי החוזה המינהלי בתקופה זו בתוספת מחצית כספי הניכויים שניתנה המערערת בתקופה זו. שיערוך דמי השכירות הראויים ייעשה בהתאם לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961 מיום תשלום הסכום ועד מועד השבתו" (ראו פסקה 100 לפסק-הדין).

דומני כי במקרה שלפנינו די אם נאמר כי בשל שיקולים של צדק (עליהם עמדה חברתי בהרחבה), יש לחייב את המערערת להשיב לעירייה מחצית בלבד מסכום הניכויים שזקפה העירייה לזכותה בהתחשבות שביניהן ביחס לתקופה ממרץ 1997 ועד אוקטובר 2001, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק. דרך זו עדיפה בעיני על הדרך המפורטת לעיל שאימצה חברתי השופטת נאור וזאת משני טעמים עיקריים. ראשית, עניין לנו בתביעת העירייה להשבת סכומי הניכוי המהווים על-פי גישת העירייה טובת הנאה שקיבלה המערערת מידיה במהלך תקופת החוזה. לפיכך, נראה לי נכון להציב במוקד ההכרעה בשאלת ההשבה את סכום הניכויים האמור. שנית, אין בראיות שהוצגו בהליך דנן עוגן כלשהו לצורך קביעת דמי שכירות ראויים (הנבדלים מדמי השכירות החוזיים או כל נגזרת שלהם). חסר זה לא ניתן בעיני למלא בדרך של אומדנא דדינא, בייחוד אם אומדנא זו מבוססת על "טווח דמי שכירות ראויים" שהרף התחתון והרף העליון בו נסמכים שניהם על ההסדר החוזי שבוטל.

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתנה היום, כ"ו טבת, תשס"ט (22.1.2009).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת