

1. מנחם מייזליש, עו"ד

2. יחיאל ציק, עו"ד

נגד

עיריית קרית שמונה

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[17.5.76]

### פסק-דין

השופט שמגר: 1. בפנינו ערעור על החלטתו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו על-פיה נמחקה על-הסף תביעתם של המערערים שהוגשה בסדר דין מקוצר ובה נתבקש בית המשפט לחייב את המשיבה בתשלום פיצויים מוסכמים מראש בסכום של 226,805 ל"י בשל הפרתו של הסכם שנכרת בין המשיבה למערערים.

2. עלה עיקרי הנתונים עליהם נסבה המחלוקת שבפנינו:

א. המערערים הם עורכי דין ולהם משרד לעריכת דין בתל-אביב. ביום 17 באוקטובר 1971 נכרת הסכם בין המערערים לבין "המועצה המקומית קרית שמונה" (כמעמדה המוניציפלי של העיר קרית שמונה בעת ההיא) שיוצגה על ידי ראש המועצה דאז, אברהם אלוני, לפיה יהיו המערערים -

"באי כוחה של המועצה ויועציה המשפטיים החל מיום 12.9.71".

לפי סעיף 3 להסכם האמור:

"המועצה מתחייבת בזה למסור ולהביא לטיפול לעוה"ד הנ"ל את כל העניינים הבאים כדלקמן:

א. את כל הטיפול בתביעות בשם המועצה - במשפטים אזרחיים בבתי משפט השלום, המחוזי, העליון, בג"ץ, בית דין לעבודה וכן לפני כל טריבונל שיפוטי אחר.

ב. גביית חובות מחייבים עבור המועצה.

ג. עריכת וניסוח מכרזים.

ד. עריכה וניסוח - חוזים עם קבלנים, קבלני משנה, ספקים, זוכי מכרזים למיניהם ו/או כל עריכת חוזה, הסכם, זכרון דברים בין המועצה לבין כל גוף או אדם אחר.

המועצה מתחייבת ומצהירה בזה כי עוה"ד הנ"ל - בלבד, יערכו את החוזים וההסכמים כנ"ל עבורה ועבור הצד השני והמועצה מתחייבת שלא להתקשר ולא להכנס לכל חוזה מכל סוג שהוא שלא ייערך על ידי עוה"ד הנ"ל.

ה. המועצה תמסור ותעביר לטיפולם ולניהולם הבלעדי של עוה"ד הנ"ל את הביצוע, העריכה, הטיפול, הליך מכל סוג שהוא שעל פיה דין והנהג יש לעשותם ונעשים בד"כ ע"י עו"ד.

שכר הטירחה נקבע לסכום של 500 ל"י לחודש ובנוסף לכך "שכר הטרחה המינימלי בהתאם לתעריף לשכת עורכי-הדין עבור טיפול בהגשת תביעות ובהגשת כתבי הגנה ובגביית חובות בהוצל"פ".

לפי סעיף 8 להסכם רשאית היתה המועצה למסור ענין משפטי לטיפול לידי אחד מעובדי המועצה או לאדם אחר, שעליו תבוא הסכמת שני הצדדים.

תקפו של החוזה נקבע לתקופה של שנתיים מיום חתימתו והוסף כי אם "לא יודיע כל צד למשנהו בתום 30 מיום מיום 12.8.73", הרי יוארך תקפו של החוזה אוטומטית למשך שנה נוספת וכך הלאה בתום כל שנה.

כן הוסכם כי -

"כל צד שיפר חוזה זה או חלק ממנו יהיה חייב לפצות את הצד המקיים במלא נזקיו הממשיים והעתידיים (מניעת רוח כדו)" (סעיף 9).

ב. ביום 20.12.73 (היינו, אחרי תחילתו של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג1973-) חתמו הצדדים שבפנינו על "תוספת לחוזה" לפיה הסכימו ביניהם כי ההסכם מיום 17.10.71 יוארך לעוד חמש שנים נוספות, היינו עד ליום 17.10.78 (סעיף 1 לתוספת לחוזה).

סעיפים 3 ו-4 לחוזה קבעו:

"3) במקרה והמועצה המקומית תפר סעיף 3 לחוזה המקורי וסעיף 1 לתוספת זו יהיה עליה לשלם לעורכי הדין סך של 50,000 ל"י (חמישים אלף לירות) עבור כל שנה מיום הפרת החוזה ועד לתום תקופת החוזה, כפיצויים קבועים

ומוערכים מראש מבלי שעו"ד הנ"ל יצטרכו להוכיח כל נזק, וזאת בנוסף לאמור ומבלי לגורע או לפגוע בכל האמור בסעיף 9 לחוזה המקורי.

(4) המועצה המקומית מתחייבת בזה לא להעביר ולא למסור לכל עו"ד אחר כל טיפול משפטי וכל ענין שנהוג להיעשות ע"י עו"ד. במקרה שהמועצה תפר סעיף זה הרי שפרט לפיצויים האמורים לעיל סעיף 3 הרי שהמועצה תשלם שכ"ט לעו"ד כאילו ביצעו את העבודה".

מצד המועצה חתמו על התוספת לחוזה מר דוד מורה, ראש המועצה המקומית דאז ומר משה ברנשטיין גזבר המועצה המקומית.

עקב סכסוך שנפל בין הצדדים שבפנינו ואשר פרטיו אין ענינם לכאן, הפסיקה המשיבה לשלם החל מאפריל 1974 את שכר הטרחה החדשי של המעוררים וביום 1.8.74 הודיעה להם המשיבה כי -

"בישיבה מס' 9/74 מיום 31.7.74 החליטה מועצת העיר להפסיק את החוזה שיש להם עמכם בדבר מתן שרותים משפטיים.

הנכם מתבקשים להחזיר לעיריה את כל החומר שיש ברשותכם, ואם ישנם משפטים תלויים ועומדים - ליתן הסכמתכם בכתב לגבי המשך הטיפול ע"י עו"ד אחרים.

לאחר החזרת החומר הנ"ל, תהיה העיריה מוכנה להעבירם לבוררות של בורר שימונה על ידי לשכת עורכי הדין, והעיריה מתחייבת בזה למלא אחר פסק הבורר שיינתן".

בעקבות זאת הוגשה תביעת המעוררים אשר לפיה -

"(3) ביום 1.4.74 הפרה הנתבעת את ההסכם והתוספת הנ"ל עם התובעים כדלקמן:

(א) הפסיקה לשלם לתובעים את הסכומים המגיעים להם בהתאם לסעיף 5 להסכם.

(ב) הפסקה מלמלא את כל התחייבויותיה בהתאם להסכם ולתוספת הנ"ל.

(4) ב-1.8.1974 שלחה הנתבעת לתובעים מכתב בו הודיעה הנתבעת על ביטול ההסכם והתוספת. צילום המכתב מצורף לכתב התביעה ומהווה חלק בלתי נפרד המינה.

(5) התובעים קיימו ומילאו כיאות את כל התחייבויותיהם עפ"י ההסכם והתוספת.

(6) כתוצאה מהפרת ההסכם והתוספת כאמור לעיל, נגרמו לתובעים נזקים אשר נקבעו והוערכו מראש בסך של 500,000 - ל"י לשנה כאמור בסעיף 3 לתוספת. דהיינו עבור התקופה מיום 1.4.74 עד ליום 17.10.78 ס"ה 4 וחצי

שנים ועוד 13 יום ס"ה הפיצויים המגיעים, בהתאם למוסכם בתוספת  
226,805.- ל"י".

3. בפני בית-המשפט המחוזי טענה המשיבה כי יש לדחות את התביעה על הסף וזאת מתוך  
ארבעה טעמים חלופיים, שהובאו בבקשה בדרך המרצה שהוגשה על ידיה ואלו הם כלשונם:

- "(1) החוזים עליהם מסתמכת התביעה (להלן החוזים) מנוגדים לסדר הציבורי לכללי  
לשכת עורכי הדין ויתר כללי האתיקה המקצועית החלים על עורכי דין.
- (2) החוזים היו טעונים אשור שר הפנים והם לא אושרו על ידו.
- (3) יש בתנאי החוזים משום הטעייה ועושה המבקשת ולכן היתה זכאית לבטלם.
- (4) החוזים הנ"ל נוגדים את טובת הציבור".

לחלופין נתבקשה על ידי המשיבה רשות להתגונן.

4. בהחלטתו לדחות את התביעה על הסף התבסס בית-המשפט המחוזי על הטענה השניה הנ"ל  
לפיה לא אושרו ההסכמים על ידי שר הפנים. לענין זה עלה מחומר הראיות כי ההסכם מיום  
17.10.71 והתופסת מיום 20.12.73 אושרו על ידי מועצת הרשות המקומית. אולם טענת  
המשיבה היתה כי על ההסכם ועל התופסת חל סעיף 191 לצו המועצות המקומיות (א),  
תשי"א-1950 (להלן - הצו) לפיו:

"491. חוזה של מועצה למתן זכיון או מונופולין, או חוזה שאין להוצאות הכרוכות בו  
הקצבה מתאימה בתקציב המאושר, טעון אישור המועצה וכן אישור השר בכתב".

בעדותו בפני בית-המשפט העיד אמנם ראש המועצה, אברהם אלוני, כי ההסכם אושר על ידי  
שר הפנים אך חיפושים ובירורים שנערכו במשרד הפנים לא גילו אישור בכתב כאמור. הוא  
הדין בענין התוספת להסכם: מר אלוני העיד כי הגיש את התוספת לממונה על המחוז והלה  
הגיב כי:

"זוהי שערוריה ושיבוטל מיד"

ואישור בכתב של שר הפנים לא נתגלה גם כאן. בית-המשפט המחוזי קבע כי ברור שההסכם  
הוא הסכם למסור למערערים "מונופולין בטיפול משפטי אזרחי" של המועצה. שהיה טעון  
אישור בכתב של שר הפנים. אומר בית-המשפט:

"אין לי ספק כי אדם שקיבל זכות-יחיד לשירות מקצועי כגון שירות במשפטים אזרחיים,  
בגביית חובות ומסים של המרשה ובעריכת חוזים ומכרזים, זכה למונופולין בישראל זה  
שהרי, כאמור, לא הותר למועצה למסור שירותים משפטיים אלה לאחר, לא לעובד מעובדיה  
ולא אלדס זר, אלא בהסכמת התובעים".

הסכם מונופולין כאמור, הנעדר אישור בכתב של שר הפנים הוא לדעת בית-המשפט המחוזי חסר תוקף משפטי. מכאן שלא היתה עילה משפטית לתבוע סכום קצוב בשל הפרתו של חוזה שלא אושר כדין והוחלט לבטל את התביעה, על אתר.

5. בערעורם בפנינו טוענים המערערים כי בית-המשפט המחוזי טעה בקבעו כי החוזה, נשוא הדיון, הוא חוזה בדבר מונופול עליו חל סעיף 191 לצו.

טענה חלופית היא כי לא הוכח ששר הפנים או מי שהשר הסמיכו לכך, אכן לא אישר את החוזה. המכתב של משרד הפנים לפיו לא נמצא האישור לא היה קביל כראיה ולענין זה צריך היה בית-המשפט להסתמך על דבריו הנ"ל של ראש המועצה, אברהם אלוני ותו לאו.

טענה שלישית בפי המערערים והיא כי שגה בית-המשפט המחוזי בקבעו כי למערערים הוקנתה הזכות לגביית חובות או מסים. כל שנכלל בחוזה, לגרסתם, אינו אלא הסכמה מצדם לטפל בגבייתם של אותם חובות או מסים שהמשיבה תעביר לידיהם.

6. א. השאלה הראשונה הניצבת בפנינו בערעור זה היא אם צדקה הערכאה הראשונה בקבעה כי במקרה דנן מדובר על הענקת מונופולין אשר סעיף 191 לצו חל עליו.

לצורך סוגיה זו נסכם תחילה את הרובד העובדתי, ננקוט עמדה בשאלה מהו מונופולין לענין הצו וניישם לאחר מכן את מסקנותינו המשפטיות לעובדות שבפנינו.

ב. כפי שעולה מן ההסכם והתוספת להסכם מסרה המועצה למערערים את הטיפול הבלעדי בכל תביעותיה וייחודה למערערים את הזכות לטפל בכל נושא משפטי אשר למועצה נגיעה לו, הכל כמפורט בסעיף 3 להסכם שצוטט לעיל.

הצדדים לא הסתפקו בתיאור - בדרך פירוט מצוות תעשה - של הנושאים שנמסרים לטיפולם של המערערים, אלא הוסיפו גם לאו, באשר להעסקתו של כל גורם אחר בנושאים משפטיים, כי הרי סעיף 6 להסכם קבע כי רק:

"בהסכמת שני הצדדים תוכל המועצה למסור לטיפול ענין משפטי כל שהוא לידי אחד מעובדי המועצה או לאדם אחר אשר עליו תבוא הסכמת שני הצדדים."

במילים אחרות, לפי תנאי החוזה אפילו עובד המועצה איננו יכול להיות מועסק בעבודה משפטית מן הסוג שהחוזה דן בה, אלא בהסכמת המערערים ובאשר לאדם שאינו עובד המועצה דרושה לא רק הסכמה עקרונית של המערערים אלא אישור אישי מיוחד (כלשון ההסכם ".... אדם... אשר עליו תבוא הסכמת שני הצדדים"). אולם גם בכך לא סגי: התוספת להסכם קבעה סנקציה כספית מרחיקת לכת לכל הפרה, קטנה כגדולה, של ההסכם הראשון היינו, פיצויים מוסכמים בסכום של 50,000 ל"י עבור כל שנה עד תום תוקף החוזה (1978), ללא צורך בהוכחת נזק. לפיצוי

זה יצטבר גם תשלום כספי נוסף, אשר שיעורו ייקבע לפי ההנחה הפיקטיבית כאילו ביצעו המערערים את העבודה, שהועברה לעורך דין אחר.

אגב, התנאים הללו שבחוזים הוצגו על ידי המערערים בפני המשיבה, לטענתו של ראש המועצה ראש מר אלוני, כתנאים המקובלים בהעסקת עורכי-דין ברשויות מקומיות.

עד כאן הנתונים העובדתיים. מכאן לשאלה מהו מונופולין לצורך סעיף 191 לצו.

7. סעיף 191 לצו קובע כזכור :

"191. חוזה של מועצה למתן זכיון או מונופולין, או חוזה שאין להוצאות הכרוכות בו הקצבה תאימה בתקציב המאושר, טעון אישור המועצה וכן אישור השר בכתב."

הצו פורסם מכוחה של פקודת המועצות המקומית (נוסח חדש), אך בפקודה האמורה ובצו אין הגדרה של המונח "מונופולין". בו נקט מתקין הצו בסעיף 919 שבו, פירושיו ומשמעויותיו של המונח האמור אינם אחידים, ואך מובן הוא כי יש לראותם, בדרך-כלל, בהקשר לנושא המשפטי או הכלכלי אשר בו הם כרוכים. על היותן של משמעויותיו של המונח שונות זו מזו במידת מה, עמד השופט לנדוי בדבריו הבאים ב-בג"צ 125/57, אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, (1), בעמ' 1507 :

**"עלינו להבחין קודם כל בין שתי משמעויות שונות של המושג מונופולין בחוק: ראשית, מכנסים בשם זה הסדרים בין יצרנים או בין סוחרים, שמטרתם לרכז, על ידי יצירת קרטל, ביד אחד או בידי מעטים את הייצור של סחורה מסויימת או את הפצתה או מתן שירות, על פי רוב, כדי לקבוע את תנאי ייצור הסחורה או מכירתה, או של מתן השירות, ולהשיג עבורם מחיר העולה על רמת המחיר, שהיתה נקבעת בדרך ההתחרות החפשית. המבקשת מתכוונת לסוג אחר של מונופולין, היינו זכות ייחודית לעסוק במסחורה או לספק שירותים לציבור בדרך ייצור, מכירה, הובלה או אחרת, המוענקת לאזרח על ידי השלטון. טענתה היא, כאמור, שזכות כזאת איננה יכולה להינתן אלא על ידי חוק מפורש."**

לצורך קביעת הזיקה והאבחנה בין פירושיו של המונח יש לפנות, כאמור לעיל, למהותו של הנושא אשר בקשר אליו עולה השאלה ומכאן, בין היתר, שלא נוכל להיעזר לצרכי הסוגיה שבפנינו בהגדרה של מונופולין שהובאה בסעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959, מקום בו מהווה נושא זה אחד משתי זרועותיו החלופיות של ההגבל העסקי ("הגבל עסקי" - כולל "הסדר כובל" כמשמעותו בחוק האמור או "מונופולין", כמוסבר בסעיף 30 לחוק).

8. א. מן ההקשר שבפנינו עולה ברורות כי סעיף 191 לצו איננו מתייחס למונופולין שצמח מן ההתקשרות בין יצרנים או ספקים, בינם לבין עצמם, אלא מדובר בו על זכות שמקורה בהענקת מעמד מועדף לפלוני מטעם הרשות. אגב, בכך דומה המונופולין שסעיף 191 עוסק בו למשמעות הנפרדת השניה של המונח, אליה התייחס השופט לנדוי בדבריו הנ"ל, שהובאו מתוך בג"צ 125/57, (1).

ב. יסוד שני של המונופולין לצורך הענין שבפנינו הוא יסוד הבלעדיות והייחודיות, היינו מהותו המרכזית של המונופולין היא הענקתה לפלוני של זכות אשר נשללת, מיניה וביה, מכל אדם אחר. במילים אחרות, לא רק שהרשות מעניקה לפלוני זכות לפעול בתחום מוגדר, אלא היא גם מתחייבת לא להעניק זכות זהה או דומה לכל אדם אחר.

ג. הבלעדיות האמורה אינה בהכרח כה מקיפה עד שתחפוץ את העיסוק בענף מסויים בכל עת ובכל אתר. מספיק לצורך הענין שבפנינו שמדובר על בלעדיות ביחסים עם אותה הרשות, אשרם העניקה את המונופול בתחום עיסוק מוגדר. משמע, כדי ליצור את המונופולין יכול שתוענק זכות בלעדית לספק של מצרך או של שירות לממשלה או לרשות המקומית שהעניקו את הזכות ואין צורך שידובר דוקא בייחודיות ההספקה של מצרך או שירות לציבור כולו.

ד. המונופולין, פניו לעתיד לבוא והוא בא להסדיר, למשך תקופה מוגדרת את הספקתם לציבור הרחב, לחלק מוגדר ממנו או לרשות שהעניקה את המונופולין - של מצרך או שירות, כל אימת ויעלה הצורך לספקם בהתאם לתנאי ההסדר. לענין זה יש לאבחן בין הענקתה לפלוני של זכות המונופולין לבין זכיותו של פלוני, על פי מכרז או בעקבות משא-ומתן, בזכות לבצע עסקה מסויימת, בעלת היקף ומהות מוגדרים ומותחמים, אשר נסבה גם כן על הספקת מצרך או שירותים. במה דברים אמורים: חוזה להספקתו של מצרך או שירות אינו יוצר, כשלעצמו, ייחודיות ובלעדיות לעתיד לבוא ואם כי מי שזוכה בו הוא לעיתים היחיד המספק אותה שעה את המצרך או השירות בהם החוזה דן, הרי אין החוזה מגיע עד כדי יצירת הסדר כולל. כדי להדגים ולהמחיש כוונתי: חוזה לרכישת מאה שולחנות על ידי רשות מקומית איננו בגדר חוזה מונופולין רק בשל כך שהזמנה זאת ממצה את כל כמות השולחנות הדרושה לרשות המקומית אותה שנה ובשל כך שאף ספק אחר לא יוכל לכן לזכות, למעשה, בהזדמנות למכור את המצרך האמור לרשות, תוך אותה תקופה.

מאידך גיסא, כאשר על פי התנאים הכלולים בחוזה מוענקת לספק פלוני הזכות לספק במשך מספר שנים שיבואו את כל כמות השולחנות שתהיה דרושה לרשות המקומית תוך שנים אלה, מעת לעת, הרי חוזה כזה נושא בחובו יסודותיו של הסדר

כולל לעתיד, היוצר זכות בלעדית לטווח ארוך והוא עלול להיחשב לחוזה מונופולין, גם אם לא נכללה בו תניה מפורשת על פיה מתחייבת הרשות המקומית שלא לרכוש שולחנות אצל מאן דהוא אחר, כל עוד החוזה האמור בתוקף.

אגב, כפי שעוד יוזכר בהמשך הדברים, הרי בחירתו של ספק על פי מכרז יש בה כדי לסלק מן העסקה את התווית של חוזה מונופולין (בג"צ 337/72, צור נ' ראש מדור הקניות של משטרת ישראל, (2)).

המושגים אשר אותם אנו מציבים זה מול זה בכעין עימות הם איפוא מחד, וזה מותחם ומפורט, מבחינת הכמות, הטיב והעיתוי אשר אפיו, בעיקרו, חד פעמי והוא על כן איננו בגדר מונופולין ומאידך, הסדר כולל, אשר מאפיינו הם זכות ההספקה הבלעדית והכללית בעתיד, של מצרך או שירות מוגדרים. הגבולות בין מושגים אלו, יתכן ויהיו לעתים בלתי ברורים והשאלה שתעמוד בפני מי שיבקש לאבחן בין הנושאים תהיה בגדר שאלה שבעובדה שתוכרע על פי הנתונים והנסיבות של כל מקרה ומקרה.

9. על התכונות המתוארות של המונופולין, אשר הצו דן בו, עמד השופט ח' כהן ב-בג"צ 135/60, גליקסמן נ' ראש המועצה המקומית רעננה, (3), בע' 1087 :

**"מוסיף וטוען מר יחיאל שזכות בלעדית לקנות עורות בבית-המטבחים אינו מונופולין כמשמעותו בסעיף 103. (הערה: סעיף זהה בנוסחו לסעיף 191 לצו, כנוסחו עתה - מ' ש'). בית-המטבחים הוא רשות היחיד של המועצה (או של הנהלת בית-המטבחים): ברצותה נותנת בו דריסת רגל לסוחרי עורות או לסוחר עורות פלוני, וברצותה נועלת שעריה בפני כולם או בפני מקצתם. טענה זו אינה ממין השאלה אשר עליה היא מכוונת לענות. אם המועצה רשאית לתת רשות כניסה או רשות עבודה או עיסוק בתוך חצריה כאדם העושה בתוך שלו; אלא כשהיא באה להעניק זכות ייחודית, כלומר זכות לאדם פלוני תוך כדי התחייבות לא להעניק אותה זכות לזולתו, זקוקה היא לאישור השר תחילה. השאלה אם ומתי זכות כאמור צמודה להתחייבות לא להעניק לאחר, היא שאלה שבעובדה; היתה אותה ההתחייבות מפורשת, לא יתעורר כל קושי; לא נעשתה ההתחייבות במילים מפורשות, ייתכן ויש להסיקה מטיב העיסקה ונסיבותיה. בענין שלפנינו המדובר הוא, גם**



במכרז וגם בחוזה שנעשה על יו עם המשיב מס' 4, בזכות  
'בלעדית' ואין אני יודע מה לשון מפורשת יותר יש לנקוט  
בכדי להביע סגולתה המיוחדת של זכות זו, כי ייחודית היא  
לבעליה בלבד וכי התחייבות בצדה לא להעניקה לאיש  
זולתם.

מקשה ומוסיף מר יחיאל, שאף על פי שנקראה זכות זו  
בלעדית, למעשה אין היא בלעדית: שהרי אפילו תאמר אין  
זכות לאיש מבלעדי המשיב מס' 4 לקנות עורות בתוך בית-  
המטבחיים - מחוץ לשטח בית-המטבחיים מי מונע את  
המבקש וכל יתר הסוחרים לקנות עורות, ולו גם מן  
הקצבים שבהמותיהם נשחטו באותו בית-מטבחיים?  
והקושיה מופרכת מעיקרא: שהרי הזכות הבלעדית ניתנה  
כפי שניתנה, ובתוך בית-המטבחיים אליבא דכולי עלמא  
בלעדית היא."

לסיכומה של נקודה זו, אלה יסודותיו המצטברים של מונופולין בו דן סעיף 191 לצו:

- א. המדובר בהענקת זכות על ידי הרשות.
- ב. הזכות - משמעה בלעדיות לפעול בעתיד בתחום מוגדר של הספקה או שירותים וביטויה המרכזי הוא שלילת זכות זהה או דומה מכל אדם אחר.
- ג. אין הכרח בכך שהבלעדיות תשתרע על העיסוק בענף שלם, תחול על הציבור כולו ותהיה כל מקיפה; די בכך שהבלעדיות תחול על היחסים בין הרשות, שהעניקה את הזכות לבין מקבל הזכות.
- ד. המונופולין הוא בגדר הסדר כולל, להבדיל מחוזה לביצוע פעולה חד-פעמית. סיכומנו זה דומה, במידה רבה, לדברים אותם הביא השופט חשין ב-בג"צ 125/57, (1), הנ"ל מתוך המהדורה השלישית של Stroud's Judicial Kictionary (1963), vol. 3, p.1824 היינו:

**"A monopoly is an institution or allowance by the King... to any person or persons ... of or for the sole buying, selling making, working, or using, of any thing, whereby any person or persons... are sought to be restrained of any liberty that they had before of hindered in their lawful trade (3 Inst. 181)."**

10. בדרך-כלל מן הראוי שהענקת המונופולין תיבחן על-פי מבחן נוסף, הוא מבחן הסכמות של מי שמבקש להעניק זכות כאמור. היינו, על-אף הכלליות שבניסוחו של סעיף 191 אין להתעלם מכך שסעיף זה אינו מקנה לרשות המקומית סמכות מהותית ואינו מתיימר לקבוע אימתי מותר לה להעניק מונופולין אלא הסעיף שם את הדגש על הצד הפרוצידורלי בלבד וקובע איך מתאשר חוזה כאמור, כאשר מותר לכרתו (השווה לענין זו דברי השופט ברנזון ב-המ' 180/56, פיינברג נ' המועצה המקומית גבעתיים, (4), בע' 213 שהתייחס לנוסח הרחב יותר של ההוראה המקבילה שבצו, לפני תיקונו בתש"ך).

על שאלת הסכמות, בקשר שבפנינו, העיר כבר השופט זוסמן (כתארו אז) ב-בג"צ 47/61, 77/61, קרא נ' עיריית ראשון-לציון, (5), בע' 2182, באמרו:

**"הכלל: תקפו של זכיון אשר הוענק על ידי עיריה מותנה בשניים: ראשית, בכך שנושא הזכיון היה בגדר מטרות העיריה, ושנית, בכך שהעיריה הוסמכה לגבי אותו נושא להעניק לאדם זכות בלעדית."**

דבריו של השופט זוסמן התייחסו להוראה המקבילה לסעיף 191, אשר בפקודת העיריות ואם כי המחוקק לא ראה לפרט בחוק מטרותיה של מועצה מקומית (ראה המ' 180/56, (4), הנ"ל), הרי התנאי השני הנ"ל שהוצג ב-בג"צ 47/61 (5), יעמוד גם כאשר דנים בכוחותיה של מועצה מקומית.

אולם במקרה שבפנינו איננו חייבים להיזקק למבחן הנוסף המתואר וזאת בשל מהותה של הקושיה בה נתבקשנו להכריע: ממה נפשך, אם אל היתה למועצה המקומית, מעיקרה, סמכות לכרזת חוזה בדבר הענקת מונופולין, הרי לא יהי לטענותיו של מי שמבקש לקיים את החוזה על מה להישען. אולם אם היתה לה סמכות כאמור, והחוזה לא ואשר כדן, הרי כפי שעוד יבואר, ממילא אין החוזה תקף, ועל כן לא יהיה בסמכות שהיתה בידי המועצה כדיל הועיל מאומה לצורך בירור השאלה שבפנינו. מכאן כי עלינו לקבוע תחילה אם בחוזה שבפנינו היה המדובר בהענקת מונופולין. אם התשובה לכך תהיה חיובית אך יתברר שלא ניתן לחוזה אישור כנדר שבצו, הרי לא יהיה בשאלה, אם מוסמכת היתה המועצה לכרות חוזה כאמור אם לאו, כדי לסייע לנו בהכרעה לכאן או לכאן.

כמובן שנצטרך לחזור לשאלת סמכותה של הרשות המקומית אם נסיק שהמדובר בחוזה מונופולין שאושר על ידי המועצה ועל ידי שר הפנים.

11. אם ניישם את העובדות שבפנינו לכללים המשפטיים אותם התוונו ופירטנו בסעיף 8 לעיל - הרי תהיה מסקנתנו, לדעתי, כי החוזה, נשוא דיון זה, אכן ביקש להעניק למערערים מונופולין: המועצה המקומית העניקה למערערים זכות להספקת שירותים משפטיים למועצה, כל אימת והצורך בכך בעתיד יתעורר ויעלה. לענין זה אין נפקא מינה כי החוזה לא ביקש להסדיר את העיסוק המשפטי בתחום המועצה בכללותו לכל תושביה, אלא עסק רק במתן שירותים משפטיים למועצה (השווה בג"צ 135/60, (3) הני"ל). הרי בכל הקשור ליחסים בין המערערים למועצה נוצרה ייחודיות ובלעדיות, אשר לא הותירה מקום להעסקתו על ידי המועצה של אחר (בין עובד המועצה ובין פרקליט פרטי) ויהיה הצורך וההצדק הציבורי בהעסקתו של אחד אשר יהיה. ללא הסכמתם של המערערים - אשר רשאים היו לפי שיקולם להסכים או למאן - לא ניתן היה לפי נוסחו של החוזה להעסיק אדם אחר, אף אם מומחיותו המשפטית רבה ממומחיותם וגם אם העסקתו היא, אליבא דכולי עלמא, לטובת הציבור. אם היתה המועצה מעיזה לפרוץ הסגר זה שהוטל על העסקתו של כל משפטן אחר, היתה מתחייבת בתשלום הון עתק על לא-כלום. אגב, צדק על כן הממונה על המחוז כאשר כינה התקשרות זו בשם שערוריה, אך חטאת זה רבץ לא רק לפתחם של המערערים שהציגו תנאי העושק, המתוארים לעיל, כתנאים מקובלים בהתקשרויות בין רשויות מקומיות לבין עורכי דין, אלא גם לפתחם של חברי המועצה שליחי הציבור, שלא טרחו לבחון ולבדוק היטב במה הם מחייבים את הציבור, אשר בחר בהם והפקידם על משמרתם.

לאור מסקנתנו האמורה היה החוזה, נשוא דיון זה, טעון אישורו של שר הפנים, נוסף על אישורו על ידי המועצה המשיבה.

12. עוד טוענים המערערים כי גם אם בחוזה מונופולין המדובר - הרי לא הוכח כלל שהחוזה האמור לא אושר כדרישת הצו, אלא נהפוך הוא: יש חזקה לפיה רשויות השלטון פועלות כדי ואישורו כל הטעון אישור ומה גם שעולה מדברי ראש המועצה, כי הגיש את החוזים לאישור וסבר שאושרו (ראה סעיף 4 לעיל).

לדעתי, אין בהנחה בדבר תקינות פעלן של רשויות השלטון כדי להועיל למערערים שבפנינו: סעיף 191 לצו דורש אישור בכתב של השר ואישור כזה לא הוגש כראיה. עיקרו של דבר, לא רק שבמשרד הפנים לא נתגלה מעולם אישור כאמור למרות שחיפשוהו, אלא גם לא היתה כל ראיה אחרת כי מישהו ראה אי פעם אישור כתוב כנדרש, או כי החוזה הובא אי פעם לתשומת לבו של שר הפנים. מכאן שלא היה שמץ ראיה כי קוימו דרישותיו של סעיף 191 לצו - והתוצאה היא כי החוזה, עליו מדובר, בטל וחסר תוקף הוא. דבר אישורו של החוזה על ידי שר הפנים מהווה תנאי מוקדם לכניסתו ל תוקף ובאין אישור - לא נכנס החוזה לתוקף (דברי הנשיא הנכבד (אגרנט) ב-ע"א 254/64, חסון נ' המועצה המקומית דאלית אל כרמל, (6), בע' 29). נטל הראיה כי ניתן אישורו של שר הפנים היה איפוא על המערערים, והעדר ראיה לקיומו של האישור האמור פעל על כן נגד גרסתם.

סיכומו של דבר, בית המשפט לא יורה על ביצועו של חוזה שאינו תקף, באשר לא ואשר כחוק ולא יחייב בעל-דין, היינו המועצה המשיבה, בעשיית מעשה שיהיה חסר יסוד חוקי (ע"א 506/59, בדיחי נ' עירית בת-ים, (7), פד"י, בע' 867; פ"י"ס, בע' 172). על כן לא נראה לחייב את המשיבה לבצע חוזה שהתיימר להעניק מונופולין מתן שירותים משפטיים, שלא נתארש כדין.

13. טענתם השלישית של מהערערים, לפיה שגה בית משפט קמא בפרשו אותן הוראות אשר בחוזה, נשוא דיון זה, שענין גביית חובות או מסים, אין בה כדי להוסיף או לגרוע. כפי שהבהרנו הבהר היטב - נחרץ גורלו של ערעור זה על פי ההערכה בשאלת טיבו ומהותו של החוזה והסעיף, אשר על פירושו מלינים המערערים, אין בו כדי להשפיע על פירוש הוראותיו של החוזה בתור שכזה.

לאור כל האמור לעיל הייתי דוחה את הערעור.

14. אין ספק כי הפירוש של המונח מונופולין, אשר בסעיף 191 לצו, כפי שהובא לעיל (ואשר יחול כמובן גם על ההוראה המקבילה שבפקודת העיריות), מוסיף על סוגי החוזים של רשויות מקומיות, הטעונים אישורו של השלטון המרכזי. ב-בג"צ 337/72, (2), הנ"ל אמנם פסק בית-משפט זה כי מונופולין אינו קם, מקום בו הוענקה זכות בעקבות מכרז, הפתוח לכל מי שממלא אחרי תנאים סבירים שנקבעו בו (דברי השופט י' כהן, שם, בע' 314), היינו מקום בו הוקנתה זכות זו אחרי שניתנה תחילה הזדמנות שווה לכל מי שמבקש לעסוק בענף הכלכלה או השירות המסויים. אולם גם אם מוציאים כל אותם חוזים שנכרתו בעקבות מכרז מכלל תחולתו של סעיף 191 לצו, הרי נותר עדיין שטח נרחב של הענקת זכויות בלעדיות - אשר ייחשב להענקת זכיון או מונופולין ואשר כל חוזה בקשר אליו יהיה טעון אישורו של שר הפנים. למותר להוסיף כי המפתח לשינוי של המצב המשפטי הקיים. כפי שתואר לעיל, מצוי בידי המחוקק (בכל הנוגע לפקודת העיריות) או בידי מחוקק המשנה (בכל הנוגע למועצות מקומיות), אך חיוני הוא שהנושא ייבחן ויישקל היטב ובהירות בטרם תיפול החלטה על שינוי המצב המשפטי הקיים: פיזור הסמכויות וביטול אותה הריכוזיות, המתבטאת בין היתר בצורך בקבלת אישורו של שר הפנים לפעולה זו או אחרת של הרשות המקומית. אמנם מחזק את מעמדו של השלטון המקומי ויזמותו העצמאיות ומגביר כוחו. יש בכך גם כדי לתת ביטוי רב יותר ליסוד הדמוקרטי בניהולה של הרשות, כי הרי כוח הכרעה מלא יותר נמסר בכך בידי אלו שנבחרו על ידי התושבים כדי לנהל עניני המקום.

אך דא עקא, לא כל הרשויות בשלות ומנוסות דיין כדי לעמוד מול לחצי המציאות, על כל הסיכונים והפיתויים הטמונים בה, והמקרה שבפנינו יוכיח. זאת ועוד, סעיף 191 לצו, בנוסחו הקיים - הגיון לא מועט מונח ביסודו. הענקת מונופולין, משמעותה - כפי שהובהר - היא הקניית זכויות יתר מחד גיסא, והגבלת חופש העיסוק, היינו דחיקת רגלי אחרים,

מאידיך גיסא. לא אחת אין הענקת זכות יתר כאמור מתיישבת עם טובת הציבור מאחר והנסיון מלמד כי יש בה כדי לשעבד את הציבור לבעל הזכות וליצור פתח לניצול לרעה של עמדת הכוח שהוקנתה. מכאן שיש לשקול ולבחון היטב, מראש, את השאלה אם להקנות זכות כאמור בנסיבות נתונות ומה הם התנאים והסייגים, לרבות ההוראות הנחוצות להגנת הציבור הרחב, המתלווים לכך. גם באותם מקרים בהם רצויה עצם יצירת המונופולין מבחינת טובתו של הציבור, עדיין נותרת החובה לבדוק היטב אם הזכות הוענקה בדרך ההולמת ממשל תקין ואשר אין בה פגיעה בטוהר המידות, כי אמת המידה על פיה תוענק הזכות מן הראוי שתהיה, בין היתר, בכישורים ולא בקשרים.

מכל אלה עולה שיש חשיבות רבה בקיום פיקוח ובקרה יעילים על הרשות המקומית וזו יכולה להיות מושגת, לענין זה שבפנינו, על ידי החובה לקבל אישור של דרג נוסף, מחוץ לרשות המקומית, כאמור בסעיף 191 לצו בנוסחו הקיים.

15. בשולי הדברים רואה אני להוסיף לשם הדרכת פרקליטים ולקוחותיהם כאחד, כי גם אלמלא מסקנתי בענין אפיו של החוזה כחוזה מונופולין - לא הייתי רואה - לעצם הענין - מקום להושטת סעד למערערים: המדובר בחוזה בין עורך דין ללקוחו וזיקה כמתואר יוצרת יחסי אמון מיוחדים. כאשר מתקשר עורך דין עם לקוחו - וצומחת לעורך דין טובת הנאה מהתקשרות זו, עליו חובת הראיה כי תנאי החוזה הוגנים וסבירים היו. זאת ועוד, על עורך הדין חלה בנסיבות כאלה חובה לגילוי מירבי מראש בפני לקוחו של כל הנתונים. הצגת תנאים כספיים בלתי סבירים - כגון אלה שבחוזה שבפנינו - כתנאים המקובלים ביחסי פרקליט ולקוחו, יש בה משום הטעיה ולא גילוי האמת המתחייבת בנסיבות כגול אלה (השווה Kerr, On Fraud and Mistake, מהדורה שביעית, ע' 205-207). על כן היה גורלו של החוזה השני נחרץ ממילא מכוח הוראותיו של סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, גם אלמלא ענין המונופולין שבו.

מן הדין שלשכת עורכי הדין תתן דעתה למסקנות הנובעות מן הפרשה שבפנינו.

16. אשר על כן הוחלט לדחות אתה ערעור.

השופט מני: אני מסכים.

השופט שרשבסקי: אני מסכים.

הוחלט כאמרו בפסק דינו של השופט שמגר.

המערערים ישאו בהוצאותיה של המשיבה בערכאה זו, לרבות שכר טרחת עורך דין, בסכום כולל של 3,000 ל"י.

ניתן היום, י"ז באייר תשל"ו (17.5.1976).