

תאריך הגשת המסמך : 24.8.2021

מועד אחרון להגשת המסמך בהתאם להחלטת בית המשפט : 24.8.2021

בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-08-29274

קבוע ליום 9 בספטמבר 2021, 12:30

לפני כבוד השופט אורן שוורץ

התובעת:

זליכה השקעות וליווי פיננסי בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד צ. כהנא, א. שמש, וי. דיין
מרח' המסגר 39, תל אביב 6721409
טל': 03-6068000 ; פקס': 03-6068002
כתובת דוא"ל: uris@ksdlaw.co.il

- נ ג ד -

הנתבעות:

1. עיריית אור יהודה
3. עיריית יהוד-מונוסון
4. מועצה אזורית חבל מודיעין
5. מ.א. שדות דן
ע"י ב"כ עוה"ד בתיה בראף ואו שגיא טנא ואח'
ממשרד הררי טויסטר ושות', עורכי דין
ממגדל ב.ס.ר. 1, דרך בן גוריון 2, רמת גן 52573
טל': 03-7553800 ; פקס': 03-7553801
כתובת דוא"ל: sagi@htlaw.co.il

2. עיריית לוד

ע"י ב"כ עו"ד עפר שפיר
מרח' מנחם פלאוט 10, רחובות 6706
טל': 08-9311111 ; פקס': 08-9311112
כתובת דוא"ל: nofar@shafir-law.co.il

מתייצב להליך:

ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז מרכז (אזרחי)
מדרך מנחם בגין 154 בית קרדן 6492107, ת"ד 33260, תל אביב
טל': 073-3924700 ; פקס': 02-6468017
כתובת דוא"ל: mazkirut-merkaz-ezra@justice.gov.il

עמדה מטעם ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 2.12.2020, ובהמשך להודעת ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה בדבר התייצבותו להליך מכוח הסמכות לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], מתכבד ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדה מטעמו בהליך דנן.

א. פתח דבר

1. עמדה זו תמציתה בכך שהחוזה שבבסיס התובענה נוגד את הוראת חוזר מנכ"ל משרד הפנים והתכלית העומדת ביסודו וכן עומד בסתירה לתקנת הציבור. כמו גם ובנסיבות אלו, אין הצדקה להחריגו ככל שהדבר מתבקש, מהוראות חוזר מנכ"ל משרד הפנים.
2. הסוגיה המתעוררת בתובענה דנן היא שאלת תוקפו – או לחלופין אפשרות "הכשרתו" בדיעבד – של חוזה שעניינו תשלום שכר טרחה ליועץ לרשות מקומית, שמשולם כאחוז מתקציב המדינה שיינתן לאותה הרשות. מדובר בחוזה אשר בהתאם לעולה מהמסמכים שצורפו להליך, נערך בין התובעת והנתבעות, שהן חמש רשויות מקומיות (אור יהודה, לוד, יהוד-מונוסון, מועצה אזורית חבל מודיעין ומועצה אזורית חבל שדות) (להלן: "**הרשויות המקומיות**").
3. כבר עתה יצוין, כי לעמדת ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה, החוזה עומד בסתירה לתקנת הציבור, שכן הוא מורה על תשלום שכר טרחה מופרז ליועצים כאחוז מתוך תקציב המדינה שיינתן לרשויות המקומיות, ומנוגד גם לחוזר מנכ"ל משרד הפנים מספר 6/03 מיום 30.11.2003 שכותרתו "**תשלום ליועצים כאחוז מתקציבים**" (לעיל ולהלן: "**חוזר המנכ"ל**") האוסר זאת.
4. לעמדת ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה, יש למנוע מצב בו גורם פרטי יקבל לידי שוכר טרחה שמשולם בפועל מתוך תקציב המדינה שהוקצה לרשויות המקומיות על ידי גורמי ממשלה ויחידות סמך למטרות ציבוריות. משום כך, החוזה דנן נוגד את תקנת הציבור. כך גם יש לפרש את חוזר המנכ"ל על פי לשונו ותכליתו – שמירה על סדרי מנהל תקינים והקופה הציבורית – ולמנוע הקצאת תקציבים שלא למטרה שלשמה הם יועדו.
5. יתר על כן, לעמדת ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה, על פני הדברים, במקרה שלפנינו נראה כי מדובר בשכר טרחה גבוה באופן חריג ומופרז ועל כן תשלומו נוגד את תקנת הציבור גם מטעם זה.
6. באשר לחוזר המנכ"ל, אמנם בהיותו הנחייה מנהלית, קיימת אפשרות לחרוג מחוזר מנכ"ל במקרים מסוימים (וראו גם סעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 שעניינו "**הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל**") ("**הפה שאסר הוא הפה שהתיר**"). אולם, בשים לב לתכליות העומדות ביסודו של החוזר וביתר שאת על רקע גובה שכר הטרחה, מימונו מתקציב המדינה והשלכתו על הקופה הציבורית, לא נמצא כי יש מקום להחרגה זו.
7. עניינו של ההליך דנן בתביעה לתשלום שכר טרחה בגין שירותי ייעוץ, אשר לטענת התובעת היא נתנה לנתבעות, בסך כולל של מעל 8,000,000 שקלים חדשים.
8. הרקע להתקשרות של הרשויות המקומיות עם התובעת, ככל שניתן להבין מהמסמכים שצורפו להליך, היה רצון של הרשויות המקומיות להרחיב את גבולותיהן ותחום שיפוטן על נמל התעופה בן-גוריון (להלן: "**נתב"ג**") כך שיוכלו ליהנות מתשלומי ארנונה, אגרות ו/או היטלים משטח זה, שכיום הוא שטח גלילי שאינו מצוי בתחום שיפוטה של אף רשות מקומית. לשם קידום מטרות אלו, הקימו הרשויות המקומיות בשנת 2016 את "פורום עוטף נתב"ג". הפורום פנה למשרד הפנים בסוגית תחום השיפוט וחלוקת ההכנסות מנתב"ג ומשרד הפנים הורה על בחינת הנושא במסגרת ועדת חקירה לשינוי גבולות (להלן: "**הוועדה**"), בהתאם לסעיף 8 לפקודת העיריות [נוסח חדש] – דיון שנקבע לחודש מאי 2017.
9. כהכנה לדיון בוועדה, ערך פורום עוטף נתב"ג הליך תחרותי לאיתור יועצים חיצוניים שיסייעו לפורום לקדם את מטרותיו. בעקבות ההליך התחרותי נבחרו 3 יועצים: כלכלי, תקשורתי ומשפטי. התובעת נבחרה לייעץ בתחום הכלכלי ועל כן הסכום הנתבע בהליך זה מתייחס לייעוץ הכלכלי בלבד. יצוין, כי

ההליך לא עוסק בטיבו של ההליך והתאמתו לדיני המכרזים החלים על הרשויות המקומיות ואין באמור בעמדה זו, כדי להוות ולנקוט עמדה בשאלה זו לגופה.

10. מסגרת ההסכם בין הרשויות המקומיות לבין היועצים החיצוניים, כעולה מההסכם שצורף להליך, כללה שירותי ליווי מקצועי בעניין הסדרת גבולות/חלוקת הכנסות/השאת פיצוי או גמול כלכלי לרשויות המקומיות משטח נתב"ג. על פי המוסכם, שכר הטרחה חושב בתור שכר חד-פעמי עליו מתווספת עמלת עבודה על בסיס הצלחה בסך 12% במצטבר מההכנסות שיכנסו לרשויות, כתוצאה מפעילות חלוקת ההכנסות מנתב"ג, במשך 3 שנים ממועד קבלת ההחלטה בוועדה ואישורה על ידי שר הפנים (החלוקה בין היועצים היא כדלקמן: 4.5% ליועץ הכלכלי; 4.5% ליועץ המשפטי; ו-3% ליועץ התקשורתי).

11. כפי שעולה מכתבי ההגנה שהוגשו, הכוונה היתה לחלוקת הכנסות שמקורן בתשלומי ארנונה, אגרות ו/או היטלים (ראו לדוגמא סעיפים 8 ו-35 לכתב ההגנה של עיריית לוד; סעיפים 10 ו-44 לכתב ההגנה של הנתבעת 3; סעיף 11 לכתב ההגנה של הנתבעת 1; סעיף 11 לכתב ההגנה של הנתבעות 4 ו-5; וראו גם פרוטוקול הדיון מיום 2.12.2020, עמוד 3, שורות 13-17, דברי בא כוח הנתבעת 2).

12. בפועל, עבודתה של הוועדה הופסקה בסופו של יום עת נקבע בחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת התקציב 2019), התשע"ח-2018, כי **"כל נכסי הרשות בנמל התעופה בן גוריון יהיו פטורים מכל אגרה, ארנונה או תשלום חובה אחר, המשתלמים לרשות מקומית"** וכי בכל שנה יועבר תקציב אשר יחולק לרשויות הסמוכות לנתב"ג, בהתאם לתנאים המפורטים בחוק ובהתאם לכללים שיקבעו בעניין, על ידי שר הפנים בהסכמת שר האוצר. בהתאם לכך ובהתאם לסמכותם של השרים כאמור, הותקנו תקנות ההתייעלות הכלכלית (כללי חלוקה לרשויות הסמוכות לנמל תעופה בן-גוריון) (הוראת שעה), התשע"ט-2018 (להלן: **"חוק ההתייעלות הכלכלית 2018"**) ומכוחן, כפי העולה מכתב התביעה, סך הסכומים המהווים בסיס לחישוב שכר הטרחה על בסיס הצלחה הוא 154,500,000 שקלים חדשים (ראו סעיף 65 לכתב התביעה).

13. לטענת התובעת, כפועל יוצא ממענק זה, ובהתאם להסכם שבינה לבין הרשויות המקומיות, נגזר גובה שכר הטרחה עבור שירותי הייעוץ הכלכלי (וכן לשאר היועצים שנבחרו ושאינם כאמור צד לתובענה דנן) מסכום התקציב שיועמד לרשויות המקומיות על פי התקנות האמורות.

14. מכתבי ההגנה ופרוטוקול הדיון עולה, כי חלק מן הרשויות המקומיות טענו כלפי התובעת כי לאור חוזר המנכ"ל, והחשש שתתכן סתירה בין ההתקשרות החוזית נושא התובענה לבין הקבוע בחוזר המנכ"ל – האוסר על העברת תשלום ליועצים חיצוניים על בסיס אחוזי "הצלחה" בקבלת תקציבים מהמדינה – קיימת מניעה להעברת הכספים עד להכרעה בשאלה זו.

למען הנוחות, להלן ההוראה הרלוונטית בחוזר המנכ"ל:

9. תשלום ליועצים כאחוז מתקציבים

הובאה לידיעתנו תופעה לפיה רשויות מקומיות מעסיקות יועצים חיצוניים, על מנת שאלה יפעלו להעברת תקציבים לרשויות המקומית, לרבות: מענקים, תקציבי פיתוח, הלוואות, וכו', ממשרדי הממשלה ומגופי סמך שונים.

שכר הטרחה ליועצים אלה משולם, לעתים, כאחוז מהתקציבים המוקצים לרשות המקומית מאותם גופים.

התקשרות מעין זו נוגדת סדרי מינהל תקינים, ועל כן נאסר על הרשויות המקומיות להתקשר בה. משרד הפנים רואה בהתקשרות כאמור התקשרות שלא כדין. כל תשלום שתבצע הרשות מכוחה בגין אירוע מעין זה יהווה תשלום שלא כדין לכל דבר וענין.

15. כאן גם המקום להוסיף, כי במסגרת ההליך המשפטי הוסיפו וטענו הרשויות המקומיות כי ממילא השירות לא סופק, לכל הפחות לא בהיקף הנתבע (ראה פרוטוקול הדיון מיום 2.12.2020, עמוד 2, שורה 10, עמוד 3, דברי באי כוח הנתבעות 1, 3, 4, 5; וגם שורות 13-17, דברי בא כוח הנתבעת 2), והכחישו את הזכאות של התובעת לסכום הנתבע. עוד נטענה טענה בדבר שינוי נסיבות – החקיקה ייתרה את מרבית העבודה. חלק מן הרשויות המקומיות העלו טענות נוספות במסגרת כתבי ההגנה (לדוגמה כי לא נערכה התקשרות חוזית מחייבת בין לבין התובעת (העדר הסכם), העדר חתימת מורשי החתימה בעירייה, חלק מהתשלום שולם על פי שלבי ביצוע וכדומה).

16. כאמור, ביום 2.12.2020 התקיים דיון בהליך המשפטי, במסגרתו חזרו הצדדים על הנטען במסגרת כתבי הטענות. בעקבות טענת חלק מהרשויות המקומיות על סתירה לכאורה בין חוזר המנכ"ל לבין חוזה ההתקשרות עם היועצים החיצוניים, הורה בית המשפט הנכבד על קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בשאלה האם יבקש להתייבב להליך.

17. להשלמת התמונה העובדתית נכון לציין, כי ביום 18.2.2018 פנה היועץ המשפטי של הנתבעת 2 ליועץ המשפטי של משרד הפנים, בבקשה לקבלת עמדתו בכל הנוגע לתחולת חוזר המנכ"ל על ההסכם האמור וכן, ככל שהוא חל, לגבי האפשרות לקבלת אישור להחריג את ההתקשרות שבוצעה בין פורום רשויות עוטף נתב"ג לבין מספר יועצים שנזכרו על ידיהם (ראו הפנייה שצורפה כנספח 4 לכתב ההגנה של הנתבעת 2).

18. בהמשך לכך, בעקבות פנייה מאת משרד הפנים למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי) ובעקבות פניות בין היתר מטעמה של התובעת, נערכה ישיבה בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי). בהמשך לכך, הוחלט כי ייעשה מהלך הידברות בין הרשויות המקומיות לבין היועצים החיצוניים על מנת לנסות ולהגיע להסכמות בנוגע לתשלום שכר טרחה בגין העבודה שבוצעה בפועל על ידי היועצים, וזאת לפי תשומות שהושקעו בעבודתם, באופן יחסי כך שזה יהלום את תקנת הציבור והתכליות שעומדות ביסודו של חוזר המנכ"ל. מהלך זה לא צלח אף שמאמצים רבים הושקעו במסגרתו.

ב. ההתקשרות בראי תקנת הציבור: סעיף 30 לחוק החוזים

19. מכוח עקרון "הדואליות הנורמטיבית", בצד כפיפותו של החוזה הנדון כאן למשפט המנהלי, הוא כפוף בראש ובראשונה לדיני החוזים. נקודת המוצא לענייננו היא שחוזה הלוקה בחוסר סמכות מנהלית; באי-תקינות מנהלית או שנעשה תוך חריגה מסדרי מנהל תקין, עשוי להיות פסול, ועל כן בטל, מכוח סעיף 30

לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (לעיל ולהלן: "**חוק החוזים**")¹ (בין אם לנוכח אי-חוקיות ובין אם לנוכח סתירה לתקנת הציבור). השפעתו הברורה של ההיבט המנהלי על דין החוזה הפסול – ניכרת ואף מתרחבת, בפסיקות בית המשפט העליון בעשורים האחרונים. ביטויים לכך ניתן למצוא בין היתר בפסקי הדין המפורסמים בעניין **בית הרכב**,² **דירות יוקרה**,³ **נוה שוסטר**⁴ והמועצה המקומית זכרון יעקב.⁵ בבואנו לבחון את דין החוזה הפסול בהקשרו, להלן כמה נקודות ראויות להדגשה:

20. אכן בניגוד למרבית פסקי הדין שבהם נכרך הדין המנהלי בדין החוזה הפסול, אין במקרה דנן **מקור חקיקתי מפורש** החל על הפעולה הנדונה (תשלום לפי אחוזים מתוך מענק שהתקבל). בעניין **דירות יוקרה** ובעניין **בית הרכב** נדונה שאלת סמכות הרשות מקומית על רקע תנאים ברורים הקבועים בחוק. כאמור, לא כך בענייננו.

21. עם זאת, גם בהיעדר הוראת חוק מפורשת בעניין, חריגה מסדרי מנהל תקין – ובפרט כשהיא נוגעת בהוראות הנוגעות בכספי ציבור ובפיקוח על העברת תשלומים מהקופה הציבורית – עשויה להביא לפסלות ההסכמה החוזית. בית המשפט העליון עמד לא אחת על ההקפדה הנדרשת על שימוש זהיר ומבוקר בכספי ציבור, על החומרה הקיימת בפגיעה בקופה הציבורית, ועל חשיבות השמירה על התכליות שלשמן נועדו תקציבים המבוססים על כספי ציבור.

22. במקרה שלנו המתח עם תקנת הציבור מיוסד על כמה אדנים, שכוחם יפה כל אחד לחוד, קל וחומר בהצטברם:

23. **האדן האחד** נוגע להיבטים של **פיקוח על תקציבים ועל תמורה בחוזים מנהליים** – אף שלא קיימת חקיקה העוסקת במגבלת תשלום שכר טרחה בענייננו על ידי רשות מנהלית, במקרים חריגים וקיצוניים של התחייבות למתן שכר טרחה חריג ייבחן ההסכם דרך פריזמת **תקנת הציבור** (להבדיל מאי-חוקיות).⁶ יש לתת אפוא דגש רב על סכום התמורה המופרז.

24. **האדן השני** הוא **הוראת חוזר מנכ"ל** והתכלית שביסודו, האוסרת על התקשרות עם יועצים חיצוניים באופן שהתשלום יהיה אחוז מתקציבי ממשלה, מענקים, הלוואות, ותקבולים אחרים המוקצים לרשויות המקומיות ממשרדי ממשלה ומגופי סמך שונים, היינו על בסיס הצלחה. זאת, כדי למנוע מצב ש"**אלה יפעלו להעברת תקציבים לרשויות המקומיות**". כפי שעולה מחוזר המנכ"ל, הרקע לחוזר הוא תופעה הנוגדת סדרי מנהל תקינים, שלפיה גורמים בעלי קשרים עם השלטון המרכזי פועלים לצורך העברת תקציבים לשלטון המקומי, כשלעיתים שכר הטרחה של אותם גורמים נקבע כאחוז מאותם תקציבים המוקצים לרשויות המקומיות.

25. יש לציין, כי לא די בעצם קיומו של מתח בין החוזה לבין חוזר המנכ"ל כדי להביא לפסלות החוזה שבנדון; אכן, לא כל חוזה שכריתתו, מטרתו או תוכנו מנוגדים לנורמה חוקית ייחשב חוזה פסול, מאחר שהשאלה

¹ ע"א 4872/17 **המועצה המקומית זכרון יעקב נ' מאיר אפרת אחזקות בע"מ** פס' 43 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו, 9.10.2018) (להלן: "**המועצה המקומית זכרון יעקב**"); ע"א 6705/04 **בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים**, פ"ד סג(1) (2009) (להלן: "**בית הרכב**"). על הקשר בין אי תקינות מנהלית לבין דין החוזה הפסול באורח כללי: עופר גרוסקופף "חוזה פסול" 479 (לעניין אי חוקיות), 537 ואילך (לעניין תקנת הציבור), בתוך דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג (2003); וגבראלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 627-626 (מהדורה רביעית, 2019).

² עניין **בית הרכב**, לעיל ה"ש 1.

³ ע"א 7368/06 **דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה** (נבו, 27.6.2011). (להלן: "**דירות יוקרה**").

⁴ בר"ם 1245/15 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' נוה שוסטר בע"מ ואח'** (נבו, 16.12.2019). (להלן: "**נוה שוסטר**").

⁵ עניין **המועצה המקומית זכרון יעקב**, לעיל ה"ש 1.

⁶ לעניין קביעת תנאי פרישה חריגים ר' ע"ע 1046/04 **גואטה נ' מפעל הפיס** דינים ארצי לעבודה 2005 (50) 552.

תלויה בפירושה של הנורמה שהחזרה עומד בניגוד לה.⁷ לכן, אין **בעצם** הפרתה של הנורמה או באי תקינות מנהלית כדי להשליך בהכרח על תוקף החזרה הנדון. השאלה המרכזית היא תכלית הנורמה שהחזרה מנוגד להוראותיה. יש להידרש אפוא לפרשנות חוזר המנכ"ל שהחזרה עומד בניגוד לו וללמוד מתוכו את גורל החזרה המנוגד להוראותיו.⁸ שאלת פירוש החוזר תיעשה באמצעות התחקות אחר **תכליתו**, ולסוגיה זו יפנה ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה כעת.

26. תכליתו של חוזר המנכ"ל, אשר נלמדת אף מלשונו, נעוצה בצורך לשמור על סדרי מנהל תקינים ועל הקופה הציבורית, למנוע מצב שבו רשויות מקומיות פועלות באמצעות יועצים על בסיס הצלחה בקבלת תקציבים מהמדינה – בעוד שהתקינות השלטונית מחייבת שהם יחולקו על פי כללים ונהלים בהתאם לאמות מידה מקצועיות ושוויוניות, וכן למנוע מצב שבו גורם פרטי נהנה מתקציבים שיועדו למטרות ציבוריות, תוך פגיעה בתכלית העברתם של תקציבים אלה.

27. בחוזר המנכ"ל נקבע כלל גורף ואין בו הבחנה בין סוגי יועצים וטיבם של אותם יועצים או קביעה (ולא בכדי) בדבר הבחנה כלשהי וחלוקה התלויה במידת הפומביות או השקיפות שיש לאותם ההסדרים. בשונה מהנטען בסעיף 53 לכתב התביעה, בחוזר המנכ"ל לא סויגה תחולתו לכדי "**פעילות שתדלנית ("לובי") שתכליתה לגרום לשינוי סדרי עדיפויות תקציביים**".

28. בחוזר המנכ"ל גם אין הבחנה בין מענקים חד-פעמיים לבין מענקים עתיים ובין תקציבים קיימים לבין תקציבים חדשים, ולא בכדי.

29. חשיבותו של חוזר המנכ"ל לענייננו אינה רק בכך שהחוזר מבטא הנחייה מנהלית – במובן זה שחריגה ממנו מבטאת חריגה מסמכות⁹ וסטייה מסדרי מנהל תקין – אלא גם לנוכח **התכלית** שלשמה נקבעה הנורמה שביסודו ועוגנה בחוזר מנכ"ל ובמצב הפסול שאותו היא מלכתחילה באה למנוע.

30. להשלמת הדברים ובכל הנוגע לטענת התובעת בסעיף 54 לכתב התביעה, שלפיה אין המדובר בתקציב אלא ב"חלף ארנונה", יאמר שדין הטענה להידחות, משום שמדובר בשינוי ההכרעות התקציביות-כלכליות ולא בהכרה בקיומו של **חוב** ארנונה. על כך יוסף שאין המדובר בתשלום שמקורו בנכס המצוי בתחומיה של איזו מהרשויות המקומיות. הכספים שהתקבלו ושמהם מתבקש כעת שכר הטרחה, הם כספים אשר הועברו ומועברים לרשויות המקומיות מתוך תקציב המדינה, ללא תלות בשטח זה או אחר, בשייכותו לרשות מקומית או בקיומה של חובה חוקית להעבירם לרשויות המקומיות. הסיבה להעברת הכספים היא אך ורק חוק ההתייעלות הכלכלית 2018 והתקנות שהותקנו מכוחו. ממילא, אין בסיס לטענה האמורה ויש לראות בהם כתקציבים המועברים מהמדינה וגופיה לרשויות המקומיות, וככאלה עליהם חל חוזר המנכ"ל.

31. יוצא אפוא, כי נגלית סתירה בין התשלום המבוקש במסגרת הליך זה, לבין הוראות חוזר המנכ"ל, וכי הוראת חוזר המנכ"ל, על פי פירושה הסביר ותכליתה, מלמדת כי היא נועדה **גם לפסול ולבטל חוזה**

⁷ בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749, 771 (1995) (להלן: "זגורי"), בהקשר זה ראו גם שלו וצמח, לעיל ה"ש 1, בעמודים 623 ואילך. וראו למשל רע"א 5562/18 ריחני נ' הראל חברה לביטוח (נבו, 12.11.2008), שם פירש כבוד השופט גרוסקופף הוראות בתקנות מס הכנסה והגיע למסקנה כי אין בהפרתן כדי להשליך על תוקף החזרה הנדון.

⁸ שלו וצמח, לעיל ה"ש 1, בעמוד 624.

⁹ לקטגוריה רחבה זו ראו דפנה ברק ארז **משפט מנהלי** כרך ג 259 ואילך (2013).

שנעשה תוך הפרת הוראותיה. במלים אחרות, המשך קיומו של החוזה (וממילא תשלום מלוא התמורה הקבועה בו) אינו עולה בקנה אחד עם מטרת הוראת החוזר.

32. אכן, ככל הנחייה מנהלית ובהתקיים סמכותו של מתקין ההנחייה לאשר סטייה הימנה בבחינת הפה שאסר הוא הפה שהתיר, רשאי מתקין החוזר (הוא בעניינו מנכ"ל משרד הפנים), לשקול להחריג את תחולתו בנסיבות מיוחדות כשנמצאה הצדקה לכך. אולם, יש לבחון את שאלת קיומה של ההצדקה בין היתר בראי תקנת הציבור. הצדקה כזו אינה קיימת במקרה זה. מכל מקום, יובהר כי כל עוד לא העניק הגורם המוסמך אישור להחרגה מגדר חוזר המנכ"ל, הרי שההתקשרות סותרת את הוראות הדין המנהלי לגביה.

33. ההלכה מחייבת לנהוג גם על פי הנחיות מנהליות.¹⁰ קל וחומר אם הנחיות מנהליות אלה עולות בקנה אחד עם המגמה הברורה לנקוט שימוש מבוקר בכספי ציבור, וביתר שאת בעניינו, כאשר מדובר בהנחיות חוזר מנכ"ל. לכן, אפילו יבקשו להחריג את תחולתו של חוזר המנכ"ל לעניין הפעולה הנדונה נדרש לכך טעם טוב. ראו לעניין זה ההלכה שנקבעה בבג"ץ 9362/03 **טומי ריגלר, חבר מועצת עיריית נתניה נ' אברהם פורי, שר הפנים** (נבו, 28.10.2008), שלפיה יש לנהוג על פי הנחיות פנימיות בהיעדר **נסיבות מיוחדות**. טעם טוב מעין זה לא הוצג במקרה שלנו.

34. כללם של דברים, פירושה של הוראת חוזר המנכ"ל בעניינו על פי תכליתה והגיונה (ובראשם הצורך בפיקוח על הוצאת כספים מהקופה הציבורית וחלוקתם על פי אמות מידה שוויוניות) מביא למסקנה כי היא אינה עולה בקנה אחד עם המשך קיומו של החוזה, הכולל כאמור שכר מופרז שאינו משקף את העבודה שבגינה מתבקש תשלומו (שהרי בסופו של יום מדובר בשינוי חקיקה ולא בתוצאה של עבודת התובעת). מטעם זה לפנינו חוזה הנוגד את תקנת הציבור, ודינו בטלות.

35. בהקשר זה צוין על ידי הרשויות המקומיות, כי **התובעת ביצעה ראשית עבודה בלבד, בנוגע לעבודת ועדת החקירה ולבקשתן לצירוף השטח לתחום שיפוטן, כאשר מכלול העבודה שנשכרה התובעת לבצע ושביגיה נדרש התשלום לא הושלם עד כה**. בתוך כך נכון להוסיף אך לנטען על ידי הרשויות המקומיות, כי התשלום הנדרש על ידי התובעת גדול באופן לא מידתי ביחס לעבודה שנעשתה על ידיה בפועל, תוך ייחוס קבלת הכספים לפעולות שננקטו לכאורה על ידי התובעת ואשר לא תאמו את שנקבע בהסכם בין הצדדים ("לובינג" לעומת יעוץ מקצועי; והעברת "פיצוי" מתקציב המדינה לעומת הסדרתו באמצעות שיוך מוניציפאלי של השטח תוך קבלת תשלומי ארנונה והיטלים בגינו). כל זאת, כאשר המדובר בהתקשרות אשר הופסקה בחלוף חודשים ספורים מעת תחילתה.

ג. השבה היא הסעד המתאים בנסיבותיו הספציפיות של המקרה דנן

36. המסקנה העולה מן המקובץ היא, כי חוזה הרשות שבעניינו נוגד את תקנת הציבור, הן לנוכח ההתחייבות לשלם במסגרתו שכר טרחה מופרז וחריג, הן לנוכח הניגוד בינו לבין חוזר המנכ"ל, וגם לאור העובדה שנעשה תוך חריגה מסמכות. אפיונו של החוזה כ"נוגד את תקנת הציבור" מבוסס, כפי שהראה ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה, בין היתר על פרשנותו של חוזר המנכ"ל, שהוראותיו הופרו על ידי החוזה.

¹⁰ ר' בג"ץ **ריגלר** המובא אצל ברק ארז **משפט מנהלי**, לעיל ה"ש 9, בעמוד 288, בה"ש 307. כמצוין שם – במקרה זה קיבל בית המשפט העליון עתירה נגד החלטת השר לאשר תשלום משכורת בניגוד **להנחיות הפנימיות של משרדו**.

לנוכח האמור, דינו של החוזה בטלות. תוצאותיו של החוזה בפועל (בטלות והשבה, פטור מהשבה או מתן צו לקיומו) מוכתבות בעיקר על פי סעיף 31 לחוק החוזים והפסיקה הענפה בעניינים אלה.¹¹

37. אמות המידה לפיהן יקבע בית המשפט את תוצאות החוזה הפסול ואשר מוכתבות בעיקר על פי סעיף 31 לחוק החוזים מקבלות משנה משמעות בענייננו, מאחר שנטען שהחוזה הנדון כבר בוצע באורח חלקי. על כן, נדרשת בחינה של תוצאותיו של חוזה זה על פי סעיף 31 לחוק החוזים, בדגש על סמכותו של בית המשפט לצוות על השבה. ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה יזכיר בהקשר זה, כי הכלל הרחב והרגיל לגבי חוזה שבטל מחמת פסולתו הוא **השבה**, וכי רק בנסיבות מיוחדות יפעיל בית המשפט את שיקול דעתו ויצווה על פטור מהשבה או על קיום החיוב שכנגד.

38. ההשבה המתבקשת בענייננו היא השבת השווי של העבודה שבוצעה או השירות שניתן על פי החוזה; על ההשבה להינתן בשיעור ערכם הכלכלי של העבודה או השירות, דהיינו: תשלום ראוי. בהקשר זה ראוי להזכיר, כי מטרת ההשבה היא מניעת התעשרות שלא כדין של צד אחד על חשבון רעהו וכי ההשבה לא נועדה לקרב את הצדדים למצב שבו היו נתונים אילו קיים החוזה (ראו שלו וצמח, בעמודים 675-674 וכלל האסמכתאות הנזכרות שם). על כן, יש לחשב את שווי ההשבה לפי הערכים הכלכליים ההוגנים והסבירים של שווי השירות שהתקבל, ולא להשוותה או להתאימה לתמורה הקבועה בחוזה.

ד. סיכומם של דברים

39. כאמור לעיל, ככל הנחייה מנהלית ובהתקיים סמכותו של מתקין ההנחייה לאשר סטייה הימנה בבחינת הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ראוי מתקין החוזר, הוא מנכ"ל משרד הפנים, גם לשקול להחריג את תחולתו בנסיבות מסוימות.

40. עם זאת, בנסיבות העניין – גובהו המופרז של שכר הטרחה הנתבע (ואשר אליו צפויים להתווסף תשלומים אף ליועץ התקשורתי וליועץ המשפטי), והסתירה שבין ההסכם לתקנת הציבור, הרי שאין כל הצדקה לאשר חריגה מחוזר המנכ"ל, שתכליותיו הן להגן על הקופה הציבורית והשימוש שיעשה בתקציבים שהמחוקק ראה להעמיד לרשות המקומיות על פי החוק והתקנות.

41. יתרה מזאת – ומעבר לעובדה כי מקור התשלומים אשר קיבלו הרשויות המקומיות הוא בתשלום ישיר מכספי המדינה מכוח חוק ההתייעלות הכלכלית 2018, בהתאם להוראות שנקבעו במסגרתו ועל פי הכללים והאמות המידה שנקבעו על ידי השרים במסגרת התקנות אשר הותקנו מכוחו, ולא בזיקה ישירה לשטח נתב"ג ולדיוני ועדת הגבולות – הרי שכפי העולה אף מטענות הרשויות המקומיות, לא ניתן להצביע על פעולות התובעת ככאלו שהביאו לקבלת התקציבים ובוודאי על היקפם.

42. בהקשר זה יחזור ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה על כך שהרשויות המקומיות טענו, כי התובעת ביצעה ראשית עבודה בלבד, כאשר מכלול העבודה שנשכרה התובעת לבצע ושבינה נדרש התשלום לא הושלם עד כה. ועל כך יוסיף ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה גם, כי התשלום הנדרש על ידי התובעת גדול באופן לא מידתי ביחס לעבודה שנטען שנעשתה על ידיה בפועל, תוך ייחוס קבלת הכספים לפעולות שננקטו לכאורה על ידי התובעת ואשר לא תאמו את שנקבע בהסכם בין הצדדים. כמו כן יזכיר ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה, כי מדובר בהתקשרות שהופסקה בחלוף חודשים ספורים מעת תחילתה.

¹¹ למשל: עניין זגורי; עניין המועצה המקומית זכרון יעקב, לעיל ה"ש 1; עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 1; ברק ארז משפט מנהלי, לעיל ה"ש 9, בעמודים 274-271 וכן עניין נוה שוסטר.

43. אשר על כן, נראה כי מקרה זה הוא בדיוק מאותם המקרים אשר חוזר המנכ"ל מבקש למנוע – של העסקת יועצים בשכר שייקבע כאחוז מתקציבי המדינה, ובוודאי בכל הנוגע למקרים בהם לא ניתן להלווה בין מהותן והיקפן של העבודה וההשקעה אשר נעשו על ידי יועציה החיצוניים של רשות מקומית לבין התשלום הנדרש מהרשות המקומית בגין כך. לפיכך, אין לאשר את הסטייה המבוקשת מחוזר המנכ"ל ובכך להכשיר בדיעבד חוזה שנכרת בניגוד להוראותיו.
44. תוצאת הדברים היא, כי החוזה נושא התובענה הוא חוזה פסול, הנוגד את תקנת הציבור, ומשכך דינו בטלות. זאת, הן לנוכח ההתחייבות לשלם במסגרתו שכר טרחה מופרז וחריג, הן לנוכח הניגוד בינו לבין חוזר המנכ"ל, וגם לאור העובדה שנעשה תוך חריגה מסמכות.
45. בהינתן אלה, הרי שבית המשפט הנכבד מוסמך לצוות כאמור על השבת שווי העבודה שבוצעה או השירות שניתן על פי החוזה, וזאת, כמפורט לעיל, בשיעור הערך הכלכלי ההוגן והסביר של השירות שהתקבל (תשלום ראוי).

לירן פאר, עו"ד

סגן בכיר א' בפרקליטות מחוז מרכז (אזרחי)

ב"כ ממלא מקום היועץ המשפטי לממשלה