

הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה – ראשון לציון  
ע"י ב"כ עו"ד יחזקאל ריינהרץ ו/או מיכל אגסי ו/או גיל זילבר ואח'  
ממשרד עו"ד פריש, שפרבר, ריינהרץ ושות'  
מרח' מוטה גור 9 ת.ד. 3363, פתח תקוה 49517  
טל': 03-9239010; פקס: 9239015

**המבקשת**

נ ג ד

1. **פריח ביקל בע"מ**  
ע"י ב"כ עו"ד עמי אסנת ו/או ורדה לבון ואח'  
ממשרד מ. פירון ושות'  
בית אדגר, רח' השלושה 2, תל אביב  
טל': 03-7540000; פקס: 03-7540011
2. **א.ש.י. פרשקובסקי חברה לבניין בע"מ, ח.פ. 9-51-173205**  
ע"י ב"כ עו"ד אלי וילצ'יק ו/או רות צימנט ואח'  
ממשרד עו"ד כהן, וילצ'יק ושות'  
מרח' אבא הלל 14, בית עוז, רמת גן  
טל': 03-6119000; פקס: 03-7519191

**המשיבות**

1. **מרכז השלטון המקומי בישראל**
2. **מרכז המועצות האזוריות בישראל**
3. **פורום הערים העצמאיות (פורום ה-15)**  
ע"י ב"כ ממשרד עו"ד זינגר דנה ושות'  
מרח' קרן היסוד 27, ירושלים 94188  
טל': 02-6220990; פקס: 02-6220999

**המצטרפים לבקשה**

**היועץ המשפטי לממשלה**  
באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה  
מרח' קרית המדע 5, בניין B3, הר חוצבים, ירושלים  
טל': 02-6362017; פקס: 02-6362050

**המתייצב בהליך**

**עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה**

בהמשך להודעתו מיום 8.1.2017, בדבר התייצבותו בהליך שבכותרת, ובהתאם להחלטות כב' השופט ס' גוברמן  
מיום 12.1.2017 ומיום 5.2.2017, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו.

1. ההליך שבכותרת הוא בקשה לדיון נוסף (להלן: "הבקשה"), בפסק דינו של בית המשפט העליון (כב' השופטים י' דנציגר, נ' הנדל וע' ברוך) מיום 15.12.2016 בע"א 5958/15 פרחי ביקל בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה - ראשון לציון (להלן: "פסק הדין"), ערעור שהוגש על פסק הדין של בית המשפט המחוזי (כב' השופט י' שפסר) בה"פ (מרכז) 50880-11-14 הועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון לציון נ' א.ש.י. פרשקובסקי חברה לבנין בע"מ, מיום 10.6.2015 (להלן: "פסק הדין של בית המשפט המחוזי").
2. המבקשת היא הוועדה המקומית ראשון לציון (להלן: "הוועדה המקומית"), שהייתה המשיבה 1 בערעור מושא פסק הדין (להלן: "הערעור"). הערעור עסק בשאלה אם הוועדה המקומית הייתה רשאית לדרוש כתב שיפוי לתביעות לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "סעיף 197" ו"חוק התכנון", בהתאמה), מהמשיבה 1 (המערערת בערעור), פרחי ביקל בע"מ, ומהמשיבה 2, א.ש.י. פרשקובסקי חברה לבנין בע"מ. יצוין, כי המערערת בערעור לא חלקה על סמכותו של מוסד התכנון המוסמך לאשר תכנית להתנות את אישור התכנית בתנאים, שהפקדת כתב שיפוי הוא אחד מהם; אלא, בערעור נטען, בין היתר, כי לוועדה המקומית אין סמכות לדרוש כתב שיפוי מיזם לאחר שניתן תוקף לתכנית, ומעבר לכתב השיפוי שהופקד כתנאי לאישור התכנית על פי החלטת הוועדה המחוזית ולהנחת דעתה; וכן התייחס הערעור לקביעת בית המשפט המחוזי בפסק הדין מושא הערעור (ה"פ (מרכז) 50880-11-14 הועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון לציון נ' א.ש.י. פרשקובסקי חברה לבנין בע"מ (10.6.2015, פורסם בנבו), לפיה החייבת בהפקדת כתב שיפוי היא המשיבה 1 (פרחי ביקל) ולא המשיבה 2 (פרשקובסקי).
3. פסק הדין דן בשאלה אם הוועדה המקומית הייתה רשאית לדרוש מהיזמים להפקיד כתבי שיפוי. בפסק הדין נקבע כי הפרקטיקה של הסכמי שיפוי, שבהם מתחייב היזם לשפות את הוועדה המקומית על חיוביה העתידיים בגין תביעות פיצוי על פי סעיף 197, עומדת בניגוד לעקרון חוקיות המינהל ולסעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה. נקבע כי החובה המוטלת בסעיף 197 על הוועדה המקומית לפצות את הנפגעים מהתכנית היא חובה מוחלטת שלא ניתן להתנות עליה, ומתן רשות לוועדה המקומית להעביר את החיוב בתשלום הפיצויים ליזמים, כמוה כהטלת מס ללא צו מפורש של המחוקק. עוד נקבע, כי גם אם הפקדת כתב שיפוי אינה עולה כדי הטלת חיוב כספי ממש, מדובר בנטילה מותנית (או מושהית) של כספו של האזרח, ומשכך היא חייבת להיות מושתתת על בסיס חוקי מפורש.
4. לאור קביעה זו של בית המשפט הנכבד, נקבע בפסק הדין כי התייתר הצורך לדון בשאלת זהות הגורם שיפקיד את כתב השיפוי (סעיפים 24 ו-48 לפסק הדין).
5. על פסק הדין הגישה הוועדה המקומית את הבקשה לדיון נוסף. בבקשה נטען כי יש מקום לקיים דיון נוסף בפסק הדין, שכן ההלכה שנקבעה בו היא הלכה חדשה, המשנה הלכה קיימת, וכי היא משליכה על תכניות רבות המצויות בשלבים שונים, שקודמו תוך הסתמכות על הפקדתם של כתבי שיפוי, שבפסק הדין נקבע כי נדרשו ללא סמכות. נטען, כי הפרקטיקה של הסכמי שיפוי מעוגנת בסעיף 198 לחוק התכנון, ובעובדת היותו

של השיקול הכלכלי חלק מהשיקולים הנשקלים בידי מוסד התכנון בבואו לאשר תכנית. לחלופין, התבקש בית המשפט הנכבד לסייג את תחולתה הרטרופקטיבית של ההלכה שנקבעה בפסק הדין, כך שתחול באופן פרוספקטיבי ובתום תקופת מעבר של 3 שנים, וזאת לאור אינטרס ההסתמכות של מוסדות התכנון והפרטים על ההלכה הקודמת.

6. ביום 8.1.2017, הודיע היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו בהליך.

- הודעת ההתייצבות מצורפת ומסומנת א'.

### עמדת היועץ המשפטי לממשלה

7. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי יש להיענות לבקשה ולקיים דיון נוסף בפסק הדין. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה תתייחס להלכה שנקבעה בפסק הדין, ולא ליריבות בין הצדדים לערעור, שלמעשה לא הוכרעה (שכן בית המשפט הנכבד קבע כי התייתר הצורך לדון בה). אם תתקבל עמדת היועץ המשפטי לממשלה, משמעות הדבר היא כי יהיה על בית המשפט הנכבד לדון בטענות הערעור, שהעמדה שלהן אינה נוקטת עמדה בהן.

8. לחלופין, ואף אם תידחה עמדת היועץ המשפטי לממשלה, יתבקש בית המשפט הנכבד לקיים דיון נוסף בשאלת תחולתו של פסק הדין, ובמסגרת זו לקבוע כי תחולתה של ההלכה שנקבעה בפסק הדין תהיה פרוספקטיבית ונדחית.

### א. יש מקום לקיים דיון נוסף בפסק הדין

9. סעיף 30 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 (להלן: "חוק בתי המשפט") קובע:

"(א) ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר.  
(ב) לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף."

הסעיף הרלבנטי בענייננו הוא ס"ק (ב).

10. בענייננו, מצוין בפסק הדין עצמו כי ההלכה שנפסקה בו בדבר אי-חוקיות הדרישה לכתבי שיפוי היא הלכה

חדשה (סעיף 46 לפסק הדין; ההדגשות הוספו):

"הוועדה המקומית טוענת, כי הפרקטיקה של דרישת כתב שיפוי על ידי מוסד תכנון מיזם של תכנית "הוכרה בשורה של פסקי דין". כבר עתה אציין כי באף אחד מהמקרים שעליהם מצביעה הוועדה המקומית, לרבות בפסקי הדין שעליהם הסתמך בית המשפט המחוזי בפסק דינו, לא עלתה ולבטח לא נדונה שאלת החוקיות של הפרקטיקה האמורה באופן ישיר וחזיתי. לכן, גם אם אקבל את הטענה כי הפרקטיקה הוכרה בפסיקה כדבר רווח, אין בכך כדי ללמד, בהכרח, על חוקיותה, ובפרט בהיבט של שלטון החוק. יתרה מכך, כפי שאראה להלן, בית משפט זה אף ציין במפורש כי חוקיותה של הפרקטיקה מוטלת בספק.

11. יתרה מכך, בפסק הדין בבג"ץ 1494/05 וינברג נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה בתל אביב (פורסם בנבו, 15.3.2005; להלן: "עניין וינברג"), שלגביו מציין פסק הדין (בסעיף 46.3) כי "גם בפסק דין זה לא נדונה ולא הוכרה באופן מפורש שאלת חוקיותה של הפרקטיקה של חיוב בהפקדת כתבי שיפוי", קיימת אמירה ברורה וישירה, אף אם תמציתית, לגבי המסגרת שבה יש לדון בשאלת חוקיותם של הסכמי השיפוי.
12. בעניין וינברג, טענת העותרים הייתה, כי לוועדה המקומית לתכנון ובניה בתל אביב "אין סמכות להתקשר בהסכם שיפוי עם יזמים פרטיים המגישים בקשה לאישור תכנית מתאר, בהעדר עיגון בחוק להסכמים מעין אלו" (שם). בפסק הדין בעניין וינברג נקבע, כי העתירה אינה מגלה עניין לגופה, וכן נקבע [ההדגשה הוספה]:

"העברת נטל הפיצוי מהוועדה אל היזמים אינה משנה את הוראת סעיף 197 לחוק, לפיה חובת הפיצוי כלפי הנפגעים מתכנית מוטלת על הוועדה המקומית לתכנון ובניה. יש להבחין בין החובה הסטטוטורית המוטלת על הוועדה כלפי בעל הזכות הנפגע מתכנית, לבין ההסכמים שהוועדה המקומית עורכת עם היזם כגורם מעוניין, הנוטל על עצמו את החיוב בפיצוי כחלק מהתכנית שהוא מפתח ומבצע, ואף אמור להפיק ממנה רווחים. לפיכך ראוי להפריד בין מערכת יחסים זו שבין הוועדה ליזם, ובין מילוי חובותיה של הוועדה על פי חוק כלפי הנפגע. ואמנם, בית משפט זה הכיר לא אחת בהסכמים בין ועדה מקומית לתכנון ובניה לבין יזם, לפיהם מתחייב היזם בתשלום פיצויים בגין פגיעות העלולות להיגרם כתוצאה מהתכנית באמצעותה מבקש אותו יזם להפיק רווחים (ראו, למשל: ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627, 641; בג"ץ 7250/97 סולימאני נ' שר הפנים, פ"ד נד(3) 783, 792-793)".

13. כמו כן, צוין בעניין וינברג, כי אין בפסק הדין בעת"מ (ת"א) 2461/04 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' ועדה מחוזית לתכנון ובניה, הרצליה (25.1.2005, פורסם בנבו; להלן: "עניין פרטנר"), שעליו, בין היתר, מתבסס פסק הדין בעניינו (ר' סעיפים 41 ו-47 לפסק הדין), כדי להשפיע על קביעה זו (עניין פרטנר יידון בהמשך העמדה).
14. לאור פסק הדין בעניין וינברג, דומה כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין בעניינו אינה הלכה חדשה בשאלה משפטית שטרם הוכרעה על ידי בית המשפט העליון, אלא מדובר בהלכה העומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, עובדה המצדיקה קיום דיון נוסף בה לפי סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט.
15. בנוסף להיותה של ההלכה סותרת הלכה קודמת, ולמצער – הלכה חדשה, מדובר בהלכה חשובה וקשה עבור כל מוסדות התכנון (וזאת מבלי לגרוע מטענות העומדות להם לבטלות יחסית ולפטור מחובת השבה לפי סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 ומכל טענה אחרת):
- עבור הוועדות המקומיות: ביחס לאלו שהמליצו על אישור תכניות בכפוף להפקדת כתבי שיפוי על ידי יזמי התכניות, שלולא הסכמתם לשפות את הוועדה המקומית בגין תביעות לפי סעיף 197, לא הייתה הוועדה המקומית ממליצה על אישור התכנית. לולא כתבי השיפוי, ייתכן כי התכניות לא היו מתאשרות משיקולים כלכליים (המהווים חלק משיקולי התכנון). משמעות ההלכה שנקבעה בפסק הדין היא כי היזמים יוכלו לטעון לבטלות הסכמי השיפוי, והוועדות המקומיות ימצאו עצמן חשופות בדיעבד למלוא התביעות בגין ירידת הערך הנובעת מהתכנית, אף בהיעדר אינטרס ציבורי בתכנית.

- עבור מוסדות התכנון שאישרו את התכניות: ביחס לתכניות שאושרו למתן תוקף בתנאי שיופקד כתב שיפוי לטובת הוועדה המקומית, כעת – אם ייקבע כי כתבי השיפוי בטלים בשל אי-חוקיות – עלולה לעלות טענה שמא יש לבטל את התכניות, שכן תנאי לאישורן בוטל בדיעבד; וביחס לתכניות העומדות בפני אישור למתן תוקף, יגרום פסק הדין לעיכוב משמעותי באישורן, שכן יהיה על מוסדות התכנון לשוב ולשקול את ישימות התכנית מבחינה כלכלית, ואם יש בתכנית אינטרס ציבורי המצדיק את ההוצאות שיהיו כרוכות בתשלום פיצויים לפי סעיף 197 על ידי הוועדה המקומית.

16. קשיים אלה נובעים בראש ובראשונה מכך שבית המשפט הנכבד לא התייחס, במסגרת פסק הדין, לשאלת תחולתה של ההלכה שנקבעה בו.

17. פסק הדין ברע"א 8925/04 **סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל** (27.2.2006, פורסם בנבו; להלן: "**עניין סולל בונה**") הוא פסק הדין המנחה בשאלת תחולתה של הלכה שיפוטית חדשה. בעניין סולל בונה נקבע כי נקודת המוצא העקרונית היא כי הלכה שיפוטית חדשה חלה הן רטרופקטיבית והן פרוספקטיבית, ויחד עם זאת, אין מניעה עקרונית להכיר בכוחו של בית המשפט העליון לתת לתקדימיו תוקף פרוספקטיבי בלבד, וזאת בעיקר בשל הצורך להגן על אינטרס ההסתמכות (שאף הוא אינו מוחלט) (עניין סולל בונה, סעיפים 17-22 לפסק הדין של כב' הנשיא ברק).

18. בפסק הדין בבג"ץ 3514/07 **מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' מרק פיורסט** (13.5.2012, פורסם בנבו; להלן: "**עניין מבטחים**"), נבחנה השאלה באילו תנאים יש לקבוע כי תוצאה משפטית תוגבל לתחולה פרוספקטיבית בלבד, וכיצד יש לשרטט את הגבול בין דוקטרינת התחולה בזמן לדוקטרינות משיקות, כגון הגנת אינטרס ההסתמכות ודוקטרינת הבטלות היחסית (שם, סעיף 31 לפסק הדין של כב' הנשיא ביניש). כמו כן צוינה בעניין מבטחים החשיבות של הידרשות לשאלת תחולת ההלכה על ידי בית המשפט (שם, סעיפים 32-33; ההדגשות הוספו):

"בעניין סולל בונה נקבע בדעת רוב, בהרכב מורחב, הכלל לפיו הלכות חדשות של בית המשפט העליון הינן בעלות תוקף רטרופקטיבי ופרוספקטיבי כאחד. לצד הכלל נקבע גם חריג לפיו בתנאים מסוימים ומשיקולים מעשיים, יינתן תוקף פרוספקטיבי בלבד להלכה חדשה. תנאי הכרחי לכינונו של החריג הוא שקיים אינטרס הסתמכות משמעותי, בין של יחידים ובין של גופים, אשר הסתמכו על המצב המשפטי ששרר בעת קיומה של ההלכה השיפוטית הקודמת. אולם אין די בפגיעה באינטרס ההסתמכות כדי להצדיק את החלתה של ההלכה באופן פרוספקטיבי בלבד. לכינונו של החריג נדרש לא רק שההסתמכות תהא משמעותית, אלא גם שתהא סבירה. בעל דין אינו יכול לבוא בפני בית המשפט ולטעון להסתמכות כאשר היה עליו לצפות את השינוי המשפטי הקרב. בנוסף, החריג יחול רק במקום בו אין ניתן לענות על אינטרס ההסתמכות באמצעות הגנות הלקוחות מדינים אחרים, כגון התיישנות או בטלות יחסית, בד בבד עם מתן תוקף רטרופקטיבי לנורמה החדשה.

[...]

ההכרעה בדבר תחולתה בזמן של הלכה חדשה ניצבת ככלל לפתחו של בית המשפט שנתן את ההלכה, שכן ללא קביעה (מפורשת או משתמעת) כאמור, הנחת המוצא היא שהלכתו החדשה של בית המשפט פועלת גם לעבר. משכך, ובמיוחד מאז נקבעה הלכת סולל בונה, יש לצפות לכך שבית משפט שחידש הלכה יידרש לשאלת תחולתה של פסיקתו בזמן, בהתאם לנקודת האזיון הראויה בנסיבות העניין [...]. ההכרעה בדבר תחולתה של ההלכה בזמן הינה בלתי נפרדת



מבחינה מושגית ומבחינה מעשית מקביעת ההלכה עצמה. אכן, "בית המשפט אינו יכול להסתפק בקביעת בטלות ולהותיר את תוצאותיה של קביעה זו לעבר ולעתיד ללא התייחסות וללא מענה" (פרשת אלחנתי, בפסקה 37). אם לא יידרש בית המשפט לשאלת התחולה לא יוכל להכריע בין האפשרויות השונות שנקבעו בפרשת סולל בונה, שלחלק מהן נודעת השפעה ישירה על בעלי הדין הקונקרטיים שבעניינם נפסקה ההלכה – למשל כך כאשר המאזן נוטה לתחולה פרוספקטיבית מעורבת או לתחולה פרוספקטיבית טהורה. גם שיקולים של מדיניות שיפוטית ראויה מצדיקים את התוצאה לפיה בית המשפט שקבע את ההלכה ידון גם בשאלת תחולתה בזמן. ראשית, מוטב שבית המשפט שישב בדיון וגיבש את ההלכה יהא זה שידון בתחולתה, ושלא כהנהגה זו לא תתגלגל למותב אחר, שידון בשאלת התחולה במנותק מהשיקולים שעמדו בבסיס קביעת ההלכה מלכתחילה. שנית, על בית משפט הקובע הלכה חדשה להניח כי ההלכה היוצאת מלפניו עשויה להשפיע, אם לא יקבע אחרת, על כלל התיקים התלויים ועומדים בפני הערכאות השונות בשאלה בה נפסקה ההלכה, ואף על תיקים שטרם הגיעו לידי בירור משפטי. הימנעות מדיון בשאלת התחולה, כאשר זו אינה ברורה מאליה, עשויה להביא להשלכות כבדות משקל על כל אותם תיקים בהם לא ניתן פסק דין חלוט במועד קביעת ההלכה, ואף לגרור פסיקות סותרות עד למתן הכרעה מחייבת בעניין התחולה. שלישית, יש לזכור כי פסיקתה של הלכה חדשה עשויה לערער את היציבות המשפטית, בפרט כאשר היא עומדת בניגוד להלכות קודמות או משפיעה באורח ניכר על מנהגיהם ודרכיהם של יחידים וגופים הפועלים בשדה המשפט. פגיעה זו בוודאות וביציבות המשפטית יש לצמצם ככל הניתן. הותרת ספק בדבר תחולת ההלכה בזמן אינה עולה בקנה אחד עם צמצום הפגיעה כאמור".

19. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי מן הראוי לקיים דיון נוסף בשאלת תחולת ההלכה שנקבעה בפסק הדין, וכי לאור אינטרס ההסתמכות הברור של מוסדות התכנון על הפרקטיקה הקיימת, שאושרה שוב ושוב בפסיקת בית משפט נכבד זה (ר' ביתר פירוט להלן), יש לקבוע כי תחול באופן פרוספקטיבי בלבד.
20. בהקשר זה, יוער כי אין הכרח שהטענה לקיומו של אינטרס הסתמכות תבוסס על ראיות או על נתונים מדויקים, וניתן לקבוע כי מתקיים אינטרס הסתמכות על בסיס הגיונם של הדברים (ר' פסקי הדין ברע"א 2453/13 אלעזר עמר נ' עיריית חדרה (14.4.2015, פורסם בנבו), ע"א 5931/06 דאוד חטאב חסיין נ' שאול כהן (15.4.2015, פורסם בנבו), שבהם נקבעה תחולה פרוספקטיבית להלכה חדשה אף שלא הוצגו נתונים, או לא הוצגו נתונים מלאים, בדבר השלכותיה הכלכליות של קביעת תחולה רטרופקטיבית להלכה).
21. היועץ המשפטי לממשלה מצטרף לבקשת הוועדה המקומית, לפיה ככל שיידחו הטענות נגד ההלכה החדשה לגופה, תיקבע הוראת מעבר לכניסתה של ההלכה לתוקף, וינתן למדינה פרק זמן אשר יאפשר קידום הליך חקיקה שיסדיר את האפשרות של מוסד תכנון להתנות קידומו של הליך תכנון בהפקדת כתב שיפוי מפני תביעה לפיצויים לפי סעיף 197 לחוק התכנון לטובת הוועדה המקומית.
22. היועץ המשפטי לממשלה יבקש לעדכן את בית המשפט הנכבד בהחלטת ועדת השרים לענייני תכנון, בנייה, מקרקעין ודיוור מיום 9.1.2017 (דר/128), שקיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 26.1.2017, ושבה הוחלט, בין היתר, על קידום הליך חקיקה כאמור לעיל.
- החלטה דר/128 מצורפת ומסומנת ב'.
23. לאור העובדה כי כבר הוחל בקידום הליך חקיקה אשר ייתן מענה לקושי שאליו התייחס פסק הדין, יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את תחולתה של ההלכה שנקבעה בפסק הדין עד להשלמת הליך החקיקה שעליו החליטה הממשלה, ולחלופין – לפרק זמן אשר יאפשר את היערכות הרשויות ליישום הלכה חדשה זו.

24. בית המשפט הנכבד נהג באופן המבוקש בבג"ץ 2911/05 משה אלחנתי נ' שר האוצר - מר בנימין נתניהו (15.6.2008, פורסם בנבו), בסעיף 38 :

"דרך זו המצהירה על בטלותו של הסדר הנוגד את תקנת הציבור בשל אי שוויון אך קובעת כי פועלו של הביטול לא יחול למפרע אלא רק לעתיד לבוא ואף מותירה בידי הגורמים הנוגעים בדבר להשלים את המלאכה ולנסח מחדש הסדר מתוקן המביא בחשבון את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, היא דרך המוכרת בפסיקתנו (ראו והשוו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 415-416 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 284 (1999); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 763 (2004)), ונראה כי זוהי אכן הדרך שיש לילך בה גם במקרה דנן, כקביעת בית הדין הארצי לעבודה".

25. לעניין זה ראו גם בג"ץ 2390/96 יהודית קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל (9.2.2009, פורסם בנבו), שם נקבע כי תחולתה של ההלכה שנקבעה בהחלטה מיום 13.2.2001 באותו הליך, והסדרים נוספים, ייקבעו במסגרת הליך החקיקה, שהושלם בסופו של דבר במסגרת החוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010 (ס"ח 2228 בעמ' 346, 15.2.2010); וכן עע"מ 963/11 הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז נ' דן אבי יצחק (18.8.2011, פורסם בנבו), שם נקבע כי "יעוכב ביצוען של הפעולות האופרטיביות הנובעות מפסק-הדין לפרק זמן של ששה חודשים על מנת לאפשר למחוקק ליתן דעתו לבעיה שנוצרה ולהשלכות הרוחב הכרוכות בה" (שם, סעיף 5 לפסק הדין של כב' השופטת חיות וסעיפים נ"ה-נ"ו לפסק הדין של כב' השופט (כתוארו אז) רובינשטיין).

26. מעבר לקשיותה של ההלכה בהיבט התחולה, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי מתקיימות הדרישות הנוספות הקבועות בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט, המצדיקות קיום דיון נוסף בפסק הדין, שכן מדובר כאמור בהלכה הסותרת הלכה קודמת של בית המשפט העליון או לכל הפחות בהלכה חדשה, שהיא גם חשובה וקשה, כפי שיפורט להלן.

27. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי ספק אם יש לבחון שאלת חוקיותה של הדרישה להפקדת כתבי שיפוי לטובת הוועדה המקומית כתנאי לאישור תכנית, כשאלה הנוגעת לגביית תשלומי חובה. המסגרת הנכונה לבחינת שאלת חוקיות הדרישה היא שאלת סמכותו של מוסד התכנון לשקול שיקולים כלכליים במסגרת החלטתו על אישור תכנית – שאלה שכבר ניתנה לה תשובה חיובית בפסיקה. כמו כן, יוסבר כי ראוי להבחין בין אי-חוקיותן של דרישות שמציבה הוועדה המקומית כתנאי למתן היתר (הנתפס כזכות המוקנית לאדם, כאשר ההיתר תואם תכנית מאושרת) לבין דרישה לשיפוי כתנאי לאישור תכנית, אשר לולא כתב השיפוי לא הייתה הצדקה תכנונית לאישורה.

28. בעמדה זו יסביר היועץ המשפטי לממשלה, כי לעניות דעתו, הסכם לשיפוי הוועדה המקומית בגין הפיצויים שתידרש לשלם לפי סעיף 197 אינו מהווה גבייה של "תשלום חובה" כמשמעותו בחוק יסוד: משק המדינה, ודאי בכל אותם מקרים שבהם היה רשאי מוסד התכנון שלא לקדם את התכנית, בשל חשש מתביעות לפי סעיף 197, כפי שיפורט להלן. במסגרת זו, תוצג ההבחנה שיש לערוך בין דרישות המוצבות על ידי רשות מנהלית כתנאי למימוש זכות מוקנית על ידי הפרט, לבין דרישות המוצבות במסגרת משא ומתן בין הצדדים, שהרשות המנהלית אינה מחויבת על פי דין להיענות להן.

29. עוד יוסבר, כי אין כל זכות לפרט שמקרקעיו יושבחו כבקשתו, ומוסדות התכנון מוסמכים ואף מחויבים לבחון לא רק את היבטי התכנון, אלא גם את ההשלכות הכלכליות הכרוכות באישור תכנית שהוגשה להם. בהתאם לכך, אין כל ספק כי מוסד תכנון רשאי, במקרים מתאימים, לסרב לקדם תכנית בשל הנטל הצפוי ממנה לפי סעיף 197.

30. לפיכך, למצער, בכל אותם מקרים שהחלטת מוסד תכנון לא לקדם את התכנית בשל שיקולים כלכליים (לרבות תביעות לפי סעיף 197) הינה סבירה, הרי שאין כל פגם בהחלטתו להתנות את קידומה במציאת פתרון לעניין תביעות לפי סעיף 197, לרבות בדרך של כתב שיפוי. הסכמת היזם לקיים תנאי זה ולקחת על עצמו את האחריות לשפוט את הוועדה המקומית בגין תביעות כאמור, כלל לא מהווה מס או תשלום חובה. במקרים אלה, הסכמת מוסד התכנון להיות צד להסכם איננה סותרת את עקרון חוקיות המינהל או את האמור בחוק יסוד: משק המדינה, הכול כפי שיפורט להלן.

31. עוד יוסבר, כי כאמור בעניין וינברג (ר' לעיל), הוועדה המקומית אינה ממחה את חבותה העתידית בפיצויים ליזם באופן המתנה על הוראות חוק התכנון, והיא נותרת הנתבעת בתביעות לפי סעיף 197. הוועדה המקומית מתקשרת עם היזם בהסכם שיפוי, שהמקום לבחינת שאלות בדבר קיומם של כפייה או אילוץ בכריתתו הוא במישור היחסים החוזיים שבין שני הצדדים. בנוסף, יוסבר כי סעיף 198(א) לחוק התכנון, ופרשנות תכליתית של החוק, מאפשרים לקרוא לתוכו הכרה בהסכמי שיפוי, במקרים המתאימים לכך.

#### ב. הפקדת כתב שיפוי אינה בגדר "תשלום חובה"

32. בית המשפט הנכבד דן בשאלה אם הוועדה המקומית הייתה רשאית לדרוש מהיזמים להפקיד כתבי שיפוי, לאור עקרון חוקיות המינהל. בעניין זה נקבע בפסק הדין (בסעיפים 27-29; ההדגשות בקו תחתון הוספו):

27. **חובתה של הרשות הציבורית שלא לסטות מגדרי סמכותה על פי דין בולטת במיוחד בתחום המיסים ותשלומי החובה** (עניין אילנות הקריה, עמ' 587-588; ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פ"ד ס(4) 545, 566 (2006) והאסמכתאות הנזכרות שם; עניין דירות יוקרה, פסקאות 34 ו-37). סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה קובע כי "מסים, מילואות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא יישונו, אלא בחוק או על פי; הוא הדין לגבי אגרות".

28. **כבר נפסק, כי קביעות אלה משתרעות גם על הטלת חיובים שניתן לראות בהם "מעין היטל או אגרה", ככל שהרשות לא הוסמכה בדין להטילם** (בג"ץ 4146/95 עיזבון דנקנר ז"ל נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, 807 (1998); ע"א 4752/14 נכסי רמת אביב בע"מ נ' עיריית תל אביב, [פורסם בבנו] פסקה 12 (16.6.2016) (להלן: נכסי רמת אביב)).



29. לסיכום נקודה זו, כל חיוב כספי שמטילה הרשות על האזרח, לרבות חיוב נדחה או מותנה, חייב להיות מכוח חוק או על פיו. זאת, בין מכוח העיקרון הכללי של חוקיות המינהל ובין מכוח סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה.

ובסעיף 47 לפסק הדין (ההדגשות הוספו):

"נוכח כל האמור לעיל, מסקנתי היא, כי משלא קיימת הוראת דין המסמיכה את הוועדה המקומית לחייב יזם בתשלום עבור פיצויים בגין תביעות לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, הרי שאין הוועדה המקומית רשאית לעשות כן. החובה המוטלת בסעיף 197 לחוק התכנון והבניה על הוועדה המקומית, קרי, החובה לפצות את הנפגעים מהתכנית, היא חובה מוחלטת שלא ניתן להתנות עליה. מתן רשות לוועדה המקומית להעביר את החיוב בתשלום הפיצויים ליזמים, כמוה כהטלת מס ללא צו מפורש של המחוקק (למסקנה דומה הגיע השופט ד"ר ע' מודריק בעניין פרטנר וזוהי אף מסקנתו של נמ"ד במאמרו הנזכר לעיל). גם אם הפקדת כתב שיפוי אינה עולה כדי הטלת חיוב כספי ממש, הרי שמדובר בנטילה מותנית (או מושהית) של כספו של האזרח. נטילה כזאת חייבת להיות מושתתת על בסיס חוקי מפורש (השוו: עניין דירות יוקרה, והאסמכתאות הנזכרות שם, בפסקה 44). עקרון החוקיות, הפורש עצמו על פעילותן של הרשויות הציבוריות כחופת-על, מחייב לקבוע כי הטלת חובה על יזם להפקיד כתב שיפוי כתנאי לאישורה של תכנית, עומדת בסתירה לעקרונות יסוד במשפט הציבורי ובראשם עיקרון חוקיות המינהל (השוו: עניין דירות יוקרה; נכסי רמת אביב).

33. בפסק הדין נקבע, אם כן, כי דרישה להפקדת כתב שיפוי נחשבת כחיוב שניתן לראות בו "מעין היטל או

אגרה". סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה קובע:

"מסים, מילואות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פיו; הוא הדין לגבי אגרות".

פסק הדין משייך את הדרישה להפקדת כתב שיפוי לקבוצת תשלומי החובה המוזכרים בסעיף 1(א) הני"ל, וקובע כי לאור זאת, נדרשת הסמכה בחוק או על פיו לדרישה זו. היועץ המשפטי לממשלה סבור, בכל הכבוד, כי על פי המבחנים שנקבעו בפסיקת בית משפט נכבד זה, לא ניתן לסווג את הדרישה להפקדת כתב שיפוי כתשלום חובה המחייב הסמכה בחוק – ולפיכך אין אי-חוקיות בדרישתו במסגרת הסכמית, אלא המקום לבחון את הסכמי השיפוי הוא במסגרת סמכותה של הרשות לשקול שיקולים כלכליים במסגרת אישור תכניות; ובמסגרת סמכות הוועדה המקומית להתקשר בתוזים, ודיני החוזים ודיני המשפט המנהלי החולשים עליהם. יצוין, כי גם פסקי הדין שאליהם הפנה פסק הדין בעניינינו, לתמיכה במסקנתו, אינם תומכים בהכרח בקביעותיו, כפי שיפורט להלן.

34. בספרו של יוסף אדרעי, "פירוש לחוקי-היסוד - חוק-יסוד: משק המדינה" (תשס"ד) (להלן: "אדרעי") הוצגה עמדה לפיה:

"המונח תשלום חובה מתייחס לתשלום – בכסף או בשווה כסף – שהמשלם חייב בתשלומו בעבור רכישת סחורות ושירותים; שאין לו ברירה סבירה אלא לרכשם. [...] קיומה של חובה על אדם לבצע דבר מה פירושה שהאדם אינו בן חורין להחליט באופן חופשי אם לבצע את הדבר ואם לאו. [...] נכלול במסגרת המונח חובה את כל אותן חובות המתנות זכאות לקבלת סחורות ושירותים בסיסיים או חיוניים שביחס אליהם יש צפייה סבירה שהממשלה תדאג להספקתן [...]" (אדרעי, עמ' 43-46);

"המבחן הראוי לשאלת קיומה של חובה לשלם מתמקד בזכותו של אדם לקבל שירותים או סחורות בסיסיים. וכבר אמרנו: אין מדובר בזכות משפטית מגובשת כי אם בזכות משתמעת או בצפי המבוסס על ההסכמה הכללית המבוטאת באמנה החברתית, כפי שהיא נתפסת בחברה

הישראלית. על פי הגישה המוצעת כאן מתבקש המבחן הבא: ככל שהזכות המשתמעת (הנגזרת כאמור מרמת הציפיות) של אדם לקבל סחורה או שירות מסוימים מן המדינה או מסוכנויותיה היא ברורה וחד-משמעית, ואין לו דרך, אפשרות או שיקול דעת לרוכשם בשוק החופשי, כך גדלה האפשרות לסווג את הסחורה או השירות כשירות בסיסי או חיוני, התשלום בעבורם קרוב יותר ל"תשלום חובה". ולא, אם אין לאדם זכות משתמעת לקבלת סחורה או שירות, או שהוא רשאי ויכול לרכשו בשוק החופשי, כך מתרחק התשלום שהוא משלם מגדר הגדרת הביטוי "תשלום חובה" ומתקרב למונח מחיר כלכלי רגיל שאינו חוסה בכנפיו של חוק-יסוד: משק המדינה (אדרעי, עמ' 48-49; ההדגשה הוספה).

35. בית משפט נכבד זה עסק לא אחת בשאלה מתי תיחשב דרישת תשלום כתשלום חובה, הכלול בסעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה, ומתי לא תיכנס בגדר הגדרה זו.

36. בפסק הדין בע"מ 7373/10 יוסי לוי נ' מדינת ישראל צבא הגנה לישראל מדור תשלומים (13.8.2012), פורסם בנבו; להלן: "עניין לוי" צוין כי "פרשנותו של פרופ' אדרעי למושג תשלום חובה היא מרחיבה מאוד (שלא לומר, המרחיבה ביותר בנמצא), ולגישתו, בתנאים מסוימים מושג תשלום החובה כולל אפילו תשלומים שבין שני פרטים" (שם, בסעיף 38), אולם גם על פיה נמצא באותו עניין, ביחס לפרמיות ביטוח שנוכו מגמלאות, כי אין מדובר בתשלום חובה. בעניין לוי נקבע (בסעיפים 39-40; ההדגשה בקו תחתון הוספה):

"פרופ' אדרעי סבור שבהכללת הביטוי "תשלום חובה" בסעיף 1(א), התכוון המחוקק להרחיב את רשימת התשלומים אשר נדרשת הסמכה בדין על מנת לגבותם. ניסוח החוק בא "להדגיש יותר את נושא החובה לשלם ולהמעיט בחשיבותו של מיהות הגוף המקבל את התשלומים" (י' אדרעי, חוק-יסוד: משק המדינה, עמ' 43). פרופ' אדרעי מגיע למסקנה שהתשלום יוגדר כתשלום חובה במקום בו זכויותיו הבסיסיות של הפרט מותנות בתשלום.

[...]

יישום מבחן זה - מבלי לקבוע שיש מקום לאמצו, אלא רק בהיותו המבחן המציע הגדרה רחבה ביותר - לעניין ניכוי פרמיות הביטוח, מוביל למסקנה שאין מדובר בתשלום חובה. הן ביטוח החיים, הן ביטוח התאונות האישיות, הם מוצרים שניתן להשיגם, בתנאים דומים, אף אם לא זהים, בשוק החופשי. מובן כי אין לגמלאי צה"ל "זכות משתמעת" לקבלת ביטוחים שכאלו, למרות יתרונות מסוימים שיתכן וגלומים בהם בהשוואה לביטוחים דומים בשוק הפרטי. מעולם לא נטען אחרת על ידי מי מהצדדים. אין המדובר בסחורה או שירות שהפרט מצפה מן המדינה לספק לו, וכל אזרח שחפץ בביטוח דומה יכול להשיגו במחיר השוק ממגוון גורמים עסקיים. מכאן, שעל אף אלמנט הכפייה שמצוי בתשלום פרמיות הביטוח למדינה ללא הסכמת הגמלאים, אין זה נכון לסווג את התשלום ככזה שעבור הטלתו נדרשת הסמכה בדין, תשלום חובה. ואם למסקנה זו הגענו תוך שימוש במבחן המרחיב של פרופ' אדרעי, הרי שיש להניח שגם על פי כל מבחן אחר אין המדובר בתשלום חובה."

37. בבג"ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב (13.11.2014), פורסם בנבו; להלן:

"עניין מים וביוב" נדונה, בהרכב מורחב של חמישה שופטים, השאלה אם תעריפי המים והביוב בישראל מהווים תשלום חובה. בפסק הדין נסקרה בהרחבה הפסיקה בשאלת סיווג דרישת התשלום, ובהשלכתה על השאלה אם נדרשת הסמכה חוקית מפורשת להטלתה. בפסק הדין של כב' השופט (כתוארו אז) רובינשטיין, שהתקבל בעניין מים וביוב בדעת רוב נקבע, כי התשלום אינו נחשב כתשלום חובה (אלא כ"מחיר"), מכיוון שאין מדובר בתשלום כפוי, אלא בתשלום רצוני הכפוף לפיקוחו של מנגנון רגולטורי (שם, סעיפים כ"ז-כ"ט; נ"ז-נ"ח).

38. גם בענייננו, בהסכם הנערך בין ועדה מקומית לבין יזם, לא מתקיים התנאי של קיומה של זכות משתמעת לקבלת סחורה או שירות, הנדרש על מנת שדרישת כתב השיפוי תיחשב כ"תשלום חובה" – מכיוון שלאדם אין זכות מוקנית או צפויה לאישור תכנית המיטיבה עמו. כפי שנקבע בע"א 483/86 יעקב בירנבך נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו, פ"ד מב(3) 228, 234 (1988), "אין זכות מוקנית להיכלל בתכנית בכלל ובתוכנית משביחה בפרט".

39. הדיון בעניין מים וביוב, התמקד בהבחנה בין תשלום חובה לבין תשלום המהווה "מחיר". כאמור לעיל, ספק אם זוהי מסגרת הדיון המתאימה בענייננו, אולם זוהי המסגרת שבה התקיים הדיון בפסק הדין, שקבע כי "גם אם הפקדת כתב שיפוי אינה עולה כדי הטלת חיוב כספי ממש, הרי שמדובר בנטילה מותנית (או מושהית) של כספו של האזרח" (בסעיף 47). אולם, כפי שצוין, גם אם דרישת הפקדת כתבי השיפוי נבחנת במסגרת הדיון בתשלומי חובה, היא אינה עונה להגדרות שנקבעו בספרות ובפסיקה לצורך קביעה כי מדובר בתשלום חובה.

40. יצוין, כי דרישת הפקדת כתב השיפוי לא תיחשב כתשלום חובה גם לפי גישתו של כב' השופט גיבראן, שלדעתו הצטרף כב' השופט דנציגר, בעמדה שהיוותה דעת מיעוט בעניין מים וביוב. בעניין מים וביוב, קבע כב' השופט גיבראן כי על פי מבחן התשלום הכפוי, "מאפייני המים כמוצר צריכה בסיסי, שהפרט רוכש באופן בלעדי מזרועות השלטון, מובילים למסקנה כי סיווג התשלום הראוי בגינם הוא כ"תשלום חובה" (שם, בסעיף 34 לפסק דינו של כב' השופט גיבראן). דעת הרוב, כאמור, קבעה כי צריכת מים, אף שמדובר במוצר חיוני, היא רצונית ואין בה מאפיין של כפייה. בענייננו, מקל וחומר, הן על פי דעת הרוב והן על פי דעת המיעוט בעניין מים וביוב, ניתן לומר כי אין לפרט המבקש לאשר תכנית משביחה זכות או ציפייה סבירה כי זו תאושר על ידי מוסדות התכנון, ולפיכך אין בדרישה ההסכמית לשפות את הוועדה המקומית על תביעות לפי סעיף 197 שתיתבע בהן בעקבות התכנית, כשלעצמה, מרכיב של תשלום בכפייה.

41. יודגש, כי אין באמור כדי לשלול דיון בשאלות של כפייה ואילוץ מתחום דיני החוזים בכלל, ודיני החוזים השלטוניים בפרט, בעת בחינת הסכמים שעורכת ועדה מקומית עם יזמים כתנאי לאישור תכנית; אולם, כשם שאין לתת תוקף גורף לכל הסכמי השיפוי באשר הם, כך אין מקום לפסול את הדרישה באופן קטגורי, שכן כאמור לעיל, דומה כי מסגרת הדיון של תשלומי חובה אינה המסגרת הנכונה לבחינת ההסכמים.

42. ראוי לציין, כי בנסיבות הליך זה (כמפורט בפסק הדין של בית המשפט המחוזי), קבעו המועצה הארצית והוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה במחוז מרכז כי תנאי לאישור התכנית יהיה הפקדת כתב שיפוי על ידי היזמים, אולם נוסח כתב השיפוי "המחמיר" שדרשה הוועדה המקומית נפסל על ידי ועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית, ונקבע כי כתב השיפוי שיופקד יהיה בנוסח שכבר הופקד על ידי אחת היזמות, או בנוסח סטנדרטי המקובל במקרים דומים. ערר שהוגש, בין היתר, על קביעה זו נדחה על ידי המועצה הארצית, ועתירה מנהלית שהוגשה על החלטת המועצה הארצית נדחתה בפסק הדין בעת"מ (מרכז)

8747-05-10 עיריית ראשון לציון נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה ועדת המשנה לעררים (21.6.2011), פורסם בנבו). פסק הדין בעתירה המנהלית הבחין בין כתב השיפוי שנדרש על ידי הוועדה המקומית, שנוסח באופן "דקוני ומיוחד" ושעלה החשש כי דרישתו נועדה לסכל את התכנית, לבין "זכותה של ועדה מקומית ואף חובתה לבחון עלויות של תכנית, ובכלל זה עלויות קבועות לפי סעיף 197 לחוק התו"ב, ולדאוג כי ימצא בידה כתב שיפוי מאת היזם כדי 'לגלגל' אליו את נטל הסכומים שיהא עליה לשאת בסופו של יום" (שם, בסעיף 70; ר' סעיפים 1-10 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי).

43. כאמור, אין כל זכות לפרט שמקרקעיו יושבחו כבקשתו. מוסדות התכנון מוסמכים ואף מחויבים לבחון לא רק את היבטי התכנון, אלא גם את ההשלכות הכלכליות הכרוכות בתכנית המוצעת.

44. סמכות זו הוכרה בפסיקת בית משפט נכבד זה, בין היתר, בד"נ 28/79 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' משה ורבקה וארון, פ"ד לה(1) 561, 568-569 (1981); בע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, כפר-סבא, פ"מ מו(4) 627, 640-641 (1992) (להלן: "עניין פרי הארץ"); בע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים נ' משה קהתי, פ"ד מח(2) 190, 203-204 (1994); ובבג"ץ 7250/97 סולימאני נ' שר הפנים, פ"ד נד(3) 783, 791 (2000) (להלן: "עניין סולימאני").

45. בעניין פרי הארץ ובעניין סולימאני, אף הוכרה הפרקטיקה של העברת החבות בשיפוי ליזם התכנית, ושאלת חוקיותה כלל לא עלתה לדיון, שכן היא הוכרה כשיקול תכנוני לגיטימי.

46. לפיכך, ברור כי מוסד תכנון רשאי, במקרים מתאימים, לסרב לקדם תכנית, בשל הנטל הצפוי ממנה לתשלום פיצויים לפי סעיף 197.

47. יודגש לעניין זה, כי גם אם בקופת הוועדה המקומית קיים מקור תקציבי לכיסוי תביעות לפי סעיף 197 בגין התכנית המוצעת, ככל שתאושר, ברור שאין די בזה כדי לחייב מוסד תכנון לקדמה אף בכל הנוגע לשיקולים תקציביים. הוועדה המקומית רשאית לעשות בכספי היטל ההשבחה המצויים בקופתה לפי שיקול דעתה, למימון מטרות ההיטל כפי שנקבעו בחוק. לפיכך, הוועדה המקומית רשאית בהחלט לסרב לתכנית בשל הנטל הצפוי ממנה לפי סעיף 197, וזאת גם אם בקופתה סכומים ניכרים שניתן לממן בהם את התביעות, ככל שיוגשו עקב התכנית המוצעת; זאת ככל שהיא חפצה להשתמש בסכומים אלה למטרות אחרות, שנראות לה ראויות יותר. יודגש, שהדברים נכונים לא רק במקרים בהם מדובר בתכנית, שהצפי לתביעות לפי סעיף 197 בגין גבוה מהיטל ההשבחה הצפוי מהן, או בתכניות שיש פטור מהיטל השבחה בגינן, אלא גם אם מדובר בתכנית שהיטל ההשבחה הנובע ממנה גבוה מהתביעות הצפויות בגינה לפי סעיף 197; זאת, בהתחשב בהחצנות נוספות הנובעות מהתכנית המוצעת, ככל שישנן.

48. גם אם בקופת הוועדה יש מקור תקציבי למימון התביעות לפי סעיף 197, אין בכך כדי לחייב את הוועדה המקומית לאשר תכנית כזו או אחרת. שכן, הוועדה המקומית סוברנית לייעד את כספי היטל ההשבחה לפי שיקול דעתה, למטרות שהחוק מאפשר לה, כאמור בהוראות התוספת השלישית לחוק התכנון. יתרה מזו, עמדה זו נראית נכונה אף משיקולים אחרים, שכן אם לא תתקבל עמדה זו, וייקבע שמוסד תכנון לא רשאי לסרב לקדם תכנית בשל חשש מתביעות לפי סעיף 197, בשל כך שבקופת הוועדה יש מקורות מימון לתביעות כאמור, יגרום הדבר לכך שיוגשו תכניות שמשביחות ככל הניתן את הקרקע של מגישי התכנית, ללא כל התחשבות בתביעות לפי סעיף 197, בטענה שהוועדה מחויבת לממן תביעות אלה מקופתה הציבורית. כך, למעשה, הפרט יתעשר על חשבון הקופה הציבורית, במקום שסכומי ההיטל המצויים בקופת הוועדה ייועדו למטרות ציבוריות ראויות יותר. ודוק, ייעוד כספי היטל ההשבחה אמנם נדרש גם לכיסוי תשלום פיצויים לפי סעיף 197, ואולם, אין הוא מחייב יחס ישר, שלפיו קידום של כל תכנית יחויב בכיסוי תקציבי לתשלום מזה, וכי כל כספי קרן ההשבחה ייועדו לתשלום פיצויים מזה. שיקול דעתן של הרשות המקומית והוועדה המקומית בעניין זה רחב, כל עוד מיועדים כספי היטל למטרות שנקבעו בדין.

49. כך או כך, העובדה שמוסד תכנון רשאי, ואף מחויב, במקרים רבים, שלא לקדם תכנית, גם בשל שיקול הנובע מתביעות לפי סעיף 197, אינה מוטלת בספק, ואין בפסק הדין כל אמירה אחרת לעניין זה.

50. לפיכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי עצם הטענה כי התנגדותה של ועדה מקומית לתמוך בתכנית כל זמן שלא יופקד כתב שיפוי, או התנייתו של כל מוסד תכנון המוסמך לאשר את התכנית, לאחר שקיבל את עמדת הוועדה המקומית בעניין, להתנות את קידום התכנית בהפקדת כתב שיפוי, עניינה, באופן גורף, דרישת מס או תשלום חובה בהעדר סמכות, אינה מבחינה בין המקרים השונים שבהם התבקש כתב השיפוי:

א. במקרים שבהם החלטה שלא לקדם את התכנית בשל תביעות לפי סעיף 197 הייתה בלתי סבירה כשלעצמה, הרי ש(מבלי לגרוע מהטיעון שהוצג לעיל), אכן יש בסיס לקביעה כי במהות מדובר בדרישה לא חוקית בהיעדר סמכות (או בחוסר סבירות קיצוני), שכן במקרים אלו, הרשות לא הייתה רשאית לסרב לקדם את התכנית בשל חשש מתביעות לפי סעיף 197; ואם בכל זאת דרשה כתב שיפוי, הרי שמדובר בפגיעה במגיש התכנית שלא כדין, בדרך של הטלת חובה עליו כתנאי לקידומה של התכנית, למרות שהוא זכאי לקדמה גם ללא תשלום כאמור.

ב. ואולם, במקרים שבהם רשאי היה מוסד תכנון שלא לקדם את התכנית בשל החשש מתביעות לפי סעיף 197, והחלטה כאמור הינה החלטה סבירה בפני עצמה, הרי שכלל אין מדובר בדרישת תשלום שלא כדין ממגיש התכנית. מבחינה מהותית, במקרים אלה מדובר בהחלטה של מוסד תכנון שלא לקדם את התכנית בשל חשש מתביעות לפי סעיף 197, וככל שיוסר חשש זה, הרי שאין מניעה לקדם את התכנית. במילים אחרות, מדובר בתנאי שלא תופקד או תאושר התכנית עד שיוסר החשש כי הרשות תחויב



בתשלום פיצויים לפי סעיף 197, וכאמור בתנאי שכזה לא נפל כל פגם, שכן אין לתנאי זה דבר וחצי דבר עם הטלת חובת תשלום על הפרט.

51. במקרים אלה, רצונו של מגיש התכנית לקיים את התנאי שקבע מוסד התכנון, ולקחת על עצמו את השיפוי על תשלום פיצויים לפי סעיף 197, כלל אינו סותר את עקרון חוקיות המינהל או את האמור בחוק יסוד: משק המדינה לעניין הטלת תשלומי חובה, שכן אין מדובר בדרישת תשלום שהרשות דורשת מהפרט שלא כדין, אלא בסירוב לגיטימי של רשות שלא לקדם תכנית בשל חשש מתביעות, וברצונו של מגיש התכנית להסיר חשש מוצדק ולגיטימי זה של מוסד התכנון המוסמך.

52. במילים אחרות, במקרים שבהם הרשות עושה שימוש בסמכותה הנחזית, ומחייבת את הפרט בתשלום שאינו מגיע לה ממנו, או מתנה את זכאותו לקבל דבר מה ממנה בתשלום אחר, למרות שהיא איננה זכאית להתנות זאת - במקרים אלה אכן מדובר על פגיעה בזכויות הפרט בדרך של הטלת חובה שלא כדין. אך במקרים שבהם הפרט לא זכאי לקבל את מבוקשו, וסירובה של הרשות לבקשת הפרט מוצדק ולגיטימי, או אז פתרון שבא ביוזמת הפרט, על מנת להסיר את חששה הלגיטימי של הרשות, כלל וכלל לא נגוע בחוסר חוקיות. מכיוון שבאותם מקרים מתאימים, בעצם ההתניה לא נפל כל פגם, אין מניעה כי הפרט יקיים את התנאי מיוזמתו, ואין מניעה כי הרשות תסכים לכך.

53. מעבר להגיונם של דברים, מצב דברים שבו מוסד תכנון רשאי לא לקדם תכנית בשל חשש מתביעות לפי סעיף 197, אך אין ביכולתו של מגיש התכנית לקדם פתרון על מנת להסיר את החשש כאמור, מעבר להיותו בלתי סביר כשלעצמו, ודאי שאינו מתחייב מעקרון חוקיות המינהל או מהאמור בחוק יסוד: משק המדינה.

54. כך למשל, האם יש מניעה שבמקרים אלה, מגיש התכנית ימציא למוסד תכנון הסכם התחייבות מבעלי הקרקע הגובלים, לפיה הם מוותרים על זכותם להגיש תביעות לפי סעיף 197? האם קיים פגם בהסכמתה של הרשות להסתמך על התחייבות כאמור או להיות צד לה?

55. כך ולשם המחשה, במקרים שבהם הבעלים של המקרקעין הגובלים הינו מגיש התכנית בעצמו, האם גם במקרים אלה יעלה על הדעת שמגיש התכנית עצמו, אינו יכול להתחייב כלפי הרשות שלא לתבוע לפי סעיף 197, על מנת להפסיק את דעתו של מוסד התכנון מהחשש מתביעות כאמור?

56. יתרה מזו, האם יש מניעה חוקית שוועדה מקומית תגיע להסכמה כזו או אחרת עם הזכאים לפיצוי לפי סעיף 197, עד שתנוח דעתה מפני חשש מתביעותיהם?

57. לעניין זה, נבקש לציין את ההוראה המפורשת שנקבעה בסעיף 119ד(א) סיפא לחוק התכנון (ההדגשה הוספה):

"הוגשה תכנית דרך בידי המדינה או מטעמה כאמור בסעיף 119ב(1) או בידי רשות שהוקמה לפי דין שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית, וחויבה ועדה מקומית בתשלום פיצויים לפי סעיף 197 עקב אישור התכנית, ישפה מגיש התכנית כאמור את הועדה המקומית, ב- 70 אחוזים מסכום

**הפיצויים; אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מכל הסכמה אחרת בין הנושאים בתשלום הפיצויים או השיפוי ובין הזכאים להם.**

בהוראה זו, הניח המחוקק כדבר ברור שאין כל מניעה להגיע להסכמים בין החייבים בפיצוי ובין הזכאים לפיצוי, ורק ראה צורך להבהיר שההסדר הקבוע בסעיף הנזכר, לא גורע מהאפשרות הכללית לפיה רשאים הוועדה המקומית או המשפה, להגיע להסכמה אחרת עם הזכאים לפיצוי.

האם מבחינת הוועדה המקומית, עצם האפשרות להגיע להסכמות אחרות עם הזכאים לפיצוי, אינה שקולה במהותה, לפחות, להתחייבות המשפה ליטול על עצמו את שיפוי הוועדה המקומית?

58. לסיכום נקודה זו, עמדת היועץ המשפטי לממשלה הינה, כי במקרים שבהם החלטה שלא לקדם את התכנית בשל חשש מתביעות לפי סעיף 197 הינה סבירה כשלעצמה, אזי כלל אין מדובר ב"דרישת תשלום" שלא כדין, אלא בהתניה צודקת, לפיה כל זמן שלא יוסר החשש מתביעות לפי סעיף 197, בכל דרך שהיא, לא תקודם התכנית. במקרים אלה, בחירתו של מגיש התכנית להפקיד כתב שיפוי על מנת לקדם את התכנית, אין לה דבר עם תשלום חובה או מס שהטילה הרשות, אלא מדובר בהסכם חוקי לחלוטין, שכלל אינו פוגע בפרט (אדרבה, במקרים אלה, סירובה של הרשות להסכים לבקשת מגיש התכנית להפקיד כתב שיפוי במקרים אלה, הוא זה שפוגע בפרט ללא הצדקה, שכן בהיעדר כתב שיפוי, לא תקודם התכנית, ואין ספק כי מגיש התכנית ייפגע יותר), ושהרשות רשאית להיות צד לו.

59. במקרים אלה, אין גם כל בסיס לטענה, כי המשפה משלם מכיסו את התביעות לפי סעיף 197, במקום שהוועדה תשלם תביעות אלו מקופתה, ולפיכך היא מתעשרת על חשבון המשפה ללא עיגון בדין ואף בניגוד לו. טענה זו אינה נכונה, שכן במקרים כאמור, ללא כתב השיפוי, התכנית, ועמה התביעות לפי סעיף 197, כלל לא היו באות לעולם, וקופתה של הוועדה המקומית לא הייתה חסרה. רק הסכמתו של המשפה לקחת על עצמו את נטל הפיצוי, היא זו שאפשרה לקדם את התכנית, והיא זו שאפשרה את הגשת התביעות בגין התכנית.

60. היועץ המשפטי לממשלה מודע לכך, כי קיים חשש שדרך חוקית זו, עלולה להיות מנוצלת באופן הפוגע בפרט, כך שהנטל של השיפוי בגין תביעות לפי סעיף 197, "יגולגל" באופן גורף אל כתפי המגיש, וזאת גם במקרים בהם אין הצדקה לכך. לשם כך, ראוי ונכון לקבוע כללים לעניין זה – מתי ניתן להתנות את קידומה של התכנית בהפקדת כתב שיפוי, ומתי אין מקום להתניה כאמור.

61. עם זאת, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי למרות החשש מתוצאה לא ראויה זו, טרם שנקבעו כללים כאמור, אין בכך כדי להסיק, באופן גורף, כי כל תנאי של הפקדת כתב שיפוי לקידום הליכי תכנון, מהווה הטלת מס או תשלום חובה, או נגוע בחוסר חוקיות; שכן בהתאם לאמור, יש הכרח לבחון כל מקרה לגופו ובהתאם לנסיבותיו, על מנת להסיק האם מדובר בהטלת חובה שאינה כדין, או שמא במתן פתרון לקידום תכנית, פתרון שבלעדי התכנית לא תקודם, ושאינו נוגד את הדין.

62. בכך, שונה השאלה שנדונה בפסק הדין מהשאלות שנדונו והוכרעו בפסקי הדין השונים שעליהם מבקש פסק הדין להתבסס, כפי שיפורט להלן.

ג. התייחסות לפסיקה ולספרות שעליהן מתבסס פסק הדין

63. חלק זה של העמדה יוקדש לסקירת הפסיקה המוזכרת בפסק הדין, כבסיס להלכה שנקבעה בו, ולהסבר מדוע לא היה נכון להחיל פסיקה זו ביחס לשאלה שנדונה בפסק הדין.

א. פסק הדין בע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה, מר צבי גוב-ארי (27.6.2011), פורסם בנבו ;

להלן: "עניין דירות יוקרה": בעניין דירות יוקרה נדונה שאלת חוקיותו של הסכם בין הוועדה המקומית לחברות יזמיות בתחום הבנייה, שבו הוסכם על חיוב החברות בהיטל השבחה, למרות שלא חלה עליהן חבות כזו על פי הדין, וכן הוסכם על מתן פטור חלקי לחברות מהיטלי פיתוח, למרות שהחוק אינו מתיר מתן פטור כזה. בעניין דירות יוקרה נקבע:

"הסכם מסוג זה, הסוטה מן הדין הן בהטלת חיוב בתשלום חובה שלא על פי דין, והן במתן פטור מתשלום חובה שלא על פי דין, עומד בסתירה לעקרונות יסוד במשפט הציבורי" (עניין דירות יוקרה, סעיף 32);  
"סמכותן של רשויות מקומיות לגבות תשלומי חובה מותנית ומתחמת להוראות החוק המתאימות. סמכות זו אינה נתונה לשיקול דעת הרשות, ואין בכוחה להתנות על סמכות זו בהסדרים הסכמיים" (שם, סעיף 38);  
"התקשרות הרשות המקומית בחוזה הסוטה מהוראות קוגנטיות של החוק המטיל תשלום חובה נגועה בחריגה מסמכות ובאי-חוקיות" (שם, סעיף 49).

הרציונל שבבסיס ההלכה שנקבעה בעניין דירות יוקרה הוא, כי ההסכם עסק בתשלומי חובה (היטל השבחה והיטלי פיתוח), אשר לאור סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה, נדרשת הסמכה בחוק או על פיו כדי להטילם אן לשנות את שיעורם. ההסכם שנדון בעניין דירות יוקרה, קבע הוראות המתנות על הוראות הדין ביחס לתשלומי חובה אלה, הן ביחס למועד שבו קם החיוב בהיטל השבחה והן ביחס לפטור מהיטלי פיתוח, ללא הסמכה חוקית לכך, ולפיכך נקבע כי הוא בטל בשל אי-חוקיות.

רציונל זה אינו מתקיים בענייננו, שכן כפי שפורט לעיל, התחייבות חוזית רצונית לשפות את הוועדה המקומית על תביעות לפי סעיף 197 שבהן תחוב בעקבות אישור תכנית המיטיבה עם היזם, אינה נחשבת כתשלום חובה ואינה נכללת בסעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה.

מעניין לציין, כי בעניין דירות יוקרה, אושר קיומו של סעיף שיפוי בהסכם הפיתוח שנכרת בין מינהל מקרקעי ישראל ליזם, לפיו יחויב היזם בשיפוי המינהל על כל סכום שזה יידרש לשלם בגין היטלי פיתוח או היטל השבחה הקשורים במיזם (עניין דירות יוקרה, סעיפים 75 ו-79), וסעיף השיפוי אף שימש כנימוק לכך שבטלות ההסכם בין הוועדה המקומית ליזם אינה מחייבת את ביטול ההסכם בין מינהל מקרקעי ישראל ליזם. בית המשפט הנכבד התייחס בעניין דירות יוקרה להתחייבות זו של היזם כלפי המינהל כ-

"התחייבות עצמאית של היזם כלפי המינהל, בבחינת "המחאת חיוב", לקחת על עצמו שיפוי של כל סכום שהמינהל יחוייב בו בגין היטל השבחה או היטלי פיתוח [...] בפועל, לאור חבותו החוזית של היזם לשפות את המינהל, התוצאה המשפטית, בסופו של יום, הינה כי המינהל לא

יצטרך לשאת בחבות ההיטלים, ומי שיצטרך לשאת בה בעתיד יהיה היזם, וזאת כאשר יתקיימו כל התנאים על פי הוראות הדין לגיבושה של חבות זו" (עניין דירות יוקרה, סעיף 79).

מהאמור עולה כי אין מניעה להמחות באופן חוזי חיוב על פי חוק, כל עוד מדובר בחיוב התואם את הוראות הדין, וזאת אף כאשר מדובר בתשלומי חובה (וכאמור, בעניינו אין מדובר בתשלום חובה). עניין זה הובהר בפסק הדין בעניין וינברג, שצוטט לעיל: העברת נטל הפיצוי מהוועדה אל היזמים אינה משנה את הוראת סעיף 197 לחוק, החבות הסטטוטורית בפיצוי נותרת של הוועדה המקומית, אך אין מניעה כי נטל הפיצוי יועבר ליזם במסגרת חוזית.

כאן המקום לציין, כי ברע"א 147/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו נ' סוניה אברמוביץ (31.12.2014, פורסם בנבו; להלן: "עניין אברמוביץ"), התייחס כב' השופט פוגלמן, בהערת אגב, לשאלת חוקיות כתבי השיפוי, אף בהתייחס להלכת דירות יוקרה, כדלהלן: "במסגרת הערעור דנן, ובהיעדר מחלוקת בין הצדדים בשאלת חוקיות כתב השיפוי, אינני רואה להידרש לסוגיה זו. עוד יוער במאמר מוסגר כי המקרה שלפנינו אינו נופל בגדרי ההלכה שנקבעה בע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה (27.6.2011)" (ההדגשה הוספה).

ב. פסק הדין בבג"ץ 1640/95 אילנות הקריה בע"מ נ' ראש עיריית חולון, פ"ד מט(5) 582 (1995) (להלן: "עניין אילנות הקריה"): בעניין אילנות הקריה נדונה שאלת החוקיות של דרישת הוועדה המקומית לתכנון ולבניה בחולון להתנות מתן היתר בנייה בתשלום "אגרת מבני ציבור" שאינה קבועה בחוק. נקבע כי האגרה שתשלומה נדרש מהווה תשלום חובה, שאין כל הוראת דין שעל פיה הייתה העירייה מוסמכת לגבותה. בעניין אילנות הקריה נדחתה הטענה כי תקנון התכנית, הקובע כי לא יינתן היתר בנייה אם לא בוצעו עבודות תשתית מסוימות, מסמיך את העירייה לסרב לתת היתר בנייה למי שמסרב לדרישותיה לשאת בחלק מהוצאות בניית מבני ציבור, ונקבע (בסעיף 9; ההדגשות הוספו):

"ראשית, הנוסח המצוטט לעיל אינו תולה את מתן ההיתר בתשלום כלשהו. הוא אינו דן כלל בהטלת חיובים כספיים כתנאי למתן ההיתר. כל מה שנאמר בו הוא שבמצב דברים מסוים, דהיינו אם לא בוצעו עבודות מסוימות, אין ליתן היתר בנייה. אין לדלות מנוסח זה הסמכה או מנוף לגביית כספים.

שנית, בפועל, ניתנו היתרי בנייה רבים לבנייה בשטח התכנית, דהיינו בשכונת קריית בן-גוריון. נבנו בשכונה אלפי דירות, כך שהשכונה ברובה כבר בנויה ומאוכלסת. אין להסיק מכך אלא שהמשיבים לא סברו שיש עילה שלא ליתן היתר בנייה בשל אי-ביצוע עבודות התשתית, כולל הקמת מבני ציבור בשטח התכנית. לפיכך, אין כל עילה למנוע מתן היתר מהעותרת מנימוקים הקשורים בהוראות התכנית.

מסתבר אפוא, שרק אי-תשלום מצד העותרת של מה שאין היא חייבת לשלם על-פי הדין, גרם לכך שלא ניתן לה ההיתר כמבוקש על-ידיה, ולכך אין הצדקה. עמדה זו של העירייה הינה פסולה, ואין להשלים עמה".

קביעה זו של פסק הדין תואמת את התפיסה, שלפיה הוועדה המקומית תיענה לבקשה להיתר בנייה התואמת תכניות קיימות, בכפוף כמובן לשיקול דעתה ולסמכותה לשקול שיקולים שונים, כגון תקני חניה, מקלטים, תנאי שינוי הסביבה, דרישות תחבורה וכדו', אל מול אינטרס בעל הנכס, שהתכניות שאושרו נתנו לו ציפיות

לגיטימיות בדבר אפשרויות הניצול של רכושו (בג"ץ 663/85 רובנשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז תל אביב, פ"ד מב(2) 133, 138-139 (1988); בג"ץ 38/87 עמותת בית הכנסת המרכזי גבעת שפירא נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, פ"ד מב(4) 265, 268 (1988); חריגים נוספים לכך נסקרו בעמ"מ 8256/12 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון נ' נאות מזרחי בע"מ (31.7.2014), פורסם בנבו), בסעיפים 11-13).

מאחר שקבלת היתר בנייה נתפסת כזכות משתמעת של הפרט, שפיתח ציפייה סבירה לקבלתו כאשר ההיתר המבוקש תואם תכנית מאושרת, ניתן להבין את הרציונל שבהתייחסות אל תנאים להוצאת היתר בנייה שאינם מנויים בחוק כאל תשלומי חובה.

דפנה ברק-ארז, בספרה "משפט מנהלי" (2010), כותבת בהקשר זה:

"דוגמה נוספת לחוזה שנעשה במצב של חוסר סמכות של הרשות עצמה היא הסכמה בין הרשות לבין הפרט על גבייה של תשלום חובה (למשל, אגרה) כאשר אין סמכות על-פי דין להטילו ולגבותו. הסכמה בין הרשות לבין הפרט אינה יכולה לפתור את הבעיה הבסיסית של חוסר סמכות. כך, בעניין אילנות הקריה פסל בית המשפט גבייה של "אגרת מבני ציבור" שקבלנים המעוניינים לקבל היתרי בנייה הסכימו לכאורה לשלם כדי לקבל היתר בנייה. בעניין שיר הצפון פסל בית המשפט את התנייתם של היתרי בנייה בערכות בנקאית. בדומה לכך, בעניין עיזבון דנקר נפסל הסכם שבו התחייבו פרטים לבצע חפירות ארכיאולוגיות על חשבונם. המכנה המשותף לפסול בהתנהגותה של הרשות במקרים אלה הוא שדרישת התשלום היתה תנאי לשימוש בסמכות שהרשות היתה חייבת להשתמש בה ממילא" (שם, עמ' 261-262; ההדגשה הוספה).

היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי יש להבחין בין דרישת תשלום כתנאי להיתר, לבין דרישה להפקדת כתב שיפוי כתנאי לאישור תכנית משביחה, שכאמור לעיל אינו זכות קנויה בידי הפרט, כך שלא מדובר בתשלום חובה, בוודאי כך, בנוגע לכל אותם מקרים בהם החלטה שלא לקדם את התכנית בשל החשש מהנטל הצפוי ממנה בשל תביעות לפי סעיף 197, הינה החלטה סבירה.

רונית לוי-שנור, במאמרה "החוק, החוזה והתכנון העירוני: היבטים משפטיים של הסכמי פיתוח בין רשויות מקומיות ליזמים פרטיים" (מחקרי פלורסהיימר, 2013) מציינת ביחס להבחנה שבין שני המקרים:

"[...] אם הרשות דורשת תשלום תמורת מתן היתר או רישיון הנחוצים לפי דין, זהו תשלום חובה הטעון הסמכה בחוק. בהקשר התכנוני, כאשר מסור בידי הרשות שיקול דעת מהותי האם לאשר תוכנית או לא, יהיו מצבים בהם התמורה שנותנת הרשות איננה הסרת מגבלה שהטילה הרשות על חופש הפעולה, אלא מתן היתר לפעולה שאין חובה לתתה" (שם, עמ' 64; ההדגשה הוספה).

לשם השלמת התמונה, יובהר כי ייתכנו מצבים שבהם דרישת כתב שיפוי כתנאי למתן היתר, איננה פגיעה בזכות מוקנית. מבחינה מהותית, במצבים אלה, שלב הבקשה להיתר דומה להגשת תכנית, ולאפשרות להתנות את קידום התכנית בהפקדת כתב שיפוי.

כך למשל, בהתייחס לתמ"א 38, שחלה על המדינה כולה, וניתן לבקש מכוחה היתרים. כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, ההליך התכנוני מתגבש ומסתיים רק לעת ההחלטה בבקשה להיתר מכוח תמ"א 38, שלב שבו קיים שיקול דעת תכנוני רחב לוועדה המקומית המלווה בפרסום ושמיעת התנגדויות הציבור



והכרעה בהן (ר' סעיפים 29-21 לתמ"א 38). זה גם המועד בו מתגבשת עילת התביעה לפי סעיף 197 בגין תמ"א 38 (ר' בר"מ 1560/13 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' מגן אינטרנשיונל יזמות והשקעות בע"מ (22.7.2014, פורסם בנבו; להלן: "עניין מגן")).

בהתאם לכך, במסגרת תיקון 3/א לתמ"א 38 שאושר לאחרונה על ידי הממשלה, נקבע בסעיף 30 להוראות התכנית: "ועדה מקומית רשאית, כתנאי למתן היתר לפי תכנית זו, לדרוש הפקדת כתב התחייבות של מבקש הבקשה להיתר כלפי הועדה המקומית, לשיפוי בגין תביעות לפי סעיף 197 לחוק ככל שיוגשו עקב תכנית זו, בנוסח המצורף כנספח 3 לתכנית זו". זאת בשל כך שאין מדובר בזכויות מוקנות, אלא זכויות שהותנו בשיקול דעת תכנוני רחב של הוועדה המקומית לעת הדיון בבקשה להיתר, שרק בעת אישורו בא ההליך התכנוני אל סיומו, והוראות התמ"א נקלטות אל תוך התכניות המפורטות החלות במגרש.

• **הוראות תמ"א 38 ונספח 3 לתכנית מצורפים ומסומנים ג'.**

כאמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי גם בהוראה זו לא נפל כל פגם. תמ"א 38 הינה דוגמה מובהקת לסוג המקרים שתואר לעיל, שבהם מוסד תכנון רשאי לסרב לבקשה להיתר נוכח הנטל הצפוי ממנה בשל תביעות לפי סעיף 197. זאת, בין היתר אך לא רק, לאור העובדה שהיתרים מכוח תמ"א 38 פטורים מהנטל השבחה, בהתאם לקבוע בסעיף 19 לתוספת השלישית לחוק התכנון. בשל כך, עצם הסמכות של ועדה מקומית לסרב לבקשות להיתרים בשל הנטל הצפוי מהן לפי סעיף 197, הייתה קיימת גם ללא ההוראה כאמור. משכך, האפשרות לתת את ההיתר, בכפוף להפקדת כתב שיפוי, כפי שעוגנה במפורש בהוראות תמ"א 38 במסגרת תיקון 3/א, אינה פוגעת בזכויות מוקנות של הפרט, אינה נחשבת "תשלום חובה" ואינה נגועה בחוסר חוקיות, זאת בדומה להתניה לגבי קידום תכנית, שללא הפקדת כתב שיפוי היה זה סביר לדחותה, בשל הנטל הצפוי ממנה בגין תביעות לפי סעיף 197.

ג. פסק הדין בבג"ץ 4146/95 עיזבון המנוחה לילי דנקנר ז"ל ואח' נ' מנהל רשות העתיקות ואח', פ"ד נב(4) 774

(1998) (להלן: "עניין דנקנר"), ופסק הדין בע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ (20.2.2006).

פורסם בנבו; להלן: "עניין מפעלי תחנות"): בעניין דנקנר נקבע, כי לא קיימת הסמכה בחוק המאפשרת למנהל רשות העתיקות, לדרוש מבעלים של אתר עתיקות לשלם עבור ביצוע בדיקה באתר כתנאי למתן אישור ביצוע פעולות באתר עתיקות, הנדרש מטעמו. נקבע, כי תשלום כזה הוא, מבחינה מהותית, מעין היטל או אגרה, וכי דרישה כזו פוגעת בזכות הקניין (עמ' 807-810 לפסק הדין בעניין דנקנר). מספר שנים לאחר מכן, נקבע בעניין מפעלי תחנות, כי ההלכה שנקבעה בעניין דנקנר חלה באופן רטרואקטיבי, וכי ככל שרשות העתיקות גבתה כספים בגין עלויות החפירה, הרי שעשתה זאת בחריגה מסמכות ועל כן קמה חובת השבה.

בדומה לעניין אילנות הקריה, שאף מוזכר בפסק הדין בעניין דנקנר (בעמ' 809), בעניין דנקנר ובעניין מפעלי תחנות היה מדובר בדרישה של תשלום הנחשב כ"תשלום חובה". כאמור לעיל, יש לאבחן את הקביעות שנקבעו שם ביחס לדרישה להפקדת כתב שיפוי, שאינה מהווה תשלום חובה, בוודאי כך, בנוגע לכל אותם

מקרים בהם החלטה שלא לקדם את התכנית בשל החשש מהנטל הצפוי ממנה בשל תביעות לפי סעיף 197, הינה החלטה סבירה.

ד. פסק הדין בע"א 4752/14 נכסי רמת אביב בע"מ נ' עיריית תל אביב (16.6.2016, פורסם בנבו; להלן: "עניין

נכסי רמת אביב): בעניין נכסי רמת אביב נדונו ערעורים מטעם שני הצדדים, על פסק דין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, שבו נקבע כי הסכמים שבמסגרתם התחייבו יזמים להקים מבני ציבור או לשלם לוועדה המקומית או לעירייה חלף הקמתם, הם הסכמים בלתי-חוקיים, וזאת על בסיס פסק הדין בעניין דירות יוקרה, אשר פורש על ידי בית המשפט המחוזי כקובע עקרון כללי שלפיו התקשרות חוזית בין רשות מקומית ובין יזמים הכוללת התחייבויות שאין לרשות הסמכה מפורשת לדרוש אותן, היא התקשרות פסולה. בעניין נכסי רמת אביב התקבל ערעור הוועדה המקומית והעירייה על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ונקבע כי התובענה להצהיר על בטלות ההסכמים בעילה של אי-חוקיות - התיישנה (שם, בסעיף 10). הדברים האמורים בסעיף 12 לפסק הדין של כב' השופטת חיות בעניין נכסי רמת אביב, שאליו מפנה פסק הדין בעניינו (בסעיפים 28 ו-47) נאמרו למעלה מן הצורך, וכב' השופט עמית אף ביקש להותירם בצריך עיון, ולפיקח אין הם מהווים הלכה.

ה. פסק הדין בעניין פרטנר (ר' לעיל): בעניין פרטנר, נתקפו דרישות שהציבה הוועדה המקומית לתכנון ובנייה בהרצליה כתנאי למתן היתר בנייה על פי תמ"א 36 (תכנית מתאר ארצית לתקשורת, שעניינה פריסת תקני תקשורת סלולרית). בין היתר, נדרשו החברות מבקשות ההיתר להפקיד כתב שיפוי לנכסים הגובלים בחלקה מושא הבקשה בגין תביעות על פי סעיף 197.

בעניין פרטנר נקבע כי אין בסיס חוקי לדרישת השיפוי כתנאי להיתר – וזאת, משני הטעמים הבאים: האחד, העובדה כי דרישת השיפוי אינה מעוגנת בהוראת דין או בתקנון של תכנית (אשר על פי פסק הדין בעניין פרטנר, כשלעצמה מעמדה כשל דין) – לכאורה, אין מניעה כי תכנית תקבע חובת שיפוי; השני, כי לא ניתן לראות בסעיף 197 עיגון לדרישה זו – לא רק מכיוון שאינו מתייחס לשיפוי, אלא מכיוון שהוא חל על פגיעה מתכנית, ולא על הליך למתן היתר.

ביחס לקביעה אחרונה זו, יצוין כי בשנת 2006 נחקק סעיף 202 לחוק התכנון, הקובע כי "מוסד התכנון ידרוש, כתנאי למתן היתר להקמת מיתקן שידור לתקשורת בשיטה התאית, כתב שיפוי מפני תביעה לפיצויים לפי סעיף 197 ובלבד שדרישה כאמור תהיה בהתאם להנחיות המועצה הארצית"; וכן נקבעה הלכה בפסק הדין בעניין מגן (ר' לעיל), לפיה מאחר שתמ"א 36 אינה קובעת מיקומים ספציפיים להתרת שימושים שיש בהם כדי להוות פגיעה, ניתן לתבוע מכוח סעיף 197 רק עם מתן היתר בנייה מכוח התכנית. לאור האמור, אין עוד מקום להסתמך על פסק הדין בעניין פרטנר.

מכל מקום, לא היה בעניין פרטנר חידוש ביחס לפסיקה הקודמת שנוכרה, שקבעה כי אין להציב תנאים להיתר שלא על פי הסמכה בחוק או בתכנית, כאשר ההיתר נתפס כזכות מוקנית.

64. בנוסף לפסקי דין אלה, אשר כפי שהוסבר, לטעמנו אינם יכולים להוות מקור להלכה שנקבעה בפסק הדין, מציין פסק הדין את מאמרו של אהרן נמדר, "פיצויים על פגיעה במקרקעין לפי סעיף 197: חוקיות דרישת השיפוי של הוועדה המקומית", מקרקעין א/5 (ספטמבר 2002) 3 (להלן: "נמדר"). עמדתו של נמדר אומצה במלואה, על נימוקיה, על ידי בית המשפט הנכבד בפסק הדין. אולם, עמדה זו חריגה, אינה מקובלת על מלומדים אחרים, והיא מעוררת מספר קשיים שיימנו כעת בקצרה:

א. ראשית, אחת הבעיות בדרישת השיפוי שעליהן מצביע נמדר היא החשש ל"סחיטת" היזמים, שמעוניינים למנוע את עיכוב הפרויקט, כתנאי לקבלת היתר (ר' פסקה 2 למאמרו) – אלא שאין אנו עוסקים בדרישת שיפוי כתנאי להיתר (במקרים שבהם הוא נתפס כזכות מוקנית), אלא כתנאי לאישור תכנית.

ב. שנית, נמדר סבור כי "מתן רשות לוועדה המקומית להעביר את החיוב בתשלום הפיצויים ליזמים כמוה כהטלת מס ללא צו מפורש של המחוקק". כפי שהוסבר בפירוט לעיל, כאשר מדובר בהתקשרות וולונטרית בין היזם לוועדה המקומית, אין אנו מצויים בתחום דיני המסים או תשלומי החובה האחרים, ולא נדרשת הוראת חוק מפורשת לעיגון דרישת השיפוי, בוודאי כך, בנוגע לכל אותם מקרים בהם החלטה שלא לקדם את התכנית בשל החשש מהנטל הצפוי ממנה בשל תביעות לפי סעיף 197, הינה החלטה סבירה.

ג. שלישית, נמדר סבור כי היטל ההשבחה שבסמכות הוועדה המקומית לגבות, הוא האמצעי למימון התביעות לפי סעיף 197. לדבריו, "ועדה מקומית המאשרת תכנית נקודתית שהנהנה העיקרי והבלעדי שלה הינו היזם של התכנית, עליה לדעת לכלכל את צעדיה על ידי שימוש נכון בהיטל השבחה. אם נזקה של התכנית לגורמים אחרים הינו גדול יותר מהנאתו של היזם – ההשבחה – אזי על הרשות למנוע מהיזם להיכנס להרפתקה שנוזקיה אינם ידועים מראש".

מלבד התמריץ השלילי שמהווים דברים אלה לקידום תכניות נקודתיות על ידי יזמים, שתפגע בעיקר ביזמים עצמם, הם עומדים בסתירה להוראות סעיף 13 לתוספת השלישית לחוק התכנון, הקובע כי סכומים שנגבו כהיטל השבחה מיועדים "לשמש את הרשות הרלוונטית לכיסוי הוצאות הפיתוח הכרוכות בפעילות התכנון הכוללת בתחומה, מבלי שהשימוש יהא מוגבל לתכנית הספציפית שבגינה שולם ההיטל" (עניין אברמוביץ, בסעיף 12).

עוד נקבע בעניין אברמוביץ (בסעיף 19):

"כפי שהראנו, סכומים המשולמים לרשות כהיטל השבחה משמשים לצרכים תכנוניים רחבים (ראו סעיף 13(א) לתוספת השלישית והדיון בפסקה 12 לעיל); ולא ניתן לומר כי מטרתו היחידה – או העיקרית – של היטל השבחה ששולם עקב מהלך תכנוני פלוני היא תשלום פיצויים לגורמים הנפגעים מאותו מהלך. עוד יש לציין בהקשר זה כי הסדר הפיצויים הקבוע בסעיף 197 לחוק הוא הסדר נפרד ומובחן מזה שנקבע ביחס להיטל השבחה – הסדרים שעל עיקריהם עמדתו לעיל. כל אחד מהסדרים אלה "עומד בנפרד" וקיים חוסר סימטריה בין ההוראות המרכיבות כל אחד מהם" (בר"ם 2647/14 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקווה נ' גולדן פוינט

בע"מ, [פורסם בנבו] פסקה 6 (5.8.2014); דנ"א בית הכרם, בעמ' 122-123). ממילא לא ניתן לגזור גזירה שווה מהאחד לשני בהעדר הוראות מתאימות בחוק".

65. נגד עמדתו של נמדר, קיימות דעות של מלומדים אחרים, לפיהן הפרקטיקה של הסכמי השיפוי היא במקרים רבים רצויה, ואינה מעוררת קושי של אי-חוקיות, וזאת, לכל הפחות, במקרים שבהם היזם הוא הנהנה העיקרי מהתכנית:

66. על פי נעמי אלסטר-פנחסי, במאמרה "סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 – פיצויים לנפגעים כתוצאה מתכנית מתאר שלא על דרך הפקעה", הפרקליט ל"ו 516, 532 (1985), יש להבחין בין תכניות שונות ובין הגורם הנהנה מהן (היזם או הציבור):

"לענין זה עלינו להבחין בין תכנית שיש בה תכנון נקודתי, לבין תכנית לאיזור גדול יותר. תכנון נקודתי, בלע"ז – Spot Zoning – הינו "תכנון" של שטח מצומצם, המורכב ממספר קטן של מגרשים או אף ממגרש בודד, הממוקם בתוך איזור שהוסדר כבר על ידי תכנית בנין עיר. התופעה של "תכנון נקודתי" נחשבת, בדרך כלל, לבלתי רצויה ובמדינות רבות בארצות הברית של אמריקה, בהן נתונים מעשי תכנון לבקורת שפוטית עניינית, ניתן לפסול מעשי תכנון על שום היותם פוגעים בפרט מבלי שיהיו מיועדים לטובת הציבור. מטרתם, בדרך כלל, להעניק זכויות בניה מיוחדות ומועדפות ליזם, או לאפשר בצוע פרויקט רב ממדים מסחרי או כלכלי המביא כאמור רווח ניכר ליזם, אך העלול לפגוע בזכויות הפרטים הגובלים בשטח נשוא התכנית או הנמצאים בקרבתו. במצב זה יהא זה פתרון צודק ויעיל להעביר את נטל הפיצויים לפי סעיף 197 לחוק, משכס הקופה הצבורית לשכמו של אותו יזם פרטי. [...] אולם, מקום שמדובר בתכנית שאינה נקודתית, שנעשית לטובת כלל הציבור – אין מקום לשפוי הקופה הצבורית מכיס הפרט. תכנית כזו נעשית מתוך מגמה להגשים מטרות צבוריות ואין להטיל מס על הנהנים מתכנית חדשה פרט למס השבחה הקבוע בחוק. כאן התכנון פוגע בפרט מתוך היותו מיועד לטובת הציבור, ועל כן הקופה הצבורית צריכה לפצות את הפרט."

67. על פי רחל אלתרמן ומירי ויטק, במאמרו "מהפקעות ועד הסכמים: דרכים להשגת קרקע לצורכי ציבור" (המרכז לחקר העיר והאזור, 1991), הסכמי השיפוי הם ביטוי בלתי נמנע ליחסי הכוחות של תהליכי התכנון. מקום בו גם היזם נהנה מן התכנית, אין מניעה לדרוש ממנו כי ישלם את הפיצוי אשר נגרם לניזוקים ממנה (ר' גם שירה ברנד ורחל אלתרמן, "הזכות שקמה על יוצרה: תביעות לפיצויים בגין נזקי תכנון בישראל" (המרכז לחקר העיר והאזור, 2010; להלן: "ברנד ואלתרמן").

68. על פי דפנה לוינסון-זמיר, במאמרה "פגיעות עקיפות במקרקעין על ידי תוכניות – העברת נטל הפיצוי מהכיס הציבורי לכיס הפרטי", ספר זיכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי 361, 380-381 (תשנ"ו):

"ניתן להסיק ממכלול ההוראות החקוקות שרשות תכנונית מהווה אישיות משפטית וכי בסמכותה להתקשר בחוזים. אנו סבורים שכשרות זו אינה מוגבלת לאותם עניינים ספציפיים שהחוק קובע במפורש כי ניתן להתקשר בחוזים לגביהם, אלא שהיא משתרעת על כל חוזה הקשור למסגרת תפקידיה וסמכויותיה של הרשות.

עם זאת, יש לבחון את תוכנו של כל הסכם או התחייבות ספציפיים, כדי לברר את טיב הנטל שהוטל על בעל המקרקעין והיקפו. אמנם, נקודת המוצא בהקשר זה היא, שמוצדק להעביר את נטל הפיצוי לנהנה מהוראות התוכנית הפוגעת, אך יש לוודא שלא בוצעה העברה גורפת מדי של חובות הרשות. ראוי לעמוד על קיומו של קשר סביר בין הנאתו של הפרט מהתוכנית לחיובו לשאת בנזק שהיא גורמת לצדדים שלישיים. דרישת הקשר תתקיים, למשל, בדוגמא הבאה: פרט יוזם תוכנית מפורטת המגדילה את אפשרויות הניצול של החלקה שלו. הרשות מוכנה לאשר את התוכנית בתנאי שהיזם ישא בעלות של תביעות הפיצוי שיגישו שכניו. התחייבות לתשלום או

לשיפוי תרסן מראש יוזמות לחקיקת תוכניות הפוגעות בסביבה ותגבילן למצבים שבהם נזקי התוכנית קטנים במידה ממשית מן התועלת ממנה. אין לנצל את העובדה שפלוני מעוניין באישור תוכנית מסוימת כדי להטיל עליו לפצות נזקים שאינם תוצאה של השימוש המתוכנן על ידו. בדומה, אין להטיל על פלוני לשאת לבדו בתשלום עבור הנאות שמהן נהנים גם פרטים אחרים, שאינם משתתפים בפיצוי הניזוקים מהתוכנית. מוצדק להעביר לפרט מסוים את מימון התביעות לפי סעיף 197 רק אם הוא המוטב העיקרי של ההוראות הפוגעות בבעלי מקרקעין אחרים.

69. מספר מלומדים אף מציינים כי סמכות הוועדה המקומית להתקשר בהסכמים לפיהם נדרש היזם להפקיד כתב שיפוי מעוגנת בסעיף 198(א) לחוק התכנון (ברנד ואלתרמן, עמ' 43). משה רז-כהן, במאמרו "היריבות על פי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה: מעגל החייבים בפיצוי בגין פגיעת תכנית", מקרקעין ה/3 (מאי 2006) 42 (להלן: "רז-כהן"), כותב בהקשר זה:

"נראה, כי בתיקון 43 הניח המחוקק, כי בסמכות הוועדה לדרוש העמדתו של כתב שיפוי. הוראת סעיף 198(א) לחוק התכנון והבנייה קובעת, כי "לכל מי שעלול להיפגע מקבלת התביעה" תינתן הזדמנות להשמיע טענותיו במסגרת ההליך. הואיל והעילה עומדת אך ורק כלפי הרשות ניתן לשער, כי מי שנכלל בגדר אלו שעלולים להיפגע מקבלת התביעה הוא רק מי שהתחייב ליטול את תשלום הפיצויים על גבו. נראה איפוא, כי המחוקק כיוון לשתף בהליכים את הצד השלישי שהפקיד את כתב שיפוי".

70. עמדה זו, שהוצגה גם על ידי הוועדה המקומית בענייננו (בפרק ה' לבקשה), נתמכת בדיוני ועדת הפנים ואיכות הסביבה בהצעת חוק התכנון והבנייה (ייעול וקיצור הליכים) (תיקון מס' 42), התשנ"ה-1995 (שאושרה כתיקון 43 לחוק התכנון<sup>1</sup>). מדיוני הוועדה מיום 30.4.1995 ומיום 5.7.1995 עולה כי נוסח סעיף 198(א) לחוק התכנון (כנוסחו לאחר תיקון 43), הקובע "הוגשה תביעה לפי סעיף 197, תודיע הוועדה המקומית לכל מי שעלול להיפגע מקבלת התביעה על הגשתה ותיתן לו הזדמנות להשמיע טענותיו", נועד לעגן את מעמדו של היזם המשפה, וחברי הוועדה לא סברו כי יש צורך לעגן את עצם קיומם של הסכמי השיפוי מאחר שהובן כי בית המשפט העליון אישר את הפרקטיקה של הסכמים אלה (ר' פרוטוקול הדיון מיום 30.4.1995, בעמ' 17).

• פרוטוקולים של דיוני ועדת הפנים ואיכות הסביבה מיום 30.4.1995 ומיום 5.7.1995 מצורפים ומסומנים **ד'1 ו-ד'2**, בהתאמה.

71. נוסחו הנוכחי של סעיף 198(א) מעגן בצורה ברורה יותר את קיומם של הסכמי שיפוי, בקבעו:

"הוגשה תביעה לפי סעיף 197, תודיע הוועדה המקומית לכל מי שעלול לשאת בתשלום הפיצויים **נושא התביעה, כולם או חלקם**, בין על פי דין ובין על פי הסכם עם הוועדה המקומית או עם המדינה (בפרק זה – המשיב) על הגשתה ותתן לו הזדמנות להשמיע טענותיו" (ההדגשות הוספו).

<sup>1</sup> ס"ח 1544, בעמ' 450 (24.8.1995).



72. בהקשר זה, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי אין מקום לאמץ את עמדתו של נמדר לפיה סעיף 198(א) מתייחס רק לאותם גורמים שחלה עליהם חובת שיפוי סטטוטורית כלפי ועדה מקומית (סעיף 119ד(א) המטיל חובת שיפוי בגובה 70% מהפיצויים על מגיש תכנית דרך; סעיף 202ב לחוק התכנון; סעיף 28(ב) לחוק הגז הטבעי, התשס"ב-2002 – ר' סעיפים 37 ו-46 לפסק הדין, וכן נמדר, בפסקאות ב.2. ו-ג.1. למאמרו).

73. היועץ המשפטי לממשלה יצטרף בנקודה זו לטענות הוועדה המקומית המפורטות בבקשה, לפיהן לסעיף 198 לחוק התכנון קיום עצמאי גם במקרים שבהם לא קמה חובת שיפוי סטטוטורית, שאם לא כן, לא הייתה כל משמעות למילים "על פי הסכם" בסעיף 198(א), ולקביעה בסעיף 119ד(ב) לחוק התכנון, לפיה סעיפים 198 ו-199 יחולו "בשינויים" על משפה בתכניות דרך.

74. כך סבור גם רז-כהן (בפסקה 6 למאמרו):

"אף העמדה לפיה הוראת סעיף 119ד לחוק - הקובעת חובת שיפוי במסגרת "תכנית דרך" - קובעת הסדר שלילי באשר ליחסי המקרים שאינם נכללים בגדרה, אינה מקובלת ועומדת בניגוד לרציונאל שבבסיס הוראת סעיף 198 לחוק המחייבת לצרף להליך הדיוני את כל מי שעלול להיפגע מקבלת התביעה".

ד. מפסק הדין לא ברור היקף ההלכה: האם אין לקבוע דרישת שיפוי כחלק מהוראות התכנית; במסגרת הסכמית; במסגרת שיקול דעתו של מוסד התכנון באישור התכנית, או בכלל

75. כאמור לעיל, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי ניתן לקבוע דרישה זו כחלק מהוראות התכנית או במסגרת הסכמית שעליו יורה מוסד התכנון כתנאי לאישורה של תכנית. בהמשך לכך, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי לא ניתן לדרוש כתב שיפוי כתנאי להיתר או לאכלוס, אם לא עוגנה הוראה בעניין זה בהוראות התכנית.

76. בסעיף 38 לפסק הדין צוין כי "העברת נטל הפיצויים מהכיס הציבורי לכיס הפרטי נעשית באמצעות הוראה המופיעה בתקנוני התכניות המחייבת את היזם למסור לרשות המקומית כתב התחייבות לתשלום הפיצויים בגין כל תביעה או דרישה לפיצויים שתוגש על פי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה בגין התכנית". זאת, ככל הנראה, תוך הסתמכות על מאמרו של נמדר (נמדר, בפסקה 2).

77. תיאור זה אינו מייצג את מגוון הדרכים שבהם נעשה שימוש בכתבי שיפוי בהליך התכנון, ואינו מתאר את נסיבות המקרה מושא פסק הדין. דרישת השיפוי עשויה להופיע בתקנון התכנית, אך היא עשויה גם להתבצע כך שהוועדה המקומית מתקשרת בהסכם עם יזם, שבמסגרתו מותנית המלצתה לקידום התכנית בהתחייבות היזם לשפות את הוועדה המקומית בגין תביעות לפי סעיף 197 שתיתבע בהן עקב התכנית. לרוב, ההתייחסות להפקדת כתבי השיפוי נעשית במסגרת החלטתו של מוסד התכנון המוסמך לתת תוקף לתכנית – מוסד התכנון קובע כי תנאי למתן תוקף לתכנית יהיה הפקדת כתב שיפוי על פי דרישת הוועדה המקומית.

78. יצוין כי יש הסבורים כי קיים קושי משפטי בהכללת דרישת שיפוי במסגרת התכנית עצמה, קושי שעליו עמדו שרית דנה ושלום זינגר, בספרם "דיני תכנון ובנייה" (2015) (להלן: "דנה וזינגר"), בעמ' 362:

"תכנית אף אינה אמורה ליצור מנגנוני פיצוי או מנגנוני החלטה שאינם מתייחסים להסדרת שימושי קרקע וברגיל אינה יכולה להקנות סמכות למי שאינם המוסדות הקבועים לכך בחוק. מטעם זה לא ניתן, בהיעדר הסדרה סטטוטורית מפורשת, לקבוע בתכנית חובת שיפוי ולתביעות לפי סעיף 197 או הוראות הנוגעות לתשלום היטל השבחה. אלו הוסדרו בחוק ומקומם לא יכירם בתכנית."

בהערת שוליים מס' 585 לדברים אלה, מוסיפים דנה וזינגר:

"אין כמובן מניעה לכך שמוסד תכנון יתנה אישורה של תכנית בהמצאת כתב שיפוי על ידי היזם, אולם התניה זו לא תכלול בהוראות התכנית עצמה אלא תהווה תנאי לאישורה. זאת במסגרת סמכותו של מוסד תכנון לכלול מכלול שיקולים טרם אישורה של תכנית, טרם אישורה ובכלל זה את הנטל שיטיל אישור אמור על הקופה הציבורית. אכן, תכניות שונות, בעיקר תכניות שאושרו לפני שנים לא מעטות, כוללות הוראות שאינן תואמות את שנאמר בטקסט, אולם אנו סבורים שקביעתן של הוראות אלה בתכנית אינה עולה בקנה אחד עם גדר הסמכות שנקבע לה בחוק."

79. כנגד עמדה זו, יש הסבורים כי תכנית מהווה אף היא "דין", ועל כן קביעת דרישת הפקדת כתב השיפוי במסגרת הוראותיה מהווה את ההסמכה הנדרשת בדין לצורך כך (עניין אילנות הקריה; עניין פרטנר), וכך סבור גם היועץ המשפטי לממשלה.

80. פסק הדין לא התייחס, למעשה, לאופן שבו נדרש כתב השיפוי, ולא ברור ממנו אם האי-חוקיות שמצא בדרישת הפקדת כתב השיפוי מתייחסת רק לדרישתה של הוועדה המקומית, הנעשית במסגרת הסכמית, או גם להתנאות אישורה של התכנית בהפקדת כתב שיפוי על ידי מוסד התכנון המוסמך לאשר את התכנית. יצוין כי בהליך מושא פסק הדין, לא הייתה הסכמה בין הוועדה המקומית לבין היזמים לגבי דרישת כתב השיפוי, והדרישה נבעה מהחלטת הוועדה המחוזית כי אישור התכנית יותנה בהפקדת כתב שיפוי לטובת הוועדה המקומית (בנוסח שלא היה מקובל על הוועדה המקומית), כפי שעולה מהשתלשלות העניינים המתוארת בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניינו.

81. בכל הנוגע לסמכותה של הוועדה המקומית להתקשר בהסכם שיפוי, הרי שכפי שפורט לעיל, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בחינת הסכמי השיפוי אינה צריכה להיעשות במסגרת שאלת חוקיותה של דרישת השיפוי כתשלום חובה, שכן אין מדובר בתשלום חובה, בפרט באותם מקרים בהם, ללא הפקדת כתב השיפוי, ניתן היה לדחות את התכנית בשל החשש מתביעות לפי סעיף 197 בגינה. עם זאת, יש לבחון הסכמים אלה, ואת השאלה אם אכן מדובר בהסכם מרצון, בהתאם לדיני החוזים בכלל והחוזים השלטוניים בפרט, ולבחון טענות לכפייה, עושק או אילוץ, ככל שהן עולות ביחס להסכמים אלה, לגבי כל מקרה לגופו.

82. ראוי לציין כי פסיקת בית משפט נכבד זה הכירה בתועלת הנובעת מסוג זה של הסכמים ובהצדקה לקיומם, בנסיבות המתאימות (ר' עניין וינברג לעיל; ע"מ 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "שרונים", פ"ד (2) 230, 254 (2006); בר"מ 4443/03 עיריית חולון נ' רשות שדות התעופה בישראל (17.7.2011, פורסם בנבו), בסעיף 64 לפסק הדין של כב' השופטת פרוקצ'יה; עת"מ (י-ם) 657/02 סברנסקי צבי ו-21 אח' נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים (4.5.2003, פורסם בנבו); עת"מ (חי') 4360/07 בת שבע זומר נ' ועדת ערר לתכנון ובניה מחוז צפון (21.2.2008, לא פורסם)).

83. בית משפט נכבד זה אף קבע, ברע"א 6483/15 **נתיבי ישראל החברה הלאומית לתשתיות תחבורה בע"מ נ' רות קטן ו- 56 אח'** (2.8.2016, פורסם בנבו; בקשה לדיון נוסף בפסק הדין (דנ"א 6709/16) נדחתה ביום 7.2.2017), בסעיף 44, כי פרקטיקה זו משרתת את הרציונל לפיו חובת הפיצוי צריכה, ככלל, להיות מוטלת על הנהנה מהתכנית, ואף הפנה לביסוס קביעה זו לסעיף 198(א) לחוק התכנון:

"לעומת זאת, כאשר הנהנה המרכזי מאישור התכנית הוא אדם פרטי או יזם עסקי, פוחתת ההצדקה להטיל את חובת הפיצוי על רשות התכנון, ויש הגיון בהסדרת היחסים בין הניזוק והנהנה בפועל באמצעות דיני המטרדים. אכן, חלק מן המלומדים סבורים שבנוגע לפיצוי בגין נזק עקיף יש להבחין בין שני המצבים, ולאפשר מתן פיצוי לפי סעיף 197 רק כשמדובר בצרכי ציבור (ראו: פגיעות במקרקעין, עמוד 391-390; אלתרמן, עמודים 45-46). מכל מקום, אף אם יש הסוברים כי זהו הדין הרצוי, הרי שאין הוא הדין המצוי. לפי סעיף 197 כפי שהתפרש בפסיקתנו, אחראית הוועדה המקומית לנזקי תכנון עקיפים ללא תלות בשאלה מיהו הנהנה מאישור התכנית. הפתרון שמצאו להן רשויות התכנון למצב זה הוא 'לגלגל' את עלויות הפיצוי על הנהנה מהתוכנית באמצעות חתימה על התחייבות הסכמית לעניין זה, כך שהנהנה מן התוכנית הוא זה שיפצה הלכה למעשה את הניזוק ממנה (וראו סעיף 198(א) לחוק התכנון והבניה; בג"ץ 1494/05 וינברג נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה בתל אביב [פורסם בנבו] (15.3.2005); נעמי אלסטר-פנחסי "סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 – פיצויים לנפגעים כתוצאה מתכנית מתאר שלא על דרך הפקעה" הפרקליט לו 532, 516 (1984)).

84. כפי שצוין לעיל, בעניין וינברג נקבע במפורש כי מסגרת הדיון ההולמת בשאלת העברת נטל הפיצוי מהוועדה המקומית ליזם היא במישור מערכת היחסים החוזית שבין הוועדה ליזם, שאין בה כדי לשנות מתבונה הסטטוטורית של הוועדה בתשלום הפיצויים לפי סעיף 197.

85. בכל הנוגע לסמכותו של מוסד התכנון להתנות את אישור התכנית בהפקדת כתב שיפוי לטובת הוועדה המקומית, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי סמכות זו נובעת מחובתו של מוסד התכנון לשקול, במסגרת יתר השיקולים התכנוניים, שיקולים כלכליים הבאים לידי ביטוי, בין היתר, בנזק שייגרם לבעלי המקרקעין שבתחום התכנית והגובלים בה, ובפיצויים שישולמו עקב כך בתביעות לפי סעיף 197, ואשר עשויים להטות את הכף כנגד אישור התכנית. בעניין זה הרחיבה הוועדה המקומית, בפרק ד.5. לבקשה, והורחב לעיל.

86. כמפורט לעיל, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי עצם סיווגה של דרישת כתב שיפוי כתנאי לקידום תכנית כתשלום חובה, כפי שנקבע בפסק הדין, אינה פשוטה כלל ועיקר, זאת בעיקר לאור העובדה שאין זכות מוקנית לקידומה של תכנית משביחה, כפי שפורט לעיל.

87. בנוסף, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי בכל אותם מקרים שבהם החלטה שלא לקדם את התכנית בשל החשש מנטל הפיצוי לפי סעיף 197 הינה סבירה, כלל אין מדובר בתשלום חובה או במס עקיף, אלא במתן פתח לקידום התכנית למרות החשש המוצדק כאמור. במקרים אלה, החלופות שעומדות בפני מגיש התכנית הינן להשלים עם כך שהתכנית לא תקודם בשל החשש כאמור, או להסיר את החשש בדרך של הפקדת כתב שיפוי. במקרים אלה, לא ניתן לראות בבחירתו של מגיש התכנית להפקיד כתב שיפוי ולקדם את התכנית, כתשלום חובה או אף כתשלום בכפייה.

88. על יסוד כל האמור לעיל, מצטרף היועץ המשפטי לממשלה לבקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין. ככל שתידחה עמדת היועץ המשפטי לממשלה המפורטת לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד, למצער, לקיים דיון נוסף בשאלת תחולתה של ההלכה שנקבעה בפסק הדין, ולקבוע כי זו תחול באופן פרוספקטיבי, בתום תקופת מעבר שתאפשר את קידום תיקון החקיקה שעליו החליטה ועדת השרים ועדת השרים לענייני תכנון, בנייה, מקרקעין ודיוור, כאמור לעיל.



שמרית גולן, עו"ד

פרקליטות המדינה

היום, י"ג שבט תשע"ז (09.02.2017)