



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7368/06

בפני : כבוד השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט ס' גיבראן  
כבוד השופטת א' חיות

המערערות : 1. דירות יוקרה בע"מ  
2. תל דר נכסים והשקעות (1992) בע"מ

נגד

המשיבים : 1. ראש עיריית יבנה, מר צבי גוב-ארי  
2. הועדה המקומית לתכנון ולבניה יבנה  
3. עיריית יבנה  
4. מינהל מקרקעי ישראל – מחוז מרכז  
5. מרכז השלטון המקומי בישראל  
6. היועץ המשפטי לממשלה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו  
מיום 15/06/2006 בתיק ה"פ 1151/03 שניתן על ידי כב'  
השופטת ש' גדות

בשם המערערות : עו"ד יוסף בנקל

בשם המשיבים 1-3 : עו"ד עפר שפיר, עו"ד אינס גולדנברג

בשם המשיבים 4 ו-6 : עו"ד רות גורדין

בשם המשיב 5 : עו"ד נתן מאיר

### פסק-דין

השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה:

1. המערערות הן חברות העוסקות ביזמות בניה (להלן גם היזם). משיבים 1-3 הם עיריית יבנה, ראש העיריה, והוועדה המקומית לתכנון ובניה (להלן גם גורמי העירייה). היזם וגורמי העיריה כרתו ביניהם הסכם שעניינו היטלי ההשבחה והפיתוח שישולמו על ידי המערערות בקשר למיזם בניה מסוים. הסכמים ברוח דומה – כך התברר במסגרת ההליך שנערך בפנינו – הם בבחינת נוהג מקובל במערכות היחסים שבין הרשויות המקומיות לבין יזמי בניה בתחומן. המערערות טוענות שהוראות ההסכם הנוגעות לתשלום היטלי ההשבחה והפיתוח נגועות באי-חוקיות ובכפייה, ולכן הן בטלות. האם

טענה זו בדין יסודה? ואם התשובה לשאלה זו היא בחיוב, מה התוצאות המשפטיות הנובעות מההתקשרות האמורה? מה השלכותיה של הפרקטיקה המשתקפת מההתקשרות האמורה לנוהגים שהשתרשו בשלטון המקומי כולו? אלה הן הסוגיות העולות בהליך זה.

מבוא מושגי

כדי לבחון את הסוגיות העולות בהליך זה, ראוי להבהיר את משמעותם של מספר מושגי יסוד העומדים ברקעו. מושגים אלה הם – היטל השבחה, היטלי פיתוח מוניציפליים, והסכמי פיתוח של מינהל מקרקעי ישראל (להלן: המינהל).

2. היטל השבחה הוא תשלום חובה אשר מוטל מכוח חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה). ההיטל משולם בגין אישור תכנית, מתן הקלה, או התרת שימוש חורג – והכל, כאשר כרוכה בהם עליה של שווי המקרקעין (סעיף 1(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה (להלן: התוספת השלישית)). ההיטל משולם לוועדה המקומית לתכנון ובניה (סעיף 196א לחוק התכנון והבניה). שיעורו של ההיטל הוא מחצית משווי ההשבחה (סעיף 3 לתוספת השלישית). החייב בתשלום ההיטל הוא הבעלים או החוכר לדורות של מקרקעין (סעיף 2 לתוספת השלישית). החבות בהיטל ההשבחה נוצרת עם קרות האירוע הגורם לעליית שווי המקרקעין, אך התשלום אינו חייב להיות מיידי: יש לשלם את ההיטל לא יאוחר ממועד ה"מימוש" של זכות המקרקעין שהושבחה (סעיף 7 לתוספת השלישית). "מימוש" משמעו, בקיום כלליים, קבלת היתר לבניה או לשימוש במקרקעין, או התחלת שימוש בהם בפועל, בעקבות השינוי התכנוני; או העברת הזכות במקרקעין על דרך של מכירה או החכרה לדורות (סעיף 1(א) לתוספת השלישית).

3. היטלי פיתוח הם תשלומי חובה אשר נגבים על ידי רשויות מקומיות בזיקה לפעולות שאותן הן מבצעות להתקנתן ולאחזקתן של תשתיות מוניציפליות חיוניות. מערכות התשתית הרלבנטיות העיקריות הן מערכות המים, הביוב, הניקוז והדרכים הציבוריות (עפר שפיר אגרות והיטלי פיתוח ברשויות מקומיות כרך א 43-47 (מהדורה שניה, 2005) (להלן: שפיר היטלי פיתוח)). היטלי הפיתוח מוטלים, מכוח חוקי עזר מקומיים, על בעל המקרקעין (שם, כרך א, בעמ' 77-89). מיזמי בניה בעלי היקף ניכר מחייבים, מעצם טיבם, השקעה ניכרת בתשתיות. נוהג נפוץ הוא, כי עבודות התשתית הכרוכות בפרויקט מסוים מוצאות לפועל על ידי היזם האחראי לפרויקט.

4. הסכמי פיתוח של המינהל הם הסכמים שאותם כורת המינהל עם יזמים אשר מקימים מיזמי בניה על מקרקעי ישראל. ההסכמים שהמינהל נהג לכרות בתקופה הרלבנטית לענייננו הם דו-שלביים: בשלב ראשון, המינהל מעמיד את המקרקעין לרשות היזם לתקופה של שנים ספורות, לשם ביצוע עבודות בניה במקרקעין. במהלך השלב הראשון משלם היזם למינהל דמי שימוש במקרקעין. בשלב שני, המתרחש בתנאי שהיזם קיים את חובותיו על פי השלב הראשון, המקרקעין מוחזרים ליזם לדורות. דמי החכירה משולמים בתשלום מהוון המחושב על פי שיעור מסוים משווי הקרקע (גדעון ויתקון דיני מקרקעי ישראל כרך א 608-612 (מהדורה רביעית, 2009) (להלן: ויתקון מקרקעי ישראל)).

בשלב הראשון של חוזה פיתוח מן הסוג המתואר, היזם אינו נחשב, בדרך כלל, חוכר לדורות (רע"א 85/88 "קנית" – ניהול השקעות ומימון בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת-גן, פ"ד מב(4) 782 (1989) (להלן: ענין קנית)). על כן, בתקופת השלב הראשון ניתן לגבות תשלום בגין השבחת המקרקעין מן המינהל בלבד, בתורת הבעלים על הקרקע. טיב התשלום בגין ההשבחה שהמינהל מחוייב בו שונה מזה המוטל על גורמים אחרים (סעיף 21 לתוספת השלישית). תשלום זה המוטל על המינהל מכונה "חלף היטל השבחה", והוא מבוסס על 10% מן התמורה שמקבל המינהל בעד השימוש במקרקעין (ויתקון מקרקעי ישראל, כרך ב, בעמ' 838-841; אהרן נמדר היטל השבחה, פסקה 712 (2007) (להלן: נמדר היטל השבחה)).

על רקע הבהרות מושגיות אלה, נעבור לפרטי המקרה נשוא הערעור.

עובדות הפרשה

5. שתי המערערות הן חברות העוסקות בייזום וביצוע מיזמי בניה. הן גבשו תכנית להקמת מיזם בניה רחב-היקף בשטח המושב בן-זכאי. לשם ביצוע תכניתן, הן רכשו, ביום 7.4.1996, זכויות מן המושב במקרקעין הממוקמים בשטחו. המקרקעין שעליהם אמור לקום המיזם הם מקרקעי ישראל. התכנית שחלה על המקרקעין בעת הארועים נשוא הערעור היא תב"ע יב/במ/220/ב (להלן: תכנית ב'). באותה תקופה פעלו המערערות במגמה להביא לאישורה של תב"ע יב/במ/220/ג (להלן: תכנית ג'). תכנית ג' אמורה היתה להרחיב באופן משמעותי את היקף הבניה המותרת בשטח המיזם.

הנסיונות להביא לאישורה של תכנית ג' לא נשאו פרי אלא כעבור שנים ארוכות, ורק בחודש מרץ 2010 (י"פ 6073 מיום 24.3.2010, בעמ' 2384).

6. המערערות בקשו להוציא לפועל את המיזם במתווה של החלטה מספר 611 של מועצת מקרקעי ישראל (להלן: החלטה 611). מתווה זה כרוך בהטבה משמעותית עבור בעל הזכויות במקרקעין. על פיו, דמי החכירה המהווים אשר ישולמו למינהל בגין המקרקעין עומדים על 51% בלבד משוויים, במקום השיעור הרגיל של 91%. בעת פניית המערערות למינהל, היה ידוע כי החלטה 611 עומדת להיות מוחלפת בהחלטה אחרת של המינהל, היא החלטה 727, אשר במסגרתה לא היו המערערות זוכות בהטבות דומות. נוצר, אפוא, מימד של לחץ זמן, מבחינת המערערות, להתקשר עם המינהל מהר ככל האפשר בהסכם פיתוח, כדי להספיק ולזכות בהטבות הצפונות בהחלטה 611.

ביום 13.5.2001 הודיע המינהל על הסכמתו העקרונית לתכניתן של המערערות. על פי הודעתו, הסכמה זו מותנית בהמצאת שורת מסמכים בתוך 60 יום. בין השאר, התבקשו המערערות להמציא את אישורן של הרשויות המוסמכות בעיריה, כי לא תהיינה להן תביעות כלפי המינהל לתשלום היטל השבחה או היטלי פיתוח ביחס לשטח המיזם.

7. המערערות פנו לגורמי העיריה בבקשה לקבל את האישורים המתוארים. בין הצדדים התפתח משא ומתן לגבי התנאים שבהם יסכימו גורמי העיריה לספק את האישורים. ביום 15.7.2001 נכרת הסכם בין המערערות לעיריה (להלן: ההסכם הראשון), שאלה עיקריו:

לענין היטל השבחה – נקבע כי המערערות ישלמו "מקדמה על חשבון היטל השבחה לעיריה גם אם טרם הגיע מועד תשלומן לפי חוק". שיעורו של היטל השבחה יימסר להכרעתו של שמאי מכריע. ההשבחה תחושב על יסוד תכנית ג', אשר טרם אושרה אותה עת. המערערות תשלמנה 30% משיעור ההיטל עם עריכת השומה, ואת יתרתו כתנאי להוצאת היתרי בניה. אם תכנית ג' לא תאושר תוך 12 חודשים, יוחזר למערערות ההפרש בין שיעור ההיטל כפי שחושב (על פי תכנית ג'), לבין שיעור ההיטל המגיע על פי תכנית ב', שהיתה בתוקף אותה עת.

לענין היטלי פיתוח – המערערות יוציאו לפועל את עבודות הפיתוח הנדרשות בגין הפרויקט, על פי רשימת עבודות מפורטת שצורפה להסכם. הן תופטרנה מתשלום

היטלי פיתוח, למעט היטל ביוב בשיעור 50%, אגרת הנחת צנרת מים בשיעור 50%, ותשלום מסוים בגין התקנת מדי מים.

כנגד כל אלה, קבע ההסכם הראשון, כי העירייה תאשר כי לא תהיינה לה כל דרישות כלפי המינהל בגין היטלי השבחה ופיתוח. אישורים אלה נמסרו למינהל ביום 19.7.2001 (להלן: האישורים).

8. הצדדים להסכם החלו בהליכי שומה בפני השמאי המכריע. המערערות בקשו להעלות בפני השמאי המכריע השגות שונות על עצם חבותן בהיטל השבחה. גורמי העירייה התרעמו על כך. ביום 20.6.2002 שיגרו גורמי העירייה מכתב למינהל, בו נאמר כי בעקבות התנהלותן של המערערות, המפרות את הסיכומים שהושגו בין הצדדים, יש לראות את האישורים שמסרו גורמי העירייה למינהל כבטלים. המינהל הודיע למערערות כי בנסיבות אלה הוא לא יוכל להמשיך בהליכים לכריתת הסכם הפיתוח (מכתב מיום 23.7.2002).

9. על רקע התנהלות זו, הודיעו המערערות לגורמי העירייה, כי הן מסכימות, "בדלית ברירה", לדרישותיהם בענין היטל השבחה (מכתב מיום 30.7.2002). ביום 22.8.2002 כרתו המערערות והעירייה הסכם נוסף (להלן: ההסכם השני); שני ההסכמים יחד ייקראו להלן גם ההסכם). ההסכם השני מאשרר את תוקפו של ההסכם הראשון, ומוסיף עליו רשימה של הנחות שיחולו במסגרת השומה המוסכמת: השומה לא תעסוק בסוגיות משפטיות; היא תניח כי המערערות חייבות בתשלום היטל השבחה כאילו אושרה תכנית ג'; השומה תתבסס על התאריך הקובע של 31.5.1999, הוא המועד שאליו מתייחסת השומה מטעם גורמי העירייה; ולא ייטען במסגרת השומה כי ייעודה הבסיסי של הקרקע, לצורך חישוב השבחה, לא היה חקלאי, או כי הקרקע אינה חייבת בהיטל בהיותה מקרקעי ישראל. עוד נאמר בהסכם השני, כי הסכמת הצדדים לו "הינה מתוך רצון חופשי והבנה הדדית בין הצדדים, ולא תיטען כל טענה של אילוץ מצד כלשהו כלפי זולתו לגבי הסכמה זו".

בעקבות כריתת ההסכם השני, הודיעו גורמי העירייה למינהל, כי הם חוזרים ונותנים תוקף לאישורים בדבר העדר דרישות מצידם כלפי המינהל בגין היטלי השבחה ופיתוח (מכתב מיום 22.8.2002). על יסוד אישור זה נכרת הסכם פיתוח בין המערערות למינהל, ביום 11.6.2003.

10. כפי שצויין לעיל, ביום 24.3.2010 פורסמה תכנית ג' ברשומות. עובדה זו אינה מייתרת את הדיון במשמעויות המשפטיות של התנהלות הצדדים בפרשה זו, כפי שיובהר בהמשך.

ההליך בבית המשפט המחוזי

11. לאחר מספר הליכים קודמים, שאין צורך להתעכב עליהם, הגישו המערערות תובענה על דרך המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי כנגד גורמי העיריה. עיקרה של התובענה בבקשה לסעד הצהרתי, לפיו הוראות ההסכם בענין חבות המערערות בהיטל השבחה בגין תכנית בנין עיר שטרם אושרה, ושליטת זכותן לזיכוי מלא בגין ביצוע עבודות פיתוח, בטלות מחמת אי-חוקיות, ונסיבות כריתתן נגועות בכפייה ואילוץ. כן נתבקשה הצהרה כי לתוצאות ההליך בפני השמאי המכריע לא תהא נפקות, והן לא תחייבנה את המערערות כל עוד לא יתאפשר להן להציג את מלוא טענותיהן בפני השמאי המכריע; וכן, כי לגורמי העיריה אין סמכות לבטל את האישורים שניתנו למינהל.

בתובענה נטען, כי המערערות היו זקוקות בדחיפות לאישורים שהן בקשו לקבל מידי גורמי העיריה, שכן הסכמת המינהל לביצוע המיזם בתנאי החלטה 611 היתה תלויה בכך. החמצת הסכמה זו היתה מסבה למערערות נזק משמעותי, שכן החלטה 611 בוטלה זה מכבר, ותחתה באו החלטות אחרות של מועצת מקרקעי ישראל, המשנות את מצבו של בעל הזכויות במקרקעין לרעה (ראו בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002)).

המערערות טענו בתובענה, כי גורמי העיריה ניצלו את מצב הדברים המתואר, ובמיוחד את הלחץ המיוחד בהן היו שרויות, בשל החשש כי יאחרו את המועד לחתימה על הסכם פיתוח על בסיס החלטה 611, כדי לחלץ מהן תשלומים שהן לא היו חייבות בהם, במסגרת הוראות ההסכם המאולץ שנכרת בין הצדדים. הן בקשו לבטל את הוראות ההסכם שחייבו אותן בתשלום היטל השבחה בטרם התמלאו התנאים לתשלום ההיטל על פי חוק; ודרשו לשנות את הוראת ההסכם המזכה אותן בפטור חלקי בלבד בגין היטלי פיתוח, על אף שהוטלו עליהן כל עבודות הפיתוח הכרוכות במיזם. בד בבד, בקשו המערערות להותיר על כנם את האישורים שנתנו גורמי העיריה למינהל, וזאת על מנת להותיר את הסכם הפיתוח עם המינהל בעינו. הדבר נבע מן החשש כי כריתת מערכת הסכמית חדשה תוביל את המיזם אל תוך מסגרת החלטות חדשות של

המינהל, שביטלו, כאמור, את ההטבות המיוחדות שהחלטה 611 העניקה לבעל הזכויות על פי הסכם הפיתוח.

12. בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ש' גדות) דחה את התובענה. בנימוקיו הבחין בית המשפט המחוזי בין טענת אי-החוקיות לטענת הכפייה:

בנושא אי-החוקיות קבע בית המשפט המחוזי, כי אכן, אין חולק, כי בשלב עריכת ההסכם לא חלה על המערערות חבות לשלם היטל השבחה; אלא שחבויות ההיטל הוטלו על המערערות מכח הסכם, אשר תוקפו החוקי הוא העומד בלב המחלוקת. לענין זה נקבע, כי ההתקשרות החוזית של המערערות מקימה בסיס עצמאי לחיובן, והיא מרפאה את אי-החוקיות שבחיובן בהיטל: "ההסכמה החוזית לשאת בתשלום מרפאת את פגם אי-החוקיות שבדרישת תשלום שאין סמכות חוקית לגבותו" (פסקה 21 לפסק הדין).

עוד נקבע בענין זה, כי אין ספק כי על פי החוק, רשאית ועדה מקומית לגבות היטל השבחה רק בגין תכנית מאושרת. אלא, שחיוב המערערות בהיטל השבחה נעשה מכח הסכמתן, שהיתה נעוצה ברצונן לקבל במהירות את אישורי העיריה שלא תהיינה להם כל תביעות כלפי המינהל בנוגע להשבחה ולהיטלי פיתוח. הסכמה זו מרפאה את פגם אי-החוקיות. בית המשפט מסכם בנקודה זו באמרו:

"התוצאה היא כי הועדה המקומית רשאית ומוסמכת היתה להתקשר בהסכם לפיו ייגבה היטל בגין תכנית שטרם אושרה, וצפויה להיות מאושרת, מקום בו ויתרה על זכותה לגבותו מהגורם אשר חייב בו על פי חוק, במסגרת הצהרה אשר לא היתה מחוייבת ליתן".

13. אשר לטענת כפייה ואילוץ, נטען על ידי המערערות, כי גורמי העיריה ניצלו את הסיטואציה של החלפת החלטה 611 בהחלטות חדשות של המינהל כדי ללחוץ עליהן לשלם כספים שלא הגיעו מהן. הן הונעו לחתום על "הסכמי כניעה", על פי טענתן, כדי למנוע אובדן ההטבות הכלכליות שהחלטה 611, שעמדה בפני ביטול, טמנה עבורן. בית המשפט קמא ניתח את טענות הכפייה והאילוץ שהעלו המערערות, ודחה אותן. הוא פסק, כי המערערות התקשרו בהסכם עם גורמי העיריה כדי לקדם אינטרס עיסקי ברור שלהן, ולא מתוך כפייה או אילוץ; וכי היתה פתוחה בפניהן הדרך לפנות לערכאות, אך הן לא ניצלו אפשרות זו, מכיוון שהיו מעוניינות בכריתת ההסכם האמור, כדי לקבל את אישורי גורמי העיריה כלפי המינהל, שאלה הראשונים לא היו חייבים

לתת. נקבע, כי לא הופעל על המערערות לחץ פסול מבחינה מוסרית-חברתית וכלכלית, ולכן לא קמה עילה לביטול ההסכם מפאת כפייה או אילוץ. לאור זאת, התובענה נדחתה, וההסכם נותר בעינו.

השתלשלות ההליכים בערעור

14. תחילתו של הערעור נסב על טענות פרטניות שהעלו הצדדים, אולם במהלך הדיון עלו שאלות עקרוניות, החורגות מגדרו של ההליך הפרטני, והן, בעיקרן, אלה: ראשית, האם רשאית רשות מקומית להתקשר בהסכם עם יזם, לפיו הוא יתחייב לשלם היטל השבחה שאינו מגיע ממנו על פי חוק, אשר יחושב על בסיס תכנית בנין עיר שטרם אושרה, וזאת, גם אם היזם מסכים לכך? שנית, האם רשאית רשות מקומית לכרות הסכם עם יזם, לפיו הוא יבצע עבודות פיתוח באזור מיזם מסוים תמורת ויתור על היטלי פיתוח, כולם או מקצתם? לשאלות עקרוניות אלה נתבקשו גם תגובות היועץ המשפטי לממשלה ומרכז השלטון המקומי (להלן: השלטון המקומי). בין השלטון המקומי וגורמי העירייה מצד אחד, לבין המדינה מצד שני, נתגלעו חילוקי דעות קוטביים בשאלות אלה.

15. בטרם בשל ההליך למתן פסק דין, הודיעו המערערות וגורמי העירייה על "הסדר גישור" שהושג ביניהם, שבמסגרתו הוסכם כי בא כח השלטון המקומי ישמש כמגשר בין הצדדים. המדינה התנגדה להסדר זה, בטענה כי לאור השאלות העקרוניות שעלו בהליך – החורגות מעניינם הפרטני של הצדדים – נדרשת בו הכרעה שיפוטית עקרונית. בעקבות זאת הורינו, כי נוכח השאלות העקרוניות העולות בהליך זה, שהשלכתן רחבה מעבר לעניינם הפרטני של בעלי הדין, לא נוכל לאשר את הסדר הגישור שהושג. לאור החלטה זו נמשך ההליך, והצדדים השלימו את טיעוניהם בכתב.

16. ביום 21.11.10 נמסרה הודעה מטעם המערערות וגורמי העירייה, כי הם הגיעו לפשרה מוסכמת מחוץ לכתלי בית המשפט, והם מבקשים את מחיקת הערעור. המדינה הודיעה על התנגדותה למחיקת הערעור, בין היתר לאור תוכנו של ההסדר שהושג בין הצדדים הללו, שהביא לפשרה, אשר תוכנו לא הוצג בפני בית המשפט.

לאחר בחינת הבקשה האחרונה, החלטנו שלא להיענות לה, ולהכריע בהליך לגופו. זאת, בשל השאלות העקרוניות העולות בהליך, שהשלכתן משתרעת מעבר לעניינם של בעלי הדין, ונוכח השלב המתקדם אליו הגיע ההליך. נפרט:



17. הכלל הוא, כי "מעורר הרוצה לחזור בו מערעורו ולבטלו זקוק לרשות בית המשפט" (ע"א 455/88 חדד נ' א. דהן חברה לבניין בע"מ, פ"ד מה(5) 655, 659 (1991)); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 846 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 664 (מהדורה עשירית, 2010)). במקרה הרגיל, אין סיבה שלא להיעתר לבקשה כזו; אך כלל זה וחריגיו בצידו: "מעורר יכול לבקש רשות לבטל את ערעורו; ובית המשפט אינו מסרב בדרך כלל למלא בקשתו, אלא אם כן מוצא הוא טעם מיוחד המצריך סירוב" (ע"א 12/51 פקיד השומה, פתח תקוה נ' סמט, פ"ד ה 398, 399 (1951) (הדגשה לא במקור); והשוו תקנה 154 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (לענין הפסקת תובענה)). לעתים, נסיבות הענין מצדיקות הכרעה בגופו של הליך, גם כאשר הצדדים לו כבר אינם מעוניינים בהכרעה כזו. עמדתי על כך לא מכבר:

"על פי רוב, יוזם הליך דיוני בבית משפט, השולט על עצם היוזמה להגשתו, רשאי גם לבקש את מחיקתו, כאשר מסיבות שונות איננו רואה עוד טעם להמשך ההתדיינות בתובענתו. אולם גם כך, ההכרעה לגבי גורלו של הליך שיפוטי שהוגש ונדון היא לעולם הכרעתו של בית המשפט, אשר עליו לשקול את מכלול השיקולים הרלבנטיים לבקשת המחיקה, ובכללם משמעותה של המחיקה מבחינת בעל הדין שכנגד, וביחס למשאבים שהושקעו בזמן השיפוטי שהוקדש על ידי בית המשפט, על כל הנובע מכך..." (בג"ץ 2445/06 איזוטסט בע"מ נ' הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, פסקה 32 (לא פורסם, 31.5.2009)).

18. דין בקשת המחיקה של הערעור להידחות בנסיבות ענין זה. הטעם העיקרי לכך הוא, כי הליך זה חשף שאלות מפתח באשר להתנהלותן של רשויות מקומיות, החורגות מהמקרה הפרטני שלפנינו. תקנת הציבור, וערכי מינהל תקין, מצדיקים כי שאלות אלה תיבחנה לעומקן בהליך זה (השוו ע"מ 10089/07 אירוס הגלבוע בע"מ נ' ברוך, פסקה 3 (לא פורסם, 5.4.2011)). יתר על כן, בניהול הערעור הושקעו משאבי זמן ומאמץ, אשר צפויים לרדת לטמיון אם לא תינתן הכרעה לגופה. ואחרון – המערערות וגורמי העירייה לא חשפו בפנינו את תוכן ההסדר ביניהם, אשר הניע אותם להסכים לפשרה ולבקשה למחיקת הערעור. על רקע שאלות אי-החוקיות שעלו בהליך זה, ולאור המשקל הרב שיש לייחס להתנגדות המדינה למחיקת הערעור, לאחר שזו בחנה את תוכן הסדר הפשרה, אין מקום להיענות לבקשת המחיקה, ויש להכריע בהליך לגופו.

19. עיקר טענותיהן של המערערות, בקוים כלליים, הוא כי ההסכם עם גורמי העיריה לוקה באי-חוקיות, וכן בכפייה ואילוץ, בכל הקשור לתנאים הנוגעים להיטל ההשבחה ולהיטלי הפיתוח. לפיכך, דין הוראות ההסכם הנוגעות לאותם עניינים להתבטל. גורמי העיריה לא היו רשאים לדרוש תשלומים בפועל של היטל השבחה בטרם אושרה תכנית ג', וכל שהיו רשאים הוא להתנות את מתן האישורים שנתבקשו מהם בקבלת ערבויות להבטחת עמידתן של המערערות בתשלום ההיטל, לכשתחול חובה מכח החוק לשלמו. גם הוראות ההסכם בנושא היטלי הפיתוח אינן הוגנות, שכן הן מחייבות את המערערות לבצע את מלוא עבודות הפיתוח במיזם, בתמורה לפטור חלקי בלבד מהיטלי הפיתוח.

לעומתן, טוענים גורמי העיריה כי ההסכם עם המערערות הוא הוגן וסביר. אשר להיטל ההשבחה – מתן האישור כנדרש על ידי המערערות, בלא תשלום ההיטל על ידי היזם גם קודם לאישור התכנית, עלול לקפח את זכותם לגבות היטל – בין מן היזם, ובין מהמינהל, מכח אותו אישור. ההסכם נועד, אפוא, להבטיח לגורמי העיריה את המגיע להם על פי הדין. אשר להיטלי פיתוח, טוענים גורמי העיריה, כי עבודות הפיתוח הנדונות מצויות, אמנם, כולן במתחם הפרויקט, אך שיעורי היטלי הפיתוח משקפים חלק יחסי מכלל עלויות הפיתוח המוניציפליות, לרבות רכיבי תשתית המשרתים חלקים נרחבים מהעיר. התשלום החלקי שנותר על כתפי המערערות בגין היטלי פיתוח משקף את החלק היחסי מסכום ההיטלים הנוגע לעבודות תשתית שנותרו באחריות העיריה, שעל היזם לשאת בו.

טענות בענין כפייה ואילוץ בהסכם היזם עם גורמי העיריה

20. המערערות תוקפות את חיובן בהיטל השבחה, וכן בהיטלי פיתוח חלקיים, על סמך עילת הכפייה. לטענתן, ברקע ההסכם בין הצדדים עמד איום מצד גורמי העיריה, לעשות שימוש בכוחם השלטוני כדי לפגוע באינטרסים כלכליים של המערערות, על דרך של ניצול הלחץ בו הן עמדו, לאור ביטול החלטה 611, ופרק הזמן הקצר ביותר שנותר להן על מנת ליהנות מיתרונותיה. לדברי המערערות, ניתן ללמוד על הכפייה הכרוכה בנסיבות המקרה מלשון מכתבן מיום 30.7.2002, בו נאמר כי הן מסכימות לדרישות גורמי העיריה "בדלית ברירה". עוד נלמדת הכפייה מכך שבהסכם השני בין

הצדדים נכללו הוראות בלתי שגרתיות, לפיהן ההסכם נכרת "מתוך רצון חופשי" ו"לא תיטען כל טענה של אילוץ", המצביעות על כך, שלאמיתו של דבר, ההסכם נכרת תחת אילוץ. המערערות טוענות עוד, כי לא עמדה בפניהן חלופה סבירה לכריתת ההסכם, הואיל ופנייה לערכאות לקבלת סעד כנגד הרשויות, שיחייבן לתת את האישורים המבוקשים בלא התניות פסולות, היתה מצריכה בירור ממושך, שהיה מסכן את כריתתו של הסכם הפיתוח במועד, ואת סיכויי המערערות להתקשר בהסכם פיתוח עם המינהל על בסיס החלטה 611, שעמדה בפני ביטול.

21. גורמי העיריה טוענים, כי יחסי הכוחות בין הצדדים פעלו במקרה זה לטובת המערערות, חברות קבלניות בעלות איתנות כלכלית בולטת, ולא לטובת הרשות. המערערות הן שיזמו את ההתקשרות בין הצדדים, במטרה להניע את גורמי העיריה לתת להן אישורים בדבר פטור מתביעות היטל השבחה והיטלי פיתוח כלפי המינהל. גורמי העיריה לא היו חייבים להיענות לבקשה זו; בהתקשרות בין הצדדים, שנעשתה לתועלת המערערות, הן נטלו על עצמן התחייבויות רצוניות, כדי לקדם את עניינן הכלכלי הברור; לאורך כל הדרך, לוו המערערות בייעוץ משפטי, ובכל שלב היתה פתוחה הדרך בפניהן לפנות לבית המשפט. מכלול הנתונים מצביע, אפוא, על העדר כפייה ואילוץ. לחלופין נטען, כי המערערות לא פעלו לביטול ההסכם תוך זמן סביר; ולחלופי חלופין – המערערות אינן רשאיות לבטל את הוראות ההסכם בעוד הן אוחזות בתמורה שקיבלו מכוחו, קרי – האישורים על העדר תביעות שנתנו גורמי העיריה למינהל, שעל בסיסם נחתם הסכם הפיתוח בין היזם למינהל.

טענות בקשר לחוקיות הוראות ההסכם ביחס להיטל השבחה

22. טענות המערערות, כי ההסכם בין הצדדים הוא בלתי חוקי, ככל שהוא נוגע להוראות בענין היטל השבחה, החורגות מן התנאים הקובעים את חבות האזרח בהיטל השבחה על פי הדין. זאת, מן הטעם שההסכם קובע כי ההיטל יחושב וישולם בפועל על בסיס תכנית ג', הגם שתכנית זו טרם אושרה במועד הרלבנטי. בשלב מסוים טענו המערערות גם כי גורמי העיריה לא היו רשאים לחייבן בתשלום העולה על זה שהמינהל היה עשוי להתחייב בו בגין השבחה, שכן מדובר במקרקעי ישראל, והתשלום המגיע מהמינהל בקשר אליהם הוא חלק היטל השבחה בלבד; ו"לא יכולה להיווצר חבות ישירה של החוכר... בשיעור העולה על השיעור בו המינהל חב" (סעיף 21 להודעה המשלימה מטעם המערערות מיום 26.3.2008; השוו לגישה השונה העולה מסעיף 17 לסיכומי המערערות מיום 15.8.2007).

עמדת המערערות היא, כי הוראות ההסכם בענין היטל ההשבחה עוקפות את הוראת הדין וגוררות את אי-חוקיותן. מדובר בהוראות "מתנות דין", והסכמתן להתקשר בהסכם הכולל אותן אינה מרפאה את אי-החוקיות.

23. לטענות אלה משיבים גורמי העיריה, כי המערערות לא נדרשו לשלם היטל השבחה על פי תכנית ג' טרם אישורה, אלא, ההסכם קובע רק כי תיערך שומה על יסוד תכנית זו; לאחר עריכת השומה תשלמנה המערערות חלק משיעורה בלבד, וגם זאת על חשבון היטל ההשבחה המגיע בגין תכנית ב'; אם לא תאושר תכנית ג' תוך 12 חודשים – יושב למערערות הפרש ששולם על ידן ביתר.

גורמי העיריה מוסיפים, כי הקדמת תשלומו של היטל ההשבחה, כפי שנקבעה בהסכם, אינה בלתי חוקית, שהרי סעיף 7(א) לתוספת השלישית מורה כי החייב רשאי לשלם "מקדמות על חשבוננו עוד לפני קביעת שומת ההשבחה". לטענה זו עונות המערערות, כי האפשרות לשלם מקדמות על חשבון היטל ההשבחה היא פרוגטיבה של החייב, ואילו הרשות הציבורית אינה רשאית לדרוש זאת. יתר על כן, המקדמות האמורות באותה הוראה בתוספת מתייחסות לחיוב בהיטל אשר כבר התגבש, אלא שטרם הגיע המועד המחייב לתשלומו; לא קיימת בדין אפשרות לשלם מקדמה על חשבון היטל שטרם נתמלאו התנאים המוקדמים לגיבושו.

24. יתר על כן, גורמי העיריה טוענים, כי ההסכם בין הצדדים מחייב את המערערות בתשלום אפילו הוא סוטה מהוראות הדין בדבר היטל ההשבחה. זאת, על יסוד ההנחה כי ההסדר הסטטוטורי בענין היטל ההשבחה הוא דין "מרשה", אשר הצדדים רשאים להתנות עליו בהסדר אובליגטורי. לגישתם, "מסקנה זו הינה טריוויאלית, שהרי לולא כן – מה פסע היה בהסכמים בין רשות לבין אדם/תאגיד בנושאים בעלי אופי מינהלי?" (סעיף 2 להשלמת הטיעון מטעם גורמי העיריה מיום 28.2.2008).

25. השלטון המקומי תומך בעמדת גורמי העיריה בנושא זה. לטענתו, היטל ההשבחה נועד לכסות את הוצאותיה של הוועדה המקומית או הרשות המקומית בתחומים שונים הקשורים בתכניות, בפיתוח ורכישת מקרקעין לצורכי ציבור, ובשימור אתרים והפקעתם. בהסדר הקיים בענין היטל השבחה קיים קושי מובנה, הנעוץ בחוסר הקורלציה בין נתון ההוצאות לנתון ההכנסות, כאשר בסיס החישוב של היטל ההשבחה הוא שרירותי, ועומד על מחצית ההשבחה. כמו כן, היטל ההשבחה נגבה רק ביחס לתכניות מתאר מקומיות ולתכניות מפורטות, ולא בקשר לתכניות מתאר מחוזיות

וארציות, וגם במוכן זה ישנה פגיעה ברשות המקומית. מאחר שלעתים קרובות, היטלי ההשבחה אינם מכסים את ההוצאות המוטלות על הרשות המקומית, נדרשים פתרונות יצירתיים כדי למצוא מקורות מימון חלופיים להקמת מבני ציבור, והיו נסיונות שונים בחקיקת עזר ובחקיקה ראשית לפתור בעיה זו. קושי זה, שנוספים אליו גם פערי שומות, יוצר אי-ודאות כלכלית ברשויות המקומיות. אי-ודאות זו משפיעה הן על הרשות המקומית והן על היזם, והיא מביאה ליצירת אינטרס הדדי אצל הצדדים להגיע להסכם בענין שיעורי תשלומי היטל ההשבחה. לקיומו של הסכם כזה עשויה להיות השפעה מכרעת על השאלה אם תכנית מסוימת תקודם, אם לאו. עמדת השלטון המקומי נוסחה כדלקמן:

“הסכם מוקדם לענין שיעור היטל השבחה, הכולל בתוכו מנגנון עידכון לגבי היקף הזכויות (קרי: כפוף לצורתה הסופית של התכנית לכשתאושר) ומנגנון לעדכון מחירי השוק, כל עוד הוא נעשה אך ורק לשם כיסוי הוצאות ביצוע התכנית ולא למטרות זרות (כגון העשרת קופת הרשות המקומית על חשבוננו של היזם – מחד, או הטבה עם היזם תוך שלילת תקבולי היטלי השבחה מקופת הציבור – מאידך) הוא לגיטימי וסביר ועדיף עשרות מונים על שלילת האפשרות להגעה להסכמים”.

השלטון המקומי מצביע על סעיף 13א לתוספת השלישית, אשר נחקק בשנת 2008, ממנו ניתן להסיק כי חיוב בהיטל השבחה יהיה אך בהתאם לשומה סופית. חקיקה זו ביטלה מאז ואילך את האפשרות להגיע להסכמים מוקדמים בענין שיעורו של היטל ההשבחה. השלטון המקומי מותח ביקורת על הוראת חוק זו. כן הוא ממליץ על הנהגת הסכמי שיפוי, שבמסגרתם יחוייב היזם לשפות את הרשות המקומית בגובה הוצאותיה העודפות שמעבר לתקבולי היטלי ההשבחה, כמקובל בתביעות פיצויים בגין פגיעה בתכנית על פי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה.

26. המדינה מצטרפת לעמדת המערערות בענין היטל ההשבחה, וחולקת על גישת גורמי העירייה והשלטון המקומי. לדבריה, עקרון חוקיות המינהל וחוק יסוד: משק המדינה מורים כי הרשות אינה רשאית לגבות תשלומי חובה אלא על פי הסמכה חוקית. על כן, לא ניתן לגבות היטל השבחה אלא על פי חוק, ולא ניתן להטילו בטרם התקיימו התנאים המוקדמים הקבועים לכך על פי חוק. עיגונו של חיוב בהיטל השבחה בהסכם, כאשר התנאים לחיוב לא התקיימו על פי החוק, אין בו כדי להתגבר על הקשיים האמורים.

המדינה מונה שורה של טעמים נוספים אשר שוללים, לגישה, את תקפותם של הסכמים המטילים על האזרח חבות בהיטל השבחה על אף שהוא לא חייב בכך מכח החוק: ראשית, הסכמים אלה פוגעים בשוויון, שכן הרשות מפעילה בגדרם את סמכותה השלטונית בלא קריטריונים ברורים, בהעדר שקיפות, ועל סמך משא ומתן נפרד עם כל נישום ונישום. שנית, הסכם הקובע מראש את הסכום שישולם בגין אישורה של תכנית עתידית עלול להטות את שיקול הדעת התכנוני אל עבר אישורה של התכנית, ממניעים כספיים, תוך סטייה מן השיקולים התכנוניים הרלבנטיים. שלישי, גביית היטל השבחה בטרם התקיימו התנאים הקבועים לכך בחוק כמוה, במהות, כנטילת הלוואה; נטילת הלוואה על ידי עירייה טעונה אישור של שר הפנים, ובמקרים המתאימים גם אישור של שר האוצר. תנאים אלה אינם מתקיימים בהסכם כדוגמת זה שנכרת במקרה זה.

בהתייחס לעמדת השלטון המקומי הוסיפה המדינה, כי הנחת המוצא שלפיה היטל ההשבחה מיועד לממן את הוצאותיה של הרשות בקשר לתכנית הרלבנטית אינה נכונה. היטל ההשבחה מבוסס על עליית ערכם של המקרקעין, וההצדקה לו נטועה בשיקולים של צדק חלוקתי. ההיטל מחושב ללא זיקה ישירה לעלויות הכרוכות בתכנית. אמנם, ההכנסות מן ההיטל משרתות רשימת ייעודים סגורה, הקבועה בסעיף 13 לתוספת השלישית; אולם ייעודים אלה אינם מתייחסים בהכרח לתכנית הספציפית שבגינה נגבה ההיטל. אין, אפוא, הצדקה, גם במישור המעשי, לכריתת הסכמים מן הסוג הנדון, ונדרש לעמוד על קיומו של החוק כלשונו וכרוחו בהפעלת סמכויות הרשות הציבורית בענין זה.

טענות בקשר לחוקיות ההסכם ביחס לפטור מהיטלי פיתוח

27. הדיון בהליך זה העלה את סוגיית חוקיותו של מתן פטור, מלא או חלקי, מהיטלי פיתוח המגיעים לרשות על פי דין. המערערת וגורמי העירייה שותפים לדעה כי פטור כזה הוא חוקי, אלא שהמערערות, מצידן, מלינות על כך שהפטור שניתן להן הוא חלקי בלבד ואינו פטור מלא, על אף שהן מחוייבות בביצוע מלוא עבודות הפיתוח במיזם.

28. השלטון המקומי סבור אף הוא, כי אין מניעה שרשות מקומית תפטור יזם, במסגרת הסכם ביניהם, מתשלום היטלי פיתוח, כולם או מקצתם, תמורת ביצוען של עבודות פיתוח במתחם בידי היזם. לגישתו, הסכמים אלה רווחים ביותר, וקיבלו לא אחת גושפנקה שיפוטית. הסדרים ממין זה הם רצויים, שכן הם משרתים מטרות

ציבוריות ראויות: עשוי להימצא יתרון בביצוע עבודות פיתוח על ידי היזם, מבחינת משך הזמן והמשאבים שיוקדשו להן. כמו כן, הצורך בהסכמים מסוג זה עשוי לנבוע מכך ש"הרשות המקומית אינה אוחזת בחוקי עזר מתאימים" המאפשרים הטלת היטלי פיתוח בשיעורים הרצויים מבחינתה (סעיף 46 להודעה המשלימה מטעם השלטון המקומי מיום 19.5.2009, בהסתמך על ספרו של שפיר היטלי פיתוח, כרך א, בעמ' 346).

השלטון המקומי הצביע על קשיים פרקטיים ופרוצדורליים, המביאים לכך שחוקי עזר עירוניים עלולים שלא לספק את צרכיה של הרשות המקומית בתחום זה. במיוחד הודגש חלוף הזמן מאז עריכת האומדן באשר לעלויות הצפויות של הפרויקט ועד למועד ביצוע העבודות בפועל. כמו כן, ההליך הכרוך באישורם של חוקי עזר הוא ממושך, וכתוצאה מכך, התעריפים הקבועים בחוקי העזר הם מיושנים ובלתי מספקים. נוכח נסיבות אלה, כך נטען, אין פסול בהסכמים המאפשרים ליזם לבצע עבודות פיתוח בשווי העולה על היטלי הפיתוח שניתן היה לגבותם על פי חוקי העזר הרלבנטיים. השלטון המקומי מציין, עם זאת, כי רצוי שמשרד הפנים יקבע כללים והנחיות באשר לעריכת הסכמים מסוג זה.

29. המדינה מחזיקה בדעה שונה גם בסוגיה זו. לגישה, רשות ציבורית אינה רשאית לפטור יזם מתשלום היטלי פיתוח תמורת ביצוע עבודות פיתוח, שכן הכלל הוא כי לא ניתן לפטור ממס או לשנות משיעורו אלא על פי חוק. לפיכך, יש לגבות מהחייב על פי חוק העזר את היטלי הפיתוח המגיעים ממנו בקשר למקרקעין. יחד עם זאת, הרשות רשאית – בכפוף למילוי הוראות כל דין, לרבות דיני המכרזים – להתקשר עם היזם בהסכם שבו יוסכם כי היזם יבצע את עבודות פיתוח; בגין הסכם כזה יהיה היזם זכאי לתמורה; תשלום התמורה בעבור ביצוע עבודות הפיתוח יכול להתבצע על דרך של קיזוז מהיטלי הפיתוח, ככל שהם חלים על היזם. הליכים אלה מבטיחים כי עבודות הפיתוח, ההיטלים והתמורה ליזם יבוצעו בהתאם לחוק, ובהתנהלות מבוקרת על פי דין, בלא סטיות ממנו.

טענות בדבר התוצאות המשפטיות של אי-החוקיות

30. המערערות טוענות, כי טענות אי-החוקיות שהעלו אינן צריכות להביא לביטול כוללני של ההסכם בין לבין גורמי העירייה, אלא רק לביטול אותם מרכיבים הנגועים באי-חוקיות, שעניינם בחיוב המערערות בתשלום היטל ההשבחה. גורמי העירייה טוענים, לעומת זאת, כי אם ייקבע שההסכם אינו חוקי, וכי הסכמת המערערות לאמור

בו אינה מרפאה את אי-החוקיות, התוצאה צריכה להיות אחת מאלה: ביטול מלא של ההסכם, לרבות ביטול האישורים שהם נתנו למינהל; או, לחלופין, אכיפת ההסכם במלואו, חרף אי-חוקיותו. המדינה, מצידה, טוענת, כי אם יבוטלו האישורים שנתנו גורמי העירייה למינהל, המאשרים כי לא תהיה לגורמים אלה תביעה כלפי המינהל בענין היטלי ההשכחה והפיתוח, כי אז תישמר זכותו של המינהל לבטל את ההסכם הפיתוח עם המערערות, אשר התבסס על אישורים אלה.

#### דיון והכרעה

31. הליך זה מעלה להכרעה סוגיה משפטית הנוגעת לדרך התנהלותה של רשות מקומית בגביית היטל השכחה, ובמתן פטור, מלא או חלקי, מהיטלי פיתוח, באמצעות הסכמים עם יזמים שאינם עונים לדרישות החוק. נבהיר את משמעותם המשפטית של הסכמים מסוג זה, ונבחן את התוצאות המשפטיות של ההסכם בענייננו, ואת השלכתן על גורלה של העיסקה המעוגנת בהסכם הפיתוח שבין המערערות למינהל מקרקעי ישראל.

32. בענייננו, גורמי הרשות המקומית התקשרו בהסכם עם יזם, תוך שהוסכם על חיובו בהיטל השכחה למרות שלא חלה עליו חבות כזו על פי הדין. יתר על כן, אותה הסכם פטר את היזם באופן חלקי מהיטלי פיתוח, למרות שהחוק אינו מתיר מתן פטור כזה. 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. כעולה מטיעוני הצדדים בהליך זה, הסכמים מסוג זה הינם חזיון נפרץ ברשויות המקומיות. אף שניתן היה לצפות כי הרשויות תקיימנה את כללי הדין והמינהל התקין בעניינים אלה, דרך ההתנהלות של גורמי העירייה המשתקפת בתוכנו של ההסכם זה לוקה בחסר ומחייבת תיקון (ראו, למשל: ע"א 65/76 חברת הגבעה האדומה 5000 בע"מ נ' עיריית ראשון-לציון, פ"ד ל(3) 818 (1976) (להלן: ענין הגבעה האדומה); בג"ץ 1640/95 אילנות הקריה (ישראל) בע"מ נ' ראש עיריית חולון, פ"ד מט(5) 582 (1996) (להלן: ענין אילנות הקריה); בג"ץ 4146/95 עזבון דנקנר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774 (1998) (להלן: ענין רשות העתיקות)). נצביע על עקרונות היסוד המחייבים בתחום תשלומי חובה לרשות המקומית.



33. עקרון חוקיות המינהל מהווה נורמה בסיסית במשפט הציבורי. עקרון זה מורה, כי כוחה של הרשות הציבורית נובע מהסמכויות שהוקנו לה בדין, ואין בלתן. הדין הוא שמוליד את כוחה של הרשות לפעול, וגבולות כוחה מתחמים לגבולות ההסמכה שהוענקה לה בדין. זהו "האל"ף-בי"ת של המשפט המינהלי" (ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 35 (1987); ע"א 630/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נהריה נ' שיר הצפון חברה לבניה בע"מ, פ"ד נב(3) 399, 403-404 (1998); בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 357 (1994)).

עקרון חוקיות המינהל מחייב הקפדה מיוחדת בכל הנוגע לפעולות העלולות לפגוע בזכות יסוד של הפרט. פעולה של רשות הפוגעת בזכות יסוד טעונה הסמכה חוקית מפורשת. כך היה הדין מקדמת דנא (בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358-359 (1983); ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות, פ"ד מה(4) 529, 560-561 (1991)). כך הוא הדין היום, לאור הוראות חוקי היסוד המגדירים את זכויות היסוד של האדם (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק; דנג"ץ 9411/00 ארקו, תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פסקאות 6-13 (לא פורסם, 19.10.2009); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פסקאות 13-15 (לא פורסם, 20.12.2010)).

34. חובתה של הרשות הציבורית שלא לסטות מגדרי סמכותה על פי דין בולטת במיוחד בתחום המיסים ותשלומי החובה. שרשיהם של עקרונות אלה נטועים עמוק במסורת המשפטית של העולם המערבי. בפסק דין בולט משנת 1850 קבע בית הלורדים האנגלי:

"The rule of law that no pecuniary burden can be imposed upon the subjects of this country, by whatever name it may be called, whether tax, due, rate or toll, except upon clear and distinct legal authority, established by those who seek to impose the burden, has been so often the subject of legal decision that it may be deemed a legal axiom, and requires no authority to be cited in support of it" (*Gosling v. Veley*, (1850) 12 Q.B. 328, 407 (H.L.)).

עקרון זה הודגש, חזור והדגש, בפסיקתם של בתי המשפט של אנגליה במשך השנים (ראו, למשל: *McCarthy & Stone (Dev.) Ltd. v. Richmond upon Thames London Borough Council*, [1992] 2 A.C. 48 (H.L.); *Revenue & Customs Comm'rs. v. Total Network SL*, [2008] UKHL 19, [2008] A.C. 1174).

35. במשפט הישראלי ניתן ביטוי חוקתי לתפישה זו בחוק יסוד: משק המדינה. בסעיף 1(א) לחוק יסוד זה נקבע כי "מסים, מילואות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פיו; הוא הדין לגבי אגרות". משמעותה וחיבותה של הוראה זו הודגשו בפסיקה ובספרות המשפטית (ענין אילנות הקריה, בעמ' 589-588; ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פ"ד ס(4) 545, 561 (2006) (להלן: ענין רשות העתיקות II); ע"א 11371/05 המועצה האזורית באר טוביה נ' ישפרו – חברה ישראלית להשכרת מבנים בע"מ, פסקה 12 (לא פורסם, 20.2.2008) (להלן: ענין ישפרו); בג"ץ 7186/06 מלינובסקי נ' עיריית חולון, פסקאות לה-לו (לא פורסם, 29.12.2009); יוסף מ' אדרעי מבוא לתורת המסים 15-16, 32-33 (2008) (להלן: אדרעי מסים); אהרן נמדר מס הכנסה 36-38 (מהדורה שלישית, 2010)).

36. הוראת סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה מתייחסת ל"תשלומי חובה" בכללם, על כל סוגיהם, והיא מציינת גם תשלומי חובה לסוגיהם הספציפיים. הפסיקה התייחסה לא אחת למאפיינים המבחינים בין תשלומי החובה לסוגיהם:

מלוות חובה, כפי שמעיד שמן, מוחזרות לאחר זמן לבעליהן. יתר תשלומי החובה ניתנים לחלוקה לשתי קטגוריות: האחת – תשלומים הנגבים בלא כל זיקה לשירות הניתן לאזרח. אלה הם תשלומי מיסים. השניה – תשלומים המשתלמים בזיקה מסוימת, בהיקף משתנה, לשירותים ספציפיים שהרשות מעניקה, המיועדים למימון שירותים אלה. תשלומי החובה בקטגוריה זו – שאף הם אינם עשויים מעור אחד – הם אגרות, וכן היטלים ודמי ההשתתפות (ע"א 620/82 מועצת עיריית הרצליה נ' רשף, פ"ד לז(4) 57, 62-64 (1983); ע"א 889/01 עיריית ירושלים נ' אל עמי ייזום השקעות ובניה בע"מ, פ"ד נז(1) 340, 349-345 (2002); ע"א 1711/02 עיריית חולון נ' ארגון הקבלנים והבונים חולון, פ"ד נח(5) 933, 950-951 (2004); עע"ם 11646/05 מרכז השלטון המקומי בישראל נ' צרפתי (לא פורסם, 5.9.2007); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 255-257 (מהדורה שניה, 2010) (להלן: זמיר הסמכות המינהלית); אליהו וינוגרד דיני רשויות מקומיות כרך ב 537-544 (מהדורה חמישית, 1998)).

37. הן מיסים והן אגרות, היטלים ודמי השתתפות אין להטילם אלא על פי הסמכה מפורשת בחוק. רשויות מקומיות הוסמכו לגבות תשלומים משתי הקטגוריות. אנו נתמקד בסמכויותיהן של עיריות לגבות תשלומי חובה, המוגדרות בפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: פקודת העיריות); הדין דומה, בעיקרו, לגבי מועצות מקומיות (ראו סעיפים 14 ו-24א לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש]).

המס העיקרי שעיריה הוסמכה לגבות הוא הארנונה. ההסמכה לגבות ארנונה והתנאים לגבייתה מפורטים בפרק ארבעה-עשר (סעיפים 269-300) לפקודת העיריות.

הסמכות לגבות אגרות, היטלים ודמי השתתפות, באמצעות חוקי עזר, נתונה לעיריה בסעיפים 250 ו-251 לפקודת העיריות. סעיף 251 לפקודה קובע, בין השאר, כי "בחוקי עזר רשאית המועצה לקבוע הוראות בדבר תשלום אגרות, היטלים או דמי-השתתפות על-ידי כל אדם, זולת העיריה גופה, בקשר לדברים האמורים בסעיף 250". אותם דברים האמורים בסעיף 250 הם "הדברים [שהעיריה] נדרשת או מוסמכת לעשותם על פי הפקודה או כל דין אחר..." (שפיר היטלי פיתוח, כרך א, בעמ' 60-63). פקודת העיריות עצמה מונה בהרחבה משימות שהעיריה נדרשת לבצען (סעיפים 235-248ב) ותחומים נוספים שהיא מוסמכת לפעול בהם (סעיף 249). בגין אלה רשאית העיריה לגבות תשלומי חובה.

תשלום חובה נוסף המשתלם לוועדה המקומית לתכנון ובניה הוא היטל ההשבחה, אשר מקורו בסעיף 196א לחוק התכנון והבניה ובתוספת השלישית לו (באשר לאופיו של תשלום זה – כמס או כהיטל – ראו נמדר היטל השבחה, פסקה 109; הנריק רוסטוביץ היטל השבחה 52-57 (1996) (להלן: רוסטוביץ היטל השבחה)).

38. 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.

סטייה של רשות ציבורית מהוראות הדין באשר לגדריהם של תשלומי החובה פוגעת פגיעה קשה ביסודות שלטון החוק. לסטייה כזו תיתכנה שתי פנים: הפן האחד – חיוב בתשלום חובה בלא מקור בדין. הפן האחר – מתן פטורים מתשלומי חובה שלא על פי ההסדר הקבוע בדין. הפן הראשון עשוי לכרוך הטלת נטל כבד של תשלומי חובה

על פרט או פרטים מסוימים, שאינו נטל משותף הרובץ על אחרים. התנהלות כזו עשויה לפגוע בשוויון ולהיות נגועה בשרירות ובהפלייה. היא פותחת פתח מסוכן למעשי שחיתות. היא עלולה לפגוע בקניינו של הפרט ללא הצדקה ועוגן מספקים. מנגד – הפן השני, מתן פטורים מתשלומי חובה, מנוגד אף הוא לדין ולעיקרי המינהל התקין. גם הוא פותח פתח להפלייה ולשחיתות. גם בו יש כדי להיטיב עם האחד, וכדי להעמיס נטל נוסף על האחר לצורך סיפוק צרכי הכלל.

39. על רקע מושכלות יסוד אלה, נבחן את הוראות ההסכם שבין גורמי העיריה לבין המערערות, הן בהיבט של היטל ההשבחה והן בהיבט של היטלי הפיתוח. ההיבט הראשון עניינו בהטלת תשלום חובה שלא נתמלאו התנאים לגבייתו; ההיבט השני עניינו במתן פטור מתשלום חובה שהעיריה לא הוסמכה לתיתו. נעמיד הסכם זה במבחן הוראות סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). נבחן את התוצאות המשפטיות והמעשיות הנובעות מניתוח זה, ואת השלכתן האפשרית על הסכם הפיתוח שבין המינהל למערערות. ולבסוף, במידת הצורך, נתייחס גם לטענת המערערות, כי הוראות ההסכם בענין היטל ההשבחה והיטלי הפיתוח הושגו באמצעי כפייה ואילוץ, וכי גם משום כך יש לבטלן.

חוקיות הוראות ההסכם ביחס להיטל ההשבחה

40. על פי ההסכם בין המערערות לבין גורמי העיריה, על הראשונות לשלם "מקדמה" של 30% על חשבון היטל ההשבחה, כאשר גובה ההיטל יחושב על יסוד תכנית ג', על אף שהתכנית טרם אושרה באותו מועד; אם כעבור 12 חודשים ממועד החוזה תכנית ג' לא תאושר, תחזיר העיריה ליזם את ההפרש שבין התשלום ששולם על בסיס זה לבין שיעור התשלום המגיע על פי תכנית ב', הקיימת. תקופת שנים עשר החודשים הוארכה בהסכם השני בין הצדדים.

הסדר הסכמי זה סוטה מהוראות הדין באשר להיטל ההשבחה. זאת, בשלושה

ההיבטים הבאים:

41. היבט ראשון – מועד גיבוש החיוב. "האירוע המשביח" אשר מקים חבות בהיטל השבחה הוא אישור תכנית, מתן הקלה, או התרת שימוש חורג, והכל – כשהאירוע האמור גרם לעליית שווי המקרקעין. ההוראה המרכזית הקובעת את החבות בהיטל השבחה מצויה בסעיפים 1(א) ו-2(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה. סעיף 2(א) לתוספת קובע:

### חבות בהיטל השבחה

2. (א) חלה השבחה במקרקעין, בין מחמת הרחבתן של זכויות הניצול בהם ובין בדרך אחרת, ישלם בעלם היטל השבחה לפי האמור בתוספת זו (להלן – היטל); היו המקרקעין מוחכרים לדורות, ישלם החוכר את ההיטל; היטל בעקבות אישור תכנית יחול על מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או הגובלים עמו בלבד.

סעיף 1(א) לתוספת מגדיר מהי "השבחה", וקובע כי זו "עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג"; "תכנית" לענין זה מוגדרת כתכנית מתאר מקומית או תכנית מפורטת.

בענייננו, האירוע המשביח הרלבנטי הוא "אישור תכנית" שהביא לעליית שוויים של מקרקעין. אין חולק כי תכנית ג' אמורה היתה להביא לעליית ערכם של המקרקעין נשוא התכנית. אולם תכנית זו לא אושרה, נכון למועד כריתת ההסכם ב-2001, והיא פורסמה רק תשע שנים מאוחר יותר, בשנת 2010. לא נמצאה, אפוא, תשתית חוקית לחיוב המערערות בהיטל השבחה על יסוד תכנית זו, שטרם נתאשרה במועד בו היזם נדרש להסכים לשלם מקדמה על בסיס אותה תכנית, כתנאי לקבלת האישורים הנדרשים מהעירייה לצורך כריתת הסכם הפיתוח.

יתר על כן, גם משנוצרה חבות עקרונית בהיטל השבחה, אין הנישום חייב לשלמו אלא כאשר מימש את הזכות שהושבחה (ראו ע"א 1321/02 נוה בנין ופיתוח בע"מ נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז המרכז, פ"ד נז(4) 119, 129-130 (2003); ויתקון מקרקעי ישראל, כרך ב, בעמ' 833-834; נמדר היטל השבחה, פסקאות 1001-1002; רוסטוביץ היטל השבחה, בעמ' 459-469). "מימוש זכויות" במקרקעין, לענין זה, משמעו קבלת היתר לבניה או לשימוש במקרקעין שלא ניתן היה לתיתו אלמלא אישור התכנית; או התחלת שימוש במקרקעין בפועל בעקבות אישור התכנית; או העברת הזכויות במקרקעין במכירה או בהחכרה לדורות (סעיף 1(א) לתוספת השלישית). על פי סעיף 7 לתוספת השלישית, ההיטל ישולם לא יאוחר מהמועד שהחייב בו מימש זכות במקרקעין שלגביהם חל ההיטל, ורשאי החייב לשלם מקדמות על חשבון ההיטל עוד לפני קביעת שומת השבחה.

אף אחד מן האירועים המצמיחים את החבות בהיטל השבחה, וממילא – את המועד לתשלומו, לא נתקיימו במקרה זה. תכנית ג' לא אושרה עובר להסכם, אלא רק שנים רבות לאחר מכן, ולכן לא התגבשה החבות הראשונית בהיטל השבחה, ובודאי לא הגיע מועד תשלומו של ההיטל.

42. היבט שני – זהות החייב. החייב בתשלום היטל השבחה הוא בעליהם של מקרקעין או החוכר לדורות במקרקעין (סעיף 2 לתוספת השלישית). על פי חוזה הפיתוח הרלבנטי לענייננו, היזם העושה שימוש במקרקעין מכוח השלב הראשון של ההסכם אינו בגדר "חוכר לדורות", העשוי להתחייב בתשלום היטל השבחה (ענין קנית; רע"א 10074/05 הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' גרוסברד (לא פורסם, 29.10.2006); רע"א 10998/07 הועדה המקומית לתכנון ובניה גזר נ' חברת דרך ארץ הייזו (1997) בע"מ (לא פורסם, 25.5.2008); רע"א 7902/08 הועדה המקומית לתכנון ובניה נתניה נ' דנקנר בניה ופיתוח בע"מ (לא פורסם, 2.6.2009)). בעת כריתת ההסכם עם גורמי העיריה, המערערות ציפו לכרות הסכם פיתוח עם המינהל. בשלב הראשון של הסכם הפיתוח, הן לא אמורות היו להחזיק בזכות חכירה לדורות במקרקעין. משכך, אפילו היתה נוצרת השבחה בעקבות תכנית ג', אילו אושרה – ולא כך היה בפועל – החיוב בהיטל צריך היה להיות מוטל על המינהל, כבעלים של הקרקע, ולא על המערערות.

בהסכם הפיתוח בין המינהל למערערות נקבע, כי המערערות יסדירו כלפי גורמי העיריה את התשלומים המגיעים להם מן המינהל בגין השבחה במקרקעין, וכי המערערות ישפו את המינהל בגין תשלומים שהוא יידרש לשלם בגין השבחה בעתיד (סעיף 3 ל"והואיל" האחרון במבוא להסכם הפיתוח). הוראות אלה משמעותן, כי ביחסים בין המינהל ליזם, נטל חיובי התשלום בגין השבחה לגבי המקרקעין נשוא העיסקה הועתק מכתפי המינהל לכתפי המערערות. אולם אין בכך כדי להשפיע על אופי גדר סמכויותיהם של גורמי העיריה להטיל היטל השבחה על החייב בו מכח החוק (ראו ענין קנית, בעמ' 787 א (השופט ברק) ו-789 ב (השופט כץ); נמדר היטל השבחה, פסקה 709). מכאן, כי גם בעצם הטלת החיוב בהיטל השבחה על המערערות, להבדיל מהמינהל, סטה ההסכם מהוראות הדין.

43. היבט שלישי – אופי התשלום והיקפו. אילו אושרה תכנית ג', המינהל היה החייב בתשלום בגין השבחת המקרקעין. על פי החוק, המינהל אינו משלם היטל השבחה רגיל, אלא "חלף היטל השבחה", המחושב על בסיס התמורה המתקבלת בידי

המינהל בעד השימוש במקרקעין (סעיף 21 לתוספת השלישית). חיוב המערערות בתשלום היטל השבחה מלא, על פי תכנית ג', כאשר הבעלים של המקרקעין הוא המינהל, החייב במקרה של אישור התכנית רק ב"חלף היטל השבחה", מהווה אף הוא סטייה מן החוק. ההסכם בין גורמי העיריה לבין המערערות סטה, אפוא, מן הדין גם בהטלת היטל השבחה רגיל, שלא הגיע לרשות המקומית כל עוד המינהל היה הבעלים של הקרקע, ובטרם החכיר את הקרקע בחכירה לדורות.

44. ההסכם בין גורמי העיריה למערערות אמנם מזכה את האחרונות בהחזר חלקי של סכומי היטל ההשבחה שישולמו על החשבון אם לא תאושר תכנית ג' בתוך 12 חודשים, פרק זמן שהוא רך. אולם אין בהוראה זו כדי ליצור התאמה בין הוראות ההסכם לבין דיני היטל ההשבחה: ראשית, אין בכך מענה לקושי העיקרי, שבהטלת היטל השבחה על יזם קודם לגיבוש החבות העקרונית על פי הדין, המותנית באישורה של תכנית. שנית, היזם לא מימש זכויות במקרקעין, ולכן לא חל מועד התשלום. יתר על כן, החבות – אם בכלל – אמורה היתה לחול על המינהל, ולא על היזם, וטיבה אמור היה להיות "חלף היטל השבחה" ולא היטל רגיל. ועוד, מקום שהרשות אינה זכאית על פי דין לגבות תשלום חובה מן הפרט, היא גם אינה רשאית לגבותו כענין "זמני" ו"מותנה". התחייבותה של הרשות להשיב לפרט את כספו, אם לא יבשיל בעתיד מקור סמכות להותיר את הכסף בידיה, אינה גורעת מעוקצה של אי-החוקיות שבגביית תשלום ללא הסמכה. נטילת כספו של האזרח, גם באופן מותנה, חייבת להיות מושתתת על בסיס חוקי מפורש, ואין הרשות רשאית להשתמש בכוחה כדי להעשיר את קופתה גם באופן זמני ומותנה (ענין הגבעה האדומה, בעמ' 822-823; בג"ץ 6249/96 התאחדות הקבלנים והבונים בישראל נ' ראש-עיריית חולון, פ"ד נב(2) 42, 48 (1998)).

45. בענייננו, מעשה הרשות היה נגוע לא רק באי-חוקיות, אלא גם בפגם של אי-הגינות בולט. זאת, מן הטעם שגורמי העיריה ניצלו באופן בלתי הוגן את הלחץ המיוחד שבו היו נתונות המערערות, עקב כך שנזקקו בדחיפות, לצורך חתימה על הסכם פיתוח עם המינהל, לאישורי "אי-תביעה" מטעמם. הדחיפות המיוחדת נבעה מהחשש כי אם המערערות תשתהינה, לא ניתן יהיה עוד לבסס את הסכם הפיתוח על תנאי החלטה 611, שעמדה להתבטל. ניצול כורח נסיבות זה על ידי הרשות הציבורית כעילה לגבות כספים מהיזם שלא הגיעו ממנו על פי חוק נגוע בכתם של אי-הגינות, המתלווה לעצם החריגה מן החוק ומעקרונות המינהל התקין.

46. סיכומו של דבר: גורמי העיריה לא היו רשאים להתקשר בהסכם עם המערערות לתשלום היטל השבחה על פי תכנית שטרם אושרה, ולגבי מקרקעי ישראל שלא הוחכרו לדורות, בין בדרך של תשלום בלתי מותנה, ובין בדרך של תשלום זמני ומותנה.

מעמדן המשפטי של הוראות ההסכם ביחס להיטל השבחה

47. סעיף 30 לחוק החוזים, בענין "חוזה פסול", קובע כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". הוראה זו מעניקה לבית המשפט מרחב שיקול דעת בתחימת גבולותיו של החוזה הפסול. הדבר מעלה שאלות סבוכות שונות, שאין צורך להעמיק בהן בענין הנדון (ראו: ע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ, פ"ד ו 57 (1952); ע"א 84/80 קאסס נ' קאסס, פ"ד לז(3) 60, 85-80 (1983); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 502-533 (2005) (להלן: שלו חוזים); עופר גרוסקופף "חוזה פסול" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 473, 477-573 (2003) (המאמר להלן: גרוסקופף "חוזה פסול", הספר להלן: פרידמן וכהן חוזים)).

48. כלל הוא, כי לא כל חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו מנוגדים לחוק ייחשב חוזה פסול. השאלה בהקשר זה היא – איזה הוא חוק שהפרתו באמצעות חוזה תכתיים את החוזה באי-חוקיות. שאלה זו מתמקדת בפרשנות החוק הנוגע בדבר, שהחוזה עומד בניגוד לו. "פרשנות חוק לשם מתן תשובה לשאלת אי חוקיות החוזה שנכרת בניגוד להוראותיו אינה שונה מכל פרשנות חוק אחרת" (בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749, 771 (1995) (להלן: ענין זגורי); שלו חוזים, בעמ' 502). כאשר החוק אינו כולל הוראה מפורשת בענין זה, יש לפרשו על פי הוראותיו, וללמוד מתוכו על טיבו של החוזה. חוזה ייחשב בלתי חוקי אם החוק שהוא מנוגד לו נועד לפסול אותו כאשר הוא מפר את הוראותיו. שאלת המפתח בהקשר זה היא – האם החוזה נוגד את היעדים שהחוק נועד להגשימם, עד כדי כך שיש לפסול אותו. בענין זה יש לשקול את הערך החברתי החותר לתת משקל לאוטונומיה של הרצון הפרטי להתקשר בחוזים בני תוקף, וכנגדו, את הערכים החברתיים שהחוק הספציפי ביקש להגשים. ככל שניתן לקבוע כי הגשמת מטרת החוק מחייבת התערבות באוטונומיה של הרצון הפרטי, וכי יעדי החוק גוברים על הרצון הפרטי, כי אז יש לקבוע כי החוזה הוא בלתי חוקי (ענין זגורי, בעמ' 775-776).



49. מיקוד השאלה בענייננו הוא – האם הוראות ההסכם בין גורמי העיריה למערערות בענין היטל ההשבחה פסולות מחמת אי-חוקיות. התשובה המתבקשת לשאלה זו היא בחיוב. הטעמים לכך הם אלה:

ראשית, עקרון חוקיות המינהל מורה כי הרשות הציבורית אינה רשאית לפעול אלא בגדרי הסמכתה החוקית. היא אינה רשאית להפעיל את סמכויותיה השלטוניות אלא באופן המתאים להגשמת התפקידים המוטלים עליה בכשירותה השלטונית. בתוך כך, סמכותה של הרשות להתקשר בחוזים מוגבלת לעשיית אותם החוזים הדרושים באופן סביר לשם מימוש סמכויותיה, על פי טיבן ותכליתן (זמיר הסמכות המינהלית, בעמ' 306-307, 369-370; דפנה ברק האחריות החוזית של רשויות המינהל 97-102 (1990); בג"ץ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מט(4) 337, 385, 387 (1987)). משכך, התקשרות הרשות המקומית בחוזה הסוטה מהוראות קוגנטיות של החוק המטיל תשלום חובה נגועה בחריגה מסמכות ובאי-חוקיות.

שנית, סעיף 1 לחוק יסוד: משק המדינה מורה, כי תשלומי חובה לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פיו. משמעות הדבר היא, כי הוראות החוק באשר לתשלומי חובה – התנאים להטלתם, שיעוריהם, וכל כיוצא באלה – הן הוראות בעלות אופי קוגנטי, והאיסור לסטות מהן נושא אופי של עקרון יסוד בעל מעמד-על. הרשות אינה רשאית לסטות מהוראות אלה, בין בהוראה חד-צדדית, ובין בדרך של עריכת הסכם עם הפרט הנישום. הסכמת הנישום לשאת בתשלום חובה שלא על פי דין אינה בעלת תוקף משפטי, ואין בה כדי להכשיר סטייה מעקרון-העל כי תשלום חובה לא יוטל אלא מכח חוק.

50. מאחר שכריתתו ותוכנו של ההסכם בין המערערות לגורמי העיריה בדבר היטל ההשבחה סותרים את עקרונות היסוד של המשפט הציבורי; אינם מתיישבים עם סעיף 1 לחוק יסוד: משק המדינה; ועומדים בסתירה בולטת לעקרונות מינהל תקין – יש לסווג את ההסכם כחוזה פסול, כמשמעותו בסעיף 30 לחוק החוזים, בהיותו חוזה בלתי חוקי, שאינו מתיישב עם עקרון שלטון החוק (ענין אילנות הקריה, בעמ' 587; ענין רשות העתיקות II, בעמ' 566; ע"א 7664/00 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' עיריית חולון, פ"ד נו(4) 117, 133, 134-ה-135, 136, 137 (2002) (להלן: ענין רובינשטיין ושות'); גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 48 (1999); גרוסקופף "חוזה פסול", בעמ' 479).

51. הפגמים ההופכים את ההסכם בין המערערות לגורמי העיריה לחוזה פסול נטועים בעקרון חוקיות המינהל, ובמגבלות החוקתיות על גביית תשלומי חובה. דינים אלה יסודם בעולם המשפט המינהלי והחוקתי. חרף זאת, ניתן להחיל על החוזה את דיני החוזה הפסול שבחוק החוזים (השווה גד טרסקי "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט" משפטים יב 227, 230-232 (1982); יצחק זמיר "גבריאלה שלו: חוזי רשות בישראל" משפטים טז 543, 547-548 (1986)). בפסיקת בית המשפט נקבע, כי, ככלל, הוראות חוק החוזים באשר לחוזה הפסול משתרעות על חוזה פסול באשר הוא, יהא הרקע הנורמטיבי לפסולתו אשר יהא (ענין זגורי, בעמ' 768, 778; עע"מ 5666/09 עיריית פתח תקוה נ' ישיר איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ, פסקה 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (לא פורסם, 21.6.2011) (להלן: ענין עיריית פתח תקוה); רע"א 5210/08 רוזנבלום נ' מועצה מקומית חבל מודיעין, פסקה 22 (לא פורסם, 20.12.2010)). חוזה של רשות מינהלית שנפל בו פגם של אי-חוקיות כפוף לדין החוזה הפסול, המשלב את שני המסלולים הנורמטיביים – דין החוזים והמשפט המינהלי – בדרך לאיזון הערכי הנדרש בין השיקולים הצריכים לענין: "סעיף 30 לחוק החוזים הוא נקודת החיבור בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי... המשפט האזרחי והמשפט המינהלי מגיעים לאחדות במגמה להביא לצדק יחסי בין הצדדים..." (השופט נאור בע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פסקאות 38-39 (לא פורסם, 22.1.2009) (להלן: ענין בית הרכב) (הדגשה במקור); ענין עיריית פתח תקוה, פסקאות 18-19 ו-27 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; רע"א 10565/07 עיריית עיר הכרמל (המועצה המקומית עוטפיה) נ' כמאל (לא פורסם, 17.2.2009); ע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ, פ"ד מ(3) 29, 50-54, 70 (1986); ע"א 533/80 אדרעי נ' גדליהו, פ"ד לו(4) 281, 292 (1982) (להלן: ענין אדרעי); טל בנד "אי-חוקיות והחוזה הממשלתי" משפטים יד 295, 297 (1984); אריאל בנדור "חוזי המדינה וחוק התקציב" משפטים יט 185, 194-196 (1989); דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה 95, 109 (2000)).

52. בשנים האחרונות הורה המחוקק הוראה מפורשת האוסרת על עריכת הסכמים הנוגעים להיטל ההשבחה, תוך סטייה מההוראות הדווקניות של הדין. הכוונה היא להוראת סעיף 13א לתוספת השלישית, אשר נחקקה במסגרת תיקון מס' 84 לחוק התכנון והבניה (ס"ח 2165 מיום 10.7.2008, בעמ' 632). הוראה זו אמנם אינה חלה על האירועים נשוא ערעור זה, שכן היא חוקקה לאחר התרחשותם, אך יש בה כדי להקרין על המשמעות שראוי לצקת אל תוך המסגרת הנורמטיבית הרלבנטית לפרשה. הוראת

חוק זו קובעת, כי "חייב בהיטל השבחה יהיה בשיעור הקבוע בשומת ההשבחה שנערכה לפי הוראות סעיף 4 או בשיעור הקבוע בלוח שומה כאמור בסעיף 5, או בהתאם להחלטת השמאי המכריע, ועדת הערר או בית המשפט, לפי העניין". בד בבד עם חקיקתו של סעיף זה, שונה נוסחו של סעיף 14 לתוספת השלישית, באופן המבהיר כי אין להתיר לרשות ולנישום להגיע להסכמה בדבר גובה השומה; ואם על גובה השומה כך, על עצם הטלת החבות בהיטל על אחת כמה וכמה. בדברי ההסבר להצעת החוק שהולידה את התיקונים האמורים, הוסברה מהותם באופן הבא:

"על פי המתכונת הקיימת בחוק כיום... בידי הוועדה המקומית ובעל הקרקע נתונה האפשרות להסכים על שומת ההשבחה. מנגנון זה פותח פתח לעריכת הסכמים בלתי ראויים ולהפעלת לחצים כבדים הן על הוועדה המקומית והן על בעל הקרקע. לעתים קרובות הסכמים אלה אינם משקפים את ההשבחה החלה במקרקעין וכוללים הטבות או החמרות כאלה ואחרות אשר אינן ממין העניין.

לפיכך, מוצע להוסיף לתוספת השלישית לחוק את סעיף 13א כדי להבהיר בחוק בצורה מפורשת כי היטל ההשבחה ישולם אך ורק על פי המנגנון הקבוע בהוראות התוספת השלישית במתכונתה המתוקנת, ואין בידי הוועדה המקומית לגבות סכום שונה מסכום היטל ההשבחה אשר נקבע במסגרת מנגנון זה" (ה"ח הממשלה 369 מיום 25.2.2008, בעמ' 416, 423) (הדגשה לא במקור).

תיקוני חקיקה אלה, המתייחסים לגובה השומה, מצביעים על התייחסות המחוקק להסכמים בין הרשות המקומית לאזרח בענין שיעורו של היטל ההשבחה, ושוללים אותם בהיבט של גובה השומה. שלילה זו משתמעת מאליה ביחס להסכמים בדבר עצם הטלת החבות בהיטל כאשר תנאי הדין לצורך חבות כזו אינם מתקיימים.

53. החוזה שנכרת בין המערערות לגורמי העיריה הוא חוזה פסול, אפוא. מסקנה זו נובעת מהעקרון הכללי של חוקיות המינהל ומן העקרונות החוקתיים האוסרים גביית תשלומי חובה שלא על פי חוק, וכן מהוראות חוק התכנון והבניה, המסדיר את התנאים לגביית היטל השבחה. משכך, תוצאות ההסכם תיבחנה בהתאם להוראות סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים. מערכת נורמטיבית זו מייבאת לתוכה גם שיקולים מתחום המשפט הציבורי, כפי שיפורט בהמשך (ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שרותי בריאות כללית, פסקה 45 (לא פורסם, 20.8.2009) (להלן: ענין עיריית ירושלים) (דיון נוסף תלוי ועומד: דנ"א 7398/09, החלטה מיום 10.1.2010); ע"א 276/09 טאבא נ' מינהל

מקרקעי ישראל, פסקאות 13-14 (לא פורסם, 2.1.2011); ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, 526-527א (2000); ענין רשות העתיקות I, בעמ' 806ג).

האם בכוחה של הסכמה "לרפא" אי-חוקיות?

54. לטענת גורמי העיריה, גם אם דרישת התשלום מצידם היתה בלתי חוקית, הסכמת המערערת לדרישה זו הופכת את ההסכם לחוקי. משמעות טענה זו היא כי בכוחה של הסכמה "לרפא" אי-חוקיות.

אכן, בשורה של פסקי דין מן העבר ניתן למצוא אחיזה לגישה שעל פיה טענה להתנהלות בלתי חוקית מצד הרשות הציבורית, אשר הובילה לתשלום או לכריתת הסכם המנוגדים לדין, עשויה להידחות מחמת הסכמתו של הפרט לתשלום או להסכם (ע"א 415/59 דוידוב נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד טז 648, 655-657 (1962) (להלן: ענין דוידוב); ע"א 435/68 מדינת ישראל נ' "לי-עור" בע"מ, פ"ד כג(1) 436 (1969) (להלן: ענין לי-עור); רע"א 2911/95 אברהם נ' עיריית רמת-גן, פ"ד נג(1) 218, 233-234 (1999) (להלן: ענין אברהם); ענין רובינשטיין ושות', בעמ' 129, 134; ענין ישפרו, פסקה 13).

55. גישה כזו מעלה קושי ניכר. ענייננו ברשות ציבורית אשר דורשת מן הפרט תשלום חובה שהוא אינו חייב בו על פי דין. הרשות אינה מוסמכת ואינה רשאית לעשות כן, וסוטה בפעולתה מהדין. הכיצד ניתן להניח שהסכמת הפרט לתשלום שאינו מגיע ממנו כדין, או הסכמתו להתקשר בחוזה שאסור לרשות להתקשר בו, עשויה להכשיר את המעשה, ולשמש תחליף לסמכות שלא ניתנה בידי הרשות? הקושי בולט במיוחד מקום בו מדובר ברשות ציבורית החורגת מהוראות ספציפיות של חוק המסדיר תשלום חובה מסוים, אשר פעולתה מנוגדת במובהק להוראה חוקתית בחוק יסוד: משק המדינה. כיצד עשויה הסכמת הפרט להכשיר פעולה זו, ולנקותה מאופייה האסור והפגום? והאם אין סכנה כי הסכמה כזו עשויה לנבוע מלחץ נסיבות הרובץ על הפרט, או משאיפתו להשיג תמורה להסכמתו שאחרת לא יוכל להשיג? מכל מקום, גם כשהפרט נותן את הסכמתו, וכורת הסכם המעגן דרישת תשלום בלתי חוקית של הרשות, נותר התשלום בעל אופי של "מעין היטל או אגרה שהוא מחויב בהם" (ענין רשות העתיקות I, בעמ' 807), שאין סמכות לרשות לדרוש אותו, ולפיכך הוראות הסכם בענין זה מוסיפות להיות נגועות באי-חוקיות. רק הותרת הסכמים כאלה מחוץ

לחוק תמנע שימוש פסול בסמכויות הרשות הציבורית, ופגיעה בעקרונות יסוד של מינהל תקין.

56. על ענין זה עמדו בתי המשפט באנגליה בענין *Wilts*. באותו ענין דרשה רשות מינהלית – "מינהל המזון" – תשלום בלתי חוקי מתאגיד. בין הצדדים נכרת הסכם בכתב, שעל פיו התאגיד מתחייב לשאת באותו תשלום. התאגיד סירב לבצע את התשלום, בטענה שדרישת התשלום, ובעקבותיה ההסכם, אינם חוקיים. ערכאת הערעור, אשר קבלה את עמדת התאגיד, פסקה:

"It makes no difference that the obligation to pay the money is expressed in the form of an agreement. It was illegal for the Food Controller to require such an agreement as a condition of any licence. It was illegal for him to enter into such an agreement..."  
(*Att'y Gen. v. Wilts United Dairies Ltd.*, (1921) 37 T.L.R. 884, 887 (C.A.)).

מסקנה זו אומצה על ידי בית הלורדים, אשר הוסיף משלו:

"However the character of this payment be clothed... in the end it must remain a payment which certain classes of people were called upon to make for the purpose of exercising certain privileges, and the result is that the money so raised can only be described as a *tax* the levying of which can never be imposed upon subjects of this country by anything except plain and direct statutory means..." (*Att'y Gen. v. Wilts United Dairies*, (1922) 127 L.T. 822, 823 (H.L.)).

57. כללו של דבר: בנסיבות בהן הרשות אינה מוסמכת לדרוש מן הפרט תשלום חובה מסוים, היא גם אינה מוסמכת לכרות עמו חוזה שבמסגרתו יבוצע תשלום זה; אי-חוקיות הדבקה בדרישת הרשות כלפי הפרט תדבק גם בכריתתו ובתוכנו של חוזה המעגן דרישה זו. אי-חוקיות זו אינה מתרפאה על ידי הסכמת הפרט לקבל על עצמו את התשלום הנדרש ממנו בניגוד לחוק, גם אם כנגד תשלום זה מקבל הפרט טובת הנאה שהוא מעוניין בה.

עם זאת, לנסיבות ההתקשרות, על כל מורכבותן, עשויה להיות השלכה בבואנו לבחון את התוצאות המשפטיות של החוזה האסור בהתאם לסעיף 31 לחוק החוזים.

להסכמתו של הפרט להתקשר בחוזה, ולתמורה שקיבל בעבור הסכמה זו, עשויה להיות השפעה על תוצאות אי-החוקיות במקרה נתון.

58. ניתן לסכם ולומר: הוראות ההסכם בין גורמי העירייה לבין המערערות הנוגעות לגביית היטל השבחה נגועות באי-חוקיות. הסכמת המערערות להתקשר בחוזה, והעובדה כי קיבלו טובת הנאה בעבור נכונותן לשלם את היטל השבחה, בדמות אישורי "אי-תביעה" שנתנה העירייה כלפי המינהל, אינה מרפאה את הפגם. תוצאות אי-החוקיות יידונו בהמשך.

חוקיות הוראות ההסכם ביחס להיטלי הפיתוח

59. ההסכם בין המערערות לבין גורמי העירייה קובע, בין היתר, הוראות הפוטורות את היזם באופן חלקי מהיטלי פיתוח, זאת נוכח התחייבותו לבצע את עבודות הפיתוח במיזם, המוטלות, דרך כלל, על הרשות הציבורית. שני הצדדים להסכם הניחו כי עצם מתן הפטור הוא מותר וחוקי, אלא שהמחלוקת ביניהם התייחסה להיקפו של הפטור. בית משפט זה העלה מיוזמתו את שאלת עצם חוקיות מתן הפטור מהיטלי פיתוח, ונתבקשה התייחסות הצדדים לשאלה זו.

60. ההצדקה להעלאת היבט זה בידי בית המשפט נובעת מכך שלשני הצדדים לא היה ענין להעמיד למבחן משפטי את עצם הפטור, והעלאת שאלת אי-החוקיות נדרשת מפאת "תיקון העולם". שהרי – "אין לתלות תיקונו של עולם בכך שבעל-דין מילא את חובת הטיעון והעלה את ענין האי-חוקיות על כתב הטענות שלו. יש אפילו ושני בעלי-הדין פועלים בצוותא חדא ומעלימים את האי-חוקיות מעיני בית המשפט... ברי, כי בית-המשפט אינו צריך להפוך מכשיר בידי מי שחפץ להשתמש בו לביצועו של מעשה לא-חוקי" (ע"א 174/65 בדש נ' שדה, פ"ד כ(1) 617, 629 (1966); ע"א 744/81 לסלו נ' "ציון" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לט(2) 472, 475 (1985); גרוסקופף "חוזה פסול", בעמ' 590).

יתר על כן, ככל שענין המובא בפני בית המשפט חושף פרקטיקה פסולה של הרשות הציבורית, ישנה חשיבות, מבחינת השמירה על המינהל התקין, בחשיפתה ובתיקונה, גם אם היא אינה עולה כטענה ישירה מפי מי מן הצדדים:

"כיוון שכתבי-הטענות... חשפו בפני בית-המשפט את הפרקטיקה הנוהגת... וכיוון שהפרקטיקה אינה מניחה

את הדעת, יש לחשוש כי שתיקה של בית-המשפט תתקבל כגושפנקה של בית-המשפט, והפרקטיקה הנמשכת כבר שנים רבות... תימשך עד שיבוא לציון גואל" (השופט זמיר בענין רשות העתיקות I, בעמ' 805).

בענייננו, יש מקום לבחון במישרין את חוקיות הוראות ההסכם הפוטורות יזם מהיטלי פיתוח, בין באופן מלא ובין באופן חלקי.

61. כאמור לעיל, היטלי פיתוח הם תשלומי חובה שנועדו לממן את התקנתן או רכישתן של מערכות תשתית מוניציפליות שלהן אחראיות הרשויות המקומיות מכח הדין. בצד החובה המוטלת על הרשות המקומית להתקין תשתיות, יש בידה סמכות להטיל חיוב כספי על ציבור בעלי הנכסים בתחומה למימון עלויותיהן של תשתיות אלה. התשתיות בהן מדובר כוללות רחובות ציבוריים, ביוב, כבישים ומדרכות, הולכת מים, תיעול (ניקוז) שטחים ציבוריים פתוחים, ומבני ציבור (שפיר היטלי פיתוח, כרך א, בעמ' 43). תיפקודה התקין של הרשות המקומית מותנה ותלוי במידה רבה בתשתיות אלה, ובלעדיהן לא תיכון בניה או פיתוח של מקרקעין בתחומה. תשלומי החובה הייעודיים למימון תשתיות אלה מוטלים במסגרת חוקי עזר.

62. חוקי העזר של עיריית יבנה קובעים, ככלל, כי התקנתה של מערכת פיתוח ספציפית שתשמש נכס מסוים מחייבת בהיטל בגין אותו התקן בשיעורים שנקבעו. כך קובעים, לדוגמא, חוק עזר ליבנה (היטל ביוב), התשל"ה-1975 (סעיף 2); חוק עזר ליבנה (אספקת מים), התשנ"ו-1996 (סעיף 3); חוק עזר ליבנה (תיעול), התש"ם-1980 (סעיף 3); וחוק עזר ליבנה (סלילת רחובות), התשכ"ח-1968 (סעיפים 6 ו-9). חלק מחוקי העזר הוחלפו בחוקי עזר חדשים, בתחומי סלילת רחובות, תיעול, וביוב. חוקי עזר אלה מניחים כי האחריות לפיתוח רובצת על הרשות, ואילו בעלי הנכסים או מחזיקיהם הם החייבים בהיטלים בשיעורים שנקבעו באותם חוקי עזר.

63. בהסכם בין המערערות לגורמי העירייה, התחייב היזם לבצע את עבודות הפיתוח במיזם (סעיף 5 להסכם הראשון). בנספח להסכם פורטו המרכיבים השונים של הפיתוח, ובגין כל מרכיב נקבעה הוראה נפרדת ביחס לשיעור חבות היזם בהיטלי פיתוח. כך, נקבע, כי לגבי כבישים ומדרכות – ינתן פטור מלא; לגבי מים – אגרת חיבור – ישולם תשלום מלא, והוא הדין לגבי אגרות בניה; אשר להנחת צנרת – ינתן פטור בשיעור 50%, וכך גם לגבי ביוב; וכן הלאה (סעיף 20 לתוספת להסכם הראשון). האם הסדר זה מתיישב עם הדין?

64. חוק יסוד: משק המדינה קובע, בסעיף 1(א):

“מסים, מילואות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פיו; הוא הדין לגבי אגרות” (הדגשה לא במקור).

משמעות קביעה זו היא כי, כשם שלא ניתן להטיל תשלומי חובה אלא בחוק או על פיו, כך לא ניתן לשנות את שיעורי תשלומי החובה אלא בחוק או על פיו. בכלל זה, לא ניתן לתת הנחות, פטורים, והקלות למיניהם בתשלומי החובה אלא אם יש יסוד לכך בחוק או בחיקוק מכוחו.

אכן,

“אחת הסכנות החמורות ביותר, מבחינת עקרון שלטון החוק וטוהר המידות של פקידי המס, היא שהם יתפתו, חלילה, להעניק לנישומים הקלות מס 'לפנים משורת הדין' הרחק מעין הציבור ומעיני נציגיו. אם כך יקרה, הקופה הציבורית תיפגע ויוטל צל כבד על יושרם של פקידי המס. אמנם, המשפט המינהלי שלנו קובע, כי אין למינהל סמכות לפעול אם לא הוסמך לכך. אם פקידי השומה לא הוסמכו להעניק הקלות ממס, זולת ההקלות שנקבעות בחוק, פשיטא שאין להם סמכות להעניק הקלות כאלה. עם זאת, כדי למנוע כל ספק בנושא, נקבעו הוראות מפורשות גם בחוקי המס שלנו וגם בחוק יסודות התקציב, האוסרות במפורש מתן הקלה או הטבה 'שלא על פי דין'...” (אדרעי מסים, בעמ' 41).

65. הסמכה לפטור מתשלום חובה או להקל בו – כמו הסמכות לחייב בתשלום – חייבת להיות ברורה ומפורשת: “כשם שלהטלת מס נתבע מן החוק כי ידבר אלינו בלשון צחה וברורה, כן יהא בפטור או בהקלה ממס” (בג”ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע”מ נ’ מנהל המכס ומע”מ, פ”ד נד(1) 82, 49 (1999); ע”א 375/74 אליה נ’ פקיד שומה תל-אביב 2, פ”ד כט(1) 757, 759 (1975); בג”ץ 8791/96 מאור נ’ מדינת ישראל (לא פורסם, 9.12.1997); רע”א 9813/03 מדינת ישראל – משרד הבריאות נ’ עיריית ראשון לציון, פסקה 10 (לא פורסם, 4.2.2007); ענין ישפרו, פסקאות 31-32; ענין עיריית פתח תקוה, פסקה 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, ופסק דיני באותו ענין; והשוו סעיף 245 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]).



הטעם לכלל זה נעוץ בעקרון השוויון, ובחשש כי הקלה עם האחד תביא עימה הכבדה על האחר, ואף פגיעה בקניינו. "היחס בין הנהנים לבין מי שאינם נהנים מהקלה הוא, על דרך העיקרון, היחס שבין הַדְלִיִּים שעל הבאר, שהעולה מוריד את חברו והיורד מעלה את חברו: נְהַנָּה את ראובן מהנחה... ויהיה על שמעון לשלם יותר..." (בג"ץ 6741/99 יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 706 (2001)). הפגיעה בשוויון – שכמיה כהפלייה – "פוגעת באמון הציבור במערכת השלטונית ומגבירה את התחושה שהשלטון מתנהל באופן שרירותי" (בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לעניני דתות, פסקה 35 (לא פורסם, 14.6.2010)). "אכן, הפליה היא רעה-חולה. מעט מן הרעות תדמינה לה..." (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אור למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 203-205 (1998); בג"ץ 2618/00 חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה(5) 49, 57-58 (2001)).

66. בעניינו, לא הוענקה לרשות סמכות בחוק לתת פטור למערערות מהיטלי פיתוח, ובכלל זה, גם כאשר היזם מתחייב לבצע את עבודות הפיתוח. הנחת החוק היא, כי הנטל לבצע את עבודות הפיתוח מונח על כתפי הרשות המקומית, ועל הבעלים או המחזיק במקרקעין לשלם לרשות את היטלי הפיתוח. החוק אינו מכיר בהסדר לפיו הרשות תגלגל על היזם את החובה לבצע עבודות פיתוח, ויחד עימה תפטור אותו מהיטלים. אפשרות כזו היתה פותחת פתח להסכמות המונחות משיקולים בלתי ענייניים, והיתה עלולה לטשטש את היחס הראוי בין התמורה הנדרשת עבור עבודות הפיתוח לבין הפטור מהיטלי הפיתוח הניתן תמורתה. אפשרות כזו היתה עלולה ליצור מצבים של אי-שוויון והפלייה בין תושבים ברשות המקומית.

67. השקפת גורמי העירייה כאילו יש להם "סמכות טבועה" להעניק פטורים בתחומים אלה אין לה עיגון בדין (השוו שפיר היטלי פיתוח, כרך א, בעמ' 395-396). הוראות חוקי העזר ביחס לתשלום היטלי פיתוח הן קוגנטיות. בהעדר הסמכה חוקית להעניק פטור מתשלום היטלי פיתוח, גורמי העירייה אינם רשאים לעשות כן. במתן פטורים מהיטלי פיתוח חרגו גורמי העירייה מתחום סמכותם, ואין זה תחום שבו נתונה לרשות "סמכות טבועה" לפעול כפי ראות עיניה (זמיר הסמכות המינהלית, בעמ' 77-79; עע"ם 7027/07 מימון נ' המועצה המקומית בנימינה, פסקה 6 (לא פורסם, 26.12.2010)). משמעות הדבר היא, כי הוראות ההסכם בנושא היטלי הפיתוח, אשר מבקשות לעגן במסגרת חוזית פטורים מתשלום חובה שאין להם עיגון בחקיקה – הריהן פסולות, ודבק בהן פגם של אי-חוקיות. זאת, גם במקום שפטורים אלה ניתנים

בתמורה להתחייבות היזם לבצע בעצמו את עבודות הפיתוח. מסקנה זו מחייבת, עם זאת, התייחסות להיבט הבא:

68. גורמי העירייה, וכן השלטון המקומי, הצביעו על טעמים שונים שבגינם עשויה להיות תועלת רבה בהסדר שעל פיו עבודות הפיתוח במיזם, המוטלות בדרך כלל על הרשות המקומית, יתבצעו על ידי היזם, ותיעשה התחשבנות לענין זה ביחס להיטלי הפיתוח (בג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289, 299 (2004) (להלן: ענין ימק"א); שפיר היטלי פיתוח, כרך א, בעמ' 345-346).

לכך יש להשיב, ראשית, כי התועלת שבהטלת ביצוע עבודות הפיתוח על היזם עדיין אינה מאיינת את הפגם שבמתן פטורים מתשלומי חובה שלא על פי דין. יחד עם זאת, הכלל לפיו אין לפטור מתשלום חובה בלא הסמכה חוקית אינו מונע מכל וכל אפשרות כי היזם יבצע את עבודות הפיתוח הרלבנטיות למיזם. אלא, שנדרש כי הדבר ייעשה על פי הוראות הדין וכללי המינהל התקין, באופן הבא: על פי הוראת סעיף 197 לפקודת העיריות, "לא תתקשר עירייה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא על פי מכרז פומבי". חריגים להוראה זו, שבמסגרתם רשאית העירייה להתקשר ללא מכרז פומבי או ללא מכרז כלל, מנויים בסעיף 198 לפקודת העיריות ותקנה 3 לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987 שהותקנה על פיו.

כדי שהעירייה תוכל להפקיד בידי יזם עבודות פיתוח שיבצע במקומה, עליה לנקוט בהליכי מכרז, או לעמוד בתנאים לפטור ממכרז בהתאם לחוק ולתקנות. התקשרות עם היזם על פי כללים אלה היא כמובן אפשרית, תוך תשלום תמורה נאותה ליזם בעבור העבודות. אין מניעה משפטית לקיזוז היטלי הפיתוח המגיעים על פי החוק מהתמורה המגיעה ליזם בעבור ביצוע עבודות הפיתוח על פי תנאי החוזה (ענין ימק"א, בעמ' 300; כן ראו, למשל, סעיף 53 לחוק החוזים; פרידמן וכהן חוזים, כרך ב, בעמ' 1210-1212; מנחם מאוטנר "קיזוז" דיני חיובים – חלק כללי 462, 468, 482-489 (דניאל פרידמן עורך, 1994)).

התוצאה היא, כי אכן עשוי להימצא מסלול חוקי שבאמצעותו אפשר שיזם יבצע עבודות פיתוח הקשורות למיזם שאותו הוא מנהל, במקום הרשות המקומית, ואילו התשלום המגיע לו בעבור עבודות אלה יבוצע על דרך של קיזוז כנגד היטלי הפיתוח

שאותם הוא חב לעירייה. אולם הליך כזה צריך להתנהל על פי הדין, הן בכל הנוגע לדיני המכרזים החולשים על ההתקשרות, והן באשר להטלת היטלי פיתוח על הגורם החייב בהם, ובשיעורים הנקובים על פי חוקי העזר.

69. הפסיקה שנדרשה על כה להסכמי פיתוח בין הרשות ליזם לא עסקה במישרין בשאלות האמורות. מרביתה עסקה בשאלות מיסוי הנוגעות לביצוע עבודות הפיתוח (ע"א 1306/99 חוף הכרמל 88 בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף חיפה, פ"ד נח(2) 602, 609-608 (2004); ע"א 10252/05 קרית שדה התעופה בע"מ נ' מנהל מע"מ, פסקה 13 (לא פורסם, 3.3.2008); ע"א 6014/04 מנהל מס ערך מוסף – אשדוד נ' ראדקו אינבסטמנט לימיטד, פסקאות 10-11 (לא פורסם, 28.1.2009); ענין ימק"א, בעמ' 299). משכך, אין בפסיקה זו כדי לעמוד בסתירה לדברים האמורים כאן.

70. בענייננו, התנהלות הרשות המקומית גם בענין היטלי הפיתוח היתה שגויה. על פי ההסכם בין גורמי העירייה ליזם, לזה האחרון ניתנו הנחות מסוימות מהיטלי פיתוח, בלא שהובהר אם הוא עמד בכללי המכרזים לצורך ביצוע עבודות הפיתוח, ומה התמורה בעבור אותן עבודות. ממילא, אין זה ברור האם רשאי היזם לבצע את העבודות, והאם סכומי הפטור בהצטברותם מביאים לתוצאה שאמורה היתה להתקבל מקיזוז היטלי הפיתוח מתמורת העבודות המגיעה ליזם. הוראות ההסכם בענין היטלי פיתוח נגועות אף הן, אפוא, בפסול של אי-חוקיות.

#### תוצאות אי-החוקיות

71. בשני היבטים נגוע ההסכם בין המערערות לגורמי העירייה בפסול המכתיים אותו באי-חוקיות. האחד – בענין הטלת היטל ההשבחה ובתנאיו, והשני – בענין מתן פטור חלקי פטור מהיטלי פיתוח. מה התוצאות המשפטיות של פסול זה?

72. חוזה פסול הינו חוזה בטל, על פי סעיף 30 לחוק החוזים. תוצאותיו של חוזה פסול כפופות להוראות סעיף 31, הקובעות:

#### תחולת הוראות

31. הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחויבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד

אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו.

סעיפים 19 ו-21 לחוק החוזים, שאליהם מפנה סעיף 31, מורים כך:

#### ביטול חלקי

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

#### השבה לאחר ביטול

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

הוראות אלה, בשילובן, מאפשרות גמישות שיפוטית בקביעת תוצאותיו המשפטיות של החוזה הפסול, בהתאם לשיקולים שונים המבקשים להביא לתוצאה צודקת בנסיבות המיוחדות של המקרה. על פי סעיף 19 לחוק, ניתן להפריד את החוזה לחלקים, ולבטל רק את החלק הנגוע בפסול, תוך הפרדתו מהחלקים האחרים. סעיף 21 מאפשר השבה הדדית של מה שכל צד העביר לרעהו, בעוד סעיף 31 מאפשר לבית המשפט אף לפטור צד לחוזה מחובת ההשבה. יתר על כן, על פי אותה הוראת חוק, ניתן אף להורות על ביצועו של החוזה הפסול, ככל שצד אחד ביצע את חיובו על פיו. מכלול ההוראות האמורות נותן בידי בית המשפט אמצעים מגוונים וגמישים על מנת להסדיר את תוצאותיו המשפטיות של החוזה הפסול, בהתחשב במכלול נסיבות העניין ובמטרה לספק את דרישות הצדק ההדדי בין הצדדים (ענין זגורי, בעמ' 779-785; ענין בית הרכב, פסקאות 29-31; ע"א 701/87 ביהם נ' בן יוסף, פ"ד מד(1) 1, 15-16 (1989) (להלן: ענין ביהם); גרוסקופף "חוזה פסול", בעמ' 576; דניאל פרידמן "תוצאות אי-חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)" עיוני משפט ה' 618, 625-626 (התשל"ז), עיוני משפט ו' 172, 189-191 (התשל"ח); איל זמיר "החוזה הפסול ותוצאותיו – אחרי שלושים שנה" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 423, 424, 441-442 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008)).

73. לצורך קביעת תוצאותיו של ההסכם הפסול שנערך בפרשה זו, נבחן תחילה האם ההסכם "ניתן להפרדה", במובן העשוי לאפשר לחלקים ממנו להישאר בעינם. אפשרות זו, הנטועה בסעיף 19 לחוק החוזים, מתייחסת למצב שבו ניתן להעביר בחוזה "עפרון כחול", תוך ביטול חלקיו הפסולים והותרת חלקיו התקינים בעינם, באופן המתיישב עם כוונת הצדדים לו ומגשים אותה, גם אם במידה חלקית בלבד (מרים בן-פורת "החווה הפסול" ספר זוטמן 171, 177 (אהרן ברק ואחרים עורכים, התשמ"ד); ענין זגורי, בעמ' 784-785; ענין בית הרכב, פסקאות 32-33; ע"א 139/87 סולימני נ' מ. כץ ושות' חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד מג(4) 705, 713-715 (1989); פרידמן וכהן חוזים, כרך ב, בעמ' 1117-1120; גרוסקופף "חווה פסול", בעמ' 579-581; דוד קציר תרופות בשל הפרת חוזה כרך ב 722-725 (1991) (להלן: קציר תרופות); גבריאלה שלו פגמים בכריתת חוזה – חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-ג 1973 125-136 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, התשמ"א)).

74. עיון בהסכם שנכרת בענייננו מביא למסקנה כי ההפרדה בין חלקיו אינה אפשרית. זאת, מן הטעם כי ההסכם בנוי על אבני-יסוד אלה: המערערות לוקחות על עצמן, ראשית, לשלם היטל השבחה, למרות שהן אינן חייבות בו בעת ההתקשרות בהסכם. שנית, הן מקבלות על עצמן לבצע את עבודות הפיתוח באזור הפרויקט, כנגד הנחות מסוימות בהיטלים. בתמורה לכל אלה, העיריה מתחייבת לאשר כלפי המינהל כי לא תהיינה לה כלפיו כל דרישות לתשלום היטל השבחה, חלף היטל השבחה, או היטלי פיתוח. הוראות ההסכם הנוגעות להיטל ההשבחה ולהיטלי הפיתוח, וכנגדם התחייבות גורמי העיריה לתת את האישורים המבוקשים למינהל, שלובים ואחוזים אלה באלה עד לבלי נתק. אין אפשרות להפריד את החלקים הפסולים של ההסכם, המהווים עמודי תווך שלו, ולהותיר חלקים אחרים בעינם, כשהם עומדים לעצמם. לאור זאת, יש לבחון את הוראות ההסכם כמקשה אחת, שאין להפרידה לחלקים.

75. בשלב שני, יש לבחון האם ראוי להורות על קיום ההסכם, בהתאם לסיפא לסעיף 31 לחוק החוזים, או, לחלופין, להורות על השבה הדדית או חד-צדדית, חלקית או מלאה, בהתאם להוראת חוק זו.

בתמצית, נראה, כי התוצאות המשפטיות של פרשה זו צריכות להתבסס על הקיום הבאים: ההסכם בין העיריה לבין היזם הינו בטל כולו, בשל הפסול שנפל בו. משכך, הן התחייבויות היזם על פיו, והן האישורים שניתנו על ידי העיריה כנגד התחייבויות אלה, הינם בטלים מעיקרא. אין מקום להורות על קיום החוזה – בין

מצידם של גורמי העיריה ובין מצידו של היזם. אשר להשבה, מבחינת היזם – אין מה להשיב לו, שכן התשלומים על חשבון ההיטלים, שהוטלו עליו מכח ההסכם, טרם שולמו. אשר לאישורי העיריה שניתנו כנגדם – על היזם להשיבם לעיריה כמובן הורטואלי, ואין מקום כי היזם יוסיף להחזיקם בידו. משמעות הדבר היא כי אישורים אלה בטלים.

מה ההשלכה שיש לבטלותו של ההסכם בין העיריה ליזם על הסכם הפיתוח שנכרת בין המינהל ליזם? התשובה לכך, בתמצית, היא כי אישורי העיריה, עליהם התבסס המינהל בהתקשרותו בהסכם הפיתוח, אמנם בטלים, אך אין בכך כדי להוביל לביטולו של הסכם הפיתוח. בצד האישורים האמורים, שניתנו על ידי העיריה, נכלל סעיף שיפוי בהסכם הפיתוח, המחייב את היזם בשיפוי המינהל על כל סכום שזה יידרש לשלם בגין היטלי פיתוח או היטל השבחה הקשורים במיזם. משמעות הדבר היא, כי במהות ההסדר, אין חשש כי ירבוץ על המינהל הנטל הסופי של תשלומי ההיטלים, שכן היזם חוייב בשיפוי. הוראה זו בהסכם הפיתוח עומדת בעינה, בלא קשר לאישורים שתוקפם בטל, והיא מביאה לתוצאה כי המינהל לא יחוייב, בסופו של יום, במימון היטל ההשבחה והיטלי הפיתוח. בנסיבות אלה, בטלותם של האישורים שניתנו על ידי העיריה אינה משנה באופן מהותי את מעמדו של המינהל, כמי שלא יחוב, בסופו של דבר, בתשלום ההיטלים. משכך, הסכם הפיתוח נותר בעינו, חרף בטלותם של האישורים, ונראה כי המינהל לא יורשה לבטלו גם נוכח בטלות האישורים, לאור חובת תום הלב בכיצוע חוזה הרובצת עליו.

הרי פרוט הטעמים לקביעות אלה:

76. כלל הוא, כי חוזה פסול הינו בטל, ואילו האפשרות לקיימו היא בבחינת חריג לכלל. הטעם לכך נעוץ בשאיפה להגן על הערכים שבגינם נפסל החוזה, ולהרתיע מפני עשייתם של חוזים מסוג זה (ענין ביהם, בעמ' 16; ענין זגורי, בעמ' 781-784; ענין אדרעי, בעמ' 285; ענין עיריית פתח תקוה, פסקאות 17 ו-20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; שלו חוזים, בעמ' 500, 541).

כוחו של בית המשפט להורות על קיומו של החוזה הפסול, כאשר אחד הצדדים לו קיים את חיובו, מופעל בריסון רב. ההצדקה להחלת חריג הקיום החוזי נעוצה ברצון להביא לתוצאה צודקת ביחסים שבין הצדדים לחוזה. עשויים להיות מקרים שבהם השלמת קיומו של החוזה הפסול היא הדרך היחידה להשגת צדק ביחסים הפנים-חוזיים. אולם גם במקרים אלה, שאלת קיום החוזה מצריכה התייחסות לשיקולים

נוספים, רחבים יותר; בין השאר, יש להתחשב "בדרגת החומרה של אי החוקיות, במידת האשמה של הצדדים, במידת הביצוע של החוזה הפסול, ובאינטרסים של צדדים שלישיים הקשורים בקיום החיוב" (ענין זגורי, בעמ' 784; ענין אדרעי, בעמ' 293; גרוסקופף "חוזה פסול", בעמ' 615-622; שלו חוזים, בעמ' 544-546).

77. במקרה שלפנינו, צד אחד, הוא העיריה, קיים את חיובו, במתן האישורים הנדרשים למינהל. האם יש לחייב את היזם בקיום חיובו-הוא? נראה לי, כי אין להורות על קיום החוזה הפסול, בדרך של חיוב היזם לקיים את חלקו, וזאת מהטעמים הבאים: ראשית, הפסלות המאפיינת את החוזה היא דומיננטית. אין מדובר באי-חוקיות "אינצידנטלית", המצויה בשולי החוזה, אלא באי-חוקיות הטמונה בליבת הוראותיו המרכזיות (ענין אדרעי, בעמ' 293; ע"א 157/87 נחושטן נ' זונברג, פ"ד מב(3) 4, 9 (1988); ע"א 581/89 אדרי נ' רוזנברג, פ"ד מו(5) 679, 687 (1992)). שנית, מדובר בפסלות חמורה, שיסודה בהפרת נורמות בסיסיות של התנהלות שלטונית. שלישיית, חוזים מהסוג הנדון כאן, ככל הנראה, אינם נדירים ברשויות המקומיות. ישנה חשיבות, אפוא, ביצירת הרתעה, לשם מניעת הישנותן של תופעות דומות (השוו ענין אדרעי, בעמ' 185). רביעית, גורמי העיריה הם שנושאים בחלק הארי של האשם לכריתת החוזה הפסול: הם יזמו את כריתתו, והם אשר עיצבו את תוכנו, תוך ניצול הלחץ בו נמצאו המערערות, עקב החשש כי אם לא ימהרו בהצגת האישורים בפני המינהל, יאבדו את ההזדמנות להתקשר בהסכם פיתוח על בסיס החלטה 611.

נסיבות אלה, בהצטברותן, אינן מצדיקות להיזקק לחריג של קיום החוזה בנסיבות מקרה זה.

78. אשר להשבה – תוצאות הבטלות של ההסכם בין העיריה ליזם משמען הוא, כי היזם, אשר טרם שילם דבר, אינו זכאי להשבה כלשהי. העיריה, מצידה, נתנה כבר את "התמורה" הנדרשת ממנה בגין התחייבויות היזם, בדמות האישורים על "אי-תביעה" כלפי המינהל. בטלות ההסכם מביאה, בנסיבות המיוחדות של מקרה זה, לכך שהעיריה זכאית לביטולם של האישורים הללו, ולמעין "השבה" וירטואלית של אישורים אלה לידיה.

79. מה משמעות הדבר ביחס להסכם הפיתוח בין המינהל ליזם? אמנם, הסכם הפיתוח כולל בין הוראותיו את התנאי כי גורמי העיריה אישרו שהיזם הסדיר במלואם את כל התשלומים בגין היטל השבחה והיטלי פיתוח החלים על המקרקעין בקשר עם

התכנית, וכי לגורמים אלה לא תהיינה כל טענות או תביעות כנגד המינהל בקשר עם תשלומי היטלים אלה (הרישא של סעיף 3 ל"והואיל" השלישי במבוא להסכם). נוכח בטלותם של האישורים שניתנו, תנאי זה בהסכם הפיתוח אינו מתקיים. עם זאת, מיד בהמשכו של אותו סעיף להסכם נאמר:

"היזם מתחייב בזה לשפות או לפצות את המינהל בגין כל סכום שיידרש המינהל לשלם או להשיב כהיטל השבחה או היטל פיתוח, או בקשר עם ניהול תובענה כנגדו שזה עניינה. היזם והמושב מצהירים כי הביאו תוכן תנאי זה לידיעת הועדה המקומית יבנה ולידיעת עיריית יבנה, וכן, הינם מצהירים כי הביאו לידיעת הועדה המקומית והעירייה דבר הסכמתם כי תנאי זה יקנה לוועדה המקומית ולעירייה זכות תביעה עצמאית כנגדם בכל הנוגע לתשלום ההיטלים נשוא סעיף זה, וכי הינו מהווה המחאת חיוב לכל דבר וענין".

משמעות הוראה זו הינה כי, במנותק מהאישורים שניתנו למינהל, קיימת 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. בנסיבות המיוחדות של הענין, נובע מכך כי באופן מהותי, מצבו של המינהל לא שונה לרעה בעקבות בטלותם של האישורים. אמנם בטלה התחייבותם של גורמי העירייה כי לא תהיינה להם דרישות לתשלום היטלים כלפי המינהל, ולאור זאת יהיה בכוחם של גורמים אלה להפנות למינהל תביעות לתשלום היטלים המגיעים ממנו. אולם 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.

בנסיבות אלה, בטלותם של האישורים אינה יכולה להוות עילה לביטולו של הסכם הפיתוח על ידי המינהל. חובת תום הלב בביצוע ההסכם מחייבת אותו להוסיף ולעמוד בהתחייבויותיו על פי ההסכם (סעיף 39 לחוק החוזים; רע"א 1233/91 ג'רבי נ' בן דוד, פ"ד מה(5) 661, 667 (1991); ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס (לא פורסם, 7.9.2005); ע"א 1966/07 אריאל נ' קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ, פסקאות 33-46 (לא פורסם, 9.8.2010); שלו חוזים, בעמ' 105-112).

80. במסגרת חובת תום הלב במובן הרחב, חשוב להעיר כי גם מעמדו של המינהל ביחס להסכם הפסול בענייננו הוא מורכב. דרישת המינהל מהיזם כי ימציא אישורי "אי-תביעה" מהרשות המקומית, כתנאי להתקשרות בהסכם הפיתוח, עשויה להקים



הנחה כי המינהל היה מודע, או לפחות עשוי היה להיות מודע, לפרטי ההסכם בין גורמי העירייה ליזם, ולכך שהיזם נדרש במסגרתו לשלם היטל השבחה שלא במסגרת הדין. בנסיבות אלה, אין זה הולם כי רשות ציבורית תחזור בה מהסכם פיתוח שכתה עם יזם, בנימוק של בטלות אישורי העירייה, הנוגדים את החוק, שאפשר שהיא היתה מודעת לרקע לנתינתם כתנאי להתקשרות בהסכם הפיתוח.

בתנאים אלה, דין הסכם הפיתוח לעמוד בעינו, גם בלא שמתקיים תנאי מתן האישורים למינהל, ונוכח העובדה כי בפועל, אינטרס המינהל שלא לשאת בנטל תשלום ההיטלים בא על סיפוקו, בסופו של יום.

81. התוצאות המשפטיות הנובעות מהמערכת ההסכמית האמורה מביאות לכך, ראשית, כי אי-חוקיות ההסכם שבין העירייה ליזם מביאה לביטולו, ונאכפת חובת העירייה לעמוד בדרישות הדין, הן לענין היטל ההשבחה והן לענין היטלי הפיתוח. שנית, הסכם הפיתוח, בעיקרו, עומד בעינו, כאשר הן עניינו של היזם בקיומו של הסכם זה נשמר, והן עניינו של המינהל בקבלת שיפוי על חבויות היטלי ההשבחה והפיתוח מקבל מענה. מערך תוצאות זה מגשים, מצד אחד, את הערכים הציבוריים והמוסריים הנדרשים מעסקאות חוזיות, במיוחד כאשר רשות ציבורית היא צד להם; מצד שני, הוא יוצר מאזן יחסים פנים-חוזי הוגן, אשר אינו מביא לקיפוח בלתי צודק של מי מהצדדים.

כפייה ואילוץ בהתקשרות החוזית

82. מאחר שמסקנתי היא כי ההסכם בין העירייה למערערות בטל מחמת אי-חוקיות, שוב אין צורך להידרש לטענות שעלו בדבר שימוש באמצעי כפייה ואילוץ מצד גורמי העירייה במסגרת ההתקשרות החוזית עם המערערות. ראוי אך לציין, כי גם בטענות המערערות בהיבט זה יש, לכאורה, ממש.

107 דבר

83. ההסכם בין המערערות לבין גורמי העירייה בענין היטלי ההשבחה והפיתוח נגוע בפסלות, ולכן הוא בטל. הסכם הפיתוח בין המערערות לבין המינהל עומד בעינו, כאשר במקום האישורים שניתנו על ידי גורמי העירייה, שהינם בטלים, עומדת ההתחייבות החוזית של היזם לשפות את המינהל על כל חיוב בהיטל השבחה או היטלי פיתוח שיוטלו עליו בגין המיזם.

תוצאות אלה מביאות לתיקון הסטייה מהחוק ומהמינהל התקין שארעה בהתנהלותה של הרשות המקומית; עם זאת, חוזה הפיתוח בין היזם לבין המינהל יעמוד בעינו, תוך הבהרת התחייבותו של היזם לשפות את המינהל על חיובו בהיטלים, כאמור.

84. הערעור מתקבל, אפוא, כאמור לעיל, ופסק הדין של בית המשפט המחוזי מתבטל.

בנסיבות הענין, אציע שלא ליתן צו להוצאות.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט ט' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

1. אני מסכימה עם חברתי השופטת א' פרוקצ'יה כי אין בכוחה של הרשות המקומית לפרוץ את תחומי הסמכות המסורה לה בחוק בעניין גביית תשלומי חובה, אף לא בהסדרים הסכמיים. בפסיקה קודמת - ועמדה על כך חברתי - יש אמנם אחיזה לגישה לפיה ניתן לרפא את פגם אי החוקיות הדבק בגביית אגרות והיטלים על ידי הרשות ללא עיגון בחוק, אם האזרח או היזם קיבלו על עצמם מרצונם חבות חוזית בעניין זה (ראו למשל ע"א 7664/00 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' עיריית חולון, פ"ד נו(4) 117 (2002) (להלן: עניין רובינשטיין)). על פסיקה זו אף ביסס בית משפט קמא את פסק דינו בקובעו כי "ההסכמה החוזית לשאת בתשלום מרפאת את פגם אי החוקיות שבדרישת תשלום שאין סמכות חוקית לגבותו" (פסקה 21 לפסק הדין).

אולם, תמימת דעים אני עם חברתי כי גישה זו מעוררת קושי ניכר וראוי לשוב ולדרוש בה. החשש כי בכריתתם של הסכמים מסוג זה תנצל הרשות לרעה את הסמכות הבלעדית הנתונה לה או את ה"מונופול של השירות הציבורי שהיא מספקת" (דברי השופטת ד' דורנר בעניין רובינשטיין, בעמ' 138), הוא חשש ממשי ומטריד. אך זוהי רק

זווית מטרידה אחת בסוגיה זו. מטריד לא פחות הוא היבט אי החוקיות אשר בו נגועים במובהק הסכמים כאלה ויתכן כי היבט זה לא זכה עד כה לליבון ממצה משום שהצדדים - כל אחד מסיבותיו - אינם ששים להעלותו. גם בענייננו ביקשו המערערות וגורמי העירייה לייתר את הדיון בסוגיית אי החוקיות לאחר שהטענה עלתה ונתחדדה מפי היועץ המשפטי לממשלה, בהודיעם כי הגיעו להסדר פשרה (שאת תוכנו לא ראו לחשוף) ובעתירתם למחיקת הערעור (המדינה מצידה התנגדה לבקשת המחיקה לאחר שבחנה את הסדר הפשרה). חברתי סבורה ועמדתה זו מקובלת עלי, כי בנסיבות המיוחדות של המקרה דנן ואף שככלל ראוי להיעתר לבקשתו של מערער הרוצה לחזור בו מערעורו, אין להיעתר לבקשת המערערות למחיקת הערעור משום שבמסגרתו נחשפו "שאלות מפתח באשר להתנהלותן של רשויות מקומיות, החורגות מהמקרה הפרטני שלפנינו" ומשום ש"תקנת הציבור, וערכי מנהל תקין, מצדיקים כי שאלות אלה תיבחנה לעומקן בהליך זה", כדבריה.

2. אכן, מן הטיעונים שהוצגו בפנינו עולה כי התקשרויות מסוג ההסכם שנקשר בין המערערות לבין גורמי העירייה הינן נפוצות במידה מדאיגה ואלה נושאות עימן סכנות להשחתת המידות ולפגיעה בערכים של שוויון ושל הגינות שלטונית, שהן יסוד המסד לפעילות תקינה של כל רשות שלטונית. על כן, מקובלת עלי עמדת חברתי לפיה ראוי למקד את הניתוח המשפטי הנוגע להסכמים אלה בשדה אי החוקיות ולהבהיר כי הם פסולים וניצבים מחוץ לחוק. זאת תוך שלילת הגישה לפיה ניתן על בסיס הסכמי "לרפא" את אי החוקיות המובהקת שבה הם נגועים ותוך הדגשת העיקרון הטבוע בהוראת חוק יסוד: משק המדינה לפיו התקשרות חוזית אינה יכולה להעניק לרשות כוחות וסמכויות שלא הוענקו לה בחוק לעניין גביית תשלומי חובה או לעניין מתן פטורים מתשלומים כאלה. עוד ראוי להדגיש כי הפתרונות למצבים המורכבים העלולים להיווצר בעקבות התקשרויות בחוזים בלתי חוקיים ממין זה ראוי להם כי ימצאו במסגרת התבניות שנקבעו בסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). תבניות אלה מאפשרות גמישות מסוימת הן לעניין ביצוע חיובים על פי חוזה בלתי חוקי והן לעניין חובת ההשבה ופטור ממנה במקרים המצדיקים זאת (לעניין תחולתן של הוראות דין החוזים הכללי על חוזה רשות פסול ראו ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם, 22.1.2009), ולעניין תוצאותיו של חוזה פסול ראו: גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי; לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 533 (2005) וכן דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)" עיוני משפט ה' 618, 625 (תשל"ז); איל זמיר "החוזה הבלתי חוקי ותוצאותיו – אחרי שלושים שנה" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 423 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008); עופר

גרסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 473, 573 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

3. החוזה אשר נכרת בין המערערות לעירייה במקרה דנן נגוע באי חוקיות משום שבמסגרתו הוסכם כי המערערות תשלמנה "מקדמה" על חשבון היטל השבחה אף שבמועד כריתת החוזה טרם אושרה התכנית המשביחה וממילא טרם נתגבשה החבות בהיטל זה וגורמי העירייה לא מוסמכים היו על פי החוק להטילו. החוזה נגוע באי-חוקיות גם משום שבמסגרתו ניתן למערערות ללא עיגון בחוק פטור חלקי מהיטלי פיתוח כנגד התחייבותן לבצע בעצמן את עבודות הפיתוח. לעניין תוצאותיה של אי החוקיות מקובלת עלי מסקנתה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה כי לא ניתן להפריד בין חלקיו של החוזה ועל כן הוא בטל כולו. עוד מקובלת עליי מסקנתה כי נוכח עוצמת אי החוקיות וחומרתה ובהינתן העובדה כי לעת הזו ה"מקדמה" טרם שולמה ועבודות הפיתוח טרם בוצעו, אין מקום לנקוט במקרה דנן גמישות באשר לתוצאותיה מכוח סעיף 31 לחוק החוזים. על כן, אף אני סבורה כי יש להורות על בטלות התחייבויות היזם על פי החוזה ועל בטלות ההתחייבויות שנטלו על עצמם גורמי העירייה לפיו. כפועל יוצא מכך יש להוסיף ולהורות גם על בטלותם של אישורי "אי התביעה" שניתנו למינהל על ידי העירייה מתוקף החוזה וכנגד התחייבויות היזם על פיו.

4. בעניין אחד בלבד איני רואה עין בעין עם חברתי השופטת א' פרוקצ'יה והוא נוגע לגורלו של הסכם הפיתוח שנקשר בין המערערות לבין המינהל. בעניין זה סבורה חברתי כי על אף הקביעה שאישורי העירייה עליהם התבסס המינהל בהתקשרותו בהסכם הפיתוח בטלים, יש להוסיף ולקבוע במסגרת הערעור שבפנינו כי אין בכך כדי להוביל לביטולו של הסכם הפיתוח. אילו נשמעה דעתי היינו נמנעים מקביעה זו משני טעמים. הטעם האחד הוא פרוצדוראלי באופיו ועיקרו בכך שהמערערות לא עתרו בתובענה שהגישו לסעד כלשהו בהקשר זה. תובענתן התמקדה בעילות ובסעדים הנוגעים לחוזה שבינן ובין העירייה ובכך בלבד. הטעם השני קשור בטבורו לטעם הפרוצדוראלי אך יש בו היבט מהותי. דומני כי סוגיית תוקפו או המשך תוקפו של הסכם הפיתוח על כל היבטיה לא נתלבנה די צרכה בבית משפט קמא או בפנינו, והיא מצריכה בירור מקיף אותו יש לקיים בהליך נפרד אשר במסגרתו ראוי להביא בחשבון, בין היתר, את התרומה הלא מבוטלת שתרמו המערערות למצב הדברים שנוצר במקרה דנן. אחרי הכול, המערערות היו "המנוע" שמאחורי כל המהלכים כולם. המערערות היו אלה אשר דחקו במינהל להתקשר בהסכם הפיתוח טרם שהגיע זמנו וזאת מתוך אינטרס כלכלי מובהק שהיה להן בכך קרי: על מנת לבוא בגדרי ההחלטה המיטיבה של מועצת מקרעני ישראל (החלטה 611) טרם שתיכנס לתוקפה החלטה 727 אשר אמורה הייתה

להחליף אותה ואשר במסגרתה אמורה הייתה להישלל מהן האפשרות לדמי חכירה מהוונים בשיעור של 51% משווי המקרקעין. כל זאת ביקשו המערערות להשיג אף שבאותו שלב טרם אושרה התכנית (תב"ע יב/במ/220/ג) שלקידומה פעלו ואשר על פיה אמורות היו הן לבצע את הסכם הפיתוח. משטרם אושרה התכנית (כזכור, מדובר בתכנית שאושרה לבסוף רק בשנת 2010), ממילא לא ניתן היה להטיל היטל השבחה או לקבוע את שיעורו. האינטרס הכלכלי של המערערות להקדים ולהתקשר בהסכם הפיתוח באותו שלב הוא, אפוא, זה שהוליד את הצורך במציאת פתרונות החורגים ממהלך הדברים הרגיל. כך נולדה דרישתו של המינהל, שהינה בעייתית לעצמה, לקבלת אישורי "אי תביעה" מאת גורמי העירייה וכך נולד גם החוזה הבלתי-חוקי בין המערערות לבין העירייה אשר סלל את הדרך לקבלת אישורים אלה. נשאלת השאלה האם משקבענו כי החוזה והאישורים בטלים בשל היותם נגועים באי חוקיות, יש להתיר על כנם את ה"שורשים" אשר מהם צמחו החוזה והאישורים הללו וכוונתנו להסכם הפיתוח ולהטבה המפליגה הנובעת ממנו למערערות, ככל שאכן חלה לגביו החלטה 611 של מועצת מקרקעי ישראל. האם אכן די בהקשר זה, כגישת חברתי, בסעיף השיפוי הכלול בהסכם הפיתוח על מנת להצדיק תוצאה כזו ועל מנת לחסום בפני המינהל ולו את האפשרות להודיע עתה ובנסיבות שנוצרו על ביטול הסכם הפיתוח?

אילו נשמעה דעתי לא היינו קובעים מסמרות לעניין תוקפו או המשך תוקפו של הסכם הפיתוח והיינו מותירים את ההכרעה בעניין זה להליך נפרד אשר במסגרתו יבחן הסכם הפיתוח על מכלול תנאיו ובו יעמוד הסכם זה במוקד הדיון וייבחנו מכלול ההיבטים הקשורים לכך.

פרט להסתייגות זו אני מצטרפת לעמדת חברתי בעניין בטלותו של החוזה שבין המערערות לעירייה מחמת אי חוקיות ולעניין בטלותם של אישורי "אי התביעה" שניתנו למינהל על ידי גורמי העירייה, כפועל יוצא מכך.

ש ו פ ט ת

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה.

ניתן היום, כ"ה בסיוון התשע"א (27.6.2011).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת (בדימ')