

## ”הילכו שניים יחדיו בלתי אם נועדו?” על חוקיותם ונחיצותם של הסכמים בין רשויות ויזמים

מאת

רמי י. מנוח, עו”ד<sup>1</sup>

### א. מבוא

”אין לאפשר למוסדות התכנון להתייחס לאחוזי בניה כאל שטרות כסף המצויים בידן, ואין לאפשר לעיריה לגייס מימון חוץ-תקציבי לפעילויותיה, באמצעות קידום תוכניות נקודתיות. קבלת תוכנית שתכליתה מימונית נוגדת גם לדיני העיריות.”

במילים אלה סתם בית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב, בפסק דינו בפרשת **יצחק אלחנן**<sup>2</sup>, את הגולל על מהלך תכנוני, בגדרו הוספו 8 קומות למגדל מגורים בתל אביב ואילו יזמי המגדל התחייבו לפנות בית ספר סמוך, על מנת שהרשות המקומית תוכל לעשות שימוש בשטח להקמת מבני ציבור. ודוק - בית המשפט לא נזקק כלל לשאלה, האם העסקה שנרקמה בין היזמים לבין העיריה השיאה את רווחת הציבור אם לאו. בית המשפט פסל את המהלך כולו בקבעו, כי העסקה, כשלעצמה, פסולה בהיותה מנוגדת לדיני התכנון והבנייה ולדיני העיריות.

שורשי פסק הדין בפרשת **יצחק אלחנן** נטועים בהלכת בית המשפט העליון בפרשת **דירות יוקרה**<sup>3</sup>. שם קבע בית המשפט העליון, כי הסכם בין רשויות לבין יזמים פרטיים אין בכוחו להכשיר חריגה מעקרונות חוקיות המינהל. באופן פרטני קבע בית המשפט העליון, כי ההסכם נשוא אותו הליך משפטי הינו פסול, מחמת שעל פי אותו הסכם התיימרה הרשות לגבות היטל השבחה בטרם אושרה התכנית המשבחה וכן

1. שותף במשרד ב. י. מנוח ושות'. תודתי נתונה לשותפי המשרד, למשתתפי "שולחן עגול" אשר התקיים ביום 16 בינואר, 2012 במרכז הבינתחומי בהרצליה, בהנחיית פרופ' אמנון להבי, ד"ר אפרת טולקובסקי ועו"ד אמיר חן. עוד אני מודה לשמאי המקרקעין עדי צביקל ואריה קמיל, לעו"ד הראלה אברהם אוזן ולעו"ד אלי וילצ'יק על עזרתם באיסוף החומר ובלבון הסוגיה. חלק ניכר מהמידע אודות הסדרים במדינות אחרות נלמד ממשפטי כנס International Academic Association on Planning, Law and Property Rights אשר נערך בטכניון בחיפה בחודש פברואר, 2014 בראשות פרופ' רחל אלטרמן.
2. עת"מ (ת"א) 11-09-47348 **גדעון לרמן ו-10 אח'** נ' **הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, תל אביב**, פסק הדין ניתן על ידי השופטת שרה גדות (15.1.13), אתר מקרקעין: [www.mekarkein.co.il](http://www.mekarkein.co.il) (להלן: "**אתר מקרקעין**") (להלן: "**פרשת יצחק אלחנן**"). הדברים אומצו על ידי השופטת מתוך סיכומי העותרים באותה פרשה.
3. ע"א 7368/06 **דירות יוקרה בע"מ ואח'** נ' **ראש עיריית יבנה, מר צבי גוב-ארי ואח'** (פסק הדין של בית המשפט העליון יכונה להלן: "**הלכת דירות יוקרה**") (27.6.11), אתר מקרקעין. פסק הדין העיקרי ניתן על ידי השופטת פרוקציה בהסכמת השופט גיבראן. השופט חיות הסכימה לתוצאה האופרטיבית אך הוסיפה הסתייגות שתזכר להלן.

הסכימה הרשות לפטור את היזמים מתשלום היטלי פיתוח וזאת בתמורה להתחייבות היזמים לבצע בעצמם את עבודות הפיתוח.

כפי שנפרט בהמשך מאמר זה, פסק הדין בפרשת **זירות יוקרה** נפסק על רקע נסיבות מיוחדות, בהן ליזמים היה אינטרס חזק ביותר, שלא לומר אילוץ, להגיע להסכמה עם הרשות עד למועד נקוב, וכי מחמת נסיבות אלה היה כוח המיקוח שלהם מוגבל. אפס - כפי שצוין בפסק הדין, נרטיב זה בר החלפה באחר ממנו, ולא על אדן זה נשען פסק הדין כולו. נמצאנו למדים, כי ההלכה אשר יצאה מלפני בית המשפט העליון הינה רחבה ועקרונית ועולות ממנה מגבלות חריפות ביותר על יכולת הרשות להגיע להסכמים עם יזמים. בית המשפט העליון הרחיב את הדיון בהיבטים השלילים ובסיכונים הגלומים בהסכמים כאלה מבחינה ציבורית. יחד עם זאת דומה, כי בית המשפט העליון לא נתן משקל מספק לתועלות שעשויות לצמוח מעריכתם.

על תועלות אלה אנו מבקשים להרחיב את הדיון כאן, ולבחון את סוגיית הסכמי התכנון באספקלריה רחבה יותר.

נפתח בהצגת המושג "הסכמי תכנון", התועלות העשויות לצמוח מהם והביקורת שהוטחה בהם בפסיקה. נסקור את פסק הדין בפרשת **יצחק אלחנן**, את **הלכת זירות יוקרה** ופסקי דין נוספים בהם בחנו בתי המשפט התקשוריות חוזיות בין יזמים לבין רשויות מקומיות. נטען, כי גישת בתי המשפט מונעת מחשש עמוק מפתיחת שער לשחיתות וכי גישה זו שולטת בנרטיב של פסקי הדין עד כדי התעלמות משיקולי מדיניות נגדיים.

לאחר מכן נראה, כי בפועל מתקיימות פרקטיקות רבות ונפוצות של מיקוח והסכמים בין רשויות התכנון והרשויות המקומיות מצד ראשון לבין יזמים מצד שני. נראה כי פרקטיקות אלה מעוגנות בדינים שונים, וכי תועלתן רבה. נסקור מקצת דוגמאות מארצות אחרות בהן מכיר הדין בהסכמי תכנון, ורואה בהם כלי לגיטימי ויעיל להשגת יעדים תכנוניים וכלכליים שקשה להשיגם בכלים המצויים בידי רשויות התכנון והרשויות המקומיות.

בסיכום המאמר נטען, כי ראוי ורצוי לאפשר הסכמי תכנון בין הרשויות לבין יזמים, וכי את החשש בפני השפעות לא ראויות על תכנון של התקשוריות כאלה - ניתן למתן באמצעים משפטיים מגוונים, בעיקר באמצעות חובות גילוי נרחבות, קביעת אמות מידה ברורות ושימוש במנגנוני הכרעה אובייקטיביים.

## ב. מהותם של הסכמי תכנון ופסילתם בפסיקה

הסכמי תכנון, במובן בו עוסק מאמר זה, הינם התקשרות חוזית, בהסכם נפרד או בהוראות תכנית בניין עיר, בין יזמים פרטיים לבין ועדה מקומית. התקשרות חוזית זו שואפת להסדיר שינוי של נורמה תכנונית החלה על מקרקעין מסוימים, בדרך המיטיבה עם היזמים הפרטיים, כנגד הקניית תועלות כלכליות או אחרות בהן חפצה הוועדה המקומית.

הסכמי תכנון ופיתוח עשויים להניב תועלת ציבורית רבה. נצביע כאן על מקצת תועלות אלה.

לעיתים ביצועה של תכנית מצריך פעילות יזמית, אשר לרשויות אין את מרחב הפעילות העסקית הנדרש על מנת לבצעה. כך לדוגמה כאשר מימושה של התכנית מצריך פינויים של מחזיקים שונים או כאשר פיתוח האזור מצריך קשירת הסכמים עם מתחמים פרטיים שכנים.

בדומה לכך, קיימים מקרים בהם ביצוע התכנית כולל עבודות אשר העיריות אינן מיומנות בביצוען או עבודות שביצוען מצריך מומחיות ייחודית. לדוגמה: הקמת מעגנה או הקמת מתקני ספורט מיוחדים.

העברת נטל ביצוע מטלות ציבוריות אל יזמים פרטיים, עשויה להקל על תזרים המזומנים של הרשות המקומית וכך לזרז את פיתוח המתחם. להלכה, עם אישורה של תכנית בניין עיר, מוטלת על הרשות המקומית החובה לבצע את עבודות הפיתוח הנדרשות כדי שניתן יהיה לממש את זכויות הבנייה המוקנות על פי אותה תכנית עיר. פעמים רבות, הרשות המקומית מתקשה לקיים חובה זו, משום שמועד אישורה של תכנית בניין העיר אינו מתלכד עם מועד תשלום אגרות הבנייה, היטלי הפיתוח והיטל ההשבחה. חלק הארי של תשלומים אלה מגיע אל קופת העיריה רק עם הוצאת היתרי בנייה, במועד מאוחר לאישור התכנית. יתרה מזאת: על פי פסיקת בתי המשפט, רשאית ועדה מקומית לסרב ליתן היתר בנייה על פי תכנית תקפה, אם טרם בוצעו עבודות הפיתוח הנדרשות על פי אותה תכנית<sup>4</sup>, וכך נוצר מעגל שוטה בו מחד לא ניתן לבנות ומאידך לא ניתן לבצע את עבודות הפיתוח. הסכמים עם יזמים עשויים לפתור בעיה זו.

הקמת מבני הציבור וצרכי ציבור אחרים ממומנים בין היתר באמצעות היטל ההשבחה<sup>5</sup>. דא עקא, שאין כל קשר בין סכום היטל ההשבחה שעשויה הוועדה המקומית לגבות בגין אישורה של תכנית מסוימת, לבין עלות הקמת מבני וצרכי הציבור הנדרשים לאותה תכנית<sup>6</sup>. עובדה זו עלולה להציב את הרשות המקומית בפני בעיה תזרימית קשה, אשר תעכב את הכשרת המתחם נשוא התכנית ואת פיתוחו. פעמים רבות ליזמי תכנית יש אינטרס חזק לזרז את פיתוח המתחם, ובמקרים כאלה יהיה זה יעיל ומועיל "להפריט" את הקמת מבני הציבור בדרכים מגוונות.

4. עת"מ 1032/00 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, "הדריס" נ' ועדת הערר המחוזית, מחוז מרכז ואח', פסק הדין של השופט גרוניס (23.5.00), אתר מקרקעין.

5. סעיף 13(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965: "סכומים שנגבו כהיטל מיועדים, אחרי ניכוי הוצאות הגביה לרבות הוצאות של ערעור לפי תוספת זו, לכיסוי הוצאות של הוועדה המקומית או של רשות מקומית אשר הועברו לה לפי סעיף 12 להכנת תכניות במרחב התכנון או בתחום הרשות המקומית, לפי הענין, ולביצוען, לרבות הוצאות פיתוח ורכישת מקרקעין לצרכי ציבור, כפי שהוגדרו בסעיף 188 לחוק זה, ולרבות הוצאות שימור אתר או הפקעתו לפי התוספת הרביעית".

6. על פי סעיף 3 לתוספת השלישית לחוק, שיעור ההיטל הוא מחצית ההשבחה, קרי - מחצית מעליית הערך הנובעת מאישור התכנית. ברי שאין כל קשר בין עליית הערך לבין עלות הקמת מבנים וצרכי הציבור. זאת להבדיל מהיטלי הפיתוח, שלפחות לעת אישור חוקי העזר מכוחם נגבים ההיטלים, סכומם מחושב על פי העלות המשוערת של ביצוע עבודת הפיתוח נשוא חוק העזר.

שימוש נרחב בהסכמי פיתוח ותכנון אף עשוי לתרום לחלוקה הוגנת יותר של משאבים ציבוריים, בדרך של הפנמת העלויות האמיתיות של המעשה התכנוני על ידי הנהנים מאותו שינוי וכן על ידי פינוי מקורות כלכליים של הרשויות המקומיות לטובת אוכלוסיות שנזקקות יותר למשאבים אלה.

חרף כל זאת, נמתחה על הסכמי התכנון ביקורת חריפה.

ראשית, נטען כי בפועל, הסכמי התכנון אינם משיאים את התועלת הציבורית, משום שתוצאת המיקוח מותרת בצד של היזמים הפרטיים נתח גדול מדי מעוגת המיזם.<sup>7</sup>

שנית, נטען כי הסכמי תכנון, מטבעם, מהווים תכנון נקודתי - Spot Zoning שהינו ככלל תופעה לא רצויה. תכנון מתחם מסוים ראוי שיעשה על רקע ראייה תכנונית כוללת ולא על רקע אינטרסים כלכליים נקודתיים ולכן<sup>8</sup>:

**"... תכנון בודד דינו להיפסל אם נעשה כדי להשביח ערכו של מגרש פלוני ולהעניק ריווח ממון לבעליו, תוך שימוש לרעה בכוחה של רשות תכנון, ולא לטובת הציבור."**

יחד עם זאת בית המשפט העליון לא פסל, עקרונית, שימוש בכלי תכנוני זה במקרים ראויים<sup>9</sup> בהם לא התממש החשש האמור לעיל.

לבסוף, ובעיקר, הועלה החשש כי עסקאות תכנוניות יהוו כר פורה לצמיחת מעשי שחיתות. שורשי החשש נטועים בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **האחים עופר**<sup>10</sup>. לאחר שבית המשפט העליון ציין את היתרון של הוועדה המקומית על פני המחוזית בהיכרות קרובה של השטח, מוסיף בית המשפט העליון:

**"ואולם, דווקא קירבה זו של הוועדה המקומית לשטח נושא התכנית ולגורמים המעורבים בה טומנת בחובה לעתים בעייתיות מסוימת. ... בשל החשש כי**

7. טליה מרגלית, "עסקה תכנונית", בתוך: **המתכננים - השיח התכנוני בישראל לאן? עורכות טלי חתוקה וטובי פנסטר**, הוצאת רסלינג 2013, בעמוד 179. המחברת סוקרת מספר עסקאות תכנון שבוצעו בתל אביב ובכללן מגדל שלום שהוקם על חורבות הגימנסיה הרצליה, מגדל המאה שהוקם במתחם סומייל, פרויקט גן העיר שהוקם בשטח גן החיות הישן ועוד. בכל אלה, טוענת מרגלית, לא הוגשמו המטרות הציבוריות של המיזם.

8. ראו ע"א 577/66 **אהרן וולוכבנסקי נ' משה עופר**, פ"ד כא חלק שני, עמוד 36, בעמ' 40 (28.6.67) ואתר מקרקעין. וראו בעניין זה גם עת"מ 12-01-45050 **רות שמיר ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, פ"ת ואח'**, פסק הדין של השופטת בוסתן (20.12.12), אתר מקרקעין.

9. ראו עת"מ (ת"א) 7600/00 **ועד אמנים - חוכרים ביפו העתיקה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, תל אביב**, פ"מ, פסקי-דין מינהליים, כרך תש"ס 2000, 302 בסעיף 15 לפסק הדין, וכן לאחרונה בבית המשפט העליון עע"ם 7490/10 **הקרן למורשת הכותל המערבי ואח' נ' ד"ר מחמוד מסאלחה ואח'** (3.4.12), אתר מקרקעין.

10. עע"א 2902/97 **אחים עופר הנדסה ופיתוח בע"מ ואח' נ' אירית גליקמן ואח'**, פ"ד נג(1) 369 (4.2.99) ואתר מקרקעין.

### חברי הוועדה המקומית יתקשו לעמוד בלחצים המופעלים עליהם מצד גורמים מקומיים שונים.<sup>11</sup>

על פי גישה זו, המגע בין יזמים פרטיים לבין אנשי הוועדה המקומית עלול להניב עסקאות מוטות לטובת היזמים ולפיכך ראוי לצמצם מישורי מגע כאלה.<sup>12</sup>

פסקי הדין שדנו בסוגיית העסקאות שבין הרשויות לבין היזמים הפרטיים שמו את הדגש על שיקולים פוזיטיביים ובעיקר - חריגה מסמכות מינהלית. דומה, כי הדין בשיקולים הנורמטיביים לא מוצה, ובעיקר לא נערך דיון מעמיק ביחס בין התועלת הגלומה בהסכמי התכנון לעומת הנזקים העלולים לנבוע מהם, וכן לא נערך דיון מעמיק באפשרות למזער תוחלתם של נזקים כאלה.

### פרשת יצחק אלחנן<sup>13</sup>

פסק הדין עוסק בשילוב בין שלוש תכניות בניין עיר<sup>14</sup>, שהוכנו לגבי שטחים מצדי רחוב יצחק אלחנן העולה מפאתי שוק הכרמל אל מגדל שלום בתל אביב.

התכנית הראשונה, אלחנן א', אושרה עוד בשנת 2006 והיא התירה, בין היתר, הקמת מגדל מגורים בן 28 קומות בגדה הצפונית של רחוב יצחק אלחנן.

התכנית השנייה, אלחנן ב', נועדה "לחזק את אזור מע"ר הצמוד לשכונת נווה צדק, שכונת כרם ישראל ומתחם נחלת בנימין, ועידוד להתחדשות עירונית ופינוי בניינים קיימים". בין היתר אפשרה התכנית להקים מגדל בן 36 קומות, מבנה בן 9 קומות, שימור מבנה וכן את הרחבת רחוב יצחק אלחנן.

התכנית השלישית, אלחנן ג', כללה שתי תכליות עיקריות: ראשית, הסדירה את הרחבת רחוב יצחק אלחנן וכן "הסדרת מגרש ציבורי והדרכים התוחמות אותו במטרה לאפשר שטחים זמינים עבור מוסדות ציבור ובמטרה לאפשר שדרוג של המרחב הציבורי"<sup>15</sup>. שנית, אפשרה תוספת של 4,300 מ"ר ב-8 קומות, למגדל המגורים שהקמתו הותרה בתכנית אלחנן א'.

11. שם, בפסקה 14 לפסק הדין.

12. לגישה דומה ראו תיקון 84 לחוק התכנון והבנייה תשכ"ה-1965, ס"ח תשס"ח מס' 2165, אשר הסדיר את פועלם של השמאים המכריעים בהליכי הכרעה במחלוקות בעניין היטל השבחה ופיצויים. ההסדר החדש צמצם מאוד את האפשרות להגיע להסכמים בין הוועדות המקומיות לבין בעלי המקרקעין, וזאת על רקע תחושה שהסדרים אלה מנעו גבייה ראויה של היטל השבחה. וכך גם בת"פ (ת"א) 12-01-10291-01 **מדינת ישראל נ' הלל אליאס ארנסטו צ'רני ואח'** (פרשה הידועה בשם פרשת הולילנד), פסק הדין של השופט רוזן (31.3.14), אתר מקרקעין, ובמיוחד בסעיף 399 ואילך בנושא תופעת ה"מאכרים".

13. ראו ה"ש 2 לעיל.

14. תכנית תא/2615/א, תכנית תא/2615/ב ו-תכנית תא/2615/ג, יכונן להלן "אלחנן א'", "אלחנן ב" ו-"אלחנן ג" בהתאמה.

15. ראוי לציין, כי העותרים בפרשת **יצחק אלחנן**, תושבי השכונה ו"עמותת תושבים למען נווה צדק" הוצגו בפסק הדין כמי שמבקשים להתמודד עם ה"מצוקה במוסדות חינוך ובשטחים ציבוריים בשכונת נווה צדק". לכאורה, יישומו של ההסכם נשוא העתירה עשוי היה לצמצם מצוקה זו.

נוסחת הקשר בין התכניות נקבעה בהחלטת הוועדה המחוזית בשנת 2010 להפקיד את תכנית אלחנן ב'. בהחלטה זו נקבע, כי תנאי להפקדה הינו הפקדה, בו זמנית, של תכנית אלחנן ג' וכן - "חתימה על הסכם פינוי השטחים הציבוריים, להנחת דעתו של היוע"מ של הוועדה המקומית".

בפני בית המשפט לעניינים מינהליים הוכח, כי בבסיסה של נוסחת קשר זו עמד הסכם בין יזמי המגדל נשוא תכנית אלחנן א', לבין עיריית תל אביב, לפיו יפעלו היזמים לפינוי של בית ספר לנערות חרדיות, המצוי בגדה הדרומית של רחוב יצחק אלחנן ולהעברתו למקום חלופי בעיר בני-ברק, ובתמורה, תתמוך העיריה באישורה של תכנית אלחנן ג', קרי - בהגדלת מגדל היזמים ב-8 קומות. עוד הוברר, כי היקף השטחים שהוצע להוסיף למגדל היזמים נקבע כנגזרת של עלויות הפינוי של בית הספר, על פי הערכת שמאי מקרקעין מטעם העיריה.

בית המשפט ניסח את השאלה המשפטית המצריכה הכרעה לנוכח העסקה נשוא העתירה<sup>16</sup>:

**"גם אם פרקטיקה זו נוהגת בפועל, אין בה כדי להוכיח כי לגורמי העירייה יש סמכות לנהוג כך, במיוחד במסגרת הפרויקט נשוא פסק דין זה. שעה שעלתה הטענה לפיה עריכת "עסקאות" מסוג זה הן חריגה מסמכות, יש לדון בטענה לגופו של עניין ולהגיע למסקנה המשפטית הנכונה."**

נקודת המוצא של בית המשפט הינה עקרון חוקיות המינהל על פיו, לרשות המינהלית סמכות לעשות רק את שהוסמכה לו מפורשות על פי דין. זאת במובחן מאדם פרטי, לגביו חל כלל הפוך - הוא רשאי לעשות כל דבר שלא נאסר עליו מפורשות על פי דין<sup>17</sup>. ביישומו של עיקרון זה על עובדות פרשת יצחק אלחנן<sup>18</sup> מסיק בית המשפט כי:

**"אין העירייה ו/או הוועדה המקומית רשאיות להתפרק מחובותיהן הציבוריות ולהעניק זכויות בנייה תמורת ביצוע חובות אלה, המוטלים עליהן."**

בית המשפט הדגיש, כי קביעתו זו נעשית תוך מודעות מלאה להשלכות הרחב של פסק הדין, מודעות להיות הסכמים מסוג זה מקובלים ונפוצים ומודעות לאפשרות שההסכם נשוא העתירה עשוי להביא לחיסכון משאבים ממנו ייהנה הציבור בכללותו. אפס - כל אלה אין בהם כדי להכשיר פעולה שנעשתה בחריגה מהסמכות המינהלית.

בית המשפט מבחין בין שיקול כלכלי שהוא, כשלעצמו, אחד השיקולים שראוי לו למוסד תכנון לשים לנגד עיניו עת שוקל הוא אם לאשר תכנית מוצעת אם לאו, לבין תכנית שכל מהותה ותכליתה להשיג "מקורות מימון לגורמי העיריה לצורך מילוי

16. הי"ש 2 לעיל, סעיף 36 לפסק הדין.

17. בג"ץ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע ואח' נ' רשות המיסים ואח' (20.12.10), אתר מקרקעין.

18. הי"ש 2 לעיל, סעיף 38 לפסק הדין.

חובותיהם הציבוריות", שהינה, לשיטתו, פסולה. לעניין זה פסק הדין נוטע יתדותיו בהלכת בית המשפט העליון בפרשת **דירות יוקרה** אשר תתואר להלן.

התוצאה האופרטיבית של פסק הדין הייתה, אפוא, ביטולן של שתי התכניות, ובכלל זה המגדל החדש שאושר על פי תכנית אלחנן ב', פינוי בית הספר ותוספת הזכויות שעל פי תכנית אלחנן ג'<sup>19</sup>.

### פרשת דירות יוקרה

#### ההליך בבית המשפט המחוזי<sup>20</sup>

בחודש אפריל, 1996 התקשרו המערערות עם מושב בן-זכאי בהסכם על פיו רכשו המערערות חטיבת קרקע, עליה ביקשו להקים פרויקט בנייה גדול. היזמה התבססה על החלטת מועצת מקרקעי ישראל מספר 611<sup>21</sup>. ביום 3 ביולי, 1995 החליטה מועצת מקרקעי ישראל לבטל את החלטה 611 ולהחליפה בהחלטה 727<sup>22</sup>. החלטה זו הייתה צפויה להרע מאוד את מצבן של המערערות<sup>23</sup>.

בנסיבות אלה אצה להם הדרך ליוזמים לחתום על הסכם פיתוח עם מינהל מקרקעי ישראל. אפס - המינהל התנה את הסכמתו בכך, שהיוזמים ימציאו אישור מטעם עיריית יבנה והוועדה המקומית לתכנון ולבנייה יבנה, לפיו לא תהא לאלה האחרונות כל תביעה או טענה מהמינהל בגין חובות השבחה והיטלי פיתוח בנוגע למקרקעין דנן.

ביום 15 ביולי, 2001, נחתם הסכם בין היוזמים לבין העירייה והוועדה המקומית ואלה עיקריו:

- היוזמים ישלמו לעירייה ולוועדה המקומית מקדמה על חשבון היטל השבחה, על אף שטרם הגיע מועד תשלומם על פי חוק, כאשר שכום היטל השבחה ייקבע על ידי שמאי מכריע, בהתאם לתכנית בניין העיר החדשה אשר הכינו היוזמים, אשר טרם אושרה.

19. על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון, עע"ם 1366/13 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, תל אביב ואח' נ' גדעון לרמן ו-10 אח', אתר מקרקעין. ביום 30 בדצמבר, 2013 התקיים דיון בבית המשפט העליון ובמהלכו התברר, כי לאחר פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים, הוועדה המחוזית שינתה את החלטתה, ביטלה את הזיקה בין שתי התכניות ואישרה את תכנית אלחנן ב', ללא זיקה לתכנית אלחנן ג'. לנוכח מצב חדש זה בוטל הערעור ופסק הדין נותר על כנו בכל הנוגע לתכנית אלחנן ג'.

20. הי"פ (ת"א) 1151/03 **דירות יוקרה בע"מ ואח' נ' ראש עיריית יבנה, מר צבי גוב-ארי ואח'** ניתן על ידי כב' השופטת ש' גדות (5.6.06), אתר מקרקעין.

21. החלטת מועצת מקרקעי ישראל מספר 611, מיום 13 באוקטובר, 1993.

22. החלטת מועצת מקרקעי ישראל מספר 727, מיום 3 ביולי, 1995.

23. ביום 29 באוגוסט, 2002 ניתן בבית המשפט העליון בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי ואח' נ' שר התשתיות הלאומיות ואח'**, פ"ד נו(6) 25 (29.8.02) ואתר מקרקעין, הידוע בשמו פרשת **הקשת המזרחית**, בו נקבע "שדין שלוש החלטות של מועצת מקרקעי ישראל - החלטות 717, 727 ו-737 - הוא בטלות ואין להמשיך ביישומן".

- היזמים יבצעו את הפיתוח בקשר לשטחים נשוא ההסכם, כמתחייב מתכנית בניין העיר החדשה.
- הוועדה המקומית התחייבה להמציא את האישור הדרוש למינהל, לצורך חתימה על חוזה הפיתוח המיוחל.

ההסכם כלל מנגנוני התאמה למקרה בו תכנית בניין העיר החדשה לא תאושר.

לאחר חתימת ההסכם ומתן אישור הוועדה המקומית כמתחייב מהוראות ההסכם, נתגלעו חילוקי דעות חריפים בין היזמים לבין הוועדה המקומית. ראש העיר הודיע למינהל מקרקעי ישראל כי ההסכם בוטל, וכי אישור העיריה אשר ניתן כאמור - בטל אף הוא. מינהל מקרקעי ישראל מצדו הודיע ליזמים, כי אם לא ימציאו למינהל אישור חדש מטעם הוועדה המקומית והעיריה - יבטל המינהל את הסכמתו לחתום על הסכם הפיתוח על פי החלטה 611 ואם יחתם הסכם פיתוח בעתיד - יעשה הדבר על פי החלטות מועצת מקרקעי ישראל אשר תהיינה תקפות באותו מועד. לנוכח מצב דברים זה חתמו היזמים על הסכם נוסף עם העיריה והוועדה המקומית, בו חזרו בהם היזמים מטענותיהם ואישרו את התחייבויותיהם על פי ההסכם המקורי.

לבסוף נחתם חוזה פיתוח בין היזמים למינהל ומיד לאחר מכן, הגישו היזמים עתירה מינהלית כנגד המשיבים בה ביקשו להורות כי ההסכמים אשר נחתמו ביניהם לבין המשיבים בטלים מחמת אי חוקיות ומחמת נסיבות כריתתם הנגועות בכפייה<sup>24</sup>.

ההליך בבית המשפט המחוזי לא עסק כלל בשאלת חוקיות ההסכמים בנוגע להיטלי ועבודות הפיתוח. בנוגע להיטל ההשבחה, טענו היזמים, כי לוועדה המקומית אין סמכות שבדין לגבות היטל השבחה בגין תכנית שטרם אושרה. בית המשפט המחוזי קיבל טענה זו, אך סבר, שההסכמה החוזית שגובשה בין היזמים לבין הוועדה המקומית מרפאת פגם זה. בכך הסתמך בית המשפט המחוזי על ההלכות שנקבעו בבית המשפט העליון בפרשת **לי-עור**<sup>25</sup> ובפרשת **רובינשטיין**<sup>26</sup>. בית המשפט המחוזי לא ראה בשאלת חוקיות גביית היטל ההשבחה כמצריכה הכרעה חדה - "שחור או לבן", אלא הכרעה "רכה" יותר, בה על בית המשפט לשקול את מכלול הנסיבות האופפות את תשלום החובה נשוא המחלוקת. בית המשפט המחוזי סבר, כי מכלול הנסיבות אינו מצביע על אילוץ, כי אם הסכמה שנעשתה על יסוד שיקולים עסקיים שנשקלו על ידי חברות מבוססות ובעלות ניסיון עסקי רב שאינן בבחינת "צד חלש" כלל ועיקר<sup>27</sup>.

24. דומה כי בית המשפט המחוזי לא ראה בעין יפה את דרך הילוכם של היזמים. הדבר עולה מהדרך בה בוחר בית המשפט המחוזי לפרוש את עובדות המקרה.

25. ע"א 435/68 **מדינת ישראל ואח' נ' "לי-עור" בע"מ ואח'**, פ"ד כג(1) 436 (24.4.69) ואתר מקרקעין.

26. ע"א 7664/00 **אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ ואח' נ' עיריית חולון ואח'**, פ"ד נו(4) 117 (18.4.02) ואתר מקרקעין.

27. השופטת גדות סברה, כי טענת האילוץ אינה קמה, בנסיבות דנן בהן לא היו העיריה והוועדה המקומית חייבות לספק ליזמים את האישור אותו הם חפצו להמציא למינהל. מאמר זה אינו מתמקד בטענת האילוץ ורכיבי העובדה הנצרכים לביסוסה, ולפיכך לא נרחיב כאן, אך נציין, כי סברה זו של בית המשפט המחוזי נראית לנו מוקשית. בית המשפט המחוזי התבסס בקביעתו זו על פסקי הדין של בית



אשר על כן, דחה בית המשפט המחוזי את התובענה וקבע כי אין פגם בהסכמים שבין היזמים לבין העירייה והוועדה המקומית בעניין הגבייה המוקדמת של היטל ההשבחה בגין התכנית החדשה.

### ההליך בבית משפט העליון<sup>28</sup>

היזמים הגישו ערעור לבית המשפט העליון אשר סבר, כי מונחות בפניו שתי שאלות עקרוניות<sup>29</sup>:

**"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?"**

נקודת המוצא בפסק הדין הינה עקרון חוקיות המינהל<sup>30</sup> אשר זכה לביטוי מיוחד בהקשר הפיסקלי, בסעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה. בהקשר דנן נובעת הסמכות, מסעיפים 250 ו-251 לפקודת העיריות, בכל הנוגע להיטלי הפיתוח, ומסעיף 196א' ומהתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה - בכל הנוגע להיטל ההשבחה.

סטייה מעקרון חוקיות המינהל בהקשר של תשלומי חובה עלולה לבוא לידי ביטוי הן בחיוב שלא כדין והן במתן פטור שלא כדין. בית המשפט העליון מצביע על הרעות העלולות לנבוע מסטייה כזו: חיוב שלא כדין עלול להטיל נטל לא הוגן על פרט מסוים, תוך אפלייתו ביחס לאחרים. דבר זה עלול לפתוח<sup>31</sup> -

המשפט העליון בעניין ע"א 8/88 שאלו רחמים בע"מ נ' אקספומדיה בע"מ, פ"ד מג(4) 95 (9.11.89) ואתר מקרקעין; ע"א 1569/93 יוסי מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ ואח', פ"ד מח(5) 705 (23.11.94) ואתר מקרקעין וע"א 2299/99 אברהם שפייר ו-28 אח' נ' חברת דיור לעולה בע"מ ואח', פ"ד נה(4) 213 (4.6.01) ואתר מקרקעין, בהם נתקבלה טענת האילוץ בנסיבות בהן הייתה מוטלת על הצד "המאלץ" חובה חוקית לפעול, וכן על ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נו(6) 769 (22.9.03) ואתר מקרקעין (להלן: "פרשת ש.א.פ.") בה נדחתה טענת האילוץ מקום בו נקבע כי הבנק לא היה חייב ליתן אשראי לתובעת. ראשית, לא ברור כלל אם בפרשות אקספומדיה, פנפורד ושפייר היוותה חובת הפעולה של הצד "המאלץ" מסד הכרחי לביסוס טענת האילוץ. שנית, בפרשת ש.א.פ. נטענה טענת האילוץ כלפי בנק, שאינו רשות ציבורית ובהקשר של פעילות מסחרית טהורה. ראו ה"ש 3 לעיל.

.28

ה"ש 3 לעיל, סעיף 14 לפסק הדין. לנוכח חשיבותן של השאלות האמורות נתבקשה עמדתם של היועץ המשפטי לממשלה ושל מרכז השלטון המקומי וכפי שניתן לצפות, עמדותיהם של אלה היו שונות מאוד זו מזו. למרבה "ההפתעה" לפני מתן פסק הדין הודיעו היזמים, הוועדה המקומית והעירייה, כי הגיעו לכלל פשרה וכי הינם מבקשים למחוק את הערעור. המדינה התנגדה למחיקת הערעור, הן לנוכח שאיפתה לקבל הנחיה שיפוטית בנוגע לשאלות העקרוניות הללו, וכנראה גם לנוכח תוכנו של הסדר הפשרה, שלא הוצג בפני בית המשפט. מכל מקום, בית המשפט העליון החליט שבנסיבות חריגות אלה אין מקום למחוק את הערעור ויש לפסוק בו הלכה. יושם אל לב, כי בנוגע לחוקיות הסכם הפיתוח סברו הן היזמים והן הוועדה המקומית והעירייה כי הינו חוקי. המחלוקת ביניהם הצטמצמה להיקפו של הפטור מתשלום היטלי הפיתוח לו זכאים היזמים כנגד ביצוע עבודות הפיתוח בעצמם. המדינה לעומת זאת, סברה כי הסכם כזה אינו חוקי כלל ועיקר.

.29

.30 ה"ש 3 לעיל, סעיף 33 לפסק הדין.

.31 ה"ש 3 לעיל, סעיף 38 לפסק הדין.

**”פתח מסוכן למעשי שחיתות. ... לפגוע בקניינו של הפרט ללא הצדקה ועוגן מספקים.”**

ובדומה לזה מתן הפטור שלא כדין, עלול, בנוסף לגרימת שחיתות, להגביר את הנטל על אותם פרטים שאינם זוכים לפטור האמור. על רקע עקרונות אלה, בחן בית המשפט את חוקיות ההסכמים דנן באספקלריה של הוראות סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל”ג-1973.

בית המשפט העליון מצא, כי בהקשר של גביית היטל ההשבחה, פגומים ההסכמים שבין היזמים לבין הוועדה המקומית בהיותם סותרים את הוראות התוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה: ראשית, ההסכמים מתיימרים להשית את התשלום על היזמים, בגין תכנית שטרם אושרה, ובטרם מימוש הזכויות. שנית, על פי הוראות התוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה החייב בתשלום היטל ההשבחה הינו הבעלים או החוכר לדורות. כידוע, בפרשת קניית<sup>32</sup> קבע בית המשפט העליון, כי המתקשר בהסכם פיתוח עם מינהל מקרקעי ישראל אינו נחשב לחוכר לצורך קביעת החבות בהיטל השבחה. בנסיבות פרשת **זירות יוקרה**, במועד חתימת ההסכמים, טרם נחתם הסכם הפיתוח בין היזמים לבין המינהל. לפיכך קל וחומר שהיזמים דנן טרם זכו למעמד של חוכרים לדורות. שלישית, על פי סעיף 21 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה, על מינהל מקרקעי ישראל לא חל ההסדר הרגיל הקבוע בתוספת השלישית, אלא הסדר ”חלף היטל השבחה” חוזי. התשלום בו חייב המינהל נגזר מהיקף דמי החכירה הנגבים על ידו ללא קשר לעליות שווי המקרקעין כתוצאה מאישור התכנית המשביחה. אשר על כן, ההסכם שנערך בין היזמים לבין הוועדה המקומית פגום מחמת שהינו מתיימר להשית תשלום חובה באופן שונה מזה הקבוע בחוק לגבי החייב באותו תשלום.

בית המשפט העליון מצא, כי פגמים אלה צובעים את ההסדר כולו בחוסר חוקיות<sup>33</sup>. ומכאן פנה בית המשפט ליישום סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), ולעניין זה קבע בית המשפט כי<sup>34</sup>:

**”שאלת המפתח בהקשר זה היא - האם החוזה נוגד את היעדים שהחוק נועד להגשימם, עד כדי כך שיש לפסול אותו. בעניין 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.”**

32. רע”א 85/88 ”קניית” - ניהול השקעות ומימון בע”מ נ’ הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רמת-גן, פ”ד מב(4) 782 (23.2.98) ואתר מקרקעין.

33. ראוי לציין, כי בניגוד לבית המשפט המחוזי, בית המשפט העליון סבר כי הוועדה המקומית והעירייה נהגו ביזמים בחוסר הגינות, בניצול לחצם של האחרונים. שוני זה בין השקפות השופטים מעניין כשלעצמו, אולם קצרה היריעה מדיון בו, שאינו נצרך לסוגיית ההסכמים בין הרשות לבין הפרט ברמה הכללית.

34. הי”ש 3 לעיל, סעיף 48 לפסק הדין.

על שאלה זו השיב בית המשפט העליון בחיוב, באמרו כי הוראת סעיף 1 לחוק יסוד: משק המדינה הינה קוגנטית, וכי ההסכם דנן סותר אותה<sup>35</sup>. מכאן עבר בית המשפט העליון לדון בטענה המרכזית של הוועדה המקומית לפיה, אף אם דרישת תשלום היטל ההשבחה הייתה בלתי חוקית במועדה ובנסיבותיה, כי אז הסכמת היזמים לדרישה זו מכשירה את הדרישה לגופה. טענה זו נסמכה על שורה של פסקי דין<sup>36</sup>. בית המשפט העליון מתעמת ישירות עם הלכות אלה, וקובע, באופן שנחזה כשינוי מהותי של ההלכה הקיימת, כי<sup>37</sup>:

**"גישה כזו מעלה קושי ניכר... כיצד עשויה הסכמת הפרט להכשיר פעולה זו, ולנקותה מאופיה 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"... 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."**

ובהמשך הדברים<sup>38</sup>:

**"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."**

אבל -

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

35. בית המשפט אף נסמך על הוראת סעיף 13א' לתוספת השלישית, אשר נחקק במסגרת תיקון 84 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965.

36. ע"א 415/59 יהודה דוידוב נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר תל אביב יפו, פ"ד טז 648, 657-655 (18.3.62) ואתר מקרקעין; ע"א 435/68 מדינת ישראל נ' "לי-עור" בע"מ, פ"ד כג(1) 436 (24.4.69); רע"א 2911/95 יוסי אברהם, עו"ד נ' עיריית רמת-גן ואח', פ"ד נג(1) 218, 234-233 (18.1.99) ואתר מקרקעין; פרשת רובינשטיין ושות', ה"ש 26 לעיל, בעמ' 129, 134; ע"א 11371/05 המועצה האזורית באר טוביה נ' ישפרו - חברה ישראלית להשכרת מבנים בע"מ ואח', פסקה 12 (20.2.08), אתר מקרקעין.

37. ה"ש 3 לעיל, סעיף 55 לפסק הדין.

38. ה"ש 3 לעיל, סעיף 57 לפסק הדין.

**החוזים. להסכמתו של הפרט להתקשר בחוזה, ולתמורה שקיבל בעבור הסכמה זו, עשויה להיות השפעה על תוצאות אי-החוקיות במקרה נתון.**<sup>39</sup>

כאמור לעיל, בהסכמים שנכרתו בין היזמים לבין העירייה התחייבו היזמים לבצע עבודות פיתוח במקרקעי הפרוייקט<sup>40</sup>, ואילו העירייה התחייבה לפטור את היזמים באופן חלקי, מתשלום היטלי הפיתוח הקבועים בחוקי העזר השונים העוסקים באותן עבודות פיתוח ואגרות בנייה. שאלת חוקיותו של הסדר זה הועלתה מיזמתו של בית המשפט העליון, משום "תיקון עולם" ו"חשיפת פרקטיקות פסולות". הצדדים עצמם, קרי היזמים והעירייה, היו חלוקים רק באשר להיקפו של הפטור האמור. אנו מייחסים לעובדה זו חשיבות רבה, באשר עולה ממנה לכאורה זהות אינטרסים והשקפות בין הרשות לבין הפרט באשר לרציות הסדרים מסוג זה. בית המשפט העליון אף "חתר למגע" וחיידד את הבדלי ההשקפות בדרך של זימון היועץ המשפטי לממשלה מחד ומרכז השלטון המקומי מאידך - להביע את עמדותיהם בסוגיה זו.

גם כאן, נקודת המוצא של בית המשפט העליון בבוחנו את חוקיות ההסכם, הינה הוראת סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה. ומסקנתו חד משמעית ורחבה<sup>41</sup>:

**"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."**

וגם כאן, חוזר בית המשפט העליון, בשינוי נוסח, על אותה הנמקה נורמטיבית עליה התבסס בהכרעתו בעניין חוקיות ההסכם בעניין היטל ההשבחה<sup>42</sup>:

**"הטעם לכלל זה נעוץ בעקרון השוויון, ובחשש כי הקלה עם האחד תביא עימה הכבדה על האחר, ואף פגיעה בקניינו."**

באופן ספציפי מצביע בית המשפט על הקושי לאמוד את עלות ביצוע מטלות הפיתוח בידי היזמים, ועל החשש, כי האפשרות לערוך הסדרי "ברטר" מהסוג דנן<sup>43</sup> -

**"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."**

39. שם.

40. סלילת כבישים ומדרכות, התקנת ביוב ותיעול והתקנת צנרת מים.

41. הי"ש 3 לעיל, סעיף 64 לפסק הדין.

42. שם, סעיף 65 לפסק הדין.

43. שם, סעיף 66 לפסק הדין.

בית המשפט העליון מציין, כי העיריה ומרכז השלטון המקומי העלו בפניו טיעונים באשר לתועלות הגלומות בהסדרים דן. פסק הדין אינו מפרט טיעונים אלה, ומסתפק באמירה כי<sup>44</sup>:

**”התועלת שבהטלת ביצוע עבודות הפיתוח על היזם עדיין אינה מאיינת את הפגם שבמתן פטורים מתשלומי חובה שלא על פי דין.”**

יחד עם זאת בית המשפט מותיר סדק לביצוען של עבודות הפיתוח בידי יזמים, ובתנאי שהתקשרות העיריה עם יזמים תעשה בדרך של מכרז ולחילופין, בפטור ממכרז אם מתקיימות הוראות סעיף 198 לפקודת העיריות ותקנה 3 לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ”ח-1987. הואיל ואין חולק שההתקשרות עם היזמים במקרה דן לא נעשתה בהתאם להוראות דין אלה - קבע בית המשפט כי ההסכמים פסולים גם בחלקם העוסק בהיטלי ובעבודת הפיתוח.

על יסוד קביעותיו הנ”ל קיבל בית המשפט העליון את הערעור וקבע, כי ההסכם בין היזמים לבין הוועדה המקומית והעיריה בעניין היטלי ההשבחה והפיתוח בטל מחמת פסלותו<sup>45</sup>. לעומת זאת, הסכם הפיתוח בין היזמים לבין המינהל יוותר תקף, ובמקום האישורים שניתנו על ידי גורמי העיריה, אשר פקעו יחד עם ההסכם שהולידם, תעמוד בתוקפה התחייבות היזמים לשפות את המינהל בגין כל חיוב בהיטל השבחה או היטלי פיתוח שיוטלו על המינהל בגין הפרוייקט<sup>46</sup>.

העיריה והוועדה המקומית הגישו בקשה לקיום דיון נוסף<sup>47</sup>. הבקשה נדחתה, על פני הדברים מחמת אי עמידתה באמות המידה המחמירות מאוד לקיום דיון נוסף. יחד עם זאת, יש בהחלטה היבט מעניין לדיוננו אנו: פסק הדין של בית המשפט העליון קבע, בניגוד להלכות קודמות, כי הסכמה חוזית אין בכוחה לרפא חריגה מעקרון חוקיות המינהל. בהחלטתו לדחות את הבקשה לקיום דיון נוסף “מעגל” ו”מרכז” המשנה לנשיאה את הפינות החדות של פסק הדין, ומייחס את התוצאה לנסיבות

44. שם, סעיף 68 לפסק הדין.

45. בית המשפט דן בשאלה האם ניתן להפריד את החיובים השונים הכלולים בהסכם ולקיים את חלקם, והגיע למסקנה שהדבר אינו אפשרי. בית המשפט אף דן בשאלה, אם לנוכח העובדה שהעיריה קיימה את חיובה ליתן את האישורים, יש מקום להורות על קיום החיובים הנגדיים של היזמים, חרף אי חוקיות ההסכם. גם על שאלה זו השיב בית המשפט בשלילה. דיון זה חורג מתחומי ענייננו כאן.

46. השופטת חיות הסתייגה מפסק הדין העיקרי בנקודה אחת: לטעמה, די בהכרזה על בטלות ההסכמים שבין היזמים לעיריה ולוועדה המקומית ולא ראוי במסגרת הנוכחית, לקבוע מסמרות בנוגע לתוקפו של הסכם הפיתוח בין היזמים לבין המינהל. זאת משום שסוגיה זו לא התבררה לעומקה בהליך הנוכחי ובעיקר משום, שהשופטת חיות תלתה ביזמים את שורש הרע: להם, ורק להם, האינטרס הכלכלי להזדרז ולהיכנס בשער ההולך וננעל של החלטת מועצת מקרקעי ישראל 611. בגלל חיפזון זה נזקק המינהל לדרוש מהיזמים להמציא אישור חריג ונושא פני עתיד מהעיריה ומהוועדה המקומית, ובגלל הצורך להמציא אישור זה - נולד ההסכם הפסול. דומה שהשופטת חיות חשה אי נוחות למראה השורה התחתונה של פסק הדין כולו: היזמים יצאו ורוב תאוותם בידם.

47. דניא 5547/11 צבי גור אריה ואח’ נ’ דירות יוקרה בע”מ ואח’. החלטת המשנה לנשיאה, א. ריבלין (4.1.12), אתר מקרקעין (שמו של ראש עיריית יבנה הוא צבי גור-ארי, הטעות במקור).

המיוחדות של המקרה דנן, בהן ניצלה הרשות את מצוקת היזמים<sup>48</sup>. יש הסבורים, כי על רקע הדברים שנכתבו בהחלטתו של הנשיא גרוניס אין לראות בפסק הדין של בית המשפט העליון משום הלכה ברורה וסופית בסוגיה דנן<sup>49</sup>.

הדיון הארוך והפרטני שקיים בית המשפט העליון בסוגיית אי חוקיותם של ההסכמים שנכרתו בין היזמים לבין העיריה והוועדה המקומית, והאזהרות הכלולות בו באשר לסיכונים הגלומים בהסכמים מסוג זה, דווקא חושפים את חוסר האיזון בדיון זה והיעדרו הכמעט מוחלט של ה"אידך גיסא" - הטיעונים ושיקולי המדיניות התומכים בקיומן של התקשרויות בין יזמים לבין רשויות מקומיות, ובצורך לאפשר גמישות בעריכתם של ההסכמים כאלה. בית המשפט אף נמנע לחלוטין מדיון באמצעים למיתון ומניעה של הסיכונים עליהם הוא מצביע. בהמשך הדברים ננסה למלא מעט חוסר זה.

### ג. פרקטיקות של מיקוח תכנוני בישראל

בפועל, מתנהלות הרשויות המקומיות והוועדות המקומיות אל מול יזמים ובעלי מקרקעין, בשורה ארוכה של נוהלים ונוהגים הכוללים מיקוח והסכמים. חלקם אינו נוגע ישירות לתכנון ועיצובן של תכניות בניין עיר<sup>50</sup> אך חלקם, בדומה להסכם שנדון בפרשת **יצחק אלחנן**, משפיעים ישירות על תכניות בניין עיר, וככאלה משפיעים על מרקם המגורים והחיים בערים.

דוגמה בולטת להתקשרויות מסוג זה מהווים הסכמי **המטלות הציבוריות**. בדפוס זה של ההסכמים מתנה הוועדה המקומית את תמיכתה ביזמת בעלי מקרקעין להגדיל את זכויות הבנייה על מקרקעיהם, בהתחייבות היזמים לבצע או לממן מטלות ציבוריות.

48. ודומה, כי בנקודה זו מצביע המשנה לנשיאה על נרטיב חלופי, שונה לחלוטין מזה ש"סיפרה" השופטת פרוקצ'יה:

"ניתן לנתח את עובדות המקרה ככוללות יזמים עשירים מחברות מובילות במשק, אשר מיוצגים על-ידי עורכי דין בכירים, וביקשו להפעיל לחץ על העירייה על-מנת לזכות, לפני משורת הדין, באישורים שיסייעו להם לנצל הוראות מקלות של המינהל בטרם יבוטלו בשל אי-חוקיותן. בהמשך - כך ניתן לסבור - אלו אף הרהיבו עוז לחזור בהם לאחר מעשה בטענה כי המהלך שהם עצמם הובילו נגוע באי-חוקיות. נדמה כי ניתוח עובדתי דומה היה מנת חלקו של בית המשפט המחוזי", שם בסעיף 5 להחלטה.

49. ראו לדוגמה מאמרו של עו"ד רון צין: "הלכת דירות יוקרה - האמנם הלכה היא?", **מקרקעין** יב/6 (נובמבר 2013), בעמוד 104 ואתר מקרקעין.

50. כך לדוגמה הסכמי הפיתוח אשר נדונו בפרשת **דירות יוקרה**, בהם מאפשרות רשויות מקומיות ליזמים לבצע בעצמם את עבודות הפיתוח, חלף תשלום היטלי הפיתוח החוקיים. ראו עופר שפיר, **הסכמי פיתוח**, נבו הוצאה לאור, 1998, פרק 7 סימן ג', וגם עע"ם 2314/10 **עיריית ראש העין נ' אשד נכסים בע"מ** (24.6.12), אתר מקרקעין, וכן הסכמים שנוגעים להיטל השבחה כגון זה שנדון בפרשת **ימק"א** - בג"ץ 2758/01 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים ואח'** (25.3.04), אתר מקרקעין.

לאחרונה, בפרשת **סביוני רמת אביב**<sup>51</sup> נדון מקרה בו ביקשו היזמים להגדיל את מספר יחידות הדיור במתחם, מ-332 שהותרו על פי התכנית המקורית, ל-400. העיריה התנתה את תמיכתה בתכנית בהתחייבות היזמים לממן הקמת 4 מבני ציבור, במקומות שונים בעיר<sup>52</sup> בהיקף של כ-9.5 מיליוני דולרים<sup>53</sup>. בית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב קבע, כי הסכם מטלות ציבוריות שנכרת בין עיריית תל אביב לבין יזמי הפרוייקט - הינו בטל. בית המשפט הסתמך מפורשות על **הלכת דירות יוקרה**<sup>54</sup>.

יש לשים לב, כי על פי המצב המשפטי כיום<sup>55</sup> כמעט כל תכניות בניין העיר נשוא הסכמי הפיתוח הינן תכניות בסמכות הוועדה המחוזית. אשר על כן, ה"תמורה" אותה יכולה להציע הרשות המקומית כנגד מטלות הפיתוח דן היא "תמיכה" בשינוי התכנוני המוצע. לפיכך, ניסוח טיפוסי בהסכמי פיתוח של עיריית תל אביב יפו כולל את הפסקאות דלקמן:

**"היזם מצהיר כי העיריה הציגה בפניו מראש את הצורך בביצוע משימות פיתוח הקשורות לאזור ההשפעה של התכנית, לשם הוצאת התכנית אל הפועל... הוא מתחייב לשאת בסכום המימון במלואו ואין ולא תהיה לו כל טענה כלפי העיריה לעניין עצם החיוב ו/או אופן חישוב ובלבד שלא יעלה על 10% מסכום היטל ההשבחה בגין התכנית.**

**... בהתבסס על ההתחייבות הנ"ל המליצה הוועדה המקומית לתכנון ובנייה תל אביב יפו להפקיד תכנית בניין עיר חדשה..."**

בסקירה שנערכה במכון לחקר העיר בטכניון<sup>56</sup> נסקרו חמישה הסכמי פיתוח שנערכו בעיר תל אביב יפו<sup>57</sup>. ההסכמים נבחנו על פי שני קריטריונים: מועילות - קרי התועלת הציבורית של ההסכם, והוגנות והגיעו למסקנה כי<sup>58</sup>:

**"באופן פוטנציאלי ככלל, ההסכמים היוו כלי יעיל להשגת מטלות הציבוריות מהיזמים... עיריית תל אביב מצידה פעלה, ברוב המקרים, באופן הוגן ומועיל ומילאה את התחייבויותיה לפי ההסכמים... אחת התרוממות העיקריות של**

- 
51. הי"פ (ת"א) 12-12-50834 נכסי רמת אביב בע"מ (בפירוק מרצון) נ' עיריית תל אביב יפו ואח', פסק הדין של השופטת ד"ר דרורה פלפל (20.5.14), אתר מקרקעין.
52. לאו דווקא במתחם נשוא השינוי התכנוני.
53. לימים שונה ההסכם, וחלף הקמת מבני הציבור התחייבו היזמים לשלם את הסכום האמור לקופת העיריה.
54. ולשם השוואה, לפני הלכת דירות יוקרה: ע"א 8688/06 חיימה (חיים) ברודנו ואח' נ' עיריית תל אביב, פסק הדין של בית המשפט העליון (31.1.10), אתר מקרקעין.
55. אשר צפוי להשתנות לאור ההסדרים הקבועים בתיקון 101 לחוק התכנון והבנייה בנוגע להרחבת סמכויות ועדות מקומיות בתחום התכנון.
56. אביבה צוברי ורחל אלטרמן, **בין מטרות ציבוריות למטלות פרטיות הסכמים בין יזמים לרשויות התיכנון - הדוגמה של תל אביב**, המרכז לחקר העיר והאזור הטכניון - מכון טכנולוגי לישראל הפקולטה לארכיטקטורה ובינוי ערים חיפה הטכניון, חיפה 2008.
57. בית קלקא, בית אפריקה ישראל, מתחם תע"ש רביבים, שכונת המשלה ומתחם ריב"ל.
58. הי"ש 56 לעיל, בעמוד 121 ואילך.

**ההסכמים היא, שהם איפשרו אספקת שירותי ציבור נאותים בפרויקטים גדולים של מגורים. אילמלא המימון הנוסף לשירותים הציבוריים היתה הקמת שכונות אלה עלולה להדחות בשנים רבות.**"

פרקטיקה זו אינה נחלתה של עיריית תל אביב יפו בלבד. במחקר מקיף שפרסמה לאחרונה רונית לוי-שנור<sup>59</sup> היא סקרה לא פחות מ-39 פרויקטים ברחבי העיר ירושלים אשר התבססו על הסכמי פיתוח מטיפוסים שונים.

הסדר דומה להסכמי הקמת מבני ציבור בא לידי ביטוי בתכניות בניין עיר, המתנות מימוש זכויות על פי התכנית, בהעברה ללא תמורה של שטחים בנויים על שם העיריה. כך לדוגמה בסעיף 10.1.2 לתכנית תא 3319 מתחם יצחק שדה בתל אביב יפו<sup>60</sup>:

**"ניתן להמיר שטחים בין תעסוקה למגורים, כך שעד 20% מהשטח העיקרי הבנוי... המיועד לתעסוקה יומר למגורים. מתוך השטח המומר למגורים 10% יוקצו לצרכי ציבור, ובלבד שבכל מגרש המבקש המרה לא יהיו פחות מ-20 דירות. במקרה של המרת תעסוקה למגורים יירשמו שטחי הבנייה המיועדים לצרכי ציבור על שם העירייה ללא תמורה."**

על פי תכנית 3319 הנ"ל, דרישת העיריה לקבלת שטחים בנויים מותנית בבחירת היזמים להמיר שטחים לשימוש הנתפס בעיניהם כעדיף. לעיתים "נגיסת" העיריה בשטחים הבנויים מהווה תנאי לעצם מימוש הזכויות על פי התכנית. כך לדוגמה תכנית 3419 בתל אביב יפו<sup>61</sup>, המסדירה הקמת מגדל רב שימושים ליד מרכז העסקים הראשי של העיר. בסעיף התכליות המותרות נכלל:

**"שטח בנוי לצרכי ציבור בהיקף שלא יפחת מ-600 מ"ר בתוספת שטחי שירות בהתאמה, שמהווים חלק מההפרשה לצורכי ציבור של התכנית. הוועדה המקומית תקבע את תכליות השטחים הציבוריים הבנויים ע"פ צרכי הציבור בסיבה והמגבלות הנובעות מאופי הבינוי. השטחים הציבוריים ייבנו ע"י מבקש ההיתר ועל חשבונו, בהתאם להסכם שיחתם עם העיריה וירשמו ללא תמורה על שם עיריית תל אביב יפו בלשכת רישום המקרקעין, כיחידה נפרדת במסגרת רישום הבית המשותף."**

אכן, ניתן לקבוע בתכנית מפורטת הוראות בדבר הפקעת שטחים לצרכי ציבור, ולתכליות מסוימות ובשיעור מוגבל מתיר חוק התכנון והבנייה גם הפקעה ללא

59. רונית לוי-שנור, החוק, החוזה והתכנון העירוני - היבטים משפטיים של הסכמי פיתוח בין רשויות מקומיות לזימים פרטיים מחקרי פלורסהיימר, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2013. במחקרה סוקרת לוי-שנור לעומק את הדין הקיים ומציעה פרשנות ממתנת להלכת דירות יוקרה. הואיל ודיונה של לוי-שנור ממוקד בעיקר בחיובים כספיים, קצרה היריעה כאן מפירוט מלא של טיעונה.

60. פרסום תוקף ברשומות 28 בנובמבר, 2005, י.פ. 5463.

61. פרסום תוקף ברשומות 24 בנובמבר, 2009, י.פ. 6036.



תמורה. אפס - לא מצינו בחוק התכנון והבנייה הסמכה לחייב בעלים פרטי להקים על חשבוננו מבנים עבור העיריה.

טיפוס נוסף של הסכמים המשפיעים על התכנון העירוני הינם **הסכמי ניווד זכויות בנייה**.

סעיף 10.7 לתכנית השימור של העיר תל אביב יפו תא 2650ב<sup>62</sup> קובע:

**"במבנים לשימור עם הגבלות מחמירות, הוועדה המקומית רשאית להתיר העברת זכויות הבניה למגרש אחר (להלן: "מגרש מקבל"). ההעברה כאמור תיעשה באמצעות תכנית בסמכות ועדה מקומית."**

הזכויות הניתנות להעברה הינן יתרת השטחים מכוח התכניות התקפות שלא נוצלו במבנה המגרש לשימור, וכן תמריצים לביצוע עבודות השימור, אשר מקנה נספח ה' לתכנית<sup>63</sup>. בהמשך מגדיר הסעיף את שיקול הדעת של הוועדה המקומית:

**"הוועדה רשאית, בהמלצת מהנדס העיר, שלא להתיר העברת זכויות למגרש מקבל מסוים, או להגביל את זכויות המועברות אליו, אם נוכחה כי התוספת למגרש מקבל עלולה לפגוע בעיצוב הרחוב והסביבה של אותו מגרש או להוות מטריד לדיירי הסביבה."**

גם הליך חישוב השטחים המותרים לניוד מותר שיקול דעת נרחב לוועדה המקומית<sup>64</sup>. לנוכח ערכן הגבוה של זכויות בנייה במרכז העיר תל אביב יפו, בה מרוכזים רוב המבנים שיועדו לשימור, ברי כי למרחב שיקול הדעת בו אוחזת הוועדה המקומית משמעות כלכלית כבדת משקל ולמעשה, גם כאן, לוועדה המקומית כוח מונופוליסטי כלפי היזמים הפרטיים, הן בעלי המבנים שיועדו לשימור והן בעלי המגרשים המקבלים. יחד עם זאת, אין ספק שמנגנון ניווד הזכויות, והפעלתו בדרך של תכנית בסמכות ועדה מקומית, תרמו תרומה משמעותית ביותר לתנופת שימור המבנים בעיר וליצירת מתחמים בעלי מרקם ייחודי<sup>65</sup>.

מנגנון של ניווד זכויות נכלל גם בתכנית המתאר הארצית 38 לחיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה<sup>66</sup>. סעיף 20 לנוסח המקורי של התכנית קבע כי:

62. פרסום בעיתונות לתוקף 4 בספטמבר, 2008 י.פ. 5846.  
 63. נספח ה' כולל תמריצים מגוונים ובהם תוספת שטחים לניוד המחושבת כפונקציה של שווי המבנה שיועד לשימור, תמריצים לזירוז עבודות השימור, תמריץ להכנת תיק תיעוד ועוד.  
 64. מעבר לתחשיב התמריצים, נערך תחשיב של יחס שווי מ"ר מבונה במגרש המקבל, אל מול שווי מ"ר מבונה במגרש המבנה לשימור. תחשיבים אלה נערכים על ידי שמאי מקרקעין מטעם הוועדה המקומית.  
 65. ראו אייל סלינגר, **כלכלת שימור מבנים בעלי ערך תרבותי היסטורי: העיר הלבנה תל אביב**, חיבור על מחקר לשם מילוי חלקי של הדרשות לקבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, הטכניון 2011.  
 66. דומה שלאחר תיקון 2 לתמ"א 38 צריך היה לשנות את כותרת התכנית, באשר היא מסדירה כיום גם הריסה ובנייה של מבנים חדשים וממוגנים.

**”זכויות הבניה על פי תכנית זו, מותנות בחיזוק מבנים אליהם הן מתווספות כנגד רעידות אדמה, והן אינן ניתנות להעברה או לניצול לכל מטרה אחרת.”**

בתיקון 3 לתמ"א 38 הוסף סעיף 20א' הקובע:

**”על אף האמור בסעיף 20, מוסד תכנון<sup>67</sup> יהיה רשאי לאשר תכנית לתוספת זכויות בניה במגרש או במגרשים אחרים, שלא על מבנה שבנוי בפועל, אם התכנית כוללת בתחומה מבנה או מספר מבנים שהתכנית קובעת את חיזוקם בפני רעידות אדמה, ובתנאי שהתקיימו כל התנאים הבאים...”**

ובין היתר:

**”הונחה בפני מוסד התכנון חוות דעת שמאית/כלכלית המפרטת את עלות ביצוע החיזוק והעבודות נלוות במבנים לחיזוק, וחוות דעת שמאית/כלכלית המעריכה את שווי תוספות הבניה... חוות הדעת תבחן ע"י שמאי מקרקעין של מוסד התכנון המפקיד את התכנית בטרם דיון בתכנית לקראת הפקדתה.”**

גם כאן היקף שיקול הדעת, וכנגזרת ממנו - הכוח המונופוליסטי, של הוועדה המקומית הינו כבד משקל. לוועדה המקומית השפעה הן לגבי בחירת מגרש המקור והן בחירת המגרש המקבל, וכן לגבי קביעת הערכים לפיהם יחושבו השטחים ה"מנוידים". מן הצד השני, גם כאן קשה לחלוק על התועלת הציבורית שעשויה לצמוח ממימושו של סעיף 20א' דנן. הפעלת הסעיף תאפשר מימון חיזוק מבנים במקומות בהם לא רצוי להעצים את היקף הבנייה. זהו למעשה הסכם תכנון לכל דבר - הענקת זכויות בנייה חדשות כנגד ביצוע מטלה ציבורית<sup>68</sup>.

דוגמה נוספת מהווה תכנית מתאר תא/2597א' "מגורים במרכז קהילתי רמז - ארלוזורוב"<sup>69</sup>. תכנית זו שינתה ייעוד קרקע עירונית בשטח של כשלושה דונמים בצפון תל אביב, ממבני ציבור ושטח ציבורי פתוח למגורים. התכנית קבעה כי ניתן להקים במקום מגדל מגורים בן 30 קומות ובו 108 יחידות דיור, בשטח כולל של כ-19 אלף מ"ר. ייחודיות התכנית בסעיף התנאים למתן היתר בנייה על פיה, הקובע, כי מחצית מהתקבולים שינבעו משיווק ומכירת זכויות הבניה ישמשו "לרכישת קרקעות לצרכי ציבור בדרום העיר באזורים החסרים בשטחים אלה" ואילו המחצית השנייה תשמש לביצוע "משימות השימור בהתאם לתכנית השימור מספר תא/2650/ב". התכנית אף

67. ככל הנראה, ובניגוד למנגנון שנקבע בתכנית השימור, ניווד זכויות על פי תמ"א 38 יצריך תכנית בסמכות ועדה מחוזית.

68. ראו מיכה גדרון ואהרן נמדר, תמ"א 38 (כולל שינוי מס' 3), חושן למשפט, תשע"ב-2012, עמוד 298, הי"ש 3.

69. התכנית פורסמה למתן תוקף בי.פ. 5971 ביום 29 ביוני, 2009.

קבעה, כי הקצאת התקבולים תהיה "לחשבונות ייעודיים שיוקמו עבור מטרות אלה"<sup>70</sup>.

לאחר אישור התכנית, עיריית תל אביב מכרה את המגרש ליזמים פרטיים תמורת 305 מיליון ש"ח<sup>71</sup> והקימה קרנות לביצוע המשימות המפורטות בתכנית. אחת מאלה היא קרן הסכמי השימור המאפשרת מנגנון סיוע עירוני למימון עבודות השיפוץ של מבנים שיועדו לשימור בהגבלות מחמירות. בעלי הנכסים המבקשים לקבל סיוע מהקרן, נדרשים לחתום על הסכם "מימון מקדים" עם העיריה בו הם מקבלים תמורה עבור יתרת זכויות הבנייה והתמריצים המגיעים להם על פי הוראות תכנית השימור ומנגד הם מתחייבים לבצע את שימור המבנה. זכויות הבנייה ינויידו למגרש אחר באמצעות תב"ע בסמכות ועדה מקומית. כך, "העירייה מסייעת בפתרון הקושי אשר נוצר לעיתים בתהליך העברת הזכויות בקרב בתים משותפים וכן מגשרת על בעיית פערי הזמן הקיימת בין ביקוש להיצע"<sup>72</sup>. ברי, כי המנגנון כולו פותח משרעת רחבה של אירועי מיקוח בין העיריה לבין בעלי מקרקעין ויזמים, ומציב את העיריה בעמדת כוח במיקוחים אלה.

דוגמה קיצונית עוד יותר לרוחב יריעת הסכמי התכנון בהם נוקטת עיריית תל אביב יפו היא ההסכם אשר גובש בנוגע לפרוייקט קולנוע תל אביב<sup>73</sup>. חברה יזמית רכשה את המבנה ההיסטורי של קולנוע תל אביב, סמוך לכיכר דיזנגוף. הואיל והמבנה הישן ניצב על מגרש גדול יחסית, שאפה החברה לשנות את ייעוד המגרש על מנת להקים עליו מגדל. אפס - בדיקה שערכה החברה מול הוועדה המקומית העלתה, כי זו האחרונה מעוניינת לשמר את המרקם האורבני הנמוך הקיים בסביבה ולכן היא תתנגד לתכנית המגדל, אשר על כן:

**"בחנה החברה, יחד עם עיריית ת"א קידום תוכנית לפיה תוכל החברה לעשות שימוש בזכויות רעיוניות אשר היו נובעות לה אם וככל שהייתה מאושרת תב"ע של 300% למתחם קולנוע תל אביב למקרקעין אחרים..."<sup>74</sup>**

החברה דיווחה, כי הגיעה להסכמה עם העיריה כי זכויות הבנייה ה"רעיוניות" הללו, ינוצלו במגרש במתחם חסן ערפה, בפינת הרחובות המסגר ויצחק שדה. ואכן, בחודש אוגוסט 2013, פורסמה למתן תוקף תכנית תא 3887, אשר מימשה הסכמה זו הלכה למעשה. למעשה תכנית זו, ביצעה "ניוד" של זכויות בנייה "וירטואליות" שלא היו

70. לכאורה, עולה השאלה מדוע זקוקה העיריה למימון "משימות שימור"? שהרי החובה לבצע ולממן את שימור המבנים מוטלת על בעלי מבנים אלה: ככל הנראה הכוונה הייתה למימון פיצויים לפי סעיף 197 לחוק.

71. המכירה אושרה על ידי מועצת העיר ה-19, בישיבתה מספר 22 מיום 22 במרס, 2010. מפרוטוקול הדיון עולה, כי לכתחילה העריכה העיריה את שווי זכויותיה במגרש בסכום נמוך בהרבה - 188 מיליון ש"ח.

72. מתוך אתר עיריית תל אביב יפו: <http://www.tel-aviv.gov.il/Tolive/development/Pages/assistingfunds.aspx>

73. מקור המידע הינו דיווח לרשות ניירות הערך ולבורסה לניירות ערך בתל אביב, אשר הוגש ביום 31 בינואר, 2011 על ידי חברת אירו-סאט השקעות בע"מ.

74. שם.

קיימות מעולם! וכל זאת על יסוד הסכם תכנון ששאף להשיג יעד תכנוני מוגדר לגבי מגרש קולנוע תל אביב.

לבסוף נזכיר, כי גם חוק התכנון והבנייה מכיר בפרקטיקות של הסכמים בין הרשויות לבין בעלי מקרקעין. כך לדוגמה ברכישת מקרקעין על ידי רשות מקומית "בביצועה של תכנית" כאמור בסעיף 195 לחוק, ורכישת מקרקעין "תחת איום ההפקעה"<sup>75</sup>.

#### ד. הסכמי פיתוח במדינות אחרות

השימוש בהסכמי התכנון רווח במדינות מפותחות רבות, ונתפס ככלי לגיטימי ומועיל, שיש להפעילו בזהירות לנוכח הסיכונים הגלומים בו. אלתרמן וצוברי<sup>76</sup> מצאו, פרקטיקות של הסכמי תכנון בארה"ב, בריטניה צרפת ושוודיה.

בארה"ב החלה מגמת הפרטה כפוסט טראומה של מלחמת וייטנאם ופרשת ווטרגייט, קרי העברת מוקד האמון מהמדינה אל הסקטור הפרטי. אלתרמן וצוברי מצאו, כי בנוסף, להתרחבות השימוש בהסכמים תרמו שלוש תפיסות<sup>77</sup>:

**"האחת - התפישה, לפיה כל פיתוח מביא להשלכות חברתיות על התושבים הקיימים ולכל פרויקט יש השפעות חיצוניות סביבתיות שיש לטפל בהן. השנייה - ההבנה שניתן לדרוש טיפול זה מהיזם המפתח את השכונה מבלי שהעול הכלכלי ייפול על הרשות המקומית והשלישית - ההבנה שהיזמים ייכנסו ברצון להסכמים עם רשויות התיכנון כל עוד לא נפגעת רווחיות הפרויקט וכל עוד הם יכולים להשיג לעצמם הישגים בדמות קיבוע זכויות בקרקע. תופעה זו הביאה להתפתחות של משא ומתן בין יזמים ובין רשויות התיכנון ולהופעתם של הסכמים. בהסכמים אלו, שגובשו בדרך של משא ומתן בין הצדדים, הוגדרו מטלות היזמים ביחס לדרישה של רשויות התיכנון, מחד, והובטחו זכויותיהם של היזמים בקשר לפרויקט המתוכנן, מאידך."**

אלתרמן וצוברי ציינו, כי במדינות רבות בארה"ב קיימים חוקים המסדירים את התשתית המשפטית לעריכת הסכמי פיתוח ותכנון והם אכן נערכים, תוך השתתפות מטלות ציבוריות שונות על יזמים. המינוח המקובל לנטלים הנדרשים מהיזמים הינו - Exactions אולם חרף הקונוטציה השלילית של המושג, חוקיות ההליך נבחנת בכל מקרה ומקרה על פי אמות המידה של סעיף ההגנה על הקניין בחוקה האמריקאית<sup>78</sup>, לאמור - האם מדובר בנטילה שלטונית אם לאו. כלומר, הבחינה

75. ע"א 6663/93 יוסף צאיג ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון-לציון ואח', פ"ד נה(1) 49 (2.12.99) ואתר מקרקעין.

76. ראו ה"ש 56 לעיל.

77. שם, בעמוד 8.

78. התיקון החמישי לחוקה:

"nor shall private property be taken for public use, without just compensation"

המשפטית אינה ממוקדת בעצם הלגיטימיות של הסכמי תכנון ופיתוח, אלא בשאלה האם הסכם מסוים פגע בזכות הקניין החוקתית של בעל המקרקעין.

אמות המידה לשאלה האמורה נבחנו בשורה של פסקי דין של בית המשפט העליון של ארה"ב אשר בדקו דרישות תכנוניות שהציבו רשויות בפני בעלי מקרקעין. בפרשת **Nollan**<sup>79</sup> נקבע עקרון ה-Nexus לפיו חייב להיות קשר ענייני בין המטרה לשמה הוענקה לרשות המקומית סמכות, לבין הדרישה שאותה רשות מטילה על הפרט. בפרשת **Dolan**<sup>80</sup> נקבע, שאף אם הדרישה התכנונית עומדת בדרישת ה-Nexus עליה להיות מידתית - Rough Proportionality קרי, יש להבטיח יחס סביר בין התועלת שתנבע לציבור מהתנאי התכנוני לבין הנזק שיגרם לפרט הימנו. לאחרונה, בשנת 2013, פסק בית המשפט העליון של ארה"ב בפרשת **Koontz**<sup>81</sup>, כי התנאים שנקבעו בהלכות **נולן ודולן** חלים גם אשר הרשות המקומית אינה מסרבת כליל ליתן את ההיתר המבוקש וגם כאשר הרשות המקומית מתנה את מתן ההיתר בתשלום כספי, להבדיל מתנאי תכנוני.

דוגמה עדכנית לתהליך מיקוח תכנוני בארה"ב מהווה פרויקט Atlantic Yards בברוקלין, ניו יורק. הפרוייקט תוכנן על חטיבת קרקע גדולה, כ-89 דונם בלב רובע ברוקלין. יזם פרטי רכש חלק ניכר מהשטח, והיתרה הופקעה על ידי העירייה. התכנית כוללת מגוון שימושים ובהם אולם ספורט גדול, בנייני מגורים, משרדים ומסחר; במהלך כעשר שנים התנהלו מאבקים משפטיים נגד התכנית ונגד הליכי ההפקעה הנובעים הימנה<sup>82</sup>. על מנת למתן את ההתנגדות ניהל היזם משא ומתן עם ארגון Acron אשר ארגן וייצג את תושבי האזור. בסופו של יום נכרת הסכם בין היזם לבין נציגי הקהילה<sup>83</sup>, בו התחייב היזם שכמחצית מהיחידות במבני המגורים ישמשו לדיוור בהישג יד. חלק נוסף משטחי המגורים ישמש לאוכלוסייה מבוגרת. היזם התחייב להעסיק בפרוייקט מיעוטים ונשים בשיעורים שנקבעו בהסכם ולבסוף - היזם התחייב להקים שטח ציבורי פתוח רחב ידיים<sup>84</sup>. הסכם זה הבטיח את תמיכת נציגי הציבור החברים בוועדות התכנון והביא לאישורה של התכנית.

- 
79. *Nollan v. California Coastal Comm'n*, 483 U. S. 825. באותו עניין ביקש נולן לבנות בית על חלקתו שעל חוף האוקיינוס בקליפורניה. הרשות המקומית התנתה את הסכמתה בכך שנולן יפריש חלק ממגרשו לטובת מעבר הולכי רגל בחוף. בית המשפט העליון פסק, שסמכות הרישוי הוענקה לרשות המקומית באותו מקרה כדי להבטיח נוף פתוח מהכביש הראשי לכיוון הים, ולא כדי ליצור דרכים ציבוריות בחוף. לפיכך הדרישה מנולן מהווה נטילה שלטונית ואינה תנאי תכנוני לגיטימי.
80. *Dolan v. City of Tigard*, 512 U. S. 374. באותו מקרה ביקשה דולן להרחיב את בית העסק שלה אשר גבל בנהר המקומי. הרשות המקומית התנתה את הסכמתה בהפרשת דרך ציבורית לאורך הנהר. בית המשפט העליון מצא, כי דרישת ה-Nexus מתקיימת, אולם אין יחס סביר בין הנזק הכבד שיגרם לדולן מהפרשת חלק ממגרשה, לבין התועלת הצנועה שתיווצר לציבור מאותו מעשה תכנוני.
81. *Koontz v. St. Johns River Water Management District*, 568 U.S. (2013).
82. בשנת 2005 קבע בית המשפט העליון של ארה"ב כי הפקעת מקרקעין לצורכי שיקום כלכלי של אזור מוזנח וירוד עונה לדרישה החוקתית של "מטרה ציבורית": *Kelo V. City Of New London*, 545 U.S. (2005). הלכה זו עוררה התנגדות ציבורית עזה והגבירה את המודעות לסוגיית הנטילה השלטונית.
83. אחת המחלוקות הקשות שהתעוררו בהקשר להסכם זה נגעה להגדרת המושג "קהילה" ותיחום הזכאים ליהנות מתועלות ההסכם שגובש.
84. לתיאור המאבק הציבורי והמשא ומתן ראו:

טיפוס ההסכם אשר נכרת בנוגע לפרוייקט Atlantic Yards מכונה בארה"ב - Community Benefit Agreement ובקיצור - CBA<sup>85</sup>. הדעה המקובלת הינה שהסכמים כאלה הם לגיטימיים ואכיפים, אולם עד כה לא הגיע הנושא להכרעה שיפוטית בערכאות גבוהות.

גם **בבריטניה** התפתחה מגמת ההפרטה במקביל לתהליכים פוליטיים - תקופת שלטונה של מרגרט תאצ'ר. גם שם מצאו אלתרמן וצוברי<sup>86</sup> כי:

**"מסוף שנות ה-80 עברה האחראיות לאספקת שירותי ציבור מהשילטון המקומי אל היזמים הפרטיים והמתכננים ומקבלי החלטות עברו מהססנות ביחס לגיטימיות של ההסכמים לתמיכה במהלכים אלה ככלי תיכנוני לשיפור ההוגנות החברתית. בדומה לארה"ב, גם בבריטניה מעורבותו ההולכת וגדלה של הסקטור הפרטי בתחומים ציבוריים הגבירה את השימוש בהסכמים בין יזמים ובין רשויות תיכנון ואת כמות המטלות הציבוריות להן התחייב היזם במסגרת פיתוח מוצע."**

הבסיס המשפטי לעריכת הסכמי תכנון ופיתוח בבריטניה הינו סעיף 106 ל-Town and Planning Act, 1990. הסעיף מכיר בחוקיות ההתקשרות בין יזמים לבין הרשויות, כל עוד ההסכם משמש את מטרות התכנון. אלתרמן וצוברי מציינות, כי נעשה שימוש נרחב בהסכמים אלה, עד כדי שנדרשו תיקוני חקיקה ונוהל כדי לשקם את הפגיעה במעמדן של תכניות בניין העיר כמבטאות עיקריות של מדיניות התכנון.

בשנים האחרונות מתעוררת ההכרה בצורך לעשות שימוש בהסכמי תכנון גם בשוויץ<sup>87</sup> ובאוסטרליה<sup>88</sup> ומתקיים דיון ער במדינות אלה אודות יתרונות ההסכמים, החשיפות לסיכונים אגב שימוש בהסכמים והדרכים למזער סיכונים אלה.

---

John Atlas, **Seeds of Change - The Story of Acron, America's Most Controversial Antipoverty Community Organizing Group**, Chapter 13: Atlantic Yards, the Nets and the Battle of Brooklyn, Vanderbilt University Press, (2010).

Patricia E. Salkin and Amy Lavine, "Understanding Community Benefits Agreements: Equitable Development, Social Justice and Other Considerations for Developers, Municipalities and Community Organizations", 26 **UCLA J. ENVTL. L. & POL'Y** 291 (2008). .85

וכן -

David A. Marcello, "Community Benefit Agreements: New Vehicle for investment in America's Neighborhoods" 39 **URB. LAW** 657 (Summer 2007).

ראו: אלתרמן וצוברי, הערה 56 לעיל, בעמוד 8. .86

Nathalie Adank, **The Emergence of Planning Contracts in Switzerland**, Paper submitted to the PLPR Conference, Note 1 above, University of Fribourg (2014). .87

David Ruston: **Let's make a deal: negotiating development contributions through VPAs in NSW** .88

## ה. מסקנות והמלצות - הסכמי פיתוח מבוקרים

נמצאנו למדים, כי איסור גורף על כריתת הסכמי תכנון עלול לשלול מהחברה תועלות מרובות. יחד עם זאת אכן גלומות בהסכמים כאלה סכנות מהותיות. דומה שניתן למתן את תוחלתן של הסכנות האמורות תוך שימוש משולב בשלושה אמצעים משפטיים כמפורט להלן:

- **חובות גילוי:** הטלת חובה משפטית, מגובה בסנקציות, לפרוש בפני הציבור והרשויות את מלוא המידע הרלוונטי לעסקה התכנונית, עשויה לצמצם במידה רבה את כריתתן של עסקאות לא ראויות, כפי שאמר המשפטן האמריקאי הנודע לואיס ברנדייס<sup>89</sup>:

**"Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants."**

הגילוי יכול שיתבצע בתקנות התכנית, במסמכים נלווים או בכל דרך אחרת ומידת פירוטו תיקבע בהתאם לתוכן ההסכם. לדוגמה: בהסכם מסוג זה שנדון בפרשת **יצחק אלחנן**, ראוי היה לחשוף את חוות דעת שמאי המקרקעין אשר העריך את עלויות פינוי בית הספר אל מול ערך תוספת הקומות למגדל<sup>90</sup>.

- **הגדרה ברורה של "זכויות בנייה עודפות":** דומה כי חלק ניכר מאי הנוחות המלווה את דרישת הרשויות מהיזמים "לתרום" מטלות פיתוח נובעת מהקושי לתחום קו גבול בין "זכויות בנייה רגילות" אשר בגין מימושן יושת על בעל המקרקעין, אם בכלל, היטל השבחה לבין "זכויות בנייה עודפות", אשר אישורן ומימושן מצדיקים השתת נטל נוסף על בעל המקרקעין. אולם, ניתן להתגבר על קושי זה, וקיומו אינו צידוק מספק לזניחת כלי הסכמי התכנון.

בתכנית המתאר המופקדת של העיר תל אביב יפו - תא 5000<sup>91</sup>, נעשה ניסיון להתמודד עם בעיה זו. התכנית עושה שימוש במושג חדש: "רח"ק" - רצפה חלקי קרקע, המגדיר את שטחי הבנייה המותרים במגרש, ברמת מעטפת, דהיינו - שטחים עיקריים, שטחי שירות, ממ"דים וכל שטח מקורה אחר מעל פני הקרקע<sup>92</sup>. על פי דברי ההסבר לתכנית:

89. Louis Brandeis, "What Publicity Can Do", **Harper's Weekly article** 1913.

90. בדין הישראלי קיימות הוראות המכילות חובות גילוי נרחבות בהקשר של עסקאות מקרקעין במקרים מוגדרים ובין היתר מחויבות חברות ציבוריות לספק נתונים מפורטים ביותר לגבי התקשרויותיהן בענייני מקרקעין, לרבות התקשרויות הנוגעות לפיתוחם של המקרקעין. במקרים מסוימים מחויבות החברות לצרף לדוחותיהם הכספיים חוות דעת של שמאי מקרקעין, ראו לדוגמה - תקנה 2 לתקנות **ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים)**, תש"ל-1970.

91. התכנית פורסמה להפקדה ביום 28 בנובמבר, 2013.

92. למעשה ה"רח"ק" נועד להחליף את המושג המוכר "אחוזי בנייה".

**”בחלק גדול מהמקרים מגדירה התכנית טווח שבין רח”ק בסיסי לרח”ק מירבי, שנתון לשיקול דעת הועדה המקומית. הרח”ק הבסיסי מותנה בכך שהתכנית תקצה שטח לצרכי הציבור הנובעים ממנה. הגדלה מעבר לרח”ק הבסיסי מותנית בתרומה נוספת לציבור.”**

לדוגמה, בסעיף 3.1.3 להוראות התכנית שכותרתו ”קביעת תוספת שטחי בנייה עד לשטח הבנייה המרבי” כלולות הוראות בנוגע להפעלת שיקול הדעת על ידי הוועדה המקומית. בין היתר נקבע, כי באזור ייעוד לתעסוקה (לא ברור), הגדלת הרח”ק עד לשיעור המירבי עשויה להיות מותנית בין היתר בתועלת ציבורית מעבר להקצאה לצרכי ציבור הנדרשת על פי הקריטריונים הכלליים הקבועים בתכנית, כגון:

**”הקצאת קרקע נוספת לשימושים ציבוריים, בניית יחידות דיור בהישג יד, שימור, בניית חניה ציבורית שיכולה לשמש גם כחלק ממערך המיגון הציבורי וכדומה.”<sup>93</sup>**

סעיף 4.1 להוראות תכנית המתאר המופקדת כולל קריטריונים מפורטים לקביעת הקצאות לצרכי ציבור ולדיור בהישג יד. יש להניח כי הוראות אלה יעוררו התנגדויות מרובות, אך אין ספק שנעשה כאן ניסיון אמיתי ליצור, לראשונה, פרמטרים לפונקציית הקשר בין הגדלת עצימות השימוש במקרקעין לבין המטלות הציבוריות שראוי שינבעו מהגדלה זו.

▪ **מנגנוני הכרעה:** פגם נוסף בדרך התנהלות הרשויות בשדה הסכמי התכנון הינו אחיזתן של האחרונות בכוח מונופוליסטי כלפי הזמים. פגם זה ניתן וראוי לתקן בדרך של שימוש בפרוצדורות הכרעה אובייקטיביות. פרוצדורות כאלה קיימות בדיני התכנון והבנייה: כך במחלוקות בעניין תשלומי איזון בהליכי איחוד וחלוקה<sup>94</sup>, כך במחלוקות בענייני היטל השבחה ותביעות פיצויים<sup>95</sup> וכך בעניין הפקעות<sup>96</sup>.

גם תכנית המתאר של העיר תל אביב יפו מציעה מנגנון הכרעה אובייקטיבי למחלוקות אפשריות בסוגיות של מטלות ציבוריות מוגברות כאמור לעיל<sup>97</sup>.

אנו סבורים כי שימוש משולב בשלושת הכלים המוצעים: פומביות, קריטריונים תכנוניים ברורים ומנגנוני הכרעה אובייקטיביים עשויים ליצר בסיס יעיל והוגן שיאפשר שימוש בהסכמי תכנון. יחד עם זאת ייתכן, שעל מנת לענות לביקורת שהושמעה בפסיקה לגבי הסכמי התכנון לא יהיה מנוס משינויים בדין.

93. גם תוספת שטחים לשימושי מלונאות עשויה לענות על דרישות הסעיף.

94. ראו מנגנון הבוררות הקבוע בסעיף 122 (4) לחוק התכנון והבנייה, תשכ”ה-1965.

95. ראו פרק ט”ו לחוק התכנון והבנייה, תשכ”ה-1965 העוסק בשמאים מכריעים.

96. ראו סעיף 9א’ לפקודת הרכישה לצרכי ציבור, כתיקונה בשנת 2010.

97. סעיף 3.1.3 (ד) (4) להוראות התכנית. הסעיף מציע מנגנון בורות בפני שמאי מקרקעין, לרבות הליך ערעור דו שלבי.



ראשית, יהיה צורך לשנות את הוראות הדין העוסקות בחובות המכרז החלות על רשויות מקומיות<sup>98</sup>.

שנית, עלולה לעלות טענה, כי לא ניתן להכשיר בדרך של תכנית בניין עיר, מהלכים שאינם תקינים מבחינה משפטית. כך לאחרונה הועלתה טענה, כי מנגנון ניווד הזכויות הקבוע בתכנית השימור של העיר תל אביב יפו אינו חוקי. זאת לנוכח העובדה שתכנית השימור מאפשרת ביצוע ניווד הזכויות בתכנית בסמכות ועדה מקומית<sup>99</sup>.

חרף קשיים אלה, היתרונות הגלומים בקשירת הסכמי תכנון בין רשויות מקומיות לבין יזמים פרטיים מצדיקים קיומו של דיון ציבורי ומקצועי מעמיק, ומאמץ לעצב פתרונות הולמים.

98. לדוגמה - תקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987.

99. עת"מ (ת"א) 08-1034 ד"ר משה וינברג ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, תל אביב ואח' (10.2.13), אתר מקרקעין. בית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב יפו דחה את הטענה בהצביעו על כך שתכנית השימור, שאושרה על ידי הוועדה המחוזית, חלה על כל שטח השיפוט של העיר תל אביב יפו וכי "העברת זכויות ממקום למקום בתוך העיר תל אביב על רקע הגדרת נכס מסוים כנכס מיועד לשימור כמוה כשינוי חלוקת הזכויות בתחומי תוכנית אחת".