



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4872/17

לפני: כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' אלרון

המערערת: המועצה המקומית זכרון יעקב

נגד

המשיבות: 1. מאיר אפרת אחזקות בע"מ
2. INVESTMENT & FINANCE INC.

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 11.5.2017 בת"א 26011-08-16 שניתן על ידי כב' השופטת ע' אטיאס

תאריך הישיבה: כ"ח בסיון התשע"ח (11.6.2018)
בשם המערערת: עו"ד מרדכי בינץ, עו"ד חני רוטשטיין-כהן
בשם המשיבות: עו"ד ישי בית-און

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. ראש המועצה המקומית והגזבר שלה חתמו בשמה על חוזה הכולל התחייבות כלפי חברה יזמית לתמוך בתכנית. האם ניתן לאכוף חוזה זה על המועצה ולחייב אותה לקיימו, כך שהיא תהיה מנועה מלהסיר את תמיכתה בתכנית? זוהי בתמצית השאלה שבה התבקשנו להכריע במקרה זה.

עיקרי התשתית העובדתית

2. ביום 6.7.2015 נחתם חוזה בין המועצה המקומית זכרון יעקב (להלן: המועצה) לבין חברת מאיר אפרת אחזקות בע"מ (להלן: חברת מאיר אפרת). החוזה נסב על פרויקט לבנייתן של 144 יחידות דיור במקרקעין הרשומים בבעלותה של חברת מאיר אפרת (להלן: המקרקעין). הייעוד המקורי של המקרקעין היה "מלונאות ונופש", ועל כן

חברת מאיר אפרת נדרשה לפעול לשינוי הייעוד באמצעות הגשת תכנית לוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה בחיפה (להלן: הוועדה המחוזית). במסגרת החוזה שנחתם בין הצדדים התחייבה המועצה לתמוך בתכנית במסגרת הליכי התכנון, וזאת "בכפוף להחלטות רשויות התכנון המוסמכות ולהוראות כל דין", וכן בכפוף לקיום התחייבויות שונות של חברת מאיר אפרת אשר פורטו בחוזה. חברת מאיר אפרת התחייבה מצידה כי כל הפעולות הקשורות בהכנת התכנית, תיקונה, הגשתה לרשויות לאישור וקבלת היתרים ייעשו על ידה בלבד ועל חשבונה. כמו כן, היא התחייבה כי תישא בכל האגרות, ההיטלים והמסים שיחולו על פי כל דין בגין התכנית והוצאתה לפועל.

3. שינוי הייעוד התבקש במסגרת תכנית בנין עיר מס' 353-0085217 שכותרתה "מגורים במתחם מלון 'עדן אין' בזכרון יעקב" (להלן: התכנית) לוועדה המחוזית. את התכנית יזמה במקור חברה זרה בשם Investment & Finance Institute Inc. (להלן: החברה הזרה), אולם במסגרת החוזה התחייבה חברת מאיר אפרת לעדכן את התכנית כך שהיא זו שתיקח על עצמה את תפקיד היזמית במקום החברה הזרה. כמו כן, המועצה צורפה כיזמת התכנית וכמגישתה.

4. בהמשך לכך, הוגשו אל הוועדה המחוזית מספר התנגדויות לתכנית. המועצה תמכה בתכנית והשיבה להתנגדויות. בסופו של דבר, ביום 4.4.2016 הוועדה המחוזית אישרה את התכנית בתנאים, שאין צורך לפרטם. ביום 11.7.2016 דחתה הוועדה המחוזית בקשה לקיים דיון חוזר בתכנית בתוקף סמכותה לפי סעיף 11ד לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה).

5. יש להעיר כבר בשלב זה כי התכנית והיוזמה שעניינה הקמת יחידות דיור באזור שיועד מלכתחילה למלונאות היו מושא למחלוקת ציבורית בזכרון יעקב. מטענות הצדדים עלה, כי בין השאר על רקע מחלוקת זו התפטר ראש המועצה הקודם, אלי אבוטבול, בחודש אפריל 2016, ובעקבות כך התקיימו בחירות חדשות ברשות. מי שנבחר כראש המועצה החדש הוא זיו דשא (להלן: דשא), שנמנה עם המסתייגים מהתכנית ואף היה אחד ממגישי ההתנגדויות לה, לצד תושבים נוספים.

6. ביום 2.8.2016 התקיים במליאת המועצה דיון שנסב על התכנית, ביוזמתו של דשא, ובסיומו הוחלט כי המועצה תגיש ערר על התכנית למועצה הארצית לתכנון ובניה (להלן: המועצה הארצית) בהתאם לסעיף 110 לחוק התכנון והבניה, וכן תעביר את הסתייגותה מהתכנית לוועדה המחוזית. החלטה זו התקבלה בדעת רוב של שבעה חברים (ובהם ראש המועצה דשא), כנגד ארבעה.

7. בהתאם, ביום 10.8.2016 הגישה המועצה ערר על התכנית למועצה הארצית, וכן בקשה להסיר את שמה מן התכנית כמי שמשמשת כיוזמת וכמגישה שלה.
8. בו ביום הגישו חברת מאיר אפרת והחברה הזרה תביעה לבית המשפט המחוזי בחיפה נגד המועצה. התביעה כוונה לאכיפת החוזה שנכרת בין חברת מאיר אפרת למועצה, ובצדה הוגשה בקשה למתן סעד זמני האוסר על המועצה לפעול בניגוד לחוזה (ת"א 26011-08-16, השופטת ע' אטיאט). בעיקרו של דבר, החברות טענו בתביעתן כי המועצה אינה רשאית לחזור בה מהתחייבותה החוזית לתמוך בתכנית, וכי התנגדותה העדכנית של המועצה לתכנית נובעת משיקולים זרים ופוליטיים ואף נגועה בניגוד עניינים של ראש המועצה דשא.
9. מנגד, המועצה טענה כי דין התביעה להידחות. המועצה ביססה את טענותיה הן על דיני החוזים ה"רגילים" והן על עילות שמקורן במשפט הציבורי, כמפורט להלן.
10. במישור החוזי טענה המועצה, בעיקרו של דבר, כי מתקיימים במקרה זה מספר חריגים לזכות לאכיפת חוזה. בין היתר נטען כי החוזה אינו "בר ביצוע" בשל כך שהמועצה הסירה את שמה כיוזמת ומגישה של התכנית, ועל כן לא נותר בשלב זה מגיש חוקי המקיים את תנאי סעיף 61א לחוק התכנון והבניה (מהיבט היקף הבעלות במקרקעין שעליהם התכנית חלה). עוד נטען שאכיפת החוזה אינה צודקת בנסיבות העניין לנוכח חילופי השלטון במועצה, האינטרס הציבורי התומך בהתנגדות לתכנית, וכן היחסים העכורים בין הצדדים. המועצה הוסיפה וטענה, כי חברת מאיר אפרת עצמה הפרה את החוזה בכך שלא החליפה את החברה הזרה כיוזמת התכנית.
11. במישור המשפט הציבורי טענה המועצה כי החוזה אינו תקף משום שהיה טעון אישור של מועצת הרשות, וזה לא ניתן. כן נטען כי אין לפרש את החוזה ככובל את שיקול דעתה של המועצה להתנגד לתכנית. לבסוף, ולחילופין, נטען כי יש מקום לאפשר למועצה להשתחרר מן החוזה מטעמים של הגנה על האינטרס הציבורי שעניינו קידום התיירות בזכרון יעקב, ובכלל זה על מנת לתת תוקף לחילופי השלטון שחלו בה ושביטאו למעשה את ההתנגדות לחוזה.
12. בשלב הסיכומים אף העלתה המועצה טענות שעניינן החשש שקשר בינה לבין החברה הזרה יערב אותה בהלבנת הון אסורה, וזאת מאחר שהחברה הזרה סירבה, כן נטען, למסור פרטים על עיסוקה ומקום רישומה.

13. יצוין כי ביום 22.9.2016 נעתר בית המשפט המחוזי לבקשה למתן סעד זמני והורה כי "המועצה תימנע מביצוע כל פעולה בניגוד להסכמתה לתמוך בתכנית, כל עוד לא ניתנה החלטה אחרת".

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

14. ביום 11.5.2017 נתן בית המשפט המחוזי את פסק דינו המקיף בתביעה, וקבע כי בעיקרו של דבר דינה להתקבל.

15. בפתח הדברים קבע בית המשפט המחוזי כי מאחר שהחווה נחתם בין המועצה לבין חברת מאיר אפרת בלבד, למעשה אין יריבות בין המועצה לבין החברה הזרה ועל כן תביעתה של האחרונה נדחתה. עם זאת, בית המשפט המחוזי הורה על אכיפת התחייבותה של המועצה לתמוך בתכנית, וכן על כך שהמועצה תחזור בה בתוך 10 ימים מהודעתה כי היא מסירה את הסכמתה להיות יזמית התכנית. להלן יובאו, בתמצית, עיקרי נימוקיו של בית המשפט המחוזי.

16. פסק דינו של בית המשפט המחוזי במישור של דיני החוזים "הרגילים" – בית המשפט המחוזי דחה את כל טענותיה של המועצה במישור דיני החוזים. ראשית, נדחתה טענתה של המועצה באשר להתקיימותו של סייג לאכיפה מאחר שהחווה אינו בר ביצוע. זאת, כך נקבע, משום שהמועצה יכולה עדיין לתמוך בתכנית על דרך של משיכת הערר שהגישה למועצה הארצית. שנית, נקבע כי טענות המועצה באשר לכך שאכיפת החווה אינה צודקת בנסיבות העניין חופפות בעיקרן לטענותיה במישור הציבורי באשר לקיומה של הצדקה להשתחררותה מהחווה, וכי הן יידונו במסגרת זו.

17. כמו כן, בית המשפט המחוזי דחה את טענות המועצה באשר לכך שחברת מאיר אפרת הפרה את החווה. בית המשפט המחוזי קבע, בין היתר, כי לא ניתן ללמוד מהו המועד שנקבע בחווה ל"החלפת התפקידים" בין החברה הזרה לחברת מאיר אפרת, וכי מכל מקום גם אם חלף המועד לכך – אין מדובר בהפרה יסודית המקנה למועצה זכות לביטול מידי של החווה. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי אינו נדרש לטענות שהעלתה המועצה בכל הנוגע לאיסור על הלבנת הון, מאחר שמדובר בהרחבת חזית, ומה גם שממילא חברת מאיר אפרת אינה כופרת בחיובה להחליף את החברה הזרה כיזמית התכנית.

18. פסק דינו של בית המשפט המחוזי במישור המשפט הציבורי – בשלב זה, בית המשפט המחוזי נדרש לשאלות המתעוררות לנוכח ייחודו של החוזה ככזה שנחתם עם רשות מינהלית.

19. באשר לטענה לפיה החוזה לא קיבל את אישור המועצה קבע בית המשפט המחוזי כי אין בה כדי לשלול מן החוזה את תוקפו המחייב, וכי היא אף לא מקנה למועצה עילה לביטול החוזה. בית המשפט המחוזי קבע כי מדובר בחוזה שנחתם כדין על-ידי ראש המועצה והגזבר, וכי היועץ המשפטי של המועצה ציין בפני מליאת המועצה שהחוזה "נחתם ע"י מורשי החתימה ונחתם כדין". על כן, כך נקבע, אין באי-אישורו של החוזה על ידי מליאת המועצה כדי לאיין את תוקפו, גם אם קבלת אישור מראש של המועצה לחוזים מעין אלו הוא נוהג "ראוי ורצוי".

20. באשר לטענה בדבר כבילת שיקול דעתה של המועצה בחוזה, בית המשפט המחוזי ציין כי אמנם יש להעדיף פרשנות לחוזה המגבילה את שיקול הדעת של הרשות המינהלית במידה פחותה, אולם, כך נקבע, יישומו של כלל זה אינו מוביל למסקנה שהמועצה רשאית לנהוג באופן שבו נהגה. לשיטתו של בית המשפט המחוזי משמעות הדברים היא שבמסגרת הערר שהגישה המועצה היא רשאית להתנגד רק לתנאים חדשים שנקבעו על ידי מוסדות התכנון לאישור התכנית אשר לא הופיעו בה במקור ושלם לא ניתנה הסכמת המועצה מראש. כן נקבע, כי המועצה עודה רשאית להתריע על קיומם של פגמים תכנוניים בתכנית – הן פגמים חדשים שנפלו בתכנית בעת שאושרה, והן פגמים שהיו קיימים בתכנית עוד במעמד חתימת החוזה. כל אלה – להבדיל מהצגת התנגדות גורפת לשינוי הייעוד ולמהלך התכנוני מעיקרו.

21. בהמשך לכך, בית המשפט המחוזי קבע כי לא עלה בידי המועצה להצביע על אינטרס ציבורי חשוב שיש בו כדי להטות את הכף לעבר השתחררות מן החוזה שעליו היא חתמה. באופן יותר ספציפי, נקבע כי לא הוכח שקיים צורך חיוני בהותרת הייעוד הנוכחי של המקרקעין כמלונאות. בית המשפט המחוזי קבע כי ההחלטה על שינוי הייעוד של הקרקע ממלונאות למגורים לא התקבלה כלאחר יד, אלא לאחר בחינה של צרכי התיירות של היישוב בראיה כוללת. כמו כן, בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי התועלת שתצמח מההימנעות משינוי הייעוד אינה עולה על התועלת הכרוכה בשינוי הייעוד, וזאת במיוחד על רקע מצוקת הדיור החמורה השוררת בארץ.

22. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי אין די בחילופי השלטון במועצה כדי להוות טעם להשתחררות מהחוזה, וכי על המועצה היה להצביע על שינוי נסיבות

החורג מן העמדות העדכניות של המועצה בהרכבה הנוכחי. תוצאה אחרת, כך נקבע, עלולה להוביל למצב שבו נבחרי ציבור יקדמו רק עניינים אשר ניתנים ליישום בתקופת הקדנציה הנוכחית שלהם, ולא יפעלו לטווח הארוך. לבסוף, בית המשפט המחוזי מתח ביקורת מסוימת על התנהלותו של ראש המועצה דשא, אך ציין כי לא היה בה עצמה כדי להשליך על התוצאה.

הטענות בערעור

23. המועצה מערערת על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטוענת, בעיקרו של דבר, כי דין תביעתה של חברת מאיר אפרת היה להידחות. הטענות בערעור הן רחבות ומשתרעות כמעט על כל רוחבה של חזית המחלוקת בין הצדדים.

24. חלק גדול מטענותיה של המועצה נגד החוזה מתמקד במישור דיני החוזים ה"רגילים". בהקשר זה, חוזרת המועצה על טענתה כי אכיפתו של החוזה אינה צודקת בנסיבות העניין בהיותה מנוגדת לרצון המועצה המייצגת את רצון הבוחרים. ממילא, לשיטת המועצה חברת מאיר אפרת הפרה את החוזה באופן שאינו מאפשר את אכיפתו, בשל כך שלא נרשמה כיזמת התכנית – לטענת המועצה עד עצם היום הזה. המועצה טוענת עוד כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי החוזה לא קבע מועד ברור לקיומו של חיוב זה, ואף טעה בקבעו שאין מדובר בהפרה יסודית.

25. נוסף על כך, טענות רבות של המועצה בערעור נסבו על חלקה של החברה הזרה בעסקה מן ההיבט של חשש להלבנת הון אסורה, שכאמור לא נדון בבית המשפט המחוזי מטעמים של הרחבת חזית. לטענת המועצה, היא מעולם לא התכוונה להתקשר עם החברה הזרה, ועל כן נכללה בחוזה התחייבות מפורשת של חברת מאיר אפרת להחליף את החברה הזרה בתור יזמית התכנית. אולם, כך נטען, חברת מאיר אפרת לא עמדה בהתחייבות זו ועל כן נוצר מצב בו המועצה קשורה בעל כורחה לחברה זרה, שהיא אינה יודעת דבר עליה ועל מקורותיה הכספיים.

26. לצד זאת, המועצה חוזרת אף על טענותיה מתחום המשפט הציבורי, ובעיקר על כך שהחוזה היה כרוך בכבילה פסולה של שיקול דעתה, וכן על כך שהיא הייתה רשאית להשתחרר מן החוזה בנסיבות העניין. בעיקרו של דבר, המועצה טוענת כי בית המשפט המחוזי שגה ביישום ההלכה הפסוקה בעניין הלכת השתחררות בנסיבות המקרה. בין היתר טוענת המועצה כי בית המשפט המחוזי נתן בהחלטתו משקל יתר

לאינטרס הציבורי הכללי, החורג מזה של המועצה – בהתייחסו למצוקת הדיור במדינה.

27. המועצה אף חוזרת ומדגישה את הקושי בכך שהחוזה לא אושר במליאת המועצה. לטענתה, שגה בית המשפט המחוזי בקבעו שאין בכך כדי לפגוע בתוקף החוזה. המועצה טוענת כי אמנם החוזה עמד בדרישות הפורמאליות לחתימה על ידי ראש המועצה הקודם והגזבר, אולם לא ניתן להתעלם מכך שהחוזה כובל את המועצה לתמוך בתכנית רבת משמעות עבורה, מבלי שהדבר הובא להצבעה בפניה. לטענת המועצה, הדרישה לאישור החוזה על ידי המועצה – להבדיל מבעלי התפקידים שחתמו עליו – נתמכת גם בפסיקה וגם בהנחיותיו של מינהל התכנון. הדברים מתחדדים, כך נטען, גם על רקע העובדה שכאשר הנושא הובא לבסוף לפתחה של המועצה – הוחלט להסיר את התמיכה בתכנית.

28. מנגד, המשיבות – חברת מאיר אפרת והחברה הזרה – טוענות כי יש לדחות את הערעור. לטענתן, המועצה מתנהלת לאורך כל ההליך בחוסר תום לב דיוני, ואף הגשת הערעור משמשת כלי בידה לעיכוב התכנית.

29. בהתייחס לטענות במישור הלבנת ההון, המשיבות טוענות כי אלה הועלו בשלב מאוחר מאד של ההליך, ועל כן בדין קבע בית המשפט המחוזי כי מדובר בהרחבת חזית. לגוף הדברים המשיבות טוענות כי טענותיה אלה של המועצה קלושות ואינן מגובות בעובדות של ממש.

30. כמו כן, המשיבות סומכות את ידיהן על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לטענות לעניין הפרת החוזה, ומדגישות כי אלה הן טענות שבעובדה אשר ככלל ערכאת הערעור לא תתערב בהן. המשיבות טוענות כי המועצה לא הוכיחה שמתקיים סייג לאכיפת החוזה בנסיבות העניין, ומוסיפות בהקשר זה כי לשיטתן שיקולי הצדק דווקא מטים את הכף לעבר אכיפת החוזה, בהתחשב בכך שהמועצה התנהלה – כך נטען – בחוסר תום לב כלפיהן. המשיבות אף מעלות בהקשר זה טענות שעניינן ניגוד עניינים של ראש המועצה החדש דשא, שלטענתן יש בהן כדי לפגום בהחלטת המועצה.

31. המשיבות מוסיפות וטוענות כי החוזה נחתם כדין – הן על ידי ראש המועצה והן על ידי הגזבר – ועל כן אין יסוד לטענת המועצה לפיה אין תוקף להסכם ללא אישור המועצה.

32. לבסוף, המשיבות טוענות כי יש לדחות את טענות המועצה בדבר תחולתה של הלכת ההשתחררות. בהקשר זה נטען כי המועצה מעולם לא הודיעה כדין לחברות על "השתחררותה" מהחוזה. לגוף הדברים, המשיבות טוענות כי המועצה לא הניחה תשתית עובדתית לטענתה בדבר האינטרס הציבורי בקידום התיירות בזכרון יעקב, אשר גובר לכאורה על האינטרס הציבורי בשינוי הייעוד במקרקעין ממלונאות למגורים.

דיון והכרעה

33. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים אני סבורה כי יש לקבל את ערעורה של המועצה, וכך אציע לחברי לעשות.

הדואליות הנורמטיבית

34. את החוזה שבפנינו יש לבחון לאורו של עקרון "הדואליות הנורמטיבית", בהתחשב בייחודו כחוזה שנחתם עם רשות ציבורית. כידוע, על חוזים מסוג זה חלים במקביל הן דיני החוזים ה"רגילים" והן עקרונותיו של המשפט המינהלי (להרחבה, ראו: דפנה ברק (ארז) האחריות החוזית של רשויות המינהל 33-35 (1990); גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 17-23 (1999) (להלן: שלו); דפנה ברק-ארז "השתחררות מחוזה של רשות מינהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" המשפט יא 111, 113-116 (2007) (להלן: ברק-ארז, השתחררות מחוזה); דפנה ברק-ארז המשפט המינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 12-14, 197-204 (2013) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי כלכלי)).

35. בהתאם לכך, יש לבחון את שאלת תוקפו של החוזה ואת האפשרות לסגת ממנו בשני המישורים המתוארים. כבר עתה אציין כי לשיטתי, הבחינה המתמקדת במישור הציבורי מובילה למסקנה כי החוזה אינו תקף. בנסיבות אלה, מתייטר הצורך לבחון בפירוט את הטענות על-פי דיני החוזים. עם זאת, למען הסדר הטוב, אציין כי לא השתכנעתי מטענותיה של המועצה במישור זה.

36. כפי שהוסבר לעיל, במישור המינהלי-ציבורי ניתן להצביע על שלוש שאלות עיקריות שהתעוררו בענייננו: הראשונה, האם החוזה נדרש לקבל אישור במליאת המועצה והאם תוקפו נפגם ללא אישור כזה? השנייה, האם החוזה כובל את שיקול דעתה של הרשות במידה הפוגמת בתוקפו מלכתחילה? והשלישית, האם המועצה רשאית להשתחרר מהחוזה על פי הלכת ההשתחררות? אדרש לשאלות אלה על פי

סדרן. עם זאת, אציין כבר עתה כי לשיטתי הטעם העיקרי לקבלת הערעור נעוץ בשאלה הראשונה – שעניינה היעדרו של אישור המועצה לחוזה – ובמידה רבה הוא מייתר את הצורך לדון בטענות האחרות. הכול – כמפורט להלן.

האם החוזה היה חייב לקבל את אישור המועצה? ומה דינו של חוזה שלא קיבל אישור כזה?

37. בחינת השאלה האם החוזה נדרש לאישורה של המועצה מתחייבת למעשה מעקרון חוקיות המינהל. עיקרון זה חל על כלל פעולותיהן של הרשויות, לרבות במישור החוזי. כריתת חוזה אינה "פוטרת" את הרשות מחובתה לפעול במסגרת סמכויותיה. שאלת הסמכות במקרה זה אינה נסבה על הסמכות "הפונקציונלית" – היינו, הכשרות המשפטית של הרשות עצמה לפעול בתחום שהחוזה מסדיר (ראו, למשל: בג"ץ 1640/95 אילנות הקריה (ישראל) בע"מ נ' ראש עיריית חולון, פ"ד מט(5) 583 (1996)), אלא על הסמכות "הפרסונלית" – כלומר, הסמכות לייצג את הרשות בחוזה שנכרת.

38. כמתואר לעיל, בית המשפט המחוזי קבע כי לא נפל פגם בתוקפו של החוזה, מאחר שזה אושר על-ידי ראש המועצה והגזבר. קביעה זו מבוססת על סעיף 203 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: פקודת העיריות), המורה כי חוזה שיש בו התחייבות כספית מטעם העירייה לא יחייב אותה אלא אם נחתם על-ידי ראש העירייה והגזבר, בצד חותמת העירייה, וכי חוזה שאין בו התחייבות כספית יחתם על-ידי ראש העירייה ומזכיר העירייה. הוראה זו נועדה להבטיח את חוקיות פעולותיה של הרשות המקומית (ראו: ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד סג(2) 1 (2009) (להלן: עניין בית הרכב); ע"א 8570/09 חגולי נ' עיריית ראשון לציון, פסקה 17 (15.3.2011); ע"א 5666/09 עיריית פתח תקווה נ' ישיר איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ, פסקה 9 (21.6.2011); ע"א 3005/11 קריסטל מוצרי צריכה בע"מ נ' עיריית באר שבע, פסקה 19 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (4.6.2013)). סעיף 34 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש] מחיל את הוראת סעיף 203 לפקודת העיריות גם על מועצות מקומיות ומועצות אזוריות (ראו: רע"א 5210/08 רזנבלום נ' מועצה מקומית חבל מודיעין, פסקה 20 (20.12.2010) (להלן: עניין רזנבלום); ראו גם את סעיפים 190 ו-193 לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950 וסעיף 232 (להלן: צו המועצות המקומיות) לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958).

39. אולם, סעיף 203 לפקודת העיריות נותן מענה חלקי בלבד לשאלת תוקפו של החוזה במקרה שבפנינו. אכן, סעיף זה מבהיר כי כאשר נעשה חוזה הכרוך בהתחייבות

כספית הוא חייב להיעשות בדרך האמורה בו – וזאת כדי להבטיח את הפן הכלכלי-תקציבי של החוזה. אולם, עמידה בדרישות אלה אינה פוטרת את הרשות מעמידה בדרישות אחרות של הדין. בענייננו, מדובר בחוזה שנסב על הפעלתה של סמכות סטטוטורית של הרשות – להבדיל מחוזה שעניינו התחייבות בעלת אופי "אזרחי", כלומר עסקי-כספי. אכן, בהתאם לחקיקה הרלוונטית, ראש המועצה יכול להתחייב בשם המועצה בעניינים תקציביים וכספיים. אולם, הוא אינו יכול להתחייב בשמה התחייבות בעלת אופי מינהלי-ציבורי, בעניין הנוגע לסמכותה שלה. הסמכות לנקוט עמדה בנושאים של תכנון ובניה נתונה ברגיל לרשות המקומית, ועל כן ההחלטה בעניין הייתה צריכה להיות החלטתה של המועצה.

40. כך, הסמכות הסטטוטורית להגשת תכנית לפי סעיף 61א(ב) לחוק התכנון והבניה מסורה ל"רשות המקומית" עצמה. כמו כן, הסמכות להגיש התנגדות לתכנית שהוגשה – המסגרת שבה למעשה מציגה הרשות את עמדתה הפורמלית ביחס אליה – מסורה לפי סעיף 100(2) לחוק התכנון והבניה גם כן לרשות המקומית, ולא לראש הרשות או נציג אחר שלה. כך גם הסמכות להגיש ערר למועצה הארצית בעניין אישור תכנית או דחייתה לפי סעיף 110 לחוק התכנון והבניה. לא בכדי סמכויות אלה הוענקו לרשות המקומית. להכרעות בענייני תכנון ובניה יש השפעה משמעותית על סדרי העדיפויות של הרשות, על דמותה, על אוכלוסייתה ועל חלוקת העושר בה. במאמר מוסגר, ניתן להוסיף, שהחלטות אלה אף עשויות להיות כרוכות בהענקת טובות הנאה משמעותיות למי שהתכנון החדש חל עליו. לפיכך, "את עמדתה של הרשות המקומית, כגוף השלטוני המייצג את האוכלוסיה המתגוררת בתחומה של הרשות ומשפיע על עיצוב המרחב המקומי, ראוי שיגבש אם כן האורגן הנבחר הרחב ביותר – מועצת הרשות המקומית" (שרית דנה ושלום זינגר דיני תכנון ובניה כרך א 405 (2015) (להלן: דנה וזינגר)). ראו גם: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 446-450 (מהדורה שניה, 2010)). ראוי להזכיר בהקשר זה גם את סעיף 126 לפקודת העיריות, הקובע כך: "עיריה תפעל באמצעות ראש העיריה; אין בהוראה זו כדי לפגוע בסמכויות המועצה לפי פקודה זו, לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, או לפי כל דין אחר" (ראו: דנה וזינגר, בעמ' 548).

41. ניתן להדגים את הדברים גם באמצעות פניה לסמכויות "מהותיות" אחרות של הרשות המקומית. על פי פקודת העיריות, על הרשות למנות בעלי תפקידים שונים בה, כגון מזכיר, מבקר וגזבר. האם ניתן להעלות על הדעת כי ראש הרשות יתחייב בחוזה – בשמה של הרשות – למנות אדם פלוני לתפקיד זה? התשובה ברורה. אלה אינן מסוג

ההתחייבויות שעניינן מוסדר רק על-ידי סעיף 203 לפקודת העיריות (והסעיפים המקבילים לו לעניין מועצות מקומיות).

42. אם כן, בנסיבות העניין חלה חובה להביא את החוזה לאישור של מליאת המועצה. מפסק דינו של בית המשפט המחוזי למדנו כי החוזה הועבר, עובר לחתימתו, "לעיון" של חברי המועצה (ראו: פסקה 119 לפסק הדין). אולם, בכך אין די. כאמור, ההחלטה לתמוך בתכנית שעוגנה בחוזה צריכה הייתה לקבל את אישורה של המועצה באופן מסודר.

43. המסקנה היא כי החוזה נחתם תוך חריגה מסמכות, ומשכך הוא בטל (ראו: שלו, בעמ' 48; ברק-ארז, משפט מינהלי כלכלי, בעמ' 270). תוצאה זו מתחייבת מן הדואליות הנורמטיבית – שכן היא נלמדת הן מהכלל המינהלי לפיו פעולה של רשות שנעשתה בחריגה מסמכות דינה בטלות והן מהכלל החוזי המעוגן בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, לפיו חוזה שכריתתו אינה חוקית הוא חוזה בטל (ראו: עניין בית הרכב, בעמ' 38). לכאורה, החלטה של המועצה הייתה יכולה לרפא את הפגם על ידי מתן אישור לתמיכה בתכנית. אולם, כפי שהוסבר, משהובאה לבסוף הסוגיה לפתחה של מליאת המועצה, היא קיבלה ברוב קולות החלטה על הגשת ערר בעניין התכנית למועצה הארצית וביטול התמיכה בה.

44. בשלב זה ראוי לבחון האם ניתן להפריד את החוזה כך שיתאפשר לחלקים ממנו להישאר בעינם, מתוך התחשבות באינטרס ההסתמכות של חברת מאיר אפרת. אולם, פתרון זה אינו אפשרי במקרה דנן. למעשה, החוזה כולו מבוסס על התחייבותה של המועצה לתמוך בתכנית – התחייבות שכאמור אין לה תוקף ללא אישור מליאת המועצה. טלו מהחוזה עניין זה, והוא יתרוקן מתוכן לחלוטין (ראו: ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה, פסקה 74 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (27.6.2011) (להלן: עניין דירות יוקרה). השוו: בג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289 (2004) (להלן: עניין מתחם ימק"א). ראו גם: ברק-ארז, משפט מינהלי כלכלי, בעמ' 273).

45. על כך יש להוסיף כי הצדדים לא החליפו ביניהם תמורות שיש מקום להורות על השבתן (ראו למשל: רע"א 3910/08 מועצה מקומית כפר קרע נ' מגן דוד אדום בישראל, פסקה 21 (25.8.2008); עניין רוזנבלום, בפסקאות 23-26; עניין דירות יוקרה, בפסקה 72 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). חברת מאיר אפרת לא נטלה התחייבות

כספית מפורשת בחוזה, אלא התחייבה לקיים פעולות שונות בתחום התכנון והבניה שנועדו לקדם את הקמת הפרויקט.

46. אם כן, בכך הגיעה למעשה הדרך אל סופה, כך שלא נדרש דיון מפורט ביתר הטענות. עם זאת, למעלה מן הצורך ולנוכח היריעה שפרש בית המשפט המחוזי בהיבטים הנוגעים לכבילת שיקול הדעת והלכת ההשתחררות, אתייחס בקצרה גם לסוגיות אלה.

כבילת שיקול הדעת בחוזה והלכת ההשתחררות

47. כאמור, המועצה טענה בפני בית המשפט המחוזי כי יש לפרש את החוזה באופן שאינו שולל את שיקול דעתה. לשיטתה, היא אינה יכולה להתחייב באופן אבסולוטי, מראש, לא להפעיל מחדש את שיקול דעתה בעניין מסוים. בית המשפט המחוזי הקדיש לטענות אלה חלק לא מבוטל מפסק דינו, ובסופו של דבר קבע כאמור כי החוזה לא כלל כבילת שיקול דעת אסורה. אולם, בית המשפט המחוזי קבע כי יש לפרשו באופן שאינו מונע מן המועצה את הזכות להתנגד לתנאים חדשים בהם הותנתה התכנית על ידי הוועדה המחוזית, שלא נקבעו בתכנית מלכתחילה.

48. המועצה חזרה והעלתה בפנינו את טענותיה בעניין זה. למעשה, טענות אלה משתלבות בטענותיה בדבר ההצדקה שקיימת לאפשר לה להשתחרר מהחוזה בנסיבות העניין. השאלה אינה מתעוררת כאן לכל פרטיה, אך ראוי להוסיף מספר דברים המתווים את העקרונות הכלליים בתחום זה. דווקא כאן דומה שהמועצה הרחיקה במידת מה לכת בטענותיה.

49. אכן, באופן מסורתי, המשפט המינהלי אוסר על כבילת שיקול הדעת של הרשות המינהלית, ובכלל זה רשות מקומית, על מנת שתוכל להתאים את החלטותיה לנסיבות המשתנות, לשם קידומו של האינטרס הציבורי. כלל זה, שהוחל לפני שנים רבות באופן גורף ודווקני בכל הנוגע להתחייבויות חוזיות של רשויות (ראו: בג"ץ 30/51 בלבן נ' עיריית תל-אביב, פ"ד ו 257 (1952)), קיבל בהמשך פרשנות מרוככת יותר. בהתאם לכך, מוכר כוחה של הרשות להתחייב בחוזה, באופן הכרוך בהכרח בכבילה מתוחמת של שיקול הדעת השלטוני, ובלבד שאין מדובר בהתנערות מוחלטת או בהתפרקות נרחבת של הרשות מחובתה להפעיל שיקול דעת (ראו: בג"ץ 816/98 אמינוף נ' אלטלף, פ"ד נב(2) 769 (1988); בג"ץ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 806 (1991); ברק-ארז, משפט מינהלי כלכלי, בעמ' 235-237). גישה זו

הלכה יד ביד עם אימוץ של הלכת ההשתחררות. בהתאם לכך, הוכר תוקפן של התחייבויות חוזיות של רשויות המגבילות (שלא באופן גורף) החלטות עתידיות, בכפוף להכרה בכוחה של הרשות להשתחרר מהחוזה כאשר אינטרס ציבורי כבד משקל מחייב את הדבר (בג"ץ 311/60 י' מילר, מהנדס (טוכנויות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989 (1961); ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506 (2000) (להלן: עניין רגב)). בנוסף, בית המשפט הוסיף ושימר את ההסתייגות מכבילתו של שיקול הדעת המינהלי במתכונת של כלל פרשני, כך שמבין שתי חלופות פרשניות תועדף זו המותירה את שיקול הדעת בידי הרשות (ראו: ברק-ארז, השתחררות מחוזה, בעמ' 120-119).

50. הכלל הוא אפוא כדלקמן: "כבילה גורפת מראש, של שיקול דעתה של הרשות המינהלית, ללא הותרת דרך מעשית וסבירה לשיקול ענייני ופרטני בעתיד של כל סוגיה רלבנטית, הטעונה עיון ובחינה בהתאם לצרכי השעה המשתנים, אינה יכולה לעמוד" (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה ק"ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (27.3.2016) (להלן: עניין מתווה הגז)). כבילה מתוחמת ומסוימת של שיקול דעתה של הרשות, לעומת זאת, היא מחויבת המציאות והדין מכיר בה. אולם, אין בה כדי לפטור את הרשות מן החובה לשיקול אם ראוי שתפעיל את סמכותה, אף בניגוד להתחייבות שנתנה – בין היתר בגדריה של הלכת ההשתחררות (עע"ם 3081/10 תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ נ' מועצה אזורית חוף אשקלון, פסקאות י"ח-כ' (21.8.2011); עניין מתווה הגז, בפסקה ק"ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; ברק-ארז, משפט מינהלי כלכלי, בעמ' 236-237).

51. ומן הכלל אל הפרט. כבר עמדתי על כך שבנסיבות העניין ממילא לחוזה לא היה תוקף מאחר שהוא לא אושר במליאת המועצה. אולם, ראוי לציין כי אם החוזה היה מאושר הפריזמה הראויה לדיון בו בהקשר הנוכחי הייתה זו של הלכת ההשתחררות. במילים אחרות, אין לומר שבמקרה דנן החוזה מגלם התפרקות מוחלטת ואסורה של המועצה משיקול דעתה. זאת, בשים לב לכך שמדובר בהתחייבות מתוחמת ומוגבלת למדי (השוו: עניין מתווה הגז, בפסקה 8 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות). החוזה נסב על תכנית מסוימת שהליכי התכנון הרלוונטיים בה כבר החלו, כך שהוא מתייחס למסגרת זמנים קצרה יחסית. ההתחייבות שניתנה מטעם המועצה בחוזה הייתה מוגדרת – תמיכה בתכנית האמורה, וזאת תוך הבהרה כי התמיכה "כפופה להחלטות רשויות התכנון המוסמכות ולהוראות כל דין" (סעיף 3.10 לחוזה), וכי המועצה אף לא מתחייבת באשר לסיכויי אישורה של התכנית.

52. שאלה נפרדת היא האם המועצה הייתה רשאית לחזור בה מההתחייבות החוזית האמורה בגדרה של הלכת ההשתחררות. בהקשר זה הובהר בפסיקה כי על הרשות להצביע על "צורך ציבורי חיוני", אשר אינו מתיישב עם המשך הקשר החוזי, לאו דווקא במובן הצר של מונח זה (ראו: עניין רגב, בעמ' 518-519; עע"ם 8183/03 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מועצה אזורית גולן, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (22.8.2010); ע"א 4893/14 זועבי נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, פסקה 45 וההפניות שם (3.3.2016); ברק-ארז, משפט מינהלי כלכלי, בעמ' 239). המועצה מיקדה טענותיה בהקשר זה בחילופי השלטון שחלו במועצה, וב"התפכחות" שחלה בעקבות זאת בעניין התמיכה בתכנית. למעשה, מטענות הצדדים עלה כי במידה רבה המחלוקת הציבורית בעניין התכנית היא שהובילה, בין היתר, לחילופי השלטון האמורים. המועצה הוסיפה והצביעה על האינטרס הציבורי שבמניעת פגיעה בתיירות בזכרון יעקב, בהתחשב בכך שבניה למגורים בקרקע מושא התכנית תפגע במלון סמוך ותעמוד בניגוד ל"תמהיל" המיושם כיום בין מגורים לתיירות ברשות המקומית. בנסיבות העניין, איננו נדרשים להכריע בטענות אלה. אולם, ניתן לשרטט בהקשר זה מספר עקרונות כלליים. מחד גיסא, הפרט המתקשר עם הרשות אינו אמור להיות חשוף לכל "משב רוח משתנה" בשלטון. מאידך גיסא, אין זה תקין שגורם פוליטי נבחר יהיה מנוע מלמש מדיניות שלשמה נבחר רק בשל התקשרות חוזית שנעשתה על ידי קודמו (ראו: עניין מתווה הגז, בפסקה קי"ט; ברק-ארז, השתחררות מחוזה, בעמ' 124). ניתן לומר כי במקרים שבהם ההתקשרות החוזית אכן נסבה על סוגיה משמעותית שלחילופי השלטון היה קשר אליה וברקעה מצוי אינטרס ציבורי או צורך ציבורי חיוני שאותו השלטון החדש מבקש לקדם – האפשרות של השתחררות הרשות מהחוזה תהיה ראויה להיבחן. הדברים אמורים בכלליות כמובן, וכל מקרה ייבחן בהתאם לנסיבותיו הקונקרטיות. מכל מקום, במקרה זה הם נאמרים למעלה מן הצורך בלבד, לנוכח המסקנה שאליה הגעתי בעניין תוקפו של החוזה.

אחר הדברים האלה

53. בשלב זה הגיעה לעיוני חוות דעתו של חברי השופט י' אלרון. חברי סבור כי חוזה מן הסוג שנחתם כאן לא נדרש לאישורה של מועצת הרשות המקומית, וכי מכל מקום בנסיבות העניין היה מקום לתת לו תוקף בגדרו של עקרון הבטלות היחסית. מטבע הדברים, אין צורך שאחזור על נימוקי, אך אבקש בכל זאת להבהיר עניין או שניים שיש בהם כדי לשפוך אור על המחלוקת בינינו.

54. חלוקת הסמכויות בין ראש הרשות לבין מועצת הרשות – האמת ניתנת להיאמר כי החקיקה הקיימת אינה מיטיבה בהגדרה של תיחום הסמכויות בין ראש הרשות לבין מועצת הרשות. יש מקרים שבהם ראש הרשות הוא הרשות, ויש מקרים שבהם מועצת הרשות היא המייצגת אותה. טוב היה לו חקיקת השלטון המקומי הייתה מדייקת יותר בתיחומן של סמכויות אלה. אני סבורה שמחוק התכנון והבניה עולה בכירור כי מי שמוסמך לקבל החלטות שעניינן המדיניות התכנונית של הרשות אינו ראש הרשות. הא ראייה – במקרה הרגיל, מועצת הרשות היא שמתפקדת כוועדה המקומית לתכנון ולבניה. אכן, מן הבחינה המשפטית הטהורה הוועדה המקומית לתכנון ולבניה היא גוף נפרד ממועצת הרשות. אולם, חלוקת הסמכויות בתחום התכנון והבניה מבהירה כי הגוף שמופקד על גיבוש המדיניות התכנונית של הרשות אינו ראש הרשות. זאת עושה מועצת הרשות – לעתים ב"כובעה" כוועדה המקומית ולעתים ללא "כובע" זה.

55. תחום פריסתו של סעיף 203 לפקודת העיריות – לשיטתי, סעיף 203 לפקודת העיריות אינו משנה מדרישות הסמכות לקבלת החלטות מסוימות. הוא רק מוסיף עליהן. כאשר עירייה מתקשרת בחוזה עליה לעשות כן, למען הסדר הטוב, על-ידי ראש העירייה וגזבר העירייה. אולם, חוזה שנחתם כדין לפי סעיף 203 לפקודת העיריות אינו יכול לתת תוקף להחלטה שהתקבלה ללא תוקף. נשווה בדעתנו חוזה שעליו חותמים ראש העירייה והגזבר וענייניו התחייבות של העירייה כי תכנית מתאר מקומית תאושר. והנה, אישורה של תכנית מתאר מקומית מצוי, לכל הדעות, בסמכותה של הוועדה המקומית. חתימתו של חוזה כשר לכאורה לפי סעיף 203 לפקודת העיריות אינו יכול לשנות ממציאות נורמטיבית זו.

56. עוד ראוי להבהיר, כי שלא כאמור בפסקה 4 לחוות דעתו של חברי השופט אלרון, אינני סבורה כי כל חוזה שלו היבטים של תכנון ובניה נדרש לאישור המועצה. דבריי אמורים ביחס לחוזים שכוללים התחייבות באשר להפעלת סמכויות מהותיות שנתונות לרשות בכל הנוגע לתכניות – הגשת תכנית, הגשת התנגדות לתכנית, הגשת ערר למועצה הארצית וכדומה (ראו לעיל בפסקה 40). המדובר, כפי שהדגשתי, בסמכויות בעלות השלכות ממשיות על הרשות ותושביה. לא למותר להוסיף ולחדד כי בניגוד לאמור בפסקה 5 לחוות דעתו של חברי, חלקה של המועצה בעסקה לא התמצה אך בתמיכה בתכנית, אלא גם בצירופה של המועצה כיוזמת התכנית וכמגישה (עניין שהיה קרדינלי להגשת התכנית, לנוכח התנאים הקבועים בסעיף 61א לחוק התכנון והבניה, כאמור בפסקה 10 לעיל). כפי שכבר צוין, הסמכות הסטטוטורית להגשת תכנית לפי חוק התכנון והבניה מסורה ל"רשות המקומית" – לה, ולא לראש הרשות. למעשה, אף חלק מפסקי הדין שאליהם הפנה חברי מחדדים את הדברים. כך למשל, עיון בעניין

מתחם ימק"א מעלה כי החוזה שנדון שם – אשר נסב על אופן גבייתו של היטל השבחה במסגרת החוזה שנעשה עם ארגון ימק"א בקשר לאישור תכנית אשר השביחה מקרקעין שבבעלותה – הובא לאישורה של מועצת עיריית ירושלים ורק לאחר מכן הובא לחתימתו ואישורו של ראש העירייה (ראו: שם, בעמ' 294). אכן, בנסיבות העניין החוזה היה פגום מבחינות אחרות, אך הטיפול בו שיקף את סדר הדברים שהוסבר על ידי: קודם – החלטה של המועצה, ורק בשלב השני – חתימה על החוזה על-ידי בעלי התפקידים המוסמכים לכך לפי סעיף 203 לפקודת העיריות, או ההוראה המקבילה שחלה על מועצות מקומיות.

57. על בטלות יחסית ואינטרס ההסתמכות – לשיטתי, מאחר שמדובר בחריגה מסמכות שלה השלכות משמעותיות על המדיניות שעניינה עיצוב המרחב הציבורי, אינני סבורה שזהו מקרה המתאים להחלתו של עקרון הבטלות היחסית. עם זאת, בכל הנוגע לשיקולי ההסתמכות שאותם הדגיש חברי השופט אלרון, ראוי להבהיר כי במקרה זה לא נסגרת הדלת לתביעת פיצויים, הכול בהתאם להכרעה בשאלה של פיצול הסעדים, כמפורט בהמשך.

58. על טענות הצדדים וההגינות הדיונית – לבסוף, ובשולי הדברים, אתיחס לאמור בחוות דעתו של חברי השופט אלרון באשר לכך ששאלת הסמכות לא הייתה "חוד החנית" של טענות הצדדים בהליך זה. אכן, בטיעון בפנינו נדרשה המועצה באריכות לסוגיות אחרות שעמדו במרכז פסק דינו של בית המשפט המחוזי, אולם עיון בכתב ההגנה שהגישה מלמד כי הטענה הראשונה שהודגשה בפתחו היא כי "ההסכם הובא לראשונה לאישור המועצה לאחר כריתתו, עת הורתה הועדה המחוזית למועצה לשקול את עמדתה העדכנית, והמליאה לא אישרה אותו" (עמ' 1 לכתב ההגנה, בסעיף 1). בהמשך כתב ההגנה המועצה הטעימה כי הגם שהחוזה עמד באופן פורמלי בדרישת סעיף 193 לצו המועצות המקומיות (שהוא כאמור, המקביל לסעיף 203 לפקודת העיריות), הרי שאין בו כדי לחייב את המועצה ולמנוע ממנה להחליט על התנגדותה לתכנית, בהתחשב בכך ש"מדובר בהסכם מהותי ביותר בעל השלכות רחבות על ציבור המועצה" (סעיף 31 לכתב ההגנה). טענות אלה הועלו אף במסגרת הערעור שבפנינו, גם אם בשילוב עם טענות רבות אחרות, הן במישור החוזי והן במישור הציבורי-מינהלי. לא פחות חשובה גם ההתבוננות על הדברים מ"מעוף הציפור": מה שעמד על הפרק כל העת הוא הטענה שאין מקום לאכוף את קיום החוזה על המועצה. בנסיבות אלה, איני סבורה כי קיימת מניעה לבסס את הכרעתנו במקרה זה על הסוגיה האמורה.

59. אם תישמע דעת, נורה על קבלת ערעורה של המועצה ועל ביטול פסק דינו של בית המשפט המחוזי. מנקודת מבטי, השיעור הנלמד מהשתלשלות הדברים היא כי בעניינים בעלי חשיבות ציבורית אין מקום ל"קיצורי דרך". המועצה היא הגוף הנבחר של הרשות המקומית, ועל כן היא האחראית על קבלת החלטות שיש להן השלכות על האינטרס הציבורי. בהתאם לכך היא אף מחויבת בסטנדרטים של שקיפות וכפופה לכללי המשפט המינהלי באשר להליך קבלת החלטות תקין. דרך המלך לקידום פרויקטים משותפים עם הרשות – עניין שאין בו פסול כשלעצמו – אינה אפוא באמצעות חוזה עסקי הנכרת ללא אישורה של המועצה. במובן זה, הדרך הקצרה היא לפעמים הדרך הארוכה.

60. בצד זאת, מעיון בתיק עולה כי בקשה שהגישו המשיבות במסגרת כתב תביעתן לקבלת היתר לפיצול סעדים לא הוכרעה על ידי בית המשפט המחוזי. בהתחשב בתוצאה שאליה הגעתי אציע להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי על מנת שיכריע בבקשה זו (ובכך בלבד). זאת, מבלי לנקוט כל עמדה לגוף הדברים, שכן קיימים בעניין שיקולים לכאן ולכאן (ראו: רע"א 1399/11 קופת עליה – אגודה שיתופית לאשראי בע"מ נ' לזרום חברה קבלנית לבנין ולפיתוח בע"מ, פסקה 14 (19.1.2012); נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 89 (1991); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 309-313 (מהדורה שתיים עשרה, 2015)). בית המשפט המחוזי יפעל בהקשר זה לפי מיטב שיקול דעתו.

61. בהתחשב באופיו ומורכבותו של ההליך דנן, אציע כי כל צד יישא בהוצאותיו.

ש ו פ ט ת

השופט י' אלרון:

1. קראתי בעיון את חוות דעתה המנומקת של חברתי השופטת ד' ברק-ארוך, ואין בידי להסכים לתוצאה אליה הגיעה.

2. עיינתי היטב בהוראות החוק הרלוונטיות ולא מצאתי מקור נורמטיבי המחייב קבלת אישור מליאת המועצה המקומית בכל מקרה בו המועצה מקבלת על עצמה התחייבות חוזית הקשורה לתחום התכנון והבניה.

היעדרו של מקור נורמטיבי כאמור בולט במיוחד על רקע ההוראה המפורשת בסעיף 203 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: פקודת העיריות), לפיה חוזה הכולל התחייבות כספית יחייב את העירייה רק אם נחתם בידי ראש העירייה והגזבר.

היעדרה של הוראה חוקית המחייבת קבלת אישור גורם נוסף, מלבד ראש המועצה והגזבר, בולטת עוד יותר על רקע הוראת סעיף 196 לפקודת העיריות המונה רשימה מפורשת של "חוזים הטעונים אישור", בין היתר של מליאת הרשות המקומית. מכלל הן אתה שומע לאו: חוזה הכולל התחייבות לחברה יזמית לתמוך בהגשת תכנית לוועדה המחוזית לתכנון ולבניה – כבענייננו – אינו בא בגדרם של המקרים המנויים בסעיף האמור.

3. אף בדיון בעל פה שנערך לפנינו, הגם ששב ונשאל על כך, לא הצביע בא-כוח המועצה על הוראה חוקית המחייבת את אישור מליאת המועצה המקומית כתנאי למתן תוקף משפטי לחוזה שבליבת מושא הערעור.

בהליך בבית משפט קמא טענה המועצה בעניין זה, כי "מקום שבו היא נדרשת להקצות ש"פ"ים משלה לטובת התוכנית, טוב שהדבר יובא בפני המליאה לקבלת אישורה" (סעיף 115 לפסק הדין; ההדגשה הוספה – י' א'). בהקשר זה, סמכה המועצה ידיה על הנחיות היועצת המשפטית של הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז דרום מיום 10.8.2015, אשר צורפו כנספח לכתב ההגנה, ואשר כותרתן "הנחיות לבדיקת 'מגיש תכנית' בהתאם לחוק התכנון והבניה". סעיף 1.1 להנחיות אלו מורה כי "ככלל נדרשת החלטה של מליאת הרשות ביחס לכל תכנית המוגשת על ידי הרשות".

אולם, כפי שקבע בצדק בית משפט קמא, הנחיות אלו מאוחרות בזמן למועד חתימת החוזה, שנחתם כחודש קודם לכן. לטעמי הנחיות אלו אף מחלישות במידת מה את עמדתה של המועצה, שכן הן עשויות ללמד שקודם לקבלתן היתה דרישת אישור מליאת המועצה בבחינת "נוהג ראוי ורצוי", כלשונו של בית משפט קמא, ולא תנאי סף מחייב.

4. חברתי השופטת ד' ברק-ארוז, סבורה כי בשל אופייה המינהלי-ציבורי של התחייבות המועצה על פי החוזה, דרישת סעיף 203 לפקודת העיריות אינה מאיינת את חובתה של המועצה לעמוד גם בכללי המינהל הציבורי, הכוללים, לטעמה, את החובה לקבל את אישור מליאת המועצה להתחייבות החוזית. לשיטתה, משהסמכות לנקוט עמדה בנושאים של תכנון ובניה נתונה ברגיל לרשות מקומית, על מועצת הרשות

המקומית עצמה (קרי, מליאת המועצה) לאשר את התחייבויות המועצה בקשר עם דיני התכנון והבניה.

בהקשר זה, ציינה השופטת ד' ברק-ארז הוראות שונות בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה), המקנות סמכויות שונות לרשות המקומית עצמה, להבדיל מן העומד בראשה, ובין היתר סעיפים 61א(ב), 100(2) ו-110 לחוק התכנון והבניה. מהוראות חוק אלו ביקשה חברתי ללמוד כי כאשר מדובר בסמכויות "מהותיות" של הרשות המקומית, כלשונה, אשר הפעלתן דורשת את אישורה של הרשות, לא ניתן להסתפק בכך שראש הרשות לבדו יתחייב בחוזה, בשמה של הרשות, להפעיל את הסמכויות הללו.

5. מקובלת עליי אמנם הקביעה לפיה יש לבחון את החוזה בענייננו לאורו של עקרון "הדואליות הנורמטיבית", בהיותה של המועצה כפופה לכללי המשפט המינהלי. ואולם, כללים אלו אינם מחייבים באופן גורף את אישורה של מליאת מועצה או מועצת עירייה כתנאי מחייב בלעדיו אין למתן תוקף להתחייבות של מועצה או עירייה בכל מקרה של חוזה מינהלי, ואף לא בכל התחייבות הקשורה לתחום התכנון והבניה.

לטעמי, המקרים שהזכירה השופטת ד' ברק-ארז אינם דומים למקרה הנדון בענייננו, שכן בכל אותם מקרים הנזכרים בחוות דעתה דובר בסמכות סטטוטורית המסורה לרשות המקומית, שצוינה במפורש בחוק התכנון והבניה, וממילא נדרש אישורה של הרשות המקומית כתנאי להפעלתה. לעומת זאת, במקרה דנן, אין כאמור הוראה מפורשת בחוק התכנון והבניה או בפקודת העיריות המטילה חובה מפורשת לקבל את אישור המועצה כתנאי למתן תוקף להתחייבות החוזית.

יש להדגיש, בהקשר זה, כי במקרה דנן לא הפעילה המועצה את סמכותה בהתאם לדיני התכנון והבניה, להבדיל מהמקרים שנזכרו בחוות דעתה של חברתי, אלא היא התחייבה לתמוך בתוכנית בכפוף להחלטת רשויות התכנון המוסמכות, כאשר היוזמה להגשת התכנית וביצוע מלוא הפעולות הדרושות לאישורה נעשו על ידי חברת מאיר אפרת אחזקות בע"מ (להלן: חברת מאיר אפרת), עמה התקשרה בחוזה.

6. קיומו של הסדר שלילי המשתמע הן מהוראות חוק התכנון והבניה הן מפקודת העיריות – כאשר במקרים אחרים נדרש במפורש אישור "הרשות המקומית" או אישור מליאת המועצה או מועצת העירייה כתנאי מפורש להפעלת הסמכות – מחזקת את

המסקנה לפיה אין לגזור מהדין המינהלי חובה כללית מפורשת להביא כל חוזה שרשות מקומית היא צד לו לאישור מליאת הרשות המקומית.

7. בדברים אלו אין כדי לומר כי הבאת חוזים מינהליים מתחום התכנון והבניה לאישור הרשות אינו נוהג טוב ורצוי. אכן, מקובלת עליי הקביעה שראוי ורצוי כי התחייבויות הרשות המקומית הקשורות לדיני התכנון והבניה תקבלנה מראש את אישור הרשות המקומית עצמה – קרי, מליאת המועצה המקומית.

אולם, דעתי היא כי בנסיבות העניין שלפנינו, על אף שלא נתקבל אישור כאמור, בניגוד לנוהג הרצוי, אין בכך כדי להביא לביטול התחייבויותיה של המועצה על פי החוזה.

אבאר את הנימוקים לכך.

8. אין חולק כי החוזה נחתם כדין על ידי ראש המועצה והגזבר. על פי קביעת בית משפט קמא, וכעולה מהודעת דואר אלקטרוני ששלחה באת כוח המועצה לבאי כוח חברת מאיר אפרת מיום 18.5.2015, עובר לחתימתו הועבר החוזה "לעיון נציגי המועצה", תוך שצוין כי "הוא כפוף גם להערותיהם". הערות כאמור לא נתקבלו.

באסיפת המועצה מיום 2.8.2016 אישר היועץ המשפטי של המועצה כי ההסכם נחתם כדין. כשלעצמי אני סבור, כי אישור זה הוא בעל משמעות רבה באשר למצב המשפטי המצוי, והוא אף "מרכז" במידה מסוימת את הפגם שעל פי הנטען נפל בהיעדר אישור מליאת המועצה לחוזה (ראו והשוו: ע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' זאב הרטמן, חבר המועצה, בפסקה מ"ד לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין ((13.01.2013)).

זאת ועוד. כאמור בחוות דעתה של חברתי, משהובא העניין לראשונה בפני מליאת המועצה בהרכבה החדש, היא קיבלה החלטה על הגשת ערר בעניין התכנית למועצה הארצית, וביטול התמיכה בה. ואולם, בכך אין כדי ללמד דבר על כוונת מליאת המועצה הקודמת, לו היה העניין מובא בפניה.

בנסיבות שתוארו לעיל, ועל פי מכלול העובדות שתוארו בפסק דינו של בית משפט קמא, מצטיירת התמונה לפיה המועצה, בהרכבה הקודם, לא התנגדה לתוכן

החוזה ולהתחייבויותיה על פיו, ואילו היה העניין מובא לפניה נראה כי היתה מאשרת את התחייבויות המועצה על פי החוזה.

9. יש להדגיש עוד, כי שאלת תוקפו של החוזה בשל אי-אישורו על ידי מליאת המועצה כלל לא היתה חוד החנית של טיעוני הצדדים, הן בבית משפט קמא הן בהליך בבית משפט זה בכתבי הטענות ובדיון שנערך לפנינו. בכך יש כדי ללמד, במידה מסוימת, כי אף המועצה – המערערת בהליך זה – לא סברה, בנסיבות שתוארו, כי באי-קבלת אישור מליאת המועצה לבדו יש כדי להביא לביטול החוזה.

10. לנוכח כל האמור, בנסיבותיו של מקרה זה איני סבור כי יהיה זה מוצדק להורות על ביטול החוזה רק בשל כך שהוא לא קיבל את אישור מליאת המועצה.

11. יתירה מזאת, אף אם הייתי סבור, כחברתי השופטת ד' ברק-ארוך, כי החוזה נחתם תוך פגם של חריגה מסמכות, בהיעדר אישור מליאת המועצה, הרי שאין בקיומו של פגם זה לבדו כדי להצדיק את ביטולו המוחלט של החוזה.

כפי שנקבע לא אחת בפסיקת בית משפט זה, לא כל פגם שנפל בהליך המינהלי ביא לתוצאה הכרחית של בטלות ההחלטה או המעשה המינהליים. כלל "הבטלות היחסית" או "התוצאה היחסית" מאפשר לבית המשפט שיקול דעת להחליט מהן התוצאות האפשריות של הפגם, בזיקה ישירה לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה לגופו. כלל זה מאפשר לבית המשפט לפסוק, בין היתר, כי למרות הפגם המשפטי, ההחלטה המינהלית תישאר תקפה ומחייבת כאילו לא נפל בה פגם. לכלל האמור תחולה גורפת; הוא מתייחס לכל הסוגים של פגמים משפטיים, לרבות פעולה בחוסר סמכות של הרשות; הוא מופעל לא רק על ידי בית הדין הגבוה לצדק או בית המשפט לעניינים מינהליים, אלא גם על ידי ערכאות אחרות המפעילות ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות, לרבות בית משפט זה בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים; והוא חל על החלטות מינהליות מכל סוג, לרבות חוזים שהתקשרה בהם רשות מינהלית (ראו: בג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289, 308 (2004) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון); ע"א 2518/02 סמיון נ' שר הבריאות פ"ד נז(1) 778, 785 (2003); ע"א 4926/08 נאשף ואיל ושות' נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, בפסקה 37 (2013); ע"א 6750/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד סג(2) 1, 43, 83 (2009); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד' 2994-2996 (להלן: זמיר, הסמכות המינהלית)).

12. בספרו הסמכות המינהלית מנה פרופ' זמיר שלושה שיקולים עיקריים שעל בית המשפט לשקול בהפעלת כלל "הבטלות היחסית" או "התוצאה היחסית".

השיקול הראשון הוא חומרת הפגם שנפל בהחלטה המינהלית. בהקשר זה קבעה אמנם חברתי השופטת ד' ברק-ארז, בעניין אחר שנידון בפניה, כי "השימוש בעקרון של בטלות יחסית צריך להיעשות בזהירות רבה יותר ככל שהפגם שנפל בפעולת הרשות הוא חמור יותר, ולא כל שכן פגם של חוסר סמכות" (עע"מ 8518/11 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה נ' אליוודן חברה לבניין בע"מ, בפסקה 27 (4.2.2013); ראו גם דפנה ברק-ארז משפט מנהלי כרך ב' 815-822, 836-839 (2010) (להלן: ברק-ארז, משפט מנהלי). ואולם, דעתי היא כי את הפגם יש לבחון על פי מהותו ולא רק על פי סיווגו. יתכנו מקרים שבהם על אף שהפגם יסוג כחריגה מסמכות או כחריגה של הרשות מנורמה מחייבת, ניתן יהיה לעשות שימוש בכלי של בטלות יחסית, בשל כך שבחינה מהותית של מכלול נסיבות המקרה תוביל למסקנה שלא היה בפגם זה כדי לשנות את תוצאת ההחלטה או המעשה המינהליים (ראו: זמיר, הסמכות המינהלית, 3011-3010).

השיקול השני הוא "שיקול הצדק האישי". בהקשר זה, תבחן מידת הפגיעה שנגרמה בשל החלטתה של הרשות המינהלית. ככל שהנזק שנגרם לפרט או לגורם אחר העותר נגד ההחלטה חמור יותר, כך ייטה בית המשפט, משיקולי צדק, להעניק לו סעד.

יש לציין כי אמנם בספרו מתייחס פרופ' זמיר לשיקול זה בקשר למצב דברים בו הוגשה עתירה נגד החלטת הרשות, אשר על פי הנטען גרמה עוול למי שפונה לקבלת סעד מבית המשפט, ולא למצב דברים שבו הרשות עצמה מבקשת לבטל את החלטתה. יחד עם זאת, אני סבור כי ניתן להקיש מקיומו של שיקול זה על חובתו של בית המשפט שבפניו מונחת שאלת ביטול החלטה או מעשיה של הרשות המינהלית, לבחון את השלכות צעד זה על צדדים ישירים שעלולים להיפגע כתוצאה מכך. כך, בענייננו, יהיה עלינו לבחון את מידת הפגיעה בחברת מאיר אפרת לו יבוטל החוזה עימה בשל הפגם המינהלי שעל פי הנטען נפל בכריתתו.

השיקול השלישי הוא הנזק שביטול ההחלטה המינהלית יכול לגרום לרשות המינהלית, לציבור שמטעמו הרשות פועלת, לצדדים שלישיים ולציבור הרחב. בהקשר זה ציין פרופ' זמיר כי "לעיתים הנזק הצפוי מביטול החלטה כבד כל כך עד שהוא עשוי לגבור על השיקול של חוקיות המינהל. במקרים כאלה בית המשפט עשוי לחפש סעד שימנע או ימתן את הנזק, או אפילו להשלים בדיעבד עם החלטה בלתי חוקית" (זמיר, הסמכות המינהלית 3012).

13. שיקולים אלו ודומיהם הנחו בעבר את בית משפט זה בעשותו שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית, במקרים שבהם נקבע כי על אף שנפל פגם בקבלת החלטה של רשות מינהלית או במעשה שעשתה, נפקותו של הפגם אינה בטלות מיידית ומלאה של החלטה או המעשה.

כך, למשל, בעניין התנועה למען איכות השלטון, נמנע בית המשפט מביטול הסכם שנערך על ידי העירייה, אף שהיה נגוע בפגם של חוסר סמכות באופן גביית היטל השבחה, בשל נזק חמור שהיה עלול להיגרם בעקבות הביטול לצדדים להסכם וכן לכלל תושבי העיר, תוך שנקבע כי "על בית המשפט מוטלות החובה והאחריות לפעול מתוך זווית ראייה רחבה ככל הניתן, המתחשבת בטובתם וברווחתם של כלל הגורמים העשויים להיות מושפעים מהכרעתו" (שם, בעמ' 308).

במקרה אחר, שנדון בעע"מ 5106/14 עיריית בת ים נ' ששון (3.9.2015), נקבע כי אין להורות על בטלותן המוחלטת של החלטות שהתקבלו בישיבות מועצה של עירייה בדבר מינויים של ממלאי מקום וסגנים לראש העיר, על אף שנתקבלו תוך "סטייה חריפה מכללי המשפט המינהלי". באותו עניין, קבע השופט נ' הנדל, כי השימוש בכלי של הבטלות היחסית, המאפשר גמישות ושיקול דעת לבית המשפט במציאת הפתרון המתאים למצבים מורכבים, הוא "הכרח השעה בעידן החוקתי" (ליתרונות הגמישות של דוקטרינת הבטלות היחסית ראה גם בג"ץ 5660/10 עמותת איתך - משפטינות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סד(1) 501, בפסקה 22 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (2010)).

במקרה נוסף, אשר נדון בבג"ץ 917/17 בית חרות – ועד מקומי בית חרות נ' ממשלת ישראל (19.12.2017), נדחתה עתירה נגד החלטת הממשלה לאשר תכנית תשתית לאומית להרחבת כביש מסוים, תוך שנקבע, בין היתר, כי לנוכח נסיבות המקרה, בהן הליכי התכנון הממושכים והסבוכים והאינטרס הציבורי בפרויקט, גם אם נפל פגם בהליך הגריעה בכך שהיה על מליאת המועצה האזורית, ולא על ראש המועצה, לאשר את גריעתם של כ-172 דונמים משמורת טבע לצורך סלילת הכביש, הרי שמוצדק להפעיל את הדוקטרינה של בטלות יחסית, ולהימנע מביטולה המוחלט של החלטה.

14. אף בנסיבות המקרה דנן, אני סבור כי שלושת השיקולים האמורים תומכים בהפעלתו של כלל הבטלות היחסית, באופן שבו אין להורות על ביטול החוזה.

בהתאם לשיקול הראשון, ובנסיבות שתוארו לעיל, אף אם נפל פגם מסוים באי-קבלת אישור המועצה קודם לחתימת ראש המועצה וגזבר המועצה על החוזה, אין מדובר בפגם היורד לשורש הסמכות, ובעיקר, נדמה כי אין בו כדי לשנות את תוצאת המעשה המינהלי של המועצה. ממילא, מידת חומרתו של הפגם הנטען אינה מצדיקה את ביטולו של החוזה.

15. גם השיקול השני – הוא השיקול של הפגיעה הישירה בגורמים מעורבים כתוצאה מביטול המעשה המינהלי – תומך באי-ביטולו של החוזה. ביטול החוזה בשל הפגם שעל פי הנטען נפל בו, יגרום לפגיעה ישירה בחברת מאיר אפרת.

בעניין זה, אני חולק על חברתי, אשר סברה כי חברת מאיר אפרת לא נטלה על עצמה התחייבות כספית מפורשת בחוזה, וממילא אין להורות על השבת תמורה כלשהי (כאמור בפסקה 45 לחוות דעתה). כעולה מסיכומי הטענות מטעם המשיבות, הצדדים ניהלו ביניהם משא ומתן לכריתת החוזה במשך מספר שנים, ולאחר חתימת החוזה פעלה חברת מאיר אפרת להכנת התכנית להשבחת המקרקעין, תיקונה, הגשתה לרשויות לאישור, קבלת היתרים והעסקת יועצים. בנסיבות אלה, אף אם לא שילמה חברת מאיר אפרת למועצה סכום כסף בגין התחייבויותיה של המועצה, ביטול החוזה עשוי לפגוע בה פגיעה משמעותית, בפרט לנוכח מאמציה לאישור התכנית והמשאבים שהוציאה לצורך כך בשנים שחלפו מאז חתימת החוזה (משלא נתבקש בבית משפט זה וממילא לא ניתן עיכוב ביצוע פסק דינו של בית משפט קמא) ואף קודם לכך.

בנסיבות אלה, יש ליתן משקל משמעותי לאינטרס ההסתמכות של חברת מאיר אפרת, אשר מצידה פעלה כדין, ומילאה את התחייבויותיה על פי החוזה.

16. בחינת השיקול השלישי – מידת הפגיעה באינטרס הציבורי ובצדדים שלישיים – תומכת אף היא בתוצאה אליה הגעתי.

מבלי להידרש לשאלת טובת הציבור כתוצאה מקידום התכנית לשינוי הייעוד של המקרקעין מ"ממלונאות ונופש" ל"מגורים", משנחתם החוזה, יש ליתן משקל ראוי גם לאינטרס הציבורי, המחייב כי המועצה תקיים את התחייבויותיה של קודמתה ולא תתנער מהן אך בשל חילופים פרסונליים בהרכב המועצה והעומד בראשה.

האינטרס הציבורי מחייב גם שמירה על יציבות ביישום החלטות המועצה גם בזמן של חילופי כהונת בעלי התפקידים במועצה. לשיטתי, אינטרס ציבורי זה הוא ראשון במעלה, ומהווה יסוד הכרחי לשמירה על אמון הציבור בפעילותה התקינה של המועצה, ראשיה ועובדיה.

17. הנה כי כן, מכלול השיקולים האמורים – בהם כי בנסיבות המקרה, כפי שתוארו לעיל, הפגם הנטען על ידי חברתי של אי-קבלת אישור מליאת המועצה אינו יורד לשורש סמכותה של הרשות וככל הנראה לא היה בו כדי לשנות מן התוצאה; כי לחברת מאיר אפרת, אשר פעלה כדין ובתום לב, ייגרם נזק רב מביטול החוזה; וכי האינטרס הציבורי צפוי אף הוא להיפגע מביטול החוזה – תומכים כולם במסקנה שאף אם נפל פגם באישור החוזה אין זה מוצדק ליתן למועצה את הסעד של ביטול החוזה.

18. לא נעלמה מעיניי הביקורת העקרונית באשר לקושי הטמון בשימוש בכלי של הבטלות היחסית באופן ה"מכשיר" בדיעבד פגם, לעיתים אף פגם מהותי, שנפל במעשה של הרשות המינהלית. יש טעם בטענות לפיהן הבטלות היחסית עלולה להוביל ל"הרתעת חסר" של הרשות מפני הפרה של זכויות, לפגיעה בזכויות פרוצדוראליות, ולערפול המצב המשפטי (ברק-אדז, משפט מינהלי, בעמ' 830-828; ראו גם אריאל בנדור "הגבולות של השופט ברק (או האם באמת קיים שיקול דעת שיפוטי)" משפט וממשל ט 261, 281-283 (2005)).

ואולם, בנסיבות העניין, אני סבור כי השימוש בכלי זה יביא לתוצאה צודקת וראויה יותר לעומת מצב בו יבוטל החוזה, תוך פגיעה חמורה בהסתמכותה של חברת מאיר אפרת, ותוך פגיעה קשה באינטרס הציבורי.

הקניית שיקול הדעת לבית המשפט לעשות שימוש בכלי גמיש זה מוצדקת במיוחד בנסיבות בהן אין מדובר במצב דברים רגיל של עתירה המוגשת נגד פעולתה של רשות מינהלית, אלא במצב שבו הרשות עצמה מבקשת להתנער מהמעשה המינהלי שביצעה או מההחלטה שקיבלה, בשל כך שאין היא מעוניינת עוד בתוצאותיהם, וזאת תוך שימוש באצטלה של פגם שנפל בהליך שנקטה בו בעצמה. במקרה מיוחד זה, קשה להסכין עם האפשרות של הפגיעה הצפויה בצדדים ישירים, בצדדים שלישיים ובאינטרס הציבורי כתוצאה מסעד של ביטול מוחלט של המעשה או ההחלטה של הרשות המינהלית.

19. במובן זה רלוונטית לענייננו הכרעתו של בית משפט זה בע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד סג(2)1, בגדרה נמנע בית המשפט מלהורות על ביטולו של חוזה בין העירייה לחברה פרטית, על אף שנקבע כי החוזה לא נחתם על ידי ראש העיר, ומשכך לא עמד בדרישת סעיף 203 לפקודת העיריות. באותה עניין, התקשרה החברה המערערת עם עיריית ירושלים בחוזה שכירות, שעל פיו שילמה המערערת לעירייה דמי שכירות בשיעורים מופחתים, באופן שחלק מדמי השכירות נוכה. בחלוף כארבע וחצי שנים מחתימת החוזה, הגישה העירייה תביעה להשבת הכספים אשר נוכו, בטענה כי החוזה המינהלי בטל, משלא נחתם על ידי ראש העיר כאמור.

על אף שנקבע כי החוזה בטל, קבע בית משפט זה כי אי-קיום הדרישה לחתימת ראש העירייה לפי סעיף 203 לפקודת העיריות אינה מחייבת בטלות והשבה מלאה של הכספים שנוכו, נוכח יישום הוראות הביטול וההשבה ביחס לחוזה בלתי חוקי הקבועות בחוק החוזים [חלק כללי] התשל"ג-1973, ובשילובה של דוקטרינת הבטלות היחסית. נקבע, כי בעת דיון בתוצאותיה של אי-חוקיות החוזה המנהלי, יש להחיל עקרונות של תום לב וחובות של הגינות, ובהקשר זה יש לבחון בין היתר את המועד בו העלתה העירייה את טענת בטלות החוזה ואת המצג שהציגה לחברה שהתקשרה עמה.

אף בענייננו, המועצה היא שביקשה מבית משפט קמא את הסעד של ביטול החוזה, בין היתר בשל הפגם הנטען של חוסר סמכות, אשר חברת מאיר אפרת כלל לא היתה מודעת אליו, וזאת רק לאחר חילופי השלטון בראשות המועצה. ראוי כי נסיבה זו תילקח בחשבון בעת שקילת התוצאה הצודקת בנסיבות העניין.

20. לסיכום עד כה, תשובתי לשאלה הראשונה שהציבה השופטת ד' ברק-ארז, היא אפוא שאין להורות על ביטול החוזה בשל הפגם המינהלי שנפל על פי הנטען בהליך כריתתו.

21. אשר לשאלה השניה, כחברתי אף אני סבור כי בנסיבות המקרה שלפנינו, החוזה אינו מלמד על התפרקות מוחלטת ואסורה של המועצה משיקול דעתה, באופן הפוגם בתוקפו מלכתחילה, שכן הוא תוחם את התחייבות הצדדים הן על פי תוכנה הן על פי מסגרת זמנים ברורה.

22. אשר לשאלה השלישית, היא השאלה האם המועצה היתה רשאית לחזור בה מהתחייבותיה על פי החוזה בהתאם להלכת ההשתחררות, מקובלת עליי גם כן

עמדתה העקרונית של חברתי, לפיה ייתכנו מצבים מיוחדים בהם תוכל רשות מקומית להשתחרר מהתחייבות חוזית אשר בבסיסה מצוי אינטרס ציבורי או צורך ציבורי חיוני, אשר הביא לחילופי השלטון ברשות המקומית. יחד עם זאת, איני סבור כי המקרה שבפנינו בא בגדרם של מקרים אלה.

בית משפט קמא פירט ביסודיות ובבהירות את הנימוקים התומכים באי-החלת הלכת ההשתחררות במקרה הנדון, בכלל זה דחה את הטענות בדבר הפגיעה במלונאות; חילופי השלטון במועצה; התנגדות התושבים לתוכנית; הפגמים התכנוניים שנפלו בה; והטענה בדבר השצ"פים ש"תרמה" המועצה לתוכנית. בקביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא, המבוססות לטעמי היטב, לא מצאתי מקום להתערב.

23. הצדדים הרחיבו טענותיהם באשר לתוקפו של החוזה במישור דיני החוזים. כחברתי השופטת ד' ברק-ארז, אף אני לא השתכנעתי מטענות המועצה בעניין זה, ועל כן לא מצאתי לנכון להתערב בקביעותיו הברורות והמנומקות כדבעי של בית משפט קמא גם במישור היחסים החוזיים בין הצדדים.

24. סיכומם של דברים, איני סבור כי יש הצדקה לביטול החוזה בין המועצה לחברת מאיר אפרת, הן על פי דיני החוזים הן על פי כללי המשפט המינהלי.

25. אחר הדברים האלה, עיינתי בתוספת לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, ובחוות דעתו של חברי השופט ד' מיןן ואבקש להעיר שתי הערות.

ראשית, אין מחלוקת ביני לבין חבריי כי ראוי ורצוי שהתחייבויות מהותיות של הרשות המקומית הקשורות לדיני התכנון והבניה תקבלנה מראש את אישור מליאת הרשות המקומית, ואין די באישורו של ראש הרשות. ואולם, לעמדתי, כל עוד המחוקק לא הורה אחרת, אין אנו יכולים להניח כי מוטלת חובה שבדין על קבלת אישור מליאת הרשות המקומית, אם בכל חוזה בתחום התכנון והבניה שהרשות היא צד לו, אם בחוזים מסוימים שהוגדרו על ידי חברתי ככאלו ה"הכוללים התחייבות באשר להפעלת סמכויות מהותיות שנתונות לרשות בכל הנוגע לתכניות". הגדרת המקרים בהם נדרש אישור הרשות המקומית – קרי, מועצת הרשות המקומית – היא עניין למחוקק לענות בו, כפי שנעשה לדוגמא בסעיף 196 לפקודת העיריות, ואינה צריכה להיות נתונה לפרשנותו של בית המשפט.

שנית, חברתי השופטת ד' ברק-ארד הבהירה, בפסקה 56 לחוות דעתה, כי המועצה צורפה כיוזמת התכנית, דבר המוכיח, לשיטתה, כי מדובר במקרה של הפעלת "סמכות מהותית" הנתונה לרשות, המחייבת באופן אינהרנטי קבלת אישור המועצה. ואולם, כפי שציינה חברתי, המועצה צורפה כיוזמת התכנית ומגישה לנוכח התנאים הקבועים בסעיף 61א לחוק התכנון והבניה, שלא איפשרו לחברת מאיר אפרת עצמה להגיש את התכנית; יחד עם זאת היה ברור לשני הצדדים, כעולה במפורש מהחוזה, שחברת מאיר אפרת היא "הרוח החיה" מאחורי התכנית והיא נוטלת על עצמה את כל ההתחייבויות הקשורות באישורה ובהוצאתה אל הפועל.

בכך שונה מקרה זה מהמקרה שנדון בעניין התנועה למען איכות השלטון (מתחם ימק"א). אמנם, כפי שציינה חברתי, בניגוד לענייננו, באותו עניין הובא החוזה לאישורה של מועצת העירייה, קודם שהובא לחתימתו של ראש העיר. ואולם, כפי שנכתב מפורשות בפסק הדין, באותו עניין ישבה מועצת העירייה גם כוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, מכוח סעיף 18א לחוק התכנון והבניה. כמו כן, היוזמה לשינוי התכנית באותן נסיבות היתה דווקא של עיריית ירושלים והרשות לפיתוח ירושלים, אשר ביקשו למצוא פתרון שיאפשר את המשך פעילותה של ימק"א במרכז העיר, לרווחת תושביה. בשל כך, נקבע בהסכם שנחתם בין ימק"א לרשות לפיתוח ירושלים כי האחרונה תפעל לשינוי התב"ע החלה על המתחם ותכין תכנית מפורטת שתקבע את השימושים המותרים במקרקעין. עוד נקבע בהסכם כי הרשות לפיתוח ירושלים תסייע לימק"א להשיג את כל האישורים הדרושים לביצוע התכנית ותעשה כל שביכולתה כדי לקבל מענק מגורמים ממשלתיים או מתורמים לצורך מימון הכנת התכנית, וכי אם לא יעלה בידה להשיג מענק כאמור, היא עצמה תממן את הכנת התכנית, בתור הלוואה לימק"א. לבסוף הושגה הבנה בין הצדדים, כי ככל ששינוי הייעוד במקרקעין יביא לחיובה של ימק"א בהיטל השבחה, יומרו דמי היטל ההשבחה בשירותים שונים שתעניק ימק"א לעיריית ירושלים.

בנסיבות אלה, ובניגוד לעניין דנן, ברור כי עיריית ירושלים עצמה, לצד הרשות לפיתוח ירושלים, היו "הרוח החיה" מאחורי התכנית, וממילא יש שוני בין המקרים באופן הפעלת סמכותה של הרשות המקומית, אשר בא לידי ביטוי גם בקבלת אישור המועצה להתחייבותיה על פי ההסכם שנחתם בין הרשות לבין שותפה להגשת התכנית.

26. לו תשמע דעתי, יידחה אפוא הערעור.

השופט ד' מינץ:

קראתי בעיון את חוות הדעת המקיפות של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, ושל חברי, השופט י' אלרון, ובמחלוקת שנפלה ביניהם מצטרף אני לעמדתה של השופטת ברק-ארז.

1. נדמה כי אין חולק כי אף אם יש בהוראות שונות בפקודת העריות [נוסח חדש] (להלן: הפקודה) כדי לקבוע את סמכותו של ראש רשות מקומית לבצע התקשרות חוזית בשם הרשות ובין היתר, התקשרות הכרוכה בהוצאה תקציבית, אין משמעות הדבר כי הוראות אלה ממצות בכל מקרה את הדרישות בהן צריכה לעמוד כל התקשרות שמבצעת הרשות.

2. תכלית סעיף 203 לפקודה (אשר סעיף 34 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש] מחיל אותו גם על מועצות מקומיות) – המבהיר כי התחייבות מטעם העירייה לא תחייב אותה, אלא אם זו עומדת בדרישות מסוימות – היא הקפדה על שימוש זהיר ומבוקר בכספי ציבור, והיא דומה לתכלית העומדת בבסיס הוראות חוק אחרות הנוגעות לכספי ציבור (רע"א 5210/08 עו"ד זרח רוזנבלום נ' מועצה מקומית חבל מודיעין, פסקה 21 (20.12.2010); עע"מ 10996/02 עיריית קריית גת נ' אבישי כ"ץ בע"מ, פ"ד נח(1) 490, 497 (2003); ע"א 8570/09 חגולי נ' עיריית ראשון לציון, פסקה 17 (15.3.2011)). הסעיף נוקט בלשון "לא יחייבוה", בהדגישו כי הסכם אשר בו מתקשרת העירייה בניגוד להוראות הסעיף, אינו מחייב אותה. עם זאת, ברי כי לא בכל מקרה ומקרה עמידה בתנאי הסעיף תספיק על מנת לחייב את העירייה.

3. גם במסגרת הוראת סעיף 196 לפקודה, אליה הפנה חברי, המפרטת מצבים שבהם התקשרות חוזית עם רשות מתחייבת את אישור המועצה, ניתן ביטוי לשאלה אם יש להוצאה הכספית הכרוכה בביצוע החוזה, תקציב מאושר מתאים אם לאו. התקשרות שיש בה הוצאה כספית שאין לה תקציב מאושר, טעונה אישור המועצה. גם סעיף זה נועד אפוא לוודא כי לא תתחייב העירייה בהוצאה כספית בלתי-מאושרת (ראו גם: סעיף 195(א) לפקודה, הקובע את המסגרת שבה רשאי ראש עירייה להתקשר בחוזה בשם העירייה, בהתייחס לשאלה אם ההתקשרות כרוכה בהוצאה כספית מאושרת; וראו עוד בעניין היחס בין סעיף זה לסעיף 203 לפקודה: ע"א 11/71 עיריית רחובות נ' גולדמן, פ"ד כה(2) 381 (1971)).

הוראות אלה נועדו בעיקרן להבטיח כי נערכת בקרה לגבי התחייבות רשות הכרוכה בהוצאה כספית. עם זאת, לא מן הנמנע כי התקשרות ראש רשות מקומית תיבחן בפרספקטיבה נוספת, במצבים שבהם שאלת ההתחייבות הכספית אינה עומדת במוקד. הוזה אומר, ייתכנו מצבים שבהם עמידה בהוראת סעיף 203 לפקודה תהא תנאי הכרחי אך לא תנאי מספיק. כך למשל, בענייננו. התקשרות שתכליתה קידום הליך מנהלי כלשהו, שאינו בשליטת ראש הרשות המקומית, צריכה להיבחן בהתחשב באופיו של אותו הליך וההוראות הרלוונטיות אליו. ואסביר.

4. הסמכות הסטטוטורית להגשת תכנית לפי סעיף 61א(ב) לחוק התכנון והבניה (להלן: החוק) מסורה, בין היתר, ל"רשות המקומית". אכן, החוק אינו מגדיר בצורה מפורשת מיהו הגורם המוסמך לקבל החלטה בשם "הרשות המקומית" בעניין זה, כמו גם לעניין הגשת התנגדות לתכנית (לפי סעיף 100(2) לחוק), או הגשת ערר על החלטת ועדה מחוזית בנוגע לתכנית (לפי סעיף 110(א)(1)(ב) לחוק). עם זאת, שותף אני לעמדה שסמכויות אלה בענייני תכנון ובניה, הוענקו ל"רשות המקומית", במובן הרחב, היינו למועצת הרשות המקומית, ולא לראש הרשות המקומית, שהחוק אינו מעניק לו כלל סמכויות בענייני תכנון או רישוי, מלבד קביעת חברותו במוסדות תכנון שונים (ראו: שרית דנה ושלום זינגר דיני תכנון ובניה כרך א 404-405 (2015) (להלן: דנה וזינגר)).

5. כפי שגם ציינה חברתי, לא בכדי מועצת הרשות היא זו שמשמשת במצב הרגיל – כאשר מדובר במרחב תכנון שבו מצויה רשות מקומית אחת – בתפקידה כוועדה מקומית. הסמכויות התכנוניות המסורות לוועדות המקומיות הן במובנים רבים גם סמכויות הנדרשות לצורך ניהול אפקטיבי של הרשות המקומית והחיים בה (ראו גם: דנה וזינגר, עמ' 132). גם הסמכות הנתונה לרשות במסגרת סעיף 61א(ב) עניינה בנושאים שיש להם השלכה רבה על עיצוב דמותה של הרשות וחיי התושבים בה. אך מתבקש אפוא כי סמכויות אלו שבידי "הרשות המקומית", יהיו נתונות למועצת הרשות המקומית, הגוף אשר לו מסורות סמכויות מקומיות משמעותיות בתחום התכנון והבניה ולא לראש הרשות בגפו. אדרבה, עניין מעין זה נמצא בליבת הסמכות של מועצת הרשות המקומית.

6. במקרה זה נחתם חוזה שאכן עומד בדרישות סעיף 203 לפקודה, אך במסגרת אותו חוזה התחייב ראש המועצה בשם המועצה כי זו תתמוך בתכנית במסגרת הליכי התכנון – וזאת על אף שהסמכות לתמוך בתכנית במסגרת אותם הליכים, לא הייתה נתונה בידי, אלא בידי המועצה כאמור. על כן התחייבות ראש המועצה ניתנה בחוסר

סמכות, ומשכך, מצטרף אני למסקנת חברתי כי ההתחייבות בטלה. גם אינני מוצא אף נחמה פורתא בכך שהחווזה הועבר לעיונם של חברי המועצה, שכן הבאת החווזה לעיון אינה ממלאת את החסר באי-קבלת החלטה על ידי מליאת המועצה כאמור.

7. זאת ועוד, בהתחשב באופי ההתחייבות שניתנה, מצטרף אני לדעת חברתי כי לא ניתן להפריד חלקים מן החווזה שיוותרו בעינם, או להורות על השבה, שכן לא הוחלפו תמורות בין הצדדים. כמו כן, אינני סבור כי יש מקום להחיל את עיקרון הבטלות היחסית. לטעמי מדובר בפגם היורד לשורש סמכות הרשות. אף קשה בעיני להניח כי לא היה בפגם זה כדי להשפיע על התוצאה, שכן אין לדעת אם הייתה נתמכת התכנית על ידי מליאת המועצה, אם היה החווזה עומד להצבעה באותה העת. באשר לשיקולי ההסתמכות, אינני סבור כי מדובר במקרה שבו שיקולים אלה מטילים את הכף לעבר חברת מאיר אפרת. אין המדובר במקרה שבו התקשרה הרשות בהסכם במסגרתו ניתנה הטבה כספית על ידי העירייה או סופקו לה שירותים בהתאם להסכם. התחייבות חברת מאיר אפרת הייתה לקדם את הפרויקט, וזאת בכפוף להחלטות רשויות התכנון המוסמכות, כאשר גם אם התלוו לה היערכות כלשהי או נקיטת פעולות כלשהן, אלו אינן מהוות הסתמכות המצדיקה בטלות יחסית. ואכן, בהתאם להכרעה בשאלת פיצול הסעדים, עשויה להתאפשר גם תביעת פיצויים על הנזקים שנגרמו, אם נגרמו, כתוצאה מביטול החווזה.

8. ובשולי הדברים, חברי השופט אלרון התייחס בחוות דעתו לכך ששאלת הסמכות לא עמדה בלב טענות הצדדים במסגרת ההליך. בעניין זה אבקש להוסיף, מלבד האמור בפסקה 58 לחוות דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז, כי הן בהודעת הערעור והן בסיכומי המערערת ובנוסף לטענות השונות שנטענו, ניתן הדגש גם לפגם הנעוץ בכך שהתכנית לא הובאה לאישור לפני מליאת המועצה (פסקאות 31-35 לסיכומי המועצה ופסקאות 68-71 להודעת הערעור). על כן, גם אם המערערת לא טענה טענות אלה תחת כותרת מפורשת של "פעולה בחוסר סמכות", אלא תחת כותרת של "פעולה בלתי צודקת", בהתחשב בחומרת הפגם כמפורט לעיל, די לטעמי בכך שטענה זו הועלתה לפנינו באופן האמור על מנת שנידרש לה.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז, כנגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון.

ניתן היום, ל' בתשרי התשע"ט (9.10.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

17048720_A05.doc /עכ.

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, supreme.court.gov.il