

בג"צ 11/

בעניין:

חממה קהילתית טירת כרמל בע"מ

ח.פ. 513968909

ע"י ב"כ עוה"ד נ. גלנטי (מ.ר. 16985) ו/או ב. סודרי ו/או
פ. רנד ו/או נסלי טל ו/או רתם לבנון ו/או יהונתן גינת
משד' בן גוריון 6 (בנין הסיטי סנטר) חיפה 35414
טל.: 04-8555494 פקס: 04-8555252

וע"י ב"כ עוה"ד ד"ר אמיר פז-פוקס ו/או נטע נדיב
מהקליניקה לצדק חברתי בקריה האקדמית אונו
מרז' צה"ל 106, קרית אונו
טל.: 03-5311817 ; פקס: 03-6351820

העותרת

נגד

1. משרד הפנים

באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צלאח-א-דין 29, ירושלים

2. עיריית טירת הכרמל

טירת הכרמל

המשיבים

עתירה

למתן צו-על-תנאי

מוגשת בזאת עתירה לבית המשפט הנכבד למתן צו-על-תנאי המכוון כנגד המשיבים והמורה להם לבוא ליתן טעם כדלהלן:

1. מדוע לא יאשר שר הפנים את חוזה ההתקשרות להקמה של מתקנים פוטו-וולטאיים בין העותרת לעיריית טירת הכרמל.
2. מדוע לא יימנע שר הפנים מלאשר חוזה התקשרות על פיהם משכירה רשות מקומית גגות של מבני ציבור ליזמים פרטיים, המקימים על גגות אלו מתקנים פוטו-וולטאיים, באופן המאפשר ליזם הפרטי להפיק לעצמו רווח מהפעלת המתקנים.

ואלה נימוקי העתירה :

הערת פתיחה

1. רשות מקומית מחזיקה במבני ציבור. הדין מאפשר לה להקים מתקנים פוטו-וולטאיים (מתקנים סולאריים) על הגגות של מבנים אלה. הרשות מעוניינת לנצל הוראת דין זו, על מנת להשכיר את הגגות של מבני הציבור לזמנים פרטיים (שיפיקו רווחים מייצור החשמל הסולארי). האם היא יכולה להשכיר את הגגות של מבני הציבור לזמן פרטי (עסקי), אשר יקים את המתקנים הסולאריים על גבי הגגות ויפיק לעצמו רווח? האם היא יכולה, למעשה, לבצע עסקת השכרה (עסקה בנדליין) בגג של מבנה ציבור, בקרקע שלה ייעוד ציבורי? העתירה מחייבת הכרעה בשאלות אלה. כפי שיומחש להלן, יש לענות על שאלות אלה בשלילה.

רקע עובדתי קצר

2. עיריית טירת הכרמל (היא המשיבה מס' 2) ביקשה להקים מתקנים סולאריים על גגות מבני הציבור שבתחום שיפוטה. לשם כך, פרסמה מכרז. על פי החלטת העיריה, תכליתו של המכרז היתה פשוטה - מתן הרשאה לעשות שימוש בגגות של מבני ציבור, על מנת להקים ולהפעיל עליהם מתקנים סולאריים קטנים (דהיינו, בהספק של עד 50kw), תוך שימוש בכספים שיתקבלו מהזוכה במכרז כדי להניע, לקדם ולממן מיזמים קהילתיים בטירת הכרמל.
3. לשם כך קבעה העיריה כי רשאים היו להגיש הצעות במכרז או תאגידים ללא כוונת רווח (מלכ"ר) או חברות בת של עמותות ציבוריות הפועלות ללא כוונת רווח. המשתתפים במכרז היו צריכים לפצל את תשלום הכספים לשני אספקטים. האחד, תשלום של דמי שכירות לעיריה, בגין כל גג. השני, תשלום חודשי קבוע נוסף לכל גג אשר יועבר לחשבון בנק מיוחד, ואשר ישמש למימון מיזמים ופרויקטים קהילתיים בטירת הכרמל (הזוכה במכרז) הינו למעשה מי מבין המשתתפים אשר יציע את דמי ההעברה הגבוהים ביותר).
4. העותרת היא זו אשר זכתה במכרז. זכייתה אושרה על ידי מועצת העיר, וחווה מתאים נכרת בינה ובין העיריה.
5. על פי דין נדרש אישור של שר הפנים להתקשרותה של העיריה עם העותרת. דא עקא, שפנייתה של העיריה למשרד הפנים לשם קבלת אישור מתאים נענתה בשלילה. מכאן העתירה הנוכחית.

תמצית

6. על פי דין, מי שמפיק חשמל, לרבות על ידי הקמה של מתקן סולארי, מחוייב למכור את החשמל אותו הוא מפיק לחברת החשמל. בעקבות החלטת הממשלה לקדם שימוש במקורות אנרגיה חלופיים, ובהם - אנרגיה סולארית, נקבע סיבסוד לחשמל המופק מאנרגיה סולארית. המחיר

שבו חברת החשמל קונה את החשמל הסולארי גבוה מהמחיר שבו היא מוכרת אותו חזרה לצרכן. במצב דברים זה מתקן סולארי מפיק רווח למי שמחזיק בו. (למעשה, לא מדובר כאן בסבסוד קלאסי, כי אם בהתחייבות של המדינה לרכוש את החשמל הסולארי בתעריף גבוה לתקופה בת 20 שנה. הלכה למעשה, שאר הצרכנים מממנים את התוספת האמורה, בדרך של העלאת תעריפי החשמל. היות והתעריף בו נרכש החשמל הסולארי גבוה, הרי שנוצר פער בין עלות המתקן והפעלתו לבין התשלום המתקבל בגין החשמל, פער המפיק רווח משמעותי למי שמחזיק במתקן הסולארי).

7. מטבע הדברים, רשויות מקומיות מחזיקות במבני ציבור אשר שטח הגגות שלהם נרחב. קיימת אפשרות להקים מתקנים סולאריים על גגות מבני הציבור, כאשר יש בכך גם כדי לתרום למטרות של איכות הסביבה, אך גם כדי ליצור מקור הכנסה לעיר. משכך הם פני הדברים, רשויות מקומיות שונות (לרבות עיריית טירת הכרמל) פרסמו מכרזים להתקנה של מתקנים סולאריים על גגות שבתחום שיפוטן. למעשה, יהיה נכון יותר לומר כי הרשויות המקומיות (למעט עיריית טירת הכרמל) פרסמו מכרזים בהם הן משכירות את גגות מבני הציבור שבתחום שיפוטן למי שמעוניין להקים מתקנים סולאריים על גגות אלה.

8. רוב המכרזים שהוצאו על ידי הרשויות המקומיות הם מכרזים סטנדרטיים: השכרת גגות מבני הציבור לזים פרטי המעוניין להקים עליהם מתקנים סולאריים, כנגד קבלת דמי שכירות. כאשר כל רווחי המתקן הסולארי נכנסים לכיסו של הזים הפרטי. הרשות המקומית משכירה (למעשה) את הגג לזים, והיא אומנם מקבלת ממנו דמי שימוש חודשיים, אך הבעלות על המתקן לרוב היא בידו של הזים הפרטי, ועל כן נותר בכיסו סכום כספי משמעותי המהווה רווח. מכרזים כאלה אושרו ומאושרים על ידי משרד הפנים כדבר שבשגרה. במודל שכזה, שבו המתקן מוקם על ידי זים פרטי, הפועל למטרות רווח שלו, חלק מההכנסות שנוצרות מהמתקן הסולארי אינן חוזרות לקהילה. לא לעיריה עצמה, ולא לקהילה המקומית. חלק ניכר מההכנסות מגיע לכיסו של הזים הפרטי בלבד, ולמעשה העיריה פועלת כמעין סוחר נדל"ן, המחזיק נכס מניב, והמפיק דמי שכירות ממתן זכות השימוש בגגות מבני הציבור שבבעלותו.

9. עיריית טירת הכרמל הגתה מודל חדש. אחר. שונה.

10. על פי המודל שהוצע על ידי העיריה (להלן: "המודל החברתי"), במכרז נשוא עתירה זו, ההקמה של המתקן הסולארי נעשית על ידי גוף קהילתי, שאינו פועל למטרות רווח. ההכנסות מהמתקן הסולארי מנותבות לשלושה אפיקים, כולם עירוניים-קהילתיים. אין הכנסה המופקת מהמתקן הסולארי שאינה נכנסת לקהילה ולעיר.

באופן ספציפי, חלק מההכנסות מועבר לקופת העירייה, חלק מההכנסות מנוטב לקרן מיוחדת התומכת בפרויקטים קהילתיים, וחלקו נותר בידי העותרת, אשר נוסדה במטרה לקדם השקעות בקהילה ופרויקטים חברתיים.

11. כפי שיוסבר להלן, המודל החברתי אינו רק מודל אפשרי, אלא שלמעשה הוא המודל העדיף מבחינה קהילתית. לטעמה של העותרת הוא המודל היחיד האפשרי - רשות מקומית אינה יכולה להעביר הכנסות המופקות ממבני ציבור לידיים פרטיות. הכנסות המופקות ממבני ציבור צריכות ויכולות להיות מועברות לידי ציבור התושבים ברשות.

12. רשות מקומית אינה יכולה "למסחר" את השימוש בגגות של מבני ציבור (אשר נבנו על קרקעות המיועדות לשימוש ציבורי, על פי התוכנית (תב"ע) הרלוונטית). היא אינה יכולה למסור את השימוש בגגות של מבני ציבור לידיים פרטיות, של יזם פרטי, המפיק רווח לעצמו. היא אינה יכולה להשכיר גג של מבנה ציבור, הנבנה על קרקע שייעודה ציבורי, ליזם פרטי. השימוש בגגות של מבני ציבור יכול להיעשות רק למטרות ציבוריות, רק לצרכים ציבוריים, כלליים, חברתיים.

13. המודל החברתי הוא מודל חדשני, מרשים בהשלכות שיכולות להיות לו על הרווחה העירונית. דווקא בעידן זה של גזרות כלכליות ונטלים כלכליים, למודל המוצע כיום בטירת הכרמל פוטנציאל משמעותי לקידום הרווחה הקהילתית, דווקא בערי הפריפריה. אפשר להמחיש זאת בדוגמא מספרית פשוטה.

לאחר הפחתה של ההוצאות הכרוכות בהקמה וניהול של מתקן סולארי, נותר תזרים מזומנים חופשי של כ-55,000 ₪ לשנה לכל מתקן. כאשר מדובר ב-14 מתקנים, כמו במקרה של עיריית טירת הכרמל, מדובר בתזרים מזומנים חופשי של כ-800,000 ₪ לשנה. אם תתאפשר הקמת המתקנים על ידי יזם פרטי המפיק רווח לעצמו (להלן: "מודל השכירות העסקי"), פחות מ-20% מהסכום יעבור לקופת העירייה, בעוד ש-80% מהסכום יכנסו לכיסו של היזם הפרטי. על פי המודל העסקי, רק 160,000 ₪ נכנסים לקופת העירייה ומיועדים לרווחת תושבי העיר. בעוד ש-640,000 ₪ נותרים בידיים פרטיות. במודל החברתי כל הסכום (800,000 ₪ לשנה) מושקע בקהילה, בתושבי העיר (בין אם בדרך של תשלום ישיר לקופת העירייה, ובין אם בדרך של מיזמים חברתיים-קהילתיים). הווה אומר, סכום נוסף של 640,000 ₪ בשנה (במשך 20 שנה) מועבר לקהילה, לעיר, לתושביה. זוהי משמעות חברתית, קהילתית, ציבורית, אדירה.

14. לא זו אף זו: המודל החברתי הוא גם מהפכני מנקודת מבט נוספת. הרי למעשה, במצב הדברים זהיום הציבור נושא בנטל עליות מחיר החשמל על מנת לממן את האנרגיה הסולארית (מעין מס עקיף). המודל החברתי הוא המודל היחיד המאפשר גם תועלת לאיכות הסביבה, וגם שימוש במחיר החשמל המוגדל המשולם על ידי הציבור לשם מימון פרויקטים קהילתיים. כך שלמעשה

רוב הכסף שהציבור משלם כמחיר חשמל מוגדל, חוזר אליו בדמות פרויקטים קהילתיים, חברתיים.

15. לטעמה של העותרת, מסירה של ההקמה של מתקנים סולאריים לזום פרטי היא בגדר **שימוש אסור** במשאבים ציבוריים (במבני ציבור). עם זאת, גם אם נניח כי לרשות מסורה האפשרות להעביר הלכה למעשה את הגגות הציבוריים לידיים פרטיות, הרי שמובן כי החלטתה של עיריית טירת הכרמל במקרה זה, למסור את ההקמה של המתקנים הסולאריים לעמותה קהילתית היא **החלטה הניצבת בלב ליבו של מתחם הסבירות**, החלטה שעל שר הפנים לאשרה.

16. החלטה אחרת של שר הפנים, החלטה שאינה מאשרת את חוזה ההתקשרות בין העירייה לבין העותרת, או החלטה המתירה להעביר את הגגות הציבוריים והמתקנים הסולאריים לידיו של זום פרטי, עסקי, המפיק רווח לעצמו, היא **החלטה החורגת ממתחם הסבירות**.

הצדדים והשתלשלות העניינים

17. העותרת הינה חברת בת של הקרן הקהילתית טירת הכרמל (שהינה עמותה רשומה). הקרן הקהילתית טירת הכרמל הוקמה בשנת 2002 על ידי תושבים ואנשי עסקים מקומיים, מתוך מטרה לחולל שינוי משמעותי וארוך טווח בטירת הכרמל. הקרן פועלת, מאז הקמתה, כזום חברתי, המניע פרויקטים קהילתיים רבים.

18. במהלך שנות פעילותה הקרן הקהילתית יזמה והקימה פרויקטים משמעותיים בשיתוף עם העירייה וגייסה מיליוני שקלים לטובת עשייה חברתית. בין היתר הקרן הקהילתית יזמה והקימה מרכז נוער יישובי הנותן מכלול של שירותים לכ-2000 בני נוער בעיר בגילאים 13 עד 18 שנה. הקרן הקהילתית יזמה והקימה מרכז הון אנושי וצעירים, הנותן מגוון שירותי הכוון וייעוץ בהשכלה ותעסוקה לבני 18 עד 45 שנה. היא יזמה והקימה את מסיק הזיתים הקהילתי, שבו מאות תושבים מוסקים את עצי הזית הפזורים בעיר ומפיקים מהם שמן זית. הקרן הקהילתית מרכזת את כל הפעילות של עסקים למען הקהילה (על"ה) בעיר, כולל הזרמת משאבים בהיקף של כמליון ₪ מדי שנה לפרויקטים חברתיים, והפעלת מאות מתנדבים מהעסקים בסביבה הנותנים אלפי שעות התנדבות בקהילה מידי שנה. (אגב, לקרן הקהילתית אישור לקבלת תרומות המוכרות לצרכי מס על פי סעיף 46 לחוק, והיא זכתה לציון לשבח מאת רשם העמותות על ניהול ספרים ופעילות מבוקרת). לשם השלמת התמונה רצ"ב, ומסומן "א", תקציר המפרט את חזונה, פעילותה ומטרותיה של הקרן הקהילתית.

19. בעקבות ההסדרה של הקמת מתקנים סולאריים, הקרן הקהילתית מעוניינת ליצור **מיזם סולארי חברתי**, על פיו הקהילה תנצל את משאבי הציבור (במקרה זה גגות ציבור ושמש). זאת, לפי

המודל החברתי, דהיינו שכל ההכנסות מהמיזם הסולארי החברתי יוזרמו לפרויקטים חברתיים וחינוכיים ולרווחות הקהילה כולה. כל זאת, מבלי שהעירייה נדרשת להוציא ולו שקל אחד מקופתה לשם הקמת המיזם (!). יתרונו של מודל המיזם הסולארי החברתי שהוא מאפשר לנתב את הרווחים המתקבלים מהמתקן הסולארי, בהיקף של מאות מליוני שקלים, לטובת פרויקטים קהילתיים ולטובת רווחות כלל הציבור.

מובן כי ללא המיזם הסולארי החברתי, הסובסידיה המוענקת על ידי המדינה לפרויקטים סולאריים לא היתה מגיעה, במלואה, לקהילה, והנהנים האמיתיים ממנה היו כמה עשרות בעלי הון שהיו משלשלים את לכיסם את ההכנסות של הפרויקטים הסולאריים. על כן, ברור כי המיזם הסולארי החברתי הוא מיזם פורץ דרך, המציע אלטרנטיבה למודל השכירות העסקי, אלטרנטיבה המקדמת צדק חברתי ומטרות חברתיות.

20. אגב, במאמר מוסגר יצויין כי הקרן הקהילתית הצליחה להשיג הסכמה (עקרונית) של בנק הפועלים, לפיו הוא זה אשר מעמיד מימון למיזם הסולארי החברתי (לאור ההכרה של הבנק בחשיבותו של פרויקט חברתי שכזה). זאת, בהיקף מימון מלא (100%). יש בכך משום הישג של ממש ופריצת דרך ביכולת להעמיד מימון היצוני מלא למיזם חברתי סולארי מסוג זה. מעבר לכך, יש בכך כדי להוכיח כי ניתן להקים ולממן מיזם סולארי חברתי. דהיינו, כי האפשרות, האופציה, של הקמת מיזם סולארי חברתי, שבו כל הכספים חוזרים לקהילה, לרשות, היא אופציה ריאלית, ממשית ואפשרית.

כן יצויין כי העותרת כבר התקשרה, לאחר זכייתה במכרז, עם קבלן המתמחה התחום והמתקין את המתקנים הסולאריים בפועל.

21. באותו שלב פרסמה עיריית טירת הכרמל מכרז להקמה והפעלה של מתקנים סולאריים על גגות מבני הציבור שבתחום שיפוטה (14 גגות של מבני ציבור). העתק נוסח המכרז והצעת העותרת רצ"ב ומסומן "ב".

22. העותרת היא זו אשר זכתה במכרז. על פי הצעתה, תשלם העותרת תשלום חודשי קבוע של 2,050 ₪ עבור כל אחד מ-14 הגגות נשוא המכרז. דמי השכירות בסך של 750 ₪ לגג מועברים לקופת העירייה, ודמי ההעברה בסך של 1,300 ₪ לגג מועברים לחשבון בנק מיוחד, לשם מימון פרויקטים קהילתיים. מדובר, אם כן, בתשלום בשיעור של 24,500 ₪ לשנה לכל אחד מהגגות.

23. בהיותה של העותרת גוף קהילתי-ציבורי, מובן כי גם יתרת הכספים שיתקבלו כתוצאה מהפרויקט הסולארי תועבר לקהילה, ותוקצה לפרויקטים קהילתיים ומטרות חברתיות.

24. על פי החלטת מועצת העיר (מיזם 8.8.10) אושרה זכייתה של החממה הקהילתית במכרז.

25. העיריה פנתה למשרד הפנים לשם קבלת אישורו לחוזה ההתקשרות עם העותרת. בשורה של שלושה מכתבים דחה משרד הפנים את בקשתה של העיריה (העתק המכתבים רצ"ב ויסומנו, בהתאמה, "ג"-ה"). בעיקרם של דברים, עמדת משרד הפנים הינה כי על הרשות המקומית להעביר את הפרוייקט הסולארי לזום פרטי, תוך נסיון להביא לקבלת הכנסה (דמי שימוש) מקסימליים ככל האפשר לקופת הרשות, מבלי לשקול שיקולים נוספים.

26. העיריה ניסתה לפעול לשינוי עמדת משרד הפנים. בין היתר, נפגש ראש העיר עם יועץ שר הפנים, וניסה להבהיר לו את החשיבות של מייזום סולארי חברתי. עם זאת, עמדת משרד הפנים נותרה בעינה. דהיינו, כי הדרך היחידה שבה יכולה רשות מקומית להקים פרוייקט סולארי על גגות של מבני ציבור היא לעשות זאת או באופן עצמאי (מהון עצמי של הרשות), או באמצעות יזם פרטי (המשלם אך דמי שימוש לרשות ומקבל עצמו את יתרת הרווח).

27. בנסיבות אלה, פרסמה העיריה מכרז חדש (אך באופן כללי, מבלי לקבוע תנאים ספציפיים למכרז). העיריה ניסתה להציג, טרם סגירת המכרז החדש, הסכמה של משרד הפנים למתווה אשר עדיין יאפשר מייזום סולארי חברתי (כפי שיפורט ויוצג להלן). אך גם לכך התקבלה עמדה שלילית של משרד הפנים.

28. בנסיבות אלה, לא נותר לעותרת מנוס אלא לפנות בעתירה לבית המשפט הנכבד. יצויין, כי העותרת פנתה לשר הפנים, טרם הגשת העתירה, וביקשה ממנו לשנות את עמדתו (העתק מכתבה של העותרת רצ"ב ומסומן "ו"). הגם שפניה זו נעשתה למעלה מן הדרוש, שכן עמדת משרד הפנים היתה ברורה גם טרם פניה זו, הרי שזו לא הביאה את משרד הפנים לשנות את עמדתו.

על לוחות הזמנים הדחופים

29. שני אלמנטים חשובים **מגבילים** את לוחות הזמנים, והופכים את העניין שעל הפרק לעניין **דחוף**.

30. ראשית, סוגיית **המכסות**: הקמה של מתקנים סולאריים על גבי גגות (של מבני ציבור בפרט ועל גגות בכלל) אינה יכולה להיעשות ללא גבול. רשות החשמל פרסמה מכסות התוחמות את המספר המקסימלי של מתקנים אותם ניתן יהיה להקים. מכסות אלה הולכות ומתמלאות. שכן (למשל) רשויות מקומיות נוספות מפרסמות מכרזים להקמה של מתקנים סולאריים על גגות של מבני ציבור, ומקבלות היתרים להקמה של מתקנים שכאלה.

31. מילוי זה של המכסה הקיימת עלול להביא לכך שבסופו של יום העותרת אולי תזכה בעתירתה, אך המכסות כבר ישוייכו ליזמים אחרים ורשויות אחרות, והעותרת לא תוכל להקים את המתקנים הסולאריים.

32. התמלאות המכסות נעשית כיום באופן מהיר, שכן רשויות מקומיות רבות מפרסמות מכרזים להקמה של מתקנים סולאריים. ההתמלאות המהירה של המכסות, מחייבת הכרעה **דחופה** בעתירה הנוכחית.

33. שנית, קיים פרק זמן **מקסימלי**, בן **180 יום**, לשם הקמת המתקנים: דהיינו, מהיום בו רשות החשמל מאשרת הקמה של מתקן ספציפי, עומד לרשות היוזם פרק זמן מקסימלי לשם הקמת המתקן. בתוך פרק הזמן של 180 ימים על היוזם לסיים את הקמתו של המתקן. במקרה שבפנינו, היות והמתקנים עצמם כבר אושרו על ידי רשות החשמל, פרק הזמן בן 180 הימים **מסתיים** ביום **1.5.11**. עד למועד זה העותרת צריכה לסיים את הקמת המתקנים. דהיינו, הכרעה בעתירה צריכה להיעשות **בדחיפות**, כך שלא ייווצר מצב שבו העותרת תזכה בעתירתה, אך לא תוכל לסיים את הקמת המתקנים בפרק הזמן בן 180 ימים הקבוע לה לשם הליך ההקמה.

34. מכאן הצורך בדיון דחוף בעתירה.

המודלים המתנגשים

35. למעשה, על כפות המאזניים עומדים שני מודלים מתנגשים: האחד, המודל המוצג על ידי משרד הפנים. מודל **השכירות העסקי**. מודל לפיו הרשות המקומית משכירה את הגגות הציבוריים ליוזם פרטי, וההקמה של המתקנים הסולאריים נעשית על ידי אותו יזם פרטי, המשלם דמי שימוש לרשות המקומית (עבור השימוש בגג), וגורף לכיסו את הרווחים מהמתקנים הסולאריים. השני, המודל המוצע במקרה זה על ידי העירייה ועל ידי העותרת. המודל **החברתי**. דהיינו, מודל המבטיח כי בסופו של יום כל ההכנסות המתקבלות מהמתקנים הסולאריים יושבו לקהילה (בין אם בתשלום לקופת הרשות ובין אם בהשקעה בפרויקטים קהילתיים).

36. עמדתה של העותרת, כאמור, הינה כי המודל החברתי הינו המודל היחיד האפשרי, בנסיבות העניין. מעבר לכך, הוא מודל ראוי, המצוי בלב ליבו של מתחם הסבירות, והוא סביר באותה מידה (אם לא יותר) מהמודל העסקי, ואין כל אפשרות, על כן, שלא לאשרו.

המיתווה החלופי המוצע על ידי העירייה

37. בעקבות סירוב משרד הפנים לאשר את הזכיה של העותרת במכרז, העלה ראש העיר **הצעה חדשה** בפגישה עם נציגי משרד הפנים. לפי ההצעה, המכרז יהיה פתוח לכל, ובכלל זה לגופים מסחריים, הפועלים למטרות רווח. גם ההצעה החדשה מצויה בגדרו של המודל החברתי.

במסגרת ההצעה החדשה, כל אחד מהמציעים יציע דמי שימוש חודשיים אותם הוא ישלם לעירייה (כאשר, בעל ההצעה הגבוהה ביותר יהיה, הלכה למעשה, הזוכה במכרז). עם זאת, יתרת הרווח (ההכנסות) מהמתקנים הסולאריים תוקצה על ידי הזוכה לפרויקטים קהילתיים.

38. דהיינו, גם לפי הצעתו החלופית של ראש העיר כל ההכנסות מהמתקנים הסולאריים יושקעו בקהילה. חלק, על ידי תשלום לקופת העירייה עצמה, בגין דמי שימוש חודשיים. החלק הנוסף, על ידי הזוכה במכרז עצמו, בדרך של השקעה בפרויקטים קהילתיים. כל הכסף המופק מהמתקנים הסולאריים מועבר במקרה שכזה לקהילה, ואף חלק של ההכנסות אינו מוקצה לרווח של גוף פרטי.

39. הגם שלא התקבלה עמדה רשמית של נציגי משרד הפנים בכל הנוגע להצעה חדשה זו, הרי שהבנת העותרת (כמו גם הבנת העירייה) היא כי הצעה זו לא תזכה לאישור של משרד הפנים, וכי המודל היחיד אשר יזכה לאישור של משרד הפנים הינו מודל השכירות העסקי, מודל שבו גגות של מבני ציבור נמסרים על ידי הרשות ליוזמים פרטיים, לצורך מיזם עסקי-פרטי של הקמת מתקנים סולאריים, המפיקים רווח ליוזם הפרטי.

40. העותרת מבקשת להבהיר כבר כעת נקודה פשוטה וחשובה: העותרת סבורה - כפי שיוסבר עוד להלן - כי זכתה במכרז כדת וכדין, וכי יש לאשר את זכייתה במכרז ואת החוזה שבינה ובין העירייה. עם זאת, העותרת מודיעה על הסכמתה גם להצעה החדשה.

41. הווה אומר, ככל שמשרד הפנים יסכים לאשר את ההצעה החדשה המוצעת על ידי ראש העיר, ויקבע כי הינה ראויה, העותרת תקבל עמדה שכזו כעונה על דרישותיה. ככל שהעירייה תפרסם מכרז על פי ההצעה החדשה של ראש העיר, העותרת תיגש אליו. ככל שבמכרז שכזה ייבחר זוכה, והחוזה עמו יאושר על ידי משרד הפנים, לא תהיה דרישה נוספת של העותרת (והיא לא תעמוד במקרה שכזה על זכייתה במכרז הנוכחי).

42. רצונה של העותרת הוא להבטיח כי מלוא ההכנסות ממתקנים סולאריים (על גגות של מבני ציבור) יועברו לקהילה. על כן, גם אם הדבר יעשה בדרך של מכרז אחר על פי הצעתו החדשה של ראש העיר, העותרת מקבלת זאת. אך כאמור, הבנתה של העותרת הינה כי גם ההצעה החדשה של ראש העיר לא תזכה לאישור משרד הפנים, ועל כן אין מנוס מהגשת העתירה הנוכחית.

תכליתו של סעיף 188 לפקודת העיריות

43. סעיף 188 לפקודת העיריות [נוסח חדש] קובע כי הליך של מכירה, החלפה או משכון של מקרקעין השייכים לרשות מקומית יעשה אך באישור של שר הפנים. סעיף 188(ב) לפקודה

ממשיך וקובע כי אותו דין, המחייב אישור של שר הפנים, חל גם במקום שבו הרשות משכירה מקרקעין ציבוריים שבבעלותה לתקופה העולה על חמש שנים.

44. מהן גבולות סמכותו של שר הפנים? מהו שיקול הדעת העומד לרשותו, בשעה שהוא מחליט אם לאשר חוזה שנערך על ידי רשות מקומית, או להימנע מלאשרו? לטעמה של העותרת, שיקול דעתו של שר הפנים מוכתב במקרה זה מכמה אלמנטים. הוא נתחם (מן הצד האחד) על ידי מעמדה של הרשות המקומית כגוף ציבורי הפועל לרווחת תושביו. מן הצד השני, הוא נתחם על ידי עקרונות מתחום הדינים העוסקים במקרקעין המיועדים לצרכי ציבור.

45. הרשות המקומית היא גוף נבחר, המשמש נאמן של הציבור אשר בחר אותו (למשל, בג"צ 59/88 **צבן נ' שר האוצר**, פ"ד מב (4) 705, בעמ' 706). דהיינו, על הרשות המקומית לפעול על מנת להבטיח, בראש ובראשונה, את רווחת תושביה.

46. הרשות המקומית אינה רק "זרועו הארוכה" של משרד הפנים. היא גוף אוטונומי, הפועל למען רווחת תושביו.

או, בלשונו, של השופט ברק, בבג"צ 953/01 **סולדקין נ' עיריית בית שמש**, פ"ד נת (5) 595, בעמ' 621, הרשות המקומית משמשת מעין "כנסת זוטא", בכל הנוגע לרווחת ציבור תושביה. ראו גם, דבריו של י" בלנק, "מקומו של המקומי: משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל", **משפטים** לד (תשס"ד) 197, בעמ' 211: "השלטון המקומי הוא [גם] ביטוי של דמוקרטיה בהיותו נבחר על ידי הקהילה הפוליטית המקומית".

47. רשות מקומית, כמו כל גוף ציבורי אחר, אינה גוף שהינו בעל זכויות משל עצמו. היא אינה אדם פרטי אשר יש לו זכויות טבעיות, אינהרנטיות. נהפוך הוא. כל שיש לה הוא משל הציבור, והיא פועלת לשם הציבור ועל מנת לשרת את הציבור. הכוחות והזכויות שלה הם כוחות וזכויות שנועדו לשרת מטרות ציבוריות. לא רק שכל מה שיש לרשות מקומית הוא משל הציבור, אלא שכל מה שיש לרשות מקומית הוא משל הציבור המקומי. על הרשות המקומית לפעול למען הציבור המקומי.

48. הרשות המקומית לא נועדה להגשים את רצונו של השלטון המרכזי. היא נועדה להגשים את רצון תושביה.

(לביקורת על מצב שבו הרשות המקומית הופכת להיות כלי שרת המגשים את רצונו של השלטון המרכזי, ראו: יששכר (איסי) רוזן-צבי, "מקום הצדק: משפט השלטון המקומי ואי צדק חברתי", **עיוני משפט** כח (תשס"ה) 417, בעמ' 444-445).

49. על כן, שר הפנים אינו יכול להימנע מאישור של התקשרות של רשות מקומית, אך בשל העובדה כי זו אינה מגשימה את מטרותיו של השלטון המרכזי, ובלבד שהתקשרות זו מגשימה את האינטרסים של רווחת הציבור המקומי.

50. כאשר שר הפנים בוחר אם יש מקום לאשר התקשרות שבין גורם חיצוני לבין רשות, הוא אינו יכול לבחון את הדברים אך מנקודת מבט כלכלית-עסקית. רשות מקומית צריכה להגשים ולקיים אינטרסים חברתיים וציבוריים. מובן שהיא צריכה לעשות זאת תוך הקפדה על שיקולים תקציביים, אך המטרה שלה אינה מטרה כלכלית בלבד, שאיפתה אינה רק להגדיל את שיעור הכנסות העירייה. הראיה של המטרות של רשות מקומית במשקפיים של הגדלת הכנסת העירייה, וכי הכנסה זאת משקפת רווח כלכלי מקסימלי, כאילו היתה טייקון כלכלי, היא ראייה צינית המנוגדת לדין ולתכליתו.

51. רשות מקומית יכולה לקדם אינספור מטרות חברתיות, קהילתיות, אשר אינן עולות בקנה אחד עם חשיבה עסקית טהורה. נניח, למשל, כי רשות מקומית מעוניינת לקבל שירותים משפטיים מעורכי-דין. היא בהחלט יכולה לתת עדיפות (למשל) לעורכי-דין שהינם תושבי הרשות או מנהלים את משרדיהם בתחומי הרשות, גם אם מבחינה עסקית טהורה תהיה עדיפות למשרד עורכי-דין אחר.

52. רשות מקומית תשים, למשל, לנגד עיניה, את שאלת חינוך תושביה כמטרה עליונה. נניח, לדוגמה, כי רשות מקומית מעוניינת לעודד את מי שסיימו את שרותם הצבאי לצאת ללימודים אקדמאיים. לשם כך, היא מעוניינת להעמיד לרשות התושבים הלוואה, אשר מי שיוצא ללימודים יוכל להחזיר אותה רק לאחר שסיים את הלימודים ויתחיל לעבוד. הרשות המקומית לוקחת על עצמה, במקרה שכזה, את מימון ההלוואה בתקופת הלימודים. ברור כי בנק לא יעניק הלוואה שכזו. הבנק לא ייקח על עצמו לממן את ההלוואה (את הריבית) בתקופת הלימודים. שכן פעולה שכזו מנוגדת לשיקול עסקי טהור. לעומת זאת, רשות מקומית אינה שוקלת רק את השיקול הכלכלי. היא שוקלת שיקולים חברתיים, לבר-עסקיים, מקומיים, קהילתיים. ועל כן, גם אם אינה ממקסמת את רווחיה, היא עדיין פועלת כנדרש ממנה.

53. כזה הוא גם המקרה שבפנינו. גם פרויקט סולארי, הנעשה על גגות של מבני ציבור השייכים לרשות מקומית, אינו נבחן רק במשקפיים עסקיות.

54. דאגה לאינטרסים ציבוריים לעולם לא תביא להשגה של הכנסה כספית מקסימלית לרשות המקומית. גוף הפועל למטרות השגה של רווח כלכלי מקסימלי, לעולם לא ידאג לאינטרסים ציבוריים אשר רשות מקומית מחוייבת לדאוג להם. ברור, שאם לעירייה יש מבנה ציבורי, עדיף לה (מבחינה כלכלית טהורה) לנהל בו סופרמרקט על פני בית ספר. ניהול של סופרמרקט לעולם

יהיה ריווחי יותר מאשר ניהול של בית ספר. הוא יכניס יותר כסף לקופת העיריה. אך אין משמעות הדבר שהעיריה צריכה להימנע מלהקים בתי ספר, ולעבור לניהול רשת של סופרמרקטים.

55. אם לרשות מקומית יש אולם ומטרתה הינה להפיק ממנו הכנסה כספית מקסימלית לקופת העיריה, מובן שעדיף לה לקיים בו מופעים המוניים (ולמכור כרטיסים למופעים אלה) על פני עריכה של חוג למחול לילדי העיר באותו אולם. אם האינטרס של הרשות המקומית הוא להעשיר את קופתה הציבורית, הרי שהיא אינה צריכה לקיים חוגים לילדי העיר. היא יכולה לנהל במקום עסקים, כמו כל בעל עסק אחר. היא יכולה להפוך את נכסי הרשות ואת הקרקעות שלה לנכסי נדל"ן "רגילים", להקים מגדלי מגורים במקום בתי ספר, ולנקוט בכל דרך אפשרית המקובלת על יזם נדל"ני המבקש להגדיל את שיעור הכנסותיו.

56. אך לא זו מטרת פעולתה של העיריה. לא אלה האינטרסים שעומדים לנגד עיני העיריה. אפשר להפנות, על דרך ההיקש, לפרק ח לחוק המקרקעין, העוסק במקרקעי ציבור ומקרקעי ייעוד. החוק אוסר עסקה במקרקעי ייעוד אלא אם כן אושרה על ידי הממשלה או שר שמונה לשם כך (סעיף 111 לחוק). מה התכלית העומדת מאחורי סעיף זה? המחוקק ידע כי מי שמחזיק במקרקעין עשוי לעשות בהם שימוש בעל תכלית כלכלית קצרת טווח, שתגדיל את שיעור ההכנסות בטווח הקצר על חשבון השימוש ציבורי. המחוקק התכוון ליצור מנגנון שיימנע זאת. תפקידה של הממשלה (או השר), לפי סעיף 11 לחוק, הוא למנוע מצב שבו רשות מקומית (למשל) תמכור מקרקעין החיוניים לציבור כדי להפיק רווח כלכלי (למשל מקרקעין המצויים ליד שפת ים או נחלים, אשר ערכם הנדל"ני הוא ערך רב).

57. באותה מידה מבני ציבור. העיריה אינה צריכה להפיק רווח מקסימלי ממבני הציבור. היא צריכה לקיים, באמצעות מבני הציבור, את המטרות החברתיות-ציבוריות של תושביה. העיריה אינה בעל עסק. היא אינה גוף המנסה להכניס לקופתו כספים רבים ככל האפשר. היא צריכה לדאוג לרווחת תושביה.

58. המחוקק ידע כי לעיתים רשות מקומית מתפתה לערוך שיקולים כלכליים קצרי טווח, תוך שהיא שמה את האינטרסים החברתיים של תושביה בעמדה מישנית. על כן, ובשל כך נדרש אישור (לעסקת מכירת מקרקעין או שכירות ארוכת טווח) של שר הפנים (סעיף 188 לפקודת העיריות).

59. השר צריך לבדוק נקודה אחת - הוא צריך לבדוק שהרשות המקומית, בעסקה שעשתה, שומרת על האינטרס הציבורי-חברתי של תושביה של הרשות. הוא אינו מופקד על טווח המידות (לשם כך קיים מנגנון ביקורת פנימי, ומנגנונים של ביקורת שיפוטית). הוא אינו מופקד על בדיקה של כללים של משפט מינהלי. אישורו נדרש כדי לוודא שהרשות עושה שימוש במבני הציבור

לצרכים חברתיים, ציבוריים של תושביה (וכי שימוש זה מביא את התועלת - מיקסום הרווח - הגבוהה ביותר לציבור ולא לקופת העיריה).

60. המודל המוצע על ידי משרד הפנים הופך את היוצרות, הוא חוטא לתכליתה של החקיקה. הוא מעמיד את האינטרס הכלכלי כאינטרס עליון, במקום להכפיף אותו לאינטרס החברתי-ציבורי. האינטרס החברתי נזנח. האינטרס החברתי מקבל מעמד משני, ואולי אף אינו קיים כלל ועיקר. למעשה, במקום ששר הפנים ישמש כשומר הסף של אינטרסים מוגנים של הציבור, נציגי משרד הפנים הופכים את משרד הפנים למי שמוביל את האינטרסים הצרים, הכלכליים, של העיריה ושל היזמות הפרטית (על חשבון האינטרס הציבורי).

61. שר הפנים נדרש, על פי סעיף 188 לפקודת העיריות, להבטיח כי השימוש הנעשה במבני ציבור של רשות מקומית יהיה שימוש ציבורי-חברתי. הוא נדרש להבטיח כי רשות מקומית לא תוכל להפוך את מבני הציבור שבבעלותה כמכשיר להפקה של רווח כלכלי ותו לא. אישור שר הפנים אינו נדרש למטרה אחרת, והנסיון של נציגי משרד הפנים להפוך את היוצרות הוא זה החורג מסמכות.

62. במקרה שבפנינו המכרז שפורסם על ידי עיריית טירת הכרמל הינו מכרז המבטיח באופן הטוב ביותר כי הכספים שיתקבלו מההקמה של המתקנים הסולאריים יוקצו למטרות חברתיות של הציבור בתוך העיר עצמה. זוהי לא רק מטרה חשובה, נעלה, אלא המטרה היחידה שרשות מקומית צריכה ומורשית לשים לנגד עיניה. פעולה אחרת של הרשות היתה בגדר חריגה מסמכות. מתן הפרויקט בידי יזם פרטי, הפועל למטרות רווח על חשבון הציבור, היא זו אשר אינה אפשרית. היא זו החורגת ממתחם הפעילות המותר של רשות מקומית. היא זו אשר שר הפנים אינו צריך לאשר.

63. לכך, יש להוסיף את הפן התכנוני. הפן המתייחס לדיני התכנון והבניה. הפן המתייחס לייעוד של מבני ציבור. (הפן הנותן משקל לכך שיעוד הקרקע, על פי חוקי התכנון והבניה, הינו ייעוד של מבני ציבור).

64. המקרקעין אותם מחזיקה רשות מקומית הינם מקרקעין שיועדו לשימוש ציבורי, לצרכים ציבוריים (זאת, על פי תוכנית - תב"ע או תמ"א - שמשקלה הוא כדבר חקיקה). וכך, למשל, סעיף 188(א) לחוק התכנון והבניה מקנה לוועדה מקומית לתכנון ולבניה את הסמכות להפקיע מקרקעין ל"צרכי הציבור" (וסעיף קטן (ב) שלו מגדיר מהם צרכי הציבור, ראו: א' קמר, דיני הפקעת מקרקעין (מהדורה שביעית, כרך ראשון, תשס"ח), בעמ' 84 ואילך).

65. המחוקק נתן לידי רשות מקומית כוח רב. על אף מעמדו של הקניין כזכות יסוד חוקתית, על פי הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 3 לחוק היסוד), המחוקק נתן לרשות המקומית

את הכוח להפקיע מקרקעין. כוח זה ניתן בידי הרשות על מנת שתעשה בו שימוש לצרכים חברתיים, קהילתיים, ציבוריים.

66. המציאות מחייבת הפקעה של מקרקעין לצרכי ציבור. רשות מקומית צריכה להיות בעלת מקרקעין. היא צריכה מקרקעין לשם השגת המטרות הציבוריות. היא יכולה להקים בתי ספר, ספריות ציבוריות, בתי כנסת, מרכזים קהילתיים, וכיוצא באלה מבנים ציבוריים. עיר לא יכולה להתקיים ללא שטחים ציבוריים. עיר לא יכולה להתקיים ללא הפקעה של קרקע. עיר לא יכולה להתקיים ללא מבנים ציבוריים (בין אם אלה שייכים למדינה או לרשות המקומית).

67. עם זאת, רשות מקומית אינה יכולה להפקיע קרקע סתם כך. אין לה יכולת להפקיע קרקע שלא למטרה ציבורית. אין לה יכולת להקים מבנה שלא למטרה ציבורית. אין לה יכולת לעשות שימוש בקרקע למטרה ציבורית.

68. רשות מקומית יכולה להפקיע קרקע לשם הקמה של בית ספר. היא יכולה לעשות שימוש בקרקע לשם הקמה של בית ספר. אך היא אינה יכולה להפקיע קרקע כדי לנהל בה עסק. רשות מקומית אינה עסק, היא שלוח של הציבור. היא פועלת שלא למטרות עסקיות, אלא למטרות ציבוריות. לא רק שהיא אינה יכולה להפקיע קרקע שלא למטרה ציבורית, אלא שהיא לא יכולה לעשות שימוש בקרקע שלא למטרה ציבורית.

רשות מקומית אינה יכולה להקים מבנה שימש כמסעדה פרטית. היא יכולה להקים, למשל, מרכז קהילתי שיספק אוכל לתושבים שבתחומי הרשות, היא יכולה להקים בית תמחוי, היא יכולה לקיים מטרות ציבוריות רבות, אך היא אינה יכולה להחליט כי היא פותחת סניף נוסף של רשת בתי קפה ידועה, אך מתוך מטרה להפיק רווח. אכן, "רכישת בעלות בדרך ההפקעה היא אמצעי קיצוני ומרחיק לכת, ואין שוללים את זכויותיו של האדם ברכוש דלא נידי אלא אם כן ברור וגלוי, כי זו הדרך הנכונה למימושו של הצורך הציבורי" (דבריו של השופט שמגר בבג"צ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לו (2) 141, בעמ' 147. ההדגשה הוספה). אכן, רשות מקומית יכולה לעשות שימוש במבני ציבור אך לצורך ציבורי.

69. נכון, רווח שמפיקה רשות ציבורית הוא רווח גם לציבור עצמו. שכן רווח שמפיקה רשות ציבורית הינו כסף שנכנס לקופת הרשות: אך המחוקק לא התיר זאת. הדין אינו מתיר זאת. לא כל מקור הכנסה לרשות הוא אפשרי (במיוחד שעה שמדובר בקרקע אשר הוגדרה על פי התוכנית, על פי התביעה, כקרקע ביעוד של מבני ציבור), גם אם משמעותה של ההכנסה היא רווח לקופת הרשות. רשות מקומית אינה יכולה להפקיע מקרקעין, כדי לעשות בהם שימוש עסקי, גם אם יש בכך כדי להכניס כסף לקופת הרשות. באותה מידה רשות מקומית אינה יכולה לפעול במגזר העסקי-הפרטי, ללא תכלית חברתית, ציבורית, כלשהי.

70. גם אין ספק כי לעיתים השימוש הציבורי שלוב בשימוש עסקי.

ניטול, למשל, מצב שבו מופקעת קרקע על מנת שתשמש כבית חולים [עת"מ (תל-אביב) 2612/05 רות דנון נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה כפר סבא (16.9.07, לא פורסם)]. בית החולים זקוק לחניון. החניון משמש את סגל בית החולים. החניון משמש את באי בית החולים. ללא חניון בית החולים אינו יכול לפעול. העדרו של חניון יקשה על פעילותו של בית החולים. הרשות המקומית אינה יכולה להפעיל את החניון בכוחות עצמה. היא מעבירה את הפעלת החניון ליזם פרטי. יזם המפיק רווח מהפעלת החניון. בכך אין פסול. שכן החניון הוא חלק אינהרנטי של בית החולים, והשטח שבו הוא פועל הוא שטח שיועד, על פי תוכנית בניין העיר, להקמה של בית חולים.

71. עם זאת, יש להבדיל בין שימוש עסקי השלוב בתכלית הציבורית, לבין שימוש עסקי הנפרד מהתכלית הציבורית. למה הכוונה? נניח כי רשות מקומית הקימה בית ספר. מוחלט להקים מזנון בבית הספר. מזנון אשר ישרת את תלמידי בית הספר. הפעלת המזנון נעשית על ידי יזם פרטי (המפיק רווח מהפעלתו של המזנון). כאן מדובר בתכלית פרטית השלובה בתכלית הציבורית. מדובר בתכלית פרטית לגיטימית. שכן המזנון משרת את תלמידי בית הספר, והוא תיוני לתלמידי בית הספר. המזנון נותן פתרון לצרכי התזונה והאוכל של התלמידים. הוא משרת את הצורך הציבורי. הוא נילווה, אינצידינטלי, לצורך הציבורי (קרי, לשימוש העיקרי). לעומת זאת, נניח מצב שבו הרשות המקומית מחזיקה בבית ספר. היא מחליטה להפיק רווח, ולהקים במקום בשטח בית הספר חנות למימכר ריהוט, אשר תהיה פתוחה לקהל הרחב. נכון, במקרה זה הרשות תפיק רווח, היות והיא תקבל דמי שכירות ממי שיפעיל את החנות. עם זאת, היא תבצע פעילות המנותקת מהתכלית הציבורית של בית הספר. היא, למעשה, תנהל עסק בשטח המיועד לבית ספר. היא, למעשה, תנהל עסק שאינו משרת בדרך כלשהי את התכלית הציבורית של בית הספר. התנהגות זו שלה תהיה התנהגות שאינה אפשרית.

72. המבחן במקרה זה צריך להיות פשוט. יש לבחון את פעילותה של הרשות תוך הצגה של שאלה פשוטה: האם הפעילות שהרשות מבקשת לערוך במקרקעין הציבורי היא פעילות אשר יכולה להצדיק הפקעה של הקרקע? אם התשובה לשאלה זו היא בחיוב, הרי שמדובר בפעילות ציבורית מותרת. אם התשובה לשאלה זו היא בשלילה, הרי שמדובר בפעילות עסקית פרטית אסורה.

73. כך הדבר גם בנוגע למתקנים סולאריים. השאלה במקרה זה פשוטה. נניח כי רשות מקומית היתה רוצה להפקיע מקרקעין כדי להקים עליהם מתקן סולארי. האם הדבר היה מותר לה? על שאלה זו יש לענות בשלילה.

74. גם אם התכלית של הקמת מתקן סולארי היא תכלית ראויה, הרי שהיא אינה תכלית שרשות מקומית יכולה להגשים. הדין נותן לרשות המקומית כוח, כדי להגשים תכליות ציבוריות, אשר המגזר הפרטי לא היה יכול להגשים. רק רשות מקומית יכולה להבטיח, למשל, הקמה של תשתית חינוך (בתי ספר וגנים) ראויה. רק רשות מקומית יכולה להבטיח, למשל, הקמה של

תשתית חברתית-קהילתית ראויה (על ידי הקמה של מרכזים קהילתיים). רק רשות מקומית יכולה להבטיח קיומם של שטחים ציבוריים, המיועדים לנופש, רוחה והנאה. וכך הלאה.

75. הדרך המותווה על ידי נציגי משרד הפנים הופכת את ההקמה של המתקן הסולארי לפעילות עסקית, פרטית, הנלווית להשכרה של מבנה ציבור (גג) ליזם פרטי. זוהי פעילות עסקית, נדל"נית, המאפיינת יזם פרטי. זוהי אינה פעולה ציבורית אשר רשות מקומית יכולה וצריכה לבצע במקרקעין שהופקעו מן הציבור לשם צורך ציבורי. [הרי כל פועלה של הרשות המקומית, במודל השכירות העסקי, הינו מתן זכות שימוש (שכירות) במקרקעין (גג), בתמורה לדמי שכירות (כאשר הקמת המתקן, תחזוקתו והבעלות עליו היא בידי גוף פרטי-עסקי, אשר גם גורף לכיסו את רווחי הפרוייקט כולו)].

76. לא זו אף זו: רשות מקומית מחזיקה במבנה ציבור כדי לשרת צורך ציבורי. היא מחזיקה בבית ספר כדי לשרת את הצורך של הציבור בחינוך. היא מחזיקה בבית כנסת כדי לשרת את הצורך של הציבור במוסדות דת. היא מחזיק בבית תמחוי כדי לשרת את הצורך של הציבור במערכת רוחה.

העברה של המקרקעין (הגג) לידי של יזם פרטי, עסקי, לצורך הקמת פרויקט סולארי, מנתקת בין הייעוד של מבנה הציבור לבין הכסף המתקבל בידי הרשות. השכרת גג לצורך הקמת מתקן סולארי אינה משרתת את הצורך של בית הספר, או כל צורך ציבורי אחר. היא אינה משרתת את מטרות החינוך (אלא אך את האינטרסים של היזם הפרטי). הרי נתנו בידי הרשות את הכוח להפקיע קרקע למטרה ציבורית, כדי להגשים את המטרה הציבורית. הרשות מחזיקה בבית הספר כדי להגשים מטרות חינוכיות. לא ניתן לקבל כסף מפעילות מסחרית המבוצעת באמצעות מתקן שעל גג בית הספר כדי להגשים מטרה שאינה מטרה חינוכית, ציבורית.

77. הדרך היחידה לקשור בין המתקן הסולארי שעל גג המבנה לבין תכליתו של המבנה הציבורי, היא הדרך שהגתה העירייה במקרה זה.

יצירת תקציב המיועד למיזמים חברתיים, קהילתיים, היא הדרך היחידה המאפשרת ליצור קשר בין התכלית של המבנה הציבורי לבין המיזם והתמורה המתקבלת מהפעלת המתקן הסולארי. היא מאפשרת (למשל) להקצות את הכסף המתקבל למיזם קהילתי בתחום החינוך.

78. העברת מקרקעין (גג) ליזם פרטי, גם אם הדבר נעשה לשם הפעלה של מתקן סולארי, אינה אפשרית. היא יוצרת פעילות עסקית במבנה ציבור (שנועד לשרת צרכים ציבוריים בלבד). היא מנתקת קשר בין התמורה שבידי הרשות לבין המהות של המבנה הציבורי. היא יוצרת שימוש עסקי בקרקע המיועדת, מבחינה תכנונית ומהותית, לצרכים ציבוריים שונים. (על הקשר שבין קרקע ציבורית מופקעת לייעוד שלשמו הופקעה, ראו גם "קלינגהופר, "צמידות של קרקע מופקעת לייעודה", עיוני משפט ב (תשל"ב) 874).

79. עמדת נציגי משרד הפנים נותנת ביטוי (אולו) לשיקולים של מינהל ציבורי, אך היא מתעלמת לחלוטין מהסמכות של רשות מקומית לעשות שימוש במבנה ציבור רק לצרכים ציבוריים (או צרכים פרטיים הנגזרים, נילוויים, אינצידנטליים, לצרכים הציבוריים). על נציגי משרד הפנים היה **לפסול** את אותם מכרזים שבהם רשויות מקומיות השכירו את גגות מבני הציבור לזמנים פרטיים, לצורך מיזם פרטי-עסקי של הפעלה של מתקנים סולאריים, **ולאשר** את ההתקשרות של העיריה במקרה זה עם העותרת, ולא להיפך.

כאן יש מקום להפנות להחלטת ועדת הערר המחוזית, מחוזי חיפה, בתיק ערר 251/10 **ליאור לוי** נ' **ועדה מקומית לתכנון ולבניה** (החלטה מיום 14.11.10). החלטת ועדת הערר ניתנה אומנם טרם אישורה של תמ"א 10/ד/10, אך ניתן להקיש ממנה על ענייננו. ועדת הערר קבעה כי "אין להתיר הקמת מתקנים פוטו-וולטאיים במקומות שאינם מיועדים לכך, אלא אם אלו מהווים שימוש אינהרנטי לשימוש העיקרי". לאחר אישורה של תמ"א 10/ד/10 שוב אין מקום לשלול היתר להקמת מתקן סולארי, אך בהחלט ניתן להקיש מההחלטה ולומר כי הדרך היחידה שבה אפשר להתיר הקמה של מתקן סולארי על גג של מבנה ציבור, היא על ידי הקמתו על גוף המקצה את הכספים המתקבלים בידו למיזמים חברתיים, ציבוריים.

נאגב, על פי תוכנית המתאר הארצית, תמ"א 10/ד/10, הקמה של מתקן סולארי על גג של בניין אפשרית רק במקום שבו לא קיימת תוכנית מתאר מפורטת האוסרת זאת (סעיף 8.1(ב) לתוכנית). במקום שבו התוכנית המאושרת במקום קובעת ייעוד ציבורי לקרקע, הרי שמשממע מכך איסור על שימוש מסחרי בקרקע ועל הקמה של מתקן סולארי בבעלות פרטית על הגג לצרכים מסחריים גרידא. כאשר קוראים את החלטת ועדת הערר לתכנון ולבניה יחד עם הוראות סעיף 8.1(ב) לתוכנית המתאר הארצית, מתבקשת המסקנה כי השימוש צריך להיות אינהרנטי לשימוש העיקרי, קרי שימוש המביא תועלת חברתית, ציבורית, ולא שימוש של יזם פרטי, הפועל משיקולים עסקיים טהורים].

80. משרד הפנים מתעלם, במקרה שבפנינו, מהמקור לסמכויות של רשות ציבורית, מקומית. לכאורה, על פי עמדתו, לרשות ציבורית יש סמכויות או זכויות משל עצמה. תוך התעלמות מכך שרשות ציבורית, מקומית, משרתת את הציבור (ולא להיפך), וכל שיש לה נוצר לצרכים ציבוריים. בלהט של נציגי משרד הפנים למקסם את הרווח שהרשות המקומית מפיקה מהמיזם הסולארי הם יצרו מציאות שבה רשות מקומית יכולה לפעול כאדם פרטי, ולהפוך את נכסי הציבור, מבני הציבור, לנכס נדליין שניתן להשכירו לכל מטרה, משיקולים עסקיים גרידא. **מציאות שכזו אינה אפשרית.**

81. רשות מקומית מחזיקה במקרקעין לצרכים ציבוריים בלבד. היא יכולה לפעול בהם לצרכים ציבוריים בלבד. היא אינה יכולה לפעול במקרקעין ציבוריים באופן פרטי, ולהשכירם לגורמים עסקיים פרטיים לכל מטרה מסחרית. היא אינה יכולה להפעיל עסק פרטי במקרקעין ציבורי, אלא אם כן העסק הפרטי נועד לשרת את התכלית הציבורית (של המבנה); אלא אם כן ללא העסק הפרטי לא ניתן לקיים את המבנה הציבורי (כמו תניון המשרת בית תולים).

או שמלוא הרווחים מהמיזם מועברים לציבור, לקהילה, ולא להיפך. שכן כאשר רוב ההכנסה מגיעה לכיסו של היזם הפרטי, ורק חלק קטן ממנה, בדמות דמי שכירות, מגיעים לציבור, זוהי פעילות עסקית גרידא, שאינה יכולה להיחשב כפעילות ציבורית מותרת).

82. על כן, הדרך היחידה שבה רשות מקומית יכולה להתקשר בחוזה להקמת מתקנים סולאריים על גגות של מבני ציבור היא הדרך שבה נקטה העיריה במקרה זה, קרי העברת הקמת המתקנים לידי גוף שאינו מפיק רווח, אלא מוסר את הכנסותיו למטרות קהילתיות, חברתיות (כך שמרבית, אם לא כל הרווח, מהמיזם מועבר למטרות ציבוריות ולא לידיים פרטיות).

83. סמכותו של שר הפנים, על פי הוראות סעיף 188 לפקודת העיריות **פשוטה**: עליו לבחון כי הרשות המקומית עושה שימוש במקרקעין הציבורי למטרות ציבוריות (מקומיות), ואינה הופכת את המקרקעין הציבורי לעסק פרטי, כלכלי גרידא. עליו לבחון כי הרשות המקומית אינה מונעת משיקולים קצרי טווח, של הפקת רווח כלכלי, תוך הקרבת השיקולים הציבוריים, חברתיים, של הקהילה.

84. החלטה של רשות מקומית העומדת במבחנים האמורים, היא החלטה ששר הפנים **מחוייב לאשר**. וההיפך הוא הנכון (כאשר הרשות מוסרת את השימוש במקרקעין ציבורי ליזם פרטי, המפיק רווח לעצמו, על שר הפנים **לפסול** את ההתקשרות). במקרה שבפנינו העיריה הציבה לנגד עיניה את האינטרס הציבורי, המקומי. היא קבעה מנגנון המבטיח כי הכספים המתקבלים מהפרויקט הסולארי יושקעו בקהילה המקומית, בפרויקטים חברתיים מקומיים. זוהי החלטה ששר הפנים **מחוייב לאשר**.

הערה על השקפות כלכליות נוגדות

85. אכן, יכולות להיות נורמות כלכליות שונות, אשר כולן יהיו אפשריות במשטר דמוקרטי-ליבראלי. כדבריו של השופט ברק, "מחוקק 'סוציאליסטי' ומחוקק 'קפיטליסטי' עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים" (בג"צ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא (4) 367, בפסקה 19 לפסק הדין). אכן, יכולות להיות תיאוריות כלכליות רבות בחברה דמוקרטית. תיאוריות אשר כולן יחסו תחת המטרייה של מתחם הסבירות.

86. העובדה כי עמדת נציגי משרד הפנים מבקשת לקדם גישה "קפיטליסטית", ואף אם נניח כי עמדה זו ראויה היא, אינה שוללת את נקודת מבטה של העיריה במקרה שבפנינו. היא אינה שוללת את היכולת של העיריה לקדם גישה בעלת אופי "סוציאליסטי" יותר.

87. אכן, אוי לה למדינה שבה הרשויות המקומיות שלה פועלות על יסוד שיקולים כלכליים גרידא. רשות מקומית צריכה לדאוג לרווחת תושביה, גם אם הדבר אינו רווחי, וגם אם הדבר אינו ממקסם את הרווח שהרשות יכולה להפיק.

ניתן להפנות לדוגמא מתחום אחר. ניטול אוניברסיטה המונעת משיקולים כלכליים גרידא. אוניברסיטה שכזו תעדיף להקים רק (למשל) פקולטות למשפטים. שכן הביקוש לפקולטות כאלה הוא גבוה, והתשלום של שכר לימוד שהאוניברסיטה יכולה לקבל גם הוא גבוה. על כן, במכללות פרטיות רבות שהוקמו ניתן למצוא פקולטות וחוגים פופולאריים. אך אוניברסיטה ציבורית אינה רק גוף כלכלי. היא צריכה להעניק לתושבי המדינה השכלה רחבה ככל האפשר. יהיו בה חוגים שהביקוש להם נמוך. חוגים שאינם פופולאריים. דוגמת פילוסופיה או ארכיאולוגיה. חוגים אשר יתכן כי האוניברסיטה תפסיד כספים כתוצאה מהקמתם, אך לא ניתן להעלות על הדעת חברה אשר אין לתושביה את האפשרות ללמוד בחוגים שכאלה. האם נהיה מוכנים (לדוגמא) לבטל את החוג למחשבת ישראל או להיסטוריה של העם היהודי רק בשל העובדה כי לא מדובר בחוג ריווחי? ברור שלא.

88. כך גם הרשות המקומית. אכן, אין זה ראוי שרשות מקומית תיכנס לגרעון. עליה לדאוג שיהיו לה תקציבים מאוזנים. עליה לפעול גם מתוך שיקולים כלכליים. אך רשות מקומית הפועלת רק מתוך שיקולים כלכליים היא רשות מקומית שאין אנו רוצים לקבל. היא רשות מקומית החוטאת למטרתה. היא רשות מקומית שאינה דואגת באמת ובתמים לרווחת תושביה. עיריית טירת הכרמל רוצה, וצריכה לרצות, כי לילדים המתגוררים בתחומה יהיה מועדון שאליו יוכלו ללכת בשעות אחר הצהריים. היא רוצה, וצריכה לרצות, שלתושבים שלה תהיה אפשרות ללמוד ולהעשיר את השכלתם, כדי להעלות את יכולתם החברתית, העסקית, האישית. עיריית טירת הכרמל רוצה, וצריכה לרצות, להשיג מטרות חברתיות, גם אם משמעות הדבר הינה ברווח שהעירייה יכולה להפיק.

89. העמדה של נציגי משרד הפנים, לפיה רק שיקולים של רווח הם אלה הצריכים להנחות את הרשות, כאילו היתה חברה עסקית-כלכלית, היא עמדה שלא ניתן לקבל. היא תיצור חברה אשר אנחנו לא רוצים לחיות בה.

מתחם הסבירות

90. החלטה של רשות מקומית, כמו החלטה של כל גוף ציבורי, צריכה להיות החלטה המצויה במתחם הסבירות. אם החלטת הרשות המקומית היא החלטה המצויה במתחם הסבירות, על שר הפנים לאשר אותה. שר הפנים אינו יכול למנוע אישור מהחלטה סבירה של הרשות המקומית, גם אם קיימות מספר החלטות סבירות.

91. אכן, "דווקא בתחומי המשק והכלכלה ייתכנו לעיתים קרובות כמה דרכי פעולה" (כדבריו של השופט ברק בפסקה 19 לפסק הדין בעניין **לשכת מנהלי ההשקעות**). שר הפנים אינו רשאי להחליף את שיקול הדעת של הרשות בשיקול דעתו שלו הוא, כל עוד החלטת הרשות המקומית היא החלטה סבירה. בפראפרזה על דבריו של השופט ברק בפרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**,

במקום בו קיים מתחם של החלטות סבירות, "מתחם של אמצעים", יש להכיר במרחב שיקול דעת של הרשות המקומית.

92. שר הפנים יכול לרצות לקדם מדיניות כלכלית, חברתית, מסויימת. יכול להיות שבעיניו של שר הפנים חשוב להבטיח עודף תקציבי אצל רשות מקומית יותר מאשר קידומו של פרויקט חברתי כזה או אחר. יכול להיות ששר הפנים סבור, למשל, כי ראוי ליצור הכנסה נוספת, של 1,300 ש"ח מדי חודש, לקופת הרשות, יותר מאשר להעשיר את מגוון הספרים העומדים לרשות תושבי העיר בספריה העירונית. אך שר הפנים אינו רשאי לשים את שיקול דעתו במקום זה של הרשות המקומית.

93. אם הרשות המקומית סבורה כי העשרת מגוון הספרים בספריה העירונית היא מטרה חשובה בעיניה, מטרה הראויה להגשמה, שר הפנים אינו יכול למנוע אישור רק בשל העובדה כי לטעמו יש מטרות חשובות יותר. אכן, שר פנים קפיטליסטי יכול לקבל החלטה שונה מראש עיר סוציאליסטית, ולהיפך. שר פנים יכול לקדם כלכלת שוק טהורה, בעוד שראש עיר יכול לרצות לקדם פעילות משקית המקדמת ערכים חברתיים, סוציאליים. גם עמדתו של שר הפנים יכולה להיות סבירה, כפי שעמדת ראש הרשות יכולה להיות סבירה.

94. אך שר הפנים אינו יכול לשלול אישור של חוזה התקשרות של רשות מקומית, רק בשל העובדה כי אינו מסכים עם המדיניות הכלכלית או החברתית העומדת בבסיס החוזה. במקרה שבפנינו, החלטתה של העיריה (המכרז שהוציאה) הינה החלטה סבירה. החלטה הניצבת בלב ליבו של מתחם הסבירות. שר הפנים מחוייב, על כן, לאשר אותה, והחלטה של שר הפנים שלא לאשר את ההתקשרות היא זו החורגת ממתחם הסבירות. היא זו אשר אינה סבירה.

95. פרויקט סולארי מייצר הכנסה. הן הרשות המחוקקת (למשל, תמ"א 10/ד/10) והן הרשות המבצעת מצאו לנכון לקדם את ההקמה של מתקנים סולאריים. דהיינו, מתקנים המאפשרים ייצור של חשמל באמצעות אנרגיה סולארית. המחוקק איפשר, בין היתר, הקמה של מתקנים סולאריים על גגות של מבנים (ועשה זאת בדרך של תוכנית מתאר ארצית, אשר שמה לה למטרה - בסעיף 5 לתוכנית - "לקבוע הנחיות להקמת מתקנים פוטו-וולטאיים על מנת לעודד את השימוש בהם לניצול אנרגיית השמש לצורך יצור חשמל").

96. המחוקק רצה לעודד ייצור של חשמל באמצעות אנרגיה סולארית, ועל כן לא רק שנתן אפשרות להקים מתקנים סולאריים, אלא שלמעשה הוא יצר סבסוד של עליות החשמל המיוצר מאנרגיה סולארית, וקבע מנגנון לפיו חברת החשמל משלמת ליצרן החשמל הסולארי תשלום הגבוה ממחיר החשמל בפועל.

97. עיריית טירת הכרמל הבינה גם היא כי ניתן להפיק הכנסה מהקמה של מתקנים סולאריים על גגות של מבני ציבור. היא הבינה ומבינה את המשמעות של עסקה כלכלית טהורה עם יזם פרטי, עסקי. אך החליטה כי היא מעוניינת במודל התקשרות **אחר**. העיריה הגיעה לכלל מסקנה כי היא מעוניינת לקדם פרויקטים חברתיים, מיזמים קהילתיים (ככותרתו של המכרז שערכה). היא היתה מעוניינת לקחת את ההכנסה המופקת מהמתקנים הסולאריים, ולקדם באמצעותה מיזמים קהילתיים.

98. העיריה, במקרה זה, ראתה את התמונה הכוללת. היא ראתה את סך הכספים המועברים לקהילה, להבדיל מסך הכספים הנכנסים לקופת הרשות. היא מקדמת כך, בדרך המיטבית, את הרווחה החברתית של התושבים שבתחומיה. זוהי ללא ספק מטרה חשובה וראויה. העיריה החליטה כי סדר העדיפויות שלה הוא כזה המחייב עידוד של פרויקטים חברתיים. על כן, היא נתנה עדיפות לפרויקטים אלה באמצעות המכרז שפרסמה.

99. אגב, עיריית טירת הכרמל אינה יכולה לבצע בעצמה את ההקמה של המתקנים הסולאריים, מסיבה פשוטה: המדובר בפרויקט הדרוש מימון בנקאי (כ-80% מההשקעה בפרויקט מושתתת על מימון בנקאי). לו העיריה היתה מבקשת מימון בנקאי כדי לבצע את הפרויקט בעצמה, היא היתה מגדילה בכך את האובליגו שלה. היא היתה חוסמת בכך אשראי שיכול היה להינתן לה למטרות עירוניות אחרות. למעשה, הדרך היחידה שהיתה פתוחה בפני העיריה לבצע את הפרויקט היא הדרך שנבחרה על ידה. כך, מצד אחד, היא אינה נקלעת למצוקת אשראי, ומצד שני, הכספים המתקבלים מהפרויקט מיועדים לצרכים ציבוריים, חברתיים.

100. רק רשות מקומית בעלת חוסן כלכלי (דוגמת עיריית תל-אביב או עיריית חיפה) יכולה לבצע את הפרויקט הסולארי בעצמה. עיריית טירת הכרמל אינה בעלת החוסן הכלכלי הנדרש לשם הקמת הפרויקט בכוחות עצמה. על כן, היא מחוייבת להעביר אותו ליזם חיצוני. בדרך בה בחרה העיריה היא העבירה אומנם את הפרויקט ליזם חיצוני, אך הבטיחה כי מלוא ההכנסות המתקבלות מהפרויקט יועברו לקהילה.

101. בכך החליטה העיריה החלטה המצויה בדלת אמותיו של מתחם הסבירות (למשל, דבריו של השופט זמיר בבג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח (5) 412). היא החליטה החלטה מידתית, סבירה.

102. העיריה החליטה החלטה חוקית (ההתקשרות עם החממה הקהילתית אושרה במועצת העיריה ברוב הנדרש על פי דין). היא החליטה החלטה אשר אינה יוצרת פתח לפגיעה בטוהר המידות (כפי שיוסבר להלן, גם אם יש כאן הוצאה של סכום מחוץ לקופת העיריה, תוך ייעודו לצרכים חברתיים, הדבר יכול להיעשות על פי כל אמות המידה של מינהל ציבורי תקין). היא החליטה החלטה המביאה למיקסום התועלת החברתית, **במובן הרחב**, על ידי יצירת סכום כולל המיועד

לקופת העיריה ולמטרות החברתיות בהיקף גדול יותר. היא החליטה החלטה היוצרת תקציב לפרויקטים קהילתיים, חברתיים.

103. החלטת העיריה סבירה, ושר הפנים אינו יכול שלו לאשר אותה. הוא מחוייב לאשר אותה, והחלטת הפקידים במשרדו שלא להמליץ על אישור העסקה היא החלטה או עמדה שאינה סבירה בעליל. היא החלטה או עמדה שעל בית משפט הנכבד לבטל.

האומנם המודל של משרד הפנים מבטיח הכנסה גבוהה יותר לרשות?

104. נדמה כי עמדתו של משרד הפנים מבוססת על טיעון פשוט - כאשר הקמת המתקנים הסולאריים נמסרת לידי יזם פרטי, הדבר מבטיח את ההכנסה הגבוהה ביותר לרשות המקומית. טיעון זה, עם כל הכבוד לו, הוא טיעון הנעדר בסיס, מכמה טעמים מצטברים.

105. ההכנסה הקיימת ממתקן סולארי היא הכנסה קבועה. היא אינה משתנה על פי זהות היזם. יזם פרטי, הפועל למטרות רווח שלו עצמו, אינו זוכה להכנסה גדולה יותר מכל מתקן מאשר עמותה ציבורית שאינה פועלת למטרות רווח.

106. יחד עם זאת, ליזם פרטי הפועל למטרות רווח יש אינטרס להציע סכום נמוך ככל האפשר כדי שימוש לרשות המקומית. מדוע? הרי מי שפועל למטרות רווח מעוניין להגדיל, ככל האפשר, את הרווח שהוא מפיק. יש לו אינטרס להציע לקופת הרשות את הסכום המינימלי אותו הוא יכול להציע על מנת להבטיח את זכייתו במכרז. אם ההכנסה המופקת מכל מתקן עומדת על שיעור של 55,000 ₪ לשנה (למשל), היזם הפרטי, הפועל למטרות רווח עצמי, יעשה כל אשר ביכולתו כדי להבטיח כי נתח גדול ככל האפשר מסכום זה יישאר בידי.

107. לעומת זאת, כאשר כל סכום ההכנסה (55,000 ₪) מוקדש לקהילה, אין ליזם, המפעיל את המתקן הסולארי (בין אם הוא יזם פרטי או עמותה שאינה פועלת למטרות רווח) אינטרס להקטין ככל האפשר את דמי השימוש החודשיים המשולמים לעיריה. אותו יזם, במודל שכזה, אינו מפיק רווח לעצמו, ועל כן הוא יכול להציע לעיריה את דמי השימוש הגבוהים ביותר ההגיוניים בנסיבות העניין, מבלי שיהיה לו אינטרס צר, אינטרס אישי, לצמצם ככל האפשר את דמי השימוש כדי להגדיל את רווחיו.

108. כבר כאן יש כדי להביא לכלל מסקנה כי דווקא המודל החברתי, זה שאינו מעביר המתקנים לידיים של יזמים פרטיים הפועלים למטרות רווח, הוא מודל אשר יביא למיקסום הסכום הנכנס לקופתה של הרשות המקומית.

109. זאת ועוד: המודל החברתי הוא המודל היחיד שבו סכום ההכנסה כולו מיועד, בסופו של יום, לקהילה, לרשות. בין אם הוא נכנס כדמי שימוש המועברים לקופת העיריה, ובין אם הוא מועבר, לאחר מכן, לפרויקטים קהילתיים, חברתיים.

110. הרי במודל המוצע על ידי משרד הפנים כל סכום שהינו מעבר לדמי השימוש המועברים לקופת העיריה הינו סכום אשר יישאר בידינו של היזם הפרטי. הקהילה המקומית לא תפיק ממנו תועלת כלשהי. היא לא תזכה לתמורה כלשהי מסכום זה. היא לא תוכל לעשות שימוש כלשהו בסכום זה.

111. לא ניתן להסתכל רק על סכום דמי השימוש הנכנסים לקופת הרשות. זוהי הסתכלות צרה, מעוותת. זוהי הסתכלות המתעלמת מהתמונה הכוללת. זכייתה של העותרת במכרז, כמו גם המודלים המוצעים על ידה, היא כזו המאפשרת שכל הסכום, שכל ההכנסה מכל מתקן, תועבר לידיו של הציבור.

112. לא זו אף זו: כפי שיוסבר מיד להלן, אם יזם פרטי מפעיל את המתקן, הדין מחייב, במקרה מסוג זה, להעביר את ההפעלה של המתקן לידי הבעלים המקורי של הקרקע (זה שהקרקע היתה שייכת לו טרם הפקעתה לצרכים ציבוריים). במקרה שכזה, מי שיפיק את ההכנסה, התועלת, מהמתקן הסולארי יהיה הבעלים של הקרקע. לא רק שהקהילה לא תקבל את סכום ההכנסה שהינו מעבר לדמי השימוש המועברים לעיריה, אלא שהעיריה לא תקבל גם את דמי השימוש עצמם.

113. לא רק שהמודל המאושר על ידי משרד הפנים הוא כזה שאינו מבטיח את הרווח המקסימלי לרשות ולקהילה, אלא שלמעשה הוא מבטיח כי בידי הקהילה לא ישאר דבר (אלא בידינו של היזם הפרטי), ובסופו של יום הוא גם יביא לכך שבידי הרשות לא ישאר דבר. זהו מודל שלא ניתן לאשר או לאמץ.

בג"צ 3241/05 אנדראוס נ' שר האוצר - החזרת השימוש לידי הבעלים המקוריים של הקרקע

114. בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"צ 3241/05 אנדראוס נ' שר האוצר (18.6.09), טרם פורסם), דן בית המשפט בשאלת ההשבה של מקרקעין אשר הופקעו, כאשר חלף פרק זמן ניכר מאז מועד ההפקעה אך מימוש המטרות הציבוריות שבשלבן בוצעה ההפקעה לא נעשה. בית המשפט ציין (סעיף 27 לפסק הדין) כי עקרון המידתיות מחייב שבמקום שבו הבעלים המקוריים של קרקע שהופקעה לצרכי הציבור מוכן לממש את המטרה הציבורית, הרי שאין מקום לביצוע הפקעה, ויש להתיר לבעלים המקוריים של הקרקע לבצע את הפעילות בעצמו.

115. כיצד הדבר רלוונטי במקרה שבפנינו?

116. אמירתו של בית המשפט העליון מבטאת תפיסה לפיה רשות ציבורית, רשות מקומית, המפקיעה מקרקעין יכולה לבצע את ההפקעה רק במקום שבו היא מבקשת לבצע פעולה (ציבורית), ואין אפשרות לבצע את הפעולה, אלא בדרך של הפקעה. כאשר יש אפשרות לבצע את הפעולה שלא בדרך של הפקעה, יש לבחור בדרך זו.

117. אכן, פרשת **אנדראוס** התייחסה לפעולה לצרכי ציבור של רשות מקומית (בקרקע מופקעת). כפי הנראה בשל ההנחה המובלעת כי רשות ציבורית יכולה לעשות שימוש במקרקעין שהופקעו רק כדי לממש תכלית ציבורית (ולא תכלית עסקית-פרטית). עם זאת, הדברים יפים גם במקום שבו רשות מקומית מבקשת לבצע כל פעולה אחרת במקרקעין ציבוריים.

118. אכן, כאשר רשות מקומית מבקשת להקים בית ספר, הבעלים המקוריים של המקרקעין לא יזדרזו לבצע את הפרויקט בעצמם. עם זאת, כאשר רשות מקומית מבקשת להקים פרויקט סולארי על גגות של מבנים, ברור לכל כי הבעלים המקוריים של המקרקעין יהיו שמחים לבצע פרויקט זה בעצמם. רשות מקומית אינה יכולה לבצע פעולה כלשהי במקרקעין ציבוריים שהופקעו לשם תכלית ציבורית, אלא לאחר שברור כי הבעלים המקוריים של הקרקע אינם מוכנים לבצע את הפעולה.

119. במקרה כמו זה שבפנינו, אם רשות מקומית מעוניינת להקים פרויקט סולארי על גגות של מבנים, עליה לפנות, קודם לכל, לבעלים המקוריים של המקרקעין, ולתת בידיהם את האפשרות להקים את הפרויקט. אם הפעולה היא עסקית טהורה, והיזום המבצע את הפרויקט משלם דמי שכירות לרשות ותו לא, ברור כי הבעלים המקוריים של המקרקעין יודיעו כי הם מוכנים לבצע את הפרויקט בעצמם.

120. עמדת משרד הפנים מביאה למצב שבו "שופכים את המים עם התינוק". לפי עמדת משרד הפנים, הפרויקט הסולארי הינו פרויקט כלכלי גרידא. דהיינו, הרשות פונה ליזום. היזום מבצע את הפרויקט, משלם דמי שכירות לרשות, ושומר לעצמו את הרווח. פרויקט שכזה יכול לבצע גם הבעלים המקוריים של המקרקעין, אשר ישמח לקבל לידי את דמי השכירות שמשלם היזום.

121. עמדת משרד הפנים מביאה למצב שבו הרשות אינה יכולה לבצע כלל את הפרויקט. לא למצב שבו הרשות תקבל פחות דמי שכירות או יותר דמי שכירות, אלא למצב שבו הרשות לא תקבל דמי שכירות כלל ועיקר. עמדת משרד הפנים מביאה למצב שבו כל הפרויקטים הסולאריים יבוצעו על ידי הבעלים המקוריים של המקרקעין, והרשות לא תקבל תמורה כלשהי.

122. הדרך היחידה להבטיח תמורה כלשהי לקהילה, לציבור התושבים של הרשות, היא הדרך שעוצבה במכרז של עיריית טירת הכרמל. מדוע? למעשה, בדרך זו, יש הבטחה כי התמורה החוזית תהיה על ידי מימון פרויקטים קהילתיים, חברתיים. ספק אם הבעלים המקורי של המקרקעין יהיה מוכן לבצע פרויקט סולארי שבו חלק עיקרי מן התמורה אינו מגיע לכיסו אלא לפרויקטים קהילתיים. ואם הוא יהיה מוכן לבצע פרויקט שכזה, במקום העיריה, הרי שעדיין חלק ממשי של התמורה יגיע לפרויקטים קהילתיים, ותושבי העיר יצאו נשכרים.

123. כאשר קוראים זו יחד עם זו את עמדת משרד הפנים יחד עם העקרונות שהותוו על ידי בית המשפט העליון בפרשת **אנדראוס**, הרי שהמסקנה היא כי הדרך היחידה שבה תושבי העיר יקבלו תגמול כלשהו מהפרויקט הסולארי, היא על ידי העברת חלק מהתמורה (אם לא כולה) למיזמים קהילתיים. כל דרך אחרת תפקיע מידי הרשות את היכולת לבצע את הפרויקט הסולארי, ותחזיר אותה לידי הבעלים המקוריים של המקרקעין.

נשהרי בכל מקום שבו רשות מקומית התקשרה עם יזם פרטי להקים פרויקט סולארי על גגות של מבני ציבור, על בסיס כלכלי-עסקי, שבו היזם מפיק רווח מהפרויקט כנגד תשלום לרשות, יכול היום הבעלים של המקרקעין לדרוש השבת המצב לקדמותו והעברת דמי השכירות אליו.

124. בדנג"צ 4466/04 **מאזן נוסייבה נ' שר האוצר** (12.11.95, לא פורסם), הביעה השופטת דורנר דעה שהיתה אז דעת מיעוט. לדבריה המשטר החוקתי, שלאחר הפיכתה של זכות הקניין לזכות חוקתית, כאשר רשות המפקיעה קרקע עושה בה שימוש שלא למטרה הציבורית שלשמה הופקעה, יש בכך כדי להביא לביטול ההפקעה ("רשות שהפקיעה קרקע למטרה ציבורית מסוימת נוהגת לנצל אותה למטרה אחרת. פרקטיקה זו אינה יכולה לעמוד. שכן, פרשנות מרחיבה של הסמכות, המאפשרת לרשות להשתמש בקרקע למטרה שונה מן המטרה שלשמה הופקעה נוגדת את הכלל שקבעה הפסיקה בדבר פירוש מצמצם של סמכות לפגוע בזכות יסוד של האדם. לא כל שכן שאין לקבל גישה פרשנית מרחיבה עם חקיקת חוק היסוד. מסקנתי היא איפוא כי שינוי המטרה הוא עילה לביטול ההפקעה"). אכן, דעה זו היא דעת מיעוט. לא מבוקש לבטל את ההפקעה מעיקרה. מדבריה של השופטת דורנר ניתן להבין את המשקל הרב שיש ליתן לזכות החוקתית לקניין (עמדה המשותפת לכל השופטים שישבו בדין). מדבריה ניתן להבין כי השימוש שרשות מקומית יכולה לעשות במקרקעין ציבוריים הוא רק לצרכים ציבוריים, וכל פעולה אחרת בהם אינה מותרת. במקרה כמו זה שלפנינו, נדמה שאין ספק כי יש מקום לקבוע שרשות מקומית אינה יכולה לעשות שימוש מסחרי-עסקי בגג של מבנה ציבור, ואם יש רצון לעשות שימוש שכזה בגג, הרי ששימוש זה יכול להיעשות רק על ידי הבעלים המקוריים של הקרקע.

125. יפים לעניין זה דברים שאמרה השופטת פרוקצ'יה (אז בבית המשפט המחוזי) בה"פ (ירושלים) 186/96 **בנייני מידות בע"מ נ' עיריית ירושלים** (8.9.98, לא פורסם). שם נדונה קרקע שהועברה לעיריה (על ידי המבקשת שם) לשם מטרה ציבורית. לימים ביקשה העיריה לשנות את ייעוד

הקרקע לייעוד מסחרי, דהיינו המטרה הציבורית עברה מהעולם. בית המשפט קבע כי במקרה שכזה עדיפה זכותו של הבעלים המקורי על פני זכות של צד שלישי עתידי. אכן, "הדין מגן על בעל קרקע שנפרד מנכסו בנסיבות כגול אלה כאן, ויש לכבד הגנה זו כחלק מההגנה הכוללת על זכות הקניין, בבחינת זכות יסוד הניצבת במדרגה גבוהה של זכויות אדם".

126. תפסת מרובה לא תפסת. הנסיון של משרד הפנים להבטיח, בכל מחיר, תשלום כספים רבים ככל האפשר לקופת העיריה, בדרך של הפיכת הפרויקט הסולארי לפרויקט כלכלי גרידא, תביא בסופו של יום לכך שהפרויקטים הסולאריים יחזרו לידי הבעלים המקוריים של הקרקע, והעיריה תיוותר ללא כלום.

נעל כן, אגב, רשות מקומית אינה יכולה לבצע פעולה פרטית-עסקית במקרקעין ציבוריים. שכן אם מדובר בפרויקט כלכלי גרידא, תמיד הבעלים המקוריים של הקרקע יבחרו לעשות את הפעולה בעצמם. עקרון המידתיות יחייב השבה של הגלגל לאחור, ומתן אפשרות בידי הבעלים המקוריים של הקרקע לבצע את הפעולה בכוחות עצמם. נניח כי בפרשת **אנדראוס**, היה מוחלט, בסופו של יום, להקים מלון (מסחרי) על גבי המקרקעין שהופקעו, מובן כי במצב שכזה הבעלים המקוריים של המקרקעין היו לוקחים על עצמם לבצע את הקמתו של המלון והיו מפיקים ממנו בכוחות עצמם את הרווח].

על חששו של משרד הפנים מפני ניצול לרעה

127. בטיעונים אשר הוצגו על ידי משרד הפנים, בתמיכה לטענה כי אין מקום לאשר את ההתקשרות בין העותרת לבין העיריה, הועלה החשש כי העיריה והעותרת יוכלו לנצל לרעה את מקור ההכנסה כדי לעקוף את הוראות המשפט הציבורי בכל הנוגע להקצאה של כספים על ידי רשות מקומית. דהיינו, כי יעשה שימוש בכספים שיתקבלו מהמתקנים הסולאריים על מנת לממן מטרות שהרשות המקומית אינה יכולה לממן.

128. חשש שכזה הוא אכן חשש אמיתי, הוא אכן מעורר בעיה חשובה. עם זאת, זהו חשש שקל עד מאוד למצוא לו פתרון.

129. אכן, יזם (בין אם הוא גוף עסקי ובין אם הוא גוף קהילתי או כזה שפועל שלא למטרות רווח) אינו כפוף לאותה מערכת של דינים אשר הרשות המקומית מחוייבת בהם. עם זאת, בהחלט ניתן, במסגרת המערכת החוזית שבין היזם לרשות המקומית להחיל על היזם את מערכת הדינים הציבורית.

130. כך, למשל, היזם יכול להתחייב, במסגרת התחייבויותיו החוזיות, כי לא יעביר כספים למטרה קהילתית אשר הרשות המקומית אינה יכולה להעביר לה כספים. הוא יכול להתחייב כי התקשרויות שלו עם ספקים או נותני שירות כלשהם יעשו בדרך של מכרז. בדרך זו ניתן יהיה להבטיח, בין היתר, כי נוהל התמיכות לא יעקף. שכן הרשות העירונית יכולה לבחור בגוף,

פרויקט או מיזם אלא בהתאם לנוהל תמיכות, ואם הזוכה במכרז חייב לבחור רק גופים או פרויקטים שהעיריה יכולה לבחור, הרי שהוא לא יבחר בגוף או פרויקט שלא בהתאם לנוהל תמיכות.

131. העותרת מבקשת להבהיר כבר כעת - העותרת מוכנה לקחת על עצמה כל נורמה של משפט ציבורי אשר תדרש לקחת. היא מוכנה להתחייב, כבר כעת, ליטול על עצמה כל התחייבות הנדרשת לשם הבטחה של משפט ציבורי תקין. היא מוכנה להתחייב כי לא תוכל לבצע בכספים המצויים בידה כל פעולה שרשות מקומית לא היתה יכולה לבצע. היא הודיעה על כך לעיריה, היא הודיעה על כך למשרד הפנים, היא מודיעה על כך פעם נוספת במסגרת עתירה זו.

סוף דבר

132. רשות ציבורית, מקומית, אינה גוף עסקי, הפועל משיקולים כלכליים גרידא. היא גוף ציבורי הפועל לרווחת תושביו. היא אינה שוקלת רק שיקולים של רווח כספי. היא אינה בוחנת אך את השאלה מהי הדרך שבה תוכל להפיק לעצמה הכנסה מקסימלית. היא יכולה וצריכה לשקול מגוון רחב של שיקולים חברתיים, ציבוריים.

133. רשות מקומית מגשימה את תכליתה במקום שבו היא משיגה את המטרה החברתית הרחבה ביותר, הכוללת ביותר, ולא במקום שבו היא משיגה את הרווח הכספי הגדול ביותר. כאשר רשות מקומית בוחנת אך שיקולים של רווח כספי היא חוטאת לתפקידה. במקרים רבים היכולת להשיג את המטרה הציבורית, החברתית, מביאה לכך שהרשות מוותרת על חלק (לפחות) מיכולתה להשיג רווח כספי, כלכלי.

134. רשות מקומית צריכה לדאוג לחינוך של תושביה. היא צריכה לדאוג לשירותי רווחה מקיפים. היא צריכה לדאוג לקיום בכבוד של מי שאינם מסוגלים לדאוג לכבודם. היא צריכה לדאוג לתרבות, לפעילויות חברתיות. היא צריכה לדאוג לא רק לעושרם של תושביה אלא גם לאושרם.

135. על כן, כאשר רשות מקומית שוקלת שיקולים קהילתיים רחבים, גם אם אלא אינם מביאים, בטווח הקצר, לרווח כספי מקסימלי לקופת העיריה, היא עושה את מלאכתה נאמנה. המכרז אותו הוציאה עיריית טירת הכרמל מגלם את הצרכים הקהילתיים באופן המלא והמקיף ביותר. המכרז שהוצא על ידי העיריה אינו רק חדשני או מיוחד, הוא מבטיח בצורה הטובה ביותר את הרווחה הקהילתית, החברתית. הוא המכרז הטוב ביותר אותו ניתן לערוך, בנסיבות העניין. המכרז שנערך על ידי עיריית טירת הכרמל הינו המכרז היחיד המבטיח שהתשלום הגבוה המשולם כיום על ידי אזרחי המדינה עבור חשמל, יושקע לא רק באיכות הסביבה ובייצור חשמל סולארי, אלא יחזור לאזרח, באמצעות הפרויקטים הקהילתיים, החברתיים. השלם, במקרה זה, גדול מסכום חלקיו.

136. זאת ועוד: רשות מקומית מחזיקה בקרקע ציבורית, במבני ציבור, לא עבור עצמה. היא אינה אדם פרטי, או גוף מסחרי, פרטי, המחזיק בקרקע או במבנה והמעוניין להפיק לעצמו את התועלת הגדולה ביותר (הרווח הגדול ביותר) מקרקע או מבנה שכזה. רשות מקומית מחזיקה בקרקע או במבנה ציבור עבור הציבור. משלה אין לה ולא כלום.

137. היות והרשות המקומית מחזיקה במבנה הציבור עבור הציבור, כנאמן של הציבור, השימוש היחיד שהיא יכולה לעשות במבנה הציבור הוא כזה המבטיח שרק הציבור יהנה מהפירות, מהרווחים, המופקים ממבנה הציבור. אי אפשר להפוך מבנה ציבורי למבנה מסחרי, אשר יזם פרטי מפיק לעצמו רווח מהשימוש בו (רווח המנותק מהשימוש העיקרי של מבנה הציבור).

138. הדרך היחידה שבה רשות מקומית יכולה להקים מתקנים סולאריים על גגות מבני הציבור שבתחום שיפוטתה, היא על ידי מנגנון המבטיח כי כל הפירות, הרווחים, מהמתקנים הסולאריים, יחזרו לציבור, לקהילה, לתושבי הרשות. כל דרך אחרת הנבחרת על ידי הרשות המקומית היא דרך שאינה מצויה במתחם הסבירות.

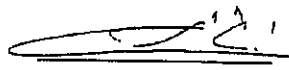
139. רצ"ב תצהיר מטעם העותרת התומך באמור בעתירה.

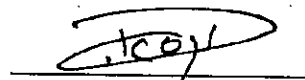
140. כן הדין ומן הצדק להיעתר לעתירה.

141. אשר על כן, יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי, המכוון כנגד המשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם כדלהלן:

- א. מדוע לא יאשר שר הפנים את חוזה ההתקשרות להקמה של מתקנים פוטו-וולטאיים בין העותרת לעיריית טירת הכרמל.
- ב. מדוע לא יימנע שר הפנים מלאשר חוזה התקשרות על פיהם משכירה רשות מקומית גגות של מבני ציבור ליזמים פרטיים, המקימים על גגות אלו מתקנים פוטו-וולטאיים, באופן המאפשר ליזם הפרטי להפיק לעצמו רווח מהפעלת המתקנים.

בשים לב לדחיפות הסוגיה העומדת על הפרק, כפי שמוסבר בבקשה לדיון דחוף המוגשת לבית המשפט במקביל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקצוב למשיבים זמן תגובה קצר ככל האפשר. עוד יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרת, ובשכ"ט עו"ד ומע"מ.


יהונתן גינת, עו"ד
ב"כ העותרת


די"ר אמיר-פז-פוקס, עו"ד

ב"כ העותרת


ניב גלנטי, עו"ד

תאריך: 22.2.11

תצהיר

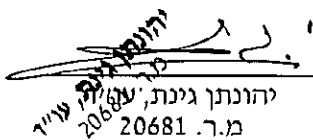
אני הח"מ, יוקי גיל, הנושא ת.ז. מס' 055458988, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת בכתב לאמור:

1. אני יושב ראש הקרן הקהילתית טירת הכרמל (ע"ר), ואני עושה תצהירי זה בתמיכה לעתירה החממה הקהילתית טירת הכרמל (שהינה חברת בת של הקרן הקהילתית), כנגד משרד הפנים.
2. כל האמור בעתירה הינו נכון, לפי מיטב ידיעתי ואמונתי.
3. זה שמי, להלן חתימתי ותוכן תצהירי זה אמת.


יוקי גיל

אישור

הנני מאשר בזאת כי ביום 21.2.11, הופיע בפני, עו"ד יהונתן גינת, מר יוקי גיל, המוכר לי אישית, ואחרי שהוזהרתי כי עליו להצהיר את האמת וכי יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות ההצהרה הנייל וחתם עליה בפני.


יהונתן גינת, ע"ד
מ.ר. 20681
20681 ע"ד