

העותרת:

אחוזת צהלה בע"מ ח.פ. 512539495
ע"י ב"כ עוה"ד א. המבורגר ו/או א. עברון ו/או ש.
פינס ו/או ח. וינטרוב ו/או ג. מויאל-מאור ו/או א.
שורק ו/או ע. עברון ו/או מ. אברמוביץ ו/או ד. שחם
ו/או ר. ירדני ו/או א. אנגלרד ו/או ע. מנחין ו/או י.
אוריאל ו/או ד. אראל (פרימו) ו/או י. פוקס ו/או א.
שימלביץ ו/או ס. ברלוביץ ו/או א. פרימו ו/או מ.
מנדלסון-כותן ו/או ו. לזר-ארביב ו/או ה. מדינה-
אסטליין ו/או י. פרידר ו/או נ. רוזנברג ו/או נ. גרוס
ו/או ש. וייל ו/או ר. יעקב ו/או ש. עזר ו/או ש. ישר
ו/או מ. אלטרמן ו/או פ. ויסמברג,
מ"מגדלי פז", רחוב בצלאל 31, רמת-גן 52521
טל. 7517124-03; פקס. 7517130-03

- נ ג ד -

המשיבה:

1. מינהל מקרקעי ישראל – מחוז תל-אביב
דרך מנחם בגין 116, בית קלקא, ת.ד. 7246
תל-אביב 67012
טל. 5638111-03 פקס: 5616459-03

משיבים פורמליים:

2. עיריית תל-אביב - יפו
השירות המשפטי, בניין העיריה,
ככר יצחק רבין, תל-אביב
טל. 5218446-03 פקס. 7216414-03

3. השמאי הממשלתי – מדינת ישראל
משרד המשפטים - אגף שומת מקרקעין
רחוב יפו 97, בנין כלל, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת, לבית המשפט הנכבד, עתירה למתן צו על תנאי המופנה למינהל מקרקעי ישראל
(להלן: "המשיבה"), לבוא וליתן טעם מדוע לא יורה בית משפט נכבד זה כי:

- א. ההנחיות הפנימיות מכוחן מורה המשיבה כי השמאי הממשלתי יכריע בהשגותיהם של חוכרים על שומות דמי ההיתר המוצאות להם מטעם המשיבה בטלות בהיותן בלתי סבירות לנוכח ניגוד העניינים בו נתון השמאי הממשלתי בעשותו כן.
- ב. על השמאי הממשלתי להימנע מלהכריע בהשגת העותרת בגין חיובה בתשלום דמי היתר למשיבה.
- ג. על מינוי שמאי מכריע אשר יכריע בהשגה על חיוב העותרת בתשלום דמי היתר למשיבה.
- ד. ליתן כל הוראה אחרת וכל סעד אחר או נוסף שלדעת בית המשפט הנכבד יהא ראוי וצודק בנסיבות העניין.

א. הצדדים

1. העותרת, חברת אחוזות צהלה בע"מ, נמנית על רשת חברות, מקבוצת אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ, המתמחות בהקמת ניהול ותפעול מרכזי מגורים לקשישים ברחבי הארץ הידועים בשם "בתי דיור מוגן". על פרויקטים אלו נמנים **אחוזות ראשונים** (בראשון לציון), **אחוזות פולג** (בקיבוץ תל-יצחק) ו**אחוזות בית הכרם** (בירושלים).
2. המשיבות 1 ו-2 (**להלן: "המשיבות"**) התקשרו עם העותרת בחוזה לפיתוח המקרקעין, הידועים כחלק מחלקות 44 ו-45 בגוש 6615, המהוות יחדיו מגרש המצוי בשכונת צהלה בתל אביב (**להלן: "המקרקעין"**). על פי תוכנית בנין עיר החלה על המקרקעין ניתן לבנות עליהם פרויקט בן 208 יחידות לדיור מוגן.
3. המשיבות הינן בעלים משותפים של המקרקעין, באופן שלמשיבה מוקנות 59% מהזכויות במקרקעין ולמשיבה 2 49% מהן.
- המשיבות הסכימו ביניהן כי המשיבה תהא הגורם המוסמך לחתום על חוזה הפיתוח בקשר למקרקעין על פי התנאים המקובלים במינהל.

ב. תמצית הטיעון

4. המשיבה נוהגת לגבות מאת חוכרי מקרקעיה דמי היתר, מכוח החלטת המינהל מס' 933 מיום 2.07.02, באופן ובנסיבות המפורטות בהחלטה (**להלן: "ההחלטה"**).
5. מכוח החלטה זו נוהגת המשיבה לדרוש תשלום דמי היתר כל אימת שחוכר המקרקעין מבקש ניצול נוסף של מקרקעיו מעבר לגידרו של הסכם החכירה המקורי, דוגמת ניצול אחוזי בנייה נוספים על אלו שהוקנו לו בהסכם המקורי, שינויי יעוד, וכיו"ב. לנוכח ריבוי עילות התשלום, ברי כי לסוגיית אופן קביעתם של דמי ההיתר חשיבות רבה והשלכה ניכרת על מרבית מקרקעי המדינה.
6. סכום דמי ההיתר אותו מבקשת המשיבה לגבות, ניגזר מהערכת שווי המקרקעין המוחכרים, הכל על פי האמור והמפורט בהחלטה.
7. שווי המקרקעין, לשם קביעת דמי ההיתר הנדרשים על ידי המשיבה, נקבע על ידי שמאים מטעם המשיבה, בין ישירות על ידי השמאי המחוזי או הממשלתי, ובין על ידי שמאים מן השוק הפרטי הממונים על ידי המשיבה מתוך רשימת שמאים מוגדרת אשר נקבעה באופן בלעדי על ידי המשיבה.
8. חוכר מקרקעין המבקש לחלוק על השומה אשר הומצאה לו מטעם המשיבה, נדרש על ידי המשיבה להפנות את השגתו להכרעתו של השמאי הממשלתי המשמש, לשיטתה של המשיבה, כגורם המכריע הבלעדי והסופי בהשגתו של החוכר.
9. בעשותה כן נסמכת המשיבה, לטענתה, על שני מקורות:
 - 9.1. נוהלים פנימיים של המשיבה אשר התגבשו במהלך השנים לכלל המדיניות הנוהגת על ידי המשיבה.
 - 9.2. החלטת ממשלה מס' 2354 מיום 30.7.02, אשר לשיטתה השגויה של המשיבה, מסמיכה אותה להכריע, באמצעות השמאי הממשלתי, בהשגות החוכרים על חיובם בדמי היתר.
10. העותרת תטען כי מדיניות המשיבה, לפיה מכריע השמאי הממשלתי באופן סופי ובלעדי בהשגות החוכרים על שומות דמי ההיתר המומצאות להם על ידו ו/או מטעמו, מסכלת הלכה למעשה את זכותם היסודית של החוכרים להשיג על שומות המשיבה.

11. על פניו ברי כי השמאי הממשלתי, בהיותו אורגן המופקד יחד עם המשיבה על ניהול מקרקעי המדינה, נתון בניגוד עניינים מוסדי מובהק עת מחד הוא מופקד על הכנת השומות מטעם המשיבה ומאידך הוא אמור להכריע בין ובין השגותיהם השמאיות של גורמים פרטיים - חוכרי המקרקעין.
12. העותרת תטען כי מדיניות המינהל בנושא זה, המושתתת על נוהלים פנימיים, הינה בלתי סבירה על פניה. גם החלטת הממשלה עליה מתימרת המשיבה לסמוך עמדתה, לא זו בלבד שאינה תומכת באופן התנהלותה בנושא זה אלא שעל פניה ניכר כי הוראותיה לא יושמו, ולמצער לא יושמו כהלכה, בידי המשיבה, הכל כפי שיפורט להלן בעתירה זו.
13. העותרת תטען כי מכוח כללי הצדק הטבעי, כמו גם עצם מהותן של זכות ההשגה או הערעור, יש להפקיד את ההכרעה בהן בידי גורם מקצועי חיצוני ואובייקטיבי. מנגנון ממין זה, על פיו נמסרת ההכרעה בשאלת ערך המקרקעין לידי שמאי מכריע חיצוני, מצוי בתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה תשכ"ה-1965, מכוחו מוכרעות מחלוקות בין ועדות התכנון לבין בעלי המקרקעין בתחום היטל ההשבחה. אין כל סיבה מוצדקת, או לחילופין מניעה, מלהחיל הסדר זה גם במחלוקות אשר עניינן שווי דמי ההיתר הנדרשים על ידי המשיבה.

ג. רקע עובדתי

14. ביום 4.11.97 זכתה העותרת במכרז אותו פרסמו המשיבות לרכישת זכויות החכירה במקרקעין.
15. ביום 27.11.97 נחתם חוזה פיתוח בין העותרת למשיבות (להלן: "חוזה הפיתוח"), לפיו תהינה המשיבות מוכנות להחכיר לעותרת את המקרקעין לאחר שזו תפתח את המקרקעין ותבנה את המבנים על פי מטרת ההקצאה.
- העתק חוזה הפיתוח מיום 27.11.97 מצורף כנספח "א" לעתירה זו.
16. בתום הליכים תכנוניים ומשפטיים ממושכים, במהלכם ניסו חלק מדיירי שכונת המשתלה למנוע את הקמת הפרוייקט המיועד, החלה העותרת לאחרונה בהקמת בית הדיור המוגן בן 208 יחידות דיור על המקרקעין.
17. בבוא העותרת לבקש מתן היתר לבניית הפרוייקט, ניזקקה העותרת להסכמת המשיבות למתן ההיתר, בהיותן הבעלים הרשומים של המקרקעין.
18. המשיבה גרסה כי לאור אישורה של תוכנית בנין עיר חדשה (תוכנית "ע1" מרתפים), עתידה העותרת לממש בגדר הפרוייקט המיועד זכויות בנייה נוספות מעבר לאלו המוקנות לה על פי הוראות הסכם הפיתוח. לפיכך, המשיבה התנתה את חתימתה על הבקשה להיתר בניה בתשלום דמי ההיתר. העותרת, אשר ניזקקה למתן ההיתר בכל ההקדם, נדרשה לשלם 75% מדמי ההיתר המשוערים בגין חלקה של המשיבה במקרקעין וכן להפקיד ערבות בנקאית על יתרת 25% מהסכום המשוער, תוך שהיא שומרת לעצמה את הזכות להשיג על שומת דמי ההיתר.
- העתק מכתבו של מר גיל רובינשטיין, מנהל בעותרת, מיום 19.4.04 למחלקת עסקאות אצל המשיבה מצורף כנספח "ב" לעתירה זו.
19. לפיכך, הוציאה המשיבה לעותרת דרישה לתשלום דמי היתר בסך של 2,115,249.07 ₪. יוטעם כי דרישת דמי ההיתר הוגדרה על ידי המשיבה כ"דרישה משוערת" בלבד, מאחר וזו נסמכה, על פי האמור בה, על "טיטוט שומה" אשר נערכה עבור המשיבה.
- העתק מדרישת התשלום מיום 20.4.04 מצורפת לעתירה זו כנספח "ג" לה.
20. מאחר ועתירה זו ענינה רק ההגנה על עצם זכותה של העותרת להשיג ולערער על שומת המשיבה, שלא בפני השמאי הממשלתי כפי שמורה לה המשיבה, לא תידרש עתירה זו להוראות חוזה הפיתוח כמו גם לתוכן הענייני של השגות העותרת באשר לעצם חיובה בדמי היתר או למצער באשר לשיעורם.

21. ביום 21.4.04 שילמה העותרת למשיבה, תחת מחאה, סך של 935,997 ₪ (75% מדמי ההיתר המשוערים), והפקידה ערבות בנקאית על סך 311,999 ₪ (יתרת 25% המשוערים).
22. המשיבה פנתה לשם עריכת שומת דמי ההיתר מטעמה לשמאי, מר אמיר חופשי, אשר שמו ניכלל ברשימת השמאים מן השוק הפרטי, עימם ורק עימם נכונה המשיבה לערוך את שומותיה. לא למותר לציין כי הרשימה כפופה לאישורו של השמאי הממשלתי עצמו.
23. ביום 21.6.04 פנתה המשיבה לעותרת והודיעה לה כי ערכה חישוב מעודכן של סכום דמי ההיתר, על יסוד השומה אשר הוכנה עבורה על ידי השמאי מר אמיר חופשי. על סמך שומה זו, הועמד סכום דמי ההיתר הנדרש מאת העותרת נכון למועד הדרישה המעודכנת על הסך של 3,860,332 ש"ח.
- העתק מדרישתה המעודכנת של המשיבה מיום 21.6.04 לתשלום דמי היתר, לה צורפה שומת אמיר חופשי, מצורף **כנספח "ד"** לעתירה זו.
24. שומתו של מר אמיר חופשי, מטעם המשיבה, נמסרה על ידי המשיבה לבדיקתו וביקורתו של השמאי המחוזי, מר אור לוי. לדרישת התשלום המעודכנת צורפו גם מימצאי בדיקתו של השמאי המחוזי. עיון במימצאים אלו מגלה על פניו כי השמאי המחוזי לא תיקן את שומת מר חופשי, מקטן ועד גדול. חותמו של השמאי המחוזי, ביחס לשומה זו אשר עמדה כאמור על קרוב ל- **4 מליון** ₪, בא לידי ביטוי רק בחתימתו בסוף השומה, בצרוף המילים: **"לדעתנו, שומת מר אמיר חופשי סבירה"**, כך ולא יותר.
25. מאחר ובשומתו של מר אמיר חופשי, כפי שאושרה בידי השמאי המחוזי, נפלו על פניה טעויות חישוב פנה מנכ"ל העותרת במכתב מיום 23.8.04 לגבי חלי קונטנטה, הממונה המחוזית לעסקאות מטעם המשיבה (**להלן: "הממונה המחוזית"**), בו נדרשה בדיקה חוזרת של השומה, עוד בטרם יחלו הליכי ההשגה ביחס אליה.
- העתק מכתבו של מר גיל רובינשטיין מיום 23.8.04 מצורף **כנספח "ה"** לעתירה זו.
26. ביום 10.11.04 התקבלה תשובת המשיבה למכתבו של מנהל העותרת. מן התשובה הסתבר כי כתוצאה מהערוותיה האריתמטיות של העותרת, הוכנה על ידי מר חופשי ביום 14.10.04 שומה חדשה. בשומה זו אכן קיבל מר חופשי את מרביתן המכרעת של תיקוניה האריתמטיים של העותרת. לפיכך, תוקנה שומתו המקורית, והועמדה על הסך של 2,002,686 ₪ במקום הסך של 3,860,332 ₪ הנקוב בשומתו המקורית.
27. שומה מתוקנת זו של מר חופשי הופנתה בשנית לבדיקתו של השמאי המחוזי, מר אור. השמאי המחוזי, אשר אישר בעבר **"כסבירה"** את שומתו המקורית של מר חופשי, חזר ואישר גם הפעם הזו את שומתו המתוקנת, אשר עמדה על כמחצית משיעורה של השומה המקורית. גם הפעם הזו באה בדיקתו לידי ביטוי בהטבעת חותמתו הלאקונית: **"לדעתנו, שומת מר א. חופשי – סבירה"**.
28. במכתבה מיום 10.11.04 מציינת הממונה המחוזית כי שומת מר חופשי הינה: **"סופית ונכונה"**. בסיום התשובה, הונחתה העותרת כי אם ברצונה להגיש השגה שמאית על השומה, עליה להפנותה לשמאי הממשלתי, אשר ישמש כערכאת ערעור שמאית סופית על השומה.
- העתק מכתבה של הממונה המחוזית מיום 10.11.04 מצורף **כנספח "ו"** לעתירה זו.
29. בתשובה, פנה מנהל העותרת במכתב נוסף למשיבה, ובו פרט מדוע סבורה העותרת כי השמאי הממשלתי אינו הגורם הראוי להכריע בהשגה, בהיותו נתון על פניו בניגוד עניינים (טענות אלו יפורטו בהרחבה בגוף העתירה).
- לפיכך, ביקש מנהל העותרת כי ייבחר על ידי הצדדים שמאי מוסכם אשר ידון בהשגה.
- העתק מכתבו של מנהל העותרת מיום 17.11.04 מצורף **כנספח "ז"** לעתירה זו.

30. בתשובתה של הממונה המחוזית מיום 1.12.04 נדחתה בקשת העותרת למינוי שמאי מוסכם, תוך שהיא מבהירה על אילו מקורות מבקשת המשיבה לסמוך את עמדתה זו.

כעולה, בתמצית, מן התשובה, נוהגת המשיבה למסור את עריכת שומותיה לשמאים חיצוניים, מן השוק הפרטי, הנכללים ברשימת שמאים (סגורה) אשר הוכנה על ידי המשיבה ואושרה בידי השמאי הממשלתי. השמאי החיצוני נשכר, לשם הכנת השומה, על ידי המשיבה. מכוח "כללים ועקרונות מוסכמים המעוגנים בנוהל" מועברות שומות אלו לבקרת השמאי הממשלתי.

עוד מאזכרת הממונה במכתבה את החלטת הממשלה מס' 2354 מיום 30.7.02, אשר לשיטתה (המוטעית בכל הכבוד) מקנה גיבוי לנוהל פנימי זה הנוהג על ידי המשיבה.

על יסוד טעמים אלו נדרשה העותרת להפנות את השגתה להכרעתו הסופית והבלעדית של השמאי הממשלתי.

העתק מכתבה של הממונה המחוזית מיום 1.12.04 מצורף **כנספח "ח"** לעתירה זו.

31. ביום 8.12.04 הגישה העותרת למשיבה השגה על חיובה בתשלום דמי ההיתר. ההשגה כללה הן טענות בדבר עצם חיובה בדמי היתר לאור הוראות חוזה הפיתוח, והן טענות בדבר אופן חישוב דמי ההיתר.

ההשגה הוגשה, תחת מחאה, ומטעמי זהירות גרידא, על מנת שהעותרת לא תקפח את זכויותיה, הגם שהיא כופרת בתוקף בסמכותו של השמאי הממשלתי לדון בהשגתה.

המשיבה נתבקשה על ידי העותרת שלא לדון בהשגה טרם הכרעה בעתירה דן באשר לגורם בפניו ראוי כי תידון.

העתק ההשגה מטעם העותרת מצורף **כנספח "ט"** לעתירה זו.

הטיעון המשפטי

א. הפגיעה בזכות ההשגה

32. הזכות להשיג ולערור על שומת דמי ההיתר אשר הוצאה לעותרת על ידי המשיבה הינה זכות יסוד בסיסית המוקנית לעותרת לשם הגנה על קנינה. אף המשיבה מודעת לצורך במתן זכות ההשגה על שומתה, אלא שהאופן בו היא מכתיבה כי זכות ההכרעה במחלוקת תופקד בידי גורם מטעמה, מסכלת ומאיינת הלכה למעשה את זכות העותרת להשיג ולערור על דרישת דמי ההיתר.

33. רבות עוגנה בפסיקה חשיבותה של זכות ההשגה והערעור. על מעמדן של הוראות המטילות הגבלות על זכות זו יפים דבריו של כבוד השופט אור:

"ענייננו כאן בפרשנותה של הוראה שבדין הקובעת את זכותו של אדם להשיג על חיובו במס. הוראה זו מהווה תחנה ראשונה והכרחית בדרכו של האזרח להביא את טענותיו בפני ערכאות שיפוטיות - הן ועדת הערר הפועלת על פי חוק, והן בית המשפט העליון, אשר הוסמך לדון בערעור על החלטת ועדת הערר בשאלה משפטית (סעיף 90 לחוק מס שבח). נראה לי, כי בפרשנות הוראה זו יש להעדיף את הפתרון המקיים את זכותו של האזרח למצות הליכים כדי להעלות את טענותיו נגד השומה שהוצאה בעניינו. יש לבחור באותה פרשנות המקיימת את זכותו הבסיסית של אדם לפנות לערכאות. יש לאמץ את אותה פרשנות, אשר אין בה כדי להציב מכשול של ממש בפני מי שמבקש להשיג על החלטת הרשות בעניינו.

עמדה פרשנית זו מעוגנת בזכותו הבסיסית של כל אדם להביא את עניינו בפני הערכאות השיפוטיות המוסמכות. זכות זו הוגדרה בפסיקה כזכות יסוד (ראו ע"א 3833/93 ל' לוינ' נ' א' לוינ' ואח', (להלן – עניין לוינ' [5], בעמ' 874-875). כזו, היא מוכרת כחלק מ"תקנת הציבור" בשיטת המשפט שלנו (שם). היא מאפשרת לבני החברה להגן על זכויותיהם השונות ולממשן.

...לזכותו של האזרח להשיג על החלטת הרשות יש חשיבות רבה בהקשר זה. זכות זו היא הביטוי המעשי לזכות הטיעון של האזרח כנגד השומה שהוצאה בעניינו. זכות זו היא המאפשרת לנישום לשטוח את טענותיו נגד החיוב שהוטל עליו על ידי הרשות".

[ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

(ע"א 3115/93 ראובן יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4), 549, עמ' 558-561).

34. עיננו הרואות: הזכות להליכי השגה ו/או ערעור על שומה אשר הוצאה בידי רשות כלשהיא הינה זכות ראשונה במעלה שאף הוכרה בשיטת המשפט הישראלית כזכות יסוד.

אין חולק, כי כאשר הגורם המשמש כערכאת ערעור נגוע בניגוד עניינים, מוטלת בספק זכות יסוד זו.

ב. מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל") כזרוע הארוכה של המדינה

35. סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל קובע כי "מקרקעי ישראל, הם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל".

36. מקרקעי ישראל מנוהלים על ידי מינהל מקרקעי ישראל אשר הוקם מכוח חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך – 1960 (להלן: "החוק"). המדיניות הקרקעית של המינהל נקבעת על ידי מועצת מקרקעי ישראל (סעיף 3 לחוק).

37. סעיף 2 לחוק קובע כי הממשלה תמנה מנהל למינהל שיהא כפוף במישרין לשר הממונה על ביצוע החוק. כן נקבע, כי עובדי מינהל מקרקעי ישראל יהיו עובדי המדינה.

38. המינהל אינו נהנה ממעמד של אישיות משפטית אוטונומית, אלא הינו מוסד בשירות המדינה.

כך, דינו של המינהל כבעל דין להליך אזרחי כדינה של המדינה (סעיף 11 לחוק לתיקון סדרי הדין (המדינה כבעל דין), תשי"ח–1958) (גי' ויתקון, דיני מינהל מקרקעי ישראל 2004, עמ' 220-221).

39. על זיקתו של המינהל למדינה, והקשר בינו לבין יסום מדיניות הממשלה, עמדה פרופ' דפנה ברק-ארז במאמרה **דונם פה דונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים**, (עיוני משפט כא(3) תשנ"ח, 613, עמ' 623).

"האם מועצת המינהל מסוגלת לתפקד בפועל כגוף אוטונומי שקובע מדיניות, ולא כ"מוציאה לפועל" של מדיניות המוכתבת לה מגבוה? אכן, מבחינה פורמלית, מועצת מקרקעי ישראל היא הקובעת את המדיניות הקרקעית, אולם, החברים בה ממונים על ידי הממשלה. כיום, בעקבות תיקונו של חוק מינהל מקרקעי ישראל, הוא אף קובע במפורש שכיושב-ראש המועצה ישמש השר הממונה על המינהל. אכן, להלכה, המועצה היא רשות מוסמכת, ולשר אין סמכות פורמלית להשפיע על החלטותיה, אולם, מן המפורסמות הוא שבמקרים מסוג זה כוחה של ההיררכיה המינהלית גדול מכוחו של הדין"

40. השמאי הממשלתי ממלא תפקיד מרכזי באגף הממשלתי האמון על עריכה ובקרה של שומות לעסקאות במקרקעי המדינה. ככל שהוא נדרש להכריע בין השומות הנערכות באגף זה או לחילופין על ידי שמאים הממונים על ידי האגף, לבין שומותיהם של גופים פרטיים אשר חכרו קרקעות מדינה, הוא ניצב בסיטואציה אשר הוגדרה לא אחת בפסיקה כניגוד עניינים מוסדי.

ג. ניגוד העניינים בו מצוי השמאי הממשלתי והפגיעה בהליך הערעור

תמצית ההלכות הנוגעות לניגוד העניינים

41. מצב של ניגוד עניינים קיים כאשר ביסוד פעולותיו והחלטותיו של בעל התפקיד עומדים אינטרסים שונים ומנוגדים (פרטיים או שלטוניים). ניגוד האינטרסים בו מצוי בעל התפקיד יוצר חשש ממשי למשוא פנים, המונע ממנו למלא כראוי את התפקיד עליו הוא אמון:

"כאשר עובד ציבור נמצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו השלטוני לבין אינטרס אחר שיש לו, אם כבר ואם כנושא תפקיד ציבורי אחר, עליו למשוך את ידו מטיפול באותו עניין שלגביו מתקיימת אפשרות כזו (בג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נגד מועצת עיריית פתח-תקוה ואח' [1]; בג"צ 595/89 שמעון ואח' נ' הממונה על מחוז הדרום שבמשרד הפנים ואח' [2])."

(בג"צ 1100/95 דוד קאסוטו ואח' נ' ראש עיריית ירושלים ואח', פ"ד מט(3), 691, עמ' 698).

42. ניגוד העניינים נחלק בפסיקה לשני פנים: ניגוד עניינים פרטי, עת קיים חשש בדבר אינטרס פרטי כלשהוא בו נגוע בעל התפקיד, העלול למנוע ממנו קבלת החלטה עניינית בנושא עליו הוא מופקד. ניגוד עניינים מוסדי, עת המקור לחשש הינו עצם תפקידו, העלול לפגוע בטיב שיקול הדעת של בעל התפקיד. בענייננו, עסקינן בניגוד עניינים מן הפן המוסדי.

43. שניים הם הטעמים בבסיסו של הכלל האוסר ניגוד עניינים:

"טעמו של הכלל בדבר ניגוד עניינים הוא כפול (ראה בג"צ 214/79); ראשית, טעם פרגמטי. עובד הציבור, שבידו הופקדה סמכות, חייב להפעיל את סמכותו מתוך שהוא מעמיד לנגד עיניו את מכלול השיקולים הרלבנטיים להפעלתה של אותה סמכות, ושיקולים אלה בלבד. כאשר עובד הציבור נתון במצב של ניגוד עניינים קיים חשש כי הוא יקח בחשבון, שעה שיפעיל את סמכותו, אף את האינטרס הנוגד. כתוצאה מכך עשויה לבוא הפעלה בלתי ראויה של הסמכות. חשש זה בא הדין למנוע. שנית, טעם ערכי. קיומו של שירות ציבורי סדיר, אחראי ובעל עמדה ציבורית נאותה, מחייב אמון הציבור בכך שהחלטות עובדי הציבור הן ענייניות, ונעשות ביושר ובהגינות. עובדת הימצאו של עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים, פוגעת באמון הציבור במערכת השלטונית. בלב הציבור מתעורר החשש כי שיקולים זרים מנחים את עובד הציבור, ואמונו במערכת השלטונית נפגם. חשש זה בא הדין למנוע."

(בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פ"ד ל"ד(2), 566, עמ' 571).

44. המבחן אשר נקבע בהלכה הפסוקה לקיומו של ניגוד העניינים הוא מבחן האפשרות הממשית של ניגוד עניינים:

"כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים (conflict of interest)..."

...האיסור אינו רק על שיקול הדעת עצמו בביצוע הפעולה או התפקיד. האיסור הוא על הימצאות במצב בו עלול להיות ניגוד עניינים. מטרת הכלל היא למנוע את הרע בטרם יארע. הכלל צופה פני העתיד. אין זה מעלה ואין זה מוריד אם בפועל שיקול הדעת הוא ראוי. מטרת הכלל היא למנוע פיתוי מאדם ישר והגון, בחינת אל תביאונו לידי ניסיון. על כן, אין צורך להוכיח בפועל קיומו של ניגוד עניינים. די בכך שקיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים (ב"ש 48/75 [13]). אפשרות ממשית זו נמדדת באמות מידה אובייקטיביות, ולא על-פי חששותיו הסובייקטיביים של צד זה או אחר (בג"צ 332/61 [14]).

(בג"צ 531/79 הנ"ל, בעמ' 572).

45. תחולתו של עקרון איסור ניגוד העניינים הינה כללית וחלה על כל תחומי המשפט המנהלי.

"העקרון בדבר איסור ניגוד עניינים הפך לחלק ממשפטנו המחייב, ותחולתו היא כללית, אפילו באין הוראה סטטוטורית הקובעת זאת מפורשות לגבי נושאי תפקידים מסויימים".

(בג"צ 1100/95 הנ"ל, בעמ' 698).

ד. תחולת עקרון איסור ניגוד העניינים על גופים מנהליים הממלאים תפקיד מעין שיפוטי.

46. הלכות ניגוד העניינים מקבלות משנה תוקף ומשמעות עת עסקינן בתפקיד הכולל בחובו החלטות מעין שיפוטיות. ההכרעה בהשגה בדבר דמי ההיתר כוללת בחובה גם הכרעות מעין שיפוטיות, ובכללן פרשנות הסכם החכירה, תוכניות בנין עיר החלות על המקרקעין, וכיוצא באלו נושאים המוצאים ביטויים בהכרעה זו. קביעת השמאי המכריע אמורה להכריע בין שתי עמדות מנוגדות: זו המעוגנת בשומה אשר נעשתה באגפו או מטעמו, לעומת זו המעוגנת בשומתו של חוכר המקרקעין.

47. יפים לעניין זה דבריו של כבוד הנשיא (בדימוס), השופט שמגר:

"מחובתן של רשויות הציבור, בדרך כלל, ושל ועדות מעין-שיפוטיות בפרט, להקפיד הקפדה יתרה על כך שפעולותיהן יהיו משוחררות מגישה של משוא פנים, הן הלכה למעשה והן לפי מראיתם של דברים, וכי יימנעו אצל חברי הוועדות מצבים של ניגוד עניינים. כאשר מדובר בוועדה מעין-שיפוטית יש חשיבות מפליגה לכך שלא ייווצר חשש של משוא פנים. צריך לקיים את מראית פני הצדק, ויחד עם זאת, צריך גם לדאוג לכך שלא רק המראית אלא גם התוכן יהיו משוחררים מכל חשש של משוא פנים או של ניגוד עניינים".

(רע"א 5258/90 קצין התגמולים נ' עדי אינגבר, פ"ד מה(3), 593, עמ' 596-597).

48. עצם אופיו של ההליך בפני השמאי הממשלתי, הטעון הכרעה בין שומות מקרקעין מטעם שני הצדדים, מצביע על תהליך מעין שיפוטי הדורש הקפדה יתרה כי יעשה באופן אובייקטיבי ומשוחרר ממשוא פנים.

49. בית משפט נכבד זה כבר הביע עמדתו הברורה, מקום בו ביקש בעל תפקיד במינהל להכריע במחלוקת אשר התעוררה ביחס לקרקע מדינה בין המינהל ובין גורם פרטי כלשהוא. הסוגייה העניינית שם אומנם לא נסבה סביב שומות המינהל, אך הזיקה בינה ובין ענינו ברורה על פני הדברים.

50. הדברים אמורים בבג"צ 293/64 רג'א עלי חסין נ' אלוני, פ"ד יט(1), 572, בו נדון הליך שהתקיים בעניינו של אזרח פלוני (העותר באותו מקרה) בפני רשות מוסמכת שהוקמה מכוח חוק החכרת מקרקעין, תשי"ט – 1959 (להלן בסעיף זה: "הרשות המוסמכת"). החוק האמור נחקק כהוראת שעה המסדירה מתן פיצוי למחזיקי קרקעות מינהל שנפגעו כתוצאה משינוי חקיקתי שהתקבל באותה עת. תפקיד הרשות המוסמכת היה לבחון פניות של מחזיקים במקרקעין, שקיבלו הודעת סילוק יד מאת מינהל מקרקעי ישראל לאור השינויים החקיקתיים הנ"ל. בידי הרשות המוסמכת הופקדה הסמכות לחייב את מינהל מקרקעי ישראל להחכיר קרקע חלופית לזו ממנה פונה העותר בידי המינהל וכן לקבוע את תנאי החכירה החלופית ובכללם תקופת החכירה ודמי החכירה אשר ישתלמו בגינה.

51. המשיב באותה עתירה, כיהן בעת ובעונה אחת כסגן מנהל המינהל וכחבר ברשות המוסמכת שהוקמה מכוח החוק האמור. בית המשפט הנכבד פסק כי:

"איש אינו מטיל דופי אישי במשיב מס' 1 וחושד בו שיעוות את הדין או יקפח את הצד העומד מול המינהל בכוונה תחילה. אולם אדם קרוב לעצמו, למשרדו, למחלקתו ולענייניהם, והוא עלול על נקלה להזדהות שלא בכוונה עמהם מבלי שיחוש כלל שהוא נוקט עמדה לא בלתי משוחדת כלפי הגוף שבראשו הוא עומד ולעניינו הוא דואג.

...שלא ייתכן שאדם הממלא תפקיד ראשי ביחידה מסויימת הדואגת לאינטרס המדינה בשטח מסויים, יהיה גם הפוסק בין האזרח והמדינה בעניין הנוגע לאותו שטח".

בית המשפט הנכבד הוסיף כי: "לדעתנו, אין לייחס כל חשיבות לעובדה שיש לעותר זכות ערר בפני ועדה שבראשה עומד שופט על החלטה של הרשות המוסמכת ושוועדת הערר אינה קשורה בממצאיה ובשיקול דעתה של הרשות המוסמכת. נקיונה וכשרותה של רשות שיפוטית אחת אינם יכולים לחפות ולכפר על פסלותה של ערכאה שיפוטית אחרת. זכותו של בעל-דין היא שענינו יידון כיאות בכל אחת מערכאות המשפט על-ידי שופטים ופוסקים שהם מעל לחשד סביר של נגיעה בענין".

(שם, בעמ' 576-577).

הדברים נכונים מקל וחומר בעניננו, בשעה שאין בנמצא ועדת ערר הבוחנת את ההכרעה השמאית אותה קיבל השמאי הממשלתי.

52. השמאי הממשלתי ממלא תפקיד ראשי באגף ממשלתי, האמון על עריכה ובקרה של שומות לעסקאות מקרקעין שהמדינה או מוסדותיה הם אחד הצדדים להן. הצבת השמאי הממשלתי כגורם המכריע בהשגה על שומות האגף עליו הוא מופקד ואו שומות המוזמנות בידי אותו אגף מאת שמאים חיצוניים הנמנים על מאגר השמאים עמם עובדת המשיבה, לוקה בניגוד עניינים מוסדי מובהק.

53. העותרת תטען כי אחת היא אם שומות המוזמנות על ידי המינהל נעשות על ידי שמאים פנימיים, עובדי האגף לשומת מקרקעין, ובין אם נעשות הן על ידי שמאים חיצוניים המאושרים בידי השמאי הממשלתי - **עסקינן בשומות מקרקעין הנעשות לאור הנחיות המינהל ומטעמו.**

54. בעניננו הועברה שומתו של השמאי מר אמיר חופשי לביקורתו ובדיקתו של השמאי הממשלתי המחוזי מר אור. השמאי המחוזי ציין כי "שומת מר חופשי נראית בעיני סבירה". כלום יעלה על הדעת כי השמאי הממשלתי ישמש כערכאת ערעור וביקורת על השומה אשר זה עתה הוכרה כסבירה על ידי השמאי הממשלתי המחוזי?!

ה. הביקורת שנמתחה בפסיקה על החלטות השמאי הממשלתי

55. הפסיקה התייחסה, לא אחת, בעבר למעמדו של השמאי הממשלתי ולהיותו עובד ציבור המייצג למעשה את המדינה.

56. כך מצאו הדברים ביטויים למשל בע"א 521/77 אשר ברור נ' רשות הנמלים, פדי ל"ב(1), 416 :

"בצו של הנשיא הנכבד זוסמן בבר"ע 212/76 (לא פורסם) בקשר למינוי חוקר לפי תקנה 138 לתקנות הנ"ל נאמרו הדברים הבאים: "האמת ניתנת להיאמר כי שיטת המומחים המובאים על-ידי בעלי דין כנהוג בארץ, אינה יעילה, מרבה הוצאות ומאריכה את הדיונים. מומחה שהובא בידי בעל-דין נוטה בדרך הטבע לטובת שולחו, והשמאי הממשלתי אינו יוצא מכלל זה. מוטב היה להמיר שיטה זו על-ידי מינוי מומחה (או מומחים) שבית-המשפט ימנה אותם, ושמלכתחילה אין להם כל זיקה לבעלי-הדין. סדר דין זה המקובל בארצות הקונטיננטל הוכיח את עצמו, והוא יעיל וחסכוני יותר משיטתנו".

(שם, בעמ' 419).

57. גם בבג"צ 388/84 יצחק מורדי ואח' נ' שר האוצר, פ"ד לט(2), 645, נאמרו הדברים מפורשות :

"לא היה מקום, לפי השקפתי, לצפות, שהעותרים יסמכו ידם ללא עוררים דווקא על שומתו של השמאי הממשלתי, אשר עם היותו עובד ציבור, שחזקה שהינו ממלא את תפקידו באובייקטיביות ראויה, מייצג בכל זאת את עמדת המשיבים ואותה בלבד".

(שם, בעמ' 649).

58. גזירה שווה לענייננו ניתן למצוא בהתייחסותו של בית משפט נכבד זה לפעולתם של שמאים המתמנים על ידי חברות הבטוח, בידם מופקדת ההכרעה באשר לגובה תגמולי הביטוח להם זכאי המבוטח. גם במקרה זה, לא הסתיר בית המשפט הנכבד את עמדתו באשר לחובת הנאמנות של שמאי חברות הביטוח שהינה פועל יוצא של מקור מינויים.
59. בבג"צ 7721/96 **איגוד שמאי הביטוח נ' המפקח על הביטוח**, פדי נ"ה (3), 625, טענו העותרים לפסלות ההסדר לפיו נקבע גובה התגמול למבוטח על ידי שמאי חברת הביטוח. לטענתם: "השמאי צריך להיות עצמאי כלפי שני הצדדים: המבוטח מצד אחד וחברת הביטוח מצד שני. אולם, אם השמאי מועסק כעובד של חברת הביטוח, הוא נעשה תלוי באופן אישי באחד הצדדים. זהו מצב של ניגוד עניינים: ניגוד בין המעמד של השמאי כעובד של חברת הביטוח, ובכלל זה חובת הנאמנות שלו כלפי מעבידו, לבין חובת הנאמנות של השמאי כלפי המבוטח. מצב זה מחייב למנוע העסקת שמאי כעובד של חברת הביטוח" (שם, בעמ' 635).
60. בית המשפט הנכבד ציין כי למרות שבנסיבות בהן עסקינן שם, יכול המבוטח להציג שומה של שמאי חוץ ואף לפנות לוועדת ערר אשר תכריע בין השומות, מסתבר כי לרוב שומתו של שמאי הבית היא המכריעה ולפיכך בפועל נוצר ניגוד עניינים:

"לפיכך השאלה היא, אם המצב בו מצויים שמאי הבית הוא מצב של ניגוד עניינים. התשובה מורכבת. שמאי בית אינו מצוי במצב של ניגוד עניינים כאשר כל תפקידו הוא לברר עבור חברת הביטוח את החבות של החברה כלפי המבוטח. כך, לדוגמה, כאשר המבוטח תובע תגמול מחברת הביטוח על יסוד שומה שהוא ביקש וקיבל משמאי חוץ. במצב כזה, אפשר לומר על שמאי הבית, כאשר הוא בודק את השומה של שמאי החוץ, כי הוא פועל רק כעובד של חברת הביטוח וחב נאמנות רק לחברה. אולם המצב שונה אם שמאי הבית הוא השמאי היחיד הקובע את שומת הנזק, ושומה זאת אמורה לחייב גם את המבוטח. במצב כזה השמאי חב נאמנות גם לחברת הביטוח וגם למבוטח. זהו מצב של ניגוד עניינים, ולכן הוא מצב פסול.

באופן פורמלי, שמאי הבית אינו קובע את שומת הנזק כשומה יחידה המחייבת את המבוטח. המבוטח רשאי תמיד לבקש ולקבל שומה אחרת משמאי חוץ. הוא יכול להציג שומה זאת בפני חברת הביטוח, ואפשר שחברת הביטוח תהיה מוכנה לקבל שומה זאת או להגיע להסכמה בדבר השומה, על דרך פשרה, עם המבוטח. בהעדר הסכמה כזאת, המבוטח רשאי להביא את המחלוקת בין השמאים להכרעה בפני ועדת ערר שהוקמה על ידי משרד התחבורה לפי צו שמאי הרכב. אולם, ככל הנראה, באופן מעשי המצב שונה. השומה הנערכת על ידי שמאי הבית היא בדרך כלל השומה היחידה. יש מקרים בהם המבוטח התחייב מראש כלפי חברת הביטוח, בגלל הטבות שונות שהחברה הציעה, לקבל את השומה של שמאי הבית. ראו לעיל פסקה 6. במקרים אחרים המבוטח אינו מודע כלל לזכותו להגיש שומה עצמאית או לזכותו להגיש ערר לוועדת ערר. וכמובן, יש מקרים נוספים בהם המבוטח, גם אם הוא מודע לזכותו, אינו מוכן ליטול על עצמו את הטרחה הכרוכה במאבק עם חברת הביטוח נגד השומה של שמאי הבית. כך או כך, המצביאות היא כי במקרים רבים, אם לא בדרך כלל, השומה של שמאי הבית היא השומה הקובעת. העררים המוגשים לוועדת הערר מעטים כל כך עד שהם בטלים בששים. על מצב כזה אפשר לומר כי הוא מצב של ניגוד עניינים דה-פקטו.

(שם, בעמ' 658-659).

המפקחת על הביטוח נדרשה, באותו מקרה, לעצב הסדר אשר יאזן בין אינטרס המבוטחים לבין הזכות של חברות הביטוח להעסיק שמאי בית.

61. ללמדך, אפילו מקום בו עומדת בפני הפרט האפשרות להביא המחלוקת להכרעה בפני ועדת ערר שלטונית, סבר בית המשפט הנכבד כי שמאי חברת הביטוח לוקה בניגוד עניינים, עת שומתו והכרעתו מחייבות את המבוטח. אלו הם פני הדברים בענייננו, מקל וחומר, מקום בו אין בפני הפרט אפשרות להפניית המחלוקת לערכאת ערעור נייטרלית.

ו. הצעת חוק חובת מכרזים (תיקון – שמאות מכרעות), התשס"ג - 2003 - הרציונל והיישום בעניינה של עתירה זו

62. בעוד שבפרשת שמאי הרכב נדרש המפקח על הביטוח לעצב הסדר יש מאיין, הרי שבעניינו מונח ההסדר, הטבעי והמובן לסוגייה, לנגד עיננו. סנונית ראשונה של הסדר זה רואה אור בהצעת חוק פרטית אשר תוצג להלן. אומנם, תחולתה אינה רחבה דיה כדי לחול, כשלעצמה על פי הוראותיה, על המקרה דן אולם הרציונאל שביסודה ישים, ללא ספק, גם בעניינו.

הצעת החוק מפנה להסדר חקיקתי מלא אשר ניתן לסוגייה דומה במסגרת התוספת השלישית לחוק התכנון והבניה תשכ"ה-1965, החולש על קביעת שומות מקרקעין לצורך חיובי היטל השבחה.

העותרת תטען כי אך טבעי הוא להחיל את עקרונותיו של הסדר חקיקתי זה גם בעניינו.

63. ביום 26.3.03 הונחה על שולחן הכנסת **הצעת חוק חובת מכרזים (תיקון – שמאות מכרעות), התשס"ג – 2003** מטעם ח"כ אורית נוקד. ההצעה עוסקת במנגנון הקבוע בתקנה 30 לתקנות חובת המכרזים התשנ"ג-1993 לפיו במקרה של הענקת זכויות במקרקעין בידי המשיבה ללא מכרז פומבי, ההתקשרות תהיה במחיר שיקבע השמאי הממשלתי (להלן: "הצעת החוק").

העתק הצעת החוק מצורף **כנסת פח** "לעתירה זו.

64. בדברי ההסבר להצעת החוק נמתחה בקורת על האופן בו נדונות ההשגות בפני השמאי הממשלתי:

"הניסיון מראה כי חלק מקביעותיו של השמאי הממשלתי שנויות במחלוקת באופו יסודי. מאידך מנגנון הערעור שקבעו מנהל מקרקעי ישראל יחד עם השמאי הממשלתי מאפשר ערעור על קביעת השמאי הממשלתי רק בפני דרג אחר בתוך יחידת השמאי הממשלתי. שיטה זו אינה סבירה ויוצרת קיפוח וסכסוכים ארוכי שנים הנובעים מקביעות שנויות במחלוקת או חד צדדיות של השמאי הממשלתי במקרים מסוימים".

65. אמנם הצעת החוק עוסקת בשמאויות לצורך הקצאת קרקעות ללא מכרז ואילו עניינה של עתירה זו הוא שמאויות לצורך קביעת דמי היתר, אלא שאין הדבר מעלה או מוריד מחשיבותה של הצעת חוק זו לענייננו. בשני המקרים עניין לנו במנגנון לקוי ובלתי סביר של הזמנת שמאות על ידי המשיבה ללא אפשרות של ערעור בפני דרג חיצוני לשמאי הממשלתי, קרי העדר אפשרות דה פקטו להשיג או לערור על השומה.

66. בהצעת החוק מוצע לאמץ את המנגנון שנקבע בתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה תשכ"ה-1965 לענין שומת היטל השבחה, לפיו באין הסכמה לשומה בין הועדה המקומית ובעל המקרקעין יבחרו הצדדים שמאי מכריע:

"הסכימו הועדה המקומית ובעל המקרקעין לשומה, יותאם החיוב בהיטל לשומה שהוסכם עליה; לא הסכימו כאמור - יבחרו הועדה המקומית ובעל המקרקעין שמאי מקרקעין אחר (להלן - שמאי מכריע) ושומתו תהא מכרעות; השמאי המכריע יפסוק גם בדבר השתתפות בהוצאות שומתו".

(סעיף 14(ב) לתוספת השלישית).

67. כאמור, תחולתה של הצעת החוק צרה, ואין היא מכילה עצמה מעבר להקצאת קרקעות המינהל ללא מיכרז.

עם זאת הראציונל שביסודה, טעמיה, והפתרון אותו היא מציעה יפים בה במידה גם בעניינו.

ז. ניתוח עמדת המשיבה: הנהלים הפנימיים והחלטת הממשלה

68. בתשובתה, בה עמדה המשיבה על כך שהשגת העותרת תידון ותוכרע בפני השמאי הממשלתי, נסמכה המשיבה על שני מקורות להצדקת עמדתה: נהלים פנימיים מחד, והחלטת ממשלה מאידך. להלן יובהר בקצרה כי אין באף אחד ממקורות נטענים אלו כדי להקנות למשיבה עיגון נורמטיבי להצדקת עמדתה.

69. במכתבה מיום 1.12.04 מפנה הממונה המחוזית לשתי החלטות אשר התקבלו על ידי מועצת מקרקעי ישראל. החלטת מועצה מס' 799 מיום 24.7.97 (המעדכנת החלטת מועצה קודמת שמספרה 310 מיום 23.7.85) מסמיכה את המשיבה להעזר בשמאים פרטיים, פרט למקרים המנויים בחוק חובת מכרזים תשנ"ב-1992 ותקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, בהם נקבעה חובת המשיבה לקבלת שירות מהשמאי הממשלתי.

העתק החלטת המועצה מס' 799 מצורפת כנספח "יא" לעתירה זו.

70. עיון בהחלטות המינהל אשר נזכרו לעיל כשלעצמן, ועל פי תוכנן, מגלה כי אין באף אחת מהן עיגון לנוהל בו נוקטת המשיבה לפיו ישמש השמאי הממשלתי כגורם מכריע סופי ובלעדי בהשגות אותן מעלים חוכרי המקרקעין כנגד שומות המשיבה. כל ענין של החלטות אלו הינו מיסוד האופן בו יקבע המינהל את עמדתו באשר לשווי הקרקע.

מכאן, ועד לחיוב החוכר לקבל עמדה זו או לחילופין קביעת השמאי הממשלתי כערכאת הערעור לבחינת טענות החוכר – רב המרחק עד מאוד.

71. מוסיפה הממונה המחוזית וגורסת במכתבה כי לאור החלטות אלו "נקבעו כללים ועקרונות מוסכמים המעוגנים בנוהל" על פיו נוהגת המשיבה. בכל הכבוד, אפילו התגבשו נהלים והנחיות פנימיות אלו לכלל מדיניות נוהגת - אין בה כדי להצדיק שלילת זכותה של העותרת, כיתר חוכרי מקרקעי המדינה, כי השגותיהן כנגד שומות המשיבה תיבחנה ותוכרענה בהליך ראוי.

72. העותרת טוען כי אין בכוחן של החלטות מועצת המשיבה, קל וחומר שלא בכוחם של נהלים פנימיים אחרים אשר לא התגבשו אפילו לכדי החלטת מועצת המשיבה, כדי לקפח זכויות יסוד של העותרת. על הנחיות פנימיות ונהלים נוהגים לעמוד בכל אמות המידה לביקורת המעשה המינהלי. ככל שהן בלתי סבירות - דינן להתבטל.

73. על טיבן של הנחיות פנימיות עמד כב' השופט זמיר במאמרו הנחיות מנהליות, הפרקליט ל"ח(א) תשמ"ח-תשנ"ט, 18. על קצה המזלג, אלו עיקרי הדברים:

"מסמך זה, שאנו קוראים לו הנחיה מנהלית, אינו אלא דרך של הפעלת שיקול הדעת המוקנה לרשות. אולם, להבדיל מהפעלת שיקול הדעת בכל מקרה ומקרה מחדש, לפי נסיבותיו של המקרה, ההנחיה המנהלית מהווה הפעלה של שיקול הדעת לגבי סוג של מקרים. ניתן לומר כי ההנחיה המנהלית מבטאת סוג של שיקול דעת קיבוצי.

מכן גם נובע שההלכות החלות על שיקול הדעת המינהלי, כגון החובה לשיקול שיקולים עניינים ולהתעלם משיקולים זרים, חלות גם על שיקול הדעת הקיבוצי, כלומר על ההנחיה המינהלית...

...לעניין תחולת ההלכות של המשפט המינהלי אין בכך כדי לשנות ששיקול הדעת מופעל באמצעות ההנחיות באופן קיבוצי, על סוג של מקרים, ולא רק ביחס למקרה מסויים. שיקול הדעת הקיבוצי, המגובש בהנחיות, מועתק לאחר מכן על-ידי הרשות המינהלית ומיושם על מקרים רבים, כל מקרה בפני עצמו, כאילו היה שיקול דעת מיוחד לאותו מקרה. ברור, לכן שההנחיות חייבות להיות כפופות למגבלות ההלכתיות החלות בדרך כלל על שיקול הדעת המינהלי, ובמיוחד האיסור לחרוג מן הסמכות, החובה לכוון אל מטרת החוק ולשיקול שיקולים ענייניים בלבד, והצורך לפעול באופן סביר".

(שם, בעמ' 26-35)

.)

74. משעה שהנחיות פנימיות אלו מתעלמות מניגוד העניינים המובנה בו נתון השמאי הממשלתי, בשיבתו כערכאת ערעור על שומותיהם של חוכרי המקרקעין, הן לוקות בחוסר סבירות מהותי וככל מעשה מינהלי לקוי אין הן יכולות לשמש הצדקה למהלכה של המשיבה.

75. המקור הנורמטיבי האחר, עליו מבקשת המשיבה לסמוך עמדתה, מצוי בהחלטת ממשלה מס' 2354 מיום 30.7.02 העוסקת בייעול פעילות מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "החלטת הממשלה").

סעיף 3 להחלטת הממשלה קובע כדלקמן:

"להטיל על צוות משותף למשרד המשפטים, מינהל מקרקעי ישראל ומשרד האוצר לגבש הצעות לייעול תהליך ביצוע השמאות במינהל מקרקעי ישראל, לרבות באמצעות הגשת תיקוני חקיקה אם נדרשים כאלו, תוך בחינת העקרונות המפורטים להלן:

(א) השמאות ייערכו על-ידי שמאים חיצוניים שישכרו לשם כך על-ידי מינהל מקרקעי ישראל.

(ב) השמאי הממשלתי ישמש כגורם מנחה ומבקר וכאינסטנציה ערעור על עבודת השמאים החיצוניים בלבד."

העתק החלטת הממשלה מצורף כנספח "ב" לעתירה זו.

76. העותרת תטען כי גם החלטת הממשלה לא הסמיכה את המשיבה לגבש בעצמה, באופן אוטונומי, נוהל דוגמת זה אותו גיבשה.

לחילופין, תכניו של נוהל זה רחוקים עד מאוד מהחלטת הממשלה עליה הוא נסמך כביכול.

77. מטרת החלטת הממשלה, כפי שמופיעה בכותרתה הינה "לייעל את תהליך ביצוע השמאות במינהל מקרקעי ישראל".

מכאן, ועד לנוהל אשר מקפח את זכותה המהותית של העותרת להשיג על שומות המשיבה – רב המרחק.

78. החלטת הממשלה הטילה על צוות משותף, הכולל את משרד המשפטים, המשיבה ומשרד האוצר, לגבש הצעות לייעול ביצוע השמאות אצל המשיבה.

79. כעולה ממכתבה של הממונה המחוזית (נספח "ח" לעיל) גיבשה המשיבה לבדה, באופן אוטונומי, נוהל לפיו מועברות השמאות החיצוניות לביקורתו הסופית והמכרעת של השמאי הממשלתי.

80. העותרת תטען, כי לא היה בסמכותה של המשיבה לגבש נוהל כאמור, מאחר והחלטת הממשלה הורתה, ולא בכדי, על הקמת צוות בין-משרדי אשר יידרש למטלה זו. הרכב הצוות, הכולל בין היתר נציגות של משרד המשפטים, אמור היה לאזן בין השיקולים השונים העומדים בבסיס הענין, תוך גיבוש כללים אשר יאפשרו נוהל תקין וראוי לבחינת אותן שומות.

81. גם לגופם של דברים שוגה המשיבה עת היא רואה בהחלטת הממשלה מקור לנוהל אותו גיבשה.

סעיף ב' להחלטת הממשלה, מציג עיקרון לפיו ישמש השמאי הממשלתי גורם מנחה, מבקר, ופוסק ביחס לשמאות החיצוניות אשר תוכנה עבור המשיבה. עמדת השמאי הממשלתי תיגבר איפוא על כל קביעת שמאי חיצוני אשר שירותיו הוזמנו על ידי המשיבה.

אולם, כוונת הדברים לא היתה כי השמאי הממשלתי ישמש כערכאת ערעור על שמאות נגדיות אשר תוכנה בידי חוכרי המקרקעין.

נסיון המשיבה להתלות בהחלטת הממשלה, כמתירה לה לעצב נוהל זה, מוטעית איפוא מיסודה.

ח. סיכום

82. עקרון איסור ניגוד העניינים הינו עקרון בסיסי בשיטת המשפט הישראלית, המחייב את עובד הציבור לפעול באובייקטיביות וללא משוא פנים למען מראית הצדק ומניעת פגיעה בתדמיתה של הרשות המינהלית בפני האזרח.

83. מקום בו אמור השמאי הממשלתי להכריע במחלוקות בין המשיבה, המופקדת על ניהול קרקעות המדינה, לבין הפרט, בהכרח לוקה השמאי הממשלתי בניגוד עניינים מובנה. אין ענינה של העתירה להטיל חלילה דופי ביושרו של השמאי הממשלתי. די בסיטואציה בה הוא נתון בניגוד עניינים כדי להכריע את הכף, ולאסור עליו למלא את התפקיד אשר הוטל עליו על ידי המשיבה.

84. האמור בעתירה זו נתמך בתצהיר מטעם מנהלה של העותרת, מר גיל רובינשטיין.

85. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר לעתירה כמפורט בכותרתה.

מיכל אלטרמן, עו"ד

חיים וינטרוב, עו"ד

המבורגר עברון ושות'
ב"כ העותרת