



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1546/16

לפני :
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שטיין

המערערים :
1. עפו סעיד ביסאן
2. פלאח סעיד ביסאן
3. חסן סעיד ביסאן
4. יורשי המנוח נמר ביסאן ז"ל
5. תופיק ביסאן
6. נעמאן ביסאן
7. נעים ביסאן
8. חמד ביסאן

נ ג ד

המשיבים :
1. מדינת ישראל – רשות הפיתוח וקק"ל
2. יורשי המנוח האני ביסאן ז"ל
3. האני ביסאן
4. בהיג האני ביסאן
5. ריאד האני ביסאן
6. מונדר האני ביסאן
7. גיאדה מחמד ביסאן
8. ופא עפיף ביסאן
9. עלאא מוניר ביסאן
10. שוקת מוניר ביסאן
11. איוב מוניר ביסאן
12. יורשי המנוח מחמד ביסאן ז"ל
13. סלאח מחמד ביסאן
14. סג'יע מחמד ביסאן
15. חכמת מחמד ביסאן

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי חיפה שניתן
ביום 18.01.2016 בת"א 44929-03-13 (השופט ס' ג'יוסי)

תאריך הישיבה : כ"ז בכסלו התשע"ט (5.12.2018)

בשם המערערים : עו"ד סאמר ביסאן

בשם המשיבה 1 : עו"ד האני טרודי

פסק-דין

השופט א' שטיין:

הערעור

1. מה דינו של חיוב השתדלות שנטלה על עצמה רשות שלטונית במסגרת הסכם עם אזרח מבלי להבטיח לו את השגת התוצאה המיוחלת? האם הפרתו של חיוב כזה כמוה כהפרת חוזה; ואם כן, מהן התרופות שראוי לפסוק בגינה לאזרח שנפגע ממנה כלכלית?

שאלות אלה, ושאלות נוספות שנלוות אליהן, תעסקנה אותנו בערעור הנוכחי. ערעור זה מופנה נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי חיפה (השופט ס' ג'יוסי) אשר ניתן ביום 18.1.2016 בת"א 44929-03-13, ובגדרו נדחתה התביעה בה דרשו המערערים לחייב את רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י או המדינה) ואת המשיבה 2 (להלן: הימנותא) לבצע חליפין שבמסגרתם יעבירו המערערים למדינה את המקרקעין המצויים בבעלותם בחלקה 33 (חלקה 3, לפי החלוקה הישנה) גוש 18915, בשטחה של מועצה אזורית מעלה יוסף (להלן: מקרקעי המערערים), ובתמורה לכך יקבלו את מקרקעי המדינה מאותו סוג וטיב אשר נמצאים בשטחו של כפר ג'ת הגלילית (להלן: ג'ת).

2. ערעור זה הובא להכרעתנו לאחר שניסיוננו להביא את הצדדים לידי פשרה העלה חרס. ניסיון זה החל בדיון שנתקיים בפני בית משפט זה ביום 27.12.2017 ובמהלכו הומלץ לצדדים לנהל ביניהם משא ומתן כדי להגיע להסדר פשרה. ביום 3.6.2018, נתקבל עדכון מטעם המדינה בנוגע למכשול שעומד בדרך להסדר. בעקבות עדכון זה, קיימנו ישיבה נוספת ביום 5.12.2018, ובמסגרתה הוחלט לאפשר לצדדים לשוב ולנסות להגיע לפתרון הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט. הצדדים ניהלו ביניהם משא ומתן שבמהלכו קיבלנו עדכונים ובקשות ארכה בתאריכים 31.3.2019, 17.6.2019, 10.10.2019, 16.1.2020, ו-26.2.2020. ביום 26.5.2020, הודיעה לנו רמ"י כי המשא ומתן לא עלה יפה.

3. אי לכך, לא נותר לנו אלא ליתן את פסק דיננו בהתאם לדין; וכך נעשה.

הרקע העובדתי

4. מקרקעי המערערים משתרעים על פני 15 דונם בחלקה 33 (חלקה 3, לפי החלוקה הישנה) בגוש 18915, שכאמור נמצאת בשטח המועצה האזורית מעלה יוסף.

5. רישום המערערים כבעלי המקרקעין נעשה במסגרת הליכי הסדר אשר התנהלו בתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת. אז הגישו המערערים לבית המשפט המחוזי חיפה בקשה לפי סעיף 59 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, לתיקון לוח הזכויות במקרקעין כך שיירשמו על שמם חלקים מחלקה 3 ומחלקה 8 בגוש 18915 (להלן: חלקה 3 ו-חלקה 8, בהתאמה). בקשה זו הוגשה במסגרת תיק הסדר 641/ירכא. ביום 7.2.1983, נתן בית המשפט המחוזי חיפה (השופט א' כהן) פסק דין (להלן: פסק הדין הראשון) אשר הורה בהסכמת הצדדים להליך – המערערים והמדינה – לרשום 18 דונמים מחלקה 3 על שם ארבעה אחים ממשפחת ביסאן מג'ת (להלן: האחים ביסאן או המערערים). פסק דין זה ניתן בעקבות הדיון במעמד הצדדים, שבמהלכו חזרו בהם האחים ביסאן מתביעתם לזכויות בחלקה 8, ואחר כך נשמעו עדים אשר כללו עד מומחה מטעם המדינה שהציג תצ"א. לאחר מכן, סיכמו הצדדים על פשרה לפיה "יוכר למבקשים [האחים ביסאן, א.ש.] שטח של 18 ד' [בחלקה 3] ... קטע [...] [יתרתה של חלקה 3] ירשם ע"ש המדינה. כמו כן החלקה 8 תישאר רשומה בלוח הזכויות ע"ש מדינת ישראל".

6. בעקבות בקשה שהגישה הימנותא, ביום 15.7.1983 נתן בית המשפט המחוזי חיפה (השופט א' כהן) פסק דין המבטל את פסק הדין הראשון, לאחר שהתברר כי מחמת סגגה הימנותא לא צורפה כצד להליך הראשון חרף היותה בעלת זכויות בחלקים מן המקרקעין נשוא ההליך.

7. ביום 29.12.1983, נתן בית המשפט המחוזי חיפה (השופט א' כהן) פסק דין נוסף בנוגע למקרקעין. פסק דין זה (להלן: פסק הדין השני) ניתן במסגרת תיק הסדר 742/ירכא על בסיס הפשרה שהושגה בין כל הצדדים הנוגעים בדבר. פסק הדין השני קבע כי 15 דונמים מהמקרקעין יירשמו על שם האחים ביסאן, 15 דונמים נוספים על שם הימנותא, והיתרה תיוותר רשומה על שם המדינה. עוד נקבע באותו פסק דין, כי "ניתנת אפשרות לצדדים לערוך פעולת חליפין בקרקע אחרת תמורת [מקרקעי המערערים דכאן] באדמות הכפר ג'ת, מאותו סוג וטיב וזה תוך 3 חודשים מהיום". קביעה זו וההסכמה שמאחוריה תעמודנה במרכז הדיון דכאן.

במסגרת אותו פסק דין והסכם הפשרה שבבסיסו, הסכימו האחים ביסאן לחזור בהם בשנית מתביעתם ביחס לחלקה 8.

8. לאחר מתן פסק הדין השני, החלו המערערים מציעים למדינה קרקעות לביצוע החליפין. המדינה מצידה דרשה הוצאת צו לתיקון רישום פסק הדין וכן רישום זכויות הבעלות של המערערים בקרקע, כתנאי להמשך המשא ומתן. בהקשר זה, ראוי לציין כי הצעת החליפין הראשונה אשר מאומתת בכתובים ניתנה רק בשנת 1994 – דהיינו: כעשר שנים מיום מתן פסק הדין השני; וכי לא הונחו לפנינו שום ראיות או הסברים בנוגע להשתלשלות המשא ומתן בפרק הזמן שקדם לשנת 1994, ככל שמשא ומתן כאמור התקיים.

9. ביום 16.3.1998, נתן בית המשפט המחוזי חיפה (השופט מ' הוט) פסק דין שלישי בנוגע למקרקעין (להלן: פסק הדין השלישי) ניתן במסגרת תיק הסדר 742/ירכא, ובגדרו נרשמו הסכמות הצדדים, לרבות אלו אשר נוגעות לחילופין האפשריים של קרקעות כמתואר לעיל (להלן: הסדר החליפין). הסכמות אלו כללו את הצהרתו של בא-כוח המדינה, עו"ד בר-חוק, כי המדינה לא תעמוד על המגבלה של שלושה חודשים לביצוע החליפין. הצהרה זו והשלכותיה מצויות בליבת הערעור דכאן, ובהמשך הדברים ארחיב עליהן את הדיבור.

פסק הדין השלישי תיקן את פסק הדין השני באמצעות צירוף מפה, אשר נועדה לסייע בידי הצדדים לקיים את הסדר החליפין, וכן על ידי התאמת שמותיהם של בעלי הזכויות לצווים בדבר ירושה וקיום צוואה.

10. הסדר החליפין לא הוצא מן הכוח אל הפועל, והאחים ביסאן ביקשו להביא לאכיפתו במסגרתה של תובענה שהגישו נגד המדינה בהליך קמא. כמו כן ביקשו האחים ביסאן לשמור על זכותם לבטל את הוויתור על תביעתם ביחס לחלקה 8, אם בית המשפט יחליט שלא להורות על מימוש ההסדר.

פסק הדין קמא

11. לאחר בירור התובענה, ניתן פסק הדין מושא הערעור שלפנינו, אשר דוחה את תביעת האחים ביסאן על כל מרכיביה.

12. פסק הדין קמא דחה את תביעת האחים ביסאן מכמה טעמים. בהתבססו על האמור בפסק הדין הראשון ובפסק הדין השני, קבע בית משפט קמא כי ויתור האחים ביסאן על תביעתם לרישום זכויותיהם בחלקה 8 כלל לא נבע מההבטחה בנוגע לחילופי קרקעות שקיבלו מהמדינה. בית המשפט קבע, לאחר שמיעת ראיות, כי ויתור זה עומד בזכות עצמו ואיננו מותנה בדבר. כמו כן קבע בית המשפט כי פסק הדין השני מציין את

הסדר חילופי הקרקעות כאפשרות ותו לא – ולא כהסכם מחייב – תוך שהוא מאשר שהאחים ביסאן כבר ויתרו על טענות זכות ביחס לחלקה 8, ככל שהיו להם כאלה, ויתור גמור וסופי. בית המשפט קבע, בנוסף, כי ויתור זה נעשה כחלק מההסדר בנוגע לגודל הקרקע שתירשם על שם האחים ביסאן, אשר קיבל תוקף של פסק דין בפסק הדין הראשון – זאת, להבדיל מהסדר החליפין אשר צויין כאפשרות גרידא בפסק הדין השני ואושרר ככזה בפסק הדין השלישי. בית המשפט קבע, בנוסף, כי האפשרות של חילופי קרקעות ממילא פגה ופסה מן העולם מאחר שהיא לא מומשה בפרק הזמן שנקצב לה בפסק הדין השני, קרי: בשלושת החודשים שלאחר מתן פסק הדין. בהתייחסו לפסק הדין השלישי, קבע בית המשפט קמא כי פסק דין זה לא העמיד שום הוראה אופרטיבית בדבר ביצועו של הסדר החליפין, אלא, כאמור, רק אשררו תוך הוספת תיקונים טכניים כמצויין לעיל. באשר להסכמות נוספות, שלטענת האחים ביסאן קדמו למתן פסק הדין השלישי – בית משפט קמא קבע כי הסכמות אלו אינן מעוגנות בפסק הדין או במסמך אחר. מטעם זה, החליט בית המשפט שלא ליתן לטענת האחים ביסאן בדבר קיומן של הסכמות נוספות כאמור את "אותו משקל משמעותי ומכריע מכוחו ניתן לקבוע כי פסק הדין אינו משקף נאמנה את שסוכם שם".

13. תביעת האחים ביסאן נדחתה, אפוא; ומכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

14. המערערים טוענים כי בית משפט קמא התעלם מההסכמות אליהן הגיעו הצדדים במסגרת ההליך שבסופו ניתן פסק הדין השלישי, ובכך טעה. הסכמות כאמור כוללות את התחייבות רמ"י לבצע את הסדר החליפין, דהיינו: לקבל לידיה את הזכויות במקרקעי המערערים ולהקנות למערערים, בתמורה לזכויות הללו, מקרקעין מאותו סוג ומאותו טיב – זאת, מבלי לעמוד על מגבלת הזמן של שלושה חודשים אשר נקבעה בפסק הדין השני. המערערים מוסיפים וטוענים כי מסקנה זו נתמכת על ידי המילים אשר פותחות את פסק הדין השלישי, "על יסוד הסכמת הצדדים ובקשת המבקשות...", וכן על ידי הצהרת בא-כוחם, עו"ד ביסאן, שאף היא היוותה בסיס למתן פסק הדין המוסכם, לפיה "לאחר שחברי הצהיר מה שהצהיר לעיל, אני מסכים כי פסק הדין של כב' השופט כהן מיום 29/12/83 יתוקן...".

המערערים סבורים אפוא כי פסק הדין השלישי אישר הסכם פשרה מחודש אשר נכרת בינם לבין המדינה. לשיטת המערערים, הסכם זה הקנה להם זכויות בנות קיימא, ובית משפט קמא טעה בהחליטו שלא לראות בהסכם הזה חוזה מחייב אשר עומד בזכות עצמו.

15. עוד טוענים המערערים, כי בית משפט קמא טעה בהחליטו לדחות את טענתם שקשרה את ויתורם על רישום זכויותיהם בחלקה 8 למימוש של הסדר החליפין, ובאופן ספציפי יותר, לציפייתם לקבל, כחלק מאותו הסדר, את חלקה 7 בגוש 18749 (להלן: חלקה 7) – בדומה לחילופי קרקעות אשר נעשו בין הצדדים בעבר ואשר כללו החלפת מקרקעין מגוש 18915 במקרקעין המהווים חלק מגוש 18749.

16. לביסוס טענה זו, מפנים המערערים לתצהירו של אחיהם המנוח, האני צאלח ביסאן ז"ל, אשר הוגש מטעמם לבית המשפט המחוזי חיפה במסגרת ההליך שבסופו ניתן פסק הדין השלישי. לטענת המערערים, מתצהיר זה עולה כי במסגרת הסכם הפשרה שעשו הצדדים, נקבע כי ויתורם על חלקה 8 יינתן בתמורה לביצועו של הסדר החליפין, וכי אם החליפין לא יבוצעו, תעמוד להם הזכות להחיות את בקשתם לרישום זכויותיהם בחלקה 8.

בתצהיר זה נאמר כדלקמן:

"אני עושה תצהירי זה בתמיכה לתגובה בתיק הסדר קרקעות 742/ירכא. לפי מיטב זכרוני בעת שהגענו לידי הסכם פשרה עם המבקשות בתיק הנ"ל סוכם ביני ועם שאר אחיי המנוחים לבין המבקשות כי בתמורה לביטול בקשתנו בעניין חלקה 8 בגוש 18915, המבקשות יהיו מוכנות לערוך איתנו פעולת חליפין באדמות ג'ת וזאת בשטח של 15 דונם שאנו נקבל תמורת 15 דונם שנמסור להם. הריני להצהיר כי תנאי חליפין זה היה תנאי יסודי להסכמתנו להסכם הפשרה שניתן לו תוקף של פסק דין".

17. כמו כן מלינים המערערים על כך שרמ"י והימנותא נמנעו מלהגיש מסמכים ומלהשמיע עדים אשר יכלו לשפוך אור על השתלשלות האירועים מושא התביעה – זאת, לטענתם, אחרי שנציגת רמ"י אישרה בכתובים כי יש לבצע את החליפין בהתאם להסדר. כתובים אלה צורפו לכתב התביעה ולסיכומי המערערים.

18. המערערים גם מפנים אותנו למשא ומתן שלטענתם התקיים בין הצדדים בין כתליו של בית המשפט המחוזי חיפה ביום 16.3.1998 – עובר למתן פסק הדין השלישי, אשר אישר את הסדר החליפין ונתן לו, לדבריהם, תוקף של פסק דין. לטענת המערערים, במשא ומתן כאמור סוכם בעל-פה כי המקרקעין שיוקצו להם במסגרתו של הסדר החליפין יהיו מחלקה 7.

19. לטענת המדינה, הסעד שנתבקש על ידי המערערים בהליך קמא חורג מהאמור בפסק הדין השלישי ומכל סיכום והסכמה שקיבלו ביטוי בשלושת פסקי הדין דלעיל. חרף זאת, ולמרות הזמן הרב שחלף מיום מתן פסק הדין השלישי, הביעה רמ"י נכונות לנהל משא ומתן עם המערערים ולבחון את האפשרות להחליף את מקרקעיהם בקרקע תואמת אחרת מקרקעות ג'ת. במהלך השיח שהתנהל בין הצדדים, הובהר למערערים כי אם אפשרות זו אכן תמומש, יהא צורך לערוך הסכם חליפין אשר יחליף את מקרקעיהם, כקרקע חקלאית לפי ייעודה, במקרקעין תואמים, קרי: בקרקע חקלאית נטולת פוטנציאל לשינוי ייעוד שעשוי להשביחה; וכי בכל מקרה, החליפין יהיו תלויים בשומות המקרקעין. המדינה מוסיפה וטוענת, כי האחים ביסאן התמידו בדרישתם לבצע חילופי קרקעות שלא בהתאם לאמור בפסק הדין השלישי ובניגוד למדיניותה של רמ"י. המדינה מסכמת וטוענת, כי בית משפט קמא צדק בהחליטו לדחות את תביעת המערערים, ועל כן היא סומכת את ידיה על פסק דינו.

20. לטענת הימנותא, הסדר החליפין פס מן העולם בתאריך התפוגה שלו, קרי: בתום שלושה חודשים אחרי מתן פסק הדין השני. כמו כן טוענת הימנותא כי פסק הדין השלישי לא נתן כל הוראה אופרטיבית חדשה בעניינו של הסדר החליפין. לפיכך, לטענתה, אין תוקף לדבריו של עו"ד בר-חוק, בא-כוח המדינה, אשר תועדו בפרוטוקול הדיון מיום 16.3.1998 עובר למתן פסק הדין השלישי, ולפיהם יש לאפשר את חילופי המקרקעין כמצוות פסק הדין השני, וכי המדינה לא תעמוד על מגבלת שלושת החודשים לצורך ביצוע החליפין. הימנותא מוסיפה וטוענת כי דברים אלו אינם מחייבים את רמ"י, מאחר שהם לא נכללו בגופו של פסק הדין השלישי; והם ממילא אינם מחייבים את הימנותא – זאת, מכיוון שבא-כוח המדינה לא ייצג את הימנותא, שהינה תאגיד עצמאי הנפרד מהמדינה. בהקשר זה, מבהירה הימנותא וטוענת כי מקרקעיה נמצאים מחוץ לשליטת המדינה וכי המדינה איננה מוסמכת לעשות בהם שום עסקאות. עוד נטען על ידי הימנותא כי שלושת פסקי הדין אשר אישרו את הסדר החליפין ויישבו את המחלוקות בין האחים ביסאן למדינה הינם ברורים ומדברים בעד עצמם. הימנותא מוסיפה וטוענת, כי מסיבה זו אין לייחס שום משקל לדברי האחים ביסאן שמחוץ לפרוטוקול הדיונים, ואין לזקוף לחובתה או לחובת רמ"י את החלטותיהן שלא לזמן עדים ולא להציג מסמכים נוספים במסגרת ההליך קמא. הימנותא סומכת אפוא את ידה על פסק הדין קמא באשר הוא ניתן על יסוד הכתובים.

התנהלות הצדדים להסדר החליפין

21. כאן המקום לפרט את התנהלות הצדדים להסדר החליפין: המדינה, מצד אחד, והאחים ביסאן, מהצד השני. לנוכח הפערים בין גרסאות הצדדים בנוגע להסדר זה

והניסיונות להביא למימוש, אתיחס אך ורק למסמכים הכתובים שאינם במחלוקת לפי סדרם הכרונולוגי.

22. ממסמכים אלו עולה כדלקמן:

א. 8.9.1994 – מר אסף קוריס, ממונה מחוזי לחליפין, רכישות והפקעות ברמ"י, דוחה את בקשת האחים ביסאן להחליף את מקרקעיהם בחלקה 13 מגוש 18749, מאחר שלדבריו מדובר בחלקה בבעלות פרטית. כמו כן מבהיר מר קוריס ומציין, כי הצעות חליפין נוספות מטעם האחים ביסאן תיבדקנה רק לאחר שיוצא צו לתיקון רישום פסק הדין השני וזכויות הבעלות של האחים תירשמנה במרשם המקרקעין.

ב. 7.12.1999 – מר הרצל כהן, מפקח קרקעות מטעם רמ"י, מגיב להצעה נוספת לחליפין מטעם האחים ביסאן, לפיה מקרקעי המערערים יוחלפו בקרקע שבחלקה 12 בגוש 18741 או בקרקע שבחלקה 7. המפקח מעדכן את האחים ביסאן כי רמ"י תבדוק את הצעות החליפין שלהם. מהמשך ההתכתבויות ניתן להבין כי רמ"י דחתה את הצעת האחים ביסאן מנימוקים שלא הובאו לידיעתנו.

ג. 24.6.2010 – המערערים פונים לרמ"י ומבקשים את ביצוע החליפין בהתאם להתחייבותיה כאמור בפסק הדין השני ובפסק הדין השלישי. המערערים מדגישים כי ויתורם על זכויותיהם בחלקה 8 ניתן לאור הסדר החליפין. המערערים מוסיפים כי אם ההסדר לא יבוצע, הם יאלצו לפנות לערכאות לשם ביטול פסק הדין השני ופסק הדין השלישי ולחדש את דרישתם ביחס לחלקה 8.

ד. 19.10.2010 – הממונה המחוזית לחליפין, רכישות והפקעות, גב' פטריסיה פרץ (להלן: הממונה), מעלה טענה כי זכות המערערים לחליפין איננה קיימת עוד בתנאים שנקבעו לה, משפקעו שלושה חודשים מיום מתן פסק הדין השני. לצד זאת, מאפשרת הממונה למערערים לנהל משא ומתן עם רמ"י על ידי הצעת שטח שרמ"י תהא מעוניינת בו בהתאם למדיניות הנהוגה אצלה ביחס לעסקאות חליפין.

ה. 6.1.2011 – המערערים פונים לרמ"י בתגובה לקביעת הממונה שהסדר החליפין פקע ואיננו קיים עוד. הם מפנים את הממונה לפסק הדין השלישי שבו הסכים בא-כוח המדינה לביצוע החליפין לאחר הסדרת רישום המקרקעין על ידי המערערים – זאת, מבלי לעמוד על מגבלת שלושת החודשים שנקבעה בפסק הדין השני. המערערים מעדכנים את רמ"י כי רישום הקרקעות על שמם בוצע זה מכבר, ביום 26.11.2007, לאחר הגשת בקשות רבות לביצועו. המערערים מבקשים מרמ"י לעמוד בהתחייבותיה ולבצע את החליפין לאלתר. הם מתריעים כי

במידה שלא יענו בחיוב תוך ארבעה-עשר ימים, הם יפעלו למימוש זכויותיהם באפיקים המשפטיים.

ו. 9.10.2011 – המערערים פונים לרמ"י בבקשה נוספת להציע להם קרקעות למטרת החליפין או, למצער, לאפשר להם להצביע על קרקעות המדינה אשר מתאימות לחליפין בהתאם להסדר. עוד באותו יום, הממונה מעדכנת את המערערים כי בא-כוחם ביקר במשרדה והעלה טענות לגבי העדר טיפול בבקשתם. הממונה מודיעה כי אין בידה תשובת המערערים למכתבה מתאריך 3.2.2011 (אשר לא צורף כמוצג בהליך קמא), וכי הטיפול בבקשת המערערים ייגנוז עד לקבלת מענה מצדם.

ז. 9.11.2011 – המערערים מעדכנים את הממונה כי המכתב מתאריך 3.2.2011, אשר נזכר לעיל, לא התקבל אצלם.

ח. 21.11.2011 – בעלי הדין נפגשים למשא ומתן בבית האחים ביסאן בג'ת. במהלך פגישה זו, מצביעים האחים ביסאן בפני רמ"י על שלוש חלקות אפשריות לביצוע החליפין: חלקה 2 בגוש 18748 (להלן: חלקה 2), חלקה 4 בגוש 18752 (להלן: חלקה 4) וחלקה 7 הנזכרת לעיל.

ט. 6.3.2012 – הממונה מאשרת כי האחים ביסאן זכאים לבצע את הסדר החליפין, ובלבד שמקרקעיהם יוחלפו בקרקע מאותו סוג וטיב. היא מעדכנת את האחים ביסאן כי כל השטחים שאותרו על ידיהם יחד עם מפקח מטעם רמ"י הינם בעלי פוטנציאל להשבחה עקב שינוי ייעוד, וחלקם אף נכללים בתוכניות בנייה למגורים. מטעמים אלה, דוחה הממונה את בקשת החליפין של האחים ביסאן.

י. 1.5.2012 – הממונה מציינת בפני האחים ביסאן כי הם מתעקשים לקבל לידיהם, במסגרתו של הסדר החליפין, שטח מחלקה 2 או מחלקה 4 – זאת, בשעה שחלקה 2 מהווה חלק משמורת יער, ולפיכך לא ניתן לנהל לגביה משא ומתן. באשר לחלקה 4, מציינת הממונה כי אין מניעה לנהל לגביה משא ומתן, אולם קיומו והצלחתו של משא ומתן כאמור יהיו כפופים לחוות דעתו של שמאי מקרקעין בנוגע לחליפין המוצעים. כמו כן מדגישה הממונה כי במסגרת החליפין, אם וכאשר יבוצעו, יהיו האחים ביסאן זכאים לקבל קרקע חקלאית ללא כל פוטנציאל להפשרה ולשינוי ייעוד; וכי ככל שהאחים ביסאן חפצים לקבל שטח בעל פוטנציאל לשינוי ייעוד – הנושא ייבחן על ידי שמאי וגודל השטח מושא החליפין ייקבע בהתאם לשומה.

יא. במסגרת הליכי הערעור דכאן, הודיעה רמ"י, ביום 3.6.2018, כי בדיקת המצב התכנוני במקרקעי המערערים העלתה כי מקרקעין אלו נכללים בתחומה של תוכנית ג/15214, אשר פורסמה למתן תוקף ביום 10.2.2014. לפי תוכנית זו,

מקרקעי המערערים מסווגים כעת כשמורת טבע. לפיכך, כל פעולה בהם טעונה אישור מאת רשות הטבע והגנים; וככלל, לא ניתן עוד לנצלם לבנייה, תהא מטרתה אשר תהא. לנוכח התפתחות זו, הודיעה רמ"י כי הסדר החליפין איננו עוד בר-ביצוע. רמ"י הוסיפה והבהירה, כי מקרקעי המערערים חדלו להיות אטרקטיביים עבורה – זאת, מכיוון שלא ניתן יהיה לנצלם לצרכים ציבוריים עליהם היא מפקדת. לא זו אף זו: לדברי רמ"י, היא ממילא איננה מחזיקה בשום קרקע מאותו סוג וטיב, כמשמעה בהסדר החליפין, ועל כן אינה יכולה לתת למערערים את מה שאין לה.

דיון והכרעה

23. הצדדים לערעור זה חלוקים ביניהם בנוגע לשאלה העובדתית שעניינה תוכן ההתחייבות שהמדינה לקחה על עצמה, אם בכלל, בגדרו של הסדר החליפין. האחים ביסאן טוענים כי המדינה התחייבה לדאוג לכך שחילופי המקרקעין עליהם הוסכם בין הצדדים יבוצעו, וכי תאריך התפוגה, שבשעתו הוצמד להתחייבות זו, הוסר בהסכם הפשרה אשר אושר בפסק הדין השלישי. כמו כן טוענים האחים ביסאן, כי ויתורם על תביעתם בנוגע לזכויות בעלות בחלקה 8 היווה חלק מהתמורה שהמדינה קיבלה מהם בעד התחייבותה במסגרתו של הסדר החליפין. מנגד, המדינה טוענת כי ויתור האחים ביסאן על תביעתם בנוגע לחלקה 8 נעשה במסגרת הסדר הקרקעות הראשוני, שלגביו ניתנו הסכמות אשר אושרו בפסק הדין הראשון, והסכמות אלה לא כללו את הסדר החליפין. כמו כן טוענת המדינה כי הסדר החליפין צויין בהסכם הפשרה אשר אושר בפסק הדין השני כאפשרות בלבד; כי אפשרות כאמור ממילא איננה קיימת לנוכח תאריך התפוגה שהוצמד לה; וכי פסק הדין השלישי לא חידש בעניינן זה דבר, אלא חזר על ההסדר שקדם לו ואשררו. טענות המדינה אינן שונות מאלו של הימנותא; ומאחר שהסדר החליפין ממילא אינו חל על הימנותא, איני רואה סיבה ליתן התייחסות נפרדת לטענותיה.

24. במישור העובדתי, המדינה והאחים ביסאן חלוקים ביניהם ביחס לשאלות אלה:

א. האם ויתור האחים ביסאן על תביעתם לזכויות בחלקה 8 ניתן על ידיהם כחלק מעסקה כוללת, אשר כללה את הסדר החליפין?

ב. מהו תוכנו המדויק של הסדר החליפין?

25. במישור המשפטי, המחלוקת בין האחים ביסאן למדינה אינה אלא זאת:

- א. האם הסדר החליפין מחייב את המדינה; ואם כן, מהם החיובים שחלים על המדינה מכוחו?
- ב. מהן תוצאות ההפרה של החיובים כאמור?

26. ברי הוא, כי מענה לשאלות המשפטיות הללו תלוי בתשובות אשר תינתנה לשאלות שעלו במישור העובדתי, כאמור לעיל. בית משפט קמא פתר את השאלות העובדתיות הללו בהתבססו על כתובים אשר כללו את שלושת פסקי הדין הנזכרים לעיל והדברים שתועדו בפרוטוקול הדיון שנלווה אליהם. כך אעשה גם אני. בטרם אגש למלאכה זו, אעיר כי נגישותי למסמכים שעל בסיסם תיקבענה העובדות הדרושות לעניינינו איננה נחותה מזו של בית משפט קמא. כמו בית משפט קמא, הנני מתרשם מהאמור במסמכים הללו התרשמות ישירה. במצב דברים זה, בידינו להפעיל חריג לכלל אשר מורה לערכאת הערעור להימנע מהתערבות בממצאי עובדה אשר נקבעו על ידי הערכאה הדיונית (ראו: ע"פ 2977/06 פלוני נ' מדינת ישראל (17.3.2008), פסקה 4 לפסק דינו של השופט א' א' לוי והאסמכתאות שם).

הפן העובדתי

ויתור המערערים על חלקה 8

27. פסק הדין הראשון בוטל, אמנם, בהסכמת בעלי הדין, אבל הראיות שהוא הותיר אחריו בדמותם של פרוטוקול הדיון והדברים שתועדו בו אינן מתבטלות לעולם. מפרוטוקול זה עולה כי האחים ביסאן באו לבית המשפט המחוזי חיפה כשבאמתחתם עדויות שתמכו בתביעתם ביחס לחלקה 3. בתחילת הדיון, ויתרו האחים על תביעתם ביחס לחלקה 8 ואחר כך השמיעו את עדיהם לתמיכה בתביעתם ביחס לחלקה 3. אחרי שעדים אלו אמרו את דברם, בית המשפט שמע את עדותו של מומחה מטעם המדינה, מר זייד, וראה את תצ"א אשר הוצג בפניו על ידי אותו עד מומחה. בנקודה זו, הגיעו האחים ביסאן והמדינה להסכם הפשרה הראשון, שאחר כך בוטל לפי בקשת הימנותא.

28. מכאן עולה, כי ויתור האחים ביסאן על תביעתם ביחס לחלקה 8 נבע מחוסר ראיות אשר נדרשו כדי להוכיח את תביעתם. ויתור זה לא היה קשור להסדר החליפין, שבאותו מעמד כלל לא עלה לדיון. אם בכלל, ויתור זה נעשה בתמורה להסכמת המדינה לכך שהאחים ביסאן יירשמו כבעלי אדמות בחלקה 3 אשר משתרעות על פני 18 דונם.

29. לפי הראיות שלפנינו, הסדר החליפין סוכם בין האחים ביסאן למדינה בשלב מאוחר יותר, אחרי שהימנותא נכנסה לתמונה והביאה לביטולו של פסק הדין הראשון. כך עולה מהאמור בפסק הדין השני, בגדרו ניתן תוקף להסכם הפשרה אשר גובש בין המדינה, הימנותא והאחים ביסאן ביחס לחלקה 3, ואשר הקטין את שטח האדמות שנרשמו לזכות האחים ביסאן מ-18 ל-15 דונם. בד-בבד עם הקטנה זו של השטח – בהשוואה לאמור בפסק הדין הראשון, שכאמור בוטל – ניתנה לאחים ביסאן ולמדינה "אפשרות ... לערוך פעולת חליפין" מושא הסדר החליפין. מכאן עולה בבירור, כי הסדר החליפין – שעניינו, כאמור, נזכר לראשונה בפסק הדין השני – הוא בגדר הטבה אשר הובטחה לאחים ביסאן בעקבות הקטנת שטח אדמותיהם שבחלקה 3. פסק הדין השני מתייחס לעניינה של חלקה 8 רק בסופו, וזאת בזו הלשון: "המבקשים [האחים ביסאן] מסכימים לביטול בקשתם לגבי החלקה 8 בגוש 18915 אשר לגביה נשאר הרישום בלוח הזכויות בעינו". הווה אומר: ההבדל היחיד בין פסק הדין הראשון, אשר בוטל, לבין פסק הדין השני שהחליפו, הוא תיקון הזכויות בחלקה 3 אשר היה להכרחי בעקבות הכרה בזכויותיה של הימנותא. תיקון זה כלל הפחתת שטחם של האחים ביסאן מ-18 ל-15 דונם ואזכור האפשרות של חילופי קרקעות – כמפורט לעיל.

30. המערערים משליכים את יהבם על האמור בפסק הדין השני שנתן "אפשרות לצדדים לערוך פעולת חליפין בקרקע אחרת תמורת קטע II [שטח המוקצה לאחים ביסאן, א.ש.] מן החלקה 3 בגוש 18915 באדמות הכפר ג'ת, מאותו סוג וטיב וזה תוך 3 חודשים מהיום". לטענתם, חזרת האחים ביסאן על ויתורם על תביעתם ביחס לחלקה 8, אשר נזכרת בסיפא של אותו פסק הדין, היתה מותנית בהסדר החליפין שצוין בציטוט שלעיל.

טענה זו תלויה על בלימה. המילים "ניתנת אפשרות לצדדים לערוך פעולת חליפין ..." אינן יוצרות שום הסכם שאליו ניתן לקשור את הויתור אשר נעשה על ידי האחים ביסאן ביחס לחלקה 8. לכל היותר, מילים אלו מרמזות על כך שהאחים ביסאן סיכמו עם המדינה על כך שייעשה ניסיון לבצע חילופי קרקעות בתקופה בת שלושה חודשים מיום מתן פסק הדין השני. ככל שקיים הסכם מחייב שבגדרו ניסיון זה אמור היה להיעשות, הסכם כאמור לא היווה חלק מפסק הדין השני והאחים ביסאן ממילא לא הגישוהו כראיה בבית משפט קמא ולא הציגוהו לעיונו. ויתורם על תביעתם ביחס לחלקה 8 איננו קשור אפוא להסדר החליפין. כפי שכבר צויין, הנני סבור, כמו בית משפט קמא, כי ויתור זה היה קשור לאדמות של חלקה 3 שהאחים ביסאן קיבלו לבעלותם, במסגרת הליכי הסדר, בהסכמת מדינה ובהסכמת הימנותא.

31. לא זו אף זו: באין ויתור מצד האחים ביסאן על תביעתם ביחס לחלקה 8, סביר להניח הוא שהמדינה כלל לא היתה מסכימה לכך שהם יקבלו לבעלותם 15 דונם מהאדמות של חלקה 3; וברי הוא, שהסכמת המדינה לכך שהאחים ביסאן יקבלו 18 דונם מאדמות אלו בגדרי ההסכם מושא פסק הדין הראשון, שלימים בוטל, לא היתה ניתנת באין ויתור כאמור. הערכה זו של "יחסי הכוחות", אף היא תומכת במסקנה שהחלטת האחים ביסאן לוותר על תביעתם ביחס לחלקה 8 לא היתה קשורה להסדר החליפין. ברי הוא גם, כי בין הצדדים לא קיים שום הסכם אשר קובע כי גיבושו ומימושו של הסדר החליפין מהווים תנאי למתן ויתור כאמור.

32. במאמר מוסגר, ברצוני להוסיף ולהצביע על האבסורד שבטענת המערערים על שוויתרו, כביכול, על תביעתם ביחס לחלקה 8 כחלק מהסכם הפשרה עם המדינה אשר כלל את הסדר החליפין. המערערים טענו בכתב תביעתם כי גודלה של חלקה 8 היה 111 דונם ומנת חלקם בחלקה זו היה 50% (ראו סעיף 7 לכתב התביעה המתוקן בשנית, אשר הוגש בהליך קמא). אם כך הוא הדבר, כיצד ייתכן שהמערערים היו נכונים לוותר על פיסת אדמה אשר משתרעת על פני 55.5 דונם כדי לזכות באפשרות להחליף שטח אחר של 15 דונם באדמה חקלאית מאותו סוג וטיב בכפר ג'ת? ! ברי הוא, כי מדובר במהלך אבסורדי מבחינה כלכלית, אשר יש בו כדי ללמד על כך שהמערערים עצמם לא תלו תקוות של ממש בתביעתם לזכויות בחלקה 8.

33. מכל הטעמים הללו, הנני מוצא את עצמי בתמימות דעים עם בית משפט קמא בכל הקשור לחלקה 8. ויתורם של האחים ביסאן על תביעתם ביחס לחלקה 8 עומד אפוא בעינו, והאחים ביסאן אינם זכאים לבטלו.

הסדר החליפין

34. בעניינו של הסדר החליפין, דעתי שונה מזו של בית משפט קמא. בית משפט קמא קיבל את טענתן של המדינה ושל הימנותא כי פסק הדין השלישי – כמו גם פסק הדין השני – "לא כלל הוראה לבצע עסקת חליפין כנטען על ידי התובעים", ובכך שגה. כפי שאראה מיד, פסק הדין השלישי והדברים שהמדינה והאחים ביסאן הצהירו לפרוטוקול עובר לנתינתו גיבשו הסכם מחייב בין בעלי דין אלו. הסכם זה חייב את המדינה לפעול בשקידה ראויה כדי לנסות ולמצוא בשטחו של כפר ג'ת חטיבת קרקע "מאותו סוג וטיב" כמו מקרקעי המערערים ולאפשר למערערים להחליף את מקרקעיהם באותה חטיבת קרקע.

הנני סבור אפוא כי בעניין זה עלינו לקבל באופן חלקי את ערעורם של האחים ביסאן ולהעמיד את זכויותיהם על מכונן; ואפרט.

35. האמור בפסק הדין השני בדבר "אפשרות" לערוך פעולת חליפין בקרקע תוך שלושה חודשים מרמז על כך שהצדדים – האחים ביסאן והמדינה – עשו ביניהם הסכם שבמסגרתו ייעשה ניסיון לבצע את החליפין המתוכננים. באומרי "מרמז", הנני מתכוון לכך שפסק הדין השני הוא בגדר רמז בלבד לקיומו של הסכם חליפין: פסק דין זה איננו מקים הסכם כזה בכוחות עצמו; וזאת כבר ציינתי. טענת המערערים כי פסק הדין השני – הוא גופו – מהווה הסכם בדבר חילופי קרקעות בינם לבין המדינה איננה נכונה, ועל כן אציע לחבריי לדחותה.

36. לצד זאת, הנני סבור כי הסדר החליפין שלקיומו המערערים טוענים גובש באופן מחייב, כחווה לכל דבר, בפסק הדין השלישי. פרוטוקול הדיון שקדם לנתינתו של פסק הדין השלישי מתעד חילופי דברים כדלקמן:

בא-כוח המדינה –

"... תנאי מוקדם לניהול משא ומתן לחליפין שהמשיבים הללו [האחים ביסאן – א.ש.] יירשמו בפנקסי המקרקעין כבעלים. אנו מעוניינים בחליפין אחרי תום שלב הזה. אני מתחייב לערוך חליפין על פי פסק דין סופי של בית משפט. אחרי שבית המשפט נתן לנו הפסקה ושוחחנו עם הצדדים באנו לידי הבנה לפיה אנחנו לא נעמוד על אותה הגבלה של 3 חודשים לצורך החליפין. התרשים שיצורף לפסק הדין על פי החלטה שתינתן יהווה חלק מפסק הדין תוך התחייבות שכאשר יבוצעו החליפין הם יהיו על בסיס אותו סוג ואותו טיב מאדמות כפר ג'ת הגלילית והכל כאמור בפסק הדין של כב' בית המשפט המחוזי. ..."

בא-כוח האחים ביסאן –

"לאחר שחברי הצהיר מה שהצהיר לעיל, אני מסכים כי פסק הדין של כב' השופט כהן מיום 29/12/83 יתוקן באופן שלפסק הדין תצורף המפה שצורפה לבקשה זו ... ותהווה חלק בלתי נפרד של פסק הדין הנ"ל."

בעקבות חילופי דברים כאמור, נתן בית המשפט המחוזי חיפה פסק דין אשר מתקן את פסק הדין השני בהתאם להסכמות דלעיל.

37. תיקון זה של פסק הדין השני הפך את "האפשרות" לבצע חילופי קרקעות, הנזכרת בו, להתחייבות מותנית, כאמור בהצהרת בא-כוח המדינה אשר צוטטה לעיל. כמו כן ביטל התיקון את מגבלת הזמן של שלושה חודשים שנקבעה למימושה של אותה אפשרות, אשר שינתה את צורתה והפכה להתחייבות המדינה לנסות ולבצע את החליפין. קביעתו של בית משפט קמא כי אין מדובר כאן בהתחייבות סופית ומוגמרת להחלפת קרקעות היתה נכונה, ולו מן הטעם שבאותה נקודת זמן קרקע שיכלה להתאים להחלפת במקרקעי המערערים טרם נמצאה, ולא היה ברור אם בכלל תימצא. ואולם, התחייבות המדינה לנסות לאתר קרקע כזאת ולבצע חילופין בינה לבין מקרקעי המערערים, אם הניסיון כאמור יעלה יפה, אף היא בגדר התחייבות בעלת ערך כלכלי. לאחר שהתנאי לשכלולה של התחייבות זאת – רישום האחים ביסאן כבעלי אדמותיהם בחלקה 3 – קיים על ידיהם, הגיע תורה של המדינה לעמוד בהצהרתה ולקיים את התחייבותה שלה.

38. פסק הדין השלישי שריין את ההסכמות הללו כמחייבות בצינונו כי הוא ניתן על יסודן (ראו והשוו: רע"א 327/89 אברמוב נ' אברמוב (22.8.1989); וכן ע"א 4183/12 מינהלי מקרקעי ישראל נ' הראל (22.1.2014)). שריון זה איננו משנה, כמובן, את מהותה של התחייבות המדינה כהתחייבות לנסות לאתר קרקע מתאימה בשטחו של כפר ג'ת כדי להחליפה במקרקעי המערערים, ואין בו כדי להפכה לחיוב מוגמר להצליח במשימה זו ולהוציא את חילופי הקרקעות המיוחלים מן הכוח אל הפועל. כפי שכבר נאמר, לפי ההתחייבות שניתנה, המדינה נדרשה אך ורק לנסות להגשים את תכנית החליפין, ולא הוטלה עליה שום חובה חוזית או אחרת לעשות יותר מכך ולהצליח במימוש התכנית. ברם, לאור ההתחייבות שניתנה, המדינה גם לא יכלה להסתפק בפחות מלנסות: היא היתה חייבת למצות את כל האפשרויות הסבירות לביצוע החליפין אשר עמדו לרשותה, תוך דאגה לאינטרסים של האחים ביסאן.

בעניין זה אעסוק כעת, בעוברי מהפן העובדתי אל הפן המשפטי של הסכסוך

דנן.

הפן המשפטי

חיוב השתדלות ותוצאות הפרתו

39. מן המקובץ עולה, כי הסדר החליפין שגובש בין האחים ביסאן למדינה הטיל על המדינה חיוב השתדלות, להבדיל מחיוב להביא לתוצאה חוזית מוסכמת (חיוב תוצאה). האבחנה בין שני הסוגים הללו של חיובים חוזיים צומחת מהדין הצרפתי, שמזה שנים רבות מייחס השלכות משפטיות שונות לחיובי השתדלות (l'obligation de moyens)

Kamelia Kolli & : למשל (ראו, l'obligation de résultat) מזה (ראו, למשל : Kamelia Kolli & Stéphane Rousseau, *Le Contrat de Prestations Logistiques*, 62 MCGILL L.J. 1043, 1085-1089 (2017); Eyal Zamir, *Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts*, 52 LA. L. REV. 1, 42-46 (1991) אבחנה יסודית זו אומצה גם בדין האנגלי (ראו : P.S. ATIYAH, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT 228-234 (4th ed. 1989) (להלן: עטייה)), ודיננו אף הוא אימץ את עיקריה (ראו, למשל: ע"א 2887/91 גול נ' אודיעל (28.9.1995) בפסקה 7 (להלן: עניין גול)).

חיוב תוצאה מטיל על מי שחב בו אחריות כמעט מוחלטת לכישלון התכנית להגיע אל התוצאה המתוכננת והמוסכמת על פי החוזה. מאחריות כאמור ניתן להשתחרר רק בהתקיים נסיבות חריגות ביותר של כוח עליון וסיכול (ראו: דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב 715, 839-835 (מהדורה שלישית, 2015); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 767-763 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח)).

דוגמא בסיסית לחיוב תוצאה היא התחייבותו של לווה להחזיר למלווה את ההלוואה שלקח, בצירוף ריבית, במועד שנקבע לכך בחוזה (ראו עטייה, בעמ' 229). חיוב השתדלות, מאידך, מטיל על מי שנושא בו את הדרישה לא להתרשל, ותו לא. דרישה כאמור מכילה בתוכה חובה לנהוג במיומנות ולנקוט בכל האמצעים הסבירים להשגתה של המטרה החוזית המוסכמת (ראו: עניין גול, בפסקה 8; איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 36-34 (בסדרה "פירוש לחוקי החוזים" בעריכת ג' טדסקי, 1994); איל זמיר עיקרון ההתאמה בקיום חוזים 104 (1990) (להלן: זמיר, קיום חוזים)).

דוגמאות נפוצות של חיוב השתדלות שאינן מבטיח תוצאה הן חובתו של עורך דין לספק ללקוחו שירות מקצועי בייצוגו בבית המשפט (ראו: ע"א 7633/12 קבוצת גיאות בע"מ נ' גולדפרב ואח' עורכי דין בע"מ (16.9.2014), פסקאות 1-3 לפסק דינו של השופט י' עמית) וחיובו של רופא לנהוג במטופלו במקצועיות ובמיומנות כדי לשפר את מצבו הרפואי עד כמה שניתן (ראו: ע"א 4025/91 צבי נ' קרול, פ"ד נ(3) 784, 789 (1996); ע"פ 7193/04 יקירביק נ' מדינת ישראל (30.4.2007), פסקאות 61-64; וכן Hawkins v. McGee, 146 A. 641 (Mass. 1973) Sullivan v. O'Connor, 296 N.E.2d 183 (N.H. 1929)).

40. הנטל להוכיח את הפרתו של חיוב השתדלות רובץ על כתפי הנפגע מן ההפרה הנטענת: על הנפגע להוכיח את עובדות ההפרה לפי מאזן ההסתברויות (ראו: ע"א 645/78 טישאואר נ' מלמן, פ"ד לד(1) 375, 380 (1779); ע"א 475/81 זיקרי נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589, 604 (1986)). בהקשר זה, חשוב להדגיש ולציין כי רק לעתים רחוקות תימצאנה בידי הנפגע ראיות ישירות להימנעות המפר מקיומו של חיוב ההשתדלות שנטל על עצמו בחוזה – כדוגמת המקרה שבו המפר נקט צעדים חיצוניים אשר מצביעים על כך שאין בכוונתו למלא אחר חיובו. בהעדר ראיות ישירות, ניתן יהיה, לעתים, להוכיח את חוסר ההשתדלות מצד המפר באמצעות הפער בין מה שהלה השיג

בפועל לבין התוצאה אשר נצפתה על ידי בעלי החוזה בזמן כריתתו (ראו: ע"א 444/94 אורות ייצוג אמנים והפקות נ' עטרי, פ"ד נא(5) 241, 253 (1997)).

41. במקרים דוגמת זה שלפנינו, כאשר בחיוב השתדלות נושאת המדינה או רשות שלטונית אחרת, חיוב זה יתוגבר על ידי מסכת דינים המשתייכים למשפט המינהלי. זאת, מכוחו של עיקרון הדואליות הנורמטיבית, שלפיו בתי המשפט שלנו פועלים מזה שנים רבות (ראו את פסק דינו של השופט א' ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבוניס בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 743 (1980); וכן דפנה ברק-ארז משפט מינהלי: משפט מינהלי כלכלי כרך ג 5-23 (2013) (להלן: ברק-ארז)). לצד כללי הסמכות, עיקרון זה מכיל בחובו את חובתה של רשות שלטונית לנהוג במסגרת התקשרותה החוזית עם אזרח ביושר ובהגינות שמידתם עולה על זו אשר ברגיל נדרשת מאדם פרטי (ראו: ברק-ארז, עמ' 18; גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 17-18 (1999) (להלן: שלו רשות ציבורית); ע"א 276/09 טאבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (2.1.2011), פסקה 13 והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן: עניין טאבא)). חובת הגינות כאמור מחייבת את הרשות אשר פועלת במסגרתו של חוזה להתחשב באינטרס ההסתמכות וביציפיותו הסבירות של האזרח העומד מולה (ברק ארז, עמ' 22).

42. עיקרון הדואליות הנורמטיבית אינו בא רק להחמיר עם הרשות השלטונית. לעתים, עיקרון זה מקל עם הרשות על ידי מתן היתר להשתחרר מחיוב חוזי שזו נטלה על עצמה כאשר הדבר משרת את טובת הציבור (ראו, למשל: ע"מ 8183/03 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' מועצה אזורית גולן (22.8.2010), פסקה 13 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). ואולם, השתחררות כאמור חייבת להיעשות תוך מתן התחשבות לאינטרס ההסתמכות ולביציפיותו של האזרח הפרטי אשר ניצב מול הרשות (ראו: ברק-ארז, עמ' 330-336; שלו רשות ציבורית, עמ' 67-75; וכן עניין טאבא, בפסקה 14).

43. באשר לתרופות להן יהא הנפגע זכאי בעקבות הפרתו של חיוב השתדלות – סדר הענקתן עשוי להיות שונה מזה הקבוע בדין הכללי ביחס לחיובי תוצאה. ברגיל, הנפגע מהפרת חוזה זכאי לתבוע את אכיפתו כסעד עיקרי (ראו: בסעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות); וכן ע"א 91/75 פרץ נ' ביטון, פ"ד ל(1) 367, 373 (1975); ע"א 3023/91 ינאי נ' יחיא, פ"ד מז(4) 773, 778 (1993)). במקרים של הפרת חיוב השתדלות, הענקת סעד כזה משמעה כפיית המפר לפעול בשקידה ראויה, על פני ציר הזמן שייקבע, כדי לנסות להגיע אל היעד החוזי שהנפגע חפץ ביקרו. הענקת הסעד כאמור איננה בגדר מעשה-שלא-ייעשה (ראו והשוו: זמיר קיום חוזים, בעמ' 104), אך היא עלולה ליצור אי-ודאות ותהא כרוכה, על פי רוב, במידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת ההוצאה לפועל (ראו סעיף 3(3) לחוק התרופות; ע"א

611/80 צדקה נ' הכהן פ"ד לז(4) 313, 321 (1983); וכן ע"א 6667/10 טנדלר נ' קוזניצקי (12.9.2012), פסקה 34 לפסק דינו של השופט י' עמית; גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 213 (2009) (להלן: שלו ואדר)). למקרים אלה, מתווספים מקרים אחרים אשר כוללים התהוות נסיבות שהופכות את החוזה ללא-בר-ביצוע (ראו: סעיף 3(1) לחוק התרופות; וכן ע"א 4796/95 אלעזר נ' אלעזר, פ"ד נא(2) 669, 677 (1997); ע"א 391/80 לטרסון נ' שרון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 250 (1984) (להלן: עניין לטרסון); ע"א 4781/01 מדינת ישראל נ' סנפיר השקעות בע"מ (11.3.2003), פסקה 13 לפסק דינו של השופט י' אנגלרד; שלו ואדר, עמ' 96).

44. בכל אחד מהמקרים הללו, הנפגע מהפרתו של חיוב השתדלות לא יהא זכאי לאכיפה. תחת זאת, הוא יהא זכאי לביטול החוזה ולפיצויים; ובנסיבות המתאימות לכך, גם להשבה. הוכחה לפי מאזן ההסתברויות כי פועלו של המפר בשקידה ראויה אמור היה להשיג את התוצאה המיוחלת תזכה את הנפגע בפיצויי ציפייה. קבלת פיצויים אלו תעמיד את הנפגע במצב בו הוא היה מוצא את עצמו לאחר קיומו של חיוב השתדלות על ידי המפר (ראו ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49, 55 (1993); שלו ואדר, עמ' 46).

45. במקרים רבים, הנפגע מהפרתו של חיוב השתדלות יעמוד בפני קושי אובייקטיבי להוכיח את זכאותו לפיצויי ציפייה או את שיעורם. במקרים כאלה, תעמוד לנפגע האפשרות לקבל פיצוי בגין הפגיעה באינטרס ההסתמכות שלו (ראו: ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 56-57 (1992) (להלן: עניין מלון צוקים); וכן ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (6.6.2011), פסקאות 19-21 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן) (להלן: עניין כהן)). פיצויי הסתמכות שיקבל הנפגע אמורים לכסות את ההפסדים אשר נגרמו לו בעקבות פועלו במסגרת החוזה במטרה לקיימו (ראו: ע"א 11173/02 אלוניאל בע"מ נ' זאב בר בנין ופיתוח (3.4.2006) בפסקה 7). לצד פסיקת פיצויי הסתמכות לטובת הנפגע, יחייב בית המשפט את בעלי הדין – המפר והנפגע – בהשבה הדדית של כספים ודברי ערך אחרים שמסרו אחד לשני (ראו: סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); וכן ע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב - אחים פרץ בע"מ נ' בוחבוט, פ"ד מז(1) 357, 372-373 (1993)).

מן הכלל אל הפרט

הפרה

46. האם, כטענת האחים ביסאן, המדינה הפרה את חיוב ההשתדלות אשר חל עליה מכוחו של הסדר החליפין? הנני סבור כי לשאלה זו עלינו לענות בחיוב: המדינה אכן לא פעלה בשקידה ראויה כדי למצות את האפשרות של חילופי קרקעות עם האחים ביסאן.

47. מסקנתי זו עומדת על שלושה נדבכים עובדתיים. ראשית, המדינה לא הציעה לאחים ביסאן, מיוזמתה, שום קרקע להחלפה – וזאת, לאורך שנים. האחים ביסאן, מצדם, ניסו לממש את הסדר החליפין עם רמ"י מספר פעמים. מפעם לפעם, הם העלו הצעות לחילופי קרקעות, אשר נדחו על ידי רמ"י מבלי שזו האחרונה תעלה הצעה נגדית.

שנית, המדינה אף ניסתה לנער את חוצנה מהסדר החליפין בטענה כי ההסדר בא לקיצו בחלוף שלושה חודשים מיום מתן פסק-הדין השני – וזאת, בניגוד גמור להצהרתה לפרוטוקול בית המשפט עובר למתן פסק הדין השלישי לפיה היא מוותרת על מועד התפוגה.

שלישית, כפועל יוצא מגרירת הרגליים של רמ"י, המערערים לא ניצלו את מקרקעיהם עד לשינוי ייעודם לשמורת טבע בגדרה של תוכנית ג/15214, שכאמור פורסמה למתן תוקף ביום 10.2.2014. המדינה, מן הסתם, ידעה, או היה עליה לדעת, על שינוי הייעוד המתוכנן. אשר על כן, היא היתה חייבת ליידע את האחים ביסאן מבעוד מועד על כך שהסדר החליפין לא יהא בר ביצוע מבחינתה בשל קיום התוכנית; ודבר זה לא נעשה.

48. הנני מציע אפוא לחבריי שנקבע כי המדינה הפרה את הסדר החליפין על ידי כך שלא פעלה בשקידה ראויה למימושו ולא קיימה את חובת ההשתדלות שלה כלפי האחים ביסאן.

49. באשר לסעד שהאחים ביסאן ראויים לקבל, סבורני כי אין בידינו לזכותם באכיפתו של הסדר החליפין, כפי שנתבקש על ידיהם בתביעתם בפני בית משפט קמא ובגדרי הערעור הנוכחי. הפיכת מקרקעי המערערים לשמורת טבע הפכה את החליפין לבלתי אפשריים הן מבחינת טובת הציבור והן לנוכח העובדה שרמ"י אינה מחזיקה בקרקע "מאותו סוג וטיב".

50. באשר לפיצויים – למרות שהאחים ביסאן לא עתרו לפיצויים, סבורני כי בידינו ליתן סעד הצהרתי *ultra petita* על היותם זכאיים להם. זאת, מאחר שכל העובדות אשר מצדיקות מתן סעד כאמור לובנו עד תום; מאחר שהאירוע שסיכל לחלוטין את אכיפת ההסדר – פרסומה של תוכנית ג/15214, אשר ייעדה את מקרקעי המערערים לשמורת

טבע – אירע אחרי הגשת התביעה לבית משפט קמא; וכן מאחר שהענקת סעד הצהרתי כאמור תביא על פתרונה מחלוקת ארוכת-שנים, אשר מכלה את כספיהם של בעלי הדין ואת משאביה של מערכת המשפט (ראו את דברי השופט י' דנציגר בע"א 8854/06 קורפו נ' טורוצקין (20.3.2008), פסקה 22 לפסק דינו, והאסמכתאות המצוטטות שם).

51. במסגרת זו, סבורני כי עלינו לקבוע כי המערערים אינם זכאיים לפיצויי ציפייה – זאת, מאחר שלא עלה בידם להוכיח, על פי מאזן ההסתברויות, כי שקידה ראויה מצד רמ"י היתה מביאתם למימוש של הסדר החליפין ולקבלתה של קרקע חקלאית "מאותו סוג וטיב" בכפר ג'ת חלף המקרקעין שבבעלותם. יתירה מכך: המערערים קנו לעצמם במסגרת הסדר החליפין ציפייה סבירה למיצוי האפשרויות הקיימות לבצע חילופי קרקעות עם רמ"י, הא ותו לא – זאת, להבדיל מציפייה לכך שהניסיון לבצע את חילופי הקרקעות יעלה יפה, שאותה המערערים לא קנו לעצמם ולא יכלו לגבשה באופן סביר. בנסיבות אלה, המערערים זכאים לקבל מהמדינה פיצויי הסתמכות בלבד (ראו עניין מלון צוקים, בעמ' 57; שלו ואדר, בעמ' 55). פיצויים אלו צריכים לבטא את הזדמנותם האבודה של האחים ביסאן למכור את מקרקעיהם בייעודם הקודם כקרקע חקלאית (ראו: שלו ואדר, בעמ' 46-48; ע"א 2720/08 ד'אן נ' ליבמן (23.8.2012), ס' 29 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (כתוארו אז)).

52. הווה אומר: המערערים זכאים לכך שהמדינה תפצה אותם בגין ההפרש שבין שווי מקרקעיהם ביום שלפני הפרסום של שינוי ייעודם מקרקע חקלאית לשמורת טבע לבין שוויים הנוכחי – זאת, בניכוי של פיצוי בגין ירידת ערכם של המקרקעין בעקבות השינוי בייעודם, ככל שהמערערים קיבלו או עתידים לקבל פיצוי כזה מהמדינה או ממוסדות התכנון (ראו והשוו: עניין כהן, פסקאות 19-21 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן).

53. בנסיבות העניין, אין מקום להורות על השבה. כפי שנאמר לעיל בנוגע לחלקה 8, המערערים ויתרו על תביעתם ביחס אליה זה מכבר, וויתורם זה – שנבע אף מחוסר הוכחות – היה סופי, מוגמר ונפרד מהסדר החליפין בינם לבין המדינה. אשר על כן, אין בידי המערערים שום זכות תביעה ביחס לחלקה זו, שבדין תישאר רשומה בבעלות המדינה.

התייחסות לעמדת חבריי, השופט נ' הנדל, והמשנה לנשיאה ח' מלצר

54. קראתי את חוות דעתו המעמיקה של חברי, השופט נ' הנדל, ונשארתי איתן בדעתי. חברי סבור, כי הסדר החליפין שבין המדינה לאחים ביסאן הוא חוזה מחייב, אם

כי בלתי שלם. לדעת חברי, המדינה הפרה את חובתה לנהוג עם האחים ביסאן בתום לב ובהגינות כאשר היא סיכלה את מימושו של חוזה זה, ועליה לשאת בתוצאות. לטעמי, קביעה זו מובילה אל המסקנה אליה הגעתי אני: ברי הוא, כי צד לחוזה אשר מסכל את מימושו הוא בגדר מפר ועליו לשאת בתוצאות ההפרה. בניגוד לחברי, הנני סבור כי הוספתו של חוסר תום-לב לרשימת חטאיו של אותו צד-מפר איננה מוסיפה דבר וממילא איננה משפרת את מצבו של הצד שנפגע מן ההפרה. אותו נפגע יהא זכאי לסעדים בגין הפרת החוזה, והמפר יחוייב לספק סעדים אלו בהתאם לדין ולנסיבות המקרה – כפי שהסברתי לעיל.

55. חובת תום-הלב היא חובה שיורית אשר משלימה את מסכת החיובים הספציפיים של הצדדים לחוזה. חובה זו חלה על התנהגות חוזית וטרם חוזית כל אימת שזו איננה מוסדרת על ידי כללים יותר ספציפיים, דוגמת אלו אשר קובעים מהי הפרת חוזה ומגדירים את תוצאותיה. בהתאם לכך, לאחר שידענו כי המדינה הפרה את החוזה שכרתה עם האחים ביסאן וכי אלו ממילא זכאים לתרופות בגין הפרתו, אין סיבה שניזקק לחובת תום-הלב (ראו: שלו וצמח, עמ' 75-76; איל זמיר, גבריאלה שלו ומרדכי א' ראבילו, הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי 172 (1996)).

56. בהתבסס על קביעתו כי המדינה הפרה את חובת תום-הלב, חברי הגיע למסקנה כי האחים ביסאן זכאים לאכיפתו של הסדר החליפין בדרך של ביצוע בקירוב. זאת, בשונה ממסקנתי שלי, לפיה האחים ביסאן זכאים לקבל מהמדינה פיצויי הסתמכות ותו לא. בהקשר זה אעיר שתי הערות. ראשית, עיקרון תום-הלב עליו נסמך חברי איננו מאפשר את שדרוגן של זכויות חוזיות אשר עוצבו כפי שבעלי החוזה בחרו לעצבן. הזכות שהאחים ביסאן קנו לעצמם במסגרת החוזה עם המדינה זיכתה אותם אך ורק לכך שהמדינה תשתדל למצוא מגרש שיתאים לחליפין. זכות זו פחותה מן הזכות לכפות על המדינה את החליפין עצמם, שחברי מבקש כעת להעניק למערערים. לדעתי, מה שחברי מבקש לעשות איננו מתאפשר מבחינת הדין. כפי שלימדנו השופט מ' אלון (כתוארו אז),

“עקרון תום הלב [...] בא להורות על קיומו וביצועו של חיוב מחיובי החוזה בדרך עשיית הישר והטוב ומתוך רצון לקיים את כוונתם של הצדדים לחוזה לפי רוחו של החיוב ולא רק לפי אותיותיו הטכניות והפורמאליות, שבהן הוא נוסח, אך אין בו בעקרון תום הלב כדי ליצור חיוב חדש, שזכרו לא בא בחוזה, ושלא עלה על דעת הצדדים לקבלו עליהם... מסקנה זו מתחייבת לא רק מנוסחו המפורש של סעיף 39 [לחוק החוזים – א.ש.] המורה, כאמור, על

השימוש בעקרון תום הלב בקיומו של חיוב ובמימוש זכות הנובעים מן החוזה, אלא מחויבת ההיגיון היא מבחינת מדיניות משפטית סבירה ותקינה. עקרון תום הלב בא להורות על ביצוע החיובים הקבועים כדיני החוזים ביושר לב, לפי רוחו של החיוב ולא לפי האותיות היבשות שבהן הוא מנוסח, ואין הוא בא לשמש מסד לבניית מערכת חיובים וזכויות, שזכרון לא בא כדיני החוזים". (ראו עניין לסרטון, עמ' 263-264; כמו כן ראו את דברי המשנה לנשיא אלון בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 472 (1989)).

יתירה מכך: גם אילו הייתי הולך לפי דרכו של חברי, על כורחי הייתי מגיע למסקנה כי החוזה שלפנינו איננו בר-אכיפה. מקרקעי המערערים היו לשמורת טבע, כמשמעה בחוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1998, אשר מטיל על המקרקעין מגבלות שימוש משמעותיות ביותר, לרבות איסורי בנייה, ומכפיפם לסמכותה של רשות הטבע והגנים (כאמור בסעיפים 24(א) ו-25 לחוק). בנוסף לכך, הטלת חובת החליפין על המדינה, כפי שעוצבה על ידי חברי, תהא כרוכה במידה בלתי סבירה של פיקוח מצד בית המשפט ותייצר התדיינות נוספת, שאותה אני מבקש למנוע.

57. חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, צירף את דעתו שלו לפסק דינו של חברי, השופט הנדל, בעניין הסעד של "ביצוע בקירוב" אשר יוענק לאחים ביסאן, תוך שהוא מביע תקווה שהדבר לא יטיל עלויות נוספות על מערכת בתי המשפט ו"שלא יידרש בפרשה זו פסק דין חמישי (לאחר שפסק דיננו הוא הרביעי בסדרה)".

גם אני רוצה לקוות שכך יקרה, אך לדאבוני תקווה זו אינה עולה בקנה אחד עם ניתוח כלכלי פשוט וידוע:

"A further reason for preferring damages remedies to specific performance in general is that a damages judgment is, for the court, a one-shot deal. The court enters judgment and the sheriff goes and sells some of the defendant's assets if the defendant refuses to pay the judgment voluntarily. But specific performance [...] requires the court to keep the case on its docket until performance of the ordered undertaking is complete, so that if necessary it can respond to the plaintiff's argument

that the defendant is failing to perform in good faith." RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 146 (9th ed. 2014).

סוף דבר

58. מכל הטעמים דלעיל, הנני מציע כי הערעור יתקבל במובן זה שתִּלָּף פסק הדין קמא יבוא פסק דין המצהיר כי המערערים זכאים לקבל מהמדינה פיצוי כספי השווה להפרש שבין שווי אדמתם בחלקה 33 (חלקה 3, לפי החלוקה הישנה) גוש 18915, במועצה אזורית מעלה יוסף, ביום שלפני פרסומו של שינוי ייעודה מקרקע חקלאית לשמורת טבע לבין שווי הנוכחי – זאת, בניכוי של כל פיצוי בגין ירידת ערכם של המקרקעין בעקבות השינוי בייעודם, ככל שהמערערים, לרבות כל מי שעמד או עומד בנעליהם, קיבלו, או עתידים לקבל, פיצוי כזה מהמדינה או ממוסדות התכנון.

59. בשים לב להתנהלות הצדדים, לרבות העובדה שהמערערים לא עתרו לסעד שפסקנו לטובתם, הנני מציע כי לא נעשה צו להוצאות בגדרי הערעור הנוכחי. חיוב המערערים בהוצאות בפסק הדין קמא יבוטל; ואם המערערים כבר שילמו למדינה את ההוצאות הללו, תחזירן המדינה למערערים תוך שלושים ימים מהיום בתוספת ריבית והפרשי הצמדה כחוק.

60. בסיום דבריי, ברצוני להביע תקווה כי המערערים והמדינה ימנו שמאי מקרקעין מוסכם כדי לקבוע את גובה הפיצוי הכספי שיהא מקובל עליהם מבלי להידרש להליך משפטי נוסף.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

חברי, השופט א' שטיין, פרש ניתוח בהיר ומקיף. מסכים אני לחלק מרכזי מן הניתוח, אולם דרכי שונה מדרכו בכמה נקודות וכך גם התוצאה שאליה הגעתי. מכיוון שחברי הציג בהרחבה את התשתית הנדרשת, אסתפק בשלוש נקודות, העוסקות בנושאים הבאים: סיווג החוזה, עילת התביעה והתרופה.

1. הסיווג. בהסכם הפשרה שנחתם בין הצדדים וקיבל תוקף של פסק דין נקבע כי "ניתנת לצדדים אפשרות לערוך פעולת חליפין בקרקע אחרת תמורת [מקרקעיהם] באדמות הכפר ג'ת, מאותו סוג וטיב". המערערים מעוניינים בחילופי המקרקעין, ככל הנראה, לנוכח מיקום המקרקעין ביחס למקום מגוריהם בג'ת. בפרוטוקול הדיון הרלוונטי ציין בא כוח המדינה – כרקע להסכמה שקיבלה תוקף של פסק דין – כי "אני מתחייב לערוך חליפין על פי פסק דין סופי של בית משפט", וכי "תנאי מוקדם לניהול משא ומתן לחליפין [הוא שהמערערים] יירשמו בפנקסי המקרקעין כבעלים". בתחילה אף נוסף להתחייבות זו תאריך פקיעה – "וזה תוך 3 חודשים מהיום", אולם כפי שקבע חברי – הוכח כי בשלב מאוחר יותר הסכימה המדינה לוותר על מגבלת הזמן. כך להלכה וכך גם למעשה, שכן בסופו של דבר ניהלה המדינה עם המערערים משא ומתן לגבי המקרקעין שיוחלפו מבלי להעלות טענות לפקיעת האפשרות או לשיהוי מצד המערערים. חברי סבור כי ההתחייבות שקיבלה על עצמה המדינה בהקשר זה היא בגדר חיוב השתדלות, דהיינו התחייבות של המדינה לפעול בשקידה ראויה כדי למצות את האפשרות של חילופי קרקעות עם המערערים. דעתי שונה.

כפי שציין חברי, הדוגמאות המקובלות לחיובי השתדלות הן עורך דין שמייצג לקוח (מבלי להתחייב לתוצאה מסוימת), סוכנות המייצגת אמן (מבלי להתחייב למכסת הזמנות מסוימת או לכמות הצופים בהופעה) או מתן טיפול רפואי (מבלי שהרופא מתחייב כי הטיפול יצליח). שונה המצב במקרנו. לא הוצגה כל ראיה לפיה המדינה התחייבה לפעול בשקידה ראויה ולהציע למערערים הצעות שונות. להפך, לפי לשון ההסכם ניתנה למערערים אופציה מסוימת שהם יכולים לממש או לא לממש. המערערים הם אלה שצריכים לפנות אל המדינה בתוך שלושה חודשים, ואם לא יעשו כן תפקע האופציה. המדינה הסכימה אמנם להותיר את האופציה על כנה ללא תאריך פקיעה, אך מכל מקום אין כל ראיה להתחייבות פוזיטיבית של המדינה להשתדל ולפעול לטובת המערערים בשקידה ראויה. ההתחייבות היא שונה: לבצע החלפת מקרקעין ככל שתהיה פניה מצד המערערים למימוש אופציה זו, ובלבד שהמקרקעין יהיו מאותו סוג וטיב. בכך דומה ההסכם שלפנינו לחוזים אחרים שבהם הצדדים קיבלו התחייבויות שונות והותירו לקביעה עתידית את הפרטים הסופיים והמדויקים של ההתחייבויות – חוזים שאינם שלמים (Incomplete Contracts) (ליתר דיוק והרחבה ראו איל זמיר "פירוש חוזים: תיאוריה, דין עובדות וערכים" 11 (טרם פורסם), זמין בכתובת https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3576441). אי שלמותם של חוזים אלה אינה הופכת אותם, מיני וביה, לחוזי השתדלות. הנפקות המעשית של הקביעה שלא מדובר בחוזה השתדלות היא היקף חובתה של המדינה לפעול מיוזמתה כדי לקדם את עניינם של המערערים, שהוא לשיטתי מצומצם יותר. זאת ועוד, עולה כי התחייבות המדינה אצלנו לא הייתה להשתדל או לנהל משא ומתן גרידא, משל היינו בשלב הטרם

חווה שבו עשוי חוזה להיכרת או שלא להיכרת; אלא ישנה התחייבות לבצע החלפת מקרקעין לפי דרישת המערערים, לצד סייג לפיו החילופין יהיו של מקרקעין מאותו סוג וטיב.

יחד עם זאת – וכאן מגיעים אנו לנקודה הבאה – אי השלמות של החוזה מובילה את הצדדים למפתנן של חובות תום הלב וההגינות.

2. העילה. המדינה התחייבה לבחון את פנייתם של המערערים לעריכת חילופי מקרקעין, בהיבט של טיב וסוג המקרקעין, היה וידרשו המערערים לממש את האופציה שניתנה להם. עליה לקיים חובה זו בתום לב, ומתוך התחשבות בציפיות הסבירות של המערערים. לא זו אף זו, מכיוון שמדובר במדינה, מוטלת עליה חובה כפולה ומכופלת מכוח חובת ההגינות שחלה עליה (ראו במאמרו הנזכר של זמיר, עמוד 16, וההפניות שם). כפי שקבע חברי, בפעולות המדינה נפלו שני פגמים מרכזיים, אם כי לשיטתי יש לראות בהם הפרה של חובות תום הלב וההגינות, ולא הפרה של חיוב השתדלות כלשהו: ראשית, מן התכתובות בין הצדדים עולה כי בחלק מן התקופה שבה ביקשו המערערים לממש את האופציה שניתנה להם, טענה המדינה כי האופציה פגה לנוכח ה"דד-ליין" שנקבע בעבר, וזאת הגם שהמדינה הסכימה לא לעמוד על אותו סד זמנים. שנית, לא עולה כי המדינה יידעה את המערערים על האפשרות של שינוי ייעוד מקרקעיהם לשמורת טבע – שינוי שמסכל באופן מעשי את אפשרותם לממש את האופציה שניתנה להם ככתבה וכלשונה.

חובת תום הלב הופרה, אם כן, וכמו חברי מסכים אני גם כי קיים קשר סיבתי בין התנהלות המדינה לחוסר האפשרות של המערערים לממש את האופציה כלשונה. ההנחה הסבירה היא שאם לא הייתה המדינה מתנערת בחלק מן התקופה מהתחייבותה, ואם הייתה מודיעה למערערים על האפשרות של איון האופציה למעשה – היו המערערים מספיקים לממש את האופציה, ולו בתנאים פחות "אופטימליים" (מבחינתם) מאלה שרצו. כלומר, המערערים היו מסכימים להחליף את מקרקעיהם במקרקעין אחרים בעלי אותו שווי, גם אם לא היה מדובר בחלקות הספציפיות שאותן רצו מפאת מיקומן ותכונותיהן.

3. התרופה. ההסכם בין הצדדים עדיין בתוקף, ואף המדינה לא חלקה על כך בטיעוניה ובהתנהלותה. המערערים תבעו את אכיפתו כסעד עיקרי, ואת ביטולו כסעד חלופי. לפיכך השאלה הראשונה במישור דיני התרופות היא האם ניתן וראוי להורות על אכיפת ההסכם. חברי סבר כי החוזה אינו אכיף עוד, שכן אכיפת החוזה כלשונו פירושה ששמורת הטבע שבבעלות המערערים תוחלף בשמורת טבע אחרת בג'ת, ותוצאה כזו אינה מעשית מסיבות שונות. לפיכך – ולמרות שסעד זה לא התבקש ולא נדון בערכאה

קמא – סבור חברי כי יש לפסוק לטובת המערערים פיצויי הסתמכות, בדמות הנזק הכלכלי שנגרם להם כתוצאה משינוי ייעוד מקרקעיהם. גם בסוגיה זו דעתי שונה.

מסכים אני כי החלפת שמורות טבע אינה אפשרות מעשית, אך זו ממילא אינה האכיפה שביקשו המערערים ואין היא מועילה להם. ברצונם לקבל מקרקעין חלופיים שייעודם חקלאי, בדומה לייעוד שהיה למקרקעין שבבעלותם ביום כריתת ההסכם. האכיפה המבוקשת היא אפוא להחליף את המקרקעין שברשותם כיום במקרקעין שייעודם חקלאי. אין מניעה מעשית לבצע גם כיום חילופין כאלה, ואף המדינה לא טענה זאת. ההתנגדות לאפשרות זו נבעה מכך שכיום ייעודם של מקרקעי המערערים אינו חקלאי, והמדינה אינה מעוניינת לתת מקרקעין שייעודם חקלאי תמורת שמורת טבע. בנסיבות אלה, סבורני כי יש מקום להיעתר לתביעתם של המערערים לאכיפת ההסכם – חרף הייעוד הנוכחי של מקרקעיהם – וזאת לנוכח הקביעה שהתנהלותה של המדינה תרמה לכך שהחלפה לא בוצעה בטרם שינוי ייעוד המקרקעין. כידוע, בית המשפט רשאי לפסוק לטובת נפגע מהפרת חובת תום הלב, שהובילה לכך שהאכיפה ככתבה וכלשוונה אינה בת ביצוע עוד, תרופה של "ביצוע בקירוב", באופן שבו מוסרות תוצאות חוסר תום הלב (ראו למשל ע"א 289/78 אשד נ' לובר, פ"ד לג(1) 13, 19-20 (1978); ע"א 2686/99 אייזמן נ' קדמת עדן בע"מ, פ"ד נה(5) 365 (2001); גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 266-262 (2009)).

אצלנו, אכיפה בקירוב באופן שמסיר את תוצאות חוסר תום הלב פירושה אכיפת ההסכם כאילו היה ייעוד המקרקעין של המערערים חקלאי. זאת יש לסייג בשני סייגים ראשית, וכפי שציינה המדינה וקבע חברי השופט שטיין, אין בסיס לטענת המערערים כאילו הובטחו להם מקרקעין ספציפיים. ההתחייבות הייתה שונה – אופציה להחלפת מקרקעין מאותו סוג וטיב, מבלי להתחייב דווקא לאפשרות כזו או אחרת. שנית, עולה כי גם אם הייתה המדינה נוהגת בתום לב, בסופו של דבר היה משתנה ייעוד המקרקעין של המערערים, באופן שהיה מחייבם לבחור בין קבלת מקרקעין כלשהם מאותו סוג ושווי בג'ת, או לאבד את האופציה. לאמור, האופציה של המערערים אינה עומדת לנצח, אלא מוגבלת בזמן, ואין בסיס לפירוש ההסכם כאילו אם לא תתבצע בסופו של דבר החלפת המקרקעין מכל סיבה שהיא – דין הסכם הפשרה להתבטל. מתוך החומר שהוצג לנו לא ניתן לקבוע בבירור מהו פרק הזמן המדויק שבו דחתה המדינה את המערערים שלא כדין בטענה שהאופציה פקעה, וכמה זמן לפני שינוי הייעוד ניתן היה להתריע על כך בפני המערערים. מתארכי התכתובות השונות נראה כי מדובר לפחות בשנה או שנתיים. בנסיבות העניין הייתי מציע להעמיד את תקופת פקיעת האופציה על שלוש שנים. התוצאה המעשית היא שיש להורות על אכיפת ההסכם, באופן שבו המדינה חייבת להיענות לדרישת המערערים להחלפת מקרקעין בתנאים שנקבעו בהסכם, כאשר יש

לראות לצורך עניין זה את מקרקעי המערערים במצב שבו היו ערב שינוי הייעוד, מבחינת ייעודם ושווים. בתוך שלוש שנים רשאים המערערים להציע למדינה מקרקעין מאותו סוג וטיב, ובכפוף ליתר התנאים הנהוגים ברשות בעסקאות מעין אלה על המדינה להסכים להחלפה. יובהר כי אין פסול בפרשנות המדינה להסכם לפיה הדיבר "מאותו טיב" מתפרש גם כשווי כספי דומה. אם לא יעלה ביד המערערים לאתר מקרקעין מתאימים בג'ת, רשאים הם לבקש מן המדינה לאתר עבורם מקרקעין שעומדים בתנאי ההסכם, או מקרקעין הקרובים לכך במידת האפשר. אם לא יציעו המערערים מקרקעין מתאימים ולא יסכימו להצעה חלופית של המדינה בתוך שלוש שנים – תפקע האופציה. כמובן, ככל שקיבלו המערערים פיצויים או כספים אחרים בעקבות שינוי הייעוד – ניתן להתנות את השלמת ההחלפה בתשלוםם לידי המדינה.

4. חברי, השופט שטיין, הציג שלוש ביקורות על עמדתו. אענה עליהן בקצרה.

ביקורת אחת היא כי במקום שבו הופרה התחייבות חוזית, ראוי יותר להתייחס להפרת החוזה, ולא דווקא להפרת חובת תום הלב. ניתן להסכים לקביעה עקרונית זו, אולם לשיטתי המדינה לא הפרה את התחייבותה על פי החוזה, שכן לא הוכח כי סירבה להצעת חליפין קונקרטי שהתייחסה למקרקעין מהסוג והטיב של מקרקעי המערערים. היא אף לא סיכלה את האפשרות למימוש האופציה כלשונה – זו סוכלה מפאת שינוי ייעוד המקרקעין. ההפרה היא של החובה להתנהל באופן שיאפשר לממש את האופציה בזמן סביר יותר, תוך הקטנת הסיכון לפגיעת האופציה מסיבות שונות.

לפי הביקורת השנייה, התרופה שמוצעת על ידי היא בבחינת כריתת חוזה חדש עבור הצדדים. ברם, לדידי לא מדובר אלא בשחזור התחייבויות הצדדים עצמם, תוך הסרת תוצאות ההתנהלות חסרת תום הלב של המדינה. המדינה העניקה למערערים במסגרת ההסכם את האופציה להעביר לידיה את המקרקעין הספציפיים שייעודם שונה לבסוף, ולבחור בתמורה מקרקעין בלתי מוגדרים אחרים בג'ת, ובלבד שיהיו מאותו סוג וטיב. האכיפה היא אפוא בגדר שחזור האופציה להעביר לידי המדינה את המקרקעין הספציפיים שייעודם שונה, ולבחור מקרקעין אחרים בג'ת מאותו סוג וטיב. הקושי היחיד בתוצאה זו, שמשנה את שקילות התמורות, הוא שינוי הייעוד של מקרקעין המערערים; אולם התנהלות המדינה תרמה לכך ששינוי הייעוד התרחש בעוד המקרקעין בידי המערערים, ולא בידיה. לפיכך התרופה המתאימה היא התעלמות מנתון זה – בבחינת השתק מצד המדינה – בעת ביצוע חילופי המקרקעין. ומזווית אחרת, אם נראה בחוזה מכשיר להקצאת סיכונים, הסיכון של שינוי ייעוד המקרקעין הספציפיים עם חלוף השנים ולאחר ביצוע החליפין הוטל על כתפי המדינה. ואולם בהתנהלותה היא העבירה חלק מסיכון זה אל כתפי המערערים, בניגוד להקצאת הסיכונים החוזית. לכן שחזור השקילות

החוזית הוא החזרת הסיכון של שינוי הייעוד אל המדינה, לפחות במידה מסוימת. המערערים בחרו לתקן את העיוות שנוצר בהקצאת הסיכונים בדרך של אכיפה וביצוע בעין, וזוהי זכותם על פי דין (ראו לאון יהודה אנידג'ר, איל זמיר ואורי כץ "המהפכה במעמדה של תרופת האכיפה: דין, תיאוריה וממצאים אמפיריים" משפטים מט 5, 8-12 (2019), וההפניות שם)). ושוב יובהר כי האכיפה בענייננו אינה הוראה למדינה להחליף עם המערערים מקרקעין. לא זו הייתה התחייבותה. האכיפה היא של התחייבות המדינה לקיים עם המערערים משא ומתן כדי לקבוע את מיקום וגבולות המקרקעין הקונקרטיים שאותם ניתן להחליף במקרקעי המערערים, לאחר שאלה בחרו לממש את האופציה שניתנה להם במסגרת הסכם הפשרה.

ביקורת שלישית היא כי אכיפה מטילה בענייננו מידה בלתי סבירה של פיקוח מצד בית המשפט. דעתי אחרת. אם בסופו של דבר יטענו המערערים כי הייתה הצעה קונקרטית של מקרקעין מתאימים להחלפה, והמדינה סירבה בכל זאת לבצע את העסקה – ניתן להכריע בסכסוך זה בבית המשפט באמצעות חוות דעת מומחה, כגון שמאי שיעריך את ערך מקרקעי המערערים ואת ערך המקרקעין שהוצעו. אין בכך מידה בלתי סבירה של הכבדה ביחס לפתרון שהציע חברי – פסיקת פיצויים המחייבים לשום את מקרקעי המערערים כיום ולפני שינוי הייעוד. גם כאן מחלוקת שמאית תדרוש פניה לבית המשפט, שיכריע בסכסוך באמצעות הכרעה בין חוות דעת המומחים. ומכל מקום לא נדרש פיקוח מתמיד וניהול הליך ארוך ומסורבל, שכרוך בהגשת בקשות רבות מטעם המערערים.

סוף דבר, הייתי מציע לחבריי לקבל את הערעור, ולהורות על אכיפת התחייבות המדינה לבצע חילופי מקרקעין עם המערערים. לעניין זה תתייחס המדינה אל המקרקעין שבבעלות המערערים כאילו היו במצבם קודם לשינוי הייעוד, מבחינת השווי והייעוד החקלאי. יחד עם זאת, ביצוע ההחלפה תלוי בכך שהמערערים יציעו מקרקעין מאותו סוג וטיב, או שיפנו אל המדינה כדי שתציע מקרקעין מתאימים. היה ולא יציעו המערערים מקרקעין מאותו סוג וטיב בתוך שלוש שנים ולא יקבלו את הצעת המדינה ביחס למקרקעין כאלה שתוצע בפרק זמן זה – תפקע האופציה שניתנה להם מכוח פסק הדין המוסכם לחילופי מקרקעין. בנסיבות העניין, ובראי התוצאה הכוללת והתנהלות הצדדים, הייתי מורה על ביטול ההוצאות שבהן חויבו המערערים בהליך קמא וקובע כי לא ייעשה צו להוצאות בהליך דנן.

ש ו פ ט

1. במחלוקת שנפלה בין חבריי: השופט א' שטיין והשופט נ' הנדל, דעתי קרובה לעמדתו של חברי, השופט נ' הנדל, הסבור כי ראוי שנורה על אכיפה בקירוב של ההסדר שהתקיים בין המערערים (להלן גם: האחים ביטאן, או: האחים) לבין המשיבה 1 (להלן גם: המדינה, או: רמ"י), אשר נשא אופי חוזי וגם קיבל גושפנקא שיפוטית בשני פסקי דין (להלן: ההסדר). אנמק, בקצרה, את עמדתי זו להלן.

2. חבריי מסכימים כי פסק הדין שניתן על-ידי בית המשפט המחוזי בחיפה בתאריך 16.03.1998 במסגרת תיק הסדר 742/ירכא (להלן: פסק הדין השלישי), אישר למעשה הסדר מחייב בין המדינה לבין המערערים, אשר מצא את ביטוי עוד בפסק הדין מתאריך 19.12.1983 (להלן: פסק הדין השני), שבגדרו נקבע, בין השאר, כך:

“ניתנת אפשרות לצדדים לערוך פעולת חליפין בקרקע אחרת (תמורת המקרקעין של המערערים בחלקה 33 בגוש 18915, הנמצאת בשטח המועצה המקומית מעלה יוסף ומשתרעת על 15 דונם – תוספת שלי –ח"מ) – באדמות הכפר ג'ת מאותו סוג וטיב תוך 3 חודשים מהיום”.

זה המקום לציין כי מגבלת שלושת החודשים הנ"ל הוסרה במסגרת פסק הדין השלישי, כמפורט בחוות הדעת של חבריי וכן להלן.

עוד מסכימים חבריי, כי ההסדר האמור הופר על-ידי המדינה, בין אם מאחר שהמדינה לא הציעה מיוזמתה לאחים שום קרקע להחלפה, בין אם לנוכח ניסיונה של המדינה להתנער מן ההסדר בטענה כי תוקפו אמור היה לפוג בחלוף שלושה חודשים מיום מתן פסק הדין השני, על-אף שבמסגרת ההסכמות שקדמו לפסק הדין השלישי הותנה במפורש בין הצדדים כי מגבלה זו מבוטלת, ובין אם מחמת כך שהמדינה לא יידעה את האחים ביטאן על האפשרות של שינוי הייעוד של מקרקעיהם מקרקע חקלאית לשמורת טבע – שינוי שהמדינה ידעה (או למצער, היה עליה לדעת) שהוא עומד לקרות ושיש בו כדי לאיין את אפשרות קיום ההסדר כלשונו (עיינו בפסקה 47 לפסק דינו של חברי, השופט א' שטיין ובפיסקה 2 לפסק דינו של חברי, השופט נ' הנדל).

3. עם זאת חבריי חלוקים בדבר טיבה של ההתחייבות שבהסדר שהופרה על-ידי המדינה. לדעתו של חברי, השופט א' שטיין, המדובר בחיוב השתדלות שנטלה על עצמה המדינה לנסות ולאחר מקרקעין ראויים בשטחו של הכפר ג'ת הגלילית – כדי להחליפם במקרקעיהם של המערערים (בכפוף לכך שהאחים ביטאן יירשמו כבעלי המקרקעין בחלקה 3 (על-פי החלוקה

הישנה – חלקה 33 בגוש 18915 כיום) ולכך שהמקרקעין יהיו מאותו טיב וסוג של חלקה זו). לדידו של חברי, השופט א' שטיין, חיוב זה הטיל על המדינה חובה של השתדלות – לפעול בשקידה ראויה לצורך ביצוע החליפין הנ"ל. מנגד, לשיטתו של חברי, השופט נ' הנדל, המדינה לא נטלה על עצמה חיוב של השתדלות בלבד, אלא שלמעוררים ניתנה אופציה, שבמסגרתה התחייבה המדינה לבצע החלפה בין מקרקעיהם של האחים ביסאן לבין מקרקעין אחרים, מאותו מין וסוג, באדמות הכפר ג'ת הגלילית, ככל שתהיה פניה מצידם של האחים לבצע החלפה כזו. חברי, השופט נ' הנדל מוסיף, כי הצדדים הותירו את הפרטים הסופיים של ההסדר האמור לקביעה עתידית.

4. לנוכח עמדותיהם השונות של חבריי בנוגע לאופיו של ההסדר – הם נחלקו גם באשר לעילת הפרתו של ההסדר החוזי. בעוד שחברי, השופט א' שטיין, גורס כי המדינה הפרה את חיוב ההשתדלות שנטלה על עצמה, חברי, השופט נ' הנדל, סבור כי מדובר בכך שהמדינה הפרה את חובתה לקיים את חיוביה בתום לב.

5. המחלוקת האחרונה שנפלה בין חבריי נוגעת גם לתרופה המתאימה, בנסיבות העניין. חברי, השופט א' שטיין סבור כי מאחר שאכיפת החוזה איננה אפשרית עוד, ומכיוון שלא עלה בידיהם של האחים ביסאן להוכיח כי אילו המדינה הייתה מקיימת את חיוב ההשתדלות שהוטל עליה, היה עולה בידם לממש את הסדר החליפין ולקבל מקרקעין מאותו סוג וטיב בכפר ג'ת הגלילית, הרי שהם אינם זכאים לאכיפת החוזה, או לקבל פיצוי חיובי בגין ציפיותיהם. משכך, לשיטתו, האחים ביסאן זכאים לפיצויי הסתמכות בלבד בעבור ההפרש שבין שווי מקרקעיהם ביום שלפני הפרסום של שינוי ייעודם מקרקע חקלאית לשמורת טבע, לבין שווים הנוכחי, בהפחתת הפיצוי שהם זכאים לו, או קיבלו, בשל שינוי הייעוד. מנגד, חברי השופט נ' הנדל מטעים כי הגם שאכיפת החיוב כלשונו איננה אפשרית עוד, שכן ייעודם של מקרקעיהם של האחים שונה ממקרקעין שיעודם חקלאי ליייעוד של שמורת טבע – ניתן, בנסיבות ענייננו, להורות על "אכיפה בקירוב" של ההסדר כך שהמדינה תאפשר לאחים ביסאן להחליף את מקרקעיהם בהתאם לתנאים שנקבעו בהסדר, כאשר יש לראות לצורך עניין זה את מקרקעי האחים במצב שבו הם היו ערב שינוי הייעוד מבחינת ייעודם ושווים (כלומר, כמקרקעין ביייעוד חקלאי) ולהעניק להם קרקע חקלאית באותו היקף, מין וסוג. לשיטתו של חברי, השופט נ' הנדל "אכיפה בקירוב" זו ראויה בענייננו מאחר שהתנהלותה של המדינה היא זו שתרמה לכך שחילופי המקרקעין לא בוצעו טרם שונה ייעוד מקרקעיהם של האחים ביסאן, ומשכך ניתן לצוות על "ביצוע בקירוב", שתכליתו להסיר את תוצאות חוסר תום הלב האמור.

6. כאמור לעיל, לאחר ששקלתי בדבר הגעתי לכלל מסקנה כי התרופה הראויה בנסיבות ענייננו, היא אכן תרופת "האכיפה בקירוב", ולפיכך אני תומך במתווה שהוצע על-ידי חברי, השופט נ' הנדל, בפיסקה 5 לחוות דעתו. אנמק מסקנתי זו מיד בסמוך.

7. מפרוטוקול הדיון שקדם לנתינתו של פסק הדין השלישי עולה כי הצדדים הסכימו ביניהם לאשרר את ההתחייבות שקיבלו על עצמם בפסק הדין השני, שנתנה להם אפשרות לבצע חילופין בין מקרקעיהם של האחים ביטאן במועצה האזורית מעלה יוסף לבין מקרקעי המדינה מאותו טיב וסוג באדמת הכפר ג'ת הגלילית. התנעת האפשרות האמורה היתה בידי כל אחד מהצדדים, והצד שכנגד היה אמור לסייע במימושה ובהשלמתה.

8. אכן השאלה האם ההתחייבות הנ"ל מקימה חיוב השתדלות (כעמדתו של חברי, השופט א' שטיין), או שמא היא בגדר חיוב לביצוע חילופי מקרקעין, ככל שאלו יוצעו על-ידי המערערים (כעמדתו של חברי השופט נ' הנדל) – היא חשובה ומעלה לדיון שיקולים רבים ומגוונים. (להרחבה בסוגיה זו – עיינו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג', פרק 27 (2003) (להלן: פרידמן וכהן כרך ג'), כן ראו פסק דיני ב-ע"א 3313/13 דוד נגר נ' עיריית ראש העין (22.11.2015), שדן והדגים את השוני שבין חיוב השתדלות לחיוב תוצאה). עם זאת, לצורך הסוגיה הטעונה הכרעה בענייננו דומני כי אין צורך לקבוע מסמרות בכל השאלות הכרוכות בסוגיה הנ"ל, שהרי שתי דרכי הניתוח השונות שהוצעו על-ידי חבריי אמורות להוביל, לשיטתי, במקרה שלפנינו לאותה המסקנה ולאותה התרופה. עתה אפרט.

9. אם עילת ההפרה בענייננו היא של החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב בקיומו של חיוב הנובע מחוזה – בהתאם לסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), או מכוח ההיקש שבסעיף 61(ב) לחוק החוזים (לגבי ההתחייבות שעוגנה בפסקי הדין השני והשלישי) – מקובלת עליי מסקנתו של חברי, השופט נ' הנדל כי בעת שחוסר תום הלב בהתנהלות של רמ"י, במשמעותו ובנפקותו המשפטית, הוביל לכך שמימושו של ההסדר כלשונו איננו אפשרי עוד – בית המשפט רשאי, בנסיבות המיוחדות כאן – לצוות על אכיפה בקירוב (עיינו והשוו: פרידמן וכהן כרך ג' (בשותפות עם ברק מדינה), עמ' 462-466).

ואולם, אף אם אקבל את עמדתו של חברי, השופט א' שטיין, כי החיוב שלפנינו הוא חיוב של השתדלות בלבד, מסקנתי בנוגע לתרופה לא תשתנה, ואסביר. חברי סבור, כאמור, כי המערערים אינם זכאים לאכיפה, שכן זו בלתי אפשרית לנוכח שינוי הייעוד של המקרקעין שלהם, ואף לא לתרופה של פיצויים חיוביים בגין ציפיותיהם, מאחר שלא עלה בידם להוכיח, להבנתו, על-פי מאזן הסתברויות ששקידה ראויה מצד רמ"י הייתה מביאה אותם למימושו של הסדר

החליפין (עיינו בפיסקאות 49 ו-51 לחוות דעתו). לפיכך חברי, השופט א' שטיין, קובע כי המערערים זכאים לפיצויי הסתמכות בלבד.

דעתי בנידון שונה, ואנמק אותה מיד בסמוך, כאשר אפתח בזכויות ובעילות ואעבור לתרופות.

10. במישור הזכויות והעילות – ההתחייבות אותה קיבלו על עצמם כאן המערערים ורמ"י ואשר צוטטה בפיסקה 2 שלעיל, היא בת-תוקף – הן חוזית והן שיפוטית מכוח הכללתה בפסק הדין השני ואישרורה בפסק הדין השלישי (עיינו והשוו: ע"פ 514/66 יוסף חסיד נ' הוצאת ספרים "פרדס" ישראל בע"מ, פ"ד כ"א(1), 607 (1967); בג"צ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי נ' משרד החינוך, פ"ד ס"ב (4) 571, 602-603 (2008); בר"מ 5657/12 דידי יאיר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמלה (16.10.2012)). יתר על כן, אף אם נראה בה התחייבות מותנית, כהשקפת חברי, השופט א' שטיין (שם בפיסקה 37 לחוות דעתו), היא שלמה ומחייבת ואסור לצד מן הצדדים לסכל אותה, ואם יעשה כן – אין הוא זכאי להסתמך על אי-קיום התנאי (ראו: סעיף 28 לחוק החוזים; עיינו: פרידמן וכהן כרך ג', בעמ' 33-34, פרק 22 כולו שם, ועמ' 276-280; השוו עוד: ע"א 701/88 שיף נ' עיזבון המנוח אברהם גינדי, פ"ד מה(5) 759 (1991)).

זאת ועוד – אחרת. אפילו נראה בתניה הנ"ל כהתחייבות שהותירה בידי רמ"י את שיקול הדעת אם להיענות לבחירת המערערים בדבר בחירתם בעסקת החילופין, כי אז נאסר על רמ"י לגרום לכך שעסקת החילופין לא תמומש, ואולם רמ"י נהגה פה אחרת. איסור זה מקורו בחובות תום הלב, כתפיסת חברי השופט נ' הנדל, או בהוראת הדין הקובעת, שבמקרים של ספק, עדיף לקיים את החוזה (כלשונו וכרוחו) – על פני ביטולו, או השארתו רדום (ראו: סעיף 25(ב) לחוק החוזים, ועיינו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א' (2018) (להלן: פרידמן וכהן, כרך א'), בעמ' 312, וההפניות המובאות שם למשפט האנגלי והאמריקאי).

11. הכללים הנ"ל, היפים לגבי כל מתקשר – חלים, ביתר שאת, על רמ"י בהיותה רשות ציבורית, שפעולותיה מאופיינות בדואליות נורמטיבית, ובהקשר שלנו – חובותיה אמורות להיות מוגברות (ראו: דניאל פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי של רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה' 598 (1975); אהרן ברק "הרשות הציבורית במשפט הפרטי" בתוך: ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן, 845 (2008); אמנון רובינשטיין וערן דוידי "המדינה היא לא עסק פרטי", בתוך: ספר

דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן, 855 (2008); ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נ"ה (4), 28 (2001)).

12. במישור התרופות – הסיווג הקלאסי והמקובל קובע כי שלושה הם האינטרסים המוכרים במסגרת דיני החוזים – אינטרס הציפיה, אינטרס ההשבה ואינטרס ההסתמכות (מקורו של סיווג זה הוא במאמרם של Lon L. Fuller and William R. Perdue, *The*: Perdue ו-Fuller של *Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52 (1936-1937) (two parts). סיווג זה התקבל בשיטות רבות ובכללן בארצנו, עיינו, למשל: ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49, 54-55 (1993) (להלן: עניין לוי)). ההגנה על אינטרס הציפיה – שהוא האינטרס לגביו נחלקו חבריי – נועדה להעמיד את הנפגע מהפרת חיוב במקום שבו הוא היה נמצא אלמלא ההפרה (עיינו, למשל: ע"א 156/82 ליפקין נ' דוד הזהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85 (1985); ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45 (1992)).

במשפטנו, ההגנה על אינטרס הציפיה (או אינטרס הקיום, כפי שעדיף לכנותו) יכולה להיעשות או דרך תרופת האכיפה, או דרך מתן פיצויי ציפיה לנפגע מן ההפרה (עיינו: פרידמן וכחן, כרך א', בעמ' 103-107; גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי, 45-46 (2009) (להלן: שלו ואדר)).

13. חברי, השופט א' שטיין הטעים כי במסגרת ההסדר – המערערים קנו לעצמם: "ציפיה למיזוי האפשרויות הקיימות לבצע חילופי קרקעות עם רמ"י... להבדיל מציפיה לכך שהניסיון לבצע את חילופי הקרקעות יעלה יפה, שאותה המערערים לא קנו לעצמם..." (ראו שם בפסקה 51 לחוות דעתו). הנה כי כן, לשיטתו של חברי, השופט א' שטיין – המערערים זכאים לתרופה, אשר תעמיד אותם במצב שבו הם היו אלמלא המדינה הייתה מפרה את חובת ההשתדלות שלה. מכאן שהתרופה הנכונה להשקפתו אמורה לשקף את הסיכוי לביצוע חילופי קרקעות עם רמ"י, בהינתן שהמקרקעין שנמצאו בידיהם של המערערים היו מקרקעין שיעודם חקלאי, ואשר ניתן היה לקבל בעבורם קרקע חקלאית באדמת הכפר ג'ת הגלילית, בהתאם לתנאי ההסדר. ואולם, פיצויי ההסתמכות שאותם היה חברי נכון לפסוק לזכותם של המערערים – כשמם כן הם – אינם אמורים להגן על אינטרס הציפיה של המערערים כלל, אלא על אינטרס ההסתמכות שלהם בלבד. כל שפיצויים אלה עושים הוא להעמיד את המערערים במקום שבו הם היו אלמלא היה ההסדר מושג מלכתחילה, ולא במקום שבו הם היו אלמלא ההפרה. זאת ועוד - לולא התנהלות רמ"י – הסדר החלופין היה קרוב לוודאי מתבצע.

היוצא מדברינו אלה הוא שגם בהינתן שהחיוב שהופר על-ידי המדינה הוא חיוב השתדלות, הרי שהמערערים זכאים להגנה על אינטרס הציפיה שלהם בגין הפרתו, כפי שאנו

מבינים אותו. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) מאפשר ליתן שתי תרופות לשם הגנה על אינטרס הציפייה – תרופה של פיצויים (מכוח סעיף 10 לחוק התרופות) ותרופה של אכיפה (מכוח סעיפים 3 ו-4 לחוק התרופות). בשתי תרופות אלו, בהקשר שלנו, אדון להלן.

14. תרופת הפיצויים: פיצויים שלהם זכאי נפגע מהפרת חוזה יכולים להינתן: "בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו, או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה" (לשון סעיף 10 לחוק התרופות). לפיכך, אם הסעד שנפסוק לטובת המערערים בגין הפרת החוזה יינתן בדרך של פיצויים, יהיה עלינו להעריך את שיעורו של אותו הנזק. בהתאם לאמור בחוות דעתו של חברי, השופט א' שטיין, הפיצויים שלהם יהיו זכאים המערערים אינם צריכים לשקף מציאות שבה חילופי המקרקעין היו יוצאים לפועל (שכן ההסדר שבין הצדדים היה, לשיטתו, מעין משא ומתן לקראת חילופין, להבדיל מהחילופין עצמם), אך מצד שני עליהם לשקף מציאות שבה יש למערערים סיכוי סביר לביצוע חילופין כנ"ל, לאחר משא ומתן שינוהל בתום-לב על כך בין הצדדים. אכן, הסיכוי לביצוע חילופי מקרקעין מול רמ"י הוא שווה כסף עבור המערערים, ומשכך הם זכאים לפיצויים בשיעור זה. השאלה היא איפוא, מה היה שוויו של הסיכוי לביצוע החילופין הנ"ל ביום עריכת ההסדר. ברי כי בנקודת הזמן שבו אנו נמצאים כיום, למעלה מ-20 שנה מיום ההסדר, קשה להעריך שווי כספי זה ואולם דומה שאף לשיטתו של חברי, השופט א' שטיין, המערערים יכולים היו להנות עקרונית מפיצויי קיום (השוו: סעיף 12 (ב) לחוק החוזים). הנה כי כן בהיעדר חלופות אחרות, יתכן שהיינו נדרשים לבצע בכל מקרה הערכה כנ"ל, אלא שבענייננו דווקא יש אלטרנטיבה, ואפילו מועדפת על פי הדין והפסיקה. זו נשענת על תרופת האכיפה והביצוע בקירוב, שבהן אדון להלן.

15. תרופת האכיפה והביצוע בקירוב: הכלל הנוהג במשפטנו הוא שתרופת האכיפה היא הסעד העיקרי שניתן לנפגע מהפרת חוזה (ראו: סעיף 2 לחוק התרופות ועיינו עוד: בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטית וככימית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372, 384 (1974); ע"א 91/75 פרץ נ' ביטון, פ"ד ל(1) 367, 373 (1975)). אכן, כפי שהעירו חבריי בצדק, אכיפת החוזה ככתבו וכלשונו איננה אפשרית עוד, שכן מקרקעיהם של המערערים שינו את ייעודם ליעוד של שמורת טבע, כך שהחלפתם במקרקעין שייעודם חקלאי איננה עוד חילופין של מקרקעין "מאותו טיב וסוג", כמוסכם בין הצדדים. עם זאת, העובדה שאכיפת החוזה בתצורתו המקורית המדויקת איננה אפשרית, לא משמיעה לנו כי לא ניתן לצוות פה על אכיפה. אכן, הלכה מבוססת במשפטנו קובעת שכאשר הדבר מתאפשר – רשאי בית המשפט להורות על "אכיפה בקירוב" לצורך הגשמת כוונתם העיקרית של הצדדים. וכבר לפני 70 שנה השופט מ' זילברג פסק כך:

"אם הצדדים התקשרו מדעת בחוזה מסויים, ובהגיע שעת ביצועו מתברר, כי אין אפשרות לקיימו ככתבו וכלשונו ממש, אלא רק 'בערך' או 'בקירוב'... רשאי בית המשפט להוסיף נופך משלו – שינויים קלים ולא יסודיים – כדי לממש ולגשם את כוונתם העיקרית של הצדדים" (ראו: ע"א 79/89 פרנט נ' יהודאי, פ"ד ד 387, 375 (1950)).

16. במרוצת השנים נשמעו גישות שונות בפסיקה ביחס למקור הנורמטיבי של דוקטרינת האכיפה בקירוב (לדיון מקיף בסוגיה זו עיינו: פרידמן וכהן כרך ג' (בשותפות עם ברק מדינה), עמ' 462-466; שילו ואדד, בעמ' 262-267).

דרך אפשרית אחת היא כי האפשרות להורות על אכיפה בקירוב מתחייבת מכוח הפרשנות המצמצמת שבה יש לנקוט בפירוש הסייג בדבר היות החוזה לאו בר ביצוע, המופיע בסעיף 3(1) לחוק התרופות ומכוח תחולתו של עקרון תום הלב גם על דיני התרופות (לעמדה זו ראו: ע"א 289/78 אשד נ' לובר, פ"ד לג(1) 13, 19-20 (1978)).

אפשרות שניה, שהועלתה בפסיקה, היא שעקרון האכיפה בקירוב מתאפשר מכוח פרשנותו של סעיף 4 לחוק התרופות המקנה לבית המשפט סמכות: "להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין". בהקשר זה נטען כי יש לפרש בהרחבה את סעיף 4 הנ"ל כך שבית המשפט רשאי לא רק להתנות תנאים על האכיפה, אלא גם להורות על אכיפה בתנאים קרובים לאכיפה המקורית, ובלבד שהאכיפה לא תהיה כזאת שיש בה בכדי לשנות את אופיו של החוזה (עיינו: ע"א 2686/99 אייזמן נ' קדמת עדן בע"מ, פ"ד נה(5) 365, 373-379 (2001) (להלן: עניין אייזמן)).

אפשרות שלישית לעיגון הדוקטרינה האמורה הוצעה על-ידי הנשיא מ' שמגר ב- ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק, פ"ד מ(3) 169 (1986) (להלן: עניין טייק), שקבע כי ניתן להורות על ביצוע בקירוב מכוח סמכותו הכללית של בית המשפט לפרשנות חוזים (ואולם עיינו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ד – פרשנות החוזה, 242 (התשס"א), המבקר עמדה זו).

כך או כך, ומבלי לקבוע כאן מסמרות בדבר היסודות העיוניים לתחולת דוקטרינת האכיפה בקירוב (cy-pres) – הפסיקה קיבלה את התפיסה שלפיה גם כאשר החוזה איננו ניתן לאכיפה במדוייק, אך מנגד ניתן להגשים את כוונתם המקורית של הצדדים, תוך סטייה לא

משמעותית מן החיוב המקורי – רשאי בית המשפט להורות על אכיפת החיובים בקירוב (עיינו: ע"א 5628/99 מרקין נ' משה, פ"ד נז(1) 14 (2002); ע"א 4018/03 שרביט נ' בן-אהרון, פ"ד נט(4) 343 (2005)). עמדה זו עולה בקנה אחד עם מרכזיותו של עקרון תום הלב בשיטתנו המשפטית בכלל ובדיני החוזים בפרט, המורה כי אין זה צודק שנפגע מהפרת חוזה יפסיד את ההגנה על אינטרס הציפייה שלו, רק בשל עמידתו של המפר על קיום דווקני של החוזה (עיינו: שלו ואדר, בעמ' 265).

17. בהקשר זה אוסיף כי מקובל עלי שבעת שבית המשפט מורה על אכיפה בקירוב של חיובים – עליו להיזהר מהתערבות מופרזת בתוכנם. אכיפה בקירוב לא צריכה לשנות את אופיו של ההסדר. אדרבה, תכליתה של האכיפה בקירוב היא לשמר את כוונת הצדדים המקורית, תוך התגברות על ניסיונות לקריאה דווקנית ובלתי מוצדקת של תניות החוזה (עיינו: עניין טייק; עניין אייזמן).

18. לנוכח כל האמור לעיל, סבורני שבין אם המדינה הפרה בענייננו את ההסדר עם המערערים בשל כך שהתנהלה בחוסר תום לב, במשמעותו ובנפקותו המשפטית של מושג זה, ובין אם ההפרה של החיוב הייתה נעוצה בכישלונה מלפעול במאמץ סביר לשם ביצוע עסקת החליפין – ההפרה צריכה לזכות את המערערים באכיפה בקירוב. השאלה היחידה שנותרה לבירור בהקשר זה היא אם אכיפה בקירוב שכזאת (שאיננה יוצרת עבור הצדדים הסדר חדש, שאותו הם לא ערכו בעצמם) – היא אפשרית בענייננו. תשובתי לשאלה זו היא בחיוב. המתווה שהוצע על-ידי חברי, השופט נ' הנדל בחוות דעתו לצורך זה איננו משנה באופן מהותי את בסיס ההסכמה המקורית בין הצדדים. אכן, כפי שכתב חברי, הצדדים עדיין יכולים לנהל דו-שיח ביניהם, אשר במסגרתו המערערים יוכלו לבקש מרמ"י מקרקעין חקלאיים באדמת הכפר ג'ת הגלילית "מאותו טיב" – כל זאת בהתחשב בהתנהלותה הפגומה של רמ"י, שסיכלה בעבר את האפשרות של המערערים לבצע את עסקת החילופין האמורה בתמורה למקרקעיהם (בייעוד המקורי שהיה להם). כמו כן, מקובלת עליי מסקנתו של חברי השופט נ' הנדל ומנימוקיו, כי יש להגביל את האפשרות לביצוע החליפין כנ"ל לתקופה של שלוש שנים. אוסיף בהקשר האמור כי ככל שהחליפין יקודמו ויוקדמו, הרי יהיה זה משובח. אכן, בשל שינוי היעוד של מקרקעי המערערים, אכיפה כזו איננה תואמת במדויק את ההסדר שהותווה מראש, ואולם בהינתן התנהלותה של רמ"י בענייננו, דומני שאכיפה בקירוב כאמור מגשימה את כוונת הצדדים המקורית בצורה הנאמנה ביותר – ביחס לחלופות האחרות הקיימות במכלול. באופן זה, המערערים יועמדו באותו המקום שבו הם היו עומדים אלמלא ההסדר שנערך עמם היה מופר ע"י רמ"י.

התוצאה הנ"ל נכונה משפטית, ואף צודקת, ואין אלא לקוות שלא יידרש בפרשה זו פסק דין חמישי (לאחר שפסק דינו הוא הרביעי בסדרה).

המשנה לנשיאה

הוחלט פה-אחד לקבל את הערעור. באשר לסעד שנפסק לטובת המערערים, הוחלט ברוב דעות של המשנה לנשיאה, השופט ח' מלצר, והשופט נ' הנדל, כאמור בפסקה 5 לפסק דינו של השופט נ' הנדל כנגד דעתו החולקת של השופט א' שטיין.

ניתן היום, כ"ז באלול התש"ף (16.9.2020).

שופט

שופט

המשנה לנשיאה

מרכז מידע, טל' 077-2703333, *3852; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il>, עב 16015460_F19.docx