



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6051/07

בפני: כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט נ' הנדל

המערער והמשיב שכנגד: יורם שדה

נגד

המשיב והמערער שכנגד: מינהל מקרקעי ישראל - מדינת ישראל

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בתל אביב-יפו מיום 20.5.07 בת"א 2975/2000 שניתן  
על-ידי כבוד סגנית הנשיא ד' פלפל

תאריך הישיבה: י' בחשוון תש"ע (28.10.09)

בשם המערער: בעצמו

בשם המשיב: עו"ד שרון איגר; עו"ד טלי מרקוס

### פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (סגנית הנשיא פלפל) מיום 20.5.07 בתיק א' 2975/00, בגדרו נדחתה תביעת המערער (המשיב שכנגד - להלן המערער) לאכיפת הסכם עם המשיב (המערער שכנגד - להלן המשיב), אך הושתו על המשיב הוצאות בגובה 50,000 ₪ בשל התנהלותו.

רקע והליכים

ב. יורם שדה (להלן המערער) הוא בנו של האלוף יצחק שדה ע"ה. כפי שיפורט להלן, הנכס נשוא המחלוקת הוא גן הסמוך לביתו של המערער, גן שהוקם על ידי אביו והמשמש - בפרמטרים חלקיים בכל הנוגע לנגישות הציבור - גם להנצחת זכרו. בשנת 1949 התיישב יצחק שדה עם משפחתו בבית המצוי בגוש 7043 חלקה 84 (לפי הרישומים בעבר) אשר ביפו. האלוף שדה נהג בבית ובשטח האדמה הצמוד לו (חלקות 76 ו-85) מנהג בעלים – טיפח את שטח האדמה, גידר אותו ושתל בו גן; וכן הציב במקום את קרון הפיקוד שלו, שממנו ניהל קרבות במלחמת העצמאות, ובו אירח רבים ממנהיגי הראשונים של המדינה. עם מותו, בשנת 1952, המשיכו בני משפחתו, ובהם המערער בנו, לגור במקום, וגם הפכו את הגן ואת חדר העבודה של שדה לאתר זיכרון, בסיועם של גופים ציבוריים שונים. בתיאום מראש היה המקום פתוח לביקורי הקהל הרחב (ביקורים נערכו בערך אחת לשבועיים), התקיימו בו לעתים ערבי זיכרון, ובפתח הוצב שלט מטעם המועצה לשימור אתרים. במסגרת הליך הסדר קרקעות, הגיש המערער ביום 23.7.90 תביעה לבעלות על הגן (חלקות 76 ו-85 דאז; חלק מחלקה 38 בגוש 7115 כיום). בעקבות מגעים בין המערער למינהל מקרקעי ישראל (להלן המשיב), נחתם ביום 29.12.94 מזכר, בו הוסכם כי המערער יבטל את תביעתו לבעלות, ויחתם עמו חוזה חכירה לשטח; עוד נכתב במזכר, בין היתר, כי "יעוד השטח שימסר לידי הינו כיום למגורים, אולם בפועל הבניה עליו אסורה והוא משמש כיום כגן זיכרון ליצחק שדה וכך יימשך השימוש להבא. לכן תיערך שומה בהתאם לשימוש בפועל" (סעיף 3). על המזכר חתמו המערער ומר מירון חומש, מי שהיה בזמנו ממלא מקום מנהל מינהל מקרקעי ישראל ועו"ד ז' קוינט, היועצת המשפטית של המינהל במחוז. בהמשך, ובהתאם למזכר, ביטל המערער את תביעתו להסדר בבית המשפט המחוזי בתל אביב. כן נאמר לו בעל פה, כי השומה תיערך לפי סיווג של "גן זיכרון" ודמי החכירה יהיו סמליים. ההנחיה לדרוש דמי חכירה סמליים אף הופיעה בסיכום פנימי של ישיבה אצל המשיב מיום 25.8.94 (מוצג 7 למוצגי המערער), שם נכתב:

"6. יצחק שדה – קיימת החלטה לתת ליורם שדה את השטח הצמוד לביתו. זמירה תערוך פגישה עם הפרקליטות ותסכם הנושא. השטח עצמו שיוחכר לידי יוגדר ע"י מח' תכנון ובדח"ש סמלי. מטרת ההחכרה הינה הנצחת זכרו של יצחק שדה ולמטרה זו בלבד. המח' המשפטית תוסיף תנאים מיוחדים שיגנו מפני שימוש שונה" (ההדגשה הוספה – א"ר).

ג. בחודש אוגוסט 1995 שלח המשיב למערער טיוטה של חוזה חכירה. בטיוטה החוזה באו הוראות שונות, ובהן איסור הבניה בגן וחובת המערער לגדרו ולתלות שלט בכניסתו; תנאים אלה היו מקובלים על המערער ונסמכו על סיכום מוקדם בין הצדדים.

כן נרשם בטיוטה, כי הקרקע היא "שטח לגינון", ובהתאם לכך הוצאה שומה ל"שטח גינון" ולא ל"גן זיכרון", כך שדמי החכירה הועמדו על כ-300,000 ₪ – סכום גבוה מזה שציפה לו המערער. השגת המערער בפני השמאי הממשלתי נדחתה, נוכח ההנחיות שקיבל השמאי לשום את הקרקע כחצר פרטית. משלא שילם המערער את דמי החכירה בהתאם לשומה ולא חתם על הטיוטה, הודיע לו המשיב על ביטול המגעים לחתימת הסכם. בחודש אוקטובר 1999 הוצעה מטעם המשיב הצעה חדשה לעריכת עסקה בתנאים דומים, ותוך שומת השטח כחצר. המערער לא קיבל הצעה זו ובהמשך הגיש תביעה לבית המשפט המחוזי – הוא ההליך נשוא ענייננו – בה עתר לאכיפת ההסכם שבמזכר ולתשלום פיצויים. בסיכומיו בפני בית המשפט קמא, ביקש המערער קביעת דמי חכירה הולמים, ולא חזר על דרישתו לפיצויים.

ד. השאלה שהועמדה במוקד פסק דינו של בית המשפט קמא היתה, האם נקשר הסכם מחייב בין הצדדים להחכרת הגן? נקבע, כי המזכר מיום 29.12.94 היה מסמך הבנות כללי, שגורם התמורה בו נוסח באורח עמום. כן נאמר, כי העיקרון לפיו תיקבע השומה בהתאם לשימוש בפועל הוא שעמד במוקד המחלוקת בין הצדדים, וכפועל יוצא מכך, גורם התמורה – גורם רלבנטי ומשפיע – לא הובהר בטיוטת ההסכם; בעוד המערער הבין שהתמורה שיידרש לשלם תהא סמלית, בשל סיווג הגן כגן זיכרון, הייתה עמדתו של המשיב כנטען בלתי עקבית ובלתי ברורה, שכן במסמכים שונים הוגדר המקום כגן זיכרון, כשטח גינון, או כחצר פרטית, ואף עובדי המשיב לא היו תמימי דעים באשר למהותו. אשר על כן נקבע, כי ביישום דיני החוזים האזרחיים אין לומר כי השתכלל הסכם מחייב בין הצדדים. או אז פנה בית המשפט לניתוח המקרה בכלי המשפט המינהלי. נאמר, כי ההבטחה לדמי חכירה סמליים ניתנה בחוסר סמכות, ונמתחה ביקורת על המשיב שהבטיח דבר שאינו ניתן ליישום מבחינת הדין. עוד נקבע, כי הגן הוא בפועל דו-מהותי – הוא משמש הן כחצר פרטית (ברוב הימים), והן כגן זיכרון פתוח לקהל (בתיאום מראש). על בסיס ניתוח העובדות נקבע, כי אופיו הפרטי של הגן עולה על אופיו הציבורי, וניתן למצוא סידורים חלופיים שיבטיחו את האופי הציבורי של המקום. בית המשפט הוסיף, כהערה אישית, כי ייתכן והתוצאה אליה הגיע, לפיה לא יוחקר השטח למערער, שהשקיע ממיטב זמנו ומרצו בשמירה על הגן וטיפוחו, תהא בעוכריו של האינטרס הציבורי, שכן המקום עשוי להפוך למקום שיהא אמנם נגיש אך מוזנח. לבסוף, בשל התנהלות המשיב, הרשות, שכללה "מצגים לא נאותים... עמימות המסמך שיצרה, שלא בהתאם למדיניות שלה עצמה, וכשבכירים כיום מתכחשים לפעילותה", נקבע כי המשיב ישלם למערער הוצאות בגובה 50,000 ₪.

ה. בערעור נטען, כי המזכר מהוה הסכם תקף שהופר על ידי המשיב, והמערער מבקש לאכפו. צוין, כי במזכר דובר על כך שהשטח "משמש כיום כגן זיכרון ליצחק שדה וכך יימשך השימוש להבא. לכן תיערך שומה בהתאם לשימוש בפועל" (סעיף 3); נטען, כי בהמשך הדרך דבק המשיב רק בסיפה הדנה בשימוש בפועל, וכך הנחה את השמאי, אך הדבר מהוה הוצאת הדברים מהקשרם. בהקשר זה נטען, כי סעיף 3 למזכר מהוה מעין נוסחה לחישוב השומה, ומשכך שגה בית המשפט קמא כשקבע כי המזכר עמום בכל הנוגע לגובה השומה או התמורה. נטען, כי הסעיף הוסף לבקשת המערער, ולאחר שנציגי המשיב ביקרו בגן וקיבלו לידיהם מסמכים רבים הנוגעים לעניין. כן הודגש, כי בית המערער (שהיה בית אביו) וגינתו הפרטית, צמודים לגן נשוא ההליכים, ומהווים יחדיו מכלול אחד, שאינו ניתן להפרדה. נטען, כי מיום שקיבל לידיו המערער את טיוטת חוזה החכירה, ממנה למד על הפרת ההסכמה לשיטתו, עמד בקשר מתמיד עם המשיב בניסיון להגיע להסכמה שתבסס על האמור במזכר. נאמר, כי במשך מספר שנים ראו הצדדים במזכר הסכם לכל דבר, והמחלוקת נסבה על אופן פירוש סעיף 3 בו בכל הנוגע לגובה השומה; אולם, בשנת 2002 חל מפנה בעמדת המשיב, שהחל לטעון כי קיימת מניעה חוקית להחכרת השטח בשל אי בהירות לגבי ייעודו התכנוני, וכן כי המזכר היה אך בסיס למשא ומתן ולא הסכמה של ממש. כן נטען כנגד טיוטת חוזה החכירה, כי מחד גיסא מטילה היא הגבלות שונות על המערער (כגון החובה לאפשר סיורים במקום) – הגבלות להן הסכים מרצון במסגרת ההסכמות הקודמות, ומאידך גיסא גובה היא ממנו דמי חכירה כאילו מדובר בשטח פרטי לכל דבר. עוד נטען, כי מהבחינה המינהלית הפר המשיב את התחייבותו באופן שאינו הולם רשות מינהלית, וכן כי אין ממש בטענת אי החוקיות הנוגעת לחכירה; נאמר, כי המערער לא ביקש הפחתת שומה, הדורשת אישור דרגים בכירים, אלא אך את סיווג המקום כגן זיכרון ולא כשטח גינון. נאמר, כי תביעתו לא התבססה על ההבטחות שניתנו לו לדמי חכירה סמליים, אלא על ההבטחה שבמזכר כי השטח יוחכר לו ויסווג כגן זיכרון, וכי זו בקשתו. הודגש, כי קיום התחייבות המשיב עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי של שמירה על השטח כאתר זיכרון במתכונתו הנוכחית. עוד נטען, כי אין ממש בטענת המשיב שהועלתה במהלך ההליך קמא, כי יעוד הקרקע הוא לשטחי ציבור – אלא הוכח שיעוד הקרקע הוא למגורים ללא בניה, ועל כן אין קושי בחכירה המבוקשת. לבסוף, התבקשו הוצאות משפט גבוהות מאלה שהוטלו על ידי בית המשפט קמא, וכן החזר של התשלום שנשא בו המערער לעניין חוות דעת מומחה, שהוזמנה בהסתמך על טענות המשיב אשר התבררו כנטען כשגויות.

ו. בסיכומי המשיב נטען, כי המזכר אינו מהווה הסכם מחייב, אלא אך שלב במשא ומתן בין הצדדים. נאמר, כי העובדה שהמשיב שלח למערער בהמשך טיוטת חוזה רשמי מצביעה על כך שלא היתה גמירות דעת כי יהא המזכר עצמו הסכם מחייב. כן נאמר, כי המזכר חסר פרטים מהותיים כגון גובה דמי החכירה ועבירות זכויות המערער בקרקע, ועל כן לא היתה בו המסוימות הדרושה לשם סיווגו כהסכם מחייב. נאמר, כי שעה שלא הופקעה הקרקע לצרכי ציבור, האפשרות היחידה לשום אותה היתה בסיווג של שטח גינון או חצר. כן הודגש, כי המזכר נקט בלשון של "שומה בהתאם לשימוש בפועל" ולא "שומה כגן זיכרון". נטען, כי השטח משמש בראש וראשונה כשטח פרטי (ואף כגן זיכרון פרטי), וכי השמאי ביקר במקום בטרם קבע את שומתו, ואף ביקר בו שנית לבחינת השגתו של המערער. לבסוף נאמר, כי עמדת המשיב כיום היא שאין להחכיר למערער את הקרקע, אלא להחכירה לטווח ארוך לגוף שיוכל לממש את אופיו הציבורי של הגן, לדאוג שיהיה פתוח לציבור פרקי זמן משמעותיים, ולא יהא תלוי בתוחלת חיי המערער, יאריך ימים. צוין, כי לחוק שמירת הסביבה החופית, התשס"ד-2004 המבטיח את זכות הציבור לגישה לחוף הים, יש השלכה על האפשרות להחכיר למערער את השטח המהווה מעבר לים אך סגור לציבור מרבית הזמן.

ז. בערעור שכנגד, נטען כנגד השתת הוצאות על המשיב. נטען, כי המשיב לא האריך את ההליכים שלא לצורך, ועל כן אין מקור בדין להשתת הוצאות עליו שעה שהוא הצד הזוכה בדין. המשיב הפנה בעניין זה לע"א 2121/04 מינהל מקרקעי ישראל נ' דיקסטרא (לא פורסם). נטען, כי שגה בית המשפט קמא כשנימק את החיוב בהוצאות בכך שהמזכר היה עמום ובניגוד למדיניות המשיב; נטען, כי המזכר היה מסמך הבנות במסגרת משא ומתן ועל כן לא היתה חובה שיהא מפורט. לבסוף נטען נגד הטלת הוצאות עונשיות, והוזכר, בין היתר, בג"צ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' הרשות המוסכמת למתן רשיונות יבוא (לא פורסם).

ח. בסיכומי התשובה של המערער נטען לעניין חוק שמירת הסביבה החופית כי אינו רלבנטי לענייננו, שכן ההליך לא נועד לשנות תכניות קיימות. לעניין ההוצאות נטען, כי המשיב הערים קשיים רבים לאורך כל שנות קשריו מול המערער, וכי בשל כך מוצדק היה לפסוק כלפיו הוצאות; בין היתר נאמר, כי המשיב הוציא את דברי המזכר מהקשרם, ונטען "טענות סרק" שונות, כגון הטענה כי הקרקע אמורה להיות מופקעת לצרכי ציבור. כן נטען ליריבות אישית בין עובדי המשיב, אשר פגעה בסופו של יום במערער.

ט. בדיון בפנינו טען המערער (בעצמו) כי העובדה שהשטח הוא חלק ממכלול הבית היתה ידועה למשיב עוד טרם חתימת המזכר, ועל כן אין להישמע לטענה כי בהמשך הוחלט לשומה כחצר כאילו נתגלה שימושה רק אז. כן נאמר, כי המערער שינה את מצבו לרעה בכך שביטל את תביעתו לבעלות בהסדר בעקבות ההסכמה שבמזכר, וכי הוא קיבל, ועודנו מקבל עליו, את התנאים האחרים שהציב המשיב בזמנו בעניין החכירה. באת כוח המשיב חזרה על טענותיה בסיכומים. בסופו של הדיון הוסכם כי הצדדים יפנו לגישור במטרה להגיע לסיום מוסכם להליך.

י. בחודש דצמבר 2009, כשנתיים ומחצה לאחר הגשת הערעור וכחודשיים לאחר הדיון בתיק, הגישו מר לב ומר כהן (להלן המבקשים), הדריס בסמוך, בקשה להצטרפות להליך כמשיבים. בבקשה נטען, כי בהליכים אחרים שניהלו המבקשים מול המערער נקבעו ממצאים עובדתיים שונים, הרלבנטיים לערעור. בתגובתו, מסר המערער כי המבקשים אינם צד למחלוקת נשוא הערעור, וכי הם אנשים פרטיים המצויים עמו בסכסוך ממושך; כן נאמר, כי הפרקליטות הציעה למבקשים להצטרף להליכים בבית המשפט קמא עוד בשנת 2001, אך הם סירבו.

יא. ביום 15.2.10 התקבלה הודעת המשיב לפיה כשלו הליכי המשא ומתן בין הצדדים. עוד נאמר, כי המשיב אינו מתנגד לביטול פסק הדין אשר מחק את תביעת המערער לבעלות בהסדר (תיק א' 106/92 בבית המשפט המחוזי בתל אביב) והחזרת הסכסוך, כפי שהוכרו על ידי פקיד ההסדר, לבית המשפט המחוזי; אולם, המערער התנגד למהלך זה. המשיב הותיר את ההחלטה בעניין בקשת ההצטרפות לשיקול דעתנו. ביום 22.2.10 הגיש המערער בקשה להגשת סיכומי הדיונים שנערכו בין הצדדים לאחר הדיון בפנינו. המשיב התנגד להגשת הסיכומים.

הכרעה

יב. אפתח ואומר, כי לאחר העיון נראית לי הכרעתו של בית המשפט קמא, ועל כן אציע לחברי שלא להיעתר לערעור ולערעור שכנגד כאחד.

יג. המקרה שלפנינו מתאר מציאות שהתפתחה והתגלגלה כתוצאה מעמימות נורמטיבית ועמימות למעשה בעידנים הראשונים של המדינה. בשעה שהתיישב במקום האלוף שדה המנוח, שאין חולק על תרומתו לביטחון היישוב והמדינה בימי ההגנה, מלחמת הקוממיות וראשית המדינה, לא דיקדק איש בשאלות הפורמליות, ועם השנים - האלוף שדה עצמו לא האריך ימים - "נספח" השטח נשוא המחלוקת לשטח הבית

והחזקה הולידה יצור כלאיים, שבאופן מסוים הריהו גן זיכרון, ובאופן תדיר יותר הריהו גן פרטי ליד בית המערער, ושתי המטרות משמשות בערכוביה. בית המשפט קמא כינה את השטח נשוא המחלוקת "דו מהותי", קרי, תערובת בין שטח פרטי וציבורי, ואכן, המערער נוהג בשטח מנהג בעלים, אך ללא ספק מתוך רצון להנציח ולטפח את זכר אביו, ואולם, בפועל השימוש הציבורי מוגבל ואינו חופשי, ועל כן ניתן לכנותו כמעין "אנדרוגינוס", שהפתרון לו במבט צופה פני עתיד, צריך להיות ציבורי ולא פרטי. דרכו של המשיב, בעיקר בחתימתו על המזכר מ-29.12.94, האנדרוגני אף הוא במהותו, אינה יכולה להיראות אלא תמוהה, לשון המעטה, ועל כן השית בית המשפט את ההוצאות שהשית; אך מנגד, אין מקום להוציא מידי הציבור את השטח ולהעבירו לחכירה פרטית, בשעה שייעודו הציבורי הוא חלקי ותלוי אך ורק ברצונו הטוב של המשיב אישית.

יד. אכן, ככל שנוקפות השנים גוברת, תודה לאל, הנורמטיביות והתודעה הציבורית על אלתורים וקביעת עובדות, וכך בתחומים שונים. במקרה דנא התמהיל בין המישור ההנצחתי, שיש לציבור עניין בו לשימור התודעה ההיסטורית, ובין השימוש הפרטי, ושיקול הדעת המלא הנתון למשיב לעניין השימוש הציבורי, מטה את הכף לטובת המגמה הנורמטיבית, המוצאת גם ביטויה בחוות דעתה המומחית של פרופ' רחל אלתרמן, שמונתה על-ידי בית המשפט, מיום 9.6.03.

טו. הנה נוסח המזכר מ-19.12.94, שנכתב ככל הנראה בכתב ידה של היועצת המשפטית למחוז תל-אביב של המשיב:

- "היום 29.12.94 נפגשנו מירון חומש, יורם שדה ועו"ד זמירה קוינט וסוכם:
1. יורם שדה מבטל תביעתו בהסדר.
  2. ייחתם חוזה חכירה בין המינהל ליורם שדה לגבי החלק המצוין בתרשים הרצ"ב כשהשטח המוגדר לחוף ים לא ייכלל בחוזה.
  3. יעוד השטח שימסר לידי הינו כיום למגורים אולם בפועל הבניה עליו אסורה והוא משמש כיום כגן זיכרון ליצחק שדה וכך יימשך השימוש להבא. לכן תיערך שומה בהתאם לשימוש בפועל.
  4. יוכנס סעיף בחוזה המבהיר כי אם יוכל להתממש יעוד המגורים יורם שדה לא יוכל לממש זכויות במגורים והוא יחזיר השטח למינהל.
  5. מאחר ומשפחת שדה מחזיקה בשטח 46 שנים עוד מימיו של יצחק שדה תיכלל העסקה בסעיף 25(ו).

טז. ברי על פניו כי מ"מ מנהל המינהל מירון חומש והיועצת המשפטית של המחוז עו"ד ז' קוינט התכוונו לעת ההיא לקבוע עקרונות מוסכמים לחוזה החכירה על השטח שבמחלוקת, תוך ביטול תביעת המערער להסדר. עם זאת ברי כי אין המדובר בהסכמה מושלמת, שהרי נקבעו מפורשות הוראות שיוכנסו להסכם חכירה עתידי, וגם נקבע כי תיערך שומה שלפיה תיקבע התמורה; ראו סעיפים 3-4 למזכר.

יז. ואולם, בכל הכבוד לרצונם הטוב של הנוגעים בדבר, והדעת נותנת שהיה כזה, יש במזכר עמימות שאין מקומן במסמך בין האזרח לרשות, וכך פתח למחלוקת עד אין קץ, שאנו שרויים בתוכן גם כיום. המזכר משקף את האנדרוגניות או "דו-מהותיות" שבמצב עצמו, שהרי אף החכירה המוצעת היא כל עוד אין ייעוד השטח למגורים מתמש; אך יתר על כן, ועיקר, האמירה בסעיף 3 כי "השטח משמש כיום כגן זיכרון ליצחק שדה" אינה מלווה בכל צורה שהיא בהגדרת תנאיו של "השימוש כיום" ולעיתיד לבוא, ודומה כאילו יצאו אנשי המינהל מן ההנחה (הלא כתובה) כי הגן פתוח לציבור באופן מוסדר וחופשי, מה שאינו כן. השומה אמורה, בהתאם למזכר, להיערך לפי "השימוש בפועל", אך אין ברור מהו בדיוק השימוש בפועל, והאם די בהגדרה כללית כגן זיכרון ללא תנאי שימוש כדי להותיר את הגן בקטגוריית השימושים הציבוריים ("צרכי ציבור" לפי סעיף 188 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1968), כדרישת המערער (ראו מכתב השמאי המחוזי מיום 8.1.96), המזכים בדמי חכירה סמליים. יתר על כל אלה, לא נאמר המובן מאליו, כי הדברים כפופים לאישורים הנדרשים במינהל.

יח. ומנגד, אין תימה כי המערער, שראה חותמים על המזכר מולו את ממלא מקום מנהל המינהל ואת היועצת המשפטית למחוז, יכול היה לסבור כי המדובר באנשים מוסכמים ששורתם התחתונה מחייבת. למחדלי המשיב יש מחיר – הוא ההוצאות שהשית בית המשפט קמא – אך אין המזכר יכול להתפרש כהסכם שאין אחריו ולא כלום (ועל כך להלן); ועל אותו "אחריו" נסבה ההתדיינות; שהרי מהי "שורתו התחתונה" של המזכר איננו יכולים ללמוד ממנו במלואה והוא היה צעד – חשוב, אך עדין צעד – לקראת חוזה, תוך שנושאים מרכזיים לא טופלו בו כדבעי. המערער אינו מבסס עמדתו על ההבטחה שניתנה לו לדמי חכירה סמליים (ראו פסקה ה' למעלה). עם זאת, נזכיר, לגבי הסיכום הפנימי מיום 25.8.94 בו דובר על "דח"ש סמלי" (פסקה ב' למעלה), אין מקום לראות אמירה זו כמחייבת, שכן באותה נשימה נאמר שם כי "מטרת ההחכרה הינה הנצחת זכרו של יצחק שדה ולמטרה זו בלבד"; וברי כי אין זה המצב העובדתי במלואו ולאשורו, כפי שכבר תואר.



יט. הביקורת על המשיב מתעצמת בנתיב ההמשך, גם בקראנו את מכתב המינהל מ-15.8.95 למערער, בו מוגדר השטח כ"שטח לגינון" ללא אזכור נושא הנצחה, שאילולא הוא לא היינו באים עד הלום, וזאת למעט אמירה במסגרת התנאים המיוחדים, המתארים את השטח כ"משמש כיום כגן", לפיה "החוכר מתחייב לתלות שלט בכניסה לגן ובו תיאור האתר ומספר טלפון לתיאום הביקורים". מבלי לפגוע באיש, המינהל עניינו במקרקעין, ואין עניינו כנראה בהיסטוריה ובמורשת, ועל כן לא ניתן במסמכים הביטוי הנכון ולא נדרשו הדרישות הנכונות. כך גם בטיוטת המענה שצורפה לאותו מכתב מ-15.8.95. זאת – מה גם שהחלטת המינהל 302 מ-19.3.85 לעניין הקצאה למוסדות ציבור, ממנה ניתן להקיש, מדברת ב"מוסד ציבורי" המחייב פורמליות של עמותה או הקדש, תקנון וכיוצא באלה ואישורים שונים, שבכירור אינם מתקיימים בענייננו, ושלגביהם ניתן לגבות דמי חכירה סמליים (2% - החלטה 721 מ-20.6.95).

כ. נוצר ביחסים בין המערער למשיב דו שיח של חרשים, שכן המערער נע לו במסלול אתר הזיכרון, בעוד המשיב נמצא במסלול של "גן" באופן כללי. ראו למשל מכתב המערער למנהלת מחוז תל אביב של המשיב מיום 9.3.95, המדבר על אתר הנצחה וגן הנצחה, שאינו נזכר בטיוטת חוזה החכירה, תוך שהמערער טוען למשאלתו כי "אתר זה, שאנחנו מקפידים מזה עשרות שנים על שימורו ועל פתיחתו בפני הציבור, ישמר במתכונתו זו עבור הדורות הבאים". ואולם, המציאות תורה דרכה, ולא היא. בעדותו בבית המשפט קמא מיום 16.1.06 (פרוטוקול, עמ' 20) ציין המערער "הגן הוא חלק מביתו הפרטי של יצחק שדה ויש בו גם דברים שונים שכלולים בסיורים. אין אפשרות להפריד בין הדברים. זה אתר אחד שהוא אכן בית פרטי ואתר זיכרון". המערער נשאל אם כל אחד יכול להיכנס למקום, ותשובה היא, "כל מי שמצלצל בפעמון אחת משתיים: במקרים מסוימים אנחנו מאפשרים לו להיכנס ובמקרים אחרים נותנים טלפון לתאום ביקור". עוד ציין (עמ' 21) בתשובה לשאלה אם אין טלפון על שלט בדלת, "המקום קודם כל מתפרסם בפרסומים של עיריית תל אביב ובמקומות נוספים וכל מי שדופק בדלת מקבל מידע איך אפשר להיכנס... יש שילוט וכתוב שזה בית יצחק שדה, אבל אין שלט עם שעות פתיחה, כי לא מדובר על שעות פתיחה, מדובר על ביקורים מתואמים מראש". לא הייתה תשובה ברורה לשאלה באיזו תדירות נעשים ביקורים (עמ' 22), כשליטת המשיב התדירות פחותה מאחת לשבועיים, ולשיטת המערער יש להוסיף ביקורים ספורדיים שונים שאינם מתועדים.

כא. מכתב המערער מיום 20.11.95 (מן הסתם במענה למכתב המינהל מ-31.10.05 שעניינו "שימוש בפועל כחצר"), מתאר את השטח כ"חלק בלתי נפרד מאתר הנצחה",

והבקשה היא לא "לרכוש את המקום לצרכי גינון שכן הוא בלאו הכי נמצא בחזקתו כל חייו, אלא להגדירו כגן זיכרון וליצור מסגרת נאותה לשימורו של אתר חשוב זה". על כן מזכיר המערער כללי איסור על מכירת ביתו הפרטי, חיוב "לאפשר לציבור כניסה לאתר, ולתלות על ביתו שלט המציין את סידורי הכניסה", לאפשר לציבור לבקר גם בביתו הפרטי. ולדאוג לשימור המקום, ואם כן אין לראות בכך עסקת מקרקעין פרטית. צורפה חוות דעת מטעם המערער מיום 5.10.95 מאת השמאי ח' בן-ארי, המציין "מטרת החכירה לשמור את הנכס כגן זיכרון ליצחק שדה ולמורשתו"; "שימור הגן כולל פתיחתו לציבור הרחב, קיום כנסים, אזכרות וסיורים מאורגנים"; מדובר גם על השימוש כגן זיכרון. ואולם, הקושי בחוות דעת זו הוא שהיא מתייחסת אל המקום כגן זיכרון לכל עניין ודבר, וברי שאין הוא במציאות כזה במלוא מובן המלה אלא באופן חלקי. המינון בפועל בין ה"פרטיות" ל"ציבוריות" הוא כאמור, לטובת הפרטיות.

כב. נתתי אל לבי את חוות דעתה של פרופ' רחל אלטרמן מומחית בית המשפט, שמונתה בהסכמת הצדדים, "על מנת שתחווה את דעתה בשאלת הייעוד התכנוני של המגרש" (החלטה מיום 18.12.02), ולא נחקרה על-ידיהם על חוות דעתה. חוות הדעת ראתה את הייעוד המתאים ביותר של השטח עליו ניטשת המחלוקת כשטח פתוח – גן ציבורי, דבר התואם את התפיסה של הותרת שטח ציבורי בעל צפיפות נמוכה ופתיחות מרבית לנוף, ללא זכויות בניה למגורים. פרופ' אלטרמן כותבת:

"אף שלא נתבקשתי לחוות דעתי על הצד החוזי-קנייני של המחלוקת, אני רואה לנכון לעשות זאת משום שלעניות דעתי, בחשיבת תיכנון עדכנית, לא ראוי לערוך הפרדה מלאכותית בין התוכנית לבין אמצעי ביצועה. לעיתים לא נדירות, יש זיקה משמעותית בין הייעוד הראוי בתוכניות לבין ההסדר הקנייני. ההפרדה הקשיחה בין נושאים אלה אינה נכונה, והיא אף כבר רוככה גם בדיני התיכנון והבנייה בישראל. כך לדוגמה, בסוגיית המרינה בהרצלייה (ואחיותיה בצפון הארץ), כרכה הפסיקה את הפרשנות בדבר ייעוד הקרקע ל"מגורי נופש" (או מינוח דומה), יחד עם הוראות שבתחום הקניין והחוזים (חיוב ליישם חוזים לתקופה מינימאלית של השכרה מתחלפת של המקרקעין). גם כאן, מימוש כוונתם של מוסדות התיכנון בדבר גן יצחק שדה לא יכול להתבצע כראוי על ידי כלי התוכניות הרגילים ועליו להסתייע גם בכלים חוזיים-קרקעיים.

האם מר שדה טוען בתום לב, שהגן על שם אביו יוכל לשמש לאורך שנים כגן הנצחה לאביו, אם יוחזר לו בדרך רגילה (ואף אם יבטיח שהנכס לא יימכר)? ככל שמתגאה מר שדה במשך הזמן הארוך שבו הוא השכיל להבטיח גישה סבירה לציבור מבקרים לגן שטיפחו אביו והוא, כך במקביל, כדרך הטבע, קטן אופק הזמן שבו

ימשיך גן זה להיות בעל נופך ציבורי ונגיש לציבור. ללא מנגנון שיפקיד את השליטה בגן בידי ארגון או מוסד בר-קיימא, סביר להניח שהגן יהפוך לחלק של מתחם המגורים. אף אם יתחייב מר שדה שלא למכור את הגן, אין זה מונע ממנו להעביר את הנכס בדרכים אחרות. לא ברור מי יתחייב לשמרו ולהבטיח נגישות לציבור לאורך דורות. הפיתוי הכלכלי שהבאים במקומו של מר שדה יחדלו מהנגישות לציבור הוא רב, שכן מדובר בנכס בעל שווי פוטנציאלי רב, במיקום ייחודי על הצוק, מול הים, בלב העיר הראשית של ישראל.

אם תם לב מר שדה, הרי ישנן דרכים חלופיות אחדות שבהן יוכל להבטיח את המשך קיומו של הגן כאתר הנצחה ומורשת - מן הכבד לקל:

א. העברת הזכויות במקרקעין שלהם הוא טוען (או היה טוען) מול פקיד ההסדר, לגוף ציבורי כמו העירייה, אך לאו דווקא גוף זה. ישנם גם גופים אחרים, חוץ-ממשלתיים העשויים להוות עוגן ראוי. החיסרון של הסדר כזה הוא ההעמסה על גוף ציבורי - ומן המפורסמות הוא שגוף כזה עלול להיתקל בקשיי ניהול ותקציב לאורך זמן, ולאובדן הדביקות במטרה.

ב. הקמה של קרן בת-קיימא, או של נאמנות, שתדאג לתחזוקת הגן. גוף זה יחכור את השטח וינהל את הקרן - כדוגמת המועצה לשימור אתרים או מוזיאון הפלמ"ח.

ג. חתימת הסכם חכירה, אך תוך יצירת נאמנות שתקבל את השליטה בנכס רק במצב בו לא יהיו עוד בני משפחת שדה שיתחזקו את הגן ויבטיחו נגישות לציבור. בד בבד תוענק זיקת הנאה לציבור לצמיתות לנגישות לגן או למיצפור (אם יחד הגן מלהיות מתוחזק).

ועוד כהנה וכהנה הסדרים, שפירושם הכלכלי הוא המעטה רבה בהנאה מהערך הקרקעי של הגן כהשבחה לחלקה בה ממקום הבית הנוכחי. על פי חלופות אלה, ההתדיינות סביב חוזה החכירה תתרוקן מתוכנה הכלכלי-פרטי.

דברים אלה נראים על פניהם נכוחים.

כג. אכן, טענתו של המערער, כי יש להחכיר לו את השטח בדמי חכירה סמליים, מבוססת על ההנחה שמשפחתו תמשיך לקיים אותה הנצחה של ביקורים במקום בתיאום מראש גם אחרי מאה ועשרים שלו. גם אם מאמין בכך המערער, ואיננו בוחני כליות ולב, אי אפשר לצאת, בגדרי ההיגיון והשכל הישר, מהנחה זו, המנוגדת לניסיון אנושי וחברתי, לדרך הטבע. גם את המזכר מ- 19.12.94 אי אפשר לפרש כאילו השימוש

בפועל בו מדובר כגן זיכרון מבוסס על ביקורים מתואמים לפי יכולתו של המערער, מבלי לפגוע בכוונותיו הטובות. ברי איפוא, ואנו מטעימים זאת מבלי לפגוע במערער ובאשר עשה לאורך השנים - כי הנצחה המבקשת לקבל גוון ממלכתי ובודאי במבט לעתיד לבוא, ואיש מאתנו אינו נצחי (אנו מאחלים למערער כמובן אריכות ימים ושנים), צריך שתהא בפיקוח ציבורי באמצעות גוף מוסדר, אם עמותה מתאימה ואם אף גוף ממלכתי כזה או אחר. כל עוד לא זה המצב אין לדרוש מן המינהל, קרי מן הציבור, שילך בדרך שמבקש המערער. גם אם בשלבים מסוימים נשתנתה במידה מסוימת מדיניות המינהל נוכח התפתחויות בחקיקה לעניין החופים ובמדיניות בכלל, המצב המשפטי אינו יכול להיות תואם את משאלת המערער. על כן הביטוי "תיערך השומה לפי השימוש בפועל" מוכרח לשקף את מציאות השימוש בפועל, שעיקרו פרטי וחלקו כהנצחה וזיכרון המנוהלים באופן פרטי. נזכיר עוד, כי בכל הנוגע להסדר במקרקעין, נתן המשיב את הסכמתו לביטול פסק הדין אשר מחק את תביעת המערער לבעלות בהסדר והחזרת הסכסוך, כפי שהוכרו על ידי פקיד ההסדר, לבית המשפט המחוזי (ראו פסקה י"א למעלה). זאת רשמנו לפנינו, כמובן מאליו בגדרי הוגנות כדי שלא ישתנה מצבו של המערער לרעה נוכח ההשתלשלות, ומבלי שנביע כמובן דעה באשר לתוצאה, ככל שיחזור הסכסוך לעניין זה להתברר.

המזכר כהסכם מחייב?

כד. במישור המשפטי, כאמור, בית המשפט קמא קבע, כי המזכר אינו מהווה הסכם מחייב מבחינת דיני החוזים. אוסיף:

"הלכה מושרשת היא, כי כותרתו של מסמך אינה מכריעה לגבי תוקפו המחייב; ואף העובדה כי המסמך אינו חותם את המשא-ומתן, וכי הצדדים מתכוונים לערוך בהמשך חוזה פורמאלי מפורט וסופי, אינה שוללת מניה וביה מן ההסכם המוקדם את תוקפו המחייב. "חומר גלם" כחלק ממשא-ומתן לקראת כריתת חוזה, או הסכם של ממש - הכל תלוי בכוונת הצדדים (ראו ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ, פ"ד לג(2) 281). כך מצינו כי גם מסמך המהווה "זיכרון דברים", "מכתב כוונות" ובענייננו "סיכום תנאים מסחריים", עשוי להיתפס ברשת החוזית ולהקים זכויות וחובות ברי אכיפה במשפט (ראו גם גבריאלה שלו, דיני חוזים - החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ה) 163-166). כדי שיוקנה למסמך כזה תוקף חוזי עליו לקיים את דרישות היסוד המותוות בחוק החוזים, לאמור: גמירות דעת ומסוימות. על המסמך להעיד על רצונם של הצדדים להתקשר זה עם זה בהתקשרות מחייבת; עליו לכלול את התנאים היסודיים והחיוניים לעסקה (לעיתים על המסמך לקיים גם דרישות צורניות...) (ע"א 11173/02 אלוניאל

בע"מ נ' זאב בר בנין ופיתוח (1994) בע"מ (לא פורסם)).

כאמור לעיל (פסקה י"ז), יש במזכר – אף שאין לבטלו מכל וכל כמובן – עמימות לא מועטה, בעיקר בכל הנוגע למשמעות "השימוש בפועל" ולגבי שאלת התמורה – סוג שומת הקרקע לחכירה וגובהה. על כן תנאי המסוימות אינו מתמלא. בנוסף, הכוונה לכרות חוזה בהמשך הדרך חוזרת מספר פעמים לאורך המזכר, כמו גם הכוונה לערוך שומה, ובכך אף מופחתת גמירות הדעת המובעת במזכר. נוכח האמור, אף מבחינת דיני החוזים גרידא, מסכים אני עם בית המשפט המחוזי כי אי אפשר לראות במזכר הסכם מחייב הניתן למימוש כמות שהוא, אף אם היה צעד משמעותי לקראת חוזה.

המזכר כהבטחה מינהלית?

כה. בית המשפט המחוזי ניתח את התנהלות המינהל ואת המזכר מיום 29.12.94 גם בכלי המשפט המינהלי, וקבע כי אין מדובר בהבטחה מינהלית. נאמר, שלא התמלאו התנאים הנדרשים על מנת לחייב את הרשות להבטחתה (ראו ע"א 3781/07 אליהו נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה פתח תקווה (לא פורסם)), פסקה 24 לדברי השופט דנציגר): לא היתה לנותניה סמכות לתיתה, ובנוסף היא נגדה הנחיות והוראות כלליות, ועל כן אף לא היתה בת ביצוע. עמדה זו בשורתה התחתונה מקובלת עלי, גם נוכח העמימות וחוסר הפירוט שבמזכר (ראו בג"צ 5018/91 גדות תעשיות פטרוכימיה בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(2) 773, 779, וכן י' זמיר, הסמכות המינהלית (מה' 2 מורחבת, תש"ע-2010), א', 636 הע' 108 והאסמכתאות שם). אוסיף, כי הבטחה מינהלית יכולה להיות בעוצמות שונות, החל בכזו הפותחת נתיב מדיניות בכיוון מסוים, שעד מימושה הדרך ארוכה ורבה, וכלה בכזו הניתנת למימוש כאן ועכשיו. בין שתי אלה יש מנעד, המחייב לבדוק כל מקרה לגופו בסימנים שניתנו בהבטחה כזו (השוו יואב דותן "הבטחה מינהלית לציבור" משפט וממשל ה' (תש"ס) 465, עמ' 476 ואילך). במקרה דנא אנו מצויים במנעד, אך בודאי לא בהבטחה בת מימוש כמות שהיא, על פי תוכנה. אמנם, כבר ציינתי (פסקה י"ז-י"ח), כי משיב המערער אל מול מ"מ מנהל המינהל ויועצת משפטית, יכול היה להאמין כי הם מהווים סמכות שהבטחתה הבטחה. יתכן שגם הם האמינו שעשו צעד משמעותי, ושאכן היה לדידם כזה. אך דעת לנבון נקל כי המלאכה שיצאה מתחת ידיהם לא יכלה להיות ממומשת כמות שהיא ובסיס לביצוע, אלא רק צעד לקראת חוזה שלא נחתם (לעניין השיקולים הנוגעים לאכיפת הבטחה מינהלית שניתנה בחוסר סמכות ראו בג"ץ 9634/08 מועצה אזורית חוף השרון נ' שר הפנים (לא פורסם)), פסקה 28 ואילך לדברי השופט ארבל וההפניות דשם; ליחסו של המשפט העברי להבטחה המינהלית ראו בג"צ 714/06 רב טרן זיו נ'

ראש אגף תקשוב בצה"ל (לא פורסם), פסקה י"ד, וכן קארין יפת "הבטחה מנהלית: לידתה, תולדותיה, אחריתה - אך מדוע נגזרה עליה מיתה?" קרית המשפט ג' - ספר זכרון לחיים ה' כהן 591, 636 (2003): יצוין, כי המחברת מבקשת לאשש את הלכת בג"צ מס' 321/75, 135/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, וסבורה כי נשחקה לאורך השנים. לא זה המקום להידרש לסוגית ההבטחה המינהלית במכלולה, נוכח הנסיבות שתוארו).

כו. אכן נזכיר, "שלפני שכלל ניגשים לבחון האם מתקיימים תנאים אלו (לאישוש הבטחה מינהלית – א"ר), על הטוען לקיומה של הבטחה מינהלית להוכיח באופן ברור כי אכן ניתנה הבטחה כאמור וכי מדובר בהבטחה מפורשת, ברורה וחד-משמעית" (עניין אליהו, פסקה 24 ואילך, וראו ההפניות דשם). ההבטחה שבמזכר נחלקת לשני ראשים: ראשית, כי השטח יוחקר למערער; שנית, כי דמי החכירה יהיו בהתאם לשימוש בפועל. במזכר לא נכתב כי מדובר יהיה בסכום סמלי – דבר זה נאמר למערער בעל פה ובסיכום ישיבה הקודם למזכר, ותוך התניה שלא נתקיימה. מבחינת עצם ההחכרה, אין חולק כי המינהל פעל לקידום ההחכרה למערער, והמחלוקת נסבה על גובה השומה. לעניינה של זו – כאמור, שומה לפי השימוש בפועל אינה יכולה להיות בתשלום סמלי בנסיבות שלפנינו, של השימוש בפועל והמבט לעתיד, ועל כן גם אין לומר שהמזכר הוא הבטחה מינהלית הניתנת לשימוש, בודאי בכל הנוגע לגובה התשלום. הקושי המרכזי שלפני המערער הוא מהות השימוש בגן, כנאמר, ומעל משוכה זו אין בידו לחלוף באורח מספק ואכיף.

סוף דבר

כז. עדיין אין זה מאוחר, לטעמנו, להגיע להבנה מושכלת באשר לדרך השימוש בגן על דעת המערער באופן שינציח את זכרו של אלוף שדה ע"ה באורח ציבורי מוסדר, תוך הבטחת המשכיות. כן נזכיר, כי ככל שיראה עצמו המערער נפגע מהתנהלות המינהל כלפיו, פתוחה בפניו הדרך לתבוע את נזקיו בתחום האזרחי (א' שטיין "הבטחה מנהלית" משפטים י"ד (תשמ"ד-תשמ"ה) 225, עמ' 289 ואילך; עניין חוף השרון, פסקה 30; בג"ץ 3978/06 סא"ל (מיל) מימוני נ' צבא הגנה לישראל (לא פורסם), דברי המשנה לנשיאה ריבלין).

כח. סוף דבר וסיכומו, תיארנו תמונה עובדתית ומשפטית שנכחה איננו נעתרים לערעור (תוך שרשמנו האמור בסיפת פסקה כ"ג); ומחדלי המשיב מצדיקים את

הכרעתו של בית המשפט קמא בעניין ההוצאות, ועל כן אין אנו נעתרים גם לערעור שכנגד. איננו עושים צו להוצאות בשניהם.

ש ו פ ט

השופט מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"א באייר תש"ע (25.4.10).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת