



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9073/07

לפני :  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט י' עמית

המערערת :  
מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון

נגד

המשיבים :  
1. אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ  
2. אפרופים, איגינסי דה פרומוסיון את פינאנסמנט  
אימובילירס ס.א.  
3. נוגה אינדסטרי הולדינג ס.א.  
4. ניסים גאון

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
בת"א 1376/98 שניתן ביום 9.8.2007 על-ידי כב' השופט  
משה דרורי

תאריך הישיבה :  
י' באב התש"ע (21.7.2010)

בשם המערערת :  
עו"ד אורית סון ; עו"ד לימור פלד

בשם המשיבים :  
עו"ד מיכאל שחור ; עו"ד סנדרין דדון

### פסק-דין

השופטת א' חיות:

האם נקשר בין המדינה ובין המשיבים או מי מהם בשנת 1991 הסכם מסגרת רב-שנתי (שלוש שנים) לבניית 3,000 יחידות דיור בדרום הארץ על-פי תנאי הפרוגרמה של משרד הבינוי והשיכון, או לחלופין האם ניתנה למשיבים או מי מהם בעניין זה הבטחה שלטונית מחייבת מאת מי שהיה אותה עת שר הבינוי והשיכון, מר אריאל שרון? ולבסוף, האם התנהלו נציגי המדינה כלפי המשיבים או מי מהם בשלב המשא ומתן בחוסר תום-לב המצדיק חיוב המדינה בתשלום פיצויים?

אלו השאלות העיקריות העומדות לדיון בערעור זה, לאחר שבית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט מ' דרורי) קבע בפסק דינו מיום 9.8.2007 כי יש להשיב בחיוב על כולן כאחת.

תמצית העובדות הצריכות לעניין

1. בשנת 1994 הגישו המשיבים בבית המשפט המחוזי בירושלים נגד המדינה המרצת פתיחה (אשר תוקנה והועברה בשנת 1998 לפסים של תביעה רגילה), בה עתרו לסעד הצהרתי הקובע כי בין המדינה לבין המשיבה 1 (או מי מן המשיבים) נקשר הסכם מסגרת רב-שנתי לבניית 3,000 יחידות דיור בדרום הארץ, במשך תקופה של שלוש שנים וזאת על-פי תנאי הפרוגרמה של משרד הבינוי והשיכון ובהתאם לתוספת לחוזה הפרוגרמה שנחתמה על-ידי המשיבה 1 (להלן: התוספת). כמו כן עתרו המשיבים לסעד הצהרתי הקובע כי המדינה הפרה את ההסכם וכי עליה לשלם פיצויי קיום בגין הפרה זו. לחלופין ביקשו המשיבים כי יוצהר שהמדינה מחויבת לביצוע תוכנו של ההסכם כאמור מכוח דיני ההבטחה המינהלית שהופרה על-ידיה וכי משחלף הזמן וההסכם איננו רלוונטי עוד, חייבת המדינה לפצות את המשיבים בגין הפסד רווחים ובגין הנזקים שנגרמו להם בנסיבות העניין. לחלופי חלופין עתרו המשיבים כי יוצהר שהמדינה חייבת לפצותם על הפסד רווחים ונזקים בשל כך שנהגה בחוסר תום לב במהלך המשא ומתן עימם.

2. התובענה שהגישו המשיבים נסמכת על התחייבות אשר לטענתם נולדה בפגישה שהתקיימה ביום 14.2.1991 בין נציגי המשיבים ובין שר הבינוי והשיכון דאז, מר אריאל שרון (להלן: השר) וגורמים נוספים במשרד הבינוי והשיכון (להלן גם: משב"ש). ההתחייבות הנטענת מצאה את ביטויה, כך לטענת המשיבים, בפרוטוקול רשמי של אותה פגישה אשר נשלח אליהם והיא נכללה בתוספת להסכם הפרוגרמה הסטנדרטי, אשר הועברה לחתימת המשיבה 1 על-ידי משב"ש. פגישה זו (להלן: פגישת פברואר) התקיימה במסגרת המגעים שניהל משב"ש עם נציגי המשיבים ועם חברות בניה נוספות על רקע גלי העלייה מברית המועצות לשעבר בתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת, ובשל הצורך הדחוף שנוצר בעקבות כך וכן בעקבות מחסור כללי בדירות באותה תקופה, למצוא פתרונות דיור לעולים החדשים ולזכאים אחרים. לשם כך החליטה הממשלה בין היתר ביום 2.8.1990 לעודד בניה מזורזת של דירות לעולים חדשים ולזכאים אחרים כאמור, ומשב"ש אף הכין במחצית השנייה של שנת 1990 "תוכנית מיוחדת להרחבת היצע הדיור" (להלן: הפרוגרמה), במסגרתה ניתנו

מענקים, תמריצים והטבות לקבלנים במטרה לעודד את הבנייה למגורים ולהאיצה. כמו כן הייתה המדינה מוכנה להתחייב במסגרת הפרוגרמה לרכוש עד 100% מן הדירות שייבנו, ככל שאלה לא תימכרנה בשוק החופשי, וזאת על-מנת לעקר את הסיכונים הכרוכים בשיווק הדירות (להלן: התחייבות הרכישה). עקרונות הפרוגרמה באו לידי ביטוי ב"חווה פרוגרמה" שהיווה חוזה מסגרת ונועד להסדיר את המתכונת הכללית להתקשרות בין המדינה לבין חברות בנייה שהוכרו כ"חברות משכנות". כמו כן התווספו לחוזה הפרוגרמה חוזה ספציפי ודף פירוט אשר כללו התייחסות לפרויקט נושא ההתקשרות, לאתרים שבהם תבוצע הבנייה, לכמות יחידות הדיור וגודלן, למספר יחידות הדיור לגביהן תחול התחייבות הרכישה ועוד. חוזה הפרוגרמה ותוספותיו אכן שימשו בסיס מחייב להתקשרויות חוזיות רבות שערך משב"ש עם חברות בניה ויזמים שהוכרו כ"חברות משכנות", וכפי שיפורט להלן אף נקשר על-פי מסמכי התקשרות אלה בשנת 1991 חוזה בין המדינה ובין המשיבה 1 לבניית 748 יחידות דיור בקריית גת. התקשרות זו אינה נוגעת ישירות למחלוקת נושא הערעור דנן, אולם לא למותר לציין כי היא עמדה במוקד הליך משפטי קודם שהתנהל בין הצדדים (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995)).

3. המגעים בין משב"ש לבין נציגי המשיבים לצורך שילובם בבנייה על-פי הפרוגרמה ותנאיה, תחילתם בפגישה שהתקיימה בקיץ 1990 בין השר לבין המשיב 4 (להלן: גאון), כמי ששימש אותה עת יושב-ראש הפדרציה הספרדית העולמית. במהלך אותה פגישה העלה גאון בפני השר את בעיית הדיור של זוגות צעירים בני עדות המזרח ושל אוכלוסיות מוחלשות בישראל, ואילו השר מצידו הציע לגאון להשתלב בפרויקטים לבניה על-פי תנאי הפרוגרמה ולהשתתף בכך בפתרון הבעיה. בעקבות אותה פגישה החל גאון באמצעות נציגיו ובאמצעות חברות בשליטתו ובהן המשיבות 2 ו-3, להיערך להשתלבות בפרויקטים כאמור. המשיבה 2, חברת בניה בינלאומית בשליטתו של גאון הרשומה בשוויץ, נרשמה כחברת חוץ בעלת סניף רשום בישראל וכן כקבלן רשום וכחברה משכנת. כמו כן החל גאון לנקוט צעדים להקמת מפעל לייצור אלמנטים טרומיים לבניה מתועשת בנתיבות (להלן: המפעל) ולשם כך הוקמה ביום 11.12.1990 חברה בשם קואל-טכ תעשיות בניה בע"מ (להלן: קואל-טכ). במאמר מוסגר יצוין כי המפעל זכה למעמד של "מפעל מאושר" ולסיוע מן המדינה והחל לייצר בשנת 1992. כמו כן, התאגדה בישראל ביום 17.3.1991 המשיבה 1, אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ (להלן: אפרופים), והיא אושרה ביום 27.3.1991, כעשרה ימים לאחר התאגדותה, כחברה משכנת. ההתקשרות הנזכרת לעיל לבניית 748 יחידות דיור בקריית גת בתנאי הפרוגרמה נערכה בין המדינה לבין אפרופים לאחר שאפרופים חתמה ביום אישורה כחברה משכנת על חוזה הפרוגרמה וכן על דפי פירוט, ולאחר שהוועדה

להקצאות קרקע ללא מכרז החליטה עוד ביום 28.1.1991 להקצות לאפרופים, בכפוף לאישורה כחברה משכנת, קרקע לצורך בניית כ-800 יחידות דיור בשכונה המערבית בקריית גת (אישור דומה המתייחס אף הוא לאותה שכונה ניתן לשתי חברות בניה נוספות).

4. המחלוקת נושא הערעור נוגעת כאמור להתקשרות רב-שנתית שהייתה או לא הייתה בין המדינה ובין המשיבים או מי מהם, לבניית 3,000 יחידות דיור במהלך שלוש שנים על-פי תנאי הפרוגרמה. ראוי להקדים ולומר כי נוכח הציפייה שהייתה אותה עת להתגברות העלייה לישראל יזם משב"ש בסוף שנת 1990 תחילת שנת 1991 תוכנית להתקשרות רב-שנתית עם חברות בניה שבבעלותן מפעל לבניה טרומית וכושר ייצור מוכח, וכן עם חברות בנייה זרות, לצורך בניה בהיקפים גדולים. הכוונה הייתה להקצות לחברות אלו כמות מוגדרת של יחידות דיור (כ-1,000 לשנה) וזאת במהלך שלוש שנים, ובמסגרת הסכם להתקשרות רב-שנתית, המבטיח לחברות התחייבות משתלמת וארוכת טווח לביצוע השקעה בישראל ולייצור במפעלים לבניה טרומית.

כפי שצוין לעיל, בפברואר 1991 התקיים בעניין זה דיון בהשתתפות השר, נציגי המשיבים ונציגי משב"ש והמסמך המסכם את אותו הדיון (להלן: סיכום הדיון) הוא המסמך העיקרי עליו מבססים המשיבים את טענותיהם בדבר קיומה של התקשרות רב-שנתית בת תוקף עם המדינה על-פיה התחייבה המדינה להקצות למשיבים או מי מהם קרקע להקמת 3,000 יחידות דיור במשך שלוש שנים. בשל חשיבותו של סיכום הדיון, מן הראוי להביאו להלן במלואו, וכך נאמר בו:

"ירושלים, ל' בשבט תשנ"א  
14 בפברואר 1991

#### דיון עם שר הבינוי והשיכון מר אריאל שרון

##### הנושא: חברת אפרופים

נוכחים:

מר אהרון אוזן, חבר מועצת המנהלים  
מר יואל הרצוג, מנהל אפרופים  
עו"ד יצחק הרצוג, יועץ משפטי  
עו"ד יעקב ברנט  
מר דני לימור, מנכ"ל קואלטק  
מר אריאל לוין, מנהל (בפועל) אגף נכסים ודיור  
מר עמי שנער, אדריכל ראשי משב"ש

סוכם:

1. משב"ש יפעל להתקשרות עם חברת אפרופים לבניית כ-3000 יח"ד במשך 3 שנים. מאחר והחברה מקימה מפעל בדרום הארץ, ישתדל משב"ש להקצות לחברה קרקעות באיזור הדרום.

2. מנהל מחוז הנגב הציע לחברה:

- א. בניה רוויה של כ-1000 יח"ד בב"ש בשכונה יא'.
- ב. אפשרות בניה של כ-1000-2000 יח"ד בניה נמוכה בב"ש באחד מאתרי החרום.
- ג. בניה רוויה של כ-1500 יח"ד באופקים.

3. החברה תפגש עם מנהל המחוז לצורך מו"מ וסיכום דברים. החברה תקבל אישור ממשב"ש להבאת עובדים זרים.

רשם: קובי כץ  
עוזר השר

עותקים: כל הנוכחים

מר עמיקם אורן, מנכ"ל משב"ש  
מר אריה בר, מנהל מחוז הנגב  
מר אורי שושני, מנהל המינהל לתכנון והנדסה"

אשר לרשימת המכותבים לקבלת עותק מסיכום הדיון יצוין כי במהלך פגישת פברואר התקבל שגר פקסימיליה מאת מנהל מחוז הנגב במשב"ש, מר אריה בר (להלן: בר) אשר כלל הצעות לאתרי בנייה אפשריים בדרום הארץ וכן נכללה בו ההערה "טרם סוכם דבר". עוד יצוין כי עם סיום כהונתו של מר עמיקם אורן (להלן: אורן) כמנכ"ל משב"ש במארס 1991, החל בר לשמש כמנכ"ל בפועל של משב"ש. כמו כן ראוי לציין כי מר אורי שושני, אשר שימש במועד הרלוונטי כמנהל המינהל לתכנון והנדסה במשב"ש והיה אף הוא מכותב לקבלת עותק מסיכום הדיון (להלן: שושני), סיים את תפקידו זה ביום 31.7.1991 ומייד לאחר מכן החל לשמש כמנכ"ל אפרופים על-פי היתר שניתן לו לעבוד אצל אפרופים ללא תקופת צינון ובתנאי שיימנע במשך שנה מיום עזיבתו את משב"ש מלייצג את אפרופים במגעיה עם המשרד (על הפרת תנאי זה בארבע הזדמנויות שונות, על אי מסירת מלוא המידע הדרוש לוועדה למתן היתרים ועל כך שלא דיווח לממונים עליו כי קיים ניגוד עניינים בתפקידו כמנהל המינהל לתכנון והנדסה במשב"ש בעת שניהל משא ומתן להעסקתו באפרופים, הורשע שושני בפלילים - ראו גזר דינו של בית משפט השלום בירושלים בת"פ 4511/97 מיום 2.9.1998, מוצג 71 למוצגי המשיבים).

5. לאחר פגישת פברואר שלח משב"ש לאפרופים חוזה או חוזים לחתימה. הצדדים חלוקים ביניהם בשאלה העובדתית באילו חוזים מדובר. לטענת המשיבים, הועברו אליהם באותו שלב חוזה הפרוגרמה הסטנדרטי ומסמכים הנוגעים לבניית 748 יחידות דיור בקריית גת ובנוסף לכך הועברה אל המשיבים לטענתם גם תוספת לחוזה הפרוגרמה המתייחסת להתקשרות הרב-שנתית עליה דובר בפגישת פברואר לבניית 3,000 יחידות דיור במהלך שלוש שנים וזאת על-פי דפי פירוט שימסור משב"ש לאפרופים מפעם לפעם. כפי שכבר צוין לעיל, התנהל הליך משפטי קודם לגבי תנאי ההתקשרות בין אפרופים למדינה לגבי בניית יחידות הדיור בקריית גת, אך תוקפה של אותה התקשרות מעולם לא היה שנוי במחלוקת בין הצדדים והיא אינה נוגעת ישירות למחלוקת בענייננו. לעומת זאת, וככל שהדבר נוגע להתקשרות בחוזה רב-שנתי על בסיס תנאי הפרוגרמה והתוספת, אשר לטענת המשיבים נשלחה אליהם אף היא על-ידי משב"ש לאחר פגישת פברואר, טוענת המדינה כי התקשרות כזו מעולם לא קרמה עור וגידים. יתרה מכך לטענת המדינה ובניגוד לטענת המשיבים, התוספת מעולם לא נשלחה אל אפרופים לצורך חתימה ואף כי אין מחלוקת שהתוספת הגיעה לידי אפרופים ונחתמה על-ידיה, טוענת המדינה כי המשיבים לא הוכיחו באילו נסיבות נמסרה להם התוספת וכן לא הוכיחו שהתוספת החתומה הוחזרה על-ידם למשב"ש כחלק ממהלך של התקשרות בת תוקף על-פיה. מחלוקת עובדתית זו לא הוכרעה על-ידי בית המשפט המחוזי אשר סבר, ככל הנראה, כי ההכרעה בה אינה נדרשת לצורך מתן מענה לסוגיות המשפטיות שבפניו (ראו סעיף 37 לפסק הדין).

6. במהלך חודש יולי 1991 הודיע בר, שכבר כיהן אז כמנכ"ל משב"ש בפועל, למר אהרון אוזן, ששימש כיושב-ראש ההנהלה הישראלית של קבוצת אפרופים בישראל (להלן: אוזן), כי בכוונת משב"ש לחתום רק על הסכם הפרוגרמה ולא על התוספת הנוגעת להתקשרות בחוזה רב-שנתי. אוזן, מצידו, השיב לבר כי התוספת נחתמה על-ידי אפרופים, כי בעקבות פגישת פברואר ועל סמך התחייבות השר לשנים הבאות החליט גאון להיכנס לפעילות בניה אינטנסיבית בישראל והשקיע סך של כ-14 מיליון דולר לרכישת מפעל קואל-טכ וקבוצת אפרופים מתארגנת להקמתו ולהפעלתו בנתיבות לאחר שקיבל מעמד של מפעל מאושר. אוזן הוסיף וציין כי קבוצת אפרופים עומדת על כך שתיתתם עימה התוספת להסכם הנוגעת להתקשרות הרב-שנתית על-מנת שהיא לא תמצא את עצמה "בפני שוקת שבורה ונזק בל ישוער" (מוצג 63 למוצגי המשיבים). גאון ואוזן הוסיפו ופנו באותו עניין אל השר ואל גורמים נוספים במשב"ש וכן אל שר האוצר גם במהלך החודשים אוגוסט וספטמבר 1991, וביום 30.10.1991 התקיימה פגישה בין נציגי אפרופים לבין השר ואנשי משרדו, בה הוסבר לנציגי אפרופים (כעולה מסיכום אותו הדיון - מוצג ל"ד למוצגי המדינה) כי "עקב מגבלות

תקציביות ומשפטיות אין אפשרות להקצות לחברה קרקעות נוספות לבניית פרוגרמה מעבר לאלו שהוקצו בעבר", והוצע לה להשתתף במכרזים שונים שמפרסם המשרד והמיועדים לחברות בעלות מפעלים טרומיים וציוד מתועש לבניה. כמו כן סוכם כי משב"ש יפנה למשרד האוצר "במטרה לבדוק כיצד ניתן יהיה לפתור את הבעיה", אך ביום 13.11.1991 השיב סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר לפנייתו של בר כי אין אישור להוסיף חברה לרשימת החברות "הזכאיות להיכנס להתקשרות הרב שנתית" שהועברה בעבר לשר האוצר. פנייה נוספת של אוזון באותו עניין אל שר הבינוי והשיכון נענתה על-ידי השר ביום 16.1.1992 בזו הלשון: "אמנם אני מקבל את הערתך שכאשר שר מסכם נושא, הממשלה צריכה לעמוד מאחוריו וצר לי שבמקרה של הפעלת הבניה, הפיתוח והתשתית, המצב אינו כך. אין בידי לאשר הסכם לבניית יח"ד המבוקשות על ידכם ואת הסיבות לכך הבהרתי בפגישתנו." פניות נוספות שביצעו המשיבים לגורמים שונים במטרה להגיע לפתרון מוסכם לא נשאו פרי ומשכך הגישו המשיבים בשנת 1994 את התובענה דגן לבית המשפט המחוזי בירושלים, ובה עתרו לסעדים ההצהרתיים אותם פירטנו בסעיף 1 לעיל.

פסק דינו של בית משפט קמא

7. בפסק דינו מיום 9.8.2007 קיבל בית משפט קמא את התביעה. בפתח הדיון ראה בית המשפט להדגיש כי אף שבמהות הדברים עניין לנו ב"תביעה כלכלית" ואף שהמשיבים לא הסתירו את העובדה שהסעד ההצהרתי שנתבקש על-ידם יהווה בסיס לתביעת פיצויים של כ-258 מיליון דולר נגד המדינה, יש מקום לדון במתן הסעד ההצהרתי שהתבקש, בהפנותו בהקשר זה לע"א 50/89 ליטן נ' אילתה, פ"ד מה(4) 18, 26 (1991) ולע"א 656/79 גרינפלד נ' קירשון, פ"ד לו(2) 309, 316 (1982). על-מנת לאפשר את הגשתה של תביעה זו אף ניתן למשיבים היתר לפיצול סעדים. להשקפתי שגה בית משפט קמא כבר בראשית הדרך בכך שאיפשר את ניהול ההליך על דרך של המרצת פתיחה למתן סעד הצהרתי ועל כך אעמוד בהמשך הדברים.

לגופו של עניין סבר בית משפט קמא כי אין צורך להכריע במכלול הסוגיות שהעלו הצדדים בטיעוניהם בפניו, וכי "די במתן מענה לשאלות הבאות: א. האם התחייב שר הבינוי והשיכון, בשלב כלשהו, בין במפורש ובין במשתמע, לחוזה הנטען על ידי התובעים? ב. באם אכן נוצרה התחייבות כזו, האם היא מחייבת את המדינה?". בית המשפט הוסיף וקבע עוד כי אין צורך לדון באבחנה שבין חוזה להבטחה מינהלית ולהשקפתו "די יהיה בכך שיתקיימו תנאי כריתת חוזה, כדי לקבוע כי ההתקשרות בין הצדדים מחייבת מבחינה משפטית, בין אם המדובר בהבטחה מינהלית ובין אם בחוזה

עסקינן". בנתחו את הדיון שהתקיים בלשכת השר בפגישת פברואר ואת סיכום הדיון שהופץ בעקבות אותה הפגישה הגיע בית המשפט למסקנה כי פגישת פברואר וסיכום הדיון שיצא בעקבותיה הם "האסמכתא המשמעותית ביותר" התומכת בטענת המשיבים כי נוצרה התקשרות רב-שנתית מחייבת בין אפרופים למדינה. בהקשר זה התייחס בית המשפט, בין היתר, לעובדה כי הפגישה התקיימה לאחר שלבי משא ומתן מקדמיים, והגיעה אליה כל צמרת ההנהלה של אפרופים ויועציה המשפטיים, וכן צמרת משב"ש ובראשה השר. בית המשפט סבר כי יש בכך כדי להעיד על גמירת דעת ועוד סבר כי סיכום הדיון שהופץ לפונקציונרים הרלוונטיים במשב"ש יוצר "מצג של רצינות" וכי "יש בו כדי להעיד על התחלתה של פעילות מטה ביצועית-מעשית במשרד השיכון, מכוחו של אותו הדיון שהתקיים בלשכת השר". עוד קבע בית המשפט כי תוכנו של סיכום הדיון מלמד על הסכמות ברמה גבוהה של מסוימות, בציינו כי בפגישה סוכמו מספר יחידות הדיור המוצעות (3,000) ותקופת החוזה (3 שנים), ואילו התנאים הספציפיים של ההתקשרות, התמורה ופרטי הביצוע, נקבעו בחוזה הפרוגרמה הסטנדרטי כתנאים קבועים שאינם משתנים. עוד ציין בית המשפט כי בפגישת פברואר סוכם על הקצאת קרקעות באזור הדרום הסמוך למפעל, כי המשרד אף הציע הצעות ספציפיות בעניין זה, וכי על-פי סיכום הדיון כל שהיה על אפרופים לעשות הוא לבחור ביניהן. בפסקה המסיימת של סיכום הדיון צוין כי אפרופים תקבל אישור ממשב"ש להבאת עובדים זרים וגם מכך למד בית המשפט על הרצינות, על גמירות הדעת ועל כוונת הצדדים לפעול לביצוע מידי של הסיכום שהושג.

תימוכין נוספים למסקנה שאליה הגיע מצא בית משפט קמא גם בנסיבות החיצוניות המקיפות את פגישת פברואר, ובהן העובדה שהמשיבים החלו בביצוע של מה שסוכם בפגישה בדרך של רכישת המפעל והקמתו. בית המשפט קבע כי ההסכמות בין הצדדים היו מחייבות בעיניהם במידה כה רבה עד שהן הצדיקו תחילת ביצוע עוד טרם החתימה הפורמאלית על חוזה הפרוגרמה ועל התוספת, חתימה שהצדדים ייחסו לה משמעות זניחה. עוד ציין בית המשפט כי בחוזה הפרוגרמה עצמו ישנה התייחסות לאפשרות שהבנייה תחל טרם חתימתו וכי מן העדויות הרבות שנשמעו עולה שהשר "העביר מסר חד משמעי לכל המעורבים, לפיו עליהם להתחיל לעבוד מייד, ולא להמתין לסידורים פורמאליים שונים, כגון: חוזים חתומים". עוד הדגיש בית המשפט כי מדובר בהתנהלות אופיינית לשר שרון, שנהג להאיץ בקבלנים להתחיל בבנייה גם אם טרם נחתמו חוזים או מסמכים רשמיים אחרים ואינדיקציה נוספת ליצירתה של התקשרות מחייבת מצא בית המשפט בכך שבמכתבו לאוזן מיום 16.1.1992 לא רק שהשר לא התנער מן ההסכמות שהושגו, אלא הביע צער על אי כיבודן. בנוסף, נקבע כי מן העדויות עולה שהשר עצמו אמר להרצוג להגיש תביעה נגד משרד השיכון, וכן כי



הוא, השר, מוכן להעיד עבור אפרופים. באמצע עדות זו הוסיף בית המשפט והעיר כי המדינה התנגדה לבקשת המשיבים לזמן את השר לעדות ולא הכחישה את האמור בכל המסמכים שעליהם חתם. עוד ציין בית המשפט כי המדינה בחרה שלא להעיד מטעמה עדים שונים לתמיכה בגרסתה, וגם בכך מצא בית המשפט חיזוק לגרסת המשיבים.

8. בית המשפט הוסיף וקבע כי אין לקבל את טענת המדינה הנסמכת על הוראת סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב), לפיה התחייבותו של השר בטלה בהעדר כיסוי תקציבי. בהפנותו בהקשר זה לעדויותיהם של החשב ושל מנכ"ל משב"ש קבע בית המשפט כי לא ניתן לומר שהשר התחייב כלפי אפרופים ללא כיסוי תקציבי מתאים, ועוד קבע כי המדינה "לא הוכיחה מהם גבולות העדר התקציב". כמו כן קבע בית המשפט כי אין ללמוד מהוראת סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב, גם אם יש לה תחולה בענייננו, שכל המתקשר בחוזה עם המדינה חייב לברר האם החשב מתכוון לחתום על החוזה והאם קיימת מסגרת תקציבית מספיקה, בין היתר בשים לב לחזקה בדבר תקינות מעשה המינהל. עוד ציין בית המשפט כי מסעיף 43(ג) לחוק יסודות התקציב עולה שצד לחוזה שהינו תם לב, אינו צריך לשאת בתוצאות בטלותו וזאת גם אם תתקבל טענת המדינה לפיה בטלה התחייבות השר בהעדר כיסוי תקציבי מכוח הוראת סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב. בהפנותו להלכה שנפסקה בבג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(4) 749 (1995) (להלן: עניין זגורי) הוסיף בית המשפט וקבע עוד כי מקום ששיקולי צדק מחייבים זאת ניתן לחייב את המדינה לקיים את התחייבויותיה על-פי חוזה הגם שהוא או חלקים ממנו בטלים מכוח סעיף 43(ב) לחוק יסודות התקציב וזאת נוכח תחולתם של סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) על חוזה רשות ובסוגיית תום הלב הדגיש בית המשפט: "לא מצאתי אפילו גרגר אבק של חוסר תום לב אצל [המשיבים]".

9. בית המשפט סבר כי המדינה יצרה מצג של סמכות כלפי אפרופים בכך שאפשרה לשר לפעול "בדרך של ביצוע מידי וחתימה מאוחרת", במיוחד בהינתן העובדה שהבירור התקציבי נעשה לאחר סיכום הדיון. המדינה אף הפיקה את מלוא התועלת מכך ש"ביצועיסט", בלשונו, כמר אריאל שרון עמד בראש המשרד והצליח למצוא פתרונות דיור לעולים ולמנוע משבר לאומי חמור. על כן, כך נקבע, הסתלקותה מן המצג בדבר מעמדו והבטחותיו של השר היא חסרת תום לב. בהקשר זה קבע בית המשפט כי נראה שהמדינה הייתה מודעת לכך שציבור הקבלנים מסתמך על מצג זה, והא ראייה שמשרד האוצר נאלץ לפנות אליהם דרך העיתונות על-מנת להודיע כי הוא מתנער מן ההסכמים הנוצרים במשב"ש בהסתמך עליו. בית המשפט הדגיש כי מבחינת

גאון "השר הוא הממשלה" וגם לגבי יתר המתקשרים "סיכום עם שר הוא סיכום עם הממשלה", וכך ראוי שיהיה שכן אין לצפות מאדם השותף לסיכום עסקי שנעשה במהלך עסקים מקובל בלשכת שר ובנוכחות בכירים במשרדו, שיבדוק את פרטי הסמכתו של השר. עוד קבע בית המשפט כי המשיבים לא היו מתחילים בביצוע החוזה אלמלא ניתנו להם התחייבויות מתאימות מן המדינה; כי איש מן המכותבים לסיכום הדיון לא נתן דעתו לקושי התקציבי שבאותה תקופה כלל לא הורגש במשב"ש; וכי איש מהם אף לא העביר את סיכום הדיון לעיון החשב ולא הזהיר את השר או את המשיבים כי קיים חשש מפני העדר אישור תקציבי. מעבר לנדרש הוסיף בית המשפט וקבע כי מן הראיות עולה שהממשלה החליטה, בניגוד לעמדת שר האוצר, שלא תהיה הגבלת תקציב, ואף ניתנה למשב"ש הרשאה להוציא צווי תחילת עבודה טרם חתימה על חוזה. בכך החליטה המדינה עצמה את מעמדה המחייב של חתימת החשב על חוזה עם קבלנים וזאת לדברי בית משפט קמא "נוכח גודל השעה...".

בית המשפט קבע אפוא כי בין המדינה לבין אפרופים נקשר הסכם מחייב והוא מצא תימוכין למסקנתו זו גם במשפט העברי אותו סקר באריכות בהקשר זה. לבסוף ציין בית המשפט כי טענתם החלופית של המשיבים אף היא דינה להתקבל וקבע כי חובת תום הלב המוגברת המוטלת על המדינה מובילה בנסיבות העניין אל המסקנה שפגישת פברואר וסיכום הדיון מהווים הבטחה של השר וכי דינה של הבטחה זו כדין התקשרות מחייבת, במיוחד משהשר עצמו "עומד ברוחו מאחורי התובעים וסמך את ידו על תביעתם".

10. נוכח קביעותיו ומסקנותיו המפורטות לעיל קיבל בית המשפט המחוזי את התביעה והצהיר כי "בין המדינה לבין אפרופים שיכון (או מי מהתובעים) נקשר הסכם מסגרת רב שנתי לבניית 3,000 יחידות דיור באזור הדרום, במשך תקופה של שלוש שנים במסגרת הפרוגרמה של משרד הבינוי והשיכון, על פי תנאי הפרוגרמה וכקבוע בתוספת, ביחד עם הסיכום שהושג בלשכת שר הבינוי והשיכון (ת/6)". בית המשפט הוסיף והצהיר כי "חוזה זה לא בוטל כדין בשום שלב, והרי הוא עומד בתוקפו עד העת הזו. עם זאת, בשל עבור הזמן, אין בכוחה של ההצהרה האמורה כדי לאפשר את קיומו וביצועו של החוזה כעת, כלשונו, נוכח שינוי הנסיבות המשמעותי שחלף מאז". על כן ראה בית המשפט להציע לצדדים בפסקה החותמת את פסק הדין "להיכנס להליך גישור, לצורך היישום המעשי של פסק דין זה ו'תרגומו' לשפת המעשה, מבחינה כלכלית או כספית". כמו כן חויבה המדינה לשאת בהוצאות המשיבים כמפורט בפסקאות 193-195 לפסק הדין ובשכר טרחת עורך דין בסך מיליון ש"ח, בתוספת מע"מ.

המדינה לא השלימה עם פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ומכאן הערעור שבפנינו.

טענות המדינה בערעור

11. המדינה מעלה בערעורה שורה של טעמים אשר בגינם, לגישה, מן הדין לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא ולאמץ את עמדתה כי לא נוצרה התקשרות מחייבת בינה ובין המשיבים או מי מהם ואף לא ניתנה הבטחה שלטונית בת תוקף המחייבת את המדינה. לטענת המדינה, לא הייתה לשר סמכות לחייב את המדינה בהתחייבות דגן וככל שהוא התיימר לעשות כן, אין להתחייבותו תוקף משפטי. המדינה מפנה בהקשר זה אל חוק יסוד: משק המדינה, חוק נכסי המדינה, תשי"א-1951 (להלן: חוק נכסי המדינה) ואל החלטות הממשלה שפורסמו מכוחו, לפיהן המוסמכים לחתום על עסקאות מסוג זה שבתחום פעילותו של משב"ש הם מנכ"ל המשרד יחד עם חשב המשרד. במקרה דגן לא נתנו שניים אלה את אישורם להתחייבות הכספית המיטיבה ורבת ההיקף אותה מבקשים המשיבים לקבל ולא חתמו על המסמכים המגבשים אותה, ומשכך לא השתכללה התחייבות תקפה של המדינה. המדינה מוסיפה וטוענת כי התוכנית הכללית להתקשרות רב-שנתית הייתה כרוכה בהתחייבות תקציבית בהיקף גדול וכי בהתאם לחוק יסודות התקציב נדרשה הרשאה להתחייב לכל שלוש השנים כבר באותה שנת תקציב. כפועל יוצא מכך נדרשה תוספת אדירה לתקציב משב"ש, והיה צורך באישורו של שר האוצר לתוכנית ובהסכמתו להגישה לאישור ועדת הכספים של הכנסת.

המדינה מדגישה כי משב"ש והשר אכן ביקשו לבחון אפשרות של התקשרות רב-שנתית, ועשו כן לא רק מול אפרופים אלא מול עשרות חברות בניה. עוד מציינת המדינה כי בחודש אפריל 1991 הביא משב"ש את תוכנית ההתקשרות הרב-שנתית בפני משרד האוצר על-מנת לקבל את הסכמתו להגישה לאישור ועדת הכספים של הכנסת, אך משרד האוצר הביע התנגדות ליישומה של התוכנית נוכח נתונים שהגיעו באותו שלב בדבר ירידה בכמות העולים וגידול משמעותי במספר התחלות הבנייה. על רקע זה, כך מציינת המדינה, נפסקו המגעים שהחלו עם חברות הבניה ולא נחתם חוזה להתקשרות רב-שנתית עם אף אחת מהן. ההתקשרות הרב-שנתית הייתה על כן לטענת המדינה בגדר רעיון שלא הבשיל לכדי התקשרות מחייבת והיא מדגישה כי אי מתן האישורים הנדרשים להתקשרות הרב-שנתית איננו "מכשול פורמאלי וביורוקראטי" וכי מדובר בתנאי מהותי אשר בהעדרו לא ניתן להתקשר בהתחייבות רב-שנתית בת תוקף. לדברי המדינה אף נדרש כאמור אישור של ועדת הכספים על-מנת להוציא אל הפועל

את התוכנית הכללית להתקשרויות רב-שנתיות, וכן נדרשה קביעת קריטריונים לבחירת החברות הזוכות, החלטה של ועדת ההקצאות ובחינת ההתקשרות ואישורה על ידי מנכ"ל המשרד והחשב. כל אלה לא התקיימו במקרה דנן והמדינה טוענת כי המשיבים ידעו שבלא התקיימותן של דרישות אלה לא ניתן לגבש התקשרות רב-שנתית מחייבת.

להשלמת התמונה מציינת המדינה כי הממשלה שקמה בשנת 1992 בראשות יצחק רבין ז"ל נקטה במדיניות חדשה במסגרתה הוחלט בחודש נובמבר 1992 להפסיק את תוכנית הפרוגרמה בכללותה (בעניין זה מפנה המדינה אל בג"ץ 5035/92 הקרן לגאולת קרקע שליד מדרשת ארץ ישראל קדומים נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.10.1993) ואל ת"א (מחוזי י-ם) 100/94 מרדכי שכטר בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.9.1999)), ובהתאם הופסקו גם התקשרויות חד שנתיים ונקודתיות שטרם הגיעו לשלבים מתקדמים.

12. המדינה מוסיפה וטוענת כי פגישת פברואר הייתה לכל היותר פגישה מקדמית המגלמת נכונות עקרונית לקדם התקשרות ולנהל מגעים למשא ומתן ולטענתה שגה בית משפט קמא בקובעו כי פגישה זו הייתה "שיאו של המו"מ" שכן הוא איחד, בטעות, את המגעים שנוהלו בין הצדדים לכריתת חוזה הפרוגרמה לבנייה בקריית גת עם המגעים להתקשרות הרב-שנתית. לגרסת המדינה, סיכום הדיון אינו מבטא גמירות דעת ומסוימות, הוא אינו מנוסח כחוזה או כזיכרון דברים אלא מדובר ב"פרוטוקול" בלבד המנוסח בכלליות והנוקט בלשון "השתדלות". העדר המסוימות עולה לטענת המדינה גם מפניות המשיבים עצמם אל משב"ש לאחר פגישת פברואר בבקשה לתקן את סיכום הדיון ולהוסיף עליו. אשר לנסיבות החיצוניות לסיכום הדיון טוענת המדינה כי במשב"ש עצמו טרם התגבשה באותו שלב גמירות דעת להתקשרות בהסכם רב-שנתי, כי באותה תקופה נהלו פגישות ראשוניות עם חברות רבות שלא הבשילו לכדי הסכם מגובש, וכי משב"ש החל אז בהכנת טיוטה להתקשרות רב-שנתית, אותה הפיץ להערות ראשוניות כארבעה ימים לאחר פגישת פברואר. המדינה מדגישה בהקשר זה כי "גודל המעמד" ואישיותו של שר, רם ככל שיהיה, אינם יכולים כשלעצמם ליצור גמירות דעת מצד המדינה להתחייב בהסכם כספי ובפרט בהיקף כה גדול. המדינה מוסיפה וטוענת כי למרות האמור בסיכום הדיון, אפרופים לא פנתה למנהל המחוז בבקשה להמשיך את ניהול המשא ומתן וגם פניות נציגיה לאחר פגישת פברואר בבקשה לחתום על הסכם רב-שנתי מעידות על כך שהם לא סברו כי התגבש הסכם מחייב במהלך הפגישה. הקמת המפעל בנתיבות, כך נטען, אינה תנאי שנקבע בתוספת ולכן אין היא מהווה את תחילת ביצועו של החוזה, מה גם שהמפעל לא הוקם על-ידי אפרופים אלא על-ידי חברת קואל-טכ, שאינה נמנית עם המשיבים, והקמתו נועדה לשמש ואף שימשה פרויקטים

רבים אחרים. בהקשר זה הציגה המדינה חוות דעת של רואה חשבון לביסוס טענתה כי תוכניתו העסקית של המפעל לא הסתמכה על ההסכם הרב-שנתי ונועדה בראש ובראשונה למכירה בשוק החופשי. עוד טוענת המדינה כי בית המשפט שגה בקובעו שההסכם הרב-שנתי נכרת עם "מי מן המשיבים" שכן ההסכם חייב להיקשר בין שני צדדים מסוימים.

13. המדינה מוסיפה ומלינה על כך שבית משפט קמא לא נתן דעתו לשאלה המקדמית אשר הוגדרה בפסיקה ובכתיבה המשפטית כ"שאלה סבוכה ומורכבת" והיא - האם יש להחיל את כללי ההשתק על המדינה. המדינה מדגישה כי גם התומכים בהחלת כללים אלה על המדינה אינם סבורים שיש לעשות כן אלא במקרים מיוחדים ומטעמי צדק שאינם מתקיימים בענייננו ומכל מקום, כך טוענת המדינה, יסודות ההשתק אינם מתקיימים במקרה דנן. בית המשפט לא קבע כלפי מי הוצג המצג, ובפועל מצג של סמכות אף לא הוצג ואפרופים ידעה כי המדינה מתחייבת רק באמצעות מנכ"ל משב"ש וחשב המשרד; המשיבים לא הסתמכו על פגישת פברואר ולא היו רשאים לעשות כן; אפרופים לא הייתה תמת לב. היא תכננה כיצד "להוציא" מהשר התחייבות ורק לאחר מכן להביאה לידיעת הגורמים המוסמכים במשב"ש; הסתמכותה, ככל שהייתה כזו, אינה סבירה נוכח ידיעתה על התנגדותו של משרד האוצר לתוכנית הרב-שנתית; והמשיבים לא הוכיחו ששינו מצבם לרעה. המדינה מוסיפה וטוענת כי גם על-פי העמדה לפיה תורת ההשתק חלה על הרשות, הפיצוי במקרה כזה מוגבל לפיצויי הסתמכות ואין לאכוף הבטחות שניתנו בחוסר סמכות תוך ריקון מתוכן של עיקרון חוקיות המינהל. כמו כן טוענת המדינה כי התנאים הנדרשים לקיומה של הבטחה שלטונית אינם מתקיימים בענייננו משום שסיכום הדיון אינו יותר מאשר הצהרת כוונות, אשר אינו משקף גמירות דעת ומסוימות להתקשר בהסכם מחייב ועל כן הוא אף אינו מגבש הבטחה שלטונית, וכן משום שהשר לא היה מוסמך ליתן הבטחה הקושרת את המדינה בהתחייבות כספית רב-שנתית והוא אף לא התיימר לעשות כן. לחלופין טוענת המדינה כי גם אם ניתנה הבטחה שלטונית מחייבת אין הצדקה לכבול בה את המדינה בין היתר נוכח החלטת הממשלה מ-1992 בדבר השתחררות מחוזי הפרוגרמה בכללותם. בסוגיית תום הלב טוענת המדינה כי משהתברר שאין צורך בבניית יחידות דיור כה רבות אין לומר כי היא הפרה את חובת תום הלב כלפי המשיבים. אדרבא, הם אלה שניסו לקשר בהסכם מחייב ולהתעשר על חשבונה. לחלופין נטען כי קשירת צד בהסכם בעקבות הפרת חובת תום הלב לפי סעיף 12 לחוק החוזים, להבדיל מסעד של פיצויי הסתמכות, היא בגדר חריג וכי שגה בית משפט קמא בקובעו שיש לראות את המדינה כמי שקשורה בהסכם הרב-שנתי וכמי שניתן לחייבה בפיצויי קיום על-פיו, בהסתמך על חובת תום הלב במשא ומתן. לבסוף טוענת המדינה כי גם אם נקשרה

התחייבות כספית אין לה תוקף נוכח הוראת סעיף 43 לחוק יסודות התקציב וכי שגה בית המשפט בקובעו שלא הייתה כל חריגה מן התקציב. בהקשר זה וככל שבהתחייבות בלתי חוקית עסקינן סבורה המדינה כי שגה בית המשפט גם בקובעו שמתקיימים במקרה דנן תנאיו של סעיף 31 לחוק החוזים.

#### טענות המשיבים

14. המשיבים, מצידם, טוענים כי בית משפט קמא קבע שורה של ממצאים עובדתיים שאין עילה להתערב בהם ובכללם הקביעה כי בעת שהתקיימה פגישת פברואר היה תקציב מספיק לצורך ההתקשרות הרב-שנתית; כי אם החוזה היה נמסר לחשב משב"ש בו ביום הוא היה חותם עליו; וכן כי בתקופה הרלוונטית כל דרישותיו של משב"ש אושרו על-ידי משרד האוצר. המשיבים טוענים כי העובדות המפורטות בסיכומי המדינה מוצגות באופן הרחוק מלשקף את קביעותיו של בית המשפט; כי מרבית טענותיה העובדתיות אינן נתמכות בראיות; כי המדינה נמנעה מלהעיד עדים שונים לרבות עדים שהוצהר כי יעידו; וכי היא מתעלמת מכך שבתקופה הרלוונטית הוגדל תקציב משב"ש ועלה גם על תקציב משרד הביטחון, תוך יצירת נהלים גמישים שנועדו לעקוף דרישות פורמאליות. בנסיבות ייחודיות אלו, כך טוענים המשיבים, סוכם כי אפרופים תחל בבניה בלא להמתין לאישורים רשמיים.

המשיבים מוסיפים וטוענים כי סיכום הדיון עומד בדרישות גמירות הדעת והמסוימות, וכי לא הוכח שכל הסיכומים שערכה המדינה עם חברות בניה לגבי ההתקשרויות הרב-שנתיות היוו הצהרת כוונות בלבד והיו מותנים באישור ועדת הכספים של הכנסת. לדבריהם, אף לא הוכחה הטענה לפיה המדינה הגיעה לסיכומים ראשוניים רבים הדומים לפגישת פברואר וכי לא הובא על-ידה לעדות איש מן הנוכחים בפגישת פברואר או מן המעורבים במשא ומתן שקדם לה. לטענת המשיבים, בעקבות פנייתו והבטחתו של השר לבניית אלפי יחידות דיור, התקיימו החל מקיץ 1990 שיחות ופגישות הכנה בין נציגי אפרופים ונציגי משב"ש. באותן שיחות הובהר כי אין עדיין קרקעות זמינות לבנייה מיידית במרכז הארץ, אך נוכח הבטחתו האמורה של השר להקצות קרקע לבניית אלפי יחידות דיור במסגרת הפרוגרמה, ביצע גאון שורה של צעדים על-מנת שניתן יהיה להתחיל בבניה מייד לכשתוקצה הקרקע. עוד טוענים המשיבים כי הוכח שהצעת משב"ש לגבי קריית גת הייתה חלק מ"עסקת חבילה" אשר במסגרתה אמורות היו להיבנות אלפי יחידות דיור במשך שלוש השנים שלאחר מכן. המשיבים מדגישים כי גאון כלל לא היה מעוניין לבנות מאות יחידות דיור אלא אלפים, וכי אלמלא הושג סיכום הדיון בפגישת פברואר, שהתקיימה סמוך לאחר הקצאת

הקרקע בקריית גת על-ידי ועדת ההקצאות בינואר 1991, גאון כלל לא היה בונה בישראל. כמו כן נטען כי "עסקת החבילה" כולה החלה להתבצע מייד וכי יש לראות בהקמת מנגנון כוח האדם ובהתארגנות לקראת הזמנת המפעל והקמתו, משום התחלת ביצועו של ההסכם הרב-שנתי.

15. אשר לפגישת פברואר טוענים המשיבים כי הצדדים הגיעו במהלכה לסיכום סופי ומחייב של המשא ומתן שהחל בקיץ 1990, בו התחייב משב"ש להקצות קרקע לבניית 3,000 יחידות דיור בנוסף לאלו שייבנו בקריית גת, וכי בדין נקבע שבאותה פגישה דרש השר מאפרופים לפעול לאלתר, להקים את המפעל ולהתחיל בביצועו של הסכם הפרוגרמה. המשיבים מדגישים כי גם לגבי הבניה בקריית גת נמסר להם כבר בחודש פברואר ועוד בטרם הועבר לחתימתם הסכם הפרוגרמה המתייחס לבניה בקריית גת (שנחתם כאמור על-ידי אפרופים ביום 27.3.1991 ועל-ידי נציגי משב"ש ביום 31.7.1991), כי מצופה מהם להתחיל בהקמת היסודות במקום כבר בחודש אפריל. עוד טוענים המשיבים כי הוכח שצווים להתחלת עבודה ניתנו לא אחת טרם חתימה על חוזה הפרוגרמה. המדינה, כך נטען, הציגה להם מצג כאילו הסדרת ההתחייבות במסמכים פורמאליים דוגמת התוספת היא עניין טכני שאינו גורע מתוקף ההתחייבות והמשיבים, מצידם, ראו בסיכום הדיון מפגישת פברואר סיכום מחייב והחלו בהתארגנות להקמת המפעל ולביצוע הבניה שעליה סוכם, כפי שהיה ידוע היטב למשב"ש. לטענת המשיבים, מאז פגישת פברואר ועד לסוף חודש יולי 1991 הוצג להם מצג כי ההתחייבות תבוצע והתוספת תיחתם, ומשב"ש אף לא הסתייג מן האמור במכתבים הרבים שנשלחו לו, בהם צוין כי המפעל הוקם על סמך פגישת פברואר. לדברי המשיבים המפעל הוקם בהשקעה של כ-12 מיליון דולר בעקבות סיכום הדיון ובהסתמך עליו, אך השקעה זו ירדה לטמיון והמפעל נסגר בסופו של דבר משום שההתקשרות הרב-שנתית לא קוימה. המשיבים מוסיפים וטוענים כי טענת המדינה לפיה לא נקבע עם מי מהם נכרת החוזה מועלית לראשונה בסיכומים ועומדת בסתירה לטיעוניה בבית משפט קמא, ומכל מקום עסקינן בתביעה לסעד הצהרתי ובעניין זה מפנים המשיבים לקביעתו של בית משפט קמא כי לשם כך די להראות אינטרס ישיר וממשי בקבלת הסעד.

16. בתשובה לטענות שהעלתה המדינה לגבי תחולתם של כללי ההשתק עליה, טוענים המשיבים כי משנקשר חוזה בין הצדדים אין מקום לבדוק את הסתמכותם על מצגי המדינה או את סבירותה של ההסתמכות. עוד טוענים המשיבים כי גם אם ייקבע שלא נכרת חוזה, עניין לנו במשא ומתן שהבשיל לכדי "כמעט" חוזה שתוכנו ידוע וכי ככל שהמהלך הפורמאלי להתקשרות בחוזה לא הושלם בשל התנהלות בחוסר תום לב

של הצד שכנגד, החוזה ייחשב כמחייב ואין רלוונטיות לסוגיית ההסתמכות. מכל מקום, כך לטענת המשיבים, אין חולק כי גאון פעל תוך הסתמכות על מצגי השר, החל בהתארגנותו העסקית בישראל וכלה בהקמת המפעל והם מוסיפים וטוענים כי נפלו פגמים רבים בחוות דעתו של רואה החשבון מטעם המדינה אשר באמצעותה ביקשה להוכיח כי כישלון המפעל לא נבע מהפרת ההתחייבות. עוד שבים המשיבים וטוענים כי השר מוסמך היה להתחייב כלפי אפרופים וכי בנסיבותיה החריגות של התקופה, אשר באו לידי ביטוי בהחלטות הממשלה לעידוד הבניה המזורזת ובסיכום שהושג בין שר האוצר ושר הבינוי והשיכון מיום 28.10.1990 (וכונה "סיכום השרים") לאפשר הוצאת צווי התחלת עבודה טרם חתימת החוזים, היאחזות המדינה בכך שחשב משב"ש והמנכ"ל לא חתמו על ההסכם הרב-שנתי נגועה בחוסר תום לב. כמו כן טוענים המשיבים כי הטענה לפיה נדרש אישור ועדת הכספים לצורך התקשרות בחוזה הרב-שנתי נסתרה בעדותו של מנכ"ל משב"ש לפיה המודל הרב-שנתי לא היה אלא בחירה טכנית של המשרד; כי הממשלה הסמיכה את שר האוצר ואת שר הבינוי והשיכון לסכם ביניהם תוכניות לפתרון בעיות הדיור באותה תקופה ומנכ"ל משב"ש העיד כי המנכ"ל לעולם מגבה את סיכומי השר שניהל את המשא ומתן. המשיבים מוסיפים וטוענים כי הטענה בדבר מתן הוראה כללית להפסקת הבנייה בשנת 1992 נטענה בעלמא, וכי מכל מקום לא הוכח שהיה מוצא לאפרופים צו הפסקת עבודה. לבסוף טוענים המשיבים כי הלכה היא שאף אם החוזה אינו עומד בדרישות החוק יש מקום לחיוב בפיצויים בגין ניהול משא ומתן בחוסר תום לב, וכי הלכה זו מתיישבת היטב עם הוראת סעיף 43(ג) לחוק יסודות התקציב המאפשרת מתן פיצויי קיום. לחלופין נטען כי בשל סיום המשא ומתן והותרת דברים שוליים לגיבוש, יש לראות את המדינה כמי שהתחמקה מחתימה על חוזה, וגם בשל כך יש לחייבה בפיצויי קיום.

תשובת המדינה

17. בתשובה לטענות אלו טוענת המדינה כי המשיבים מתעלמים משאלת סמכותו של השר לחייבה בהתחייבויות כספיות עצומות ומן המשמעות שיש לייחס לידיעתם על הצורך בקבלת אישור מאת הגורמים המוסמכים כתנאי להשתכללותה של התקשרות עם המדינה. המדינה אף טוענת כי יש לדחות את ניסיונם של המשיבים לבודד את המגעים המקדמיים שנוהלו עימם לבחינת האפשרות להתקשרות רב-שנתית מן ההקשר הרחב יותר ומן המגעים שנוהלו באותו עניין עם חברות רבות ולא הבשילו להתקשרות מחייבת בנסיבות שנוצרו. המדינה מוסיפה וטוענת כי אין בסיס לטענה לפיה השרים או הממשלה סיכמו על הסרת מגבלות התקציב; כי טענה זו אינה מתיישבת עם הדרישות הברורות של חוק יסודות התקציב ושל חוק נכסי המדינה; וכי גם אם היו מספיק כספים



בתקציבו של המשרד אין די בכך כדי לקשור את המדינה בהתקשרות כספית מחייבת. זאת ועוד, לא ניתן לקבוע כי התקציב שנותר למשרד יוקצה דווקא לחברת אפרופים ולא לכל אחת מיתר החברות עימן נוהלו מגעים להתקשרות רב-שנתית. לבסוף טוענת המדינה כי יש לדחות את הטענה בדבר "עסקת חבילה", בהדגישה כי נציגי אפרופים לא העלו דרישה לעסקה כזו טרם פגישתם עם השר ולכל היותר מדובר בתקווה חסרת נפקות משפטית.

דיון

כללי

18. בית משפט קמא קבע כי בין המדינה ובין המשיבים או מי מהם נקשר הסכם מסגרת רב שנתי לבניית 3,000 יחידות דיור באזור הדרום, במשך תקופה של שלוש שנים במסגרת הפרוגרמה של משרד הבינוי והשיכון, על פי תנאי הפרוגרמה וכקבוע בתוספת. קביעתו זו של בית המשפט נשענת בעיקרה על פגישת פברואר בלשכת השר ועל סיכום הדיון שיצא בעקבות פגישה זו, אותם הכתיר בית משפט קמא כ"אסמכתא המשמעותית ביותר התומכת בטענות התובעים, לפיה נוצר בין הצדדים שבפניי (אפרופים והמדינה) חוזה" (פיסקה 42 לפסק הדין).

ייאמר מייד כי לדעתי שגה בית משפט קמא בקביעתו זו מן הטעמים שיבוארו להלן, אך הילוכו של הדיון בערעור לא יצטמצם לשאלה האם במהלך הפגישה ומתוקף סיכום הדיון שיצא בעקבותיה נוצר על-פי כללי המשפט הפרטי חוזה מחייב בין המדינה לאפרופים (או מי מן המשיבים, כדברי בית משפט קמא). במסגרת הדיון נידרש גם לסוגיות שונות מתחום המשפט המינהלי והציבורי שהעלו הצדדים בטיעוניהם, וזאת בין היתר בהינתן העובדה כי החוזה שסוגיית היווצרותו שנויה במחלוקת בין הצדדים, הוא חוזה רשות הכפוף למשטר של דואליות נורמטיבית כמובן זה שחלות עליו במקביל שתי מערכות דינים - דיני החוזים מן המשפט הפרטי ודיני המשפט המינהלי והציבורי (ראו: ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פיסקה 19 (טרם פורסם, 22.1.2009) (להלן: עניין בית הרכב); ע"א 8570/09 חגולי נ' עיריית ראשון לציון, פיסקה 13 (טרם פורסם, 15.3.2011)). עניין לנו אפוא ב"יצור משפטי בן-כלאיים: מתכונתו, צורתו ומהותו - חוזית, אולם תוכנו ואופיו מושפעים מהעובדה שרשות ציבורית היא צד לו" (גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 13 (1999) (להלן: שלו, חוזים ומכרזים)). כך, בשלב הטרם חוזי כמו גם בשלב קיום החוזה מוטלת על הרשות חובה מוגברת להתנהל בתום לב ולקיים סטנדרט גבוה של הגינות

(ראו: שלו, חוזים ומכרזים, 44-41; בג"ץ 4422/92 עפרון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 860 (1993) (להלן: עניין עפרון); ע"א 3541/98 די וורולי סיאני הנדסה (1990) בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 145, 153 (2002); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 309-311 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר, הסמכות המינהלית)). מאידך גיסא, סמכותם של האורגנים הפועלים בשם הרשות, בין היתר לצורך התקשרות בחוזים מטעמה, היא סמכות התחומה בהוראות הדין וחריגה מאותן הוראות עשויה על כן להוביל לבטלותה של ההתקשרות, ככל שנוצרה כזו, הן במישור הפרטי (חוזה שכריתתו בלתי חוקית) הן במישור הציבורי (כפעולה הנגועה בחריגה מסמכות) (ראו עניין בית הרכב, פסקה 67). כמו כן, רשאית הרשות, בהתקיים נסיבות מתאימות, להשתחרר מהתחייבותה לפי חוזה (ראו זמיר, הסמכות המינהלית, 301, 313). במקרה דנן נידרש להיבטים השונים המאפיינים את חוזה הרשות ואת המסקנות שיש להסיק מכך לגבי הנסיבות הקונקרטיות שבפנינו. כמו כן נבחן את סוגיית ההבטחה השלטונית ואת שאלת תחולתם של כללי ההשתק ועקרון תום הלב על המדינה בענייננו.

האם נקשר חוזה רב-שנתי מחייב בין הצדדים?

19. מתוך סיכום הדיון אשר צוטט בסעיף 4 לעיל עולה כי השתתפו בפגישת פברואר גורמים בכירים מטעם קבוצת אפרופים ובהם אוזן, מר יואל הרצוג, חתנו של גאון (להלן: הרצוג), עורכי הדין יצחק הרצוג ויעקב ברנט ומר דני לימור, מנכ"ל קואל-טכ (להלן: לימור), וכן השתתפו בה גורמים בכירים מטעם משב"ש ובהם השר, מר אריאל לוין, מנהל בפועל של אגף נכסים ודיוור ומנהל אגף תקציבים במשב"ש (להלן: לוין) וכן מר עמי שנער, אדריכל ראשי במשב"ש. בהינתן הגורמים שהשתתפו בפגישה ונוכח העדויות שנשמעו באשר לתוכן הפגישה והאמור בסיכום הדיון עצמו, דומה כי לא ניתן לחלוק על כך שמדובר היה אכן בפגישה משמעותית אשר נועדה לקדם את ההתקשרות עם אפרופים בחוזה רב-שנתי וכי שני הצדדים היו מעוניינים בכך והתכוונו ברצינות לפעול להגשמת מטרה זו. אולם, בניגוד לקביעתו של בית משפט קמא אני סבורה כי סיכום הדיון כמו גם העדויות שנשמעו באשר לתוכן הפגישה אינם מובילים אל המסקנה כי נקשר במהלך פגישת פברואר חוזה רב-שנתי מחייב. טרם שאדרש לעדויות בעניין זה, ראוי לשוב ולבחון את נוסחו של סיכום הדיון ובעיקר את סעיף 1 לאותו הסיכום אשר בו נאמר:

"משב"ש יפעל להתקשרות עם חברת אפרופים לבנית כ- 3000 יח"ד במשך 3 שנים. מאחר והחברה מקימה מפעל בדרום הארץ, ישתדל משב"ש להקצות לחברה קרקעות באיזור הדרום" (ההדגשות אינן במקור).

על-פי סיכום הדיון נטל על עצמו משב"ש לפעול על-מנת שתושג התקשרות רב-שנתית בין אפרופים למדינה, ללמדנו כי התקשרות כזו טרם באה לעולם וכי יש צורך להוסיף ולפעול על-מנת שהיא תקרום עור וגידים. כמו כן סוכם כי משב"ש ישתדל להקצות לאפרופים קרקעות באזור הדרום וזאת להבדיל מהתחייבות לעשות כן (לאבחנה בין חיובי השתדלות וחיובי תוצאה ראו: ע"א 2887/91 גול נ' אוריאל, פסקאות 7-8 (לא פורסם, 28.9.1995); ע"א 10745/06 אזולאי נ' המכללה האקדמית אורט ע"ש סינגאלובסקי-פולק ת"א, פסקה 14 (טרם פורסם, 13.7.2009); דניאל פרידמן, נילי כהן חוזים כרך ג 377-378 (2003); כן ראו והשוו בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון, פסקה 20 (טרם פורסם, 6.9.2011)).

על מהותם של דיונים מסוג זה באופן כללי העיד לוין, שכיהן בין היתר כמנהל בפועל של אגף נכסים ודיוור במשב"ש, באומרו:

"השר לא מתחייב בישיבה, אומר אני מתחייב לעשות כך וכך, אני גם לא חושב שרוח הדברים ככה. הוא מצהיר הצהרות כוונות לקדם דברים, אבל לא מתחייב, לא אומר אני מתחייב, או המשרד מתחייב לבצע את זה ואת זה. רוח הדברים בדרך כלל לקדם את הדברים, לזרוז את הדברים, שכולם יהיו מודעים לכוונות ולרוח השר, ולא התחייבות פורמאלית אנחנו עושים כך וכך, הנה עכשיו אתם פועלים ועושים, והחשב ישר חותם. רוח הדברים לקדם את התכנון, לקדם את הביצוע, לקדם את ההתקשרויות, ולא התחייבות ממשית שעובר לביצוע" (עמ' 643 לפרוטוקול).

ובהמשך אמר:

"... בפרוטוקולים כאלה ואולי עשרות אולי מאות דיונים כאלה לא נוצרה, לא הייתה כוונה ליצור חוזה באותו מועד או התקשרות מחייבת, אלא עשרות ומאות דיונים עם עשרות ומאות חברות כדי להאיץ את החברות, להאיץ את המחוזות, להאיץ את המשרד לנוע קדימה" (עמ' 750 לפרוטוקול; ראו גם עמ' 644-645 ו-733).

עו"ד ברנט, אשר נכח בפגישת פברואר כיועץ משפטי של קבוצת אפרופים אישר אף הוא בעדותו כי סיכום הדיון אינו מהווה חוזה וכי על-מנת ליצור התקשרות חוזית החוזה צריך להיות חתום כדת וכדין לפי חוק נכסי המדינה. עו"ד ברנט הוסיף וציין עוד כי:

"[הצפי היה שבין גורמים, אנשי עסקים, רשויות שלטון תרבותיות שמכבדות את מה שהן אומרות ואת מה שהן עושות, ולא עושות את זה ככה במחיי יד אלא עושות את זה בשיקול דעת, שעושות את כל המאמצים כדי להביא, לממש את הכוונות שלהן], ואם הדבר נבצר מהן] בנסיבות כאלה או אחרות יושבות לשולחן ופותרות את הבעיה" (עמ' 483 לפרוטוקול).

הנה כי כן, בהיבט המשפטי היה נהיר לנציגי משב"ש כמו גם לנציגי אפרופים כי פגישת פברואר וסיכום הדיון שהוצא בעקבותיה משקפים הצהרת כוונות בלבד, רצינית ככל שתהיה, מצד השר לפעול ככל שהדבר נתון בידי ובידי אנשי המקצוע של משרדו על-מנת לקדם התקשרות רב-שנתית בת תוקף בין המדינה לאפרופים להקמת 3,000 יחידות דיור באזור הדרום, אך התקשרות כזו טרם באה לעולם באותו שלב. אוסיף ואומר כי גם אם יש מקום להעלות את האמור בסיכום הדיון מדרגה חוזית נוספת ולראות בו חיוב השתדלות, ואינני קובעת כי כך הוא, הרי שהמשיבים מעולם לא טענו וממילא לא הוכיחו כי השר או מי מן הגורמים האחרים במשב"ש התרשלו בקיומו של חיוב זה וכי ניתן לראות אותם אחראים לכך שההתקשרות לא באה לעולם בסופו של יום.

על התייחסותם של נציגי אפרופים לסיכום הדיון ולמהותו כמסמך שאיננו מבטא התקשרות בת תוקף ניתן ללמוד, בין היתר, גם ממכתבו של הרצוג אל לימור, אוזן ואונגר (שכיהן כמנכ"ל משב"ש לפני אורן, ובהמשך שימש כיועץ של אפרופים – להלן: אונגר), אשר נשלח אליהם ביום 22.2.1991, מייד לאחר שהופץ סיכום הדיון, ובו נאמר, בין היתר:

"What is very clear to me, we must immediately ask and draw framework contract for 3000 + 2000 units on today's conditions and have this contract signed as soon as possible so that we are covered in that respect. ...".

(מוצג מ"ט למוצגי המדינה; ההדגשה אינה במקור. ראו גם סעיף 1 למכתבו של אונגר אל הרצוג מיום 21.2.1991, מוצג נ' למוצגי המדינה; ודבריו של הרצוג בעמ' 892 לפרוטוקול, לפיהם בפגישה "לא הסתירו מאיתנו שיש מערכת חוזית שצריכה להישלח לנו").

20. טעם נוסף אשר בגינו לא ניתן לראות בסיכום הדיון התקשרות חוזית רב-שנתית נעוץ בכך שסיכום הדיון אינו צולח את מבחן המסוימות שהינו אחד התנאים אשר בלעדיהם אין להיווצרותו של חוזה. כך, אין למצוא בו את המועדים לביצוע הבנייה

ולסיומה, את האתרים שבהם היא אמורה להתבצע ואף לא מצוין בו האם ועד כמה יחולו על ההתקשרות תנאי הפרוגרמה. נראה כי נציגי אפרופים ערים היו לחסר זה שבסיכום הדיון, ועל כן פנה אוזן כבר ביום 24.2.1991 אל עוזר השר מר קובי כץ (להלן: כץ), וציין כי מסיכום הדיון "נשמטו... שתי נקודות משמעותיות שעל פיהן בנינו את תכניותינו להקמת המפעל ולבניה הנזכרת לעיל". אוזן ביקש להוסיף לסיכום הדיון כי הבנייה שתבוצע בשלוש השנים הקרובות תהיה "בהתאם לכל כללי הפרוגרמה המקובלים היום" לעניין אחוז התחייבות הרכישה, המחירון ושאר התנאים, וכן ביקש להוסיף כי תיבנינה 2,000 יחידות דיור נוספות (הרצוג הסביר בעדותו כי בפגישת פברואר הוא ביקש מן השר לבנות 5,000 יחידות דיור, אך השר ציין כי ניתן לאשר באותו שלב 3,000 יחידות בלבד - ראו עמ' 1101 לפרוטוקול). בפנייתו אל כץ הוסיף אוזן וציין כי הוצג בפני השר לוח הזמנים להקמת מפעל קואל-טכ בנתיבות (כחמישה-שישה חודשים) "כאשר הבניה לפי חוזה הפרוגרמה תחל מייד בתום תקופה זו", וביקש לקבל "אישור לאמור לעיל או לחלופין פרוטוקול מתוקן על מנת שנוכל לחתום עם משב"ש על הסכם מסגרת בהתאם" (מוצג כ"ה למוצגי המדינה; ראו בעניין זה גם פרוטוקול ישיבת ההנהלה של חברת קואל-טכ מיום 27.2.1991, מוצג מ"ד למוצגי המדינה). ואולם, אין חולק כי סיכום דיון מתוקן מעולם לא הופץ.

נסיבות חיצוניות - התוכנית להתקשרויות רב-שנתיות

21. בחינת הפגישה בפברואר וסיכום הדיון שהוצא בעקבותיה על רקע הנסיבות החיצוניות הרלוונטיות, קרי: היערכות של משב"ש ליצירת מערך כולל של התקשרויות רב-שנתיות, לאו דווקא ביחס לאפרופים, תומכת אף היא במסקנה כי שגה בית משפט קמא בקובעו שהפגישה וסיכום הדיון הולידו התקשרות חוזית רב-שנתית בין המדינה לאפרופים.

כפי שכבר צוין, החל משב"ש בסוף שנת 1990 תחילת שנת 1991, לקדם תוכנית להתקשרות בהסכמים רב-שנתיים עם חברות לבנייה טרומית ועם חברות זרות. עניין זה נבחן מול חברות רבות (ראו דברי אורן בעמ' 258 לפרוטוקול, דברי שושני בעמ' 1847 ודבריו של מר משה בניטה, סגן מנהל אגף נכסים ודיור במשב"ש (להלן: בניטה), בעמ' 1912; סעיפים 5-7 לתצהירו של בר; ומכתבו של לוי מיום 1.4.1991, מוצג י' למוצגי המדינה; ראו והשוו לעניין זה גם ת"א (מחוזי י-ם) 1050/99 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הבינוי והשיכון (לא פורסם, 24.8.2008)) ובדיון מיום 31.1.1991 שנערך במשב"ש בנוכחות נציגים של שש חברות בניה (שאפרופים לא נמנתה עימן) אף סוכם כי "דוגמת חוזה מסגרת רב שנתי תועבר להתייחסות החברות תוך שבוע ממועד

קיום דיון זה...". עוד סוכם באותו דיון כי "במקביל, תציג כל חברה את היקף הבניה עליו ביכולתה וברצונה להתחייב לשלוש השנים הקרובות" וכי היקף זה ייבחן אל מול תוצאות הניתוח של פוטנציאל הבניה הטרומית למגורים בישראל שביצעה חברת אשד-תמ"א עבור משב"ש. כמו כן סוכם כי "לאחר גיבוש חוזה מסגרת סופי יקוימו פגישות עם החברות לסיכום אתרים ומועדי כניסה לעבודה, זאת [בנוסף] לסיכומים חלקיים קיימים עם חלק מהחברות" (מוצג ו' למוצגי המדינה).

22. על רקע זה הוכנה טיוטת התוספת, אשר הופצה להערות ביום 18.2.1991, דהיינו ארבעה ימים לאחר פגישת פברואר (מוצג ט' למוצגי המדינה) וביום 20.2.1991 שלח מר מ' מרחב בשם שושני אל השר את טיוטת התוספת, אליה צורפה "רשימת מפעלים לבניה טרומית וקוביות מבטון" אשר כללה את אפרופים (מוצג 42 למוצגי המשיבים). גם אם נניח כי משב"ש ניסה לקדם בכך את ההתקשרות עם אפרופים בחוזה רב-שנתי, הרי עולה מן האמור לעיל כי הדבר נעשה במסגרת היערכות הכוללת להתקשרויות רב-שנתיות ולא במנותק מאותה היערכות (בעניין זה ראו גם מכתבו של לויין אל השר מיום 26.3.1991, מוצג 34 למוצגי המשיבים והמסמך שצירפו התבקש בהסכמת הצדדים בשלב הערעור). במסגרת אותה היערכות, אף העביר לויין ביום 1.4.1991, דהיינו כחודש וחצי לאחר פגישת פברואר, אל מר בועז קמר מאגף התקציבים במשרד האוצר מסמך שכותרתו "התקשרויות רב שנתיים", בו צוין כי המשרד "יזם" או "יזום" "התקשרויות רב שנתיים", וכן הוצגו נתונים לעניין היקף הבניה האפשרי. באותו מסמך צוין כי "כדי לאפשר התקשרות רב שנתיית יש לקבל אישור תקציבי מועדת הכספים של הכנסת. אנו מבקשים את עזרתכם לקידום הנושא" ואליו צורפו "טבלאות ריכוז של המסגרות הרב שנתיים לבניה טרומית ולבניה עם יזמים מחו"ל" (מדובר ברשימה של חברות זרות וחברות לבניה טרומית, שאפרופים לא נכללה בה, ולדברי בר הדבר נבע מכך שבאותה עת טרם היה לה מפעל לבניה טרומית - ראו סעיף 7(ג) לתצהירו).

בעדותו הסביר לויין כי מדובר היה ב"תוכנית עבודה רב שנתיית" וכי בסופו של דבר ולמרות שהייתה תוכנית לבנות מערכת של התחייבויות רב שנתיים, לא נכרת חוזה רב-שנתי גם עם החברות שנזכרו באותו מסמך (עמ' 682, 689, 691 לפרוטוקול). זאת, משום שתוכנית ההתקשרות הרב-שנתיית לא זכתה לאישור משרד האוצר ולאישור ועדת הכספים של הכנסת. הצורך באישור ועדת הכספים הוסבר בתצהירו של מר דוד בועז, שכיהן כממונה על התקציבים במשרד האוצר (להלן: בועז), אשר הפנה בעניין זה אל האמור בסעיף 6(א) לחוק יסודות התקציב הקובע כי "הממשלה רשאית להתחייב בשנת כספים פלונית בגבולות הסכומים הנקובים כהרשאה להתחייב בתכניות שבחוק התקציב

השנתי לאותה שנה" (ראו לעניין זה: בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד מו(2) 852, 862 (1992); בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 486-488 (1999)). בועז הדגיש בתצהירו כי הכיסוי התקציבי של כל חוזה חייב להיות מגובה בסעיף הרשאה להתחייב המתאים מבחינת מטרתו וייעודו למטרתו של אותו חוזה. סעיפי הרשאה להתחייב של משב"ש כפי שהופיעו בחוקי התקציב הרלוונטיים בתחילת שנות התשעים נועדו להגשמת התוכנית להרחבת היצע הדיור שעניינה אספקת פתרונות דיור מהירים לעולים ולא ניתן היה להשתמש בסעיפי הרשאה אלה לצורך מימון התקשרויות ארוכות טווח, דהיינו התקשרויות רב-שנתיות.

הנה כי כן, התוכנית להתקשרות רב-שנתית הייתה כרוכה בהתחייבות תקציבית גבוהה, מראש, למשך שלוש שנים, ולשם כך היה על המשרד לקבל הרשאה להתחייב למשך כל אותן שלוש שנים תוך שינוי ייעודם של סעיפים ההרשאה להתחייב בחוק התקציב. מר לויין העיד אף הוא כי "ההרשאה להתחייב בשנת התקציב 90 ו-91 ניתנה להתחייב חד שנתי ולא רב שנתי" (ראו עמ' 769 וכן 770 לפרוטוקול; וראו גם דבריו של מר דוד בן יהודה, ששימש כחשב משב"ש (להלן: בן יהודה), בעמ' 545-547, 565, 568 לפרוטוקול; ודברי בר בעמ' 2079). לצורך אישור התוכנית להתקשרות רב-שנתית ובשל התוספת המשמעותית לתקציבו של משב"ש שהייתה כרוכה בדבר, נדרשה הסכמתו של משרד האוצר להביא את הדבר לאישור ועדת הכספים של הכנסת (ראו תצהירו של בועז; תצהירו של בר ודבריו בעמ' 2078-2081, 2094, 2113 לפרוטוקול; סעיף 3 למכתבו של לויין אל אגף התקציבים במשרד האוצר מיום 1.4.1991; דבריו של לויין בעמ' 691, 769-771 לפרוטוקול; על הצורך בהסכמת משרד האוצר ראו גם סעיף 89 לתצהירו של אוזן).

23. כעולה מתצהירו של בועז, שקל משב"ש בשלב מסוים לעשות שימוש בסעיפי הרשאה שיועדו לאספקת פתרונות דיור, לצורך התקשרויות רב שנתיים, אך נתקל בהתנגדות האוצר לכך. משרד האוצר אף התנגד לקידום תוכנית ההתקשרות הרב-שנתית ולהבאתה בפני ועדת הכספים לאישור (ראו סעיפים 2 ו-3 לתצהירו של בועז; דברי בר בעמ' 2054 לפרוטוקול וכן סעיפים 7(ד), 12 לתצהירו; דבריו של לויין בעמ' 769 לפרוטוקול). התנגדות זו נבעה, כך נראה, מן העובדה שהיקף הפרוגרמה או "היקף המחויבות" היה גדול מדי לגישת האוצר ועמדתו הייתה כי אין לקדם התקשרויות שתוכננו להניב דירות אחרי תקופה ארוכה (חמש שנים או יותר), משום שמהלך כזה אינו משרת את המטרה לבנייה מהירה. כמו כן הייתה הערכה כי היקף התחלות הבניה בישראל גדל, ולעומת זאת קטן היקף העלייה לישראל (ראו: דברי בר בעמ' 2054 לפרוטוקול; דברי בן יהודה בעמ' 551-552; סעיף 2(ה) לתצהירו של בועז; ודברי מר

חיים פיאלקוב בעמ' 2181, 2192 לפרוטוקול). בסופו של דבר, וכפי העולה מתצהירו של בר, הסכים משרד האוצר להביא בחודש אפריל 1992 את נושא ההתקשרות הרב-שנתית עם מספר מצומצם של חברות זרות לאישור ועדת הכספים של הכנסת, אך רוב חברי הוועדה התנגדו לכך באופן נחרץ. ממילא לא היה טעם לפעול בנסיבות אלה לקידום ההתקשרות הרב-שנתית עם יתר החברות (ראו סעיף 12 לתצהירו של בר וכן עדותו בעמ' 2078, 2091-2093, 2139 לפרוטוקול).

24. התוכנית להתקשרות רב-שנתית לא אושרה, אפוא, כנדרש על-ידי הגופים המוסמכים לכך ומקובלת עלי בהקשר זה טענת המדינה כי ככל שבהתקשרות רב-שנתית מדובר לא ניתן לנתק את עניינה של אפרופים מן המכלול. העובדה כי בשלב שבו התקיימה פגישת פברואר והוצא סיכום הדיון הייתה משב"ש בעיצומה של היערכות בעניין התוכנית להתקשרות רב-שנתית אך זו טרם הוגשה על-ידה באותו שלב לאישור משרד האוצר, יש בה על כן כדי להקרין על אופייה וטיבה של פגישת פברואר ועל משמעותו של סיכום הדיון שהושג במהלכה כהצהרת כוונות בלבד ולא כהתקשרות בחוזה רב-שנתי.

#### התוספת

25. המשיבים מבקשים למצוא תימוכין לעמדתם כי נוצרה התקשרות רב-שנתית בין אפרופים לבין המדינה בכך שהגיעה לידיהם תוספת לחוזה הפרוגרמה המתייחסת לבניית 3,000 יחידות דיור במשך שלוש שנים. המבנה המשפטי המשלב את התוספת במסגרת ההתקשרות הנטענת, כפי שאומץ על-ידי בית משפט קמא, הוא כי פגישת פברואר וסיכום הדיון הם בבחינת "חוזה מוקדם" ואילו התוספת היא ההתקשרות החוזית אשר באה בעקבותיו. המשיבים אף חתמו על התוספת ולטענתם החזירו אותה אל משב"ש לחתימת הגורמים המוסמכים לכך, אך אין חולק כי גורמים אלה לא חתמו על התוספת. כפי שצוין לעיל, נחלקו הצדדים ביניהם בשאלה כיצד הגיעה התוספת לידי המשיבים ולאיזה צורך וכן נחלקו הצדדים בשאלה האם ובאיזה אופן הוחזרה התוספת כשהיא חתומה על-ידי המשיבים אל משב"ש. המשיבים טוענים כי התוספת נערכה במשב"ש ונשלחה אליהם לחתימה בהמשך להסכמות שהושגו בפגישת פברואר וכפועל יוצא של סיכום הדיון. על כן, כך לטענת המשיבים, משלוח התוספת אליהם תומך בעמדתם כי נוצרה במהלך פברואר התקשרות מחייבת בינם ובין המדינה והתקשרות זו הוסבה לאפרופים אשר חתמה על התוספת עם הקמתה במאוס 1991. לעומתם טוענת המדינה כי מדובר בטיוטת תוספת שהופצה "לכל המעוניין" במסגרת היערכותו של משב"ש לקידום התוכנית להתקשרויות רב-שנתיות ובמסגרת ליבון



אפשרויות הבניה על-ידי החברות אשר אמורות היו להשתתף באותה תוכנית. בית משפט קמא לא ראה להכריע במחלוקת עובדתית זו ואני סבורה כי אין מקום ואין צורך להכריע בה בשלב הערעור ולו מן הטעם כי ממילא אין בכך כדי להועיל למשיבים. כפי שבואר לעיל, שגה בית משפט קמא בקובעו כי נוצר בעקבות פגישת פברואר וסיכום הדיון חוזה רב-שנתי בין המשיבים או מי מהם לבין המדינה. זאת בהינתן לשונו של סיכום הדיון, העדר המסוימות של המסמך והנסיבות החיצוניות האופפות אותו השוללות אף הן מסקנה זו. בהינתן הנסיבות החיצוניות שעליהן עמדנו בכל הנוגע לקידום תוכנית כוללת להתקשרויות רב-שנתיות שנכשל, וכפי שנוסיף ונבאר להלן, העובדה שהגורמים המוסמכים על-פי דין לחתום על חוזה רב-שנתי כאמור מטעם המדינה לא חתמו על התוספת, יש בה בנסיבותיו של המקרה הנדון משום אינדיקציה מהותית נוספת לכך שהמגעים בין המשיבים למשב"ש בעניין ההתקשרות בחוזה רב-שנתי הגיעו אומנם כדי הצהרת כוונות ופעילות רצינית מטעם משב"ש על-מנת לקדם התקשרות כזו, אך מעולם לא הבשילו לכלל חוזה רב-שנתי. בשל כל הטעמים שפורטו עד כה ונוכח המסקנה אליה הגעתי כאמור, אף אין לראות בפגישת פברואר וביסיון הדיון "חוזה מוקדם" שנקשר לקראת כריתת החוזה המשתקף בתוספת, ושגה בית משפט קמא בקובעו כי מתקיימים במקרה דנן המבחנים שנקבעו לעניין זה בע"א 692/86 יעקב בוטקובסקי ושות'–חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת, פ"ד מד(1) 57 (1989).

במאמר מוסגר יצוין כי אפילו ניתן היה לראות בפגישת פברואר, בסיכום הדיון ובתוספת מהלך המגבש חוזה רב-שנתי בין המשיבים או מי מהם לבין המדינה - וכאמור אינני סבורה כך - הרי משלא נחתם חוזה זה על-ידי הגורמים המוסמכים לחתום עליו בשם המדינה ומטעמה, ממילא עסקינן בחוזה הבטל מחמת אי חוקיות בשלב כריתתו ובפעולה מינהלית של השר החורגת מסמכות, ככל שהתיימר לחייב את המדינה (ראו והשוו: עניין בית הרכב; עניין זגורי; עע"ם 5666/09 עיריית פתח תקווה נ' ישיר איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ (טרם פורסם, 21.6.2011) (להלן: עניין עיריית פתח תקווה)). אולם, בהינתן המסקנה אליה הגעתי נראה כי הסוגיות בדבר חוזה בלתי חוקי ופעולה מינהלית בחריגה מסמכות, וההשלכות הנובעות מכך, אינן צריכות ליבון והכרעה במקרה דנן.

האורגנים המוסמכים להתחייב בשם המדינה

26. התוספת או כל מסמך אחר המהווה לטענת המשיבים אסמכתא להתקשרות בחוזה רב-שנתי עם המדינה, לא נחתמו על-ידי גורם כלשהו בשם המדינה. זאת, אף שבחוזה הפרוגרמה הסטנדרטי ובתוספת צוין כי הצד המתקשר הוא "ממשלת ישראל

בשם מדינת ישראל באמצעות מורשי החתימה במשרד הבינוי והשיכון שהורשו לחתום [בשמו] כדין". משקבעתי כי יש למצוא בכך בנסיבות העניין משום אינדיקציה נוספת שהמגעים בין הצדדים מעולם לא הבשילו לכלל התקשורת מחייבת, מן הראוי להוסיף ולבחון מיהם הגורמים המוסמכים להתקשר ולחתום בשם המדינה על חוזה רב-שנתי כאמור.

כידוע, המדינה היא בעלת אישיות משפטית עצמאית בתחום המשפט הפרטי ואילו משרדי הממשלה וכמוהם יחידות הסמך וגופי המינהל השונים, אין להם אישיות משפטית משל עצמם ואין הם פועלים בתחום המשפט הפרטי אלא כזרוע של המדינה (ראו: זמיר, הסמכות המינהלית, 397; יוסף מ' אדרעי חוק-יסוד: משק המדינה 159 (פירוש לחוקי היסוד בעריכת יצחק זמיר, 2004) (להלן: אדרעי, חוק-יסוד: משק המדינה); ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' דוטברד, פ"ד מה(4) 102, 126-127 (1991)). שר העומד בראש משרד ממשלתי אף הוא אינו יכול להתחייב בחוזה בשם המדינה אלא אם הוסמך לכך על-פי חוק והוא פועל בתחומים אלה כאורגן של המדינה אשר לה אישיות משפטית בעלת כשירות כללית, כאמור (ראו: זמיר, הסמכות המינהלית, 399-397; דבריו של השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 839 (1991); וראו גם אדרעי, חוק-יסוד: משק המדינה, 160).

כלל יסוד זה מעוגן בהוראת סעיף 2 לחוק יסוד: משק המדינה הקובע כי "עסקאות בנכסי המדינה, רכישת זכויות וקבלת התחייבויות בשם המדינה ייעשו בידי מי שהוסמך לכך בחוק או על פיו", והוא משקף את עיקרון חוקיות המינהל ונועד להבטיח כי כל פעולה משפטית בנכסיו של הציבור תקבל את הסכמתו המשתמעת של הציבור ושל נציגיו (ראו אדרעי, חוק-יסוד: משק המדינה, 157-158). חוק נכסי המדינה מסדיר את האופן שבו רשאית הממשלה, בשם המדינה, לבצע עסקאות בנכסי המדינה (ראו דפנה ברק האחריות החוזית של רשויות המינהל 104 (תשנ"א) (להלן: דפנה ברק, האחריות החוזית)), והגדרת המונח "נכס" בסעיף 1 לחוק היא רחבה ומנוסחת על דרך הריבוי - "כולל מקרקעים ומטלטלים, וכן זכויות וטובות הנאה מכל סוג שהוא" (לעניין זה ראו אדרעי, חוק-יסוד: משק המדינה, 222). נוכח הגדרה זו של המונח "נכס", דומה כי אין מי שיחלוק שניתן לסווג כעסקה בנכסי המדינה את החוזה הרב-שנתי שהתקשרות בו עומדת במוקד המחלוקת בהליך זה. סעיף 5 לחוק נכסי המדינה הדן ב"עסקאות בנכסי מדינה" קובע בסעיף 5(א) כי הממשלה רשאית בשם המדינה ובהתחשב עם האמור בשאר סעיפי המשנה של סעיף 5, למכור נכסים מנכסי המדינה וכן "להעבירם בדרך אחרת, להשכירם, להחכירם, להחליפם, לשעבדם, לחלקם,

להפרידם, לאחדם, להרשות את השימוש בהם או את ניצולם, ולהעניק זכויות אחרות בהם, הכל בתנאים שתראם נאותים". הממשלה היא, אפוא, האורגן המוסמך של המדינה לעניין ביצוע עסקאות בנכסי המדינה (ראו: זמיר, הסמכות המינהלית, 396, 400; אהרן ברק מבחר כתבים כרך ב 1200 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000)).

סעיף 6 לחוק נכסי המדינה מונה את הגורמים המוסמכים לייצג את הממשלה ולחתום בשם המדינה על מסמכים הנוגעים לעסקאות בנכסיה כאמור. וכך קבע סעיף 6 בנוסחו במועד הרלוונטי:

6" (א) ואלה רשאים לייצג את הממשלה בעסקות שמדובר בהן בסעיף 4 או 5 ולחתום בשם המדינה על מסמכים הנוגעים אליהן:

- (1) שר האוצר;
- (2) שר אחר או אדם אחר שהורשה לכך על ידי הממשלה, אם באופן כללי ואם לגבי סוגי עסקות או סוגי נכסים מסויימים;
- (3) אדם אחר שהורשה לכך על ידי שר האוצר, או על ידי שר אחר כאמור בפסקה (2) לגבי עסקות מסויימות.
- (4) מנהל מינהל מקרקעי ישראל או אדם שהורשה לכך על ידיו - לגבי מקרקעי ישראל כמשמעותם בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל.

(ב) הודעה על הרשאה לפי סעיף קטן (א) תפורסם ברשומות.

(ג) חתימתו של שר האוצר, וכן חתימתו של שר אחר או מנהל מינהל מקרקעי ישראל או אדם אחר שהורשה לפי סעיף קטן (א), בתחום הרשאתו, על המסמכים הנוגעים אל עסקה מן העסקות שמדובר בהן בסעיף 4 או 5, תשמש ראיה חותכת לכך שהממשלה עשתה את העסקה על ידי החותם ושראתה את תנאי העסקה נאותים".

סעיף זה, כעולה מדברי ההסבר להצעת חוק נכסי המדינה "מטרתו לקבוע מי ומי מוסמך לעשות עסקות בנכסים בשם המדינה או בשבילה. כפי שמוצע בזה, ניתנת סמכות זו לממשלה; אולם מכיוון שהממשלה כגוף לא תוכל לפעול בכל עסקה ועסקה, ייצגו אותה שר האוצר או שרים אחרים או אנשים אחרים שהורשו לכך במיוחד" (ראו הצעת חוק נכסי המדינה, תשי"א-1950, ה"ח 12; ראו גם זמיר, הסמכות המינהלית, 307). הגורמים המוסמכים לפי סעיף 6 לחוק נכסי המדינה נחשבים אפוא כנציגי הממשלה הפועלים בשם המדינה ולמענה (ראו גבריאלה שלו חוזי רשות בישראל 26 ה"ש 7 (1985)).

27. בהתאם להוראת סעיף 6(ב) לחוק נכסי המדינה, פורסמה בילקוט הפרסומים ביום 7.7.1960 "הודעה על הרשאה" ולפיה החליטה הממשלה "שכל הרשאה מאת הממשלה לפי סעיף 6(א) לחוק תינתן באופן שהמורשים על פי ההרשאה יורשו לייצג את הממשלה בכל עסקה שלגביה ניתנת ההרשאה ולחתום על כל מסמך הנוגע לעסקה כזאת רק יחד עם החשב של המשרד שהעסקה עשויה להשפיע על תקציבו..." (י"פ 774, עמ' 1754; וראו תיקון ההרשאה ב-י"פ 2683, עמ' 879). בשנת 1985 פורסמה הודעה על הרשאה בעניין משרד הבינוי והשיכון, ולפיה בעסקאות לפי חוק נכסי המדינה שבתחום פעילותו של המשרד רשאים לייצג את הממשלה מנכ"ל המשרד ביחד עם חשב המשרד - וזאת ללא הגבלת סכום. כמו כן מפורטים בהודעה בעלי תפקידים שונים במשרד המוסמכים לייצג את הממשלה (יחד עם החשב) בעסקאות עד סכומים מסוימים כמפורט שם (י"פ 3164, עמ' 1482; לעניין זה ראו גם ע"א 4553/06 מדינת ישראל, משרד הבינוי והשיכון נ' מי ערד חברה להנדסה פיתוח ובנין בע"מ (בפירוק), פסקה 17 (טרם פורסם, 14.10.2010) (להלן: עניין מי ערד)).

בטיעוניה מציינת המדינה כי חשב המשרד אינו עובד המשרד אלא הוא משמש זרועו הארוכה של החשב הכללי במשרד האוצר וכפוף להוראותיו. תפקידו להבטיח במשב"ש כמו במשרדי ממשלה אחרים את יישומם של סדרי העדיפויות שנקבעו במסגרת חוק התקציב ולבחון את חוקיותן ואת תקינותן של ההתחייבויות שנוטל המשרד על עצמו בהיבט הכספי ובהיבט המינהלי. בעת אישור ההתחייבות, כך צוין, משריין החשב את התקציב הדרוש לה ובכך הוא מונע מצב שבו המשרד יתחייב להתקשרויות בסכומים העולים על התקציב העומד לרשותו. המדינה מכנה את חשב המשרד בטיעוניה "שומר הסף של הקופה הציבורית, החף מאינטרסים ומשיקולים פוליטיים ואחרים". על היבט זה בתפקידו של החשב עמד גם אורן בעדותו, באומרו:

"... בתוך המשרד יש מישהו ששומר על הקופה, מי ששומר על הקופה זה החשב של המשרד, החשב של המשרד יש לו תקציב, הוא איש אגב משרד האוצר, שתול במשרד השיכון, הוא יושב והוא שומר הקופה במובן גם של הרשאות, הוא יודע בכל סעיף כמה הרשאות יתרה יש לו, וכשמגיע לו לחתום, חוזה מגיע להיחתם והוא צריך לחתום, הוא צריך להוסיף את חתימתו לחוזה, כי חוזה לא שווה בלי חתימתו. הוא בסך הכל מסתכל. הוא לא מקבל החלטות הוא רק בודק. הוא מסתכל על הסעיף הספציפי שאליו מופנה החוזה, הוא רואה שיש מספיק יתרת הרשאה, אין לי שום בעיה, מכיוון שהמנכ"ל שהוא מקבל החלטות חתום על זה כבר, אני מוסיף את חתימתי, והחל מאותו רגע, בהנחה שהספק כבר חתום על החוזה הזה, החוזה הזה נכנס

לתוקף" (עמ' 236 לפרוטוקול; ראו גם דבריו של בן יהודה בעמ' 510-511 לפרוטוקול; ודבריו של בועז בעמ' 2003 לפרוטוקול).

חתימתם של מורשי החתימה בענייננו נדרשה אפוא על-מנת לוודא כי נבחנו מכלול צרכיו של המשרד, כי ההתחייבות הגלומה בחוזה עומדת בדרישות הדין וכי ייעשה שימוש זהיר וראוי בכספי הציבור לאחר שהעסקה נבחנה כנדרש ונערכה בקרה לגבי הצורך בהוצאה הכספית (ראו והשוו לתכליתה של "דרישת הצורה המהותית" על-פי סעיף 203 לפקודת העיריות, בהתקשרויות מטעם עירייה אשר נדונה בעניין בית הרכב, בפסקאות 22-23; וראו גם: עניין מי ערד, פסקה 17; ע"א 11/71 עיריית רחובות נ' גולדמן, פ"ד כה(2) 381, 385 (1971)).

השר לא היה מוסמך, אפוא, לחייב את המדינה בהתקשרות כספית, ובצדק מציינת המדינה כי מסקנה אחרת יהיה בה כדי לפגוע בעיקרון חוקיות המינהל, באיזון שערך המחוקק בין צרכי ציבור שונים בחוק התקציב השנתי, בשמירה על התנהלות תקינה של המינהל הציבורי וביצירת ודאות משפטית (לסמכויותיו של שר ראו זמיר, הסמכות המינהלית, 429-439). אף העובדה כי השר הוא "בעל סמכויות נרחבות, וזאת גם בהיותו חבר ממשלה, מכוח חוק יסוד: הממשלה", כדברי בית משפט קמא, אין בה כדי לשנות ממסקנה זו שכן משחל חוק נכסי המדינה, שהינו חוק ספציפי לעניין זה, נראה כי אין רלוונטיות לסמכותה השיווית של הממשלה לפי חוק יסוד: הממשלה (ראו: אדרעי, חוק-יסוד: משק המדינה, 289; בג"ץ 8600/04 ראש המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(5) 673, 682 (2005); כן ראו והשוו דפנה ברק, האחריות החוזית, 106).

28. יתר על כן, וכפי שיפורט להלן, המשיבים עצמם ידעו כי החוזה עימם אמור להיחתם על-ידי מנכ"ל משב"ש וחשב המשרד כזרועו הארוכה של החשב הכללי. מסקנה זו עולה בבירור מדברים שנאמרו על-ידי נציגי המשיבים בישיבת ההנהלה הראשונה שערכה חברת קואל-טכ ביום 10.2.1991, ארבעה ימים טרם פגישת פברואר:

"עמוס אונגר: ...בישיבה עם השר שרון צריך להיות תכליתיים ולהוציא ממנו התחייבות והבטחה שמעבר ל-700 יחידות הדיור יאפשרו 3000 יחידות באותם התנאים ועם תפוסת הוגנת... וכל זאת מאחר ויואל הרצוג מגיע עם מערכת של 2-3 מפעלים שתוך 3-4 חודשים נמצאים כבר בשטח ובמערכת הייצור.

...

ההתחייבות צריכה להיות ברמה מדינית ולטווח של 2-3 שנים ובעוד חצי שנה או שמונה חודשים לקבל החלטה עקרונית ולהביא את זאת לידיעת הדרגים הנמוכים יותר. השר אינו יכול לעקוף את המערכת.

...  
צריך להקים צוות למו"מ, כי השר לא יוכל להחליט לבדו ולבטח ישתף את החשב הכללי ועוד.

....  
אוזן: החוזה ייחתם עם המנכ"ל והחשב...".  
(מוצג א' למוצגי המדינה; ההדגשות אינן במקור).

גם בישיבת הנהלת קואל-טכ מיום 27.2.1991, דהיינו לאחר פגישת פברואר, ציין אונגר כי "משרד הבינוי והשיכון מחכה שיבואו לחתום לאחר קבלת ה-O.K. מהחשב הכללי...". (מוצג מ"ד למוצגי המדינה). עו"ד ברנט, מי ששימש אותה עת כיועץ משפטי לקבוצת אפרופים, העיד כי הוא ואנשי אפרופים ידעו שעל-מנת להתקשר בחוזה עם המדינה דרושות חתימות מורשי החתימה במשב"ש (ראו עמ' 475, 477-478, 480 לפרוטוקול). גם אוזן אישר את הדברים בעדותו (ראו עמ' 40, 51, 56 לפרוטוקול) והוא הוסיף ואמר "אני ידעתי שצריך אישור האוצר, ידעתי. אבל האמנתי שאריק שרון ישיג את אישור האוצר" (עמ' 88 לפרוטוקול). אכן, חזקה על נציגי אפרופים אשר רבים מהם כיהנו בתפקידים ציבוריים קודם לכן, ואף במשב"ש עצמו, כי ידעו שקיימת חובה לקבל את אישורם של הגורמים שהוסמכו לחייב את המדינה על-פי דין. כך, מר אוזן היה בעבר חבר כנסת, שר בממשלת ישראל וכן חבר בוועדת הכלכלה של הכנסת (ראו עמ' 2 לפרוטוקול); מר אונגר, שנשכר על-ידי אפרופים כיועץ, כיהן כמנכ"ל משרד הבינוי והשיכון זמן לא רב לפני שהחל לייעץ לחברה; מר שושני, שהיה קודם לכן בעל תפקיד בכיר במשרד הבינוי והשיכון ("מס' 3 במשב"ש" לדבריו - ראו עמ' 1639, 1635 לפרוטוקול) הצטרף אף הוא בשלב מסוים לאפרופים וכן עבר לשורותיה בשלב מאוחר יותר גם מר בועז קמר, רכז של תחום השיכון באגף התקציבים במשרד האוצר (ראו עמ' 1744 לפרוטוקול). יתרה מכך, מר גאון, הבעלים של קבוצת אפרופים וחתנו מר הרצוג, ניהלו כאנשי עסקים עסקאות בהיקפים חובקי עולם ואף קיבלו ייעוץ משפטי מעורכי דין מנוסים (עו"ד הרצוג ועו"ד ברנט). קשה על כן לקבל - בייחוד בהינתן הראיות שפורטו לעיל - כי הם לא היו מודעים לכך שהשתכללותה של ההתחייבות בת-תוקף מטעם המדינה כרוכה כעניין מהותי ולא כעניין פורמאלי בחתימתם של מורשי החתימה המוסמכים שצוינו.

29. הנה כי כן, המדינה לא התקשרה באמצעות מורשי החתימה של משב"ש בחוזה הרב-שנתי, וכפי שכבר צוין העדר החתימה של מורשי החתימה על התוספת או על מסמך אחר כלשהו בהקשר זה, מהווה בנסיבות המקרה דגן אינדיקציה נוספת ומהותית לכך שחוזה כאמור לא השתכלל בין הצדדים. זאת בייחוד על רקע הנסיבות החיצוניות

אותן תיארונו ונוכח העובדה שמשב"ש נכשל - בשל התנגדות האוצר - בקידום תוכנית כוללת להתקשרות רב-שנתית, אשר ההתקשרות נושא המחלוקת בהליך דגן אמורה הייתה להשתלב בה ולהוות חלק ממנה (ראו והשוו ע"א 9153/04 במות מרכז ללימודי תרבות וחברה נ' מדינת ישראל - משרד החינוך, פסקה 18 (לא פורסם, 28.12.2006) (להלן: עניין במות)). ודוק: לא בכל מצב שבו לא נחתם חוזה על-ידי מורשי החתימה מטעם המדינה או מטעם רשות מקומית יוביל הדבר בהכרח למסקנה שהחוזה לא השתכלל. מסקנה זו היא תלויה נסיבות ובהחלט ייתכנו מצבים אשר בהם תיגזר מסקנה שונה ויהיה צורך להידרש למוסדות משפטיים אחרים ובהם תורת הבטלות היחסית, חוזה בלתי חוקי ותוצאותיו, אשם תורם בחוזים ועוד (ראו והשוו: עניין בית הרכב; עניין מי ערד). אך אין זה המקרה שבפנינו.

שפע תקציבי

30. המשיבים מקדישים חלק ניכר מסיכומיהם לטענה כי בניגוד לעמדת המדינה, הוכח שמשב"ש נהנה בתקופה הרלוונטית מ"שפע תקציבי בזמן אמת" וכי "באותה עת היכולת התקציבית של משב"ש הייתה עצומה ו[הוא] היה יכול לחתום על כמה חוזים שרק יחפוץ". בכך הם נסמכים, בין היתר, על עדותו של אורן לפיה "...היה ברור שפשוט החדר מלא כסף רק תבואו, תצרו התחייבויות, תעשו מו"מ על חוזים, תחתמו חוזים, תוציאו קבלנים לשטח, יש עם מה לשלם, יש תקציב, זאת הייתה התחושה" (עמ' 243 לפרוטוקול וכן עמ' 232-233; ראו גם עדות בן יהודה בעמ' 505, 512, 517-518). כמו כן נסמכים המשיבים על מה שכונה "סיכום השרים" ממנו עולה לטענת המשיבים "כי למעשה מותרים על פיקוח תקציבי". עוד נסמכים המשיבים על החלטת הממשלה מיום 2.8.1990 שעסקה בנושא קליטת עליה בתחומי הדיור והתעסוקה ובה נדחתה הצעת שר האוצר כי "כל ההוצאה תהיה מתוך התקציב הקיים". בהתבסס על כל אלה טוענים המשיבים כי עמדת המדינה בדבר אי השתכללות החוזה בין היתר בשל העדר חתימת החשב היא טענה הנטענת בחוסר תום לב וכי בנסיבות החריגות ששררו אותה עת הייתה לשר סמכות להתחייב בחוזה רב-שנתי.

בהידרשו לחוק יסודות התקציב ובכל הנוגע לשאלת החריגה ממנו, ציין בית משפט קמא כי: "בענייננו, לא ניתן לומר - בוודאות הנדרשת על פי דיני הראיות הנהוגים במשפט האזרחי - כי ההתחייבות [של השר] נעשתה בלא כיסוי תקציבי..." (פסקה 77 לפסק הדין). ועוד קבע: "מעבר לצריך אוסיף, כי על פי הראיות שבאו בפניי, הממשלה החליטה כי לא תהיה הגבלת תקציב, וזאת בניגוד לעמדת שר האוצר..." (פסקה 108 לפסק הדין; ההדגשה במקור). נוכח המסקנות שאליהן הגענו עד כה,

מתייטר במידה רבה הצורך להכריע בסוגיות אלה אך למעלה מן הדרוש יצוין כי גם אם משב"ש נהנה באותה תקופה מ"שפע של תקציב" על רקע צרכי השעה ותחושת הדחיפות והבהילות ששררה אותה עת במשרד (שהוגדרה על-ידי אורן כ"תחושת פאניקה" וכ"סיטואציה משברית", ראו עמ' 228 לפרוטוקול וראו גם סעיפים 1 ו-7 למסמך ההיערכות לקליטת העלייה, מוצג 12 למוצגי המשיבים), אין בעובדות אלו כשלעצמן כדי להוביל אל המסקנה כי ניתן היה לעשות שימוש באותם הכספים למטרות התקשרות רב-שנתית, בייחוד משהוברר כי למטרה זו לא היה תקציב מאושר במשב"ש (ראו עדותו של בן-יהודה בעמ' 555-568). על-מנת להעמיד דברים על דיוקם ראוי להוסיף ולציין כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט כאילו אישר העד בן-יהודה שאילו הובא בפניו ביום 14.2.1991 חוזה רב-שנתי לחתימה הוא היה חותם עליו (פיסקה 77 לפסק הדין), בחינת הדברים שאמר העד במלואם מעלה כי מדובר באמירה מסויגת ומותנית לפיה "אם באמת באותו מועד היה תקציב הייתי חותם"; "אם יש תקציב זה היה מחייב, הייתי חותם..." (עמ' 556 לפרוטוקול). ובהמשך דבריו הוסיף בן-יהודה ואישר כי גם אם היה "הר של הרשאות להתחייב" אסור היה להשתמש בהן עבור חוזים רב-שנתיים, להבדיל מחוזים חד-שנתיים המיועדים לייצר מלאי זמין של דירות (גם כאלה שבנייתן נמשכת מעבר לאותה שנה - ראו עמ' 556-559, 565, 570-568 לפרוטוקול).

כך או כך, אין מחלוקת כי חוזה רב-שנתי עם אפרופים לא הובא באותו שלב לחתימתו של בן-יהודה כחשב משב"ש וכמו כן אין מחלוקת כי בן-יהודה לא חתם על חוזה כזה בשום שלב. עוד אין מחלוקת כי מתכונת החוזה אשר לטענת אפרופים נקשר עימה היא מתכונת רב-שנתית, כי משב"ש ראה עצמו מחויב לקבל את אישור האוצר לצורך התקשרות זו במסגרת התוכנית הכוללת להתקשרויות רב-שנתיות וכי פנייתו לקבלת אישור כאמור נדחתה, כמתואר בהרחבה בפסקאות 22-23 לעיל. הנה כי כן, גם בהנחה שתקציב משב"ש גדל באותה תקופה (ואף עלה על תקציב משרד הביטחון - ראו פיסקה 97 לפסק דינו של בית משפט קמא; דברי בן יהודה בעמ' 505, 554 לפרוטוקול; דברי אורן בעמ' 231 לפרוטוקול; דברי לוין בעמ' 761-762 לפרוטוקול לגבי הגדלת ההרשאה להתחייב; ומוצג 52 למוצגי המשיבים), כספים אלה אמורים היו לשמש אך ורק למטרות שנקבעו בחוק התקציב ואין די בקיומו של תקציב, גדול ככל שיהיה, על-מנת לעשות בו שימוש למטרה שאין עליה הרשאה להתחייב בתוכניות שבחוק התקציב לאותה שנה. אשר להחלטת הממשלה מיום 2.8.1990. ככל שהחלטה זו רלוונטית לענייננו, חזקה על הממשלה כי לא התכוונה להכשיר פריצה בלתי מוגבלת של המסגרת התקציבית ואין אפוא מקום לפרש החלטה זו באופן הנוגד את הוראות חוק יסודות התקציב. הוא הדין באשר לסיכום השרים ובקשר אליו ראוי להדגיש כי מכל מקום



במקרה דנן מעולם לא הוצא לאפרופים צו התחלת עבודה לגבי איזה מן האתרים שאמורים היו להיכלל בחוזה הרב-שנתי עימה, ובשלב שאליו הגיעו המגעים בין הצדדים טרם הוגדרו כלל אתרים כאלה, אף לא במסמך התוספת אשר בו ביקשה אפרופים להיאחז.

סיכום ביניים

בהינתן כל האמור לעיל, אני סבורה כי לא השתכלל חוזה רב-שנתי בין המשיבים או מי מהם לבין המדינה וקביעתו של בית משפט קמא בעניין זה דינה להתבטל.

הבטחה מינהלית

31. האם יש לראות את המדינה כמי שכבולה בהתחייבות על-פי חוזה רב-שנתי גם בהעדר התקשרות חוזית, בשל הבטחה מינהלית מחייבת שניתנה למשיבים או מי מהם על-ידי השר?

עיקרון ההגינות השלטונית הצמיח במשפט הישראלי כבר לפני כארבעים שנים את מוסד ההבטחה המינהלית. יסודותיו הונחו בפסק הדין בבג"ץ 135/75 טאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673 (1975) אך תוקפה המחייב של הבטחה מינהלית הותנה בכך שנותן ההבטחה היה בעל סמכות לתיבה; הייתה לנותן ההבטחה כוונה להקנות לה תוקף משפטי; נותן ההבטחה הוא בעל יכולת למלא אחריה; ואין צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה (ראו: בג"ץ 142/86 "דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פ"ד מ(4) 523, 529 (1986); בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451, 477 (2000); בג"ץ 177/10 אדם טבע ודין נ' שר התחבורה והבטיחות בדרכים, פסקה 20 (טרם פורסם, 19.12.2011); לעמדה שהובעה בפסיקה ולפיה חל עם השנים טשטוש גבולות בין חוזה לבין הבטחה מינהלית ראו דברי השופט (כתוארו אז) א' ריבלין בע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות-אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, 489-490 (2005); וכן עמדת השופט א' א' לוי בעניין במות, פסקה 19).

32. במקרה דנן, וככל שמבקשים לייחס לשר הבטחה להתקשר בחוזה רב-שנתי לבניית 3,000 יחידות דיור, מדובר בהבטחה מינהלית שהשר לא היה מוסמך להתחייב לביצועה וחרף מעמדו הרם, כמי שעומד בראש המשרד, אף לא היה בידו למלא אחריה.

כפי שהוסבר לעיל, הגורמים המוסמכים לייצג את הממשלה ולחתום בשמה על עסקה בנכסי המדינה הם מי שהוסמכו לכך כמורשי חתימה על-פי חוק נכסי המדינה ובכל הנוגע למשב"ש מסורה הסמכות להתחייב בשם המדינה בחוזים מסוג החוזה שבו עסקינן למנכ"ל ולחשב המשרד. התנאי לפיו תוכר הבטחה מינהלית כהתחייבות תקפה ומחייבת רק מקום שבו נותן ההבטחה היה מוסמך לתיתה, נובע מעיקרון חוקיות המינהל ומן הצורך למנוע מצב שבו עובד הציבור או איש הציבור "יוכל להבטיח את הישר בעיניו, והרשות הציבורית תחויב לעמוד מאחורי הבטחתו..." באופן הפוגע באושיות המינהל הציבורי (בג"ץ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נח(1) 694, 710-711 (2003); וראו גם: ע"א 5315/06 עמותת נאות רעות נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון, פסקה 35 (טרם פורסם, 2.12.2008); בג"ץ 10777/03 ארצי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פסקה 44 (טרם פורסם, 25.11.2009); בג"ץ 397/10 אפללו נ' צבא הגנה לישראל-מחלקת מופ"ת, פסקה 9 (טרם פורסם, 15.12.2011) (להלן: עניין אפללו); עניין בית הרכב, פסקה 98; כן ראו והשוו בג"ץ 1773/01 בלוס נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, פ"ד נו(3) 320 (2002)).

על כן, וככל שניתן לחלץ מפסק דינו של בית משפט קמא קביעה לפיה קמה במקרה דנן גם הבטחה מינהלית המחייבת את המדינה (ראו למשל פסקאות 34, 92 ו-170 לפסק הדין), קביעה זו אף היא דינה להתבטל.

השתק מכוח מצג וחובת תום הלב במשא ומתן

33. קביעה נוספת של בית משפט קמא אותה צירף לקביעתו כי נכרת חוזה מחייב בין הצדדים היא הקביעה ש-

"... [המדינה, בכלל, ומשב"ש, בפרט, ומעורבותו המוגבלת והמאוחרת של החשב בחוזה בפרטי פרטים, כל אלה יצרו מצג של סמכות של השר כלפי התובעים, ולפיכך, גרמו לכך שהחוזה יחייב את המדינה" (פסקה 109 לפסק הדין).

במלים אחרות, בית משפט קמא סבר כי בנסיבות המקרה דנן מושתקת המדינה מלטעון כי לא נקשר חוזה מחייב בינה ובין המשיבים או מי מהם וזאת בשל מצג שיצרה באמצעות השר אשר פעל לדבריו בשם ממשלת ישראל ולפיו דבריו מחייבים את המדינה. בית המשפט התייחס בהקשר זה לעדותו של גאון ממנה עולה כי בעיניו השר הוא הממשלה וכי אם השר מתחייב על המדינה לכבד זאת. מכאן גזר בית המשפט את

הממצא לפיו "מר גאון, סובייקטיבית, האמין כי דברי השר שרון מחייבים את מדינת ישראל", ובהתבסס על ממצא זה הגיע בית המשפט אל המסקנה המשפטית הנובעת מכך לגישתו באומרו:

"עמדתי המשפטית היא כי אימון סובייקטיבי זה של גאון, מבוסס היטב על העקרונות המשפטיים של דיני המצג, דהיינו: בעל סמכות אומר אמירה בידיעה ובכוונה שהשומע יסמוך על הדברים ויפעל על פיהם; הצד שכנגד ששמע את הדברים, פעל על פיהם ושינה את מצבו; נגרם נזק עקב כך (יסוד אחרון זה ב'נוסחת המצג' - אינו רלבנטי לשלב זה של ההליך, שהוא בקשה לפסק דין הצהרתי, ועל כן לא אדון בו)" (פיסקה 102 לפסק הדין).

בית משפט קמא הוסיף וציין כי המצג שנוצר בהקשר זה הועצם עקב "שתיקת הפקידים", אותה הגדיר ככשל מצידם וזאת משום שאיש מהם לא הפנה או העביר את סיכום הדיון לעיונו של החשב ולא שלח מילת אזהרה לשר או לתובעים על-מנת להבהיר כי העניין אינו "סגור" וכי העדר האישור התקציבי עשוי לשלול את ההסכמות שהושגו. בית המשפט אף ראה לתרום למסקנה זו פרטים מידיעתו האישית בציינו בפיסקה 98 לפסק הדין כי:

"גם הפרקטיקה המקובלת במדינה, לפי מיטב ידיעתי, היא זו שדברי שר - מחייבים. אם ניקח מספר דוגמאות מאירועים בהם נוטלים חלק שרים או ראש ממשלה (תפקידים אותם מילא מר אריאל שרון), ניווכח לדעת כי כאשר, דרך משל, יוצא שר (או ראש ממשלה) לחו"ל ומנהל מו"מ, ובסופו מגיע לסיכום, הדבר מחייב את הממשלה. כך בפגישות של ראש הממשלה עם ראשי מדינות זרות, וכך אף כאשר נפגש שר ישראלי עם השר הזר המקביל לו, והם מסכמים, לדוגמה עיסקה לרכישת נשק או נפט או גז. אינני זוכר כי בפגישות מעין אלה נוכח החשב של אותו משרד ממשלתי. אף על פי כן, לא ערער אדם מעולם על תוקפה של התחייבותו של שר או של ראש ממשלה אשר ניתנו במסגרת תפקידם, ללא נוכחות החשב. לא שמענו, עד תיק זה, כי פרקליטות המדינה תטען טענות מסוג זה כנגד התחייבותו של שר" (ההדגשות אינן במקור).

דברים אחרונים אלה אינם עומדים בקריטריונים הנדרשים לקביעות המבוססות על ידיעה שיפוטית (לעניין זה ראו: רע"א 9728/04 עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ, פ"ד נט(3) 760, 766-767 (2005); ע"א 941/05 אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון וזכרון יעקב בע"מ נ' חברת הכרם בע"מ, פ"ד סא(3) 350, 378-

376 (2006)) ועל כן מוטב היה להימנע מהם. מכל מקום דבריו הגורפים של בית משפט קמא בהקשר זה מעוררים קושי וזאת משום שמשמע מהם כי בכל מקום שבו מתיימר שר בממשלה - תוך חריגה מסמכותו - ליטול התחייבות בשם המדינה, יש בכך משום מצג אשר ישתיק אותה מלטעון כי ההתחייבות ניטלה בחוסר סמכות. גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית המשתקפת בפסיקה שלא להחיל את תורת ההשתק כלפי רשות מינהלית בנסיבות שבהן פעלה בחריגה מסמכות, משום שהדבר אינו מתיישב עם עיקרון חוקיות המינהל ומשום הקשיים המעשיים הבלתי-מבוטלים הכרוכים בכך, אם כי בהקשרים מסוימים הוכרה בפסיקה האפשרות להחיל את כללי ההשתק גם כלפי רשות מינהלית (ראו: בג"ץ 8634/08 אלחננוב נ' משטרת ישראל-אגף משאבי אנוש, פסקה 37 (טרם פורסם, 7.10.2010); עניין אפללו, פסקאות 13-14; דנג"ץ 16/12 גריידי נ' צבא הגנה לישראל, פסקה 5 (טרם פורסם, 5.2.2012); ע"א 6996/97 חברת א. עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח, פ"ד נג(4) 117 (1999); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א 153-155 (2010); ראו והשוו ע"מ 7275/10 הוועדה המיוחדת לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 נ' שקד, פסקה כ"ד (טרם פורסם, 29.11.2011)). גישה דומה נוקט גם המשפט האמריקאי (ראו *Heckler, Secretary of Health and Human Services v. Community Health Services of Crawford County, Inc.*, 467 U.S. 51, 60, 63 (1984)).

כשלעצמי מקובלת עלי הגישה עליה עמדה השופטת מ' נאור בעניין בית הרכב בפסקאות 57 ו-59 לפסק דינה, לפיה מוטב להשקיף על מוסד ההשתק כ"פן אחד של תורת תום הלב" משום שטענת ההשתק, ככל שהיא מתקבלת בהקשר זה, מובילה לתוצאה בינארית השוללת דיון לגופו של עניין וכובלת את הרשות להתחייבות שניטלה בחוסר סמכות ואילו עיקרון תום הלב - אשר בו מחויבת הרשות וביתר שאת, בכל פעולותיה והליכותיה ובכלל זה במגעים שהיא מקיימת להתקשרויות חוזיות כמשפט הפרטי - מאפשר לבית המשפט גמישות רבה יותר. מכוחו פתוחה בפניו קשת שלמה של פתרונות וסעדים ובהם סעדים כספיים, סעד של השבה, קביעה בדבר בטלות יחסית ובמקרים מתאימים גם סעד של אכיפה. במסגרת זו של יישום עיקרון תום הלב אף יש בכוחו של בית המשפט להתנות בתנאים את הפתרון או הסעד שקבע, תוך התאמת הפתרון והסעד לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה ועריכת איזון ראוי בין האינטרס הציבורי ועיקרון חוקיות המינהל הכרוך בו, לבין עניינו של הפרט אשר הסתמך על מצג של הרשות, ככל שהיה כזה (בעניין זה ראו גם עמדתה של שלו, חוזים ומכרזים, -126). (124).

34. מכל מקום, ובניגוד למה שקבע בית משפט קמא, אני סבורה כי אין לקבל את טענת ההשתק ככזו במקרה דנן. בהפנותו לדבריו של השופט ח' כהן בד"נ 28/76 מעוז נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 821 (1977) (להלן: עניין מעוז) קבע בית משפט קמא כי "קבלת טענות הנתבעת לפיהן סיכום עם שר משב"ש אינו מחייב, משמעותן המעשית היא כי המדינה דורשת שהאזרחים יפקחו עבודה על תקינות פעילות השר, דבר שאינו סביר ואינו מתקבל על הדעת, כלל ועיקר" (פיסקה 105 לפסק הדין). ראשית, יוטעם כי בעניין מעוז עמדה על הפרק התחייבות של הממשלה "בחווה כתוב וחתום" והשאלה שבית המשפט נדרש לה היא האם יש לקרוא אל תוך חוזה כזה תנאי מתלה לפיו ככל שאין כיסוי תקציבי נאות אין לראות את החווה כחווה שהושלם. לא זו השאלה העומדת לדיון במקרה דנן. בענייננו, כזכור, אין בנמצא "חווה כתוב וחתום" ומן הסיבות שעליהן עמדנו לעיל אין בפנינו כלל התקשרות חוזית בת תוקף. שנית, ועומד על כך גם בית משפט קמא, מאז שניתן פסק הדין בעניין מעוז נחקקו הוראות חוק יסודות התקציב אשר להן השלכה ישירה על הניתוח המשפטי שבבסיס אותו פסק דין. שלישית, באופן עקרוני מקובלת עלי גישתו של בית משפט קמא לפיה אין זה ראוי להטיל על הפרט בלבד את האחריות בכל מקרה שבו יוצר נציג הרשות בפניו מצג של סמכות נחזית. לכן, אין לשלול את האפשרות כי במקרים מתאימים יהיה מקום להטיל חיוב על הרשות בשל מצג כאמור. אולם, זאת מן הראוי כי ייעשה תוך החלת העקרונות הכלליים שהינם יסוד המסד במשפט המינהלי ובמשפט הפרטי כאחד, המטילים על הרשות חובה מוגברת להתנהל בדרך מקובלת, בתום לב ובהגינות.

על הגישה הזהירה שיש לנקוט בטרם תחויב רשות מינהלית על יסוד מצג של סמכות, ועל הצורך לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו עמדה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בע"א 2054/98 אחים רויכמן שומרון בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 433 (2001) (להלן: עניין אחים רויכמן) בהדגישה כי:

"ככלל, בבואנו לבחון את רשויות המדינה בפעולתן כלפי הפרט יש לתת משקל רב לכך שכאשר מדובר בממשלה, התנהגותה ופעולותיה באמצעות אחת מזרועותיה או באמצעות גורם הפועל מטעמה עשויות ליצור מצג שיחייב את גורמי הממשל באשר הם. קיימות נסיבות שבהן אין להטיל על הפרט העומד אל מול המנגנון הממשלתי, הביורוקרטי, להתמודד עם חלוקת הסמכויות הפנימית של נושאי המשרה השונים, והמדינה תהא מנועה מלהתכחש לפעולותיהם והבטחותיהם של עובדיה גם אם ניתנו בחוסר סמכות. אולם אין זה המקרה שלפנינו.

...

בהתחשב באופי ההתקשרות החוזית ובזהות המתקשרים אין להשקיף על עניינה של המערערת כעל עניינו של האזרח הנבוך העומד בפני מסתרי מוסדות השלטון ומסתמך בתום-לב על עובד ציבור בלתי מוסמך. במקרה זה מדובר בגורם מקצועי המתקשר עם הממשלה מרצונו החופשי ומודע היטב לתנאים של התקשרות זו" (שם, 457-456; ראו והשוו גם: עניין עיריית פתח תקווה, פסקה 24; בג"ץ 9634/08 מועצה אזורית חוף השרון נ' שר הפנים, פסקה 31 (טרם פורסם, 5.10.2009)).

בדומה למסקנה שאליה הגיע בית המשפט בעניין אחים רויכמן, גם בענייננו וכפי שכבר פורט לעיל אין מדובר ב"אזרח הנבוך העומד בפני מסתרי מוסדות השלטון" אלא באנשי עסקים ותיקים ומנוסים שעסקיהם חובקי עולם, אשר שכרו את שירותיהם של עורכי דין בכירים ומיומנים לטיפול בעסקה. הם אף העסיקו במסגרת קבוצת אפרופים את חבר הכנסת והשר לשעבר אוזן וכן לא מעט עובדי ציבור לשעבר במשב"ש ובאוצר (אונגר ומאוחר יותר שושני וקמר), אשר הכירו היטב את מוסדות השלטון ואת אופן פעולתם. המשיבים ונציגיהם אלה ידעו גם ידעו, והדבר עולה בבירור מן הראיות שעליהן עמדתי לעיל, כי השר איננו מוסמך להתחייב בשם המדינה ולהתקשר עימם מטעמה בחוזה רב-שנתי וכי על-מנת שתיווצר התקשרות מחייבת בעניין זה יש לערוך חוזה אשר יחתם על-ידי מורשי החתימה המוסמכים. על כן, אין מקום בנסיבות המקרה דנן לקביעה כי הרשות או מי מנציגיה הציגו בפני אנשי אפרופים מצג של סמכות נחזית.

35. עניין אחר לחלוטין הוא אמונתם הסובייקטיבית של המשיבים כי השר יצליח לגרום לכך שהצהרת הכוונות שהצהיר בפניהם על-פי סיכום הדיון ("לפעול להתקשרות" ו"להשתדל" להקצות להם קרקעות באזור הדרום) אכן תאושר ותיחתם על-ידי הגורמים המוסמכים לכך, וכי בעקבותיה תושג בסופו של יום ההתקשרות שאליה חתרו. בהקשר זה יש לבחון האם השר והגורמים האחרים במשב"ש שהיו מעורבים במגעים עם המשיבים, התנהלו על-פי אמות המידה המחייבות אותם דהיינו בהגינות, בדרך מקובלת ובתום לב, וככל שסטו בהתנהלותם מאמות מידה אלו יש להוסיף ולבחון מהי התוצאה הנובעת מכך. לסוגיה זו אפנה עתה.

משקבענו כי לא נכרת חוזה רב-שנתי מחייב בין המדינה ובין אפרופים או מי מן המשיבים, השלב על ציר ההתקשרות החוזית שבו יש לבחון את התנהלותם של השר ושל נציגי משב"ש הוא השלב הטרומי חוזי. החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת המוטלת על צדדים המנהלים משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, מעוגנת בסעיף 12(א) לחוק החוזים הקובע כי "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג

בדרך מקובלת ובתום לב". סעיף 12(ב) לחוק קובע את תוצאות הפרתה של חובה זו ולפיו "צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה, והוראות סעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, יחולו בשינויים המחוייבים". מקום שהרשות היא צד למשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, מוטלת עליה חובה כפולה ומכופלת לנהוג בהגינות ובתום לב משום ש"עליה לפעול לא רק על-פי אמות-מידה של תום-לב הנשאבות מדין החוזים, והמחייבות כל מתקשר בחוזה, אלא גם מתוך הגינות וסבירות הנגזרות מתפקידה כנאמן הציבור... הרשות הציבורית כפופה לעקרונות המשפט הציבורי, וחובת ההגינות בכלל זה, גם כאשר היא פועלת במישור הפרטי והיא אינה נהנית בתחום זה מאותו חופש פעולה המוקנה לפרט בניהול ענייניו" (ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28, 45 (2001); וראו גם עניין עפרן, 860).

36. במקרה דנן אין עוד חולק כי החוזה הרב-שנתי לבניית 3,000 יחידות דיור באזור הדרום, אשר לגביו נוהלו המגעים עם קבוצת אפרופים, לא עמד לעצמו אלא אמור היה להוות התקשרות אחת מתוך התקשרויות רב-שנתיות נוספות מהן תורכב תוכנית כוללת של התקשרויות מסוג זה. כמו כן אין חולק כי על קידומה של תוכנית כוללת זו שקד משב"ש החל מסוף שנת 1990 תחילת שנת 1991 (לסקירה מפורטת של הראיות בעניין זה ראו פסקה 21 לעיל) ועמדנו על כך שכדי שהתוכנית תקרום עור וגידים היה צורך באישור של משרד האוצר ושל ועדת הכספים (ראו פסקה 22 לעיל), אך בשל התנגדות האוצר ובשל סירובה של ועדת הכספים לאשר ולו התקשרויות רב-שנתיות עם שלוש חברות זרות, לא יצאה תוכנית זו אל הפועל בסופו של דבר.

מן הראיות שפורטו עולה כי קבוצת אפרופים ונציגיה ידעו שהשר אינו מוסמך להתקשר עימם בהסכם רב-שנתי מחייב וכי לצורך השתכללותה של התחייבות כזו נדרשות חתימותיהם של מורשי החתימה מטעם המדינה שהיו בהקשר זה מנכ"ל משב"ש וחשב המשרד (כזרוע של החשב הכללי). אך האם ידעו נציגי קבוצת אפרופים במועדים הרלוונטיים כי מדובר בהתקשרות שהיא חלק מתוכנית כוללת שמגבש משב"ש להתקשרויות רב-שנתיות? כי לצורך הוצאת התוכנית אל הפועל יש לאשרה על-ידי משרד האוצר ועל-ידי ועדת הכספים? כי אישורים אלה אינם מובטחים ואינם בהישג יד וכי בלא שיתקבלו אישורים אלה לא ניתן יהיה להתקשר עימם בחוזה רב-שנתי כאמור?

מן העדויות שהציגו המשיבים עולה כי התמונה הכוללת המתוארת לעיל לא הייתה ידועה להם ולא הוצגה בפניהם באופן כזה על-ידי השר או על-ידי נציגי משב"ש, לפחות עד יולי 1991. כך, למשל, בסעיף 90 לתצהירו ציין אוזן כי "... אפרופים וגאון לא היו נוקטים שום פעילות מטעמם, לפני ולאחר חתימת ההסכמים, לו היו נציגי המדינה מודיעים להם, כי ההסכמים כפופים עוד לאישור משרד האוצר וכי אישור זה אינו מובטח" (ראו גם סעיף 144 לתצהירו של הרצוג). בסעיף 53 לתצהירו של אוזן, ובמענה לטענת המדינה כי התוספת לא הייתה אלא טיוטה שהוכנה על-ידי משב"ש והופצה "לכל המעוניין" במסגרת היערכותו של משב"ש לקידום התוכנית להתקשרויות רב-שנתיות ובמסגרת ליבון אפשרויות הבניה על-ידי החברות אשר אמורות היו להשתתף באותה תוכנית, ציין אוזן כי "... בשעתו סברתי, כמו גם יתר מנהלי אפרופים, כי התוספת הוכנה ע"י משרד השיכון במיוחד לאפרופים, ולא היוותה מסמך סטנדרטי שכל קבלן אשר חתם על הסכם פרוגרמה... קיבל כחלק מההסכם עמו. למיטב ידיעתי וידיעתה של אפרופים אז, התוספת היתה בלעדית לאפרופים ולא נמסרה לאף קבלן אחר כלל" (ההדגשות במקור; באותו עניין ראו גם סעיף 86 לתצהירו של הרצוג). בחקירתו הנגדית הופנה הרצוג לאמור בהקשר זה בסעיף 144 לתצהירו והוא עמד על גרסתו בעניין זה והדגיש "אכן לא אמרו לנו שזה קשור כפוף לשום דבר, אמרו אנחנו מטפלים בכל הבעיה הזאת" (עמ' 1011 לפרוטוקול). למטה משם נשאל הרצוג על-ידי בית המשפט שאלה ממוקדת בהקשר זה:

"כ.ה. משה דרורי: מר הרצוג, השאלה הייתה אם במילים האלה ההסכמים כפופים לאישור משרד האוצר, אתה ידעת את זה שההסכמים כפופים לאישור משרד האוצר או לא ידעת את זה, מ-14 לפברואר עד אותו יום שנודע לכם שמשרד האוצר אמר לכם סטופ, בארבעה חודשים ידעת...  
 יואל הרצוג: לי אף אחד לא אמר שהסיכום עם השר כפוף להסכם של משרד האוצר או של מישהו, אמרו לי שכל הצעדים האדמיניסטרטיביים גמורים או ייגמרו".  
 (עמ' 1011-1012 לפרוטוקול).

ובהמשך:

"עו"ד רבקה דותן: אתה לא ידעת שצריך את החתימה של החשב?  
 יואל הרצוג: זה משהו אחר, החשב הוא במשרד השיכון.  
 עו"ד רבקה דותן: אבל החשב הוא שייך לאוצר.  
 יואל הרצוג: לא איכפת לי מאיפה הוא שייך הוא נמצא פיזית במשרד.  
 עו"ד רבקה דותן: או.קיי. אבל למה צריך את החתימה של חשב, זה ידעת שצריך חתימה של חשב.



יואל הרצוג: תראי בכל מדינה בעולם בכל מדינה בעולם יש מערכת תקציבית שפועלים בתוכה אבל זה לא ענייני אני פוגש את שר השיכון, שר השיכון אומר לי אתה תבנה 3,000 יחידות ההתחייבות היא ל-3,000 אני אתן לך 3,000 ולא 5,000 ואני אתן לך את זה כמו שנתתי לחברות טרומיות אחרות, זאת אומרת שיש לו את הבסיס התקציבי שהוא יכול לבצע מבחינתי, מבחינתי זה ברור, עכשיו הוא אומר אתה תלך קדימה אנחנו מארגנים את כל העניינים האדמיניסטרטיביים הדבר ברור, ככה זה נהוג בכל מקום בעולם.

כ.ה. משה דרורי: אז היא שואלת אותך האם ידעת שהעניין... כוללים אישור משרד האוצר, זה מה שהיא שאלה אותך.

יואל הרצוג: לא בהכרח. מבחינתי כבר יש לו אישור, יש לו כבר תקציב.

כ.ה. משה דרורי: אתה ידעת או לא ידעת?

יואל הרצוג: לא ידעתי."

(עמ' 1012-1013 לפרוטוקול).

37. המדינה, מצידה, לא הציגה עדות כלשהי אשר יש בה כדי לבסס ממצא לפיו נאמר למשיבים בשלב כלשהו לפני חודש יולי 1991 "ברחל ביתך הקטנה" כי מדובר בתוכנית כוללת להתקשרויות רב-שנתיות שגובשה במשב"ש ושהמשרד פועל לקידומה אך היא טעונה אישור של משרד האוצר ושל ועדת הכספים ואישורים אלה אינם מובטחים. תחת זאת, מפנה המדינה אל הודעה לעיתונות שיצאה מטעם משרד האוצר ביום 30.5.1991 וזו לשונה:

"לפני כ-3 שבועות כאשר התקבלו נתונים ממנכ"ל משרד השיכון מהם עולה כי התבצעו התחייבויות לכאורה שלא כדין של כ-1.5 מיליארד ש"ח בתחומי הפיתוח והתכנון, חזרו וביקשו באוצר נתונים אשר כבר לפני כ-6 חודשים נתבקשו נציגי משרד השיכון להעביר. משום מה משרד השיכון מתמהמה במשך תקופה ארוכה זו להעבירם על מנת שניתן יהיה ללמוד על אותה 'טעות' שלכאורה התגלתה במשרד השיכון. גורמים במשרד השיכון התחייבו על תשלומים שלא בהתאם להתקשרויות חוקיות וללא סמכות, ולכן לא ניתן לשלם לקבלנים מכספי מדינה ללא חוזים ועל סמך הבטחות של גורמים שאינם מוסמכים על-פי חוק. במשרד האוצר התריעו בעבר שלא יועברו כספים שלא בהתאם להתקשרויות חוקיות וללא תקציב מאושר. מובן מאליו שרק חוזים חוקיים שמאחוריהם תקציב מאושר מחייבים את תקציב המדינה".

(מוצג מ"ז למוצגי המדינה).

גם אם נניח כי הודעה זו, המנוסחת בלשון כללית ביותר, אמורה הייתה באותו שלב להדליק נורת אזהרה מסוימת אצל נציגי אפרופים בכל הנוגע להיתכנות ההתקשרות בחוזה רב-שנתי עימם, אין די בהודעה זו ואין היא מהווה תחליף לראיות פוזיטיביות שהיה על המדינה להציג כדי לסתור את גרסת המשיבים ולשכנע כי לאורך המגעים שניהלו הצדדים, נפרשה בפני המשיבים על-ידי השר ונציגי משב"ש התמונה במלואה והודגש בפניהם כי על-מנת שהחוזה הרב-שנתי יקרום עור וגידים ידרשו אישורי משרד האוצר וועדת הכספים להתקשרויות הרב-שנתיות כתוכנית כוללת וכי קבלת אישורים אלה אינה מובטחת. ייתכן כי התמונה לא הוצגה בפני המשיבים באופן הזה משום שהשר ונציגי משב"ש עצמם היו משוכנעים שהתוכנית תאושר וההתקשרויות הרב-שנתיות עם אפרופים ועם החברות הנוספות אכן תצאנה אל הפועל. הפעילות האינטנסיבית והנמרצת שנקט משב"ש על-מנת לקדם את התוכנית לפני ואחרי סיכום הדיון עם המשיבים מיום 14.2.1991 פורטה בפסקאות 21-22 לעיל ופעילות זו כמו גם הצגת הדברים הבוטחת של השר, מלמדים כי גורמים אלה אכן האמינו שהאישורים הדרושים יתקבלו בסופו של יום אם בשל "כובד משקלו" של השר והמוניטין שיצאו לו בלשון העדים שנשמעו כ"בולדוזר" לביצוע פרויקטים לאומיים ואם בשל גודל השעה וגלי העלייה שהתדפקו אותה עת על שערי המדינה. על ציפיותיו של השר עצמו בהקשר זה ועל האכזבה שנחל נוכח אי אישור התוכנית להתקשרויות רב-שנתיות על-ידי האוצר ניתן ללמוד ממכתב התשובה ששלח השר לאוזן ביום 16.1.1992 אותו כבר הזכרנו לעיל, ובו נאמר:

"אמנם אני מקבל את הערתך שכאשר שר מסכם נושא, הממשלה צריכה לעמוד מאחוריו וצר לי שבמקרה של הפעלת הבניה, הפיתוח והתשתית, המצב אינו כך. אין בידי לאשר הסכם לבניית יח"ד המבוקשות על ידכם ואת הסיבות לכך הבהרתי בפגישתנו".  
(מוצג ל"ה למוצגי המדינה).

38. אולם, במועדים הרלוונטיים לענייננו בהם התקיימו המגעים בין הצדדים ונוכח הלוך הרוח שאפיין את השר ואת נציגי משב"ש באותו שלב, נראה כי הם לא הקפידו לנהוג בדרך מקובלת ובהגינות כלפי המשיבים ולא פרשו בפניהם את מלוא הסיכונים שהם נוטלים על עצמם בנסיבות העניין, כפי שהיה עליהם לעשות. בכך לטעמי הפרו הם את החובות המוטלות עליהם בשלב הטרם חוזי וביתר שאת בהיותם פועלים בשם ועבור רשות ציבורית. ודוק: משקבענו כי המשיבים ידעו כי הסיכום עם השר במהלך פגישת פברואר איננו סוף פסוק ואיננו יוצר התקשרות מחייבת וכי תידרשנה חתימותיהם של המנכ"ל וחשב משב"ש על-מנת לשכלל התקשרות כזו, ממילא ברור כי המשיבים נטלו על עצמם סיכון מסוים בכל הנוגע לפעילות שביצעו ולהוצאות

שהוציאו לפני פגישת פברואר ולאחריה. אולם, משלא הוצגה בפניהם התמונה בכללותה כאמור, לא ניתנה להם ההזדמנות להעריך אל נכון את גודל הסיכון שאותו הם נוטלים בהקשר זה. מן הראיות שהוצגו עולה כי השר ונציגי משב"ש מצידם היו מודעים להסתמכותם זו של המשיבים על האופן שבו הוצגו הדברים בפניהם. הם ידעו כי גאון והחברות הקשורות עימו לא קיימו אותה עת פעילות עסקית בישראל בתחום הבניה וכי נציגיהם החלו להיערך לקראת ההתקשרות המתוכננת. הם השיגו אישור של חברה משכנת למשיבה 2, הם הקימו חברה ישראלית היא המשיבה 1 והעיקר - הם נקטו צעדים ממשיים לצורך הקמת מפעל שהייתה כרוכה לטענתם בעלות של כ-12 מיליון דולר, ואשר פעילותו אמורה הייתה להיות מבוססת במידה לא מבוטלת על ההתקשרות הרב-שנתית העתידית בה דובר. המשיבים אף פעלו לקבלת מעמד של "מפעל מאושר" עבור המפעל האמור ולא למותר לציין בהקשר זה כי בבקשה שהגישה קואל-טכ למרכז ההשקעות צוין: "הלקוחות העיקריים בארץ הם משרד הסיכון, חברות בניה גדולות וקבלנים וזאת בנוסף לצריכה עצמית של חברת בניה" (מוצג מ' למוצגי המדינה; כמו כן ראו התוכנית העסקית של המפעל מחודש פברואר 1991 הכוללת התייחסות לקשר עם החברה הצרפתית פרודימה וכן מסמך בחינת תוכנית ההשקעה מחודש אפריל 1991 של הבנק לפיתוח התעשייה - מוצגים 103 ו-3 למוצגי המשיבים).

על כך שהמדינה הייתה מודעת להתארגנותם זו של המשיבים, בין היתר לקראת הקמת המפעל, מעידה האמירה המופיעה בסיכום הדיון ולפיה "מאחר והחברה מקימה מפעל בדרום הארץ, ישתדל משב"ש להקצות לחברה קרקעות באיזור הדרום" (לעניין זה ראו גם: מכתבו של אוזן לשר מיום 3.7.1991, מוצג כ"ח למוצגי המדינה; דבריו של הרצוג בעמ' 804 ו-855-856 לפרוטוקול; ומכתבו של אוזן לגורמים במשרד מיום 8.3.1991, נספח ח' לתצהירו). לאחר פגישת פברואר שבו נציגי אפרופים והזכירו בפני גורמי המשרד את תוכניתם לגבי המפעל. כך, במכתבו של אוזן אל כץ מיום 24.2.1991, צוין "הצגנו בפני השר את לוח הזמנים להקמת המפעל בנתיבות, כ-5-6 חודשים, כאשר הבניה לפי חוזה הפרוגרמה תחל מייד בתום תקופה זו. השר קיבל זאת בהבנה" (מוצג כ"ה למוצגי המדינה; וראו גם מכתבו של דניאל לימור אל עוזר השר כץ מיום 17.3.1991, שכלל הנראה הועבר לאריאל לוין ולא נענה על-ידו - עמ' 695 לפרוטוקול, וכן מכתבו של לימור אל אנשי אפרופים, מוצג 18 למוצגי המשיבים). משב"ש לא התנה אומנם את ההתקשרות הרב-שנתית בהקמת המפעל ועל הקמתו דובר עוד טרם פגישת פברואר (ראו דבריו של אונגר בישיבת קואל-טכ מיום 10.2.1991, והעובדה שבסיכום הדיון צוין ש"החברה מקימה מפעל בדרום הארץ"). יחד עם זאת, נראה כי ברור היה לכל הצדדים שהקמת המפעל קשורה קשר בל יינתק לכוונתה של אפרופים לבנות אלפי יחידות דיור בישראל. יתר על כן, יש לזכור כי המשרד מעוניין היה בניהול

משא ומתן לצורך התקשרות עם חברות בעלות מפעל לבניה טרומית, והמתכונת הרב-שנתית נועדה במידה רבה להביא לכך שהפעלתם של מפעלים כאלה תהא כדאית (ראו: מוצגים ד' ו-ה' למוצגי המדינה; מכתבו של לויין לאגף התקציבים מיום 1.4.1991, מוצג י' למוצגי המדינה; דבריו של בניטה בעמ' 1903 לפרוטוקול דברי אורן בעמ' 258; דבריו של בר בוועדת הכספים של הכנסת, עמ' 8 במוצג 23 למוצגי המשיבים; וסעיף 8 לתוכנית ההיערכות לקליטת העלייה, מוצג 12 למוצגי המשיבים).

39. האם נוכח התנהלות השר ונציגי משב"ש במהלך המגעים עם המשיבים, קמה להם הזכות לקבלת פיצוי מידי המדינה?

בהינתן כל האמור לעיל ונוכח הקביעה כי השר ונציגי משב"ש הפרו כלפי המשיבים את החובה לנהוג בהגינות, בדרך מקובלת ובתום לב בשלב הטרום חוזי אני סבורה כי קמה למשיבים הזכות לקבל בשל כך פיצוי מן המדינה, אשר בשמה ומטעמה ניהלו השר ונציגי משב"ש את המשא ומתן (ראו והשוו: אהרן ברק חוק השליחות כרך ראשון 120-125 (1996); ד"נ 7/81 פנידד, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 703-704 (1983); אדרעי, חוק-יסוד: משק המדינה, 172 ואילך; (2006) § 6.01 cmt. b (RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY). אולם, בניגוד לטענות שהעלו המשיבים בהקשר זה בהסתמכם על פסק הדין בע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002) (להלן: עניין קל בנין), אינני רואה בנסיבות העניין בסיס לעמדתם כי הם זכאים לפיצויי קיום. ככלל, הפרת חובת תום הלב הקבועה בסעיף 12(א) לחוק החוזים מקימה לנפגע זכות לפיצוי המשקף את אינטרס ההסתמכות שלו (ראו ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ, פסקה 19 (טרם פורסם, 6.6.2011)). אכן, בעניין קל בנין הכיר בית המשפט בכך שייתכנו מקרים חריגים בהם מוצדק לפסוק פיצויי קיום אף שלא נכרת חוזה, וזאת כאשר "המשא והמתן בין הצדדים הגיע לשלב כה מתקדם, עד כי תוכנו של ההסכם שאותו מבקשים הצדדים לכרות הוא ידוע. תנאיו גובשו, עם זאת אך בשל חוסר תום-הלב נמנע השכלול הסופי של המשא והמתן לכדי חוזה" (שם, 301). אך אין זה המקרה שבפנינו שכן בענייננו אי השתכללותו של המשא והמתן לכדי חוזה מחייב לא נגרמה בשל חוסר תום לב מצד נציגי הרשות וההתנהלות הבעייתית שיוחסה לנציגי הרשות נעוצה בכך שלא חשפו בהגינות בפני המשיבים את מלוא רוחב הסיכון שהם נוטלים על עצמם בהיערכותם לקראת כריתתו של החוזה הרב-שנתי (ראו: ע"א 8144/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדד, פ"ד נו(1) 158 (2002); רע"א 235/12 אירוס הגלבוט בע"מ נ' עומר הנדסה בע"מ, פסקה 9 (טרם פורסם, 27.2.2012); ועל המגמה המצמצמת שיש

לנקוט בהקשר זה ראו ע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פסקאות כ"א-כ"ג (טרם פורסם, 14.6.2009).

לצד, תידרש התדיינות נוספת בהליך נפרד על-מנת להכריע בכל השאלות הנוגעות להיקפם של פיצויי ההסתמכות המגיעים למשיבים (לרבות שאלת המועד הקובע אשר לאחריו מוחזקים המשיבים כמי שידעו כי נדרש אישור של משרד האוצר וכי יש קושי לקבלו ולרבות שאלות הנוגעות להתחשבות הכוללת בינם ובין המדינה בפרשה זו). זאת נוכח העובדה כי בית המשפט המחוזי ראה להתיר למשיבים לפצל סעדים ואיפשר להם לנהל את ההליך דנן אך ורק בהתייחס לסעד ההצהרתי שנתבקש בסוגיית קיומו של חוזה מחייב ולחלופין בסוגיות הנוגעות להבטחה שלטונית ולהתנהלות בחוסר תום לב בשלב המשא ומתן (ראו החלטת כב' השופט ברנר מיום 2.2.1998 בבקשה שהוגשה בהסכמת המדינה). לא אוכל שלא להביע מורת רוח על פיצול הסעדים שנתאפשר כאמור, אשר אינו תואם את ההלכה הפסוקה הנוהגת בעניין זה (ראו: ע"א 227/77 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' ברנר, פ"ד לב(1) 85 (1977); ע"א 9580/05 גליקלד נ' צ'ורני, פסקה 6 (לא פורסם, 10.9.2007)). כתוצאה מכך, אין על כן מנוס מניהול הליך נוסף בפרשה זו (שתחילתה בשנות התשעים של המאה הקודמת), לצורך הכרעה בסוגיית פיצויי ההסתמכות. במסגרת זו ובהינתן התשתית העובדתית שנקבעה בפסק דיננו זה, יש לבחון גם אם יש בסיכון המודע שנטלו על עצמם המשיבים, כדי לגרום להפחתת שיעור פיצויי ההסתמכות לו הם זכאים – ויודגש כי אין אנו מביעים עמדה בסוגיה אחרונה זו.

סוף דבר

40. מכל הטעמים המפורטים לעיל, אציע לחבריי לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא ולקבוע כי לא נכרת בין הצדדים החוזה הרב-שנתי הנטען וכן כי אין לראות את המדינה כמי שמחויבת בהתקשרות זו מכוח הבטחה מינהלית. יחד עם זאת, אוסיף ואציע לחבריי לקבוע כי המשיבים זכאים לפיצויי ההסתמכות בשל התנהלות שלא בדרך מקובלת ובתום לב ושלא בהגינות כלפיהם בשלב הטרם חוזי, אך השאלות הפרטניות הנוגעות לסוגיית פיצויי ההסתמכות ולהיקפם תתבררנה, כאמור, בהליך נוסף שניהולו נדרש נוכח ההיתר לפיצול סעדים שניתן למשיבים על-ידי בית המשפט המחוזי. לבסוף אציע לחבריי לחייב את המשיבים ביחד ולחוד לשלם למדינה שכר טרחת עורך דין בערעור בסך 200,000 ש"ח. סכום זה מביא בחשבון את קבלת רוב רובו של הערעור וכן את העובדה כי אף שנמצא כי השר ונציגי משב"ש הפרו את חובת תום הלב בכך שלא הציגו בפני המשיבים את התמונה במלואה ובכך שחשפו אותם לסיכון

גדול מזה שעליו ידעו, אין חולק כי השר ונציגי משב"ש האמינו באמת ובתמים כי יצליחו לקבל את האישורים הנדרשים וכי השקיעו מבחינתם את כל המאמצים האפשריים לצורך קבלתם.

#### ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

#### ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. הן באספקלריה של המשפט המינהלי והן באספקלריה של המשפט הפרטי, לא היה מקום להצהיר כי המשיבים זכאים לפיצויי קיום.

מהזווית המינהלית – אף בהנחה שנתמלאו התנאים לקיומה של הבטחה מינהלית (הבטחה מפורשת וברורה ולא מוטלת בספק, שניתנה על ידי בעל סמכות לתיתה והוא בעל יכולת למלא אחריה, מתוך כוונה שיהא לה תוקף משפטי מחייב), הרי שהרשות יכולה לסגת מהבטחתה כאשר יש לכך צידוק חוקי. מקום בו ניתנה הבטחה מינהלית, ויש צידוק חוקי בגינו לא ניתן לממשה, הרי שבמקרה של הסתמכות שכתוצאה ממנה שינה הצד המסתמך מצבו לרעה, הדבר עשוי להקים עילה לתשלום פיצויים - אך לא דווקא פיצויי קיום (בג"ץ 636/86 נחלת ז'בוטניסקי מושב עובדים נ' שר החקלאות, פ"ד מא(2) 701, 710 (1987) (להלן: עניין נחלת ז'בוטניסקי). להבחנה בין "ציפייה" ל"הסתמכות" ראו: דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כז 209, 212 (תשס"ג); דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהל" משפטים כ"ז 17 (תשנ"ו)). כך גם בענייננו. אפילו היינו מגיעים למסקנה כי ניתנה הבטחה מינהלית – ואיני סבור כך – נוצר צידוק להשתחרר מהבטחה זו נוכח חוסר הצורך בבניה טרומית מסיבית, הן בשל מספר התחלות הבניה והן בשל הירידה במספר העולים הצפוי. הפסיקה אף הכירה בכך שהחזרה מהבטחה יכולה להיעשות אף כתוצאה משיקול דעת נוסף שהעלה כי ההבטחה שניתנה היא מוטעית ובלתי שקולה (עניין נחלת ז'בוטניסקי לעיל).

2. מהזוית החוזית – אף אני סבור כי לא השתכלל חוזה מחייב בין הצדדים וכי אי השתכללות החוזה לא נובעת מחוסר תום לב של המנהל, ודי בטעם זה, כשלעצמו, כדי לשלול פיצויי קיום מהמשיבים.

כאשר בחוזי רשות עסקינן, עומדת לרשות האפשרות של השתחררות מינהלית בתנאים מסוימים, שאינם כוללים בהכרח פיצויי קיום, גם כאשר לא מדובר בסיכול במובנו במשפט הפרטי (ראו, לדוגמה, ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הבטחון, פ"ד נד(5) 506 (2000) (להלן: עניין רגב)). אך גם באספקלריה של המשפט הפרטי, עלול להיווצר מצב בו מזמין מתקשר בחוזה לבנייה או להקמה של פרויקט בהיקף גדול ובשלב מסויים מבקש לסגת מהחוזה בשל היעדר צורך בפרוייקט. האם בכל מקרה כאמור יתחייב המזמין בפיצויי קיום? למיטב ידיעתי שאלה זו טרם התעוררה בפסיקה, אך מלומדי משפט הצביעו על כך שיש לאפשר למזמין לפרוש מהחוזה באופן חד-צדדי מסיבה סבירה, בעיקר מקום בו התועלת שהמזמין ציפה להפיק מהחוזה נעלמה עקב נסיבות שהתהוו לאחר הכריתה, שאז לא יחוייב בתשלום פיצויי קיום למרות כריתתו של חוזה מחייב (ראו: גד טדסקי "על זכות המזמין לפרוש מחוזה קבלנות או לשנותו" משפטים ה' 738 (תשל"ד); איל זמיר חוק חוזה קבלנות תשל"ד-1974, עמודים 394-402 (סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, תשנ"ה); איל זמיר "הצעות לחקיקה בנושא חוזי קבלנות וחוזי שירותים" משפטים כו' 97, 141-143 (תשנ"ה), והשוו לעניין רגב בפסקאות 34-35 לפסק דינו של השופט אנגלרד). מכאן, שגם אם היינו מגיעים למסקנה כי השתכלל חוזה מחייב בין הצדדים או שהמדינה מנעה השתכללותו של חוזה כאמור – ואיני סבור כך – עדיין אין פירוש הדבר כי נסללה הדרך לקבלת פיצויי קיום כפי שנקבע בפסק דינו של בית משפט קמא.

3. לתוצאה זו ניתן להגיע גם באספקלריה של דיני החוזה הבלתי חוקי, נוכח היעדר חתימת חשב ומנכ"ל המשרד. גם במקום בו נכרת חוזה שלא בהתאם לדין – ולטעמי במקרה דנן אף לא השתכלל חוזה – יורה בית המשפט לכל היותר על פסיקת "שכר ראוי" בגין החלק החוזי שבוצע, אך מטעמים של אינטרס ציבורי יימנע מלפסוק פיצויי קיום "שכן אין ליתן פרס למי שלא פעל כדין, ואין לחייב את כיס הציבור במלוא גחמות שלוחיו ומחדליהם" (רע"א 5210/08 עו"ד זרח רזנבלום נ' מועצה מקומית חבל מודיעין, פסקה ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 20.12.2010)).

4. סיכומו של דבר שאני מסכים עם המסקנה אליה הגיעה חברתי, השופטת חיות, כי לא היה מקום להצהיר על זכות המשיבים לפיצויי קיום. התלבטתי אם להצטרף למסקנתה לפיה יש לפסוק למשיבים פיצויי הסתמכות, אך נוכח התנהלות בכירי

משב"ש כפי שתוארה בפירוט בפסק דינה, נחה דעתי כי בנסיבות דנן יש לכך מקום  
כאמור בסעיף 39 לחוות דעתה של חברתי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, י"א באייר התשע"ב (3.5.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת