



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1463/22

ע"א 1467/22

לפני:

כבוד הנשיא יצחק עמית
כבוד השופטת יעל וילנר
כבוד השופט עופר גרוסקופף

המערערת בע"א 1463/22: הפטריארכיה היוונית אורתודוקסית של ירושלים

המערערת בע"א 1467/22: הימנותא בע"מ

נ ג ד

המשיבים בע"א 1463/22: 1. הימנותא בע"מ
2. יעקב רבינוביץ ו-22 אחי
25. הקרן הקיימת לישראל

המשיבים בע"א 1467/22: 1. הפטריארכיה היוונית אורתודוקסית של ירושלים
2. יעקב רבינוביץ ו-22 אחי
25. הקרן הקיימת לישראל

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בת"א 48074-06-11 מיום 14.12.2021 שניתן על-ידי כב'
השופט משה בר-עם

תאריך הישיבה: ב' באב התשפ"ג (20.7.2023)

בשם המערערת בע"א
1463/22 והמשיבה 1 בע"א
1467/22:

עו"ד יאיר עשהאל; עו"ד אסף עולמי

בשם המערערת בע"א
1467/22 והמשיבה בע"א
1463/22:

עו"ד נדב ויסמן; עו"ד רועי דלח

פסק-דין

הנשיא יצחק עמית:

הימנותא בע"מ והפטריארכיה היוונית אורתודוקסית של ירושלים, שני קורבנות
לעסקת מקרקעין רחבת היקף שיסודה במרמה ובזיוף, ניהלו ביניהן משא ומתן במטרה

להביא לסיום הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט. האם התקשרו השתיים בהסכם מחייב? ככל שנכרת הסכם, האם הופר על ידי הפטריארכיה? ומה הסעד שלו זכאית הימנותא? אלו השאלות המרכזיות העומדת לפתחנו.

רקע עובדתי

1. שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט מ' בר-עם) מיום 14.12.2021 בת"א 48074-06-11, שבו נקבע כי המערערת בע"א 1463/22 (להלן: הפטריארכיה) הפרה את חובת תום הלב במשא ומתן, ועל כן, תפצה את המערערת בע"א 1467/22 (להלן: הימנותא) בפיצויי קיום בסך של 13 מיליון דולר.

2. בשנת 2000 התפוצצה פרשת מרמה מן המתוחכמות ורחבות ההיקף שהיו במדינת ישראל – עסקת מקרקעין לרכישת כ-520 דונם המצויים בשכונות רחביה וטלביה שבירושלים. המקרקעין, שהיו בבעלותה של הפטריארכיה היוונית האורתודוקסית של ירושלים, נחקרו בעבר על ידי הקרן הקיימת לישראל (להלן: קק"ל) לתקופה של 99 שנים ותוקף חכירתם עתיד לפוג בשנים 2051-2052. איש עסקים בתחום הנדל"ן ושניים נוספים (להלן: הנוכלים) ראו בכך הזדמנות עסקית, ויצרו מצג שווא בפני הרשויות לפיו הפטריארכיה מעוניינת לבצע עסקה במקרקעין. לפי ההצעה, הפטריארכיה תחכיר את המקרקעין לקק"ל לפרק זמן של 99 שנים נוספות בתמורה לסך של 16 מיליון דולר.

העסקה אכן יצאה לפועל. הימנותא, חברה שבשליטת קק"ל, העבירה 20 מיליון דולר לידי הנוכלים – 16 מיליון דולר עבור המקרקעין ו-4 מיליון דולר עבור עלויות העסקה. כבר עתה יצוין כי הכסף לא הגיע לידי הפטריארכיה מעולם. בתמורה, הימנותא קיבלה לידיה את מסמכי העסקה חתומים כביכול בכתב ידו של הפטריארך, אשר אישורו נדרש לביצוע עסקאות מקרקעין שהפטריארכיה צד להן, וכן חתומים בחותם הפטריארך ובחותמת הפטריארכיה. בהמשך לכך, ובהתבסס על מסמכי העסקה, נרשמה הערת אזהרה לטובת הימנותא על זכויות הבעלות של הפטריארכיה במקרקעין. למרבה המזל, בשונה מ"טבעת המלך" שאת אשר נחתם בה "אין להשיב" (מגילת אסתר פרק ח, ח), את שנחתם בחותם הפטריארך ניתן להשיב, ומשנודע לפטריארכיה על רישום הערת האזהרה, היא הגישה בשנת 2000 תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים למתן סעד הצהרתי שלפיו לא נקשרה עם הימנותא בעסקת מקרקעין (להלן: תביעת הפטריארכיה). בסיומו של ההליך, אי שם בשנת 2013, קבע בית המשפט המחוזי כי העסקה כולה יסודה בהונאה ובזיוף ו"בין התובעים להימנותא לא נכרתה עסקה אמיתית, מסמכי העסקה חסרי תוקף

משפטי מחייב והימנותא לא רכשה כל זכות מכוחם" (ת.א. (מחוזי י-ם) 2307/00 הוד קדושתו הפטריארך היווני אורתודוכסי נ' רבינוביץ', פסקה 68 (23.12.2013)).

ביני לבניי הוגשו כתבי אישום נגד הנוכלים בגין מעורבותם במעשי המרמה, ואלה הורשעו בתום ההליך (ראו הכרעת דינו המקיפה של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט מ' גל) בת"פ 1071/01 מדינת ישראל נ' רבינוביץ (5.11.2007); וכן פסק דינו של בית משפט זה בערעורים שהגישו הצדדים – ע"פ 4364/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ (22.4.2010)). מלבד הנוכלים שנטלו חלק ישיר במעשה המרמה, נפתח הליך פלילי גם נגד הנוטריון שאימת כביכול את חתימת הפטריארך על מסמכי העסקה מבלי שהאחרון חתם לפניו על המסמכים (גזר הדין בת"פ (שלום י-ם) 1318/02 מדינת ישראל נ' פרי (1.10.2002)).

3. במקביל לתביעת הפטריארכיה לסעד הצהרתי, וכשש שנים טרם שנקבע כי עסקת המקרקעין מחוסרת כל תוקף, נערך משא ומתן בין הפטריארכיה והימנותא במטרה לפתור את הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט, שבסיומו הגיעו הצדדים להסכמות אשר הועלו על הכתב בפרטיכל של הישיבה שנערכה ביום 12.3.2007 (להלן: הפרטיכל). הישיבה, שהיתה למעשה טקס חגיגי, נערכה בנוכחותו של הפטריארך החדש ופמלייתו לרבות עורכי דינה של הפטריארכיה, נציגי קק"ל והימנותא, עו"ד וינרוט ששימש כמתווך בין הצדדים בהליך, וכן שני שופטים בדימוס – אביגדור משאלי ז"ל ודן ארבל שהוזמנו לישיבה על מנת לשמש כעדים להסכמות שאליהן הגיעו הצדדים (להלן: הטקס). מפאת חשיבות נוסחו של הפרטיכל לענייננו, נביאו להלן בנוסחו המלא (ההדגשה בסוף במקור):

1. לאחר מו"מ שהתקיים בחודשים האחרונים בין הפטריארך הנבחר, הוד מעלתו תיאופולוס השלישי ועוה"ד של הפטריארכיה ובין נציגי קרן הקיימת לישראל, הוסכם בין הצדדים לעשות כל מאמץ על מנת להסדיר בדרכי פשרה ושלוש את המחלוקות שבין הפטריארכיה לקרן הקיימת לישראל בקשר ל'פרשת הקרקעות' מושא ת.א. 2307/00 בבית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: 'התיק האזרחי').

2. הצדדים מתחייבים להסדיר את המחלוקות כאמור על פי הקבוע בנוסח הסכם הפשרה 'טיוטא א' המצורפת כנספח א' לפרטיכל זה, שנוסחה סוכם ואושר באופן סופי ע"י הצדדים ועורכי דינם.

3. מייד עם קבלת כתב ההכרה (high berat) מטעם ממשלת ישראל לבחירתו של הפטריארך הנבחר תיאופולוס השלישי כפטריארך הכנסיה היוונית אורתודוכסית

בישראל (להלן: 'אישור הממשלה'), תודיע על כך הפטריארכיה לקרן הקיימת לישראל. הפטריארכיה הנבחרת, תיאופולוס השלישי, יהיה אחראי לקבל את אישור הסינוד הקדוש להסכם הפשרה (טיוטא א'), הסכם הפשרה (טיוטא א') יובא לאישור המוסדות המוסמכים בקרן הקיימת לישראל ובכפוף לאישור זה יחתם הסכם הפשרה (טיוטא א') באופן מלא ע"י הצדדים, בתוך 7 ימים מאישור הממשלה.

4. לפטריארכיה שמורה הזכות להסדיר את המחלוקות עם קרן הקיימת לישראל על פי המפורט בנוסח ההסכם 'טיוטא ב' המצורף אף הוא לפרטיכל זה כנספח ב' שנוסחו אף הוא סוכם ואושר באופן סופי ע"י הצדדים ועורכי דינם, וזאת אם תודיע בכתב לקרן הקיימת לישראל על בחירתה בחלופה זו לא יאוחר מאשר יום 15.8.2007 או בתוך 3 ימים מקבלת אישור הממשלה, לפי המוקדם ביותר. בחרה הפטריארכיה בחלופה זו, יחולו הוראות סעיף 3 לעיל בהתאמה ביחס לטיוטא ב', במקום ביחס לטיוטא א'.

5. ככל שחסר נספח כלשהו לאיזו מן הטיוטות א' או ב', יוכן הנספח ע"י באי כוח קרן הקיימת לישראל עד למועד החתימה המלאה כאמור בסעיף 3 לעיל. האמור יחולו גם על פרטים שיש להשלים בכל אחת מן הטיוטות הנ"ל; ככל שיש כאלו.

6. למען הסר ספק:

6.1. האמור בטיוטות א' ו/או ב' לא יחייב את קרן הקיימת לישראל או את הפטריארכיה, אלא עם החתימה המלאה על איזה מהמסמכים הנ"ל כאמור בסעיף 3 או 4 לעיל (לפי העניין); וכל זכויות הצדדים זה כלפי זה וכן כלפי כל צד אחר שמורות במלואן.

6.2. הסיכום האמור בפרטיכל זה וכל הקשור אליו יהיו בטלים אם לא יתקבל אישור הממשלה עד ליום 15.8.07, אלא אם כן הסכימו הצדדים לדחות את המועד האמור. הוסכם לדחות את המועד, יידחה בהתאמה גם המועד הנקוב בסעיף 4 לעיל.

7. קק"ל תהיה זכאית לחזור בה מן האמור בפרטיכל זה ולבטלו, ואם נחתם בינתיים אלו מן ההסכמים טיוטא א' או טיוטא ב', לחזור בה גם מההסכמים הנ"ל ולבטלם, אם הנאשמים בת.פ. 1071/01 בבית המשפט המחוזי בירושלים, או מי מהם, יזוכה מן האישומים שם במסגרת פסק הדין בבית המשפט המחוזי בירושלים ו/או ערעור שיוגש, אם יוגש, לבית המשפט העליון, אם יקבע על פי פסק דין כאמור כי חתימת הפטריארכיה המנוח קריביליס דיאודורוס על מסמכי העסקה מושא התיק האזרחי, הינה חתימתו או שנעשתה בהרשאתו או באישורו מראש או בדיעבד. קק"ל תהיה זכאית לעשות כן בהודעה בכתב לפטריארכיה שתשלח בתוך 90 יום ממתן פסק דין כאמור באילו מן הערכאות.

[...]

8. כל הצדדים מתחייבים לשתף פעולה ביניהם ולעשות כמיטב יכולתם על מנת להוציא אל הפועל את המוסכם בפרטיכל זה בהקדם האפשרי.

9. הפטריארך תיאופולוס השלישי מאשר את האמור בפרטיכל זה ובנספחיו וכי הוא יפעל בהתאם לאמור בהם, לאחר שתוכנו של הפרטיכל, וכן תוכן הנספחים לו תורגמו והוסברו לו ע"י באי כוח הפטריארכיה.

10. פרטיכל זה נחתם לראיה ע"י עו"ד יעקב ויינרוט, ע"י כב' השופט בדימוס מר אביגדור משאלי וע"י כב' השופט בדימוס דן ארבל.

[...]

הננו מאשרים כי הצדדים המפורטים לעיל, סכמו בנוכחותנו את הדברים המפורטים בפרטיכל זה לעיל, והתחייבו זה כלפי זה לפעול בהתאם לאמור בו ולקיים את הוראותיו.

בהתאם להוראות הפרטיכל, צורפו לו שני נספחים שהיוו טיוטות חלופיות להסכם שבו יתקשרו הצדדים: לפי "טיוטא א'", הפטריארכיה תפצה את הימנותא בסך של 13 מיליון דולר כנגד ויתורה של הימנותא על טענותיה לעניין תוקפה של עסקת המקרקעין והסרת הערת האזהרה שנרשמה לטובתה; לפי "טיוטא ב'", הפטריארכיה תאריך את זכויות החכירה של המדינה במקרקעין לתקופה של כ-150 שנים נוספות (200 שנה מהמועד הקובע שנקבע בהסכם) כנגד תשלום בסך של 4.5 מיליון דולר. כפי שנקבע בפרטיכל, מבין שתי החלופות, טיוטא א' נקבעה כברירת מחדל להסכם שייחתם בין הצדדים, בעוד שזכותה של הפטריארכיה לבחור בטיוטא ב' היתה כפופה למתן הודעה מצד הפטריארכיה לקק"ל בתוך פרק זמן מסוים (סעיפים 3-4 לעיל).

4. הערה: מכתבי הטענות וחומר הראיות עולה כי בשלבים הראשונים של המשא ומתן, החלופה שעליה דיברו הצדדים היתה הארכת החכירה (טיוטא ב'). אלא שבהמשך היתה זו הפטריארכיה שהציעה את החלופה של מתן תשלום כנגד ויתור על טענות ומחיקת הערות האזהרה שנרשמו לטובת קק"ל מכוח עסקת המרמה (טיוטא א'). זאת, כך עולה, מתוך כוונה של הפטריארכיה להתקשר במקביל בעסקה למכירת הזכויות במקרקעין לצד שלישי שיישא בתשלום להימנותא. בפועל, מגעים אלו של הפטריארכיה עם הצד השלישי ("קבוצת סופר") לא צלחו. [לטענת הימנותא, לאחר מכן התקשרה הפטריארכיה עם קבוצה עסקית אחרת למכירת הזכויות במקרקעין, שהיא העומדת, כך לפי הטענה, מאחורי הפטריארכיה בהליך דנן].

במועד הישיבה החגיגית המתוארת שבה "הכריזו" הצדדים על תנאי הפרטיכל, הפרטיכל נחתם על ידי שני העדים, השופטים בדימוס משאלי ז"ל וארבל, וכן על ידי עו"ד ויינרוט ששמר בידיו את ההסכם החתום. באותה נקודת זמן הפטריארך טרם קיבל

כתב הכרה על ידי ממשלת ישראל, כך שהוא עצמו לא חתם על הפרטיכל. שאלת תוקפו ומעמדו המשפטי של הפרטיכל שנויה כאמור במחלוקת בין הצדדים, והיא ציר מרכזי שעליו נסב דיונו.

5. ביום 24.12.2007 ניתן לפטריארך כתב-ההכרה מטעם ממשלת ישראל. עם מתן כתב ההכרה, חודשו המגעים בין הצדדים, וביום 21.2.2008 התקיימה פגישה נוספת במלון מצודת דוד בירושלים בנוכחות הפטריארך שבמהלכה התבקשו מספר תיקונים: בין היתר, הפטריארכיה ביקשה כי סכום הפשרה ימומן על ידי צד שלישי; בעקבות כך, הימנותא ביקשה להוסיף להסכמים בין הצדדים גם חתימה על "מכתב נוחות" או "אישור יהדות וציונות" בלשון הפטריארכיה (להלן: מכתב הנוחות), לפיו הגורם המממן "הוא אדם פרטי, יהודי שאינו משתייך לגוף פוליטי כלשהו, תורם ידוע למדינת ישראל, ובוודאי שאינו עוין את מטרות הקרן הקיימת לישראל". תיקונים אלה עוגנו בנוסח האחרון של הסכם הפשרה, אשר הועבר בין הצדדים בהתכתבות דואר-אלקטרוני מיום 15.4.2008. באותו היום אף התקיימה ישיבה נוספת בין הצדדים במלון מצודת דוד בירושלים, גם היא בנוכחות הפטריארך.

6. בשלב זה נפערה תהום עמוקה בין הצדדים. לטענת הימנותא, הפטריארך והפטריארכיה התחייבו לחתום על הסכם הפשרה בטקס חתימה מיד לאחר חג הפסח; בא-כוחו של הפטריארך אף דיווח כי ניתן אישור הסינוד הקדוש (הגוף המנהל העליון של הפטריארכיה, מועצה המורכבת מאנשי דת בכירים וביניהם הפטריארך, בישופים וכמרים) לחתימה על הסכם הפשרה כנדרש בסעיף 3 לפרטיכל; אך בשלב זה הפטריארכיה הפסיקה לשתף פעולה. מנגד, לטענת הפטריארכיה, הצד השלישי שהיה אמור לממן את סכום הפשרה משך ידו והפטריארכיה נותרה ללא מימון שיאפשר את הוצאתו של הסכם הפשרה לפועל; וכי בשל כך לא ניתן אישור הסינוד הקדוש לחתימת הסכם הפשרה.

בפועל, הסכם פשרה סופי לא נחתם על ידי הפטריארכיה מעולם, ומכאן המחלוקת בין הצדדים, שבמוקד שלה ניצבת שאלה מרכזית – האם התקשרו הצדדים בהסכם מחייב?

עיקרי ההליך בבית המשפט המחוזי

7. ביום 28.6.2011 הגישה הימנותא תביעה לבית משפט קמא, שבה נתבקשה הכרה בתוקפו המחייב של הסכם הפשרה, ולחלופין לחייב את הפטריארכיה בפיצויים בגין פרישה ממשא ומתן בחוסר תום לב.

8. במסגרת הליכי גילוי המסמכים והעיון בהם, בית משפט קמא הורה לפטריארכיה לגלות פרוטוקולים של הסינוד הקדוש, אך זו טענה מצידה כי הפרוטוקולים חוסים תחת חסיון מטעמי דת. לצורך הכרעה בטענת החיסיון, בית המשפט המחוזי הורה להעביר לעיונו העתקים של הפרוטוקולים לפי תקנה 119 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור לבית משפט זה, וזו נדונה כערעור שהתקבל בחלקו, עת נקבע כי בית המשפט המחוזי ישוב וישקול את הצורך להשתמש בתקנה 119 (פסק דינו של השופט נ' סולברג ברע"א 7598/14 ג'אנופולוס הפטריארך היווני אורתודוכסי של ירושלים נ' הימנותא בע"מ (6.1.2015)).

בהמשך לכך, בית המשפט המחוזי קבע כי הפרוטוקולים רלוונטיים לשם הכרעה במחלוקת בין הצדדים, ולכן הורה על העברת טיוטות הפרוטוקולים לידי הימנותא, וכן על הפקדת צילומים נאמנים למקור של הפרוטוקולים בכספת בית המשפט. גם על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור לבית משפט זה, ואף זו נדונה כערעור שהתקבל בחלקו. בפסק הדין נקבע כי הוכח קיומו של מנהג דתי האוסר על חשיפת ספר הסינוד; כי מכוחו של מנהג זה נוצר חיסיון יחסי; וכי הפטריארכיה תעביר להימנותא נסח המפרט את תוכן הדיון בישיבות הסינוד (להלן: הנסח) וכן תפקיד בבית המשפט המחוזי העתקים מצולמים של שני הפרוטוקולים המבוקשים עם תרגום נוטריוני לעברית (פסק דיני ברע"א 5247/15 ג'אנופולוס נ' הימנותא בע"מ (28.8.2016) (להלן: עניין החיסיון הדתי)). כאן המקום לציין כי לפטריארכיה ניתנו הארכות מועד להגשת הנסח והעתקי הפרוטוקולים, אך בסופו של יום אלה מעולם לא הוגשו.

9. ביום 14.12.2021 ניתן פסק הדין מושא הערעורים שלפנינו. לאחר שסקר את השתלשלות האירועים, את הראיות שעמדו בפניו ואת המסגרת הנורמטיבית לדיון, התמקד בית משפט קמא בגדר המחלוקת, והיא – שאלת תוקפו המשפטי של הסכם הפשרה, והאם הוא מהווה הסכם מחייב:

באשר למעמדו של הפרטיכל – נקבע כי הוא כלל תנאים מקדימים בדמות אישורו של הגורם המוסמך בקק"ל ואישורו של הסינוד הקדוש, וכי אישורו של הסינוד הקדוש היה נחוץ לצורך גמירת דעתה של הפטריארכיה להתקשר בהסכם הפשרה. בית המשפט הוסיף כי ניתן להגיע לאותה תוצאה גם לפי "נוסחת הקשר", שכן הפרטיכל הינו הסכם מקדים לחתימה על הסכם פשרה עתידי, מה שהופך את החתימה על ההסכם הנוסף לתנאי מתלה להתקשרות, שבלעדיה מוקשה לטעון לכריתתו של הסכם. אמנם, בית המשפט המחוזי לא שוכנע שהצדדים גמרו בדעתם שרק חתימה פיזית על החוזה תחייבם. ואולם, הסכם הפשרה הוכפף כאמור לתנאים מקדימים של אישור הגורמים הרלוונטיים והכרה של מדינת ישראל בפטריארך, מה שמלמד שהצדדים לא ראו בהסכם כמחייב עד לקבלת האישורים הנדרשים ועד לבחירתה של הפטריארכיה בחלופה הרצויה בעיניה.

באשר לטקס החגיגי שנערך ביום 12.3.2007, נקבע כי לא הופעלו על הפטריארך לחצים פסולים לחתום על ההסכם, ובוודאי שלא מתגבשים יסודותיה של עילת העושה; כי בשלב זה נוסח ההסכם היה מוגמר וסופי; וכי על פי הדין הישראלי, ניתן לראות במעשיו של הפטריארך בטקס כמעידים על גמירת דעתו להתקשר בהסכם פשרה.

באשר לכתב-ההכרה מממשלת ישראל, נקבע כי הגם שחלף המועד שנקבע בפרטיכל, הרי שהפטריארכיה, בהתנהגותה ובמצגיה, נתנה הסכמתה להארכת המועד למתן כתב-ההכרה.

באשר לאישור הסינוד הקדוש לגבי הסכם הפשרה, נקבע כי אישור זה אכן ניתן. בית המשפט עמד על כך שהפרוטוקולים משיבות הסינוד הינם בעלי ערך ראייתי משמעותי וחיוני לצורך הכרעה בשאלה אישורו של הסינוד הקדוש, אך עד ליום מתן פסק הדין הפטריארכיה לא עמדה בצו לגילוי הפרוטוקולים ולא העבירה להימנות או לבית המשפט את הנסח המבוקש; וכי בהתאם לכלל הידיעה המיוחדת ולכלל הראיה הטובה ביותר, וכן לעדויות מטעם הימנותא, האחרונה הצליחה להרים את נטל השכנוע ולהוכיח כי ניתן אישור הסינוד הקדוש, וזאת בניגוד לטענות הפטריארכיה.

10. נוכח האמור לעיל, נקבע כי לא השתכלל הסכם מחייב בין הצדדים. יחד עם זאת, בית משפט קמא מצא כי הפטריארכיה נהגה בחוסר תום לב בסירובה לחתום על הסכם הפשרה; כי על אף שנימקה את פרישתה מהמשא ומתן בהיעדר מימון הפשרה על ידי צד שלישי, הרי שלשון ההסכם מלמדת כי תוקפו לא הותנה בכך; וכי לא הוכח שחוסר ההסכמה בין הצדדים באשר ל"מכתב הנוחות" היה מביא לכדי הימנעות מחתימה על

ההסכם אילולא הפטריארכיה הייתה פורשת מהמשא ומתן. עוד נקבע כי נוכח העובדה שמלבד חתימה על ההסכם באופן פורמלי, לא נותרו עוד עניינים שטרם הוסכם עליהם; נוכח מידת האשמה של הפטריארכיה; ונוכח "זעקת ההגינות" העולה מנסיבות המקרה – נוכח כל אלה, מתקיימים החריגים המצדיקים פסיקה של פיצויי קיום בשל חוסר תום לב במשא ומתן.

באשר לפיצוי המוסכם הקבוע בסעיף 11 להסכם הפשרה מיום 15.4.2008, לפיו על כל עיכוב של שנה בתשלום סכום הפשרה תיווסף ריבית דולרית בשיעור של 8%, נקבע כי אין יחס סביר בין הנזק לבין שיעור הפיצוי ולכן נקבע כי אין לחייב את הפטריארכיה בכך. עוד נקבע כי תביעתה של הימנותא היא תביעה חוזית העומדת לעצמה, ואין מדובר בתביעה נזיקית שבה נתבעת הפטריארכיה ביחד עם צדדים נוספים כמעוולים במשותף, ומשכך אין לקבל את טענת הפטריארכיה כי יש לנכות מסכום הפיצוי את הסכומים שקיבלה (או תקבל) הימנותא במסגרת התביעה הנזיקית שהגישה נגד יתר הנתבעים. בשורה התחתונה, בית משפט קמא קבע כי הפטריארכיה חבה בתשלום בסך של 13 מיליון דולר להימנותא.

11. למען שלמות התמונה, ועל אף שהערעורים העומדים לפנינו לא תוקפים קביעות אלו של בית משפט קמא, אציין כי תביעת הימנותא נגד "חלפני הכספים" להשבת הכספים שעברו תחת ידיהם נדחתה משלא נמצא כי נתמלאו יסודות עוולת הגזל; וכי תביעת הימנותא נגד הנוכלים (שכללה גם עילות נזיקיות) התקבלה, כך שאיש העסקים חויב בהשבת סך השווה למלוא נזקיה של הימנותא – 20 מיליון דולר, והאדם הנוסף שסייע לו חויב בסך של 4.5 מיליון דולר, והכל בקיזוז הסכומים שכבר נתפסו או שולמו.

תמצית ערעורה של הפטריארכיה (ע"א 1463/22)

12. ערעורה של הפטריארכיה מתמקד בקביעת בית משפט קמא כי הפטריארכיה פרשה מהמשא ומתן בחוסר תום לב, ובחיובה בפיצויי קיום עקב כך. בעיקרם של דברים, נטען כי הפטריארכיה לא נהגה בחוסר תום לב כשפרשה מהמשא ומתן מכיוון שהיו לה טעמים ענייניים ולגיטימיים לעשות כן, ובראשם – העובדה שצד שלישי שהיה אמור לממן את סכום הפשרה נסוג מכוונותיו; כי מדובר בעסקה שאיננה טובה לפטריארכיה, המהווה ניסיון לנצל את חולשתה, ועל כן לא ניתן לראות בפרישתה מהמשא ומתן כחוסר תום לב; וכי גם אם מעשיה של הפטריארכיה עולים כדי חוסר תום לב, אין מדובר במקרה המצדיק פסיקת פיצויי קיום, שכן לא ניתן לקבוע כי חוסר תום ליבה של הפטריארכיה

הוא הגורם הבלעדי לכך שלא נכרת חוזה מחייב, נסיבות העניין אינן מקימות "זעקת הגינות", ובשלב זה לא ניתן היה לדעת באלו תנאים היה נכרת ההסכם המחייב, אם היה נכרת כזה.

עוד נטען כי הימנותא היא זו שפעלה באופן שאינו ראוי בכך שסירבה למחוק את הערת האזהרה שנרשמה במרמה ובכך שהפעילה לחצים פסולים על הפטריארכיה להיכנס עימה להסכם פשרה הנוגד את תקנת הציבור; כי בית משפט קמא שגה בפרשנותו של הפרטיכל, אשר קבע במפורש שרק חתימה פיזית תביא להשתכללות ההסכם; כי הפטריארכ לא היה מוסמך להתחייב בשמה של הפטריארכיה ללא כתב-ההכרה; וכי לא התקיימו התנאים המקדימים להסכם – לא הוכח כי ניתן אישור הגורמים המוסמכים בקק"ל, אישור הסינוד הקדוש ניתן רק באשר למימון סכום הפשרה על ידי צד שלישי אך לא באשר לחתימה על ההסכם, וכתב-ההכרה ניתן רק לאחר שחלף המועד שנקבע בפרטיכל. לבסוף, הפטריארכיה טענה כי יש לדחות את ההליך מחמת העיתוי שבהגשתו העולה כדי שימוש לרעה בהליכים משפטיים; וכי לחלופין, יש לנכות מהסכום שבו חויבה הפטריארכיה את סך הסכומים שנגבו מהנתבעים הנוספים בהליך קמא.

13. מנגד, הימנותא טענה, בין היתר, כי בניגוד לטענות הפטריארכיה, התנאים שנקבעו בפרטיכל ובהם מתן אישור הסינוד, התקיימו במלואם; כי החובה לחתום על הסכם הפשרה היא בגדר חיוב חוזי; כי הראיות והעדויות מצביעות על כך שהפטריארכיה פעלה מרצון חופשי ומשיקולים כלכליים ומדיניים; כי לא נותרו מחלוקות מהותיות שטרם הוסכם עליהן בין הצדדים כפי שטוענת הפטריארכיה, וכבר ביום 12.3.2007 נוסח הסכם הפשרה באופן סופי ומוסכם; כי הימנותא הודיעה ללא כל שיהוי שהיא עומדת על קיום הסכם הפשרה ועדכנה על כך את בית המשפט שדן בתביעת הפטריארכיה; וכי דין חלק מטענות הפטריארכיה להידחות משהן מהוות הרחבת חזית אסורה, ובהן – הטענות לניצול מצוקתה של הפטריארכיה, כי ההסכם נוגד את תקנת הציבור או מקפח, כי הימנותא פעלה בחוסר תום לב ועוד.

14. בסיכומי התשובה מטעמה, הפטריארכיה חזרה על טענותיה, ובכללן כי אין יסוד לטענת הימנותא שבין הצדדים נכרת חוזה מחייב, שכן פסק דינו של בית משפט קמא התבסס על פרישה ממשא ומתן; כי פסיקת פיצויי קיום מכוח חוסר תום לב במשא ומתן תיעשה רק במקרים נדירים העונים על התנאי של "זעקת ההגינות"; כי בהתאם לסעיף 6.1 לפרטיכל, השתכללות ההסכם מחייבת חתימה פיזית; וכי טענת הימנותא להרחבת חזית אסורה שגויה מיסודה.

תמצית ערעורה של הימנותא (ע"א 1467/22)

15. ערעורה של הימנותא מתמקד בפיצוי המוסכם שנקבע בפרטיכל, לפיו על כל עיכוב בתשלום סכום הפשרה תשולם ריבית דולרית שנתית בשיעור 8%. נטען, בין היתר, כי בית משפט קמא שגה משהחליט להתערב בפיצויים המוסכמים, ודאי מקום שבו הפטריארכיה כלל לא העלתה טענות נגד הריבית המוסכמת בכתב ההגנה, אלא לראשונה בסיכומיה; כי למצער היה עליו להשתמש בסמכותו להפחית את סכום הפיצויים המוסכמים חלף ביטולם המוחלט; כי טענת הפטריארכיה לפיה יש להפחית את סכום הריבית בשל פרק הזמן שבו נמשך ההליך אינה יכולה לעמוד שכן הפטריארכיה עצמה היא שאחראית לעיכוב; וכי לחלופין, הימנותא זכאית לכל הפחות לריבית על פי חוק.

16. הפטריארכיה טענה כי דין ערעורה של הימנותא להידחות. בין היתר, נטען כי משעה שפיצויי הקיום נפסקו בגין חוסר תום לב במשא ומתן, ולא נקבע כי נכרת חוזה מחייב, הרי שאין מקום לפסוק פיצויים מוסכמים שכלל לא השתכללו; כי אין כל יחס סביר בין "הנזק" שייגרם להימנותא, שכלל לא הוכח כי קיים, לבין גובה הפיצוי המוסכם; וכי כאשר הנפגע עצמו תרם לעיכוב בתשלום הפיצויים המגיעים לו, ישנם שיקולים המצדיקים הפחתה של הפיצויים, ושיקול הדעת מסור לבית המשפט.

17. בסיכומי תשובתה חזרה הימנותא על טענותיה, ובין היתר טענה כי קביעת בית משפט קמא לפיה נכרת חוזה מחייב אינה הערת אגב כפי שטוענת הפטריארכיה, אלא מסקנה בעלת משמעות משפטית; כי פסיקת פיצויי קיום מקימה לתחייה את הדינים החלים על הפרת חוזה, ומשכך גם מאפשרת פסיקת פיצויים מוסכמים; וכי ודאי שלא ניתן להימנע מפסיקת ריבית כלשהי במסגרת פסק הדין.

דיון והכרעה

18. פרשת המרמה משנת 2000 והמאורעות שהתרחשו לאחריה עשויים להזכיר לקורא את ספרו של דן בראון 'צופן דה וינצ'י', ואל יתפלא הקורא אם ימצא עצמו פוסע בדמיונותיו במסדרונותיה הצוננים והאפלוליים של הכנסייה היוונית-אורתודוקסית, תר אחר הגביע הקדוש ואחר חותם הפטריארכ. למקרא ההחלטות שניתנו לאורך ההליך דנן ולאחר בחינת טענות הצדדים וחומר הראיות, אף קשה להתעלם מהתחושה שהתמונה שנגלתה לעיני בית המשפט היא תמונה חלקית שלא שופכת אור על כלל ההתרחשויות, הנסיבות, האינטרסים והמניעים של כל אחד מהשחקנים בפרשה סבוכה זו, שמערכת בין

עולם הפלילים לעולם הדת לעשיית עסקים בנכסי מקרקעין בעלי שווי עתק בירושלים (ראו, לדוגמה, דברי בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין בהליך הפלילי, שמצא לנכון להעיר כי לא ניתן לשלול מעורבות של גורמים מתוך כותלי הפטריארכיה במעשי המרמה (פסקה 360 להכרעת הדין)).

לדאבון הלב, לא נוכל להישאר בעולם ספרות המתח והמסתורין, ונגזר עלינו לשוב אל דל"ת אמותיו של ההליך שלפנינו, שבסופו של יום נסב על סוגיות משפטיות "גנריות" של כריתת חוזה והפרתו.

19. למקרא טענות הצדדים בבית המשפט המחוזי ובערעור מתגלים שני נראטיבים שונים למדי באשר לנסיבות שאפפו את ההתקשרות בין הצדדים.

הפטריארכיה הציגה עצמה כקורבן של עסקת המרמה המקורית וכמי שקרקעותיה (כמעט) נגזלו באשמת קק"ל והימנותא. לדבריה, קק"ל והימנותא התרשלו כלפיה "ברשלנות חמורה" במעורבותם בעסקת המרמה והיו "שותפים לזלזול בזכויות הפטריארכיה וקניינה"; שמא אף עמדו מאחורי "ניסיון פסול לרקום עסקה מפוקפקת מסוג זה מאחורי גבם של הפטריארכיה ומוסדותיה"; וחטאו גם בכך שלא פעלו למחיקת הערות האזהרה באופן מיידי לכשנתברר דבר המרמה. עוד טענה הפטריארכיה כי מתווה הפשרה נִהְגָה "בניסיון לניצול חולשת הפטריארכיה כך 'שהנוצרים ישלמו מה שהיהודים גנבו או קיבלו וסירבו להחזיר'", ולחייב את הפטריארכיה "שתשלם את הכסף שגנבו כמה יהודים טובים ברשלנותם החמורה של כמה יהודים טובים אחרים". לטענת הפטריארכיה, מדובר ב"ניצול ציני של חולשת הפטריארכיה"; "מדובר ב'שיטות' של עולם תחתון ולא של מדינה או סתם אנשים"; וכי אילו היה נחתם הסכם בין הצדדים, היה בכך כדי להטיל על המדינה "אות קין של ניסיון לעושה של מיעוט דתי חלש" ואף היה מקום לדון בטענות של כפיה, עושה ותקנת הציבור (אפנה, בין היתר, לפרקים א, ב(1)-ב(3) לסיכומי הפטריארכיה בבית המשפט המחוזי; פסקה 10 להודעת הערעור).

הימנותא, מנגד, טענה כי ניסיונה של הפטריארכיה להציג את הסכם הפשרה כאילו נכפה עליה באמצעות הפעלת לחצים שונים, היא טענה כוזבת שעומדת בסתירה לראיות. לטענתה, הפטריארכיה פעלה מולה בתחבולה ובחוסר תום לב, הסתירה ממנה מידע בעת שניהלה מולה משא ומתן, מסרה לה הסברים "מיומרים" שונים והתחמקה מחתימה על ההסכם בתואנות שונות – וכל זאת בשעה שניסתה במקביל לבצע עסקה סיבובית במעורבות צד שלישי מאחורי גבה של הימנותא.

20. בטרם נצלול אל הוראות ההסכם גופא, חשוב אפוא להסיר מדרכנו את תזת הכפיה והעושק שהעלתה הפטריארכיה, שכזכור אמנם כופרת בכך שמלכתחילה נכרת הסכם כלשהו בינה לבין הימנותא, אך דואגת לשמר ביד השניה את הטענה שאילו היה ההסכם נחתם – היה מקום לדון בפגמים שנפלו כביכול בכריתתו בגין כפיה ועושק.

קביעתו של בית המשפט המחוזי היתה נחרצת בסוגיה זו, ואין לי אלא להסכים כי אין בחומר הראיות "כל ביסוס, ולו לכאורי, לטענת הפטריארכיה בסיכומיה לעושק וניצול של הפטריארך [...] ולו בדרך הרמיזה" (פסקה 139 לפסק דינו). חומר הראיות מלמד על דין ודברים שהתקיים לאורך זמן, בין צדדים מיוצגים, לרבות ישיבות, חילופי טיוטות ומתן הערות, הסתייגויות ותיקונים. כפי שהוסיף בית המשפט המחוזי, הפטריארכיה היתה מיוצגת על ידי עורכי דין מנוסים ומקצועיים והיתה מלווה לאורך הדרך ביועצים. על כך יש להוסיף כי היתה זו הפטריארכיה שהציעה בשלב מסוים להמיר את החלופה של הארכת תקופת החכירה בחלופה של מתן תשלום להימנותא כנגד ויתור על טענותיה ומחיקת הערות האזהרה, מה שמחליש עוד יותר את תזת הכפיה והעושק. אזכיר כי הפרטיכל נחתם כאשר ההליך הפלילי נגד הנוכלים טרם הסתיים וכאשר תביעת הפטריארכיה טרם הוכרעה, ומן הסתם הנחו אותה שיקולים שונים ומגוונים להגיע לפשרה, ואזכיר כי חלק מהנסתרות בפרשה שבה הוטבעו חותמות הפטריארך והכנסיה על הסכם המכר טרם התבררו עד עצם היום הזה. אף אם אצא מנקודת הנחה כי במהלך התקופה שבה התנהלו המגעים בין הצדדים הופעלו לחצים שונים (ואפנה בהקשר זה לניסיון לערב את השר איתן ז"ל), הרי שכפי שקבע בית המשפט המחוזי, בהתחשב בשיקולים והמניעים הפוליטיים והעסקיים שהיו כרוכים בפרשה רגישה זו, מדובר בלחצים שהם "רגילים ואינהרנטיים" לסיטואציה. אלו רחוקים עד מאוד מהעולמות של כפיה ועושק לפי סעיפים 17-18 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).

אף איני רואה להידרש לניסיונה של הפטריארכיה לצייר את המגעים בין הצדדים באופן מטריד כניסיון של "היהודים" לעשוק את "הנוצרים", כמו גם לטענתה כי לא יעלה על הדעת שהתנהלות כזו היתה מתרחשת כלפי עמותה יהודית או מוסלמית. טענות טעויות אלה נטענו בעלמא, ללא בסיס ראיתי של ממש, ויש להצר על אופן הצגת הדברים ועל הניסיון להעמיס אלמנטים דתיים על המחלוקת החוזית שנתגלעה בין הצדדים.

21. נקודה נוספת שיש להידרש אליה בפתח הדברים היא טענת הפטריארכיה כי יש לדחות את ההליך בשל העיתוי שבהגשתו. לטענתה, המתנתה של הימנותא עד למועד שבו הוגשה תביעתה – כשנתיים וחצי לאחר שהוחלפה הטיוטה האחרונה של הסכם הפשרה בין הצדדים, ולאחר שניתן פסק דין בהליך הפלילי ונקבע כי אכן מדובר בעסקת מרמה – היא "השתהות" שנעשתה במכוון ועולה כדי שימוש לרעה בהליכי משפט.

אף טענה זו דינה להידחות. לצורך הדיון, אני נכון לקבל את ההנחה כי ככלל, אם ראובן סבור שהוא התקשר בהסכם מחייב עם שמעון, ושמעון מתכחש לכך, יש לצפות כי ראובן יחיש צעדיו לפעול לאכיפת ההסכם ויגיש תביעה במידת הצורך, ולא ימתין להתפתחויות בהליכים אחרים כדי לגלות אם יהיה בהן כדי לשפר את סיכויי תביעתו. אלא שבנסיבות המקרה דנן, לא ניתן לומר כי "ההשתהות" הנטענת מצד הימנותא הצדיקה את סילוק תביעתה.

במישור הדיוני, ראוי להעיר כי טענת הפטריארכיה בדבר ההשתהות בהגשת התביעה, כמו גם הטענה כי יש לסלק את התביעה מחמת היותה שימוש לרעה בהליכי משפט, הן על פי טיבן טענות מקדמיות שהמקום להעלותן הוא בכתב ההגנה (תקנה 13(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018; יששכר רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים § 53 עמ' 144 (מהדורה שלישית דיגיטלית, 2024)). כזאת לא נעשה במקרה דנן. עם זאת, משעה שההליך נפתח בשנת 2011, ובהעדר הוראה זהה בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, איני רואה לדחות הטענה על יסוד נימוק זה.

לגופם של דברים, אין יסוד לטענה כי יסודות השיהוי התקיימו בנסיבות דנן. מהתכתובות בין הצדדים עולה כי כבר בחודש ספטמבר 2008, כאשר החל להתברר להימנותא (לתפישתה) שהפטריארכיה נסוגה מההסכמות שאליהן הגיעו הצדדים, היא הבהירה במכתב לבא כוחה של הפטריארכיה כי היא רואה בהתנהלות הפטריארכיה משום התנערות מהתחייבותיה והפרה שלהן, שבגינן היא זכאית לאכיפה או לפיצויי קיום; תוך שהיא מוסיפה כי אם הפטריארכיה "תתמיד בהתנהלותה ובעמדותיה", לא תיוותר להימנותא ברירה אלא לתקן את כתב הגנתה "וכן לתקן את ההודעות לצדדים שלישיים שהגישה ולהוסיף כצד שליש, בין היתר, גם את הפטריארך הנכבד באופן אישי כמי שאחראי במעשיו ובמחדליו למצב הדברים שנוצר" (מכתבו של עו"ד אלחנני לעו"ד מוגרבי מיום 16.9.2008, המתייחס להליך שהתנהל בשעתו בתביעת הפטריארכיה (נספח 45 לערעור הפטריארכיה)). בסמוך לאחר מכן, במסגרת ההליך שהתנהל בתביעת הפטריארכיה, הצדדים הגיעו להסכמה דיונית "להמתין לפי שעה למתן פסק הדין של

בית המשפט העליון בערעור הפלילי, מתוך הנחה כי זה יינתן בתוך שנה (פרוטוקול מיום 28.10.2008). בהמשך אותו הליך הסכימו הצדדים כי בקשות לתיקון כתבי טענות וצירוף צדדים נוספים תוגשנה עד ליום 15.12.2010 (פרוטוקול מיום 1.9.2010).

בנסיבות אלו, לא ניתן לומר ש"ההשתהות" הנטענת מצד הימנותא העידה על זניחת זכות התביעה שעמדה לה, ואין לומר כי הפטריארכיה שינתה מצבה לרעה בשל ההשתהות הנטענת. מובן אפוא כי יסודות השיהוי בדין האזרחי לא נתקיימו במקרה דנן (ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים (2.7.2003)). כמו כן, מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי כי מורכבות הדברים, רגישותם, ריבוי המעורבים ותמהיל כלל השיקולים המצטרפים לכדי "צבר חריג של נסיבות עובדתיות ומשפטיות", שומטים את הקרקע תחת טענת המניעות שהעלתה הפטריארכיה בשל ההשתהות כביכול בהגשת התביעה (פסקה 166 לפסק הדין). אין מדובר אפוא במקרה שבו בית המשפט נדרש להפעיל את סמכותו ולסלק תביעה על הסף בשל שימוש לרעה בהליכי משפט, סמכות שיש להפעילה בזהירות ובמקרים חריגים בלבד (ע"א 2452/01 אורן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 6 (9.10.2003)). רחוק מכך.

ועתה, לגופו של עניין.

האם נכרת חוזה מחייב?

22. השאלה המרכזית העומדת להכרעה היא אם נכרת הסכם מחייב בין הימנותא והפטריארכיה. אקדים אחרית לראשית ואומר כי לטעמי התשובה לכך חיובית, אלא שההסכם שנכרת איננו הסכם הפשרה, כי אם הפרטיכל, כפי שיוסבר בהרחבה להלן.

בפתח הדברים, ראוי להזכיר תחילה מושכלות יסוד, שלפיהן אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעות עובדתיות או בממצאי מהימנות של הערכאה הדיונית, אשר מתרשמת באופן ישיר מן העדים ומן הראיות. כלל זה עומד בתוקפו במקרה שלפנינו, שבו הבהיר בית המשפט המחוזי כי מצא את עדויותיהם של העדים מטעם הימנותא מהימנות, מפורטות ומנומקות, "משתלבות האחת עם רעותה באופן אמין ומדויק, כאשר עדות כל אחד מהם בנפרד מחזקת את האחרות עד כדי יצירת פסיפס אחד שלם" (פסקה 131 לפסק הדין). עם זאת, כפי שהקדמתי וציינתי וכפי שיבואר להלן, מסקנתי המשפטית אינה זהה לזו של בית משפט קמא, ואם נצעד לאורן של קביעותיו

העובדתיות של בית משפט קמא והחומר שלפנינו – אין לנו אלא לקבוע כי נכרת הסכם מחייב, הוא הפרטיכל. מטבע הדברים, מסקנה זו משליכה על טיבו של הסעד שיש לפסוק במקרה דנן, שאיננו פיצויי קיום בשל הפרת חובת תום הלב במשא ומתן לפי סעיף 12 לחוק החוזים (כפי שפסק בית המשפט המחוזי), כי אם סעד של אכיפת חוזה. ואלו הדברים.

23. הבאנו לעיל את נוסח הפרטיכל במלואו, ועל מנת לעמוד על טיבו נשוב ונעמיד לנגד עינינו תניות מרכזיות שנקבעו בו:

(-) הצדדים התחייבו להסדיר את המחלוקת ביניהם על פי הקבוע בהסכם הפשרה טיוטא א' שצורפה לפרטיכל, "שנוסחה סוכם ואושר באופן סופי על ידי הצדדים ועורכי דינם" (סעיף 2).

(-) עם קבלת כתב ההכרה ממשלת ישראל, הפטריארך "יהיה אחראי" לקבל את אישור הסינוד הקדוש להסכם הפשרה (סעיף 3).

(-) הסכם הפשרה יובא לאישור המוסדות המוסמכים בקק"ל, "ובכפוף לאישור זה יחתם הסכם הפשרה באופן מלא על ידי הצדדים בתוך 7 ימים מאישור הממשלה" (סעיף 3).

(-) לפטריארכיה ניתנה אופציה להסדיר את המחלוקת על פי טיוטה ב' שצורפה אף היא לפרטיכל (החלופה של הארכת תקופת החכירה), ובלבד שתודיע על בחירתה בתוך פרק הזמן שנקבע (סעיף 4).

(-) האמור בטיוטות א' ו-ב' לא יחייב את הצדדים "אלא עם החתימה המלאה על איזה מהמסמכים הנ"ל", וכל זכויות הצדדים זה כלפי זה וכלפי כל צד אחר נשמרו להם (סעיף 6.1).

(-) הצדדים התחייבו "לשתף פעולה ביניהם ולעשות כמיטב יכולתם על מנת להוציא לפועל את המוסכם בפרטיכל זה בהקדם האפשרי" (סעיף 8).

(-) הפטריארך "מאשר את האמור בפרטיכל זה ובנספחיו וכי הוא יפעל בהתאם לאמור בהם, לאחר שתוכנו של הפרטיכל וכן תוכן הנספחים לו תורגמו והוסברו לו ע"י באי כוח הפטריארכיה" (סעיף 9).

(-) הפרטיכל "נחתם לראיה" על ידי עו"ד וינרוט והשופטים בדימוס משאלי וארבל שהובאו לשמש כעדים למעמד, שאישרו בחתימתם כי הצדדים סיכמו בנוכחותם את האמור בפרטיכל "והתחייבו זה כלפי זה לפעול בהתאם לאמור בו ולקיים את הוראותיו" (סעיף 10).

24. עיון בלשונו של הפרטיכל מעלה מספר תובנות. ראשית, אין חולק כי הפרטיכל הוא בבחינת חוזה על תנאי שהחייבים בו הוכפפו לקבלת כתב הכרה על ידי ממשלת ישראל.

שנית, הפרטיכל אינו הסכם סופי העומד לבדו וממצה את הסכמות הצדדים והחייבים שנטלו על עצמם, כי אם חוזה לכריתת חוזה. דהיינו, בהתמלא התנאים המפורטים בפרטיכל, הצדדים יחתמו על הסכם פשרה מחייב שפרטיו כבר סוכמו על ידם והועלו על הכתב. הסכם הפשרה (על שתי חלופותיו) צורך כנספח לפרטיכל, וכניסתו לתוקף היתה טעונה חתימה של הצדדים. לפי הוראות הפרטיכל, הסכם הפשרה היה טעון גם אישור מאת הגורמים הרלוונטיים מטעם הצדדים (הסינוד הקדוש מצדה של הפטריארכיה, והמוסדות המוסמכים בקק"ל מצדה של הימנותא).

שלישית, הפרטיכל כלל חיובים מסוגים שונים שהוטלו על הצדדים: חלקם מוחלטים (כגון התחייבות להסדיר את המחלוקת על פי אחת משתי החלופות שצורפו); חלקם עשויים להתפרש כהתחייבות להשיג תוצאה (כגון התחייבות הפטריארך לקבל את אישור הסינוד הקדוש); וחלקם חיוב השתדלות, כגון התחייבות הצדדים להוציא לפועל את ההסכם מוקדם ככל הניתן.

תובנות אלה, כפי שיוסבר, הן בעלות חשיבות לצורך הכרעה בערעור שלפנינו, ואל טיבן נידרש ביתר הרחבה להלן.

25. קריאה זהירה של טענות הפטריארכיה מלמדת על מספר "משוכות" מרכזיות שניצבות, כך לשיטתה, בדרך למסקנה כי מעמדו של הפרטיכל הוא של הסכם מחייב, והן: העדר גמירת דעת – בין היתר בשל העדר חתימה של הפטריארך על ההסכם; אי

התקיימותם של תנאים שנקבעו בפרטיכל, בפרט קבלת האישורים הנדרשים ומתן כתב הכרה לפטריארך במועד; והעדר תוקף משפטי לפרטיכל בשל מעמדו של הפטריארך במועד הישיבה החגיגית, בהינתן שבאותו מועד טרם קיבל לידי כתב הכרה מממשלת ישראל.

כפי שיוסבר להלן, המשוכות האמורות לאו משוכות הן, ובהתאם ללשונו של הפרטיכל, התנהלות הצדדים וקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי, ניתן "לדלג" מעליהן בקלות יחסית בדרך אל המסקנה שהפרטיכל מהווה הסכם מחייב שבו התקשרו הצדדים. נבחן את הדברים.

גמירת דעת

26. משא ומתן מבשיל לכדי הסכם מחייב כאשר מתגבשת אצל הצדדים גמירת דעת להיקשר בהסכם שתנאיו העיקריים ידועים לצדדים ומוסכמים עליהם. בחינת קיומה של גמירת דעת נעשית באמצעות מבחן אובייקטיבי-חיצוני (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 166-167 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: פרידמן וכהן)), ובית המשפט לומד על התגבשותה בעת הכריתה באמצעות נתונים המעידים על כך במבט בוחן פני עבר, כפי שאלו משתקפים מ"מכלול נסיבות העניין: התנהגות הצדדים, דברים שאמרו ומעשים שעשו לפני כריתת החוזה ולאחריה ותוכן החוזה עצמו" (גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 159, 164 וההפניות שם (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח)).

27. האם גמרו הצדדים בדעתם להתקשר בהסכם? לטעמי, התשובה המתבקשת לכך היא חיובית. בראש ובראשונה, מסקנה זו נלמדת מתוכנו של הפרטיכל. נזכיר, כי לפי האמור בפרטיכל, הצדדים הבהירו ברחל בתך הקטנה כי הם מתחייבים להסדיר את המחלוקות על פי הפשרה שצורפה כנספח "שנוסחה סוכם ואושר באופן סופי על ידי הצדדים ועורכי דינם" (סעיפים 2, 4). בנוסף לכך, בפרטיכל הובהר כי הפטריארך "מאשר את האמור בפרטיכל זה ובנספחיו וכי הוא יפעל בהתאם לאמור בהם, לאחר שתוכנו של הפרטיכל, וכן תוכן הנספחים תורגמו והוסברו לו ע"י באי כוח הפטריארכיה" (סעיף 9).

שנית, העדויות באשר לנסיבות כריתת ההסכם והתנהלות הצדדים באותו מעמד חגיגי, אף הן אינן מותירות מקום לספק. כך, השופט (בדימ') ארבל העיד בתצהירו כי הישיבה התקיימה במעמד הצדדים ועורכי דינם, ברובה בשפה האנגלית; כי בתחילת הישיבה חולק למשתתפים נוסח של פרוטוקול מודפס שהוכן מראש המפרט את תוכן

הסכמות הצדדים, שאליו צורפו נספחים; כי עו"ד אלחנני הקריא בפני הנוכחים את הפרטיכל במלואו תוך תרגומו לשפה האנגלית; כי "לאחר שסיים, אישרו שני הצדדים, ובהם הפטריארך, את הסכמתם לדברים שנאמרו בפרוטוקול"; וכי בהמשך לכך הוא והשופט (בדימ') משאלי אישרו בחתימתם כי הצדדים סיכמו בנוכחותם את הדברים והתחייבו לפעול זה כלפי זה בהתאם לאמור בו ולקיים את הוראותיו. השופט ארבל הוסיף את התרשמותו כי "כמי שהיה עד לדברים, ברור היה לי, כי אין מדובר בשלב-ביניים במשא-ומתן, אלא במעמד מסכם שבו ביטאו הצדדים את גמירות-דעתם להתקשר בהסכם הפשרה על-פי הוראות הפרוטוקול. הישיבה היוותה מעין 'טקס הסכמה', שבו הצדדים מצהירים כי הגיעו להסכמות הכתובות בפרוטוקול ומתחייבים לפעול על-פיהן" (תצהיר השופט (בדימ') ארבל, סעיפים 4-8).

בדומה לעדותו של השופט ארבל, עו"ד וינרוט העיד גם הוא בתצהירו כי "במהלך הישיבה עו"ד אלחנני הקריא בקול רם באוזני הפטריארך ויתר הנוכחים את תוכן הפרוטוקול, מילה במילה, כשהוא מתורגם לשפה האנגלית [...] בתום הקריאה אישר הפטריארך באוזני כל הנוכחים באופן רשמי ו'חגיגי' כי הדברים שהוקראו מוסכמים ומקובלים עליו, וכי הוא והפטריארכיה מתחייבים לפעול על-פיהם" (תצהיר עו"ד וינרוט, סעיף 22). עו"ד אלחנני העיד גם כן כי הקריא את הדברים באוזני הפטריארך, וידא עם הפטריארך שהוא מבין ומכיר, והפטריארך השיב בחיוב ואישר שהוא מצהיר את שאמור בפרטיכל, קרי שיפעל בהתאם לאמור בפרטיכל ובנספחים וכי תוכנם תורגמו לו והוסברו לו (בהתאם לאמור בסעיף 9 לפרטיכל; פרוטוקול מיום 31.10.2017, עמ' 59). בית המשפט המחוזי הוסיף כי דברים אלו עולים בקנה אחד גם עם עדויותיהם של מר דובדבני ועו"ד יואלי, וזאת באופן "קוהרנטי ומדויק" (פסקה 145 לפסק הדין).

28. אם כן, הן לשונו החד משמעית והמפורשת של הפרטיכל והן נסיבות כריתתו, במעמד עורכי דינם של הצדדים וכפי שהן מצטיירות מהעדויות הנ"ל, מלמדות בבירור על גמירת דעת מצדו של הפטריארך. מנגד, מטעם הפטריארכיה לא הובאו בבית המשפט המחוזי עדויות של הנוכחים בטקס, זולת הפטריארך עצמו. מדברי הפטריארך בעדותו ניתן לכאורה להבין כי אמנם הבין שמטרת הישיבה היתה, בין היתר, להביא לסיכום סופי בין הצדדים ("About understanding the lease of the properties and to reach an agreement finally"). עם זאת, הפטריארך העיד כי אינו זוכר דבר לגבי הפרוטוקול, כי לא ידע בדיוק על מה הישיבה, כי עו"ד אלחנני לא הקריא בפניו דברים באנגלית אלא בפני עורכי דינו, וכי הוא עצמו פעל על פי הוראות עורכי דינו (פרוטוקול מיום 11.9.2019, עמ' 120-121, 144-145, 250-255). עוד העיד הפטריארך כי הוא עצמו לא

זוכר אם באותה ישיבה הוא הסכים לפעול בדרכים מסוימות, אך משעה שהפרוטוקול לא חתום, אזי התחייבות זו שניתנה בעל פה אינה מחייבת ("Because nothing was signed [...] I don't remember. Because everybody you can say whatever you like, right? And (this verbal commitment is not binding) (שם, עמ' 254). גם בתצהירו העיד הפטריארך כי להבנתו, רק חתימה מלאה של הצדדים על ההסכם הסופי יחייב את הצדדים (סעיף 12 לתצהירו), והדברים מתחברים לטענת הפטריארכיה בערעורה כי בהתאם לתנאי שנקבע בסעיף 6.1 לפרטיכל, לא נכרת כל הסכם בין הצדדים ללא חתימתם המלאה.

כפי שיפורט להלן, דין שתי טענות אלה להידחות.

29. ראשית, טענתו המשתמעת של הפטריארך כי לא הבין את משמעותה המשפטית של התחייבות בעל פה במשפט הישראלי – אין בכוחה כדי לשלול קיומה של גמירת דעת ולאין את תוקפו של החוזה, ובדין נדחתה בבית המשפט המחוזי. אבן הבוחן לקיומה של גמירת דעת אינה כוונתו הסובייקטיבית של המתקשר ומה חש בלבבו פנימה, אלא מה ניתן להסיק מהביטוי החיצוני של כוונתו וממכלול הנסיבות. אכן, "הדרישה לגמירת דעת מתמלאת לפיכך כאשר הנסיבות מעידות על גמירת דעת, ולא דווקא כאשר קיימת גמירת דעת בפועל. גם כאשר נעדרת כליל גמירת דעתו של המצהיר, אולם פנייתו או הודעתו מעידות על גמירת דעתו, ניתן לחייבו על פי הצהרתו. הצד האובייקטיבי-חיצוני של הדרישה גובר כאן על הצד הסובייקטיבי-פנימי שלה" (גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות 165 (2009) (להלן: שלו ואדר); כן ראו ע"א 692/12 פרידמן נ' שפירא, פסקה 36 (7.8.2013) (להלן: עניין שפירא); ע"א 5511/06 אמינוף נ' א. לוי השקעות ובנין, פסקה ט' (10.12.2008) (להלן: עניין אמינוף)). לכן, אף אם אהיה נכון להניח לצורך הדיון ולטובת הפטריארך כי הוא עצמו, לתפישתו שלו, לא גמר בדעתו לכרות חוזה, לא היה בכך כדי להושיע את הפטריארכיה בערעור דנן, שכן מכלול הנסיבות ולשון ההסכם כפי שפורטו לעיל "זועקות" יחדיו כוונה ליצור יחסים משפטיים וגמירת דעת של הצדדים להתקשר בחוזה מחייב. כל זאת אף מבלי שנפנה להתרשמותו של בית משפט קמא, שלפיה הפטריארך מסר בעניין זה "עדות שאינה ברורה כפי צורכה על התנהלות הטקס וההסברים שקיבל, ועל פניו, דומה, כי ביקש להרחיק עצמו מהסכמות בטקס" (פסקה 146 לפסק הדין).

30. ומכאן לסוגיית החתימה. כזכור, מי שחתם על הפרטיכל היו שני השופטים בדימוס שהובאו לטקס על מנת לשמש כעדים להסכמות שאליהן הגיעו הצדדים, וכן עו"ד וינרוט. לעומת זאת, הצדדים עצמם, קרי נציגי הפטריארכיה וקק"ל, לא חתמו על

הפרטיכל. היש בכך כדי להוביל למסקנה כי הצדדים לא גמרו בדעתם להתקשר בהסכם מחייב ולשלול את תוקפו המשפטי של הפרטיכל?

אין חולק כי חתימה על מסמך מהווה ראיה חשובה לקיומה של גמירת דעת. עם זאת, חתימה או העדרה מהווה ככלל אינדיקציה לקיומה של גמירת דעת, וכשם שהעדרה של חתימה לא שולל בהכרח קיומה של גמירת דעת, כך קיומה של חתימה אינו מהווה כשלעצמו ראיה חד משמעית לקיומה של גמירת דעת. אכן, המבחן לקיומה של גמירת דעת הוא "מבחן מהותי של הכוונה, המעדיף את מכלול נסיבות העניין על פני ביטויים טכניים דוגמת חתימה, כותרת או הצהרה" (שלו וצמח, עמ' 165 וההפניות בה"ש 31; וראו מן העת האחרונה פסק דינו של חברי, השופט ע' גרוסקופף, בע"א 1456/22 עג'מי נ' וואחת אל סאלס נווה שלום (ועד מקומי נווה שלום), פסקה 31 והאסמכתאות שם (28.2.2024) (להלן: עניין עג'מי); כן ראו ע"א 7591/13 פלונים נ' פלונית, פסקה 22 (25.1.2016) (להלן: עניין פלונים); עניין שפירא, פסקה 39). מבלי לגרוע מהאמור, מקום שבו הצדדים קבעו במפורש כי חתימה היא תנאי הכרחי לצורך שכלול החוזה, אזי בהעדר נימוק כבד משקל המלמד אחרת, מדובר ככלל בתניה בעלת משקל מכריע.

31. כתימוכין לטענתה כי כלל לא התקשרה בהסכם מחייב, הפטריארכיה מבקשת להיתלות בסעיפים 6, 6.1 לפרטיכל, שזו לשונם:

6. למען הסר ספק:

6.1. האמור בטיוטות א' ו/או ב' לא יחייב את קרן הקיימת לישראל או את הפטריארכיה, אלא עם החתימה המלאה על איזה מהמסמכים הנ"ל כאמור בסעיף 3 או 4 לעיל (לפי העניין); וכל זכויות הצדדים זה כלפי זה וכן כלפי כל צד אחר שמורות במלואן.

במבט ראשון, מדובר בתניה ברורה שמעמידה את אקט החתימה כתנאי-שבלעדיו-אין לצורך שכלול החוזה, בבחינת "בהעדר חתימה – אין חוזה". ברם, קריאה זהירה מלמדת כי הדברים אינם כפי שנדמה. זאת, בראש ובראשונה, מן הטעם הפשוט שדרישת החתימה שמופיעה בסעיף מתייחסת אל טיוטה א' או ב' – ואליהן בלבד. לעומת זאת, דרישת החתימה אינה מוזכרת כתנאי למעמדו המחייב של הפרטיכל. מובן אפוא כי תוקפו של הפרטיכל לא נשלל אך בשל העובדה שהפטריארכך ונציגי קק"ל לא חתמו עליו.

32. התחקות אחר הסיבה שבגינה לא נחתם הפרטיכל אך מחזקת מסקנה זו. כפי שעולה מחומר הראיות והממצאים שנקבעו בבית המשפט המחוזי, מתחוויר כי לא זו

בלבד שהעדר החתימה לא נבע מהעדר גמירת דעת, אלא שכל תכלית קיומו של הפרטיכל וטקס הקראתו נעשו על מנת לבטא את גמירת דעתם של הצדדים ולהעניק תוקף מחייב להסכמות שאליהן הגיעו, וזאת מבלי שיידרשו לחתום עליו (טקס החתימה על הפרטיכל בנוכחות שני שופטים בדימוס היה הרבה יותר "חגיגי" מלחיצת היד והשקת כוסית כמתואר בע"א 692/86 יעקב בוטקובסקי ושות' – חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת, פ"ד מד(1) 57 (1989) (להלן: עניין בוטקובסקי), שם הכיר בית המשפט בגמירת דעת גם בהעדר חתימה על המסמך). הצדדים לא חתמו על הפרטיכל לנוכח סברת הפטריארך באותה נקודת זמן, שראה עצמו מנוע מלהתחייב בשם הפטריארכיה כל עוד לא קיבל את כתב ההכרה מממשלת ישראל. כך העיד עו"ד אלחנני, שציין כי "מבחינת ההסכמות הכל היה גמור ומגובש סופית", אך העובדה שהפטריארך טרם קיבל את אישור ממשלת ישראל לכהונתו הפריעה לו, והוא טען שאינו יכול לחתום כי אין לו מעמד רשמי בישראל. משכך, "חיפשנו דרכים יצירתיות איך מגבשים הסכמה נותנים ביטוי חיצוני לגמירות דעת הצדדים מבלי שהפטריארך יפגע בעקרון של המינוי", מתוך הבנה ש"הטקסיות תתן ביטוי לאופי המחייב המסכם והמגובש סופית של הדברים" (פרוטוקול מיום 31.10.2017, עמ' 59). וכן:

"בא הצד השני ואומר לי זה ההסכם אני מחויב אליו [...] אני רק יש לי בעיה פורמאלית במדינת ישראל שלא מכירים במעמדי אז אני לא חותם אבל אני מוכן להתחייב ולהצהיר וליצור מבנה מחייב בכל דרך שאתם תציעו כדי שתנוח דעתכם שזה סופי תקף ומחייב. [...] שהפטריארך ישמור על העיקרון שלו שהוא לא רוצה לחתום כי לא הכירו בו, ומצד שני הוא מוכן להתחייב, ונבחרה הדרך הזו" (פרוטוקול מיום 14.12.2017, עמ' 118).

בית המשפט המחוזי אימץ את הדברים וקבע כי זה המצג שהציגה הפטריארכיה, וכי הדבר עלה גם מעדותו של עו"ד וינרוט. בית המשפט הדגיש כי עדים אלה נמצאו אמינים ועדותם נמצאה מהימנה. בית המשפט קבע אפוא כי בהתאם לרצון הצדדים להתחייב בהסכם, נהגה הרעיון לכנס את הצדדים "במסלול עוקף מניעות" על מנת שיביעו את גמירת דעתם להתחייב בהסכם ולשכללו באמצעות חתימתם של שני שופטים בדימוס (פסקאות 141-142 לפסק הדין). בממצא עובדתי זה אין כל עילה להתערב.

33. המסקנה שמתקבלת מהאמור לעיל היא שהעדר החתימה על הפרטיכל אינו מלמד על העדר הסכמה של הצדדים להתקשר בהסכם מחייב (ראו והשוו לע"א 7591/13 פלוניס נ' פלונית, פסקה 14 (25.1.2016) שם העדר החתימה נבע משיקולי מס). לפי חומר

הראיות וקביעות בית המשפט המחוזי, ההימנעות מחתימה על הפרטיכל נעשתה במקרה דנן בשל רצונם של הצדדים לעקוף את הקושי שנבע באותה נקודת זמן בשל אי-קבלת כתב הכרה מממשלת ישראל, ורצונם של הצדדים להתקשר בהסכם מחייב חרף קושי זה. במילים אחרות, לא העדר חתימה המלמד על העדר גמירת דעת יש לפנינו, כי אם מאמץ מודע לנקוט את כל האמצעים האפשריים, זולת חתימה, שבכוחם להעיד על גמירת דעת של הצדדים. זהו, לכל הפחות, המצג שהציגה הפטריארכיה, ודי בכך כדי להוביל למסקנה שבכל הנוגע למעמדו המשפטי של הפרטיכל, יסוד גמירת הדעת התקיים גם התקיים.

34. למען שלמות הדברים נזכיר כי לצד הדרישה לגמירת דעת, שכלולו של חוזה מחייב כפוף גם לדרישת המסוימות, קרי שהפרטים החיוניים והמהותיים של העסקה יהיו מוסכמים על הצדדים (להרחבה ראו אצל שלו וצמח, עמ' 173-178). במקרה שלפנינו, אין בפי הצדדים טענה כי הפרטיכל לא כלל את הפרטים המהותיים הדרושים להסכם שלם ומוגמר. על כך יש להוסיף ולהזכיר כי בהתאם לאמור בפרטיכל, הפשרה, "שנוסחה סוכם ואושר באופן סופי על ידי הצדדים ועורכי דינם", צורפה אף היא כנספח לפרטיכל. בנסיבות אלו, איני רואה להרחיב שלא לצורך על דרישת המסוימות, שמתקיימת במקרה שלפנינו באופן מובהק (ראו והשוו לעניין עג'מי, שם נקבע בהסכם הראשון כי ההסכמה "אינה מהווה את ההסכם כולו על כלל פרטיו", ואף על פי כן נקבע כי מדובר בהסכם מחייב שיש לאוכפו).

"מניעות משפטית"

35. נימוק נוסף שהעלתה הפטריארכיה שבגינן הפרטיכל נעדר תוקף, נשען על "מניעות המשפטית" כביכול של הפטריארכיה לחתום על ההסכם כל עוד לא ניתן כתב ההכרה מממשלת ישראל. לשיטת הפטריארכיה, "[...] ברור כי אם הפטריארכיה אינו מוסמך לחתום, הוא גם אינו מוסמך להתחייב בעל פה בשם הפטריארכיה", ו"די בכך כדי להסיק כי לא יכל היה להיכרת הסדר כלשהו" (סעיף 29 לסיכומיה בערעור).

36. מבחינה רעיונית יש זיקה בין שאלת כשירותו של אדם להתקשר בחוזה לבין שאלת קיומו של פגם ברצון להתקשר בחוזה (פרידמן וכהן כרך ב 443 (מהדורה שנייה, 2023)). עם זאת, דומה כי טענתה האמורה של הפטריארכיה לא נועדה לבסס העדר גמירת דעת או פגם ברצון מצד הפטריארכיה (טענה שדחינו לעיל), ואף ברי כי אין עניינה של טענה זו בשאלת כשירותו של הפטריארכיה לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות,

התשכ"ב-1962 (התייחסות להבחנה בין כשרות משפטית לגמירת דעת ופגמים ברצון, ראו אצל יצחק אנגלרד "חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, התשכ"ב-1962" פירוש לחוקי החוזים (מיסודו של ג' טדסקי) 62-63 (מהדורה שלישית, 2023)). טענת הפטריארכיה נסבה על "סמכותו" של הפטריארך להתקשר בשם הפטריארכיה בהסכם משפטי מחייב, וליתר דיוק "העדר סמכותו" של הפטריארך כל עוד לא ניתן לו כתב ההכרה. טענה זו, כך נראה, מושתתת על כך שלפי הדין החל בישראל באשר לבחירת הפטריארך, על האחרון ליהנות מאמון הממשלה ולקבל כתב הכרה ממשלת ישראל לצורך כניסתו לכהונה (זאת בהתאם לתקנות הקיסריות העותמניות לשנת 1875 שתוקנו בחקיקה מנדטורית, כמתואר בבג"ץ 963/04 לויפר נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 326, 331 (2004); בג"ץ 10615/07 הוד מעלתו אירינאוס הראשון פטריארך ירושלים נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 1 (27.12.2007)).

37. הטענה כי הפרטיכל נעדר תוקף בשל העובדה שבמועד הקראתו בטקס החגיגי הפטריארך טרם קיבל את כתב ההכרה – דינה להידחות משורה של טעמים.

ראשית, נזכיר כי הפטריארך נבחר על ידי הגוף הבוחר של הפטריארכיה, הסינוד הקדוש, ביום 22.8.2005. בכתב התביעה בהליך דנן, הימנותא טענה כי על מנת ליתן תוקף משפטי לבחירתו של הפטריארך בהתאם לדינים החלים בישראל, נדרש שהפטריארך יוכר על ידי ממשלת ישראל וינתן לו כתב הכרה (סעיף 13.1 לכתב התביעה המתוקן מיום 9.7.2013; יצויין כי עמדה זו עולה בקנה אחד עם התגובה שהגישה המדינה בבג"ץ 9970/05 הוד מעלתו הארכיבישוף ג'אנופולוס נ' ממשלת ישראל במענה לעתירת הפטריארך להורות לממשלה להכיר בו כפטריארך). לעומת זאת, היתה זו הפטריארכיה שטענה בכתב הגנתה במענה לכך, כי היא מתכחשת לטענה שלא היה תוקף לבחירתו של הפטריארך עד לקבלת כתב ההכרה (סעיף 57 לכתב ההגנה מיום 1.10.2013). ספק כיצד עמדתה זו של הפטריארכיה בכתב הגנתה שלפיה בחירת הפטריארך היתה בת תוקף, מתיישבת עם טענתה כעת בדבר העדר מעמד של הפטריארך במועד הקראת הפרטיכל עד כדי שלילת יכולתו להתקשר בהסכם בשם הפטריארכיה.

38. שנית, אין חולק כי לשיטת הפטריארכיה, הפטריארך – שכאמור נבחר על ידי מוסדות הכנסיה כבר בשנת 2005 – ייצג אותה בכובעו כפטריארך, וכל התנהלותו לאורך שלבי המשא ומתן והישיבה החגיגית היתה בשם הפטריארכיה ובעבורה. כך עולה במפורש מלשונו של הפרטיכל, שבו הובהר כי הצדדים מסכימים "לעשות כל מאמץ על מנת להסדיר בדרכי פשרה ושלוה את המחלוקות שבין הפטריארכיה לקרן הקיימת

לישראל [...]” (סעיף 1 לפרטיכל; ההדגשה הוספה – י”ע). כך גם טענה הפטריארכיה במפורש בסיכומיה בבית המשפט המחוזי, עת הבהירה כי מעורבותו של הפטריארך לא נבעה מהיותו צד להליך באופן אישי, וכי ניתן להשוות את מעמדו “למעמדו של נושא משרה בחברה אשר מנהל מו”מ בשמה” (סעיף 664 לסיכומיה). אף לא למותר לציין כי ההליך כולו לוה על ידי באי כוחה של הפטריארכיה, שתרגמו עבור הפטריארך את תוכן הפרטיכל ונספחיו והסבירו לו את האמור בהם (סעיף 9 לפרטיכל).

אין מדובר אפוא בשלוח שפעל ללא הרשאת שולחו (שגם אז יכול השולח לאשרר את הפעולה בדיעבד מכוח סעיף 6(א) לחוק השליחות, התשכ”ה-1965) (להלן: חוק השליחות)). אף אין מדובר במצב שבו שלוח מבצע פעולה בשעה שהשולח אינו ישות משפטית מוכרת בדין, כגון תאגיד לפני היווסדו (שגם אז יכול התאגיד לאשר את הפעולה בדיעבד מכוח סעיף 6(ג) לחוק השליחות; וראו בדומה הוראת סעיף 12 לחוק החברות, התשנ”ט-1999, המאפשר לחברה לאשר פעולה של יזם שנעשתה בשמה או במקומה לפני התאגדותה). מדובר, כך לפי הטענה, במצב של העדר מעמד של השלוח, שלכאורה שולל את תוקפה של ההתחייבות של השולח, חרף העובדה שהשולח כלל אינו חולק על כך שהשליח פעל בשמו ובעבורו. טענה שכזו לא ניתן לקבל. זאת, שכן “במצב הדברים הרגיל, בשליחות הגלויה, פעולתו המשפטית של השלוח אינה מחייבת ואינה מזכה אותו, אלא את השולח. על כן, אין זה חיוני לשלוח כי הוא יהיה בעל כשרות לחובות ולזכויות” (אהרן ברק חוק השליחות כרך א 665 (1996)). ראו גם דברי השופט מ’ שמגר ביחס להוראת סעיף 4 לחוק השליחות העוסק בכשרות השלוח, בצינו כי “החוק אינו דורש, כי השלוח יהיה כשיר לביצוע אותה פעולה משפטית, שהיא נושא השליחות, עבור עצמו, ובלבד שלשולח תהיה הכשרות המשפטית, הנדרשת לביצוע אותה פעולה משפטית” (ע”א 98/80 נציגות הבית המשותף רחוב רבי עקיבא 77 לוד נ’ קדמת לוד בע”מ, פ”ד לו(2) 21, 25 (1981)). בחינת הדברים באספקלריא של דיני השליחות מובילה אפוא למסקנה כי לא היתה כל מניעה מצד הפטריארך להתקשר בשמה של הפטריארכיה בהסכם.

39. זאת ועוד. בסעיף 6.2 לפרטיכל הסכימו הצדדים כי “הסיכום האמור בפרטיכל זה וכל הקשור אליו יהיו בטלים אם לא יתקבל אישור הממשלה עד ליום 15.8.07, אלא אם כן הסכימו הצדדים לדחות את המועד האמור”. מתן כתב ההכרה לפטריארך היה תנאי שאכן התמלא בחלוף מספר חודשים לאחר ישיבת ההקראה של הפרטיכל (אל סוגיית התקיימות התנאי במועד אתיחס ביתר הרחבה להלן). בנסיבות אלו, טענת הפטריארכיה כי הפרטיכל נעדר כל תוקף וכלל לא יכול היה להיכרת, חרף קבלת כתב ההכרה והתקיימות התנאי, היא טענה שקשה לקבל.

ניתן לערוך היקש לכך מדיני החוזה הפסול. דבר שבשגרה שצדדים כורחים הסכם שכפוף לתנאי מתלה בדמות קבלת היתר או רישיון, שללא קבלתם יהיה החוזה לחוזה בלתי חוקי. ואולם, הגם שדינו של החוזה הבלתי חוקי הוא בטלות (סעיף 30 לחוק החוזים), אין כל קושי בכך שעם קבלת הרישיון והתקיימות התנאי המתלה – יהפוך החוזה לחוזה שלם ורגיל (שלו וצמח, עמ' 601). על כך יש להוסיף כי לפי החזקה הקבועה בסעיף 27(ב) לחוק החוזים, חוזה שהיה טעון רישיון על פי חיקוק, חזקה שקבלת הרישיון היא תנאי מתלה; וכפי שמסבירים שלו וצמח, חזקה זו נועדה להציל את החוזה מבטלות בשל היותו חוזה בלתי חוקי (שם, בעמ' 598-599). בהשלכה לענייננו, גם אם אהיה נכון להניח לטובת הפטריארכיה ולצורך הדיון כי בהעדר כתב ההכרה דינו של החוזה הוא בטלות, הרי שמשעה שנקבע התנאי בדבר קבלת כתב ההכרה, איני רואה כל מניעה לקבוע כי עם התקיימותו של התנאי וקבלת כתב ההכרה – החוזה עמד בתוקפו על שלל הוראותיו האופרטיביות (באשר לשאלה מהו תוקפו של החוזה בתקופת הביניים עד התקיימות התנאי, ואם התקיימות תנאי מתלה מקנה לחוזה תוקף למפרע, ראו אצל שלו וצמח המזכירים את עמדותיהם השונות של פרופ' טדסקי, פרופ' פרידמן ופרופ' צלטנר בסוגיות אלו (שם בעמ' 591, 601)). ובקיצור, כשם שקביעת תנאי מתלה בדבר קבלת רישיון שוללת את אי חוקיותו של החוזה, מצילה אותו מבטלות ומעניקה לו תוקף אופרטיבי עם התקיימות התנאי המתלה, כך קביעת התנאי בדבר קבלת כתב ההכרה והתקיימות התנאי הובילו לכך שהפריטיכל "ניצל" מבטלות, וההוראות האופרטיביות שנקבעו בו נכנסו לתוקף (בכפוף להתקיימות יתר התנאים שנקבעו בפריטיכל שאליהם אדרש להלן).

40. הגענו אפוא למסקנה כי במועד הישיבה החגיגית שבה הוקרא הפריטיכל, הצדדים גמרו בדעתם להתקשר בהסכם מחייב; כי הסכם זה ענה על דרישת המסוימות וכלל את כל הפרטים המהותיים הדרושים; וכי לא היתה מניעה משפטית שבגינה לא ניתן היה להתקשר בהסכם מחייב באותו מועד. כעת נפנה לבחון את טענת הפטריארכיה כי התנאים שנקבעו בהסכם לא נתמלאו, וכי בשל כך אין לראות בו הסכם מחייב.

תוכנו של הפריטיכל

41. סעיף 25(א) לחוק החוזים קובע כי "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו". משימתנו עתה היא להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים תוך שאנו צועדים לאורה של לשון החוזה.

42. סעיף 3 לפרטיכל, הסעיף העיקרי והמרכזי להסכם, קובע כך:

3. "מייד עם קבלת כתב ההכרה (high berat) מטעם ממשלת ישראל לבחירתו של הפטריארך הנבחר תיאופולוס השלישי כפטריארך הכנסייה היוונית אורתודוקסית בישראל (להלן: 'אישור הממשלה'), תודיע על כך הפטריארכיה לקרן הקיימת לישראל. הפטריארך הנבחר, תיאופולוס השלישי, יהיה אחראי לקבל את אישור הסינוד קדוש להסכם הפשרה (טיוטא א'), הסכם הפשרה (טיוטא א') יובא לאישור המוסדות המוסמכים בקרן הקיימת לישראל ובכפוף לאישור זה יחתם הסכם הפשרה (טיוטא א') באופן מלא ע"י הצדדים, בתוך 7 ימים מאישור הממשלה".

למעשה, הסעיף מונה מספר הוראות חוזיות: קבלת כתב הכרה ממשלת ישראל; מתן הודעה לקק"ל בדבר קבלת כתב ההכרה; אישור הסינוד הקדוש להסכם הפשרה; אישור המוסדות המוסמכים בקק"ל להסכם הפשרה; וחתימה על הסכם הפשרה בתוך 7 ימים מאישור הממשלה. יש לציין כי השאלה אם הוראות חוזיות אלה הן תניות המטילות חובות על אחד מן הצדדים להסכם או שמא מדובר בתנאים מתלים חיצוניים לחוזה שהתקיימותם "מקימה לחיים" חיובים אחרים בחוזה – גם היא שאלה פרשנית. נבחן את הדברים ואת השאלה אם תנאים אלו התקיימו.

(1) קבלת כתב-הכרה מטעם ממשלת ישראל

43. עמדנו על כך שקבלת כתב ההכרה היה תנאי מתלה, בהיותו בלתי ודאי וחיצוני לצדדים ותלוי בהחלטתה של ממשלת ישראל (שלו וצמח, בעמ' 585). מנוסחו של הסעיף ("מייד עם קבלת כתב ההכרה") אנו למדים כי קבלת כתב ההכרה היא התנאי הראשון שצריך היה להתקיים, והוא ש"התניע" את יתר הוראות ההסכם שעל פיהן נדרשו הצדדים להתקדם לצורך ביצועו של הפרטיכל.

הקושי שמתעורר לגבי תנאי זה נובע מהוראת סעיף 6.2 לפרטיכל, שבו נקבע כי "הסיכום האמור בפרטיכל זה וכל הקשור אליו יהיו בטלים אם לא יתקבל אישור הממשלה עד ליום 15.8.2007, אלא אם כן הסכימו הצדדים לדחות את המועד האמור" (הדגשה הוספה – י"ע). כידוע לנו, כתב-ההכרה נחתם אך ביום 24.12.2007, בחלוף כארבעה חודשים מהמועד הנקוב בפרטיכל. האם יש באיחור זה כדי להוביל למסקנה שהתנאי המתלה לא

התקיים ובכך מנע את שכלולו של הפרטיכל כחוזה מחייב? או שמא הסכימו הצדדים לדחות את המועד שנקבע בהתאם להוראת סעיף 6.2 סיפא?

בטרם נפנה לממצאים שקבע בית המשפט המחוזי בשאלה זו, יש ליתן את הדעת על כך שהאפשרות לדחות את המועד הנקוב שנקבע בסעיף 6.2 לפרטיכל לא הוגבלה על ידי הצדדים בשום צורה ואופן. כך, לא נקבע שדחיית המועד טעונה הסכמה בכתב (וזאת בניגוד להוראת סעיף 6.2 שקבעה שהסכם הפשרה טעון חתימה); ואף לא נקבעה מגבלת זמן לדחייה אפשרית של המועד האמור. כל שנקבע הוא שמועד זה ניתן לדחייה בהסכמת הצדדים. בהעדר מגבלה שכזו, יש לבחון אם ניתן להסיק מחומר הראיות קיומה של הסכמה בין הצדדים לדחיית המועד, אם לאו.

44. הפטריארך העיד כי הוא סירב לבקשה להארכת המועד למתן כתב-ההכרה וטען כי עו"ד וינרוט כלל לא פנה אליו בעניין זה. מנגד, הימנותא טענה כי דברי הפטריארך ובאי כוח הפטריארכיה והתנהגותם ומצגיהם העידו על כך שניתנה ארכה כאמור, הגם שלא ניתנה בכתב. בין היתר, עו"ד אלחנני העיד כי שוחח בנושא עם עו"ד מוגרבי, בא כוחה של הפטריארכיה, שמסר לו כי "אין לך מה לדאוג, הפטריארך מחויב, יקרה מה שהובטח [...] מילה שלו זו מילה [...]". (פרוטוקול מיום 31.10.2017, עמ' 62; פרוטוקול מיום 14.12.2017, עמ' 127-141). עו"ד וינרוט העיד כי נפגש עם הפטריארך לאחר שחלף המועד והלה הביע באוזניו את התחייבותו להסכם הפשרה, אמר שהוא "עומד מאחורי המילה" שלו, שהוא "איש של מילה" וכי אם ימונה יקיים את העסקה (אך יצויין כי עו"ד וינרוט הבהיר בחקירתו הנגדית כי בטרם חלוף המועד הוא לא שאל את הפטריארך באופן ישיר לגבי הארכתו; פרוטוקול מיום 15.2.2018, עמ' 103-105). כמו כן, הוצג מכתבו של עו"ד וינרוט לעו"ד גולן מפרקליטות המדינה מיום 23.12.2007, ערב מתן כתב ההכרה, שבו נכתב כי "[...] הפטריארך הודיע, כי הוא יקיים את העסקה חרף חלוף המועד", מה שמתיישב עם עדותו של וינרוט (נספח 30 לערעור הפטריארכיה).

לכך התווספה העובדה שהצדדים תיאמו ביניהם מועד לחתימה על הסכם הפשרה אי שם בסוף חודש אפריל 2008, כארבעה חודשים לאחר שניתן כתב-ההכרה (וכשמונה חודשים לאחר המועד שנקבע בסעיף 6.2 לפרטיכל), עובדה המעידה על הסכמת הפטריארכיה, ולו על דרך ההתנהגות, להארכת המועד. עו"ד וינרוט העיד בתצהירו כי בסמוך לאחר הפגישה שנערכה בין הצדדים ביום 15.4.2008 "שוחחתי עם עו"ד מוגרבי והפטריארך במישרין, ושניהם אישרו באוזניי כי הכל הסתדר על הצד הטוב ביותר, הסינוד אישר את הסכם הפשרה ובתוך מספר ימים נעמוד בקשר על-מנת לתאם מועד

לחתימת ההסכם ולביצועו. אמירה זו נאמרה ללא כל הסתייגות, ובאחת השיחות עו"ד מוגרבי אף אמר לי כי המסמכים ייחתמו לאחר הפסח", שהסתיים באותה שנה ביום 26.4 (סעיף 35 לתצהירו).

45. במחלוקת העובדתית שניטשה בין הצדדים, ביכר בית משפט קמא את גרסת עדי הימנותא אשר הציגו צבר עדויות שהשתלבו זו בזו "באופן קוהרנטי" ונתמכו ברישום של ההסכמה שנמסרה להם בעל פה. זאת, אל מול עדותו היחידה של הפטריארך (שאף לא התיישבה בחלקה עם התשובות שמסר בשאלון), והעדר עדות של עו"ד מוגרבי חרף היותו "שחקן ראשי" במערכה, כלשון בית משפט קמא. קביעה זו של בית המשפט התבססה כאמור על התרשמותו מעדויותיהם של העדים שהופיעו בפניו, ולא מצאתי בטענות הפטריארכיה כל נימוק שבכוחו לבסס עילה להתערב בקביעה זו. משכך, הקביעה כי הצדדים הסכימו על דחיית המועד לקבלת כתב ההכרה, וכי התנאי המתלה בנוגע למתן כתב ההכרה התמלא – עומדת על תלה.

(2) אישור הסינוד הקדוש להסכם הפשרה

46. בסעיף 3 לפרטיכל נקבע כי הפטריארך "יהיה אחראי לקבל את אישור הסינוד הקדוש להסכם הפשרה" (ההדגשה הוספה – י"ע).

הזכרנו לעיל (פסקה 39) את החזקה המשפטית שקבועה בסעיף 27 לחוק החוזים, ולפיה חוזה שטעון הסכמת אדם שלישי או רישיון על-פי חיקוק הוא חוזה על-תנאי שכולל תנאי מתלה. לאור חזקה זו, ניתן היה לטעון כי קבלת הסכמת הסינוד הקדוש היא תנאי מתלה, שאי קיומו היה מוביל לכך שהחוזה (הפרטיכל) יתבטל. עם זאת, אין מדובר בחזקה מוחלטת, ומקום שבו הצדדים מודעים לצורך בקבלת אישור או רישיון "ואחד מהם נוטל על עצמו – במפורש או מכללא – את השגת הרישיון או האישור", אזי אם "לא הושג הרישיון או האישור – ייחשב צד זה כמפר חוזה" (שלו ואדר בעמ' 597, המאזכרים את פסק הדין בע"א 1581/98 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' בשורה ייזום וקידום פרויקטים בע"מ, פ"ד נ(4) 209, 216-217 (2000); ראו גם פרידמן וכהן כרך ג 48-45 (2003)).

47. ככל תניה חוזית, גם פרשנותו של תנאי צריכה להיעשות לפי לשונו ובהתאם לאומד דעת הצדדים. לנוכח לשונו של סעיף 3 לפרטיכל המטילה על הפטריארך את האחריות לקבלת אישור הסינוד הקדוש, יש בסיס לטענה כי אין מדובר בתנאי מתלה אלא

בהתחייבות שנטל על עצמו הפטריארך. טענה זו מתחזקת על רקע הניסוח השונה שנקטו הצדדים באותו סעיף בפרטיכל ביחס לקבלת אישורו של גורם אחר – מוסדות קק"ל, שלגביו הצדדים לא קבעו כי קבלתו נמצאת באחריותה של הימנותא, אלא כי הסכם הפשרה "יובא לאישור המוסדות המוסמכים בקרן הקיימת לישראל ובכפוף לאישור זה יחתם הסכם הפשרה" (סעיף 3 סיפא לפרטיכל, ההדגשות הוספו – י"ע; אל תנייה זו בנוגע לאישור מוסדות קק"ל אתיחס להלן). עדותו של עו"ד אלחנני לגבי התחייבותו של הפטריארך, שהוא העומד בראש הסינוד הקדוש, לקבל את אישורו של הסינוד, תומכת אף היא בעמדה פרשנית זו (פרוטוקול מיום 31.10.2017 בעמ' 59-61 ומיום 14.12.2017 בעמ' 124-125).

אם כן, פשט לשונה של ההתחייבות שנטל על עצמו הפטריארך לקבלת אישור הסינוד הקדוש; השוואת התחייבות זו לנוסח השונה שנקטו הצדדים לגבי קבלת אישור גורמי קק"ל; והעדות של עו"ד אלחנני בעניין זה – תומכים כולם במסקנה כי מדובר בהתחייבות שנטל על עצמו הפטריארך. משמעותה של מסקנה זו, אילו אימצנו אותה, היא שאילו היינו מקבלים את טענת הפטריארכיה כי אישור הסינוד כלל לא ניתן, הרי שהדבר היה מהווה לכאורה הפרה של הפרטיכל מצד הפטריארכיה, שלא מילאה אחר התחייבותה להשיגו.

48. בית המשפט המחוזי סיווג את הצורך לקבל את אישור הסינוד הקדוש באופן שונה. לגישתו, קבלת אישור הסינוד הקדוש היה בגדר תנאי מקדים שנדרש לצורך גיבוש גמירת דעתה של הפטריארכיה להתקשר בהסכם הפשרה. מסקנה זו ביסס בית המשפט על פרשנות הפרטיכל, מעמדו של הסינוד הקדוש והתנהגותו של הפטריארך ומצגיו. לחלופין, בית המשפט המחוזי קבע כי גם אם יש לראות את הפרטיכל כהסכם מקדים, הרי שהצדדים לא התכוונו לשכללו לכדי הסכם מחייב אלא בכפוף להתמלאות הדרישות שנקבעו בסעיף 3 לפרטיכל.

כך או כך, דומה כי בנסיבות המקרה שלפנינו, סוגיה פרשנית זו באשר לאופן סיווגו של הצורך לקבל את אישורו של הסינוד הקדוש היא בעלת משמעות תיאורטית בלבד. זאת, שכן אף בהנחה שקבלת אישור הסינוד לא היתה התחייבות שנטל על עצמו הפטריארך, אלא תנאי מתלה או לחלופין תנאי מקדים לצורך גיבוש גמירת דעתה של הפטריארכיה להתקשר בהסכם הפשרה (כפי שקבע בית משפט קמא), הרי שלפי קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי – אישור הסינוד ניתן.

49. השאלה אם ניתן אישור הסינוד היתה אחת מנקודות המחלוקת המרכזיות בין הצדדים. הפטריארכיה טענה כי אישור הסינוד לא ניתן מעולם. מנגד, עו"ד אלחנני, עו"ד וינרוט ומר חייק, פעיל קק"ל בלונדון ומשנת 2008 יו"ר קק"ל אנגליה, העידו כי נציגי הפטריארכיה והפטריארך עצמו מסרו להם כי אישור הסינוד לחתימת הסכם הפשרה התקבל. תימוכין לכך ניתן למצוא במכתב ששלח עו"ד אלחנני לעו"ד מוגרבי ביום 16.9.2008, שבו נאמר כי "מספר ימים לאחר הישיבה שהתקיימה בהשתתפות הפטריארך הנכבד במלון מצודת דוד בירושלים ביום 15.4.2008 הודעת לי טלפונית כי הסינוד הקדוש אישר את ההסכם שהושג. על הודעה זו חזרת באוזניי במספר הזדמנויות נוספות וגם בשיחתנו הטלפונית מיום 1.9.2008". לעומת זאת, במכתב התשובה של עו"ד מוגרבי לעו"ד אלחנני מיום 27.10.2008 נאמר כי לאחר הישיבה שהתקיימה ביום 15.4.2008 הובהר כי העניין יובא לדיון בפני הסינוד הקדוש על מנת שיתן דעתו בעניין, וכי "הסינוד הקדוש דן בעניין אך הציב תנאים ועקרונות השונים בתכלית מנוח הטיוטה שהעברתם אלינו" (נספח 45 לערעור הפטריארכיה). במחלוקת זו פסק בית משפט קמא לטובת הימנותא, וקבע כי אישור הסינוד אכן ניתן. נתאר בתמצית את המהלך שהוביל לקביעה זו.

כפי שצוין בפתח הדברים (פסקה 8 לעיל), קיים מנהג דתי האוסר על חשיפת ספר הסינוד שמקים חיסיון דת פסיקתי. עם זאת, במסגרת ההליך דנן, בית משפט זה עמד על כך שמדובר בחיסיון יחסי והורה לפטריארכיה להמציא נסח המפרט את תוכן ישיבות הסינוד שנגעו להסכם הפשרה ולהפקיד בבית המשפט המחוזי העתקים מצולמים של הפרוטוקולים המבוקשים עם תרגום נוטריוני לעברית. על אף האמור, וחרף ארכות שניתנו לפטריארכיה לשם כך, זו לא המציאה את הנסח והפרוטוקולים המבוקשים. במצב דברים זה, בית משפט קמא השתמש בחזקות ראייתיות ובנטלי הוכחה; קבע כי הפטריארכיה בחרה שלא להציג לבית המשפט את הראיה המרכזית והמכרעת; וכי הימנעותה מהבאת ראיה הנמצאת בידיעתה הייחודית, אשר הייתה אמורה לשמש לטובתה, מובילה למסקנה כי אילו הובאה הייתה פועלת למעשה כנגדה. במארג הראייתי, כאשר מצד אחד נמצא כי העדויות מטעם הימנותא מהימנות ונתמכות בחומר הראיות הכתוב, ומן הצד השני, נמנעה הפטריארכיה מלהעיד את באי-כוחה והפרה את הצו לגילוי הפרוטוקולים – נקבע כי הימנותא הרימה את נטל הראיה והוכיחה כי ניתן אישור הסינוד הקדוש.

50. לאחר שבחנתי את הדברים ונתתי דעתי על טענות הצדדים, לא שוכנעתי כי יש מקום להתערב בקביעה עובדתית זו של בית המשפט המחוזי, שנטועה בלב ליבם של

כללי הראיות ובהתרשמות מן העדים ומהימנותם. בהקשר זה איני רואה לקבל את טענת הפטריארכיה כי האישור של הסינוד ניתן בכפוף להתממשות העסקה המקבילה של הפטריארכיה עם הצד השלישי (קבוצת סופר). בהתייחס לטענה זו, בית המשפט המחוזי קבע כי אישור מזכיר הכנסיה מיום 23.4.2008 שהגישה הפטריארכיה בראשית ההליך (מסמך שבו הוזכרה העסקה עם הצד השלישי) אינו הנסח שהגשתו נדרשה על פי החלטת בית משפט זה; וכי ההודעה שמסרו נציגי הפטריארכיה לקק"ל בזמן אמת בדבר קבלת אישור הסינוד לא כרכה את האישור בכינונה של עסקה נוספת.

על כך אוסיף, כי עיון באישור המדובר מטעם מזכיר הכנסיה (נספח 44 לערעור הפטריארכיה) מלמד כי מדובר באישור לאקוני, שאמנם מזכיר הן את העסקה עם קק"ל הן את העסקה עם "הצד השלישי" ("the Third Party"), אך אינו כולל תנאי כלשהו, וספק רב אם ניתן להסיק ממנו קיומו של תנאי שהתנה את אישור העסקה עם קק"ל בהשלמת העסקה עם הצד השלישי (ולא נעלם מעיניי האמור בסעיף 22 לתצהירו של דובדבני, הכולל התייחסות לאישור האמור של מזכיר הכנסיה). לצורך ביסוס טענה זו, שלפיה הסינוד הקדוש התנה את אישור העסקה עם קק"ל בהשלמת העסקה עם הצד השלישי, היה על הפטריארכיה למלא אחר החלטת בית המשפט ולגלות את המסמכים הרלוונטיים, שמא היה באמור בהם כדי לשפוך אור על נקודה זו – אך זאת כאמור לא עשתה. מה אירע בסינוד הקדוש ואיך הוצגה העסקה על יד הפטריארך איננו יודעים, וכפי שצינתי בעניין החיסיון הדתי, בפסקה 36:

"כך, לדוגמה, אם יתברר שהפטריארך עצמו פעל להכשיל את אישור ההסכם בסינוד, עשויה להיות לכך נפקות במישור תום הלב החוזי".

51. הנה כי כן, לפי פשט לשונו של סעיף 3 לפרטיכל, קבלת אישור הסינוד הקדוש היתה לכאורה התחייבות שהפטריארך נטל על עצמו. עם זאת, גם אם נניח לטובת הפטריארכיה כי קבלת האישור לא היתה בגדר התחייבות של הפטריארכיה כלפי קק"ל, אלא תנאי מתלה (או תנאי מקדים לכריתת החוזה כפי שקבע בית משפט קמא), הרי שבהתאם לממצאיו של בית המשפט המחוזי – תנאי זה התקיים. בהינתן קביעה זו, איני רואה צורך להידרש לשאלת מעמדו של הסינוד הקדוש בהיררכיה הכנסייתית, כמו גם לאופן ניתוחו של בית המשפט המחוזי – שכאמור סיווג את הצורך בקבלת אישורו של הסינוד כתנאי מקדים לצורך גיבוש גמירת דעתה של הפטריארכיה להתקשר בהסכם הפשרה. לצורך הכרעתנו בערעור דנן, די לנו בכך שאישור זה נתקבל.

(3) אישור הגורמים המוסמכים בקק"ל

52. עמדנו לעיל על לשונו של סעיף 3 סיפא לפרטיכל, שבו נקבע כי הסכם הפשרה "יובא לאישור המוסדות המוסמכים בקרן הקיימת לישראל ובכפוף לאישור זה יחתם הסכם הפשרה". כפי שצוין, תניה זו נוסחה באופן שונה מזו שעניינה בקבלת אישור הסינוד הקדוש, שקבעה כי הפטריארך "יהיה אחראי לקבל את אישור הסינוד הקדוש".

במבט ראשון תניה זו נחזית כתנאי מתלה, בהינתן שהיא הכפיפה את החתימה על הסכם הפשרה לאישורו של גורם נוסף, אישור שקבלתו לא היתה ודאית. ואולם, בית המשפט המחוזי דחה את האפשרות שמדובר בחוזה על תנאי, ובדומה לגישתו לגבי קבלת אישור הסינוד הקדוש קבע כי קבלת אישור הגורם המוסמך בקק"ל היתה בגדר תנאי מקדים לשכלולו של ההסכם, שמבלעדיה כלל לא נכרת הסכם. ואכן, ככל שהדברים אמורים לגבי קבלת אישורם של גורמי קק"ל, יש טעם באופן ניתוחו של בית המשפט המחוזי, שעולה בקנה אחד עם הפסיקה שניתנה בנושא. נפרט קמעה.

53. פסק הדין בע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, מחוז ירושלים, פ"ד נג(1) 743 (1999) (להלן: עניין כהן) נסב על מגעים לעסקת חכירה שנערכו בין אחד מר כהן למינהל מקרקעי ישראל. בתכתובת בין כהן למשרדי המינהל במחוז ירושלים, שעמו בא כהן בדין ודברים, נאמר כי ביצוע העסקה מותנה באישור הנהלת המינהל. האישור האמור לא ניתן, והשאלה שעמדה לדיון היתה אם נכרת חוזה בין הצדדים. בפסק הדין נקבע כי הדרישה לקבלת אישור הנהלת המינהל אינה תנאי מתלה ואין להחיל עליה את החזקה הקבועה בסעיף 27(ב) לחוק החוזים. וכך קבעה השופטת ט' שטרסברג כהן:

"אולם, לא כך הוא המצב בענייננו, כאשר אין החוזה טעון 'הסכמת צד שלישי' אלא טעון הוא אישור של האורגן הגבוה בהיררכיה של הגוף המתקשר. חוזה על-תנאי הוא חוזה שנתקיימו לגביו כל הדרישות ליצירת חוזה. אישור הנהלת המינהל הוא בבחינת שלב בדרך לשכלול החוזה ולכריכתו ואינו בבחינת תנאי מתלה לקיומו של חוזה שהשתכלל ונוצר. בהתאם, היעדרו של אישור הנהלת המינהל הינו חסר תועלת ביצירת החוזה" (שם בעמ' 753, ההדגשות במקור).

בדומה לכך, בע"א 470/76 נג'ם נ' יעקוב, פ"ד לג(1) 169 (1979) (להלן: עניין נג'ם) שניתן כשני עשורים קודם לכן, עמד מ"מ הנשיא מ' לנדוי על כך שקבלת הסכמת צד שלישי אמנם יכולה להיות תנאי מתלה –

"אבל לא כן הוא כאשר אחד הצדדים למשא ומתן לקראת כריתת ההסכם הוא אישיות משפטית הפועלת באמצעות האורגנים שלה, ובטופס ההסכם נאמר במפורש שההסכם לא יכנס לתקפו אלא אם אורגן מסוים של אותה אישיות משפטית יאשר אותו – כי אז אין לפנינו תנאי מתלה ולא נקשר ההסכם עד שלא ניתן האישור הדרוש" (שם, עמ' 754).

דוגמה מן העת האחרונה לפסק דין שבו יושמה הלכה זו אנו מוצאים בע"א 979/17 סלע חברה למוצרי בטון בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (19.4.2020) (להלן: עניין סלע). באותו מקרה ציינה השופטת ד' ברק-אדז כי הצורך במתן אישור על ידי ועדת הפטור של רמ"י, שהיא אורגן של המדינה, היה חלק מהליך ההסכמה של רמ"י להתקשרות, ולפיכך אין לראותו כתנאי מתלה (שם, פסקה 2 לפסק דינה, וראו גם בפסקה 5 לפסק דיני לעניין ההבחנה בין תנאי הדרוש לשכלול החוזה ובין תנאי לביצועו; עוד בנושא זה ראו אצל שלו וצמח, עמ' 596; פרידמן וכהן, כרך ג 35).

54. יישום הדברים על נסיבות המקרה שלפנינו תומך במסקנה כי קבלת אישור גורמי קק"ל אכן היתה תנאי לצורך שכלולו של החוזה. כך ניתן להבין את פשט לשונה של התנייה החוזית, שלא הטילה על קק"ל, שהיתה צד לפרטיכל, את האחריות לקבל את אישור המוסדות המוסמכים בקק"ל, אלא קבעה כי ההסכם "יובא לאישורם" של המוסדות המוסמכים בקק"ל "ובכפוף לאישור זה" ייחתם הסכם הפשרה.

[הערה: ניתן לטעון כי יש להבחין לעניין זה בין שכלולו של הפרטיכל לכדי חוזה מחייב לבין שכלולו של הסכם הפשרה. דהיינו, כי הפרטיכל עומד בתוקפו גם בטרם קבלת האישור של גורמי קק"ל, בעוד ששכלולו של הסכם הפשרה לכדי חוזה מחייב הוא שהותנה בקבלת אישורם של גורמי קק"ל. פרשנות זו, על פניה, מתיישבת עם העובדה שבהתאם ללשונו של סעיף 3 לפרטיכל, הסכם הפשרה הוא שהיה טעון אישור של גורמי קק"ל, ולא הפרטיכל. אם כך הם פני הדברים, הרי שמסקנתנו בדבר היותו של הפרטיכל בגדר חוזה מחייב היתה עומדת בעינה אף אילו מצאנו כי יש ממש בטענת הפטריארכיה בדבר אי קבלת אישורם של גורמי קק"ל. מכל מקום, לנוכח מסקנתנו (שלגביה נרחיב להלן) כי אישור גורמי קק"ל ממילא נתקבל כנדרש, איני רואה להידרש להבחנה זו בהיותה נעדרת נפקות לתוצאת הערעור, וזאת בדומה לאופן סיווגו של הצורך בקבלת אישור הסינוד הקדוש שאליו התייחסנו לעיל].

55. בהמשך למסקנתנו כי אישורם של הגורמים המוסמכים בקק"ל היה תנאי לשכלולו של חוזה מחייב, השאלה הטעונה הכרעה היא אם תנאי זה נתמלא אם לאו. זאת, לנוכח טענת הפטריארכיה כי אישור זה לא ניתן.

אין לכתוד כי העלאת טענה זו דווקא מצד הפטריארכיה מעוררת תמיהה מסוימת. במצב הדברים הטיפוסי בתביעות חוזיות כגון דא, הצד שטוען כי לא נכרת חוזה וכי האישור של הגורם הרלוונטי לא נתקבל הוא הצד לחוזה שכפוף לגורם המוסמך שאישורו נדרש, בעוד שהצד שכנגד הוא שטוען כי נכרת חוזה מחייב ומבקש לאוכפו. לשם הדוגמה, בעניין כהן שהוזכר לעיל, מי שהגיש תביעה לאכיפת החוזה היה מר כהן, בעוד שמינהל מקרקעי ישראל במחוז ירושלים הוא שטען כי לא נכרת חוזה משום שלא נתקבל אישורה של הנהלת מינהל מקרקעי ישראל. בדומה לכך, בעניין סלע היתה זו חברת סלע שטענה כי התגבשה הסכמה מחייבת בין הצדדים, בעוד שרמ"י הוא שטען כי לא נכרת חוזה מחייב משלא נתקבל אישורה של ועדת הפטור של רמ"י (וראו בדומה גם הנסיבות בעניין נג'ם). לעומת זאת, במקרה שלפנינו הימנותא וקק"ל הן שביקשו לקיים את החוזה והן שטוענות כי האישור הנדרש של הגורם המוסמך מטעמן התקבל, בעוד שהפטריארכיה היא שביקשה להימנע מקיום החוזה בטענה כי קק"ל לא קיבלה את האישור הנדרש מאת הגורם המוסמך בקק"ל. כאמור, יש בדברים כדי לעורר תמיהה מסוימת.

מכל מקום, לאחר עיון בראיות שאליהן הפנתה הפטריארכיה בניסיון לבסס את טענתה, המסקנה הפשוטה היא שאין בהן כדי להוביל למסקנה כי אישור גורמי קק"ל לא נתקבל, ומשכך אין בהן כדי לשלול מהפרטיכל את מעמדו כחוזה מחייב. זאת, מן הטעם הפשוט שראיות אלה מתייחסות כולן למצב הדברים ששרר בימים שקדמו למועד הישיבה החגיגית שבה הוקרא הפרטיכל בפני הצדדים. כך, הפטריארכיה הפנתה לתכתובות דוא"ל בין עו"ד אלחנני מטעם קק"ל לעו"ד מוגרבי מטעם הפטריארכיה, שבכל אחת מהן הופיעה אמירה בנוסח זהה מטעם עו"ד אלחנני בזו הלשון: "[...] כל הסדר, לרבות נוסח המסמכים שיסוכמו, טעונים אישור של המוסדות המוסמכים בקק"ל, וכפי שציינו בפניכם בכל הישיבות הקודמות, העניין טרם נדון וטרם אושר שם" (ההדגשה הוספה – י"ע). אלא שעיון בתאריכי שלוש הודעות הדוא"ל הנ"ל מעלה כי הן מיום 14.2.2007 ומיום 27.2.2007 (נספחים 17, 19 ו-20 לערעור הפטריארכיה), קרי כשבועיים עד חודש לפני מועד הישיבה החגיגית, שנערכה כזכור ביום 12.3.2007. גם בדברי עו"ד אלחנני בעדותו, שאליהם הפנתה הפטריארכיה, אין את שמבקשת הפטריארכיה להסיק. מעדותו של עו"ד אלחנני עולה כי להבנתו אכן נדרש אישור מוסדות קק"ל כדי לתת "תוקף מחייב לעסקה"; וכן משתמע, לכל היותר, כי בעת שנערך המעמד החגיגי טרם ניתן אישור מוסדות קק"ל

(פרוטוקול מיום 31.10.2017, עמ' 60). ברם, אין בדברים כדי ללמד שאישור זה לא נתקבל כלל.

56. בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת קק"ל והימנותא וקבע כי נתקבל אישור המוסדות המוסמכים בקק"ל, בהפנותו לסיכומי התשובה של הימנותא שהפנתה בתורה לעדותו של דובדבני (פסקאות 130, 162 לפסק דינו). עיון בתצהירו של דובדבני ובעדותו בחקירתו הנגדית מעלה כי לצורך הטיפול בפרשת קרקעות הפטריארכיה הוקמה על ידי דירקטוריון קק"ל ועדה דירקטוריונית מצומצמת בת חמישה חברים (בעקבות ניגוד עניינים שבו היה נתון היו"ר, מאחר שעו"ד וינרוט ייצג אותו בעניין מסוים). בראש ועדה זו עמד דובדבני, שכיהן בתקופה הרלוונטית כיו"ר עמית של דירקטוריון קק"ל, והיא הוסמכה לדון בנושא ולקבל החלטות. כאן המקום להעיר כי בעדותו של דובדבני אמנם אין התייחסות קונקרטית לשאלה אימתי ניתן אישור הוועדה להסכם הפשרה (והוא גם לא נשאל על כך). עם זאת, דובדבני העיד כי הוועדה הדירקטוריונית הוסמכה לדון בנושא ולקבל החלטות ללא עריכת פרוטוקול, וזאת במטרה לשמור על סודיות הדברים ולהימנע מהדלפתם, וכי הוא הבהיר לנציגי הפטריארכיה כי קק"ל רואה עצמה מחויבת להסכם ומוכנה לקיים את התחייבויותיה על-פיו (פרוטוקול מיום 4.3.2019, עמ' 145-150; סעיף 24 לתצהירו). החשוב לענייננו, שגם אם ניתן לתהות לגבי אופן התנהלות הוועדה הדירקטוריונית בהקשר זה והעדר תיעוד מספק, בית המשפט אימץ את הטענה כי אישור גורמי קק"ל נתקבל, וזאת לאחר שדובדבני העיד בפניו.

על כך יש להוסיף כי כל התנהלותה של קק"ל עצמה תומכת בבירור במסקנה כי האישורים הנדרשים התקבלו, שהרי היא זו שעמדה על קיום הפרטיכל, פעלה להביא לחתימת הפטריארכיה על הסכם הפשרה, ובהמשך פנתה לערכאות לצורך אכיפת החיובים שנקבעו בו, בעוד שהפטריארכיה היתה זו שביקשה להימנע מכך.

57. קיצורו של דבר, שאין בתכתובות של עו"ד אלחנני ובעדותו כדי ללמד שאישור מוסדות קק"ל מעולם לא ניתן, אלא לכל היותר כי במועד הישיבה החגיגית שבו הוקרא הפרטיכל טרם נתקבל אישור זה להסכם הפשרה – דבר שהוא בבחינת המובן מאליו, שהרי בפרטיכל נקבע כי ההסכם "יובא לאישורם" של המוסדות המוסמכים בקק"ל. בשורה התחתונה, בית המשפט קבע ממצא עובדתי בעניין זה שלפיו אישור הגורמים המוסמכים בקק"ל אכן נתקבל, וזאת בין היתר לאחר שדובדבני העיד בפניו, ולא מצאתי בטענות הפטריארכיה טעם משכנע שגיננו יש להתערב בממצא זה.

58. נשוב בקצרה על הנקודות המרכזיות שעמדנו עליהן לעיל:

שני הצדדים, הפטריארכיה וקק"ל, גמרו בדעתם להתקשר בהסכם מחייב, כפי שעולה בבירור מלשוננו ומנסיבות כריתתו של הפרטיכל; ההסכם ענה על דרישת המסוימות; לא היתה מניעה משפטית ששללה מהפטריארכ את כשרותו להתקשר בהסכם; התנאים והאישורים שנדרשו על פי הפרטיכל לצורך חתימת הצדדים על הסכם הפשרה – קבלת כתב הכרה ממשלת ישראל, קבלת אישור הסינוד הקדוש, וקבלת אישורם של המוסדות המוסמכים בקק"ל – נתקיימו כולם.

על מצע עובדתי ומשפטי זה, נמשיך בדרכנו להתחקות אחר טיבו של הפרטיכל ועל שהתרחש לאחר כריתתו.

הפרטיכל – חוזה לכריתת חוזה

59. בראשית דברינו עמדנו על כך שבהתאם להוראות הפרטיכל, צורפו לו שני נספחים. נספחים אלו היו טיוטות חלופיות להסכם הפשרה שעליו יחתמו הצדדים לכשיתמלאו התנאים ויתקבלו האישורים הנדרשים שנקבעו בפרטיכל: לפי "טיוטא א'", הפטריארכיה תפצה את הימנותא בסך של 13 מיליון דולר כנגד ויתורה של הימנותא על טענותיה לעניין תוקפה של עסקת המקרקעין והסרת הערת האזהרה שנרשמה לטובתה; בעוד שלפי "טיוטא ב'", הפטריארכיה תאריך את זכויות החכירה של המדינה במקרקעין לתקופה נוספת של כ-150 שנה כנגד תשלום בסך של 4.5 מיליון דולר.

עיון בפרטיכל מלמד כי הצדדים קבעו מנגנון של ברירת מחדל לגבי אופן בחירת החלופה המחייבת. כך, בסעיף 2 לפרטיכל נקבע כי "הצדדים מתחייבים להסדיר את המחלוקות ביניהם כאמור על פי הקבוע בנוסח הסכם הפשרה 'טיוטא א' המצורפת כנספח א' לפרטיכל זה, שנוסחה סוכם ואושר באופן סופי ע"י הצדדים". בהמשך לכך, בסעיף 3 סיפא לפרטיכל נקבע כי לאחר מתן כתב ההכרה מאת ממשלת ישראל, בהמשך לקבלת אישור הסינוד הקדוש ובכפוף לקבל אישור מוסדות קק"ל, אזי "בכפוף לאישור זה יחתם הסכם הפשרה (טיוטה א') באופן מלא ע"י הצדדים, בתוך 7 ימים מאישור הממשלה".

לצד האמור, לפי סעיף 4 לפרטיכל נשמרה בידי הפטריארכיה האפשרות לבחור בטיוטה ב': "לפטריארכיה שמורה הזכות להסדיר את המחלוקות עם קק"ל על פי המפורט בנוסח ההסכם 'טיוטה ב' [...] וזאת אם תודיע בכתב לקרן הקיימת לישראל על בחירתה בחלופה זו לא יאוחר מאשר יום 15.8.2007 או בתוך 3 ימים מקבלת אישור הממשלה, לפי המוקדם ביותר" (לכך נוספה אופציה להארכת המועד בהסכמה – סעיף 6.2). דהיינו, זכותה של הפטריארכיה לסטות מברירת המחדל (טיוטה א') ולחתום תחתיה על טיוטה ב', היתה כפופה למתן הודעה בכתב לקק"ל בתוך פרק זמן מסוים. בהתאם, אילו היתה הפטריארכיה בוחרת בחלופה ב', היו חלות ההוראות שנקבעו בסעיף 3 לפרטיכל בנוגע ללוחות הזמנים (סעיף 6.2 סיפא).

60. הנה כי כן, הצדדים קשרו עצמם במסגרת הפרטיכל בהתחייבות לכרות חוזה נוסף שהוא אחד מבין שתי חלופות, שתיהן מוגמרות ומוסכמות מראש, שהכוח להכריע ביניהן נתון בידי הפטריארכיה. אם יתמלאו התנאים הנדרשים והפטריארכיה תשב בחוסר מעש – יחתמו הצדדים על טיוטה א'; ואם תחפוץ הפטריארכיה בטיוטה ב' – תודיע על כך לקק"ל בתוך פרק הזמן שנקבע והצדדים יחתמו על טיוטה זו. כאן המקום להבהיר כי הפטריארכיה מעולם לא הודיעה על רצונה לבחור בטיוטה ב', ואין בפי הצדדים כל טענה לעניין זה. מובן אפוא כי הטיוטה הרלוונטית היחידה שנותרה על הפרק היא טיוטה א' – קרי תשלום בסך 13 מיליון דולר כנגד ויתור על טענות ומחיקת הערת האזהרה.

61. המלומדים פרידמן וכהן מבחינים בין שני סוגים של חוזים שהחיוב הקבוע בהם הוא להמשך התקשרות בין הצדדים: "האחד הוא התחייבות לכרות חוזה, שתנאיו, פחות או יותר, מוגדרים; השני הוא, כאשר תנאי החוזה שקיימת התחייבות לכורתו, עדיין אינם מוגדרים ומוסכמים" (שם, כרך א' 360-361). עוד נכתב כי "קיימים לא מעט מצבי ביניים בטווח שבין חוזה לכרות חוזה במובן הראשון שנדון לעיל, כגון חוזה אופציה, לבין חוזה לניהול משא ומתן" (שם, בעמ' 362). אם כן, כאשר מדובר בחוזים שמחייבים את הצדדים להתקשר בהסכם עוקב – קיים ספקטרום: בצדו האחד נמצא החוזה לכרות חוזה שבמסגרתו הצדדים כובלים עצמם בהסכמה באופן נוקשה להמשיך את ההתקשרות ביניהם; ואילו בצדו השני נמצא החוזה לניהול משא ומתן, חיוב רך יותר המשאיר לצדדים מרחב שיקול דעת באשר להמשך התקשרותם.

במישור העיוני, אם נשוב לרגע לשאלת תוקפו של החוזה הראשון מבין השניים (שבמסגרתו מתחייבים הצדדים לכרות חוזה נוסף), אזי כפי שמבהירים פרידמן וכהן, אם במסגרת החוזה הראשון הצדדים קבעו שהם עדיין יידרשו להגיע להסכמה עתידית לגבי

פרט עיקרי, אזי "ההנחה היא שלא נכרת חוזה, שכן היעדרו של הפרט העיקרי וחשיפתו של רצון להגיע להסכמה קונקרטית לגביו, מונעים שכלולו של חוזה". לעומת זאת, "אם הגיעו הצדדים להסכמה על הפרטים העיקריים, והם משאירים פרטים שוליים להסכמה מאוחרת בלי לקבוע כי הגעה להסכמה שכזו היא תנאי לתוקפו של ההסכם הראשון, מוחלת הנחה הפוכה שלפיה יש להכיר בתוקפו המחייב של ההסכם הראשון" (שם, עמ' 348-349). דברים אלו משקפים הלכה מושרשת שדנה במעמד המשפטי של הסכם מוקדם וזכרון דברים, שלפיה "במקום שהצדדים קבעו את עיקרי היסודות לעסקה שביניהם בזכרון הדברים עצמו, ניתן להניח כי כוונתם היתה להגיע לכדי קשר משפטי מחייב ואין להניח כי התכוונו רק לשלב ביניים במשא ומתן ביניהם" (דברי השופט א' ברק בע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 283, 287 (1979), המצוטטים גם בעניין בוטקובסקי בעמ' 65).

62. כפי שפורט, במקרה שלפנינו כל תנאיו של הסכם הפשרה (על שתי חלופותיו) נקבעו על ידי הצדדים מבעוד מועד עובר לכריתת הפרטיכל וצורפו אליו כנספח; הובהר במפורש במסגרת הפרטיכל כי הנוסח של הסכם הפשרה "סוכם ואושר באופן סופי על ידי הצדדים ועורכי דינם" (סעיפים 2, 4 לפרטיכל); הצדדים קבעו ברירת מחדל שהכתיבה לצדדים על איזה הסכם פשרה מבין השניים עליהם לחתום (ככל שהפטריארכיה לא תודיע אחרת); נקבעו לוחות זמנים מוגדרים לחתימה על הסכם הפשרה; והצדדים נמנעו מלקבוע כי הגעה להסכמה בנושא כלשהו היא תנאי לתוקפו של הפרטיכל.

בבואנו למקם את המקרה דנן לאורכו של הספקטרום שתחתיו מסתופפים סוגים שונים של חוזים לכריתת חוזים, ברור אפוא שאנו מצויים בקצהו הנוקשה ביותר – חוזה לכרות חוזה שתנאיו ידועים ומוסכמים מראש, ושמועד חתימתו נקבע מראש. החוזה הראשון (הפרטיכל) הוא אפוא חוזה תקף, שעומד בכל התנאים הנדרשים מכוח דיני החוזים לצורך היותו חוזה מחייב (ועמדנו בהרחבה על יתר תנאיו של הפרטיכל בפרק לעיל). על יסוד מסקנה זו, עלינו להידרש כעת לנפקויותיה: מהם החיובים שהפרטיכל הנביע ביחס לכריתת החוזה השני? האם החיובים קוימו או הופרו? האם היו התפתחויות מאוחרות שמנעו את קיומם? אל שאלות אלו נפנה כעת.

הפרת הפרטיכל

63. נשוב להיבט האופרטיבי של הפרטיכל. משנתמלאו התנאים ונתקבלו האישורים הנדרשים, ומשעה שהפטריארכיה לא הודיעה על רצונה לבחור בחלופה של טיוטה ב'

(ועל כך כאמור אין חולק), מהו החיוב שהוטל על הצדדים בעקבות כך? האם מילאו הצדדים אחר חיוב זה? לצורך מענה על שאלות אלו נעמיד לנגד עינינו את הוראותיהם של שלושה מסעיפי הפרטיכל (ההדגשות להלן הוספו).

ההוראה הראשונה מצויה בסעיף 3 סיפא לפרטיכל שהובא לעיל. הוראה זו קובעת כי לכשיתקבל האישור הנדרש, אזי –

”[...] בכפוף לאישור זה יחתם הסכם הפשרה (טיוטה א') באופן מלא ע"י הצדדים, בתוך 7 ימים מאישור הממשלה.”

ההוראה השנייה מצויה בסעיף 6.1 לפרטיכל, שזו לשונו:

”למען הסר ספק:
6.1. האמור בטיטות א' ו/או ב' לא יחייב את קרן הקיימת לישראל או את הפטריארכיה, אלא עם החתימה המלאה על איזה מהמסמכים הנ"ל כאמור בסעיף 3 או 4 לעיל (לפי העניין); וכל זכויות הצדדים זה כלפי זה וכן כלפי כל צד אחר שמורות במלואן.”

ההוראה השלישית מצויה בסעיף 8 לפרטיכל, שקבע כי –

”כל הצדדים מתחייבים לשתף פעולה ביניהם ולעשות כמיטב יכולתם על מנת להוציא אל הפועל את המוסכם בפרטיכל זה בהקדם האפשרי.”

64. צירופן של שלוש התניות החוזיות שלעיל יוצר מארג שיש להביט עליו כמכלול.

בבסיס המארג ניצבת ההוראה שמעוגנת בסעיף 3 סיפא. פשוטו של מקרא שתנייה זו, הנוקטת לשון "ייחתם", מבטאת הוראה אופרטיבית מנדטורית שהטילה על הצדדים חובה לחתום על הסכם הפשרה בתוך פרק הזמן שנקבע. במילים אחרות, הצדדים התחייבו האחד כלפי השני כי לאחר קבלת האישורים הנדרשים הם יחתמו על הסכם הפשרה בתוך 7 ימים מאישור הממשלה (או במועד אחר שיוסכם עליו). זאת, לכאורה, מבלי להותיר בידיהם שיקול דעת אם לעשות כן או לאו.

בקומה השניה מצויה ההוראה שמעוגנת בסעיף 6.1 לפרטיכל. הוראה זו מבהירה כי הסכם הפשרה לא יחייב את הצדדים אלא עם חתימתו. הפטריארכיה משליכה יהבה על הוראה זו וטוענת כי לא ניתן לחייבה בדבר כל עוד לא חתמה על הסכם הפשרה.

בקומה השלישית ניצבת ההוראה שנקבעה בסעיף 8 לפרטיכל. הוראה זו פורשת אברותיה על כלל הוראותיו של הפרטיכל, והיא משקפת חיוב השתדלות של הצדדים לשתף פעולה זה עם זה ולהוציא לפועל את ההסכמות שעוגנו בפרטיכל בהקדם האפשרי.

65. עיון בשלוש הוראות אלו, על רקע כלל הוראות הפרטיכל, מובילה למסקנה כי אין בהוראת סעיף 6.1 לפרטיכל כדי לגרוע מחובתם של הצדדים לחתום על הסכם הפשרה בהתאם לחיוב שנטלו על עצמם בסעיף 3 סיפא לפרטיכל. אמנם, בקריאה ראשונה עשוי להתעורר קושי לכאורי ליישב בין הוראות שני הסעיפים, שהרי משעה שהצדדים כבלו עצמם בחובה לחתום על הסכם הפשרה, שתנאיו סוכמו מראש, בתוך פרק זמן מסוים (סעיף 3 סיפא), מדוע מצאו לנכון להוסיף כי הסכם הפשרה נעדר כל תוקף מחייב כל עוד לא נחתם (סעיף 6.1)? בחינה זהירה של הדברים מתירה את הספקות בעניין זה.

66. ראשית, חשוב לחזור ולהבהיר כי דרישת החתימה שנקבעה בסעיף 6.1 לפרטיכל עוסקת אך ורק בכוחו המחייב של הסכם הפשרה. אין בה מאומה לגבי תוקפו של הפרטיכל שעומד בפני עצמו כחוזה מחייב, ועמדנו על הדברים בהרחבה לעיל. מכאן, שהחיוב שהצדדים נטלו על עצמם במסגרת הפרטיכל, שלפיו בהתמלא התנאים הנדרשים הם יחתמו על הסכם הפשרה (בהתאם לחלופה שתבחר הפטריארכיה), הוא חיוב שעומד בפני עצמו.

במילים אחרות, אין בעובדה שנדרשה חתימה לצורך שכלול הסכם הפשרה לכדי חוזה מחייב, כדי לגרוע מחובתם של הצדדים לחתום על הסכם הפשרה. למעשה, זהו מצב הדברים בסוגים רבים של חוזים. דבר שבשגרה שצד לחוזה מתחייב לחתום על מסמך כלשהו שהוא חיצוני לחוזה, בשעה שחתימה עתידית זו דרושה לצורך הקניית תוקף מחייב למסמך החיצוני. דוגמה נפוצה לכך היא כאשר צד מתחייב במסגרת החוזה לחתום על ייפוי כוח או על כתב ויתור. במקרים מעין אלו, ברי כי אי החתימה על המסמך החיצוני אינה גורעת מהחיוב החוזי הראשוני לחתום עליו, ואף אין חולק כי בהתמלא התנאים החוזיים המוסכמים על הצדדים, החיוב לחתום על המסמך החיצוני הוא חיוב חוזי אכיף. העדר החתימה על הסכם הפשרה אינה גורעת אפוא מתוקפו של החיוב שנטלו על עצמם

הצדדים לחתום על הסכם הפשרה, בהתאם לחלופה שבה תבחר הפטריארכיה על פי הוראות הפרטיכל.

67. זאת ועוד. הניסיון להיתלות בדרישת החתימה על הסכם הפשרה כדי לשלול את תוקף החיוב שנטלו על עצמם הצדדים להתקשר בהסכם פשרה – לא זו בלבד שאינו מתיישב עם מכלול הוראותיו של הפרטיכל, אלא שהוא לא מתיישב עם תכליתו ואף לא עם התנהלותם של הצדדים עצמם.

נזכיר, כי לאורכו של הפרטיכל נשזרו מספר הוראות, לרבות התחייבות של הצדדים להסדיר את המחלוקות ביניהם על פי הקבוע בהסכם הפשרה (סעיף 2); הוראה שלפיה בהתמלא התנאים הנדרשים, הסכם הפשרה ייחתם במועד שנקבע (סעיף 3); הבהרה כי נוסח הסכם הפשרה הוא סופי ואושר על ידי הצדדים ועורכי דינם (סעיף 4); אישורו של הפטריארך את האמור בפרטיכל; ואישורו של הפטריארך כי יפעל בהתאם לאמור בפרטיכל ובנספחיו, לאחר שאלו תורגמו לו והוסברו לו על ידי באי כוח הפטריארכיה (סעיף 9). תניות חוזיות אלה הן תניות מפורשות וברורות, והתקשיתי לקבל את התזה שלפיה יש בכוחה של דרישת החתימה על הסכם הפשרה, לבדה, כדי לרוקן הוראות אלו מתוכן.

לכך מתווספות העדויות של עו"ד וינרוט ועו"ד אלחנני, שכזכור נמצאו מהימנות על ידי בית משפט קמא. כפי שפורט, אלה הבהירו כי במועד הישיבה שבה הוקרא הפרטיכל, נוסח ההסכם הסופי היה מוסכם על הצדדים, ותכלית הפרטיכל והקראתו היתה לגבש הסכמה בין הצדדים ולתת לה ביטוי חיצוני מבלי שהפטריארך יפגע בעקרון של המינוי שלו, וזאת בהינתן הצורך שלו לקבל את כתב ההכרה מממשלת ישראל (פסקה 141 לפסק דינו). הדברים מלמדים שדרישת החתימה על הסכם הפשרה שמופיעה בסעיף 6.1 לפרטיכל לא נועדה לשלול מהפרטיכל את מעמדו ותוקפו המחייב, וכי הסיבה שבגינה נדחה אקט החתימה הסופי על הסכם הפשרה היתה שבאותו מועד טרם נתקבל כתב ההכרה (למצער כך הוצגו הדברים על ידי הפטריארכיה). על כך יש להוסיף כי מעדויותיהם של עו"ד וינרוט ועו"ד אלחנני עולה בבירור שהפטריארכיה בעצמה, בתקופה שלאחר ישיבת הקראת הפרטיכל, ראתה את עצמה מחויבת לפרטיכל ולהסכם הפשרה, ועמדנו על הדברים (ראו בפסקה 44 לעיל). הדברים כאמור מחזקים עד מאוד את המסקנה כי דרישת החתימה על הסכם הפשרה בסעיף 6.1 לפרטיכל לא נועדה לאיין את מחויבותם של הצדדים לחתום על הסכם הפשרה.

68. אם נותר בלבו של הקורא ספק אם אמנם התחייבו הצדדים לחתום על הסכם הפשרה, או שמא, כל עוד לא נחתם הסכם הפשרה, נותר בידם כוח הבחירה להימנע מכך ונשמרה להם הזכות לפעול איש איש כרצונו, בא סעיף 8 לפרטיכל ומכריע את הכף.

הוראת סעיף 8 משקפת חיוב השתדלות של הצדדים לשתף פעולה זה עם זה ולהוציא לפועל את ההסכמות שעוגנו בפרטיכל בהקדם האפשרי. לנוכח לשונו הגורפת של סעיף 8 ומיקומו הגיאומטרי, בחלקו האחרון של הפרטיכל בסמוך לאחר התנאים והחייבים שנקבעו בו, מובן כי מדובר בחיוב השתדלות שחולש על כלל סעיפי הפרטיכל ועל כלל החייבים שהוטלו מכוחו על הצדדים.

ההבחנה בין חיוב השתדלות לחיוב להשיג תוצאה היא בעלת נפקות משמעותית. ככלל, חיוב להשיג תוצאה מטיל על צד לחוזה "אחריות מוחלטת" למלא אחר החיוב שהוטל עליו, כאשר אי מילוי יעלה כדי הפרת חוזה. לעומת זאת, סיווג חיוב חוזי כחיוב השתדלות מחייב לבחון אם הצד לחוזה פעל באופן סביר לקיום החיוב, והנטל להוכיח כי לא עשה כן מוטל על הצד שכנגד (ראו פסק דיני בת.א. (מחוזי חי') 722/04 סנפיר השקעות בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 50 וההפניות שם (21.2.2013); ע"א 3865/19 אליאטיאן נ' שבו, פסקה 31 והאסמכתאות שם (11.9.2022) (להלן: עניין אליאטיאן); ע"א 1546/16 ביטאן נ' מדינת ישראל רשות הפיתוח וקק"ל, פסקאות 39-40 והאסמכתאות שם (16.9.2020) (להלן: עניין ביטאן)). לנוכח טיבם השונה של שני סוגי החייבים, מובן כי חיוב השתדלות הוא "רך" יותר לעומת חיוב להשיג תוצאה. כך לדוגמה, לא דומה התחייבות של צד לחוזה להשיג אישור של גורמי התכנון (חיוב להשיג תוצאה), להתחייבות לפעול ככל הניתן לקבלת האישור (חיוב השתדלות).

69. בבואנו לעמוד על טיבו של חיוב השתדלות, עלינו לתת את הדעת על מושא ההשתדלות ועל היחס שבין חיוב ההשתדלות לבין יתר חיובי החוזה. במקרה שלפנינו, חיוב ההשתדלות לא תחם עצמו לחיוב נקודתי צר (כגון קבלת אישור ספציפי מגורם חיצוני), אלא נסב על שיתוף הפעולה שבין הצדדים לבין עצמם ועל כלל חיובי הפרטיכל. ניכר מהדברים שהצדדים, שהיו מיוצגים היטב, לא הסתפקו בחייבים הקונקרטיים שהוטלו עליהם במפורש בפרטיכל, ואף לא הסתפקו בחובת תום הלב החלה עליהם מכוח הוראות חוק החוזים, אלא ביקשו לקשור עצמם, בנוסף לכך, בחיוב השתדלות גורף המחייב אותם לשתף פעולה זה עם זה ולהוציא לפועל את ההסכם בהקדם האפשרי. מובן אפוא כי חיוב ההשתדלות במקרה שלפנינו לא נועד להחליש או "לרכך" את מחויבות הצדדים ואת החייבים הקונקרטיים שהוטלו עליהם מכוח הפרטיכל, אלא לחזק ולבצר

אותם. באספקלריה זו, קשה להלום את הטענה כי דרישת החתימה בסעיף 6.1 לפרטיכל בכוחה לשמש "פתח מילוט" עבור הפטריארכיה ולאפשר לה להתחמק מחובתה לחתום על הסכם הפשרה. פרשנות שכזו עומדת בסתירה לחיוב הקונקרטי שהוטל על הפטריארכיה לחתום על הסכם הפשרה (סעיף 3 סיפא לפרטיכל) והיא מנוגדת לחובת ההשתדלות של הפטריארכיה לשתף פעולה ולהוציא לפועל את ההסכם בהקדם האפשרי (סעיף 8 לפרטיכל). במילים אחרות: ברי כי היתלות בסעיף 6.1 לפרטיכל במטרה לחמוק מהחיוב החוזי לחתום על הסכם הפשרה, אינה משקפת מאמץ סביר להשגת התוצאה שלה מיחל הצד השני (שלו ואדר, עמ' 118-119); אינה ממלאת אחר החובה לנהוג במיומנות ולנקוט את כל האמצעים הסבירים להשגתה של המטרה החוזית המוסכמת (עניין ביטאן, שם); ואינה ממלאת אחר החובה לפעול בשקידה ובזהירות הראויות למען השגת המטרה (עניין אליאטיאן, שם).

70. המסקנה העולה מהאמור לעיל היא כי יש לדחות את ניסיונה של הפטריארכיה להיתלות בהוראת סעיף 6.1 לפרטיכל כדי לחמוק מחובתה לחתום על הסכם הפשרה. כפי שפורט, ניסיון זה אינו מתיישב עם מכלול הוראותיו של הפרטיכל, עם נסיבות כריתתו ועם התנהגות הצדדים. לפיכך, משעה שנתמלאו התנאים ונתקבלו האישורים הנדרשים שנקבעו בפרטיכל, החיוב שהוטל על הצדדים לחתום על הסכם הפשרה עמד בעינו. חיוב ההשתדלות של הצדדים לשתף פעולה זה עם זה ולהוציא לפועל את ההסכם בהקדם האפשרי – עמד אף הוא בעינו. בחיובים אלה לא עמדה הפטריארכיה, מחדל העולה כדי הפרה של הפרטיכל.

אי הסכמות לאחר כריתת הפרטיכל

71. הפטריארכיה טענה כי מגעים בין הצדדים שנערכו לאחר כריתת הפרטיכל הולידו מחלוקות בין הצדדים בסוגיות נקודתיות, שבעטיין רשאת היתת הפטריארכיה לפרוש מהמשא ומתן. יוער, כי אופן העמדת טיעון זה על ידי הפטריארכיה נובע מטענתה שהפרטיכל לא היה בגדר חוזה מחייב כך שגם לאחר הקראתו נותרו הצדדים בשלב המשא ומתן לכריתת חוזה (תפישה שבית המשפט המחוזי היה שותף לה, למצער לחלופין). בהמשך לקו טיעון זה, הפטריארכיה טענה כי לנוכח אי ההסכמות שהתעוררו, אין לומר כי פרישתה מהמשא ומתן נעשתה בחוסר תום לב, ולפיכך אין לחייבה בפיצוי קיום.

72. כפי שפורט לעיל, מסקנתי בעניין תוקפו של הפרטיכל שונה, ויש לראות את הפרטיכל כחוזה בר תוקף העונה על כל דרישותיו של חוק החוזים. מסקנה זו מייתרת

לכאורה את הצורך להידרש לטענת הפטריארכיה בדבר מחלוקות שנתגלעו בין הצדדים לאחר מכן, שהרי אין במחלוקות אלו כדי לגרוע מתוקפו המחייב של הפרטיכל:

”יש להבהיר: בהנחה שההסכם הראשוני תקף, העובדה כשלעצמה שמתגלעת מחלוקת בין הצדדים לאחר עריכתו, אינה מעלה או מורידה; כשם שקיומו של סכסוך לאחר כריתתו של חוזה ‘רגיל’ (להבדיל מהסכם ראשוני או זכרון דברים), אינו משפיע על תוקפו המחייב של החוזה” (פרידמן וכהן כרך א עמ’ 349).

במילים אחרות, גם אם במורד הדרך, לאחר כריתת הפרטיכל, הצדדים מצאו עצמם חלוקים בנקודה זו או אחרת, אזי בהעדר הסכמה של הצדדים לבטל את הפרטיכל או להתלותו או להכניס בו תנאים מתלים חדשים שטרם נתמלאו, אין בכך כדי לגרוע מחובתה של הפטריארכיה למלא אחר החיובים שהוטלו עליה מכוחו, ובכללם חובתה לחתום על הסכם הפשרה (ראו והשוו לעניין בוטקובסקי, שם הובהר כי משעה שנכרת חוזה, שוב לא היה רשאי צד לחוזה לסגת מן ההתחייבות שנטל עצמו באמצעות העלאת דרישה חדשה שלא היתה לה אחיזה בהסכם (באותו מקרה מדובר היה בהצגת דרישה למתן ערבות) (שם בעמ’ 72-73)). משכך, יכולנו לכאורה לסיים את דיוננו בשאלת הפרת הפרטיכל בנקודה זו. אף על פי כן, למען שלמות הדברים (ומאחר שהדברים הם בחלקם בעלי זיקה להמשך דיוננו), נתייחס בקצרה לטענתה האמורה של הפטריארכיה.

73. אין חולק כי הנוסח האחרון של הסכם הפשרה מיום 15.4.2008 כלל אי-אלו עדכונים ושינויים לעומת הנוסח המקורי שצורף לפרטיכל מיום 12.3.2007 (ראו תכתובות דוא”ל בין עו”ד יואלי מטעם קק”ל והימנותא לעו”ד זועבי מטעם הפטריארכיה – נספחים 34-43 לערעור הפטריארכיה). לצורך דיוננו ראוי להזכיר שתי תוספות שהוכנסו להסכם הפשרה בנוסחו האחרון.

תוספת אחת עסקה במימון התשלום בסך 13 מיליון דולר שבו תשא הפטריארכיה, והיא מופיעה בסעיף 3 סיפא להסכם הפשרה (לטובת הקורא יובהר כי אין קשר בין סעיף 3 סיפא להסכם הפשרה לסעיף 3 סיפא לפרטיכל שאליו התייחסנו בהרחבה לעיל). סעיף זה קבע כדלקמן:

”מבלי לגרוע מתוקף התחייבותה לעיל [לשלם להימנותא 13 מיליון דולר – י”ע], מצהירה הפטריארכיה וקק”ל מודעת ומסכימה לכך שהפטריארכיה מממנת את תשלום

הסכום דלעיל ע"י צד ג', שהינו גורם פרטי שאינו קשור באורח כלשהו לפרשת הקרקעות".

תוספת שניה קבעה פיצוי מוסכם במקרה שבו הפטריארכיה תאחר בביצוע התשלום, והיא מופיעה בסעיף 11 להסכם הפרשה שזו לשונו:

"מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 10 לעיל [שהעניק לכל צד זכות לסעדים מכוח חוק התרופות – י"ע], מוסכם בזאת כי כל איחור בביצוע התשלום האמור בסעיף 3 לעיל ישא ריבית (דולרית) שנתית בשיעור 8% וזאת מבלי לגרוע מזכותה של קק"ל לכל סעד אחר או נוסף".

שתי תוספות אלו לא הופיעו בנוסח המקורי של הסכם הפרשה שצורף לפרטיכל, ושתייהן עומדות ביסוד טענות שהעלו הצדדים בערעורים שלפנינו. הסוגיה של מימון התשלום על ידי צד שלישי עומדת במוקד טענת הפטריארכיה לגבי המחלוקת שנתגלעה בין הצדדים לאחר הקראת הפרטיכל, מחלוקת שלשיטת הפטריארכיה הצדיקה את אי חתימתה על הסכם הפרשה. לעומת זאת, הסוגיה של הפיצוי המוסכם עומדת במוקד ערעורה של הימנותא, המלינה על כך שבית המשפט המחוזי לא פסק לטובתה פיצוי זה בנוסף לחיוב הפטריארכיה בתשלום בסך 13 מיליון דולר. נדון תחילה בסוגיית המימון על ידי צד שלישי, ואל סוגיית הפיצוי המוסכם נידרש בהמשך דברינו במסגרת התייחסותנו לערעורה של הימנותא.

[במאמר מוסגר: בין הנוסח המקורי של הסכם הפרשה לנוסח האחרון שלו ישנם עוד מספר הבדלים. חלק מהשינויים הם עדכונים שקשורים להתפתחויות שאירעו בהליך הפלילי. כמו כן, עודכן מועד ביצוע התשלום בסך 13 מיליון דולר על ידי הפטריארכיה. נקבע כי תשלום זה יבוצע 45 יום ממועד החתימה על הסכם הפרשה, וזאת חלף 7 ימים ממועד מתן כתב ההכרה כפי שנקבע בנוסח המקורי, מועד שהפך בלתי רלוונטי שכן כתב ההכרה כבר ניתן ביום 24.12.2007. שינוי נוסף קבע שהסכם הפרשה יבוא במקום כל סיכום קודם שנעשה בין הצדדים קודם למועד חתימתו של הסכם הפרשה. הבדלים אלו ואחרים לא נזכרו בפסק דינו של בית משפט קמא והצדדים לא טענו לגביהם בערעור שלפנינו, ולא הזכרנום אלא למען שלמות התמונה].

74. הפטריארכיה טוענת בסיכומיה בערעור כי בתקופה שלאחר ישיבת הקראת הפרטיכל, בעקבות משא ומתן שהתקיים בין הצדדים בשנת 2008, "נערכו בטיטת ההסכם שינויים מהותיים", ומפנה לעניין זה לפסק דינו של בית משפט קמא (בפסקה

141). בנוסף לכך, הפטריארכיה מבהירה כי אמנם ניהלה משא ומתן במקביל למכירת הזכויות במקרקעין לצד שלישי (קבוצת סופר), אולם לדבריה משא ומתן זה לא צלח, ולטענתה גם המשא ומתן שנוהל מול הימנותא בתקופה שלאחר הקראת הפרטיכל לא הבשיל לחתימה על הסכם הפשרה.

75. ראשית יש לומר כי בשונה מאופן הצגת הדברים על ידי הפטריארכיה, בית משפט קמא לא קבע כי נערכו "שינויים מהותיים" בהסכם הפשרה. נהפוך הוא. בית משפט קמא קבע כי במועד הקראת הפרטיכל "הסכם הפשרה נוסח באופן סופי ומוסכם על כל נספחיו", תוך שהוא מוסיף, "במאמר מוסגר", כי "אכן הוכנסו תיקונים נוספים בהמשך הזמן, אולם, טמון היגיון מסוים בהכנסת שינויים קלים ומוותאמים בחלוף זמן משמעותי ואין זה חזון נפרץ [כך במקור – י"ע] במשא-ומתן מתמשך, בייחוד נוכח מהותו ותכליתו להסדיר מערכת יחסים עסקית, כשמעורבים שיקולים ואינטרסים פוליטיים שונים" (פסקה 141 לפסק דינו, ההדגשה הוספה – י"ע). הנה כי כן, לא "שינויים מהותיים" נערכו בנוסחו של הסכם הפשרה, אלא "שינויים קלים ומוותאמים" לנוכח חלוף הזמן.

76. הפטריארכיה סבורה שבית משפט קמא שגה כשקבע כי פרישתה מהמשא ומתן מול קק"ל נעשתה בחוסר תום לב, לאחר שבית המשפט שוכנע כי מימון התשלום על ידי צד שלישי לא הועמד כתנאי להתקשרות בהסכם הפשרה. וזוהי טענתה כלשונה (ההדגשות להלן כולן במקור):

"מדובר בטעות, המערבבת בין הסכם שנחתם לבין טיוטת הסכם שלא נחתמה. אילו היה נחתם הסכם ולאחר החתימה הפטריארכיה הייתה טוענת כי קבלת מימון מצד ג' מהווה תנאי לתשלום, היה מקום לבדוק האם מדובר בתנאי בהסכם לחיוב. אולם בענייננו אין חולק שלא נחתם הסכם. ממילא, אף אילו בטיוטת ההסכם כלל לא היה סעיף המתייחס למימון העסקה, רשאי צד לפרוש ממו"מ ולהימנע מחתימה בנימוק שהגורם המממן נסוג מהמימון, ובלבד שהדבר אינו 'סיפור שקרי' לגופו" (סעיף 10 לסיכומי הפטריארכיה בערעור).

על רקע מסקנתנו לעיל בדבר היותו של הפרטיכל הסכם מחייב, הרי שטענה זו של הפטריארכיה היא הנותנת שאין בסוגיית המימון על ידי צד ג' כדי לחלצה מחובתה לעמוד בתנאי הפרטיכל. במילים אחרות, בהינתן המסקנה כי הפרטיכל הוא חוזה בר תוקף, הרי שאף לשיטת הפטריארכיה, הנפקות של סוגיית המימון על ידי צד ג' היא רק במצב שבו סוגיה זו הוצבה כתנאי להתקשרות בהסכם. ברם, כפי שקבע בבירור בית

המשפט המחוזי, הסכם הפשרה לא הוכפף לסוגיית המימון וזו לא היתה תנאי להתקשרות בהסכם הפשרה. נהפוך הוא. כך עולה מפורשות מהנוסח האחרון של הסכם הפשרה, שבו נקבע בסעיף 3 סיפא (שהובא לעיל) כי הצהרת הפטריארכיה והסכמת קק"ל בדבר מימון התשלום על ידי צד שלישי הן "מבלי לגרוע מתוקף התחייבותה" של הפטריארכיה לשלם לקק"ל 13 מיליון דולר. דברים אלו הוסברו על ידי עו"ד אלחנני, שמסר בתצהירו כי עו"ד מוגרבי ביקש להוסיף את נושא המימון על ידי צד שלישי עבור צרכים פנימיים של הפטריארכיה והדגיש כי אין בכך כדי לשנות את התחייבויות הצדדים זה כלפי זה (סעיף 2 לתצהירו). דברים דומים מסר עו"ד אלחנני בעדותו בבית משפט קמא, כשציין כי לא היתה לו התנגדות לבקשת הפטריארכיה להוסיף את ההוראה האמורה להסכם הפשרה, ובלבד שייכתב כי אין בכך כדי לגרוע מהתחייבותה לשלם. ואכן, כדברי עו"ד אלחנני, הדברים נכתבו "בעברית פשוטה שאינה ניתנת לשום פרשנות אחרת" (פרוטוקול מיום 14.12.2017 עמ' 144; וכן פרוטוקול מיום 31.10.2017, עמ' 62-63). דברים אלו עולים בקנה אחד גם עם דבריו של עו"ד וינרוט, שהצהיר כי באי כוח הפטריארכיה הבהירו שההתחייבות לשלם לקק"ל אינה תלויה בקבלת מימון כלשהו ואינה מותנית בו, וכי כך גם נוסח הסעיף (סעיף 37(ב) לתצהירו).

לפיכך, משעה שלא הוסכם בין הצדדים כי קבלת מימון על ידי צד שלישי היא תנאי לקיומה של העסקה, ממילא אין ליצור תנאי שכזה יש מאין (ראו ע"א 409/78 גולן נ' פרקש, פ"ד לד(1) 813 (1979), שם נקבע לגבי עסקת מקרקעין כי משעה שלא נקבע בחוזה שתשלום התמורה כפוף לנטילת הלוואה מגובת משכנתה מהבנק, אזי אין הקונה יכול להיתלות באי קבלת הלוואה מהבנק לצורך הימנעות מתשלום התמורה במועד, ויש לראותו כמפר חוזה).

על כך יש להוסיף כי בסופו של יום, לאחר שהמשא ומתן של הפטריארכיה עם הצד השלישי (קבוצת סופר) לא צלח, עלה בידי הפטריארכיה למכור את הזכויות במקרקעין לצד שלישי חלופי תמורת סכום נכבד. במצב זה, אם לשיטת הפטריארכיה סוגיית המימון על ידי צד שלישי היא שהכשילה את המגעים בינה לבין הימנותא, ניתן לתהות מדוע הפטריארכיה לא ראתה לנכון לפעול לקיום ההסכם לאחר שעלה בידיה להתקשר עם צד שלישי, משעה שסוגיית המימון באה לכאורה על פתרונה.

77. הפטריארכיה מבקשת להיאחז בדברי עו"ד אלחנני, שהעיד כי אילו הפטריארכיה היתה חושפת בזמן אמת כי בכוונתה להעביר את הזכויות בקרקע לצד שלישי אזי הימנותא היתה מתנגדת לעסקה. אלא שגם בכך אין כדי לסייע לפטריארכיה בערעורה.

עו"ד אלחנני, כבא כוחה של הימנותא, אכן העיד כי הם לא היו רוצים לעשות עסקה "שתכרה להם בור" בהמשך הדרך, במובן זה שהעסקה תעניק לצד השלישי שירכוש את הקרקע "היתר לסחוט" אותם לכשתקופת החכירה המקורית תגיע בעתיד לסיומה, בסביבות שנת 2050 (פרוטוקול מיום 14.12.2017, עמ' 146). לעומתו, דובדבני, שכזכור היה יו"ר עמית של קק"ל בתקופה הרלוונטית, היה נחרץ פחות והעיד כי אינו יודע להגיד מה היו עושים ומה היו אומרים או לא אומרים אילו ידעו על כוונת הפטריארכיה להקנות את הזכויות במקרקעין לצד שלישי (פרוטוקול מיום 4.3.2019, עמ' 126). מכל מקום, השאלה ההיפותטית כיצד היו קק"ל והימנותא נוהגות אילו ידעו שבכוונת הפטריארכיה למכור את הזכויות לצד שלישי – אינה גורעת מאומה מחובתה של הפטריארכיה למלא אחר חוביה מכוח הפרטיכל, שכאמור עמד כחוצה מחייב בפני עצמו, ומזכותן של קק"ל והימנותא לתבוע ממנה לעשות כן (ולמותר לציין כי לא היתה בפרטיכל התייחסות כלשהי לסוגיה של מימון על ידי צד שלישי, ולבטח לא לנושא של מכירת הזכויות בקרקע מהפטריארכיה לצד שלישי, נושא שקק"ל טענה כי גילתה על אודותיו רק בחלוף עשור בשלב העיון במסמכים).

78. נקודת מחלוקת נוספת שכרוכה בסוגיית מימון התשלום על ידי צד שלישי, נוגעת ל"מכתב הנוחות" שצורף כנספח להסכם הפשרה בנוסחו האחרון. בתמצית, לאחר כריתת הפרטיכל, בעקבות רצונה של הפטריארכיה לממן את התשלום באמצעות צד שלישי, קק"ל ביקשה לוודא שהגורם המממן אינו גורם עוין לישראל. לצורך כך הוחלפה טיוטה בין הצדדים, ובנוסח שצורף להסכם הפשרה בנוסחו האחרון הופיעה הצהרה של הפטריארכ, שבה הוא מאשר שהצד השלישי הוא "אדם פרטי, יהודי, שאינו עוין את מטרות הקרן הקיימת לישראל". בית המשפט המחוזי דחה את ניסיונה של הפטריארכיה להיתלות בשאלה אם נוסח זה של מכתב הנוחות הוסכם על הצדדים, אם לאו, כדי להצדיק את אי חתימתה על הסכם הפשרה, ובדין עשה כן. כפי שנקבע, כל הנושא של כתב הנוחות התעורר בעקבות רצונה של הפטריארכיה לממן את התשלום באמצעות עסקה עם צד שלישי. משעה שנקבע כי נושא המימון לא הועמד כתנאי להתקשרות בהסכם הפשרה, ממילא אין לראות את כתב הנוחות כתנאי שהפקיע למפרע את תוקפו המחייב של הפרטיכל.

79. לסיכום נקודה זו, המחלוקת-כביכול שנתגלע בין הצדדים לאחר כריתת הפרטיכל, אין בהן כדי להפקיע למפרע את תוקפו, והחיוב של הפטריארכיה לחתום על הסכם הפשרה – בעינו עמד. בחירתה של הפטריארכיה להימנע מכך מהווה מחדל המנוגד

לחוזה, וככזו עולה כדי הפרת חוזה (סעיף 1 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970).

הסעד

80. כזכור, בית המשפט המחוזי סבר כי הפרטיכל עצמו לא היה בגדר חוזה מחייב. לשיטת בית משפט קמא, סירובה של הפטריארכיה לחתום על הסכם הפשרה עלתה כדי הפרה של חובת תום הלב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, שהצדיקה בנסיבות דנן לפסוק פיצויי קיום לטובת הנפגע:

"בנסיבות אלה, על-רקע המשא ומתן הממושך במטרה להגיע פשרה בקשר לפרשת הקרקעות, בהינתן מצגי הפטריארכיה בדבר התחייבותה בפרטיכל, וקיומם של כל התנאים לחתימתו של הסכם הפשרה, וניסוחו הסופי, ללא אמתלה מבוררת ומוצדקת להימנע מחתימת הסכם הפשרה, וללא ששוכנעתי כי יש באכיפתו כדי פגיעה בתקנת הציבור או בדבר פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים, אשר כאמור כולם מיוצגים על-ידי טובי עורכי-הדין בישראל ופועלים ומונעים מאינטרסים מסחריים-כלכליים ופוליטיים כאחד- כל אלו, מוליכים אותי למסקנה כי התקיימו התנאים החריגים שנקבעו לעניין פסיקת פיצויי קיום, בשל מידת האשמה הנטושה בהתנהגות הפטריארכיה וזעקת ההגינות העולה מנסיבות המקרה (ראה והשווה: ע"א 8234/09 שם טוב נ' כדורי פרץ (21.3.2011))" (פסקה 170 לפסק הדין, ההדגשה במקור).

על יסוד מסקנה זו, בית המשפט המחוזי קבע כי על הפטריארכיה לפצות את הימנותא בפיצוי כספי בסך 13 מיליון דולר, בהתאם לחלופה שנקבעה בהסכם הפשרה (טיוטה א'), לפי שער החליפין ביום מתן פסק הדין. נקבע כי יש לבצע תשלום זה בתוך 60 יום ממועד מתן פסק הדין, בתוספת ריבית והצמדה החל ממועד זה ועד ליום התשלום בפועל. לצד האמור, בית המשפט המחוזי דחה את טענת הימנותא כי יש לחייב את הפטריארכיה בפיצוי המוסכם שנקבע בסעיף 11 להסכם הפשרה, בדמות תוספת של ריבית דולרית בשיעור של 8% לשנה על כל עיכוב בתשלום, וזאת בהעדר יחס סביר לנזק ובהתחשב במכלול נסיבות העניין. כמו כן, בית המשפט קבע כי אין לנכות מסכום הפיצוי תשלומים שקיבלה הימנותא מנתבעים אחרים.

81. כפי שפורט בהרחבה לעיל, מסקנתי שונה מזו של בית משפט קמא, ולטעמי יש לראות את הפרטיכל כחוזה בר תוקף העומד בפני עצמו. קביעה זו משליכה, מטבע

הדברים, על הסעד שיש לפסוק לטובת הימנותא. זאת, שכן משעה שיש לפנינו חוזה תקף שהוא בר אכיפה, אנו יכולים "להסתפק" בתרופת האכיפה, ואיננו נדרשים לפנות לנתיב של פסיקת פיצויי קיום בשל הפרת חובת תום הלב בשלב המשא ומתן מכוח סעיף 12 לחוק החוזים והלכת קל בנין, נתיב השמור למקרים חריגים ולמצבים יוצאי דופן שיש לצעוד בו בזהירות רבה (ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002); כן ראו ע"א 8144/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, פ"ד נז(1) 158 (2002); רע"א 235/12 אירוס הגלבוע בע"מ נ' עומר הנדסה בע"מ, פסקה 9 והאסמכתאות שם (27.2.2012); פרידמן וכהן כרך א עמ' 753; שלו וצמח בעמ' 140-136, וראו הביקורת על ההלכה המאפשרת פסיקת פיצויי ציפיה מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, שם בעמ' 140-143).

82. בנסיבות המקרה שלפנינו, המשמעות של תרופת האכיפה היא לאכוף על הצדדים את הוראות הפרטיכל, קרי לחייבם לחתום על הסכם הפשרה (טיוטה א') כפי שהתחייבו לעשות במסגרת הפרטיכל. כמו פיצויי הקיום שפסק בית משפט קמא, גם תרופת האכיפה נועדה לשרת את אינטרס הקיום של החוזה, ומשעה שהחתימה על הסכם הפשרה הטילה חיוב כספי על הפטריארכיה, המשמעות האופרטיבית של שתי התרופות חופפת במידה רבה בנסיבות דנן: על הפטריארכיה לשלם להימנותא את התמורה החוזית בסך 13 מיליון דולר, וזאת כנגד הוויתור וההסכמה של קק"ל והימנותא כמפורט בהסכם.

83. בכך לא תם דיוננו, ועלינו להידרש לשתי סוגיות נוספות שמצויות גם הן במישור הסעד. הסוגיה האחת היא רכיב הפיצוי המוסכם שתבעה הימנותא ופסיקת ריבית, סוגיה שעליה נסב ערעורה של הימנותא; הסוגיה השניה היא טענת הפטריארכיה כי יש לנכות מסכום הפיצוי סכומים שעלה בידי הימנותא לגבות מאת נתבעים אחרים. נדון בשתי הסוגיות כסדרן.

פיצוי מוסכם ופסיקת ריבית

84. סעיף הפיצוי המוסכם (שהובא כלשונו בפסקה 73 לעיל) הוכנס לנוסח של הסכם הפשרה לאחר כריתת הפרטיכל, במסגרת המגעים שהתקיימו בין הצדדים לקראת חתימה על הסכם הפשרה. סעיף זה קבע כי "כל איחור בביצוע התשלום בסך 13 מיליון דולר ישא ריבית דולרית שנתית בשיעור 8%, וזאת מבלי לגרוע מזכותה של קק"ל לכל סעד אחר או נוסף". בית משפט קמא נמנע מלפסוק לטובת הימנותא את רכיב הפיצוי המוסכם, אף לא באופן חלקי. על כך נסב עיקר ערעורה של הימנותא, הסבורה כי היא זכאית לריבית זו

החל מהמועד שבו היה על הפטריארכיה לשלם לה את הסכום האמור, קרי משנת 2008. יצויין כי בקשה לתיקון טעות סופר שהגישה הימנותא לבית משפט קמא בעניין פסיקת הריבית נדחתה (החלטה מיום 4.1.2022).

85. סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) מקנה לבית המשפט סמכות להפחית שיעורו של פיצוי מוסכם, "אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של הפרה". בעניין זה נזדמן לי להביע עמדתי כי בית המשפט אינו מוסמך להפחית את הפיצויים המוסכמים עד לאפס (יצחק עמית "פיצוי מוסכם – סוגיות והיבטים" 99 גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 621, 634 (2021) (להלן: עמית)). על רקע זה, יש לכאורה טעם בטענת הימנותא כי היה מקום לפסוק לטובתה את הפיצוי המוסכם שנקבע בנוסח האחרון של הסכם הפרשה, קרי ריבית דולרית שנתית בשיעור של 8%, למצער בשיעור מופחת, ולבטח לא להתעלם ממנו כליל.

86. דין הטענה להידחות. תנאי מקדמי להפעלתה של תניית פיצוי מוסכם הוא שהחוזה בין הצדדים תקף, והמבחן שאליו נדרש בית המשפט בשעה שהוא שוקל להפעיל את סמכות ההפחתה הוא מבחן צפיות הצדדים בעת כריתת ההסכם (עמית, עמ' 626, 634). במקרה שלפנינו, ההסכם שנכרת הוא הפרטיכל – שלא כלל סעיף פיצוי מוסכם. הסכם הפרשה (טיוטה א') שצורף לפרטיכל, שעליו התחייבו הצדדים לחתום – אף הוא לא כלל סעיף פיצוי מוסכם (ונזכיר כי נוסח הסכם הפרשה שצורף לפרטיכל היה, באותה העת, נוסח סופי ומוסכם). בנסיבות אלו, משעה שעסקינן באכיפה של הפרטיכל ושל החיובים שנקבעו מכוחו, אין לאכוף על הצדדים את החיובים שהתווספו בהמשך הדרך לנוסח האחרון של הסכם הפרשה בעקבות המגעים המאוחרים בין הצדדים, נוסח שעליו כזכור לא חתמו הצדדים. די בכך כדי לדחות את ערעורה של הימנותא בכל הנוגע לרכיב הפיצוי המוסכם.

87. הימנותא העלתה בערעורה טענה חלופית, שלפיה אף אם אין לפסוק לטובתה את הפיצוי המוסכם (או להפחיתו), היה מקום לפסוק לטובתה ריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 (להלן: חוק פסיקת ריבית). בנסיבות המקרה דנן אף טענה זו דינה להידחות.

בית משפט קמא הזכיר את הפסיקה שקבעה שמקום שבו מדובר בחיוב דולרי, יש לקבוע את שיעור החיוב בשקלים לפי השער היציג ביום מתן פסק הדין, כאשר עד

למועד מתן פסק הדין יש להוסיף ריבית דולרית, ומיום מתן פסק הדין ועד התשלום בפועל יש להוסיף ריבית והצמדה לפי חוק פסיקת ריבית (ע"א 4360/90 בר חן נ' כוכבי, פ"ד מז(2) 311, 322 (1993)). אם ניישם קו זה על מצב הדברים במקרה דנן, לכאורה היה מקום להוסיף לסך של 13 מיליון דולר רכיב של ריבית דולרית עד למועד מתן פסק דינו של בית משפט קמא בחודש דצמבר 2021 (והשוו לע"א 3021/11 הרטבי-בורנשטיין-בסון ושות', משרד נ' הפטריארכיה היוונית האורתודוקסית של ירושלים (19.12.2012) (להלן: עניין הרטבי), שם נקבע כי יש להמיר את החוב מדולרים לשקלים לפי השער היציג במועד הגשת התביעה, וממועד זה ואילך להוסיף ריבית לפי חוק פסיקת ריבית).

אלא שעיון בכתב התביעה שהגישה הימנותא לבית המשפט המחוזי מעלה כי הריבית שנתבעת על ידה היתה ריבית דולרית שנתית בשיעור של 8% מיום 30.5.2008, בהתאם לפיצוי המוסכם שנקבע בנוסח האחרון של הסכם הפרשה ולמועד התשלום שנקבע בו. גם בסיכומיה בבית משפט קמא התייחסה הימנותא לריבית זו בלבד (סעיפים 366-363 לסיכומיה). אמנם, לפי תקנה 14(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, אין צורך לכלול בכתב התביעה סעד כללי בדמות הפרשי הצמדה וריבית, ובית המשפט מוסמך לפסוק רכיב זה "בכל מקרה לפי שיקול דעתו כאילו נתבקש לכך" (ראו גם סעיף 11(ב) לחוק התרופות, שבו מעוגנת זכותו של נפגע לקבל, ללא הוכחת נזק, ריבית לפי חוק פסיקת ריבית בגין פיגור בתשלום, מיום ההפרה עד ליום התשלום, "אם לא קבע בית המשפט שיעור אחר"). לעניין זה אף נקבע בפסיקה כי ככלל, נקודת המוצא היא שיש לפסוק הפרשי הצמדה וריבית ממועד היווצרות העילה. עם זאת, חשוב להבהיר כי הסמכות לפסוק ריבית היא סמכות שבשיקול דעת, הגם שהימנותא מהפעלתה שמורה למקרים חריגים (עניין הרטבי, פסקה 16 והאסמכתאות שם). במקרה דנן, בהינתן שהימנותא תבעה אך ורק ריבית לפי הפיצוי המוסכם; בהינתן מסקנתנו כי אין יסוד לתביעתה של הימנותא לקבל לידיה את הפיצוי המוסכם; בהינתן שטענתה החלופית הועלתה רק בשלב הערעור; ובהתחשב במכלול הנסיבות החריגות שאופפות את הפרשה דנן – איני רואה לפסוק תחת הפיצוי המוסכם שנתבע (ונדחה) ריבית בשיעור אחר, ויש להותיר את קביעתו של בית משפט קמא בעניין זה על כנה.

88. לפיכך, על הפטריארכיה לשלם להימנותא סך של 13 מיליון דולר בהתאם לשער היציג במועד מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי (14.12.2021) שעמד על 3.113 ₪, ובסך הכל: 40,469,000 ₪. על סכום זה יש להוסיף הפרשי הצמדה וריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה בהתאם למועד התשלום שנקבע בפסק דינו של בית משפט קמא, קרי החל מ-60 יום ממועד מתן פסק דינו, ועד למועד התשלום בפועל. [במאמר מוסגר:

עיון בתיק מעלה כי לא הוגשה בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ולא הוברר אם הסכום אמנם שולם על ידי הפטריארכיה, אם לאו. מובן כי ככל שהסכום לא שולם, עליו לשאת ריבית והצמדה לפי חוק פסיקת ריבית עד למועד תשלומו בפועל].

ניכוי סכומים

89. הסוגיה האחרונה במישור הסעד נסבה על טענת הפטריארכיה כי יש לנכות מסכום הפיצוי את התשלומים שקיבלה הימנותא לידיה מיתר הנתבעים. סוגיה זו סבוכה קמעה מבחינה עובדתית וננסה לפשט את הדברים.

ראשית יוסבר כי הסכום של 13 מיליון דולר שנקבע בהסכם הפשרה בין קק"ל והימנותא לבין הפטריארכיה נגזר מהסך של 20 מיליון דולר שקק"ל "איבדה" בעקבות עסקת המרמה, בהפחתת סכום של 7 מיליון דולר שקק"ל הצליחה לתפוס ולהחזיר לידיה (ראו פרוטוקול מיום 15.2.2018 בעמ' 93-94, בחקירתו הנגדית של עו"ד וינרוט). על כך דומה כי אין חולק.

90. כתב התביעה הופנה נגד שורה ארוכה של נתבעים שהיו קשורים בדרך כלשהי לעסקת המרמה, ובכללם הנוכלים, הפטריארכיה ו"קבוצת וינרוט" (הנתבעים 18-22) שעליה נמנה עו"ד וינרוט.

כתב התביעה המקורי שהגישה הימנותא עמד על סך של כ-108 מיליון ₪ (סכום השווה ל-20 מיליון דולר כערכם בחודש אפריל 2000 (כ-80 מיליון ₪ בתוספת ריבית דולרית לפי חוק פסיקת ריבית) – כך על פי האמור בבקשת הימנותא לחתימה על פסיקתא שהוגשה לבית משפט קמא ביום 15.2.2022). בהמשך ההליך הוגש כתב תביעה מתוקן שבו סכום התביעה הועמד על כ-67 מיליון ₪, בעקבות הפחתת סכומים שהצליחה הימנותא לגבות מחוץ לכותלי בית המשפט לאחר הגשת התביעה (ראו פירוט גם בבקשתה לתיקון כתב תביעה מיום 7.6.2013). בהמשך, לאחר תיקון כתב התביעה, עלה בידי הימנותא לגבות כ-2.3 מיליון ₪ נוספים משני נתבעים אחרים שעיימם הגיעה בנפרד להסכמי פשרה (נתבעים 9, 12).

מלבד האמור, בין קבוצת וינרוט ל"קבוצת קק"ל" (קק"ל והימנותא) התקיימו הליכי גישור אצל כב' השופט (בדימ') ת' אור, שבסיומם הגיעו הצדדים להסכם פשרה

שמכוחו שילמה קבוצת וינרוט לקבוצת קק"ל סך של 5.5 מיליון דולר. הסכם זה הוגש לבית משפט קמא וקיבל תוקף של פסק דין ביום 14.1.2013.

91. בית משפט קמא קבע כי מהסכומים שבהם חויבו הנתבעים בנזיקין בפסק הדין (הנתבעים 1 ו-4 והנתבע 3 שחויבו בסכומים של 20 מיליון דולר ו-4.5 מיליון דולר בהתאמה), ינוכו הסכומים ששולמו על ידי יתר הנתבעים (נתבעים 1-17), וכן יקוזזו סכומי הכסף שנתפסו או שולמו להימנותא בקשר לעסקת המקרקעין עד ליום מתן פסק הדין (פסקאות 221, 230 לפסק הדין).

עוד יצויין כי בפסיקתא שהוגשה לבית משפט קמא ואושרה על ידו, הופחתו מהסכום שנפסק לחובת הנתבעים 1 ו-4 הסכום ששילמה קבוצת וינרוט בסך 5.5 מיליון דולר, וכן הסכום שבו חויבה הפטריארכיה בסך 13 מיליון דולר.

92. תמצית טענתה של הפטריארכיה היא כי מהסך של 13 מיליון דולר שעליה לשלם, יש להפחית את הסכום שגבתה הימנותא מקבוצת וינרוט (5.5 מיליון דולר) ואת הסכום שנגבה משני נתבעים נוספים לאחר תיקון כתב התביעה (2.3 מיליון ש"ח מהנתבעים 9, 12).

[הערה טרמינולוגית: הפטריארכיה נקטה לשון "קיוז" וטענה כי "יש לקזז את כל הסכומים שגבתה הימנותא מנתבעים נוספים לאחר המועד בו נוהל המו"מ ביחס להסכם הפשרה" (פסקה 31 לסיכומיה). ודוק: קיוז הוא איחוד של שני חיובים עצמאיים, ובהקשר של חוק החוזים הקיוז נעשה בין חיובים שונים שמקורם באותה עסקה (סעיף 53(א) לחוק החוזים; שלום לרנר קיוז חיובים 42 (2009)). במקרה דנן אין מדובר בחיובים עצמאיים בין הצדדים, כך שלא בקיוז עסקינן אלא בניכוי או הפחתה].

93. בשלב זה נשוב לרגע אל המגעים שהתקיימו בין קק"ל לפטריארכיה לאחר כריתת הפרטיכל ולפני שהיחסים בין הצדדים עלו על שרטון. אל הנוסח האחרון של הסכם הפשרה (אפריל 2008) צורף נוסח של כתב המחאה (נספח 7 לערעור הפטריארכיה). לפי האמור בכתב המחאה, כנגד קבלת התשלום בסך 13 מיליון דולר מהפטריארכיה, קק"ל והימנותא אמורות היו להמחות לפטריארכיה כל זכות או תביעה שהיתה להן כלפי קבוצת וינרוט בקשר לפרשת הקרקעות. לפי עדותו של עו"ד וינרוט, נושא זה עלה כבר מראשית הדרך כתנאי מוקדם מצד הפטריארכיה להסכם הפשרה, שלפיו קק"ל תוותר על כל תביעה או טענה כלפי וינרוט. לשם כך נועד כתב המחאה, שבאמצעותו הומחו זכויותיה של

קק"ל כלפי וינרוט אל הפטריארכיה, וזו האחרונה היתה אמורה לפטור את וינרוט (סעיף 39 לתצהירו של וינרוט; פרוטוקול מיום 15.2.2018, עמ' 84; ראו גם הנוסח המוצע שהעביר עו"ד מוגרבי לעו"ד אלחנני מיום 1.4.2007, נספח 25 לערעור הפטריארכיה).

דא עקא, שהסכם הפשרה כזכור לא נחתם, הפטריארכיה לא שילמה לקק"ל את 13 מיליון הדולר, והימנותא הגישה את תביעתה לבית משפט קמא, שבה כאמור נכללה קבוצת וינרוט כנתבעת (נתבעים 18-22). כפי שצוין לעיל, בהמשך להגשת התביעה התנהל בין קבוצת וינרוט לקבוצת קק"ל הליך גישור שהוליד הסכם פשרה, ומכוחו שילמה קבוצת וינרוט לקבוצת קק"ל סך של 5.5 מיליון דולר.

94. סיכום ביניים: קק"ל "איבדה" 20 מיליון דולר בעקבות עסקת המרמה; בהמשך היא הצליחה לשים יד על 7 מיליון דולר ולהשיבם לידיה; הסכם הפשרה מול הפטריארכיה נועד להשיב לידיה את ההפרש בסך 13 מיליון דולר; ובמהלך ההליך בבית המשפט המחוזי הושבו לה כ-2.3 מיליון ₪ נוספים, וכן 5.5 מיליון דולר מקבוצת וינרוט (וזאת בנוסף לסכומים נוספים שעלה בידיה לגבות ושהובילו להפחתה משמעותית של סכום התביעה, סכומים שלגביהם לא טענו הצדדים בערעור שלפנינו).

עוד עולה כי אילו היה הסכם הפשרה מבוצע והפטריארכיה היתה משלמת לקק"ל 13 מיליון דולר, אזי קק"ל היתה מוותרת על טענותיה כלפי קבוצת וינרוט (תוך שמירת זכויותיה כלפי צדדים שלישיים) וממחה את זכויותיה כלפי וינרוט לפטריארכיה, וזו בתורה אמורה היתה, כך נראה, לפטור את וינרוט מלהשיב דבר. ואולם, הסכם הפשרה לא נחתם ולא בוצע, ובעקבות כך שילמה קבוצת וינרוט לקבוצת קק"ל סך של 5.5 מיליון דולר מכוח הסכם פשרה שאליו הגיעו בצדדים בתום הליך גישור. זאת, תוך שמירת זכותה של קבוצת וינרוט לבקש לקבל לידיה בחזרה סכום זה (במלואו או בחלקו) במקרה שבו קבוצת קק"ל תיפרע מהפטריארכיה על בסיס טענותיה בנוגע להסכם הפשרה שמכוחו אמורה היתה הפטריארכיה לשלם לה 13 מיליון דולר.

95. כעת נפנה לטענותיה של הימנותא. הסיכומים שהגישה הימנותא-התובעת לבית משפט קמא הסתיימו בהתייחסות לשאלת היחס בין סכום פסק הדין לסכום התביעה ולסכומי הגבייה מהנתבעים הנוספים, וכן לשאלת היחס בין סכום פסק הדין להסדר עם קבוצת וינרוט. נעמוד על עיקרי טענותיה.

באשר לשאלת היחס בין הסכום שבו תחויב הפטריארכיה לבין סכומי הגבייה מיתר הנתבעים, הימנותא טענה כי בהסכם הפשרה מול הפטריארכיה נשמרו מלוא זכויותיה כלפי יתר הנתבעים, כך ש"לצד קבלת התשלום מהפטריארכיה על פי הסכם הפשרה, [הימנותא זכאית] למצות את זכויותיה כנגד הנתבעים 1-17 עד לגביית מלוא סכומי הנזק שנגרמו לה". עוד נטען כי התחייבותה של הפטריארכיה בהסכם הפשרה היא התחייבות חוזית, שניתנה בידיעה שישנם מזיקים נוספים שהימנותא תבעה או מתכוונת לתבוע, ובהסכמה שהסכם הפשרה לא מונע מהימנותא למצות את זכויותיה מולם (סעיפים 367-368 לסיכומי הימנותא בבית המשפט המחוזי, ההדגשה הוספה – י"ע).
וכך המשיכה הימנותא:

"התובעת אינה חולקת על כך, שסך הסכומים שהיא תהא רשאית לגבות בתיק זה, ועבור הנזק הישיר שנגרם לה כתוצאה מבטלות עסקת המקרקעין משנת 2000 בכלל, אינו יכול לעלות על סכום התביעה, או, בהתאמה, על סך של 20 מיליון דולר ארה"ב. ואולם, אין הדבר שולל מהתובעת, והיא זכאית לגבות, את סכומי הריבית המגיעים לה על סכומי התביעה, ואלו אינם נכנסים תחת תקרות אלה. באופן דומה, הסכום שתחויב הפטריארכיה לשלם לתובעת בערכים של שנת 2008 ושישולם בפועל, צריך להיות מופחת מסכום נזקה של התובעת בשנת 2000, הואיל והפשרה מיטיבה נזק זה. בהתאם, סכום זה, כשהוא משוערך למועד שאליו שוערך סכום התביעה כולו, צריך להיות מנוטרל מסכום התביעה, והתובעת לא תהא זכאית לגבות סכום גבוה יותר" (שם, סעיף 370).

באשר להסדר מול קבוצת וינרוט, הימנותא הבהירה כי היא –

"אינה כופרת בכך שאם הייתה הפטריארכיה מקיימת את הסכם הפשרה, לא הייתה התובעת פועלת למצות את זכויותיה במסגרת הליך זה כלפי קבוצת וינרוט. התוצאה היתה שהתובעת הייתה מקבלת את סכום הפשרה בסך 13 מיליון דולר מהפטריארכיה [...] ועו"ד וינרוט וקבוצת וינרוט בכלל היו מופטרים מכל חבות בגין נזקים כלשהם לתובעת. מאחר שהפטריארכיה לא קיימה את התחייבותה, נאלצה התובעת להגיש תביעה נגד קבוצת וינרוט [...]"

בד בבד, בכל הנוגע לטענת הפטריארכיה כי יש לנכות את הסכום ששילם וינרוט, הימנותא טענה כי הפטריארכיה לא זכאית להפחתה זו, שכן כוונת הצדדים היתה שהפטריארכיה היא זו שתשלם את מלוא סכום הפשרה, ואילו וינרוט הוא שיופטר מחבות

כלפיה. בנקודה זו הוסיפה הימנותא טענה שראוי להביאה כלשונה (ההדגשות להלן במקור):

"מבלי לגרוע מהאמור, על-מנת שהתובעת לא תצא נשכרת מעצם ההפרה של הפטריארכיה, והואיל ואם הסכם הפשרה היה נחתם ומקוים בזמן אמת הייתה התובעת ממחה אליה את זכויותיה כלפי קבוצת וינרוט (והגם שהפטריארכיה לא הייתה מממשת זכויות אלה), אם בית-המשפט יקבל את תביעתה של התובעת נגד הפטריארכיה במלואה, כולל סכומי הריבית ההסכמית שכאמור נועדו לפצות את התובעת על פרק הזמן שחלף מאז מועד התשלום וההליכים הממושכים והמורכבים שנאלצה לנהל, באופן שלמעשה מעמיד את התובעת במצב השקול למצב שבו הפטריארכיה הייתה מקיימת את הסכם הפשרה במועדו, ורק במקרה כזה, יהיה מקום לקבוע כי זכויות התובעת כלפי עו"ד וינרוט יומחו לפטריארכיה כנגד תשלום סכום פסק-הדין, בהתאם להסכמה האמורה.

במקרה כזה, ואך ורק בו, יהיה מקום לראות את הסכומים ששולמו על-ידי קבוצת וינרוט לתובעת כסכומים ששולמו לה על-ידי הפטריארכיה על-פי הסכם הפשרה במועדים שבהם הם שולמו, ואלה יקוּזו מחובת התשלום של הפטריארכיה ומאותם מועדים יפסיקו לצבור את הריבית ההסכמית" (סעיפים 378-379 לסיכומיה).

96. בית המשפט המחוזי דחה את טענת הפטריארכיה לניכוי הסכומים שנגבו מהנתבעים הנוספים, מן הטעם שהעילה לחיוב הפטריארכיה היא חוזית ונטועה בהסכם הפשרה, ואין מדובר בתביעה נזיקית שבה נתבעה הפטריארכיה ביחד ולחוד עם יתר המעוולים כמעוולת במשותף. באשר להסדר מול וינרוט, בית המשפט הסתפק בקביעה שלפיה לא שוכנע "להורות על המחאת זכויותיה של התובעת כלפי קבוצת עו"ד וינרוט", וזאת משום שלא ניתנה לצדדים הזדמנות הוגנת, בהיבט הדיוני והמהותי, לטעון בנושא, ומשעה שהסוגיה "לא הובררה כדי יכולת הכרעה בה" (פסקה 173 לפסק הדין). הפטריארכיה, מטבע הדברים, מערערת על קביעות אלו.

97. לא בכדי הבאנו לעיל חלקים מטענותיה של הימנותא בבית המשפט המחוזי, באשר דומה כי יש במכלול טענותיה כדי לעורר קושי מסוים. מצד אחד, הימנותא מכירה בכך שהיא לא אמורה לקבל בתביעתה יותר מ-20 מיליון דולר (משוערכים) ושהפיצוי שבו תשא הפטריארכיה נועד להיטיב נזק זה; מצד שני, הימנותא מודה שאילו היתה הפטריארכיה מקיימת את הסכם הפשרה, היא כלל לא היתה תובעת את קבוצת וינרוט;

מצד שלישי, הימנותא מתנגדת לניכוי הסכום ששילמה קבוצת וינרוט מהפיצוי שבו תשא הפטריארכיה, וכן לניכוי הסך של כ-2.3 מיליון ₪ שנגבה מיתר הנתבעים; ומצד רביעי, הימנותא טוענת שאם תביעה נגד הפטריארכיה תתקבל במלואה, לרבות הריבית ההסכמית (הפיצוי המוסכם), או-אז יש לנכות את הסכום ששילם וינרוט מהפיצוי שבו תחויב הפטריארכיה ולהמחות את זכויותיה של הימנותא כלפי קבוצת וינרוט לפטריארכיה, וזאת כדי שהימנותא לא תצא נשכרת מההפרה של הפטריארכיה.

98. כשלעצמי, התקשיתי לקבל את הפרופוזיציה של הימנותא שקשרה בין שאלת הפיצוי המוסכם שבו תחויב או לא תחויב הפטריארכיה (הריבית הדולרית השנתית בשיעור 8%), לבין השאלה אם יש לנכות את הסך של 5.5 מיליון דולר ששילמה קבוצת וינרוט לקק"ל במסגרת הסכם הפשרה שנכרת בין השתיים. מדובר, על פני הדברים, בשתי סוגיות נפרדות. רכיב הפיצוי המוסכם נועד לפצות את הימנותא בגין העיכוב בתשלום בסך 13 מיליון דולר שהוסכם מול הפטריארכיה; בעוד שהסכום ששילמה קבוצת וינרוט נועד לשפות את קבוצת קק"ל בגין חלק מהנזק שנגרם בעקבות פרשת המרמה. הגם ששתי הסוגיות משליכות על שיעורו של הפיצוי הכולל שיגיע לידי קק"ל והימנותא, אין כל זיקה מהותית שיוצרת יחסי גומלין ביניהן. ובקיצור, התשובה לשאלה אם יש לנכות את הסכום ששילמה קבוצת וינרוט לקבוצת קק"ל מהסכום שעל הפטריארכיה לשלם להימנותא, לא אמורה להיגזר מהשאלה אם הימנותא זכאית לפיצוי המוסכם שנקבע בהסכם הפשרה בינה לבין הפטריארכיה.

בנוסף לכך, אין זה ברור עד תום מדוע אילו היתה הפטריארכיה מקיימת את הסכם הפשרה, אזי קק"ל והימנותא היו נמנעות מלתבוע את קבוצת וינרוט ומסתפקות ב-13 מיליון דולר ששילמה הפטריארכיה; בעוד שכעת, משעה שהסכם הפשרה לא קיים, זכאית הימנותא ל-13 מיליון דולר מהפטריארכיה בנוסף ל-5.5 מיליון דולר ששולמו לה על ידי קבוצת וינרוט. נקודה נוספת שלא הובררה ושהצדדים לא טענו לגביה היא הנפקות של 7 מיליון הדולר שהצליחה קבוצת קק"ל לכאורה להשיב לידיה לפני הסכם הפשרה מול הפטריארכיה.

99. למרות תהיות אלה, הגעתי אף אני למסקנה כי אין לנכות את הסכומים שקיבלה הימנותא מסכום הפיצוי שבו יש לחייב את הפטריארכיה. הטעם לכך נעוץ בעובדה שחייב הפטריארכיה לשלם את הפיצוי בסך 13 מיליון דולר הוא חיוב חוזי מכוח הסכם הפשרה, ואין מדובר בתביעה נזיקית שבה כלל המעוולים נתבעים ביחד ולחוד. הבחנה זו בין התשלום שבו תשא הפטריארכיה מכוח הסכם הפשרה לבין זכותה של קבוצת קק"ל

להיפרע מיתר המעוולים אף קיבלה ביטוי מפורש בנוסח המקורי של הסכם הפרשה שצורף בשעתו לפרטיכל (טיוטה א'), כמו גם בנוסח האחרון של הסכם הפרשה שהוכן לקראת חתימה. כך, בסעיף 7.2 לנוסח המקורי הובהר כי "נשמרות כל זכויותיה וטענותיה של קק"ל בקשר עם פרשת הקרקעות כלפי כל צד שהיה מעורב או קשור בה, בדרך כלשהי, לרבות, אך לא רק, להשבת כל הכספים ששולמו בקשר אליה על ידי קק"ל ו/או לפיצוי עבור הנזקים וההוצאות שנגרמו לקק"ל כתוצאה ממנה ו/או בקשר אליה". בנוסף לכך, בסעיף 9 להסכם הפרשה נקבע כי "למען הסר ספק: אין באמור בסעיף 8 לעיל כדי לגרוע מזכויותיה של קק"ל כלפי כל צד ג' כלשהו שהיה מעורב, במישרין או בעקיפין, בפרשת הקרקעות, להשבת הכספים ששולמו בקשר אליה על ידי קק"ל ו/או לפיצוי בגין הנזקים וההוצאות שנגרמו לקק"ל כתוצאה ממנה או בקשר אליה, וזכויות אלו נשמרות במלואן על ידי קק"ל". כאמור, הוראות דומות נקבעו בנוסח האחרון של הסכם הפרשה (סעיפים 7.5-7.6, 9).

בנסיבות אלו, אין לראות את הסכום שבו נדרשת הפטריארכיה לשאת ואת הסכומים השונים ששולמו לידי קק"ל והימנותא על ידי נתבעים נוספים, כ"מקשה אחת", באשר אין דינו של חיוב חוזי כדינו של חיוב נזיקי (ראו והשוו לפסק דיני ברע"א 4474/20 נון נ' הרשקוביץ (1.11.2020), שם נקבע כי כאשר הליך נזיקי מסתיים מול מעוול אחד בהסכם פשרה בגין הנזק שנגרם על ידו, אין בכך כדי להשליך על גובה הפיצוי שניתן לגבות מיתר המזיקים בגין הנזק שנגרם על ידם). ודוק: אין פירוש הדבר כי הימנותא תוכל להיפרע במסגרת ההליך בסכום העולה על 20 מיליון דולר (משוערכים). כאמור, היא עצמה הבהירה זאת בסיכומיה בבית המשפט המחוזי, ומהפסיקתא שהגישה לבית המשפט המחוזי אף עולה כי סכומים אלו נוכו מהחיוב שהוטל על הנתבעים 1 ו-4. ואולם, "תקרה" זו של סכום התביעה אינה מתורגמת בהכרח לניכוי הסכומים ששילמו יתר הנתבעים מהתשלום שבו תשא הפטריארכיה מכוח החוזה שבינה לבין הימנותא.

100. באשר להסדר שנכרת מול קבוצת וינרוט וכתב ההמחאה שאמור היה להינתן לו, לא אכחד כי הוטרדתי מהבהרתה של הימנותא בבית המשפט המחוזי כי אילו היתה הפטריארכיה מקיימת את הסכם הפרשה ומשלמת את הסך של 13 מיליון דולר, קבוצת קק"ל כלל לא היתה תובעת את וינרוט אלא ממחה את זכויותיה כלפיו לפטריארכיה (שלכאורה אמורה היתה לפטור את קבוצת וינרוט מתשלום), בעוד שכעת "זוכה" הימנותא בשני הסכומים גם יחד: 13 מיליון דולר מהפטריארכיה + 5.5 מיליון דולר מקבוצת וינרוט (הגם שסכומים אלה נוכו מהחיוב שהוטל על הנתבעים 1 ו-4). לכך מתווסף הקושי בעמדתה של הימנותא בבית המשפט המחוזי שעליו עמדנו לעיל, שהיתה

נכונה לנכות את הסכום ששילמה קבוצת וינרוט מסך הפיצוי שתשלם הפטריארכיה, אילו היתה תביעתה מתקבלת במלואה לרבות רכיב הריבית ההסכמית (הפיצוי המוסכם).

למרות קשיים וסימני שאלה אלה, אין בדברים כדי לשנות ממסקנתנו. ראשית, הבהרתה האמורה של הימנותא בבית המשפט המחוזי התייחסה למצב תיאורטי שבו הפטריארכיה היתה חותמת על הסכם הפשרה ומקיימת אותו, ונזכיר כי לנוסח האחרון של הסכם הפשרה צורף כתב ההמחאה המדובר שנועד לפטור את וינרוט. ברם, המצב התיאורטי המתואר מעולם לא התממש, וכשם שלא מצאנו לנכון לאכוף על הצדדים את תניית הפיצוי המוסכם שנוספה לנוסח האחרון של הסכם הפשרה (שכזכור לא נחתם מעולם), כך אין לאכוף על הצדדים, בגדרו של הערעור דנן, את המחאת הזכות של קבוצת קק"ל כלפי וינרוט אל הפטריארכיה, תוך ניכוי הסכום ששילם מסכום הפיצוי שעל הפטריארכיה לשאת בו.

תוצאה זו מתכתבת גם עם טיבו של ההסדר שנכרת בין קבוצת קק"ל לקבוצת וינרוט, שכזכור הוגש לאישורו של בית משפט קמא וקיבל תוקף של פסק דין. כפי שתואר לעיל, בהסכם הפשרה שנכרת בין הצדדים בעקבות הליך הגישור נקבע שאם קבוצת קק"ל תגבה מהפטריארכיה כספים על בסיס טענותיה בעניין הסכם הפשרה משנת 2008, בין אם מכוח פסק דין ובין אם מכוח הסדר פשרה, וקבוצת וינרוט תבקש לטעון כלפי קבוצת קק"ל כי היא זכאית בשל כך להחזר (מלא או חלקי) של סכום הפשרה ששילמה בסך 5.5 מיליון דולר, אזי על הצדדים לבוא בדברים ביחס לטענות אלה, ואם לא יגיעו להסכמה יובא הדבר להכרעתו של המגשר שישמש לשם כך כבורר (סעיף 4 להסכם הפשרה). בהתייחס לסעיף זה בהסכם הפשרה, עו"ד וינרוט העיד בחקירתו הנגדית כי אם התביעה נגד הפטריארכיה תתקבל והפטריארכיה תשלם להימנותא כספים, אזי בכוונתו לבקש בחזרה את הסך של 5.5 מיליון דולר ששילם, אפשרות ששמר לעצמו בהסכם (פרוטוקול מיום 15.2.2018, עמ' 108). דברים אלה אמנם אין בהם כשלעצמם כדי להכריע את גורל טענת הפטריארכיה באשר לניכוי הסכומים, אך דומה כי הם מתיישבים עם המסקנה שניכוי הסכום ששילם וינרוט לא אמור להיעשות מתוך החיוב שמוטל על הפטריארכיה, אלא מצוי במישור היחסים שבין קבוצת קק"ל לקבוצת וינרוט (ונשוב ונזכיר כי מהפסיקתא שהוגשה לבית המשפט המחוזי, הסכום ששילמה קבוצת וינרוט הופחת מהסכום שבו חויבו הנתבעים 1 ו-4).

[הערה: למען הסר ספק, אין בדברים משום הבעת כל עמדה בשאלה אם לנוכח תוצאת פסק הדין זכאית קבוצת וינרוט להחזר כלשהו מקבוצת קק"ל, אם לאו. נושא זה

כפוף לכאורה לתניית בוררות בהתאם להסכם הפרשה שנכרת בין הצדדים בתום הליך הגישור שהתקיים ביניהם. סוגיה זו אינה מונחת לפתחנו, כך שהערעור דנן אינו המקום להידרש לה].

101. לסיכום הדברים, אין להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי, שדחה את טענת הפטריארכיה כי יש לנכות מסכום הפיצוי שבו תשא הפטריארכיה את הסכום ששילמה קבוצת וינרוט להימנותא בסך 5.5 מיליון דולר בעקבות הליכי הגישור שהתנהלו בין הצדדים, ואת הסך של 2.3 מיליון נ"ח ששילמו שני נתבעים נוספים להימנותא במסגרת ההליך בבית משפט קמא.

סוף דבר

102. מסע ארוך, לא נטול מהמורות, עברנו בדרך למסקנתנו כי יש להותיר את תוצאת פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנה (הגם שלא מנימוקיו המשפטיים). כפי שהערנו בראשית הדברים, קשה להתעלם מהתחושה שהתמונה שנגלתה לעיני בית המשפט היא תמונה חלקית שלא שופכת אור על כלל ההתרחשויות, הנסיבות, האינטרסים והמניעים של כל אחד מהשחקנים בפרשה סבוכה זו. אף ניתן להבין ללבה של הפטריארכיה, שהיתה גם היא קרבן של פרשת המרמה, על כך שהיא נדרשת לפצות את הימנותא בתשלום בסך 13 מיליון דולר.

עם זאת, לנוכח מסקנתנו כי הפרטיכל שבו התקשרו הצדדים הוא חוזה תקף, אין בדברים כדי לפטור את הפטריארכיה מחובתה מלמלא אחר חיוביה החוזיים, שאותם נטלה על עצמה בתום משא ומתן, בעודה מיוצגת, מתוך מודעות מלאה, ומסיבותיה שלה. אכן, "אין אנו מתעניינים ברצונותיהם הכמוסים והנסתרים של הצדדים למשא-ומתן, אלא רק במה שמתגלה לעיניו של צופה בלתי-תלוי" (עופר גרוסקופף "סיווג מסרים המוחלפים במהלך משא-ומתן" עיוני משפט כב 745, 767 (1999)). בשורה התחתונה, משעה שהמשא ומתן הבשיל לכדי חוזה מחייב, ומשעה שהפטריארכיה הפרה את חיוביה כפי שנקבעו בפרטיכל, זכאית הימנותא-הנפגעת לסעדים ולתרופות שמוקנים לה מכוח דיני החוזים בשל הפרה זו.

103. בנסיבות המקרה דנן, הסעד שיש לפסוק לטובת הימנותא הוא סעד של אכיפה, שפירושו אכיפת החיוב שהוטל על הפטריארכיה בפרטיכל, קרי חתימה על הסכם הפרשה. במישור האופרטיבי, בהינתן שמדובר בחיוב כספי, תרגומו של סעד האכיפה

זהה לסעד של פיצויי קיום שפסק בית המשפט המחוזי, קרי תשלום בסך 13 מיליון דולר, כמפורט בפסקה 88 לעיל. משכך, דין ערעורה של הפטריארכיה להידחות.

באשר לערעורה של הימנותא לגבי רכיב הריבית, הרי שדינו להידחות גם כן, מהטעמים המפורטים בפסקאות 84-87 לעיל.

בנסיבות אלו, אציע לחבריי כי לא ייעשה צו להוצאות.

104. אחר הדברים האלה עיינתי בחוות דעתו של חבריי, השופט ע' גרוסקופף והשופטת י' וילנר, ולא מצאתי לשנות מדרך הילוכי.

אני מסכים עם חברי כי לעיתים הצלילה לפרטים עלולה לערפל את התמונה הכללית. ואכן, זה דברו של שופט – יקרב מבטו לפרטים – ירחיק מבטו – ויחזור ויקרב מבטו, במעין zoom in ו-zoom out לסירוגין. כך עשיתי בעת כתיבת פסק הדין וזו המסקנה אליה הגעתי.

חברי ציין שני פרמטרים שיש לדעתו להביא בחשבון במסגרת דיונו, ודומה כי הם שהוליכו אותו למסקנתו הסופית. האחד – הלחצים שהופעלו על הפטריארכיה על ידי רשויות המדינה בכל הנוגע להכרה הרשמית בפטריארך, והשני האינטרס האישי של עו"ד וינרוט (פסקאות 12-14 לפסק דינו של חברי). אתייחס להלן לשני פרמטרים אלה.

הלחץ על הפטריארכיה: חברי מתווה כבר בפתח פסק דינו את הנרטיב שלאורו הוא בוחן את המקרה שלפנינו, ולפיו "לפטריארכיה עצמה לא היה כל קשר לתרמית" (פסקה 2 לפסק דינו). לקביעה נחרצת זו אין מקום, מאחר שגם כיום לא ברור אם היו גורמים מתוך הפטריארכיה שחברו לנוכלים, ואזכיר כי ההסכם נחתם עם החותמות המקוריות של הפטריארכיה והפטריארך. כפי שצינתי בפסק דיני, שיקוליה של הפטריארכיה להתקשר בהסכם שמורים עמה ולא כל נסתרות תיק זה נגלו נגד עיננו. כך, יש לזכור כי המגעים בין הימנותא לפטריארכיה התנהלו והבשילו כשש שנים לפני שניתנה הכרעת הדין שבה נקבע כי המדובר בעסקת הונאה; לא היה ברור אם יש גורמים נוספים בשורות הפטריארכיה שהיו מעורבים בדרך זו או אחרת בפרשיה כך שהיה לפטריארכיה אינטרס "לסגור" את העניין; לפטריארכיה היה אינטרס לשמור על יחסים טובים בינה לבין רשויות המדינה; והפטריארכיה אכן הייתה מעוניינת לקבל הכרה בפטריארך וסברה כי משתלם לה ליישר את ההדורים עם קק"ל, שנתפסה על ידיה כבעלת

קשרים במסדרונות השלטון. מכל מקום, גם חברי מדגיש כי אין ענייננו בלחצים המגיעים כדי כפייה ועושה.

עו"ד וינרוט: ברי כי לעו"ד וינרוט היה אינטרס אישי בפרשה, כמי שדחף ויזם את העסקה שהתגלתה כתרמית, וכמי שקיבל שכר טרחה נכבד שעליו ביקש לשמור. אני נכון אפוא לקבל דברי חברי כי עו"ד וינרוט אינו "מתווך ניטרלי, כי אם בעל עניין של ממש, שמסקנה לפיה ההסכם הנדון תקף משרתת אותו" (פסקה 15 לפסק דינו). אך דווקא בשל כך, ובשל נסיונו וכישוריו של עו"ד וינרוט, יש להעמידו תחת החזקה ש"אומן לא מרעי אומנותיה". יש אפוא להעמיד את עו"ד וינרוט בחזקתו כי הכיר היטב את הלכת בוטקובסקי ובהתאם לכך "תפר" את הטקס החגיגי והפרטיכל על שתי החלופות המפורטות שצורפו לו, באופן כזה שיכבול את הפטריארכיה מבלי שיתאפשר לה לסגת מההסכם. לדעתי, עו"ד וינרוט אכן עמד במשימה שהציב לעצמו, דווקא בשל האינטרס האישי שלו. בהקשר זה אציין כי חברי מבקש להתערב בממצאי עובדה של בית המשפט קמא, שמצא את עדויות הנוכחים בטקס כמהימנות, לרבות האמור בתצהירו של השופט בדימוס ארבל (ראו פסקה 38 לפסק דינו של חברי). מנגד, חברי מייחס לי התערבות בממצאי עובדה של בית משפט קמא (פסקה 41 לפסק דינו), ברם קביעתו של בית המשפט המחוזי כי "הפרטיכל הינו לכל היותר הסכם מקדים לקראת כריתתו של הסכם פשרה" היא מסקנה משפטית ולא ממצא עובדתי.

105. דומה כי חברי חוטא לאורך פסק דינו בהנחת המבוקש ואביא מקצת דוגמאות לכך. חברי מכנה את הפרטיכל "מסמך עזר" שנועד לקדם את המשא ומתן; קובע כי "אין חולק כי הפרטיכל לא אמור היה לסיים את המשא ומתן" (הדגשה הוספה – י"ע; פסקה 16 לפסק דינו של חברי); קובע לגבי הפרטיכל כי "ברור וגלוי שאין מדובר בחוזה סופי, המסיים את המשא ומתן, אלא בהסכם ביניים בלבד" (הדגשה הוספה – י"ע; פסקה 22 לפסק דינו של חברי); סבור כי על הימנותא לשכנע כי הפרטיכל הוא "בגדר זיכרון דברים מחייב" בעוד שהימנותא סבורה כי מדובר בהסכם מחייב ולא בזיכרון דברים מחייב; ויוצא מנקודת הנחה כי הפרטיכל הוא אך תחנה במשא ומתן שהמשיך להתנהל כשנה לאחר מכן. כפי שאבהיר בהמשך, העובדה שקק"ל הייתה נכונה לבוא לקראת הפטריארכיה לאחר שהוסכם על הפרטיכל, אינה פוגעת בתוקפו של הפרטיכל, על שני נספחיו המפורטים, כהסכם מחייב.

והעיקר חסר מן הספר. חבריי כמעט אינם נותנים משקל לעובדה החשובה כי הסינוד הקדוש אכן אישר את ההסכם. בפסקה 94 לפסק דינו, תחת הסעיף "עוללות"

מציין חברי כי אישור הסינוד אינו מהווה עמידה בדרישה לחתימה של הצדדים. אזכיר כי הפטריארכיה סרבה להמציא את המסמכים שעל המצאתם הורה בית המשפט ויש לזקוף זאת לחובתה. ועיקרו של דבר, אם אישור הסינוד ניתן, הרי שאי החתימה על ההסכם מהווה הפרה של ההסכם.

106. דומה הדבר להסכם בין ראובן לשמעון, שבו שמעון מתחייב לחתום על ההסכם בהתקיים תנאי מסוים, אך למרות שהתנאי התקיים הוא מסרב להמציא את חתימתו על ההסכם.

נניח כי הקבלן ראובן מתקשר עם שמעון בעל הקרקע בהסכם קצר של עמוד אחד. על פי הסכם זה, עם אישור הוועדה המקומית את התוכנית המפורטת, ייכנס לתוקפו הסכם הקומבינציה המפורט, שאינו חתום אך מצורף להסכם, אלא אם יודיע שמעון כי הוא בוחר בהסכם המפורט של בנייה משותפת, שאינו חתום אך מצורף להסכם. אין לפנינו זיכרון דברים אלא הסכם לכרות חוזה שתנאיו ידועים ומוסכמים מראש. בהתקיים התנאי של אישור הוועדה המקומית, ובהעדר הודעה של שמעון, ברי כי לפנינו הסכם קומבינציה מחייב ומפורט לכל דבר ועניין.

כך גם בענייננו. איני רואה את הפרטיכל כזיכרון דברים, כך שאין לייחס לי ניתוח של הפרטיכל באמצעות ההלכות שנקבעו לעניין תוקפו של זיכרון דברים (פסקה 26 לפסק דינו של חברי). לדידי, הפרטיכל משקף הסכם שלם ומפורט, מאחר שצורפו לו שני נספחים מפורטים, כאשר טיוטה א' נקבעה כברירת מחדל ככל שלא תינתן הודעה מצד הפטריארכיה שהיא בוחרת בטיטה ב'. ההסכם היה כפוף לתנאים והתחייבויות שהתמלאו במלואם והם קבלת כתב ההכרה בפטריארך, אישור הסינוד הקדוש (כאמור, הפטריארך התחייב להשיג את האישור) ואישור הגורמים המוסמכים בקק"ל. משהתקבל כתב ההכרה ומשנקבע עובדתית כי אישור הסינוד התקבל, וכך גם אישור הגורמים המוסמכים בקק"ל – ההסכם השתכלל, רואים את הפטריארך כמי שהתחייב לאשר את ההסכם, והיעדר החתימה הפיזית על המסמכים הוא בבחינת הפרה של ההסכם.

107. צדדים להסכם מחייב יכולים כמובן להגיע להסכמה על הוספת תנאים כאלה ואחרים גם לאחר כריתת ההסכם, מבלי שיהיה בכך כדי לפגוע בתוקפו של ההסכם, ומבלי שעקב כך יראו את ההסכם המחייב רק כשלב במשא ומתן. כך גם בענייננו. המשא ומתן שהתנהל כשנה לאחר הפרטיכל, נעשה לבקשת הפטריארכיה שביקשה להוסיף תנאי הקשור למימון על ידי צד שלישי. אין מדובר בנושא עקרוני שבלעדיו אין הסכם מחייב

ואין בהעדרו של תנאי זה כדי לפגוע בתוקפו של הפרטיכל. כפי שצדדים להסכם מכירת מקרקעין יכולים להגיע לאחר חתימת ההסכם להסכמה שהקונה יטול משכנתא כדי לממן את הרכישה, בתנאים להם יסכים המוכר. כך גם בענייננו. הקק"ל יכולה הייתה לסרב לבקשת הפטריארכיה אך נענתה לבקשה כנגד תנאי שהציבה ואשר קשור לזהותו של הצד השלישי. הדבר אינו מעיד על כך שהפרטיכל היה אך שלב במשא ומתן או "הסכם עזר" כדברי חברי.

עוד בהקשר זה, אציין כי אין חולק שהפטריארכיה מצאה לבסוף מקור מימון להסכם (הסכומים ששילם הצד השלישי לא נחשפו לעיננו אך אין חולק כי הצד השלישי שילם סכום נכבד לפטריארכיה עבור זכויותיה). משכך, גם התירוץ לפיו לא נמצא מקור מימון, אינו יכול לעמוד לפטריארכיה.



יצחק עמית
נשיא

השופט עופר גרוסקופף:

לצערי, עלי לחלוק על חוות דעתו של חברי, הנשיא יצחק עמית, בתיק זה – הן על הנמקתו המשפטית, הן על מסקנת ניתוחו. לדידי דין תביעתה של הימנותא בע"מ (להלן: הימנותא) נגד הפטריארכיה היוונית אורתודוקסית של ירושלים (להלן: הפטריארכיה) להידחות במלואה. לפיכך אם תשמע דעתי נקבל את ערעור הפטריארכיה, ונדחה את ערעור הימנותא. להלן אפרט נימוקיי.

מבוא – התמונה ממעוף הציפור

1. יש שצלילה לפרטים מבהירה את התמונה העובדתית, ומהווה תנאי הכרחי ליישום נכון של הכללים המשפטיים על נסיבות מורכבות. יש שהיא מערפלת את התמונה, ועלולה להוביל למסקנות משפטיות שגויות. חוששני, שהמקרה דנן שייך לקבוצה השניה של המקרים.

2. להלן תיאור תמציתי, ממעוף ציפור, של התמונה העובדתית העומדת בבסיס תביעת הימנותא נגד הפטריארכיה: הימנותא נפלה קורבן למעשה תרמית חמור בקשר לעסקה במקרקעי הפטריארכיה. לפטריארכיה עצמה לא היה כל קשר לתרמית, ואולם התדיינות שנוהלה בעקבות התרמית, והערות אזהרה שנרשמו שלא כדין מכוחה, הקשו עליה, והיא ביקשה להביא ליישוב ההדורים עם הימנותא, הקרן הקיימת לישראל (להלן: קק"ל), ולא פחות חשוב, עם מדינת ישראל העומדת מאחוריה. עורך הדין שייצג את הנוכלים בעסקת התרמית (עו"ד ד"ר יעקב וינרוט ז"ל. להלן: עורך הדין או עו"ד וינרוט), ושקיבל מכוחה שכר טרחה נכבד, ניסה להביא את הימנותא והפטריארכיה להסכם פשרה שיאפשר לו לשמור את שכר טרחתו. הצדדים ניהלו משא ומתן לפשרה בסיוע אותו עורך דין, במהלכו גובש בין הנושאים והנותנים מתווה פשרה באחת משתי חלופות שונות (תשלום פיצויים על ידי הפטריארכיה או הארכת החכירה לקק"ל במקרקעין, לפי בחירת הפטריארכיה), אולם הוברר כי בשלב הנוכחי הנושאים והנותנים משני הצדדים אינם יכולים, ואינם מעוניינים, להתחייב ביחס למי מהן. במצב דברים זה הגה עורך הדין וינרוט רעיון יצירתי לפיו יקיים מעמד חגיגי במשרדו, בהשתתפות הפטריארך, במהלכו יאשרו הנושאים והנותנים מטעם הצדדים, באוזניו ובאוזני עדים מטעמו (שני שופטים בדימוס), את הסכמתם למתווה הפשרה. המעמד החגיגי התקיים ביום 12.3.2007, ובמסגרתו הוצג והוקרא מסמך כתוב המכונה "הפרטיכל" (להלן: הפרטיכל). בעקבות זאת הביעו הנושאים והנותנים בעל פה את הסכמתם לאמור בפרטיכל (הפטריארך אישר במנוד ראש, ואולי באמירת "כן"), אך זאת מבלי שחתמו על דבר; ומתוך מודעות לכך שעל פי האמור במפורש בפרטיכל נידרש אישור המוסדות המוסמכים לכל חלופת פשרה שתקבע, וכי עד שיחתם הסכם פשרה "חתימה מלאה" אף אחת מהחלופות שפורטו בפרטיכל אינה מחייבת מי מהצדדים. המשא ומתן בין הצדדים נמשך כשנה נוספת לאחר מכן, ובסופו של דבר נכשל, ולא הניב הסכם פשרה כלשהו. האם ניתן לטעון שהפרטיכל עצמו הוא הסכם פשרה מחייב? האם יש בסירוב להתקשר בהסכם פשרה משום חוסר תום לב המאפשר פסיקת פיצויי קיום כנגד הפטריארכיה? סבורני כי התשובה השלילית לשתי השאלות הללו ברורה וגלויה. הפרטיכל אינו אלא מסמך עזר שנועד לסייע בקידום המשא ומתן – מתווה דרך לפשרה, אשר הנושאים והנותנים מטעם הצדדים אומנם הביעו הסכמה לקדמו, אך בשלב הנוכחי הצדדים לא התחייבו, ולא התכוונו להתחייב, ביחס למי מחלופות הפשרה שפורטו בו. פשיטא בעיניי כי ביחס למסמך עזר שכזה, אף אם הוא מונח בחגיגות על שולחן המשא ומתן בסיועו האדיב של צד ג', לא מתקיימות הדרישות הנחוצות על מנת לשכלל הסכם פשרה מחייב. בהמשך לכך, גם הנסיגה מהמשא ומתן בשל התפתחויות מאוחרות, בהעדר נסיבות חריגות, איננה חוסר תום לב, אלא מימוש זכותו של כל צד למשא ומתן שלא להיקשר בחוזה שאינו לרצונו.

3. ויודגש, בפסיקה הישראלית, מזה כיובל שנים, מושם עיקר המשקל בבחינת השאלה האם נכרת חוזה על יסוד גמירות הדעת, דהיינו על הדרישה כי הצדדים לחוזה הסכימו ליטול על עצמם לאלתר התחייבות משפטית לפעול על פי תנאי ההתקשרות. בתוך כך, דרישת המסוימות ודרישות הצורה הודחו במידה רבה ממעמדן העצמאי, והפכו בעיקר לשיקולי עזר בקביעה האם מתקיים יסוד גמירות דעת. מגמה זו, במיוחד בהקשר של חוזים עסקיים, ראויה לביקורת, ולכך אתייחס בהמשך הדברים (ראו פסקאות 79-80 להלן). ואולם, בראייתי, עיקר הקושי בתביעת הימנותא אינו ההתמקדות בדרישת גמירות הדעת, אלא הפרשנות השגויה שהיא נותנת לדרישה זו. במקרה דנן, במועד עריכת הפרטיכל, אף אחד מהצדדים שאמורים להתקשר בעסקה – הפטריארכיה מזה, והימנותא מזה – לא גיבש עדיין גמירות דעת להיקשר בהסכם לפי מי מהחלופות שהונחו על שולחן המשא ומתן. כל שהוסכם בין הנושאים והנותנים (ועל דעת הפטריארך), היה על מתווה פשרה שיובא, לאחר שיתקיימו תנאים מסוימים, לאישור הגורמים המוסמכים להתחייב בשני הגופים הללו. הסכמה שכזו אינה יכולה להיחשב לגמירות דעת להיקשר בעסקה מוגמרת על ידי הצדדים לעסקה. היא גם לא יכולה להוות בסיס לכפיית העסקה המוגמרת על מי מהצדדים מכוח עקרון תום הלב. על כן, לתפיסתי, קבלת תביעת הימנותא משמעה, הלכה למעשה, ריקון מתוכן של הדרישה האחרונה שנותרה מהותית לכריתת חוזה, והפיכת מוסד החוזה לקופסה שחורה, אשר קיומו או העדרו נקבע במסגרתו על ידי החלטה שיפוטית שרירותית. למהלך שכזה בוודאי לא ניתן להסכים.

4. כיצד איפוא הגיע חברי למסקנה שהפרטיכל הוא חוזה מחייב ביחס לעסקה המוגמרת? כיצד הגיע בית המשפט קמא למסקנה שניתן לכפות חוזה שכזה על הפטריארכיה בשל הפרת חובת תום הלב במשא ומתן? חוששני שהמענה לכך הוא שלא רק אלוהים מצוי בפרטים הקטנים, אלא גם השטן. פריטי מידע שוליים, אשר בראייה הכללית אינם משנים דבר, עשויים להוביל לתפיסה שגויה, המערבבת בין הסכמה שגיבשו הנושאים והנותנים ביחס למתווה פשרה שיביאו לאישור מרשיהם לבין גמירות דעת של הצדדים להתקשר בעסקה מוגמרת; בין הזכות לפרוש מהמשא ומתן בעיצומו בשל שינוי נסיבות, לבין החובה לנהל את המשא ומתן בתום לב. אכן, גם תמונה ברורה עלולה להתעמעם אם מתקרבים אליה יתר על המידה. ויובהר, הדרך להימנע מכך איננה להתעלם מהפרטים, אלא לנתח אותם בראיית המכלול. כך אבקש לעשות בהמשך חוות דעתי. להבנתי, המסקנה הברורה מניתוח זה היא אחת: אין, ולא הייתה, אחריות משפטית מצד הפטריארכיה כלפי הימנותא לפצותה בגין נזקי התרמית – לא מכוח עוולה, לא מכוח חוזה, ואף לא מכוח חובת תום הלב. האחריות לפצות את הימנותא בגין התרמית הייתה

ונותרת מונחת לפתחם של הגורמים האחראים לתרמית (ובזהותם אין אנו עוסקים בערעורים דנן), ועליהם בלבד. ממילא הניסיון העיקש של הימנותא וקק"ל לגלגל את נזקי התרמית על כתפי הפטריארכיה – ניסיון שלו עצמו ניתן לייחס מידה לא מבוטלת של חוסר תום לב – דינו להיכשל.

5. בליבו של הפער בין עמדתי לעמדת חברי, הנשיא עמית, ניצבת איפוא שאלת מעמדו המשפטי של הפרטיכל. בעניין זה סבור אני, בשונה מחברי, כי בית המשפט קמא צדק באופן מובהק. הפרטיכל, כפי שנקבע בו במפורש, איננו הסכם פשרה המחייב את הצדדים (הפטריארכיה והימנותא) בפרטים המופיעים בטיוטות הסכמי הפשרה שצורפו לו. כך, גם אם הוא הוצג באירוע חגיגי (אותו יזם עו"ד וינרוט), וגם אם הנושאים והנאותנים (ואף הפטריארך) הסכימו לפעול לקידומו, בשאיפה להביא לאישורו על ידי הגורמים המוסמכים לכך. בהיעדר הסכם פשרה מחייב כאמור, ובהינתן שלעמדתי (וככל הנראה גם לעמדת חברי) התנהלותה של הפטריארכיה במסגרת המשא ומתן שניהלה עם הימנותא אינה עולה כשלעצמה לכדי חוסר תום לב, ובוודאי שלא כזה אשר מצדיק פסיקת פיצויי קיום – דעתי היא כי יש לקבל את הערעור, תוך ביטול החיוב הכספי שהוטל על הפטריארכיה בפסק הדין קמא.

6. סדר הדברים יהיה כדלקמן. תחילה, אתאר בקצרה ובאופן טלגרפי חלקים מהרקע העובדתי הדרושים להכרעה בענייננו, וזאת תוך חידוד היבטים מסוימים שיש להם חשיבות להמשך הניתוח המשפטי. בהמשך אתייחס לרקע המשפטי, תוך הצגת החלופות העומדות בפני מי שמבקש לסווג את הפרטיכל כחוזה בעל תוקף משפטי מחייב (ולא רק כ"נייר עזר"). לאחר מכן, אבהיר מדוע לגישתי אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא לפיה הצדדים לא ראו בפרטיכל הסכם פשרה מחייב, כלומר שלא התקיימה ביחס אליו דרישת גמירות הדעת להתקשר בעסקה המוגמרת. בהמשך לכך, אסביר כי למסקנה דומה בדבר תוקפו של הפרטיכל יש להגיע גם לאור אי התקיימותן של דרישות הצורה הרלוונטיות בנסיבות העניין – דרישת חתימה מכוח הסכמת הצדדים, ודרישת הכתב מכוח סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין). לבסוף, על רקע המסקנה שלפיה הפרטיכל אינו מהווה הסכם פשרה מחייב, אפנה לבחינת התנהלותה של הפטריארכיה באספקלריה של סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), ואבהיר מדוע גם בנתיב זה אין להעניק סעד נגד הפטריארכיה.

אפתח איפוא בתיאור תמציתי של נסיבות המקרה, בבחינת הנחת התשתית הנדרשת לדיון הנורמטיבי. בהינתן המצע העובדתי הנרחב שכבר נפרש בחוות דעתו של חברי, הנשיא עמית, וכדי לאבחן את נקודת מבטי על נסיבות המקרה, הצגת רקע זה תיעשה באופן טלגרפי.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

7. חלקה של הפטריארכיה בפרשיית המרמה: ניצניו של ההליך שלפנינו, כזכור, בפרשיית מרמה חמורה, שנסובה על מקרקעין המצויים בבעלות הפטריארכיה (להלן: המקרקעין). מקרקעין אלה חכורים על ידי קק"ל עד לשנים 2051-2052, ולנוכח מועד תום החכירה הקרב, נענתה קק"ל בשנת 2000 באמצעות חברת בת שלה – הימנותא – לפניות שיזמו גורמים שהתחזו למתווכים (להלן: הנוכלים), אשר הציגו מצג שווא שלפיו הפטריארכיה מעוניינת לבצע עסקה להארכת החכרת המקרקעין לתקופה ארוכה. בהתבסס על מצג השווא האמור, הימנותא העבירה 16 מיליון דולר לידי הנוכלים, ובנוסף 4 מיליון דולר לידי עו"ד וינרוט ששימש כבא כוחם של הנוכלים, ובתמורה קיבלה מסמכים מזויפים אשר מעגנים כביכול את "עסקת המקרקעין" (שתכונה להלן: עסקת המרמה). מסמכים אלה שימשו את הימנותא להביא לרישום הערות אזהרה לטובתה על הזכויות במקרקעין (להלן: הערות האזהרה). ויודגש כבר עתה: הפטריארכיה, לא רק שלא קיבלה "אף לא סנט אחד" כתוצאה מעסקת המרמה (ת"פ (מחוזי י-ם) 5243-12-10 מדינת ישראל נ' זוסמן, פסקה 54 (11.9.2012)), אלא שהיא כלל לא הייתה "צד" לעסקת המרמה – עסקה שנעשתה בין הנוכלים לבין הימנותא (אירוע זה בכללו יכולה להלן: התרמית או אירוע התרמית).

8. המשא ומתן ל"פשרה": בעקבות אירוע התרמית הוגשו כתבי אישום נגד הנוכלים, ובמקביל לבירורם, כבר בשנת 2000, הגישה הפטריארכיה לבית המשפט המחוזי בירושלים תביעה לסעד הצהרתי שלפיו עסקת המרמה חסרת תוקף, וכי דין הערות האזהרה שנרשמו לטובת הימנותא להימחק (ת"א 2307-00. להלן: תביעת הפטריארכיה). תביעה זו התנהלה שנים ארוכות (עד לקבלתה בפסק דין מיום 13.12.2013), ובשלב מסוים במהלך השנים הללו הונע, ככל הנראה על ידי עו"ד וינרוט (ועל כך יפורט להלן), משא ומתן בין הפטריארכיה לבין הימנותא בקשר למעמדם של המקרקעין ולהערות האזהרה שנרשמו על סמך עסקת המרמה (להלן: המשא ומתן או המגעים). הגורם המרכזי מטעם הפטריארכיה שלקח חלק במגעים האמורים היה הפטריארך תיאופולוס ג'אנופולוס (להלן: הפטריארך או הפטריארך תיאופולוס), אשר נבחר על ידי הסינוד

הקדוש, הגוף העליון המכוון והמנהל של הפטריארכיה (להלן: הסינוד), לכהן כפטריארך של ירושלים ביום 22.8.2005. חשוב לציין כי בזמן ניהול המשא ומתן עם הימנותא טרם קיבל הפטריארך תיאופולוס את כתב ההכרה הרשמי (High Berat; להלן: כתב ההכרה) ממדינת ישראל, ועניין זה היה אחד הנושאים שנידונו במסגרת השיג ושיח בין הצדדים (על חילופי הגברי שהתרחשו בנציגות הפטריארכיה כטריגר למשא ומתן, ראו תצהירו של עו"ד וינרוט, בפסקה 10).

9. מחומר הראיות עולה כי המגעים כללו מספר פגישות שארעו בין השנים 2008-2005 במקומות שונים, וכן תכתובות בין באי כוח הצדדים במהלך תקופה זו. במסגרת המגעים נידונו שתי חלופות פשרה אפשריות, כאשר לפי אחת מהן תשלם הפטריארכיה להימנותא תמורת מחיקת הערות האזהרה, יצירות אירוע התרמית (להלן: הסכם ברירת המחלוקת); ואילו לפי השנייה תואיל הפטריארכיה להאריך את חכירת המקרקעין על ידי קק"ל בתמורה לקבלת תשלום (להלן: ההסכם החלופי). ביום 12.3.2007 התקיימה במשרדו של עו"ד וינרוט ישיבה (שבעניינה יורחב להלן), ובמהלכה הוקרא הפרטיכל – המסמך העומד במוקד הליך זה, אשר שני נספחים שצורפו לו נתנו ביטוי לשתי חלופות הפשרה האמורות. בפרטיכל אף נקבע מנגנון המאפשר לכאורה לפטריארכיה לבחור בין שתי החלופות הללו, כשברירת המחדל הועמדה על תשלום פיצוי להימנותא בסכום של 13 מיליון דולר להסדרת טענותיה בקשר לעסקת המרמה, ולמחיקת הערות האזהרה. בהמשך, ביום 24.12.2007 העניקה ממשלת ישראל את כתב ההכרה לפטריארך, ולאחר מכן נערכו עוד מספר פגישות והתכתבויות בין נציגי הצדדים. אין חולק כי בשלב זה, לאחר שניתן כתב ההכרה, נתגלעו מחלוקות בין הפטריארכיה לבין הימנותא ביחס לפרטים מסוימים במתווים שנידונו, ואלו הובילו לשינויים בטיטוט "הסכם הפשרה" שגובש במעלה הדרך. לבסוף, לאחר ישיבה שהתקיימה ביום 15.4.2008, משכה הפטריארכיה את ידה מהמשא ומתן.

10. מניעיהם של השחקנים המרכזיים: אין ספק איפוא כי אכן התקיים משא ומתן בין הפטריארכיה לבין הימנותא בקשר לתוצאותיו של אירוע התרמית, וכי אף הייתה במהלך משא ומתן זה התקדמות בלתי מבוטלת. השאלה המרכזית שמעוררים הערעורים דנן היא האם משא ומתן זה הניב הסכם המחייב את שני הצדדים, וככל שהתשובה לכך שלילית, האם נסיגת הפטריארכיה מהמשא ומתן נעשתה בחוסר תום לב. כדי להשיב על שאלות אלה, חיוני לעמוד על המניעים והאינטרסים, למצער הגלויים, שהנחו את השחקנים המרכזיים במשא ומתן זה – הימנותא, הפטריארכיה ועו"ד וינרוט.

11. הימנותא, כאמור, היא חברה שמצויה בשליטתה של קק"ל, ונראה שאין מחלוקת על כך שהיא ייצגה את רצונותיה ומניעה של האחרונה באופן מלא במסגרת הפרשה (מטעם זה, ולמען הנוחות, אשתמש אף בשמה של קק"ל, תחת שמה של הימנותא, מפעם לפעם). כנציגתה הלא-רשמית של המדינה, הימנותא ביקשה להפיק מהמגעים עם הפטריארכיה את הארכת תקופת החכירה במקרקעין, וככל שהדבר לא מתאפשר, לרפא את הנזק שגרם לה אירוע התרמית בסכום גבוה ככל הניתן (על הניסיון הדו-ראשי של קק"ל בהקשר זה, ראו פסקה 7 לתצהירו של מר אברהם דובדבני, שכיהן כיו"ר עמית של דירקטוריון קק"ל במועדים הרלוונטיים (להלן: מר דובדבני)). בהקשר זה יוער כבר עתה, כי על מטרה אחרונה זו של מגעי הימנותא עם הפטריארכיה, כלומר ריפוי הנזק שנגרם לה בשל נפילתה ברשתם של הנוכלים, ניתן ללמוד מהסכום אותו כיוונה הימנותא לקבל במסגרת מגעים אלו – 13 מיליון דולר – שמשקף את ההפרש בין הסכום שהיא הוציאה במסגרת עסקת המרמה לבין הסכום שהושב לה עד אז (7 מיליון דולר; ראו בעניין זה, למשל, חקירתו הנגדית של עו"ד וינרוט, בעמ' 94 לפרוטוקול הדיון מיום 15.2.2018).

12. אשר לפטריארכיה, מחומר הראיות ומקביעותיו של בית המשפט קמא עולה כי התנהלותה של זו במסגרת המשא ומתן הונעה משני אינטרסים עיקריים. אינטרס אחד, היה רצונה במחיקת הערות האזהרה שנרשמו ביחס למקרקעין על שמה של הימנותא, כחלק מאירוע התרמית. בשלב בו התקיימו המגעים בין הצדדים, גורלו המשפטי של רישום זה, כמו של אירוע התרמית בכללו, טרם נחרץ (שכן תביעת הפטריארכיה הוכרעה, כזכור, רק בשנת 2013), כאשר הימנותא סירבה למחוק את הערות האזהרה, והשתמשה בהן כמנוף לחץ על הפטריארכיה לקבל ממנה את מבוקשה. לכך יש להוסיף כי בשלב כלשהו במעלה הדרך, נרקם קשר עסקי בין הפטריארכיה לבין צד שלישי, קבוצה בהובלתו של מר דוד סופר (להלן: מר סופר ו-קבוצת סופר, בהתאמה), שהתעניין בין היתר ברכישת זכויות החכירה במקרקעין, כאשר התמורה שהוצעה על ידו הייתה אמורה לכסות בין היתר את "דמי שחרור הערות האזהרה" שתשלם הפטריארכיה להימנותא (ראו עדותו של מר סופר, בעמ' 24 לפרוטוקול הדיון מיום 26.11.2019). האינטרס השני, נעוץ ברצונה של הפטריארכיה כי מדינת ישראל תכיר באופן רשמי במינויו של הפטריארך תיאופולוס, שיועד כאמור להיות הפטריארך החדש בירושלים. אכן, כפי שקבע בית המשפט קמא, נראה כי "חרב [הונפה מעל ראשו] של הפטריארך בהקשר זה, דהיינו כי רצונו של הפטריארך בהכרתה של המדינה במינויו שימש כמנוף לחץ בידי קק"ל לקידום המגעים שהתקיימו בין הפטריארכיה לבניה (ראו פסקה 138 לפסק הדין קמא, והמקורות המובאים שם). ודוק, המשא ומתן בין הצדדים נמשך גם לאחר שניתן כתב הכרה מטעם

ממשלת ישראל (ביום 24.12.2017), אך כאמור, ניכר שמניע זה לא ניצב לבדו, ולצידו פעל רצון הפטריארכיה במחיקת הערות האזהרה.

הערה: כבר עתה יצוין, כי קשה שלא להתרשם שמקורם של שני המניעים הנזכרים הוא בלחץ שהפעילו על הפטריארכיה, גם אם בעקיפין, רשויות המדינה (באמצעות הימנותא), אשר שאפו לחתום את אירוע התרמית בדרך של התקשרות בהסכם "פשרה" עם מי שכאמור לא היה צד לעסקת המרמה, תוך ניסיון להישען על זכויות שכלל לא עמדו להן. אשר למחיקת הערות האזהרה, הרי שהולדתן של אלו הייתה, כזכור, בחטא. אומנם, כפי שמדגישה הימנותא, בשלב בו ניהלו הצדדים משא ומתן טרם ניתנה הכרעה משפטית ברורה ביחס לתוקף עסקת המרמה. ואולם, מחומר הראיות עולה כי עוד קודם לכן הובן מצדה של הימנותא "שהסיכוי שיוכרע שזאת עסקה אמיתית הוא סיכוי מאוד נמוך... שוליי, קטן, אפסי" (דבריו של בא-כוח הימנותא, עו"ד אלחנני במסגרת חקירתו הנגדית, בעמ' 91 לפרוטוקול הדיון מיום 14.12.2017), ובכל זאת היא בחרה שלא למחוק את הערות האזהרה, ואף להשתמש בהן כמנוף לחץ על הפטריארכיה. אשר להכרה הרשמית בפטריארך, הרי שלפטריארך תיאופולוס לא היה דבר עם פרשת התרמית (שהתקיימה בעת שעל הכס ישב קודמו, הפטריארך דיאודורוס קריבליס), כך שכריכת ההכרה במינויו בהתנהלותו ביחס למגעי ה"פשרה" הייתה נטולת בסיס, בלשון המעטה. אף שמוכן אני לקבל שאין די בלחצים אלה כדי לקבוע שעצם ניהול המשא ומתן עולה כדי חוסר תום לב מצד קק"ל, או שיש בהם כדי לקיים את יסודות העושק או הכפייה כפי שטוענת הפטריארכיה (וראו פסקה 20 לחוות דעתו של חברי, בהקשר זה), הרי שלטעמי אין ספק כי יש להביאם בחשבון במסגרת דיוננו – וכך אכן אעשה בהמשך דבריי.

13. וכעת, עו"ד וינרוט. אין חולק על כך שעו"ד וינרוט לקח חלק מרכזי בקידום המגעים לפשרה, שעניינם עומד במוקד ערעור זה. בעיקר, ולצד הובלת המשא ומתן בין הצדדים (ראו סעיפים 10-12 לתצהירו של עו"ד וינרוט; וכן עדותו של עו"ד אלחנני, בעמ' 115 לפרוטוקול הדיון מיום 14.12.2017), נראה כי הוא היה גורם פעיל בגיבוש הפרטיכל, ובהמשך לכך יזם, עיצב ואירח את מעמד הקראתו (ראו: פסקאות 56, 72 ו-142-143 לפסק הדין קמא; עדותו של עו"ד אלחנני, בעמ' 59 לפרוטוקול הדיון מיום 14.12.2017; וראו פסקאות 20-24 להלן). ברי איפוא כי יחסו האישי של עו"ד וינרוט לפרשייה מושא ההליך דנן, ולסכסוך המשפטי שצמח בעקבותיה, הוא רכיב בעל משמעות לצורך דיוננו.

14. בהקשר זה, יש להבהיר בקול חד וברור: בשונה מהרושם שעשוי לעלות מקריאת טענותיה של הימנותא, לא ניתן להתייחס אל עו"ד וינרוט כמתווך ניטראלי במשא ומתן שהתנהל בין הפטריארכיה לבין קק"ל – רחוק מכך. עו"ד וינרוט היה שחקן מרכזי בפרשיית התרמית ביחס למקרקעי הפטריארכיה כבר מראשיתה, והיה לו אינטרס מובהק ומוחשי בהגעתם של הצדדים להסכם לאחר שהיא התפוצצה: בפרקיה הראשונים של העלילה, עו"ד וינרוט הוא זה שיצר קשר עם הגורמים הרלוונטיים במדינה בשם הנוכלים כדי להניע את העסקה שלימים התגלתה כעסקת מרמה, והוא זה שייצג את הנוכלים לאורכם של המגעים שהתקיימו בין הצדדים, כולל הכנתו של ההסכם שעמד במרכז התרמית, עד להוצאתה של ה"עסקה" לפועל (ראו ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ', בפסקאות 9-10 לפסק דינם של השופטת מרים נאור והשופט יורם דנציגר (22.4.2010)). עו"ד וינרוט אף שימש כנאמן לעניין העברת הכספים, ובמסגרת זו העבירה אליו הימנותא את כספי התמורה בסך של 16 מיליון דולר, זאת לצד סך של 4 מיליון דולר בגין עלויות עסקה – שרובו נותר בכיסו. משהתגלה כי מקורה של העסקה בזיוף ומרמה, ביקשה קק"ל להשיב אליה, בין היתר, את השכר שקיבל עו"ד וינרוט, אלא שזה סירב לעשות כן. על רקע זה, וכפי שעו"ד וינרוט עצמו הודה, הסכם פשרה בין הפטריארכיה להימנותא ניצב, באותו הזמן, כמוצא אחרון בפניו להצלת שכר הטרחה שקיבל כחלק מפרשיית המרמה (ראו תצהירו של עו"ד וינרוט, בפסקה 39; וכן חקירתו הנגדית, בעמ' 91 לפרוטוקול מיום 15.2.2018). כפי שמפורט בחוות דעתו של חברי, אל הטיוטה האחרונה של הסכם הפשרה בין הצדדים צורף נוסח של כתב המחאה, המעביר את זכויות התביעה של הימנותא כלפי עו"ד וינרוט לפטריארכיה, כאשר זו האחרונה, על פי הראיות שהוצגו בפני בית המשפט קמא, התכוונה לפטור את עו"ד וינרוט מתשלום (ראו פסקה 93 לחוות דעתו של חברי). ובלשון פשוטה: משמעותה של כריתת הסכם בין הימנותא לבין הפטריארכיה, מצדו של עו"ד וינרוט, הייתה לכאורה חתימת פרשיית התרמית בכל הנוגע אליו, תוך הותרת שכר הטרחה אותו קיבל במסגרתה ברשותו. זאת ועוד, עניינו האישי של עו"ד וינרוט לא הסתיים בעלילותיו של הסכם הפשרה, אלא נמשך אף לגדרי ההליך דנן. כפי שעלה בעדותו במסגרת חקירתו הנגדית, אם התביעה נגד הפטריארכיה תתקבל וזו תחויב לפצות את הימנותא, כי אז כוונתו של עו"ד וינרוט הייתה לבקש בחזרה את הסכום שהעביר לקק"ל במסגרת פשרה אליה הגיעו במסגרת ההליך קמא (ואשר קיבלה תוקף של פסק דין ביום 14.1.2013) – 5.5 מיליון דולר (ראו פרוטוקול הדיון מיום 15.2.2018, בעמ' 108; וראו פסקה 100 לחוות דעתו של חברי).

15. פעילותו של עו"ד וינרוט בקשר לנסיבות המקרה דנן חייבת להיבחן, איפוא, בשים לב לרקע שתואר. זאת, הן לנוכח מעורבותו בשלבים המוקדמים יותר של סיפור

המעשה, והן בהינתן העניין הברור שלו בקידום הסכם הפשרה אז, ובקבלת תביעתה של הימנותא לאחר מכן. אמור מעתה: לא מתווך ניטרלי, כי אם בעל עניין של ממש, שמסקנה לפיה ההסכם הנדון תקף משרתת אותו. כפי שיובהר בהמשך דבריי, גם למסקנה זו יש משקל בבחינת תוקפו של הפרטיכל.

כשבאמתחתנו הבהרות אלה ביחס לעובדות, נפנה להציג בקצרה את החלופות המשפטיות הקיימות לסיווגו של הפרטיכל.

סיווג הפרטיכל כהסכם ביניים

16. תכליתו של משא ומתן חוזי היא גיבוש הסכם ביחס להתקשרות העיקרית בה חפצים הצדדים. בענייננו, המשא ומתן נועד לגבש הסכם פשרה, שיסדיר את יחסי הצדדים בעקבות מעשה התרמית. ואולם, במהלך משא ומתן עשויים הצדדים להגיע לסוגים שונים של הסכמי ביניים, אשר אינם מביאים לסיום המשא ומתן, אלא משקפים הסכמות בעניינים שונים הנוגעים למשא ומתן ולהתקשרות הסופית. אין חולק כי הפרטיכל לא אמור היה לסיים את המשא ומתן, וכי הצדדים התכוונו להמשיך ולקדמו. במצב דברים זה מתעוררת השאלה, ככל שהפרטיכל הוא חוזה בעל תוקף משפטי, באיזה סוג של הסכם ביניים עסקינן?

17. ניתן להבחין בין שלושה סוגים של הסכמי ביניים שיכולים הצדדים לערוך במהלך משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה: הסכמים בדבר אופן ניהול המשא ומתן; הסכם לניהול משא ומתן; והסכמים חלקיים ביחס להתקשרות הסופית (זיכרון דברים או הסכם מוקדם). אציג בקצרה כל אחד מסוגי ההסכמים הללו, ולאחר מכן אתייחס לרלוונטיות שלו בהקשר בו עסקינן.

18. הסכמים בדבר אופן ניהול המשא ומתן – הצדדים יכולים להסכים ביניהם על הכללים לפיהם יתנהל המשא ומתן ביניהם מעתה ואילך, וככל שיעשו כן, ובכפוף לעמידה במבחני דיני החוזים (כוונה ליצור יחסים משפטים; גמירות דעת; מסוימות וכיוצא באלה), להסכמות אלו עשוי להינתן תוקף חוזי מחייב. דוגמה חשובה לכך היא הזמנה להציע הצעות במכרז, אשר על פי הדין יוצרת "חוזה נספח" המסדיר באופן מחייב את האופן בו עורך המכרז, והצדדים, נדרשים להתנהל במסגרת הליכי המכרז, דהיינו המשא ומתן לבחירת הזוכה. ככל שהצדדים יפרו מערכת כללים זו, עשוי בית המשפט להעניק סעד של אכיפה, אשר יחייב לנהל את המשא ומתן באופן עליו הוסכם, או סעד

של פיצויים, אשר יפצה את הנפגע בגין הפרת חובה זו (ראו ע"א 700/89 חברת החשמל נ' מליבו, פ"ד מז (1) 667, 687-688 (1993)). דוגמא אחרת היא התחייבות לבלעדיות במשא ומתן, שמשמעה כי אחד הצדדים, או שניהם, מתחייב שלא לנהל במקביל משא ומתן עם גורמים אחרים.

19. חוזה לניהול משא ומתן – לעיתים מסכימים הצדדים כי ינהלו ביניהם משא ומתן במטרה להגיע להסכם בעניין מסוים. בדין האנגלי נקבע כי הסכמה "עירומה" מסוג זה נעדרת מסוימות מספיקה, ולפיכך אין לתת לה תוקף משפטי (Walford v. Miles [1992] 2 A.C. 128 [H.L.]). בשיטת משפטנו ניתן למלא התחייבות כזו בתוכן באמצעות עקרון תום הלב, ואולם עדיין מתעוררת השאלה מה משמעותה של התחייבות שכזו, ובמה היא מוסיפה על החובה לנהוג בתום לב הקבועה ממילא בסעיף 12 לחוק החוזים (לדיון בחוזה לניהול משא ומתן ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 357-366 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: פרידמן וכהן)). למיטב ידיעתי, פסק הדין היחיד של בית משפט זה שעסק בהתחייבות לנהל משא ומתן, והכיר בתוקפה, הוא פסק דין שניתן לפי הדין שקדם לחוק החוזים (חלק כללי), והתבסס על הדין האנגלי שקדם לפרשת Walford v. Miles הנזכרת – ע"א 615/72 גלנר נ' התאטרון העירוני חיפה, פ"ד כח (1) 81 (1973) (להלן: עניין גלנר). באותו מקרה הבטיח מנהל תאטרון לתובע, במאי אנגלי שהוזמן על ידי התאטרון בשלוש העונות הקודמות לביים הצגה בכל עונה, כי יוזמן לביים הצגה גם בעונות 1969-1970. הבטחה זו לא קוימה, ואף לא נוהל עם הבמאי משא ומתן על מנת לבחון את אפשרות קיומה. השופט צבי ברנזון ציין כי לדידו אף אם נראה בהתחייבות זו משום התחייבות לנהל משא ומתן (ולא התחייבות מוגמרת) אין הבדל מהותי לגבי התוצאה הסופית, וזיכה את הבמאי הפגוע בשכר המובטח ובפיצוי על הנזקים התוצאתיים שנגרמו לו, ובכללם הפגיעה בשמו הטוב. מעמדו של תקדים זה בדין הישראלי אינו ברור, וכבר ציינתי בהקשר זה, בכובעי כשופט מחוזי, כך: "דומה כי את שנדרשנו בעבר לפתור על דרך מתיחת פניה של הדוקטרינה החוזית ניתן היום להשיג בצורה פשוטה וטבעית, באמצעות שימוש בעקרון תום הלב" (ת"א (מרכז) 44615-07-11 זיפ שיווק אופנה בע"מ נ' אייקי' אנד או אופנה בע"מ, פסקה 29(א) (8.4.2014) (ערעור שהוגש נמחק בהמלצת בית המשפט העליון במסגרת ע"א 3915/14)). מכל מקום, ראוי לחדד כי בעניין גלנר עצמו, ההסתברות שהייתה מושגת הסכמה לו היה מנוהל משא ומתן הייתה גבוהה מאד (למעשה, ככל הנראה, בית המשפט הניח באותו מקרה כי היא בדרגה של ודאות). למותר לציין, כי אין זהו המצב במקרה הרגיל בו נטען לקיומה של התחייבות לנהל משא ומתן.

20. הסכמים חלקיים ביחס להתקשרות הסופית (זיכרון דברים או הסכם מוקדם) – הסוג הנפוץ ביותר של הסכמי ביניים, בו הרבתה הפסיקה הישראלית לעסוק, הוא הסכם חלקי המושג במהלך המשא ומתן, מבלי להתיימר למצות אותו, במסגרתו מגבשים הצדדים הסכמות ביחס לעיקר תנאי העסקה, אך לא ביחס לכללם. הסכם כזה, שמקובל לכוונתו במשפט הישראלי "זיכרון דברים" או "הסכם מוקדם" (להלן: זיכרון דברים), מעורר דילמה. מחד גיסא, הוא מהווה הסכם ביניים, שלא היה אמור להביא את המשא ומתן לידי סיום, ועניין זה תומך בתפיסה שיש לסווגו כמסמך עזר, ולא להעניק לו תוקף משפטי; מאידך גיסא, עצם גיבושו של זיכרון הדברים (ובמקרה הרגיל, העלאתו על הכתב) עשוי לגלות גמירות דעת להתחייב בעסקה כבר בשלב זה, ומבלי שהדבר יהיה מותנה בסיכום יתר פרטיה (שלעיתים אינם מרכזיים להתקשרות). לאור זאת, בדין הישראלי, יש מצבים בהם זיכרון דברים מסווג כחוזה מחייב ביחס להתקשרות העיקרית, ויש שהוא מסווג כמסמך עזר שאין לו תוקף משפטי כחוזה מחייב – זאת בהתאם למבחנים שהוגדרו בפסיקה (לדיון במעמדו של זיכרון דברים בדין הישראלי ראו פרידמן וכהן, בעמ' 357-332; גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 189-194 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח)).

21. בהינתן האבחנות האמורות, כיצד יש להבין את טענת הימנותא כי הפרטיכל הוא בגדר חוזה מחייב? טענתה המרכזית של הימנותא בהתדיינות שלפנינו היא כי הפטריארכיה מחויבת בהסכם הפשרה (לפי החלופה של תשלום פיצויים), וממילא נראה כי לשם כך, עליה לשכנע כי הפרטיכל הוא בגדר זיכרון דברים מחייב. כך, משום ששתי החלופות האחרות אינן מתייחסות להסכמים ביחס לעסקה הסופית, אלא לשלב המשא ומתן בלבד. ואכן, בית המשפט קמא הבין כך את תביעת הימנותא, וניתח בהתאם את טיעוני הצדדים (ראו פסקאות 106-112 לפסק הדין קמא, הסוקרות פסיקה בעניין זיכרון דברים – "הסכם מוקדם" במינוח בו השתמש בית המשפט קמא).

22. חברי, הנשיא עמית, מזהה את הפרטיכל כ"חוזה לכרות חוזה שתנאיו ידועים ומוסכמים מראש, ושמועד חתימתו נקבע מראש" (פסקה 62 לחוות דעתו של חברי; וראו גם פסקה 24 לחוות דעתו). המונח "חוזה לכרות חוזה", בו משתמש חברי, עשוי להתייחס לשלושה סוגי חוזים שונים: האחד, הוא חוזה לניהול משא ומתן ביחס לעסקה שתנאיה טרם סוכמו, במשמעות אליה התייחסתי בפסקה 19 לעיל; השני, הוא כאשר במסגרת חוזה סופי אחד מסכמים הצדדים כי ייכרת ביניהם בעתיד חוזה נוסף שתנאיו מוגדרים. זהו, למשל, המצב כשמדובר בחוזה אופציה או כאשר נערך מכרז ומוכרז הזוכה; השלישי, הוא מצב ביניים, בו סוכמו חלק מתנאי החוזה, ואולם נדרש עדיין משא ומתן. מצב זה

שקול למעשה לזיכרון דברים (להרחבה בדבר שלוש האפשרויות האמורות, ראו פרידמן וכהן, בעמ' 360-363). החלופה הראשונה עשויה לתאר את הפרטיכל (ראו פסקה 24 להלן), ואולם ספק בעיניי אם אליה כיוון חברי. החלופה השנייה בוודאי לא הולמת את הפרטיכל, שהרי ברור וגלוי שאין מדובר בחוזה סופי, המסיים את המשא ומתן, אלא בהסכם ביניים בלבד. מניח אני איפוא שכוונתו של חברי לחלופה השלישית, שעניינה אינו שונה במהותו מהשאלה שהעמיד בית המשפט המחוזי לנגד עיניו.

23. אם כן, האם הפרטיכל, לפי טיבו, הוא אכן זיכרון דברים (כטענת הימנותא), או שמא נכון יותר לסווגו כהסכם לניהול משא ומתן או כהסכם המתייחס לאופן ניהול המשא ומתן? אודה כי כבר לנוכח שאלה זו עולה בעיניי קושי ניכר, אשר יש בו כדי ללמד על הבעייתיות בקבלת עמדת הימנותא. כך, שכן הפרטיכל אינו שייך באופן מובהק לאף אחת מהקטגוריות הללו. הוא כולל רכיבים מסוימים השייכים לכל אחת מהן, אך מבחינת מהותו אינו משתייך באופן מובהק למי מהן. אבהיר.

24. חלק מהוראות הפרטיכל עוסקות בדרך בה ינוהל המשא ומתן מעתה ואילך (למשל, סעיף 4 המורה כי הפטריארכיה רשאית להודיע על העדפת חלופת הפשרה השנייה (הארכת החכירה) בתוך 3 ימים מקבלת אישור הממשלה לכתב ההכרה, או סעיף 3 המתייחס להבאת חלופת הפשרה לאישור המוסדות המוסמכים בפטריארכיה מזה, ובק"ל מזה), ואולם לא רק שתביעת הימנותא אינה עוסקת בהפרת הוראות אלה, אלא שנראה כי שני הצדדים לא עמדו כלל על קיומן הלכה למעשה (כך, למשל, קק"ל עצמה לא הייתה מעוניינת לכבול את הפטריארכיה לחלופת הפשרה הראשונה (תשלום פיצויים), ושני הצדדים לא טרחו לפעול בלוח הזמנים שנקבע בסעיף 3 לעניין הבאת חלופה זו לאישור המוסדות המוסמכים. ראו גם פסקה 57 להלן). הוראה נוספת, אשר היא במובהק הוראה בדבר דרך ניהול המשא ומתן, היא הוראת סעיף 6.1 לפרטיכל, הקובעת את "נוסחת הקשר". לעניין הוראה זו, ומשמעותה, אתייחס בהרחבה בהמשך הדברים (פסקאות 66-71 להלן).

חלק אחר מהוראות הפרטיכל עשוי מבחינת מהותו להיות מוצג כהתחייבות לניהול משא ומתן במתווה שהוסכם, באופן המזכיר, אולי, את עניין גלנר. בראש ובראשונה הוראת סעיף 2 ממנה עולה לכאורה התחייבות להסכים על חלופת הפשרה הראשונה (תשלום פיצויים). ואולם, קריאת המסמך כמכלול, מלמדת כי לא רק שלא הוסכם עדיין על חלופה זו (ולראיה האפשרות לעבור לחלופה האחרת, שהייתה כמובן מועדפת על קק"ל, הקבועה בסעיף 4), אלא שהצדדים גם הבהירו במפורש שלא היא,

ולא החלופה האחרת, מחייבות בשלב זה (סעיף 6.1). אם לא די בכך, הרי שמסעיף 1 עולה כי הצדדים הסכימו "לעשות כל מאמץ על מנת להסדיר בדרכי פשרה ושלום" את המחלוקות ביניהם, ואולם מכך ניתן להסיק לכל היותר מחייבות להשתדלות במשא ומתן, לא התחייבות לתוצאה כזו או אחרת. מכל מקום, נראה כי היבט זה של הפרטיכל נבחן על ידי בית המשפט קמא, וכך גם אדון בו אני, במסגרת הדיון בעקרון תום הלב (ראו פסקאות 83-91 להלן).

לבסוף, צירוף הטיוטות של שתי חלופות הפשרה לפרטיכל יכול להתיישב עם התפיסה לפיה מדובר בזיכרון דברים, במובן של הסכם חלקי ביחס להתקשרות הסופית, במיוחד לאור ההבהרה ביחס לכל אחת מהן שמדובר בנוסח שסוכם באופן מלא על ידי הצדדים. ואולם בשונה מהמצב הרגיל של זיכרון דברים, בו הפרטים המהותיים של העסקה סוכמו, במקרה דנן, בשלב הנוכחי, לא סוכם הדבר המהותי ביותר – לאיזו חלופת פשרה מועדות פני הצדדים: תשלום פיצוי על ידי הפטריארכיה להימנות או הארכת החכירה לטובת קק"ל. הדרך היחידה להתגבר על קושי מהותי זה (שהרי ברור שחלופת הפשרה היא פרט מהותי, שבלי לסכמו לא יתכן לתת תוקף לזיכרון דברים), היא להניח שכוונת הצדדים הייתה להותיר בחירה זו לשיקול דעת מוחלט של הפטריארכיה (כפי שעולה לכאורה מסעיף 4 לפרטיכל). אפס, הסכמה שכזו, אינה מתיישבת עם האופן בו נהגו הצדדים בהמשך המשא ומתן, ובמיוחד אינה עולה בקנה אחד עם התקשרותה הנמשכת של קק"ל להגביל את יכולת הפטריארכיה לעשות במקרקעין כרצונה לאחר סיום תקופת החכירה (וראו פסקה 164 לפסק הדין קמא). בנוסף, ולעניין זה אחזור בהמשך, זיכרון דברים הוא מסמך לגביו מתקיימת גמירות דעת של שני הצדדים להתקשר לאלתר בעסקה העיקרית. עניין זה בוודאי אינו מתאים למצב הדברים אותו על פני הדברים נועד הפרטיכל לפתור – העדר יכולת של הנושאים והנותנים להתקדם במשא ומתן ללא קבלת הכרעה של המוסדות המוסמכים.

25. הקושי לשייך את הפרטיכל לקטגוריה ברורה של הסכם ביניים אינו מקרי. הוא נובע מכך שהלכה למעשה מדובר בעיקרו של דבר במסמך עזר, שנועד לקדם את המשא ומתן, אבל לא ליצור עדיין הסכם פשרה מחייב בין הצדדים. כך, בהינתן שבשלב זה הצדדים (להבדיל מעו"ד וינרוט) לא היו מעוניינים להתחייב ביחס לחלופת הפשרה שתקבע, והסכימו רק להעלות על הכתב את שתי החלופות, בצירוף הצעה ליחס ביניהן, ובצד זאת לקבוע מתווה להתקדמות המשא ומתן, באמצעות הבאת העניין לפני המוסדות המוסמכים אצלם. ודוק, הנושאים והנותנים משני הצדדים, כמו גם הפטריארכך, עדיין לא היו בשלים באותה עת להתחייב ביחס לחלופת הפשרה המועדפת עליהם. כך, בין היתר,

מהטעם שבשלב זה קק"ל עדיין קיוותה שיעלה בידה להביא את הפטריארכיה לאופציה המועדפת עליה, הארכת תקופת החכירה. רק בדיעבד, משהסתיימו ההליכים הפליליים בשנת 2010, והיה ברור לקק"ל כי היא צפויה להפסיד גם בהליך האזרחי ביחס לאכיפת עסקת המרמה, שינתה טעמה, וביקשה לבסס את תביעתה נגד הפטריארכיה בהליך האזרחי גם, ולימים בעיקר, על הטענה שהפרטיכל הוא מסמך המזכה אותה בתשלום לפי חלופת הפיצוי.

26. כאמור, בית המשפט קמא, וככל הנראה גם חברי, מנתחים את מעמדו המשפטי של הפרטיכל באמצעות ההלכות שנקבעו לעניין תוקפו של זיכרון דברים. למרות הקושי שאני רואה בכך, ומבלי לטעת מסמרות בעניין, אלך אף אני בדרך זו, המשקפת את האופן בו התיק נטען על ידי הימנותא. בתוך כך יש לזכור, כי הוראות מסוימות בפרטיכל הן במובהק הוראות בעניין אופן ניהול המשא ומתן. להוראות אלה ניתן לעיתים לייחס תוקף מחייב באופן עצמאי, כהסכם בעניין אופן ניהול המשא ומתן, וזאת במנותק מהשאלה אם מדובר בזיכרון דברים מחייב (ראו, למשל, פסקאות 66-71 להלן).

הפרטיכל והמבחנים לזיהוי זיכרון דברים מחייב

27. אקדים מספר הבהרות ביחס למבנה הפרטיכל. כזכור, אל הפרטיכל הוצמדו שתי טיוטות מפורטות, אשר שיקפו שתי חלופות להסכם פשרה אפשרי בין הפטריארכיה לבין הימנותא – האחת, שעוגנה בטיוטה א', כללה תשלום בסך 13 מיליון דולר על ידי הפטריארכיה בתמורה למחיקת הערות האזהרה (אותה כינתי הסכם ברירת המחדל); השנייה, שעוגנה בטיוטה ב', עניינה בהארכת חכירת קק"ל את המקרקעין בכ-150 שנים נוספות בתמורה לתשלום של 4.5 מיליון דולר (אותה כינתי ההסכם החלופי). על פי הכתוב בפרטיכל, חיוב הצדדים באחד מהסכמי הפשרה יחל לאחר שאלו יחתמו עליו, כאשר לחתימה זאת יקדמו מספר אירועים. אם כן, דיוננו נסוב על שני חוזים אפשריים: הראשון, הוא מסמך ביניים, הפרטיכל עצמו, שכלל תניות שונות העוסקות בתקופה שעד לכריתת הסכם הפשרה הסופי, בתנאים לכריתתו ואשר אליו צורפו הטיוטות; והשני הוא אחד מהסכמי הפשרה, שחתימתו עתידה הייתה "לחתום" את המגעים בין הפטריארכיה לבין הימנותא, ולשים סוף לפרשה. כמובהר, במוקדו של דיון זה, ניצבת שאלת מעמדו של מסמך הביניים, דהיינו של הפרטיכל, והאפשרות להקנות לו תוקף כזיכרון דברים מחייב.

28. כפי שהזדמן לי לציין לאחרונה בעניין אחר, הפסיקה הישראלית הרבתה לעסוק בשאלת מעמדם של מסמכי ביניים, אשר נטען כי הם זיכרון דברים מחייב. מאז ניתן פסק הדין המנחה בע"א 148/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 283, 288-285 (1979) (להלן: עניין רבינאי), הגישה שאומצה היא "גישה מהותית, המבקשת לבחון האם מסמך הביניים עומד בדרישות המהותיות לכריתת חוזה – דהיינו, בהינתן שהצדדים התכוונו ליצור יחסים משפטיים באמצעות המשא ומתן, האם מתקיימות במסמך הביניים שתי הדרישות הנוספות החיוניות ליצירת חוזה על פי הדין הישראלי: גמירות דעת ומסוימות" (ע"א 1456/22 עג'מי נ' וואחת אל סאלס נווה שלום (ועד מקומי נווה שלום), פסקה 24 (28.2.2024) (להלן: עניין עג'מי). לסקירת ההלכה הנוהגת בעניין זיכרון דברים ראו גם: ע"א 8320/09 אלחדד נ' שמיר, פסקה 24 (29.3.2011) (להלן: עניין אלחדד)). כפי שגם יובהר להלן, כאשר מדובר בעסקה במקרקעין, יש לעמוד גם בדרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין (ראו פסקאות 72-78 להלן). גישה זו (הגישה המהותית) החליפה גישה פורמאלית יותר, שהניחה כהנחת מוצא שהסכמת הצדדים על מסמך בו הם מכירים כמסמך ביניים אינה מעידה על כוונה ליצור באמצעותו חבות חוזית ביניהם (ראו: מנחם מאוטנר "רק החוזה המקצועי, ולא זיכרון הדברים, צריך ליצור זכויות וחייבים בעסקאות במקרקעין" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 303, 304-308 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021) (להלן: מאוטנר)).

29. הכרה בתוקפו המחייב של זיכרון דברים, להבדיל מהכרה בתוקפם המשפטי של הסכמי ביניים אחרים (דהיינו הסכם בדבר אופן ניהול המשא ומתן או הסכם לניהול משא ומתן), משמעה כי הצדדים קשורים כבר במהלך המשא ומתן בעסקה העיקרית. לפיכך, כאשר על הפרק טענות בדבר מעמדו של מסמך כזיכרון דברים מחייב, יש לבחון את גמירות דעת הצדדים ביחס להתקשרות בעסקה העיקרית (לצד יתר התנאים הנדרשים, כאמור לעיל), ולא ניתן להסתפק בקיומה של גמירות דעת הנוגעת להיבטים "מקומיים" של המשא ומתן. כך, משום שהסכמות הנוגעות להליך המשא ומתן, כדוגמת התחייבות להביא עניין לאישורו של גורם מסוים, או לקבל היתר מרשות מסוימת, עשויות להוות חלק מהסכם ביניים הנוגע לאופן התנהלות המשא ומתן, וזאת מבלי שיהיה בכך כדי ללמד על גמירות דעת ביחס לעסקה הסופית. בהתאם, בהינתן שבמוקד דיוננו ניצב זיהוי הפרטיכל ככזה שבגדרו הגיעו הצדדים להסכמה סופית על הסכם פשרה מחייב (ההסדר לפיו הפטריארכיה תפצה את הימנותא ב-13 מליון דולר, שהוא כאמור הסכם ברירת המחלוקה), גמירות הדעת צריכה להיבחן באספקלריה של הסדר זה, ולא ביחס להסדרים "מקומיים" שונים המופיעים בפרטיכל, ואשר אותם ניתן להבין, בהקשר של אופן ניהול המשא ומתן (למשל, סוגיית דרישת החתימה שתיבחן בפסקאות 66-71 להלן). בהקשר

זה, עלינו להקפיד שלא לאחוז את החבל משני קצותיו: מצד אחד להקל בדרישות להכרה בפרטיכל כהסכם מחייב בשל היותו הסכם ביניים נפרד ומוקדם להסכם הסופי (ראו, למשל, פסקה 64 לחוות דעתו של חברי, ביחס לדרישת החתימה שנקבעה בפרטיכל; וראו גם פסקה 54 לחוות דעתו, ביחס לסוגיית אישור המוסדות), ומצד שני לראות בו ככזה שמגלם באופן מלא את כוונת הצדדים להיקשר בהסכם פשרה מחייב שיסיים את המגעים ביניהם. אחיזה בו-זמנית כזו בקצוות החבל – הקצה הנטוע במעמד הביניים של המסמך והקצה הנטוע במעמדו הסופי – עלולה לרוקן מתוכן את הדרישה שעניינה גמירות הדעת, ולהביא להכרה לא רצויה במסמכי ביניים, שמגלמים הבנות ביחס לאופן ניהול המשא ומתן בלבד, ללא שיגבשו הסכמה ביחס להיקשרות בעסקה הסופית, כזיכרון דברים מחייב. כפי שיודגם להלן, נקודה זו היא מהטעמים המרכזיים שמביאים אותי לעמדה אחרת מזו של חברי.

30. כעת אפנה להסביר מדוע לדידי הפרטיכל לא עונה על הדרישה הבסיסית שעניינה גמירות דעתן של הפטריארכיה והימנותא להיקשר לאלתר, כבר במועד עריכת הפרטיכל, בהסכם פשרה מחייב. בהיעדר מפגש רצונות כזה, הפרטיכל, גם אם שיקף את עמדות הנושאים והנותנים (ובכללם הפטריארך) בזמן אמת, היווה לכל היותר מתווה לניהול המשא ומתן, אשר ביקש להורות את הדרך להמשך המגעים בין הפטריארכיה לבין הימנותא.

גמירות דעת הצדדים ביחס לפרטיכל

31. כידוע, וכפי שכבר הזכרתי, היסוד המרכזי הנחוץ לאפיונו של מסמך ביניים כזיכרון דברים מחייב, הוא שעליו לבטא מפגש רצונות של הצדדים לו להיקשר לאלתר בעסקה הסופית (בענייננו הסכם הפשרה), שתנאיה העיקריים ידועים ומוסכמים על פי מבחן אובייקטיבי. גמירות דעת זו יכולה להילמד מתוכנו של המסמך שבמחלוקת, וכחלק מכך מלשונה של הנוסחה המגדירה את היחס בין המסמך לבין החוזה המפורט אשר עתיד להיחתם – הלא היא 'נוסחת הקשר', וכן מנסיבות העניין ומהתנהגותם של הצדדים (ראו: עניין עג'מי, בפסקה 27, והאסמכתאות המובאות שם).

32. חברי בחוות דעתו, ביסס את קביעתו שלפיה הצדדים גמרו בדעתם להתקשר בפרטיכל כהסכם פשרה מחייב, על שני טעמים עיקריים: א. פרטי הישיבה שהתקיימה ביום 12.3.2007 במשרדו של עו"ד וינרוט; שני, תוכנו של הפרטיכל (ראו פסקאות 28-27 לחוות דעתו). אני סבור כי בחינת שני טעמים אלה, כמו גם שיקולים נוספים, מוליכה

במובהק למסקנה ההפוכה, לפיה אף אם הפרטיכל אכן שיקף בשעתו את עמדות הנושאים והנותנים מטעם הפטריארכיה והימנותא ביחס למתווה להמשך המשא ומתן (ובכללם הפטריארך תיאופולוס), הרי שלא התקיים במסגרתו מפגש רצונות בין הפטריארכיה לבין הימנותא היכול לבסס קביעה שנוצר הסכם פשרה מחייב.

הישיבה ה"חגיגית" מיום 12.3.2007

33. המאורע שעומד במוקד טענותיה של הימנותא, ובמידה רבה אף בלב חוות דעתו של חברי, הוא הישיבה שנערכה ביום 12.3.2007 במשרדו של עו"ד וינרוט (ותכונה להלן: מעמד הקראת הפרטיכל או המעמד). במעמד זה נכחו הפטריארך, עורכי דינה של הפטריארכיה, נציגי קק"ל והימנותא, עו"ד וינרוט, וכן שני שופטים בדימוס (אביגדור משעלי ז"ל ודן ארבל (להלן: השופט בדימוס ארבל; ויחד: השופטים בדימוס)). יצוין כי השופטים בדימוס לא היו מעורבים בשלבים הקודמים במשא ומתן, ו"גויסו" למעמד על ידי עו"ד וינרוט כעדים חיצוניים למתרחש בו (ראו תצהירו של השופט בדימוס ארבל, בסעיפים 4-8; וכן עדותו, בעמ' 71-81 לפרוטוקול מיום 15.2.2018). במסגרת המעמד הקריא עו"ד אלחנני, בא-כוחה של הימנותא, את עיקרי הפרטיכל, כאשר בתום הקראה זו חתמו על הפרטיכל ("לראיה"; ראו סעיף 10 לפרטיכל) עו"ד וינרוט ושני השופטים בדימוס, והם בלבד (ראו פסקה 30 לפסק הדין קמא).

34. זיהויו של מעמד הקראת פרטיכל כמעמד "טקסי" ו"חגיגי" הוא אכן יסוד בעמדה שלפיה הפרטיכל ביטא מפגש רצונות של הצדדים להיקשר בהסכם מחייב (ראו פסקאות 27-33 לחוות דעתו של חברי, הנשיא עמית; סעיף 25 לסיכומי הימנותא בהליך דנן; וראו גם תצהירו של עו"ד וינרוט, בסעיף 17). חגיגות זו מעידה, כך נטען, על סיומו של המשא ומתן (שאם לא כן, "על מה החגיגה"?), ויש בכוחה, על פי הטענה, להתגבר על סימנים המקשים על הכרה בגמירות דעתם של הפטריארכיה וקק"ל בשלב הקראת הפרטיכל, דוגמת היעדרה של חתימה מטעם הצדדים, והביטוי המפורש הניתן בפרטיכל לכוונה לדחות את ההתקשרות בהסכם מחייב. ואולם, מספר נקודות מובילות אותי שלא לייחס לאותה "טקסיות" או "חגיגות" כל חשיבות, ואולי אף ללמוד ממנה את המסקנה ההפוכה מזו שמסיק חברי.

35. ראשית, במקרים בהם ייחס בית משפט זה בעבר חשיבות לקיומו של "מעמד חתימה חגיגי" היה זה אירוע שאורגן על ידי הצדדים, או התרחש ביניהם באופן ספונטני, ולפיכך שיקף את אומד דעת המתקשרים. לעומת זאת, כפי שכבר ציינתי, הבמאי והמפיק

של מעמד הקראת הפרטיכל היה עו"ד וינרוט, שהיה בעל אינטרס ברור בכך שהמשא ומתן יבשיל לכדי הסכם מחייב – וזאת לכאורה מבלי שייחס חשיבות לחלופה שתיבחר (וזאת בשונה מהצדדים עצמם, שייחסו כמובן לעניין זה חשיבות קריטית). בהתאם, עו"ד וינרוט לא רק הגה את הרעיון לעצב מעמד שיהדהד לצופה החיצוני גמירות דעת (וקשה להשתחרר מהרושם שעיצוב זה נעשה ברוח ע"א 692/86 יעקב בוטקובסקי ושות' – חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת, פ"ד מד(1) 57 (1989) (להלן: עניין בוטקובסקי)), אף בהיעדר ביטוי מפורש לכוונה כזו של הצדדים, אלא גם גייס את השופטים בדימוס כעדים לצורך כך. בהתאם, עו"ד וינרוט הוא גם זה שדאג לתדרך את השופטים בדימוס לקראת האירוע, וללמדם על כך ש"מדובר במעמד הסכמה פורמאלי, שבו אמורים הצדדים למשא-ומתן שהתקיים במעורבותו להצהיר ולהתחייב זה כלפי זה בהסכמות שפרטיהן הועלו על הכתב" (תצהירו של השופט בדימוס ארבל, בסעיף 4). בהינתן האמור, היכולת ללמוד מהמעמד החגיגי, כמו גם מעדות השופטים בדימוס, על אומד דעת הצדדים מעורר קושי ניכר.

36. שנית, בראייתי, עצם הניסיון הנואש של המתווך, עו"ד וינרוט, להקנות לפרטיכל מעמד של זיכרון דברים, באמצעות זימון השופטים בדימוס לאירוע, מלמד על מופרכות הטענה שאירוע זה משקף גמירות דעת מצד הפטריארכיה וקק"ל. במקום לבסס את הסכמת הצדדים לאמור בפרטיכל בדרכים המקובלות במקומותינו, טורח עו"ד וינרוט לביים מחזה חריג באמצעות ייבוא שופטים-ניצבים שכמו נלקחו מסרט אחר. ואשאל את עצמי: לשם מה נדרש עו"ד וינרוט מלכתחילה לתכסיס זה על מנת ללמוד על הסכמה, מקום שהצדדים מצויים לפניו, ואין כל קושי לבקש את הסכמתם בדרך פשוטה ומקובלת (ודוק, ההסבר שעניינו חוסר רצונו של הפטריארך לחתום בטרם התקבל כתב ההכרה אינו מספק בהקשר זה, ולו משום שקיימות דרכים אחרות לתת ביטוי להסכמה כמבוקש, דוגמת חתימת באי כוחם של הצדדים)? מדוע מראש חשב שיידרשו שני עדים אמינים (שופטים בדימוס – לא פחות!) על מנת לשכנע בעניין שלא היה כל קושי לבררו ולהוכיחו במישרין? אכן, נסתר מעיניי כיצד נוכחות השופטים בדימוס, או עדותם, מקדמת את המסקנה כי הצדדים גמרו דעתם להיקשר בפרטיכל. נהפוך הוא, להבנתי, עצם הצורך המלאכותי בהם מעיד שהיה ברור לכל, ומעל לכולם לעו"ד וינרוט, כי נכונות לתת התחייבות משפטית ביחס להסכם הפשרה על ידי מי מהצדדים אינה קיימת עדיין.

37. שלישית, ובהמשך לכך, גם אם נקבל שבמסגרת המעמד ניתנה הסכמה מצד הפטריארך לאמור בפרטיכל (בניגוד לגרסה שמסר הפטריארך, ראו פסקאות 146-147 לפסק הדין קמא), עלינו להותיר הסכמה זו במידותיה, כפי שאלו עולות מהעדויות שנשמעו בהליך קמא, ולא להפריז בעוצמתה. טעם אחד לדבר, הוא שהפרטיכל לא נחתם

על ידי נציגיהם של הצדדים; ומצד הפטריארכיה – לא על ידי הפטריארך, ואף לא על ידי באי-כוחה, עו"ד מוגרבי ועו"ד זועבי שנכחו במעמד. כאמור, מי שבכל זאת חתמו על הפרטיכל, תוך הצהרה כי הצדדים "התחייבו זה כלפי זה לפעול בהתאם לאמור ב[פרטיכל] ולקיים את הוראותיו", הם עו"ד וינרוט, שעל מניעיו בנסיבות העניין כבר עמדתי, והשופטים בדימוס, שכזכור לא היו מעורבים כלל במשא ומתן עד לנקודה זו, ו"הונחתו" לתוך האירוע על ידי עו"ד וינרוט לצורך מתן הצהרה זו בדיוק. אם לא די בכך, ממשלב עדויותיהם של עדי התביעה בהליך קמא עולה כי הסכמתו של הפטריארך לאמור בפרטיכל בוטאה באמצעות הנהון או אמירת "כן" בסופה של הקראת עיקריו על-ידי עו"ד אלחנני – הא ותו לא (ראו בעיקר בעדותו של עו"ד אלחנני, בעמ' 59 לפרוטוקול מיום 31.10.2017 ("למיטב זכרוני זה לא שהוא קם ועשה הצהרה חגיגית"); אך גם בעדויותיהם של מר דובדבני, בעמ' 60 לפרוטוקול מיום 4.3.2019, ושל אחד מבאי כוחן של קק"ל והימנותא, עו"ד יואלי, בעמ' 80-81 לפרוטוקול מיום 15.2.2018; כן ראו פסקה 30 לפסק הדין קמא). במילים אחרות, "הסכמת הפטריארך", שעל פי הטענה די בה לשקף גמירות דעת מצד הפטריארכיה לשלם 13 מיליון דולר (!), לא רק שלא ניתנה באמצעות חתימתו על הפרטיכל, או בכל ביטוי כתוב אחר (ועל כך ראו בפסקאות 66-80 להלן), אלא על פני הדברים גם לא באופן חגיגי וייחודי המבטא את החדווה ושביעות הרצון מהשלמת המגעים, כפי שהאוחר בתזת הכריתה האמורה יכול היה לצפות. אכן, אם נרצה – הררים התלויים בשערה.

38. לבסוף, ובהמשך לאמור, העדויות שעליהן נשענת התזה בדבר משמעותו של המעמד כוללות את עדויותיהם של עו"ד וינרוט ושל השופט בדימוס ארבל. אף שבית המשפט קמא מצא עדויות אלו מהימנות (פסקה 131 לפסק הדין קמא), קשה שלא לקרוא ולהעריך את עדותו של עו"ד וינרוט על רקע דבריי שלעיל ביחס למניעיו (שכללו, כזכור, אינטרס מובהק בהצלחת התובענה שבמוקד ההליך דנן), וספק בעיניי כיצד יכול השופט בדימוס ארבל, שמוסכם כי לא לקח כל חלק במגעים של הצדדים עד לנקודה זו, להצהיר בביטחון כי "אין מדובר בשלב-ביניים במשא-ומתן, אלא במעמד מסכם שבו ביטאו הצדדים את גמירות-דעתם להתקשר בהסכם הפשרה על-פי הוראות הפרוטוקול. הישיבה היוותה מעין 'טקס הסכמה', שבו הצדדים מצהירים כי הגיעו להסכמות הכתובות בפרוטוקול ומתחייבים לפעול על-פיהן" (סעיפים 4-8 לתצהירו).

39. על רקע הטעמים הללו, דומני כי היכולת להסיק ממעמד הקראת הפרטיכל על כוונתם של הצדדים להיקשר בהוראותיו, ובוודאי להיקשר באופן סופי ומחייב בהסכם הפשרה, מוטלת בספק – ספק גדול. אכן, הפסיקה הכירה בכוחה של הסכמה בהתנהגות

לענות על דרישת גמירות הדעת במקרים מסוימים (ראו, למשל: עניין בוטקובסקי). ואולם, וזאת שומה עלינו לזכור, אירוע, חגיגי ככל שיהיה, אינו יכול לבוא תחת כוונת הצדדים ליצור יחסים משפטיים לאלתר – שהיא היסוד בלעדיו לא קם חוזה מחייב (ועל כך יורחב עוד בפסקאות הבאות). אין להותיר, איפוא, לאופן החגיגי בו עוצב מעמד הקראת הפרטיכל על ידי עו"ד וינרוט, וביוזמתו, לטשטש את אופייה ומשמעותה של הסכמת הצדדים, כפי שזו עולה מנסיבות המקרה.

40. הספקות הללו ביחס למשמעות הישיבה ה"חגיגית" הן רק קצה הקרחון, והמקום הראשון שייחדתי להם נובע רק מהמשקל הנכבד שייחס חברי לעניין זה. גם אם נתעלם מהן, ונניח כי "חגיגות המעמד" היא בעלת משמעות לעניין גמירות דעת הצדדים, עדיין, הקביעה כי במעמד זה התגבשה גמירות דעת כזו להיקשר בהסכם הפשרה, מעוררת קשיים בלתי עבירים. קשיים אלה יפורטו כעת.

פסק הדין קמא

41. ראש וראשית, עמדתו של חברי, הנשיא עמית, המזהה במעמד הקראת הפרטיכל מפגש רצונות ביחס לתנאיו המהותיים של הסכם הפשרה, מנוגדת לקביעתו העובדתית של בית המשפט קמא בסוגיה זו. בפסק דינו, עמד בית המשפט המחוזי באופן מפורש על רכיבים חסרים בגמירות דעתם של הצדדים ביחס להיקשרות בפרטיכל כחוזה מחייב, כאשר במרכזם העדר אישוריהם של הסינוד ושל הגורם המוסמך בקק"ל לצורך כריתתו של הסכם כאמור, וכוונתם של הצדדים ביחס לאלו (ראו פסקאות 126-136 לפסק הדין קמא). לאור החוסרים האמורים, בהינתן "נוסחת הקשר" הקבועה בפרטיכל, ולנוכח התרשמותו מהעדויות ששמע, קבע בית המשפט כי: "גם אם אלך כברת דרך לקראת התובעת ואניח את חתימת הפרטיכל בשם הפטריארך במעמד הטקס החגיגי, עדיין – תוקפו של הפרטיכל הינו, לכל היותר, הסכם מקדים, לקראת כריתתו של הסכם פשרה, ללא שהתכוונו הצדדים, ולמצער הפטריארכיה, לשכללו כדי הסכם מחייב" (פסקה 136 לפסק הדין קמא. ההדגשה במקור). אמור מעתה: על בסיס מכלול הראיות שעמדו בפניו, בית המשפט קמא קבע ממצא עובדתי שלפיו הצדדים לא התייחסו לפרטיכל כזיכרון דברים מחייב, דהיינו לא ראו בו הסכם פשרה מחייב. הכרעתו של חברי, שלפיה עסקינן בהסכמה מחייבת בין הצדדים להיקשר בהסכם הפשרה, הופכת קביעה זו, והדבר מעורר קושי ניכר לאור כללי ההתערבות המקובלים בקביעות העובדתיות של הערכאה הדיונית (וראו בעניין זה, עניין רבינאי, בעמ' 288-289, בו נאמר כי מבחן גמירות הדעת הוא "עניין שבעובדה הנקבע על-פי ממצאיו של בית משפט קמא"; וכן עניין אלחדד, בפסקה 29, בו

נכתב כי "שאלת קיומה או היעדרה של גמירות דעת מסורה להכרעתה של הערכאה הדיונית בהיותה הערכאה ששומעת את העדים ומבררת את המחלוקות העובדתיות הנטושות בין הצדדים".

תוכן הפרטיכל – נוסחת הקשר ועניינים נוספים

42. עניין נוסף המקשה עד מאד על זיהוי גמירות דעת להיקשר בהסכם פשרה במעמד הקראת הפרטיכל, נוגע לתוכנו של מסמך זה. מטבע הדברים, ככל שהפרטיכל אכן מייצג את ההבנות אליהן הגיעו נציגי הפטריארכיה ונציגי קק"ל בעת הקראתו, כטענת הימנותא, הרי שניתן ללמוד מפרטים המופיעים בו, כמו גם מכאלו החסרים בו, על כוונתם של הצדדים לו "בזמן אמת" (ראו, מני רבים: עניין רבינאי, בעמ' 285-288; ע"א 9255/11 דניאל נ' פלונית, פסקה 22 (11.8.2013); שלו וצמח, בעמ' 173). בענייננו, עיון בסעיפי הפרטיכל מחזק גם הוא את המסקנה כי הוא היווה מסמך עזר במשא ומתן ולא זיכרון דברים מחייב. אפתח איפוא בפרטים המופיעים בפרטיכל, ולאחר מכן אפנה לפרטים החסרים בו.

43. בראש ובראשונה – נוסחת הקשר. במסגרת סעיף 6.1 לפרטיכל הסכימו הצדדים במפורש כי ללא "החתימה המלאה" על הסכם הפשרה – ההתחייבויות המפורטות בטיוטות שצורפו לפרטיכל לא יהיו בעלות תוקף משפטי ("האמור בטיוטות א' ו/או ב' לא יחייב את קרן הקיימת לישראל או את הפטריארכיה אלא עם החתימה המלאה על איזה מהמסמכים הנ"ל"). גם אם נתעלם מהמשמעות שיש להסכמה זו במישור הצורה (עליה ארחיב בפסקאות 66-71 להלן), הרי שבמישור גמירות הדעת, נראה שלא יכול להיות ביטוי מפורש יותר לרצונם של הצדדים, אשר אין מחלוקת שהיו מיוצגים היטב, "לדחות" את מועד כניסתם בשערי הסכם הפשרה המחייב, בין אם לפי חלופת הסכם ברירת המחדל ובין אם לפי חלופת ההסכם החלופי, ולא להיכנס בהם כבר בשלב זה. אכן, עסקינן בנוסחת קשר מפורשת בין הפרטיכל לבין ההסכם הסופי – הוא הסכם הפשרה – המשמיעה כי הראשון לא יגרור עמו את חיובי השני עד לחתימה כאמור על טיוטה המשקפת את אחת החלופות. ודוק: אין חולק על כך שנוסחת קשר הקבועה במסמך ביניים איננה חזות הכל, ושמסקנה בדבר מעמדו של מסמך הביניים כפופה למכלול נסיבותיו של המקרה הנדון (ראו, למשל, עניין רבינאי, בעמ' 288; עניין עג'מי, בפסקה 27, והאסמכתאות המובאות שם). אלא שענייננו במקרה מן המקרים החריגים בהם הצדדים נקטו "בלשון ברורה ומפורשת באשר ל'נוסחת הקשר'", באופן המצדיק מתן משקל משמעותי לפשט האמור בה (עניין רבינאי, בעמ' 287; והשוו לע"א 9247/10 רוזנברג

נ' טבן, פסקה 17 (24.7.2013)). במצב דברים זה, ולנוכח יתר הנסיבות המובאות כאן, דומה כי הפרטיכל, המסמך שאת משמעותו המשפטית אנו מנתחים, "אינו אלא שלב ביניים" אשר לאחריו "יש להמתין לכריתתו של החוזה הפורמלי" (עניין רבינאי, בעמ' 286).

44. חברי סבור כי למרות חזות הדברים, עיון מעמיק בנוסחת הקשר מביא למסקנה שונה. לדידו, מאחר שסעיף 6.1 עוסק רק בתוקפם של הסכמי הפשרה (דהיינו שתי הטיוטות שצורפו לפרטיכל) ולא בתוקפו של הפרטיכל עצמו, הרי שאין ללמוד ממנו על העדר גמירות דעת של הצדדים להיקשר בפרטיכל (פסקה 31 לחוות דעתו). אני כשלעצמי סבור כי הבחנה זו אינה יכולה לעמוד. לזו התזה לפיה הפרטיכל מבטא גמירות דעת להיקשר בעסקה הסופית, דהיינו בהסכם הפשרה, הוא שהצדדים נתנו הסכמתם להיקשר בחלופות הפשרה, דהיינו בהסכם ברירת המחדל (הפטריארכיה תפצה את הימנותא ב-13 מיליון דולר) או, אם הפטריארכיה תבחר בכך, בהסכם החלופי (הארכת תקופת החכירה). למעשה, ללא הבנה זו, קשה לראות כיצד הפרטיכל יכול לשמש כזיכרון דברים מחייב (וראו פסקה 24 לעיל). והנה, על פי לשונו המפורשת של הפרטיכל, לא הסכם ברירת המחדל ולא ההסכם החלופי מחייבים מי מהצדדים, אלא אם נחתמו ב"חתימה מלאה". כיצד אם כך ניתן להפריד בין הדברים? כיצד ניתן לקבוע כי הצדדים גמרו בדעתם לראות בפרטיכל הסדר פשרה מחייב, ובאותו זמן הסכימו כי לחלופות הפשרה שהוא קובע, למרות שהן סוכמו באופן סופי, אין תוקף מחייב? אכן, תרתי דסתר. המוצא האנליטי היחיד, כך נראה, הוא להכיר בכך שהעדר התוקף המפורש שנקבע בסעיף 6.1 לפרטיכל מתייחס הן להסכמי הפשרה הן למעמדו של הפרטיכל כזיכרון דברים מחייב.

45. יתר על כן, בצד נוסחת הקשר, כולל הפרטיכל גם הוראות המלמדות על כך שכוונת הצדדים הייתה להיקשר בהסכם הפשרה רק לאחר שתינתן הסכמת הגורמים המוסמכים בפטריארכיה מזה (הסינוד), ובהימנותא מזה (המוסדות המוסכמים בקק"ל). סעיף 3 לפרטיכל מתייחס לצורך לקבל הסכמות אלה, וסעיף 8 לפרטיכל כולל חיוב השתדלות להשיגן. גם הוראות אלה מעידות באותה עת הצדדים לא ראו עצמם קשורים בהסכם פשרה סופי. אתייחס ביתר הרחבה אל חלקן בהמשך הדברים (ראו פסקאות 55-53 להלן ביחס לסעיף 3).

46. עד כאן הנלמד מהתוכן הקיים בפרטיכל; וכעת לתוכן שנעדר ממנו. בקצרה, חרף הטענה שבפרטיכל מופיעות מכלול ההסכמות הדרושות לצורך יישום הסכם הפשרה בין הצדדים, ניכר כי חסרה בו הסכמה בנושאים עקרוניים שהצדדים הוסיפו לנהל לגביהם משא ומתן. נושא אחד כזה הוא התנאים להתקשרות של הפטריארכיה עם צד ג' ביחס

למקרקעין, שכזכור היו "אחוזים" אז בידי קק"ל באמצעות הערות האזהרה. חשיבותו של נושא זה בעיני הצדדים באה לידי ביטוי בדיעבד, בהוספת סעיף לגרסה האחרונה של הסכם הפשרה (הגרסה מיום 15.4.2008), שלפיו "מצהירה הפטריארכיה וקק"ל מודעת ומסכימה לכך שהפטריארכיה מממנת את תשלום הסכום... ע"י צד ג'"; ומנגד, בדרישתה של הימנותא להגביל את הגורם המממן את הפיצוי שנדרשת הפטריארכיה לשלם, כפי שהביע "אישור היהדות והציונות" שצורף כנספח לגרסתו האחרונה של הסכם הפשרה, ועליו נדרש הפטריארכ לחדתם (ראו פסקאות 73 ו-78 לחוות דעתו של חברי). ודוק, בעת מעמד הקראת הפרטיכל המגעים בין הפטריארכיה לבין קבוצת סופר כבר היו בעיצומם, ואף אם הימנותא לא ידעה על אודותיהם במועד זה (כך שניתן לטעון שהיעדר ההתייחסות לכך במועד זה מובנת; והשוו, ביחס לחשיפתה של הימנותא לעניין, לעדותו של מר סופר, בעמ' 246-247 לפרוטוקול הדיון מיום 26.11.2019), הרי שהפטריארכיה בוודאי הכירה בחשיבות העניין – אותה חשיבות שהביאה אותה בסופו של יום לעמוד על הוספת הסעיף כאמור.

47. סוגיה נוספת שנעדרה מהפרטיכל על אף חשיבותה, נוגעת ליחס בין התשלום שמטילות ההסכמות בין הצדדים על הפטריארכיה לבין השבת כספים לקק"ל שעשויה להתבצע על-ידי צדדים שלישיים הקשורים לפרשת התרמית, ובראשם עו"ד וינרוט עצמו. כפי שציינתי, לטיוטה האחרונה של הסכם הפשרה צורף כתב המחאה שלפיו כנגד קבלת התשלום מהפטריארכיה, תמחה לה קק"ל את זכויותיה כלפי קבוצת וינרוט בקשר לאירוע התרמית (ראו פסקה 14 לעיל). בנוסף, כפי שמתאר חברי בפסקה 95 לחוות דעתו, הימנותא הבהירה במסגרת ההליך קמא כי אם הייתה הפטריארכיה מקיימת את הסכם הפשרה, היא "לא הייתה פועלת למצות את זכויותיה במסגרת הליך זה כלפי קבוצת וינרוט". בהינתן חשיבות הדברים, הן מצדה של הפטריארכיה והן מצדו של עו"ד וינרוט, ולנוכח עדותו של האחרון שלפיה מדובר בסוגיה שעלתה בשלבים מוקדמים של המגעים כ"תנאי מוקדם מבחינתה של הפטריארכיה לכל פשרה עם קק"ל" (סעיף 39.ג לתצהירו של עו"ד וינרוט) – היעדרותה מהפרטיכל ומנספחיו בזמן הקראתו מתווספת אף היא למכלול המעיד על היעדר גמירות דעת של הצדדים בשלב זה.

48. למען לא יצא הכתוב חסר, אוסיף שתי הבהרות בעניין זה: ראשית, הטענה המובאת כאן היא כי מדובר בסוגיות שהיו מהותיות בעיני הצדדים כבר בשלב גיבוש הפרטיכל והקראתו, ולא רק כעבור זמן. כך, למשל, עולה מעדויות עדיה של הימנותא ביחס למגעים שהתקיימו בין הפטריארכיה לבין הצד השלישי, לפיהן הימנותא תפסה נושא זה כחיוני ומכריע כבר במהלך המגעים בינה לבין הפטריארכ (ראו, למשל, עדותו

של עו"ד אלחנני, בעמ' 146-147 לפרוטוקול מיום 14.12.2017; עדותו של מר דובדבני, בעמ' 126-127 לפרוטוקול מיום 4.3.2019). תפיסת החוסרים הנזכרים כחיזוק למסקנה בדבר היעדר גמירות דעת אינה מבטאת איפוא תפיסה "אנכרוניסטית" של בחינת גמירות הדעת, המערבבת מוקדם עם מאוחר ומאוחר עם מוקדם. שנית, יובהר כי דבריי אלה נאמרים במישור גמירות הדעת, ולא במישור המסוימות. דהיינו, הטענה היא כי החוסרים האמורים מחזקים מסקנה בדבר היעדר מפגש רצונות של הצדדים במועד הרלוונטי להיקשר בהסכם פשרה מחייב, ולא כי הם מבטאים פגם בתנאי העצמאי שעניינו מתן ביטוי "לפרטים החיונים והמהותיים של העסקה" (עניין רבינאי, בעמ' 288).

גמירות דעתה של הפטריארכיה בהינתן עמדת הפטריארך כי אינו מוסמך לחייבה

49. מכשול בלתי עביר נוסף בפני הטענה כי הפרטיכל מחייב את הפטריארכיה, הוא שאף אם מסמך זה אכן משקף הסכמות אליהן הגיעו גורמים שלקחו חלק במגעים סביב גיבושו (דוגמת עורכי דינם של הצדדים והפטריארך), הוא אינו יכול לשקף הסכמה תקפה של הפטריארכיה עצמה. כך, כבר מהטעם שהפטריארך הבהיר בשלב זה באופן שאינו משתמע לשני פנים כי הוא אינו מוסמך להתחייב בשמה. אבהיר עניין זה.

50. מעדויות הצדדים מזה ומזה עולה כי בזמן כריתתו הנטענת של הפרטיכל, דהיינו במעמד הקראתו, הפטריארך תיאופולוס סבר כי אין הוא יכול להתחייב בשמה של הפטריארכיה באופן שיהיה תקף מבחינה משפטית, והצהיר על כך באופן ברור ומפורש בפני נציגי הימנותא (ראו: עדותו של עו"ד אלחנני, בעמ' 118 לפרוטוקול הדיון מיום 14.12.2017; עדותו של עו"ד יואלי (מבאי כוחן של קק"ל והימנותא), בעמ' 111 לפרוטוקול הדיון מיום 15.2.2018; ותצהירו של הפטריארך, בסעיף 12). כזכור, הפטריארך לא רק הצהיר כאמור, אלא גם סירב לחתום על הפרטיכל מטעם זה, כפי שידעו כל הנוגעים בדבר. אכן, כפי שקבע בית המשפט קמא, "הפטריארך עמד על מניעותו המשפטית לחתום על ההסכם ולהתחייב בשם הפטריארכיה כל עוד לא ניתן כתב-ההכרה"; ומזווית אחרת, "הפטריארכיה הציגה לפני [הימנותא], בזמן אמת, מצג של מניעות משפטית בחתימת ההסכם ובטענה כי אין בסמכותו של הפטריארך להתקשר עמה עד להכרת מדינת ישראל במעמדו כמייצג הפטריארכיה ועומד בראשה" (פסקה 141 לפסק הדין קמא). ויודגש: אין משמעותן של קביעות אלו כי הפטריארך לא התייחס ברצינות למשא ומתן שהתנהל בין הצדדים, ובמסגרתו אף לפרטיכל. אדרבה, מחומר הראיות ניתן ללמוד כי הפטריארך ראה את עצמו כמחויב לאמור בפרטיכל, והתכוון לפעול על פיו (למשל להעלות את עניין הסכם הפשרה בפני הסינוד; וראו עדותו של עו"ד אלחנני, בעמ' 118

לפרוטוקול מיום 14.12.2017). משמעות הדברים היא כי לפטריארך, כמו ליתר הגורמים שלקחו חלק בגיבוש הפרטיכל ובמעמד הקראתו, לרבות נציגי הימנותא, היה ברור שלפטריארכיה אין בשלב זה נציג מוסמך הרשאי להתחייב בשמה בהסכם פשרה מחייב. אם כך, הרי לא רק שלא הייתה גמירות דעת מצד הפטריארכיה להיקשר בזיכרון דברים מחייב, אלא שגם לא נכח בישיבה ה"חגיגית" גורם שהתיימר לפעול כמוסמך לחיובה בהסכם הפשרה הסופי.

הערה: מצב דברים בו אין סביב שולחן המשא ומתן גורם המוסמך לחייב את אחד המתקשרים (או את שניהם) בהסכם הסופי אינו נדיר כלל ועיקר. כך, למשל, הוא מתרחש בכל מצב בו משא ומתן בשמו של תאגיד מנוהל בידי גורמים (עובדים או עורכי דין) המוסמכים לשאת ולתת בעבורו, אך לא להתקשר בהסכם מחייב. במצב דברים זה, כל הסכם שיושג במהלך המשא ומתן לא יחייב את התאגיד עד שיאושר בידי הגורמים המוסמכים לחייב את התאגיד בהסכמים מסוג זה.

51. עמדתו האמורה של הפטריארך, לפיה אין הוא מוסמך להתחייב בשם הפטריארכיה, מונעת מבחינה משפטית את האפשרות לייחס לפטריארכיה גמירות דעת להתקשר בזיכרון דברים מכוח הסכמתו לפרטיכל, וזאת גם אם ניתנה (כפי שקבע בית המשפט המחוזי), וגם אם התייחסה להסכם הפשרה הסופי (בניגוד לאשר קבע בית המשפט המחוזי). כך, בפשטות, שכן שלוח הבוחר שלא לפעול כשלוח (בפרט בשל אמונתו כי יש פגם בסמכותו לפעול כך), אינו מחייב את שולחו גם אם מתברר בסופו של יום כי הוא (השלוח) טעה בשאלת הסמכות הנתונה לו. מבלי להרחיב יתר על המידה בסוגיה זו, אציין כי העניין נובע מ"עקרון הייצוג" שבבסיס דיני השליחות, לפיו פעולה משפטית של השלוח תוכר כתקפה ביחס לשולח רק כאשר היא נעשתה "בשמו או במקומו" של השולח (סעיף 1 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965). ודוק, על אף שהדרישה שעניינה ביצוע הפעולה "בשם" השולח תלויה על פני הדברים במבחן אובייקטיבי, דהיינו היא מתקיימת רק "כאשר הצד השלישי יודע או צריך היה לדעת, כי את הפעולה המשפטית עושה השלוח לא כדי שהוא בלבד יהיה צד לקשר המשפטי, אלא במטרה להעניק זכויות וחובות במישרין לשולח" (אהרן ברק חוק השליחות כרך א, 375-376 (מהדורה שנייה 1996)) – הרי שבענייננו אין ספק שזהו אינו מצב הדברים, שכן עמדתו זו של הפטריארך, לפיה אין הוא מוסמך להתחייב בשם הפטריארכיה הייתה ידועה היטב לנציגיה של הימנותא, כמובהר לעיל. על רקע זה, העדר נכונותו של הפטריארך להתחייב בשם הפטריארכיה בשלב זה (כפי שהוא בא לידי ביטוי מנקודת מבט אובייקטיבית), יהא הטעם לכך אשר

יהא, שוללת את האפשרות לטעון כי ניתן ליחס לפטריארכיה בשל פעולותיו של הפטריארך גמירות דעת להיקשר בזיכרון דברים מחייב.

52. ודוק, הקביעה שלפיה סירובו של הפטריארך להתחייב בשם הפטריארכיה שולל את האפשרות לראות בו כמי שהתחייב בשמה, נכונה אף אם נניח שלא התקיימה הלכה למעשה "מניעות משפטית", והפטריארך היה מוסמך לחייב את הפטריארכיה ולחתום בשמה על ההסכם באותה עת (והשוו, בעניין זה, לפסקאות 35-38 לחוות דעתו של חברי). כך שכן ענייננו אינו בשאלה של סמכות לייצג, אלא בשאלה של כוונה לייצג. אכן, קיומה של סמכות להתחייב בשם אחר אינה מלמדת בהכרח על כוונה להפעילה במקרה נתון. לשם המחשה, ניתן לדמיין מצב בו מנכ"ל חברה, המוסמך להתחייב בשמה בהסכמים, מבהיר לצד השני כי, למרות ההרשאה שניתנה לו, בשל היקפה החריג של העסקה שעל הפרק, אין בדעתו לאשר בשם החברה את ההתקשרות בה, אלא הוא יביאה לאישור בדירקטוריון החברה. היעלה על הדעת לטעון כי בנסיבות אלה החברה תהיה מחויבת גם ללא אישור הדירקטוריון? ואם כך כשהמנכ"ל יודע שהוא מוסמך, ונמנע מלפעול מכוח ההסמכה, כיצד יהיה המצב שונה אם המנכ"ל סבור (בצדק או שלא בצדק) כי מלכתחילה אינו מוסמך? מסקנת הדברים היא איפוא כי גם במישור הייצוג קיימת מניעה לראות בפרטיכל כהסכם המחייב את הפטריארכיה.

הדרישה לאישור המוסדות המוסמכים

53. סעיף 3 לפרטיכל, המורכב ממספר הוראות, כולל שתי תניות שעניינן באישור האורגנים המוסמכים אצל שני הצדדים – הסינוד מזה והמוסדות המוסמכים בקק"ל מזה – להוראות הסכם הפרשה. בפסק דינו קבע בית המשפט קמא כי שתי התניות האמורות מגלמות "תנאים מקדימים" לשכלולו של ההסכם, דהיינו תנאים שבטרם יתמלאו – לא נכרת כל הסכם מחייב (ראו פסקאות 126-129 לפסק הדין קמא). בית המשפט קמא אף הוסיף וגזר מפרשנות זו של הפרטיכל, אשר נלמדה על ידיו "מלשון ההסכם ומכוונת הצדדים והתנהגותם", מסקנה בדבר היעדר גמירות דעתה של הפטריארכיה להיקשר בהסכם מחייב, בטרם יינתן אישורו של הסינוד (פסקאות 132, 134 לפסק הדין קמא). חברי, מצדו, סבור כי מלאכת סיווגן של ההוראות החוזיות האמורות, בין כתנאים מקדימים (כך הוא נוטה לסווג את התנאי שעניינו באישור מוסדות קק"ל), בין כתנאים מתלים ובין כהתחייבויות (כך הוא נוטה לסווג את השגת אישור הסינוד על ידי הפטריארך), חסרת נפקות היא, שכן ממילא התקיימו לטעמו שני התנאים הנדונים –

ומשכך בכל אופן לא ניתן לומר כי הוראות אלו מהוות מכשול להכרה בפרטיכל כחוזה מחייב (ראו פסקאות 48 ו-54 לחוות דעתו).

54. אף אם אתעלם מהקושי שמעוררת ההשלמה עם "סודיותו" של הליך האישור על ידי הגורמים המוסמכים בקק"ל, בגדרה מונח כי זה התקבל כמעט בלא כל ראייה לכך (ראו פסקה 56 לחוות דעתו של חברי), אני סבור כי ההוראות שעניינן באישורי המוסדות מלמדות על קושי בהתגבשות גמירות דעת במסגרת הפרטיכל. בפרטיכל נקבע שהסכם הפשרה – ולא הפרטיכל עצמו – יובא לאישוריהם של הסינוד ושל המוסדות המוסמכים בקק"ל ("הפטריארך הנבחר, תיאופולוס השלישי, יהיה אחראי לקבל את אישור הסינוד הקדוש להסכם הפשרה (טיוטא א'), הסכם הפשרה (טיוטא א') יובא לאישור המוסדות המוסמכים בקרן הקיימת לישראל ובכפוף לאישור זה יחתם..."). משמעותו הפשוטה של הדבר היא שהצדדים התכוונו שהתקשרותם בהתחייבויות הנדונות תהא תלויה באישורי הגופים הרלוונטיים (ולגישתו של חברי, כך רק בנוגע לאישור הגורמים המוסמכים בקק"ל). ממילא, לא ברור כיצד ניתן לזהות את הפרטיכל כזיכרון דברים מחייב, שבגדרו כבר גמרו הצדדים בדעתם להתקשר משפטית בחיובים המפורטים בטיטות, שהרי זיהוי כזה משמיע שחיוב הצדדים באחת הטיטות עומד גם ללא אישור המוסדות המוסמכים (שאכן מעולם לא אישרו אף אחת מהטיטות), וזאת בניגוד להסכמת הצדדים האמורה.

55. ויודגש, תוצאה זו, לפיה התגבשה התחייבות למחיקת הערות האזהרה כנגד תשלום הפיצויים בלא אישור הגופים שהוזכרו בסעיף 3 לפרטיכל, איננה אפשרית לא רק מבחינת הפטריארכיה, אלא גם מבחינתה של קק"ל. אחדד עניין זה. חברי מתייחס אף הוא לחלוקה בין הפרטיכל לבין הסכם הפשרה בהקשר של אישורם הדרוש של גורמי קק"ל, אלא שלדידו חלוקה זו, בגדרה דווקא הסכם הפשרה, ולא הפרטיכל, הוא שטעון אישור כאמור, מובילה למסקנה (לכאורית) כי תוקפו המחייב של הפרטיכל היה עומד בעינו אף אם לא היה מתקבל האישור (ראו פסקה 54 לחוות דעתו). לטעמי, דרך הילוך זו אך מבהירה כמה מוקשית המסקנה שלפיה הפרטיכל הוא יותר מאשר נייר עזר לא מחייב. כך משום שעל כרחך היא מוליכה אותך למסקנה כי הפרטיכל, הכולל כזכור מחיקת הערות אזהרה או לחלופין רכישת זכויות במקרקעין, משקף גמירות דעת מצד קק"ל בלא שאף גורם רשמי מטעמה יאשר זאת. לא ניתן לקבל מסקנה כזו.

התנהלות הצדדים לאחר מעמד הקראת הפרטיכל

56. בפסקי דין רבים בהם נבחן תוקפו ומעמדו של מסמך ביניים, הוצבה התנהלותם של הצדדים לאחר כריתתו הנטענת של ההסכם כאמת מידה משמעותית לעניין כוונתם להיקשר בהסכם מחייב. בפשטות, פעולת הצדדים בהתאם להתחייבויות הנדונות תומכת במסקנה כי כוונתם הייתה להכפיף עצמם להסכם מחייב (ראו, למשל: ע"א 571/79 דירות מקסים בע"מ נ' ג'רבי, פ"ד לז(1) 589, 594-596 (1983); ע"א 1049/94 דור אנרגיה בע"מ נ' חמדון, פ"ד נ(5) 820, 831-832 (1997)); בעוד שאי-קיום חיובים אלה מחליש מסקנה כזו (ראו: ע"א 202/67 בלוטמן נ' אשכנזי, פ"ד כא(2) 699, 702 (1967); עניין אלחנן, פסקה 32). בענייננו, בחינת פועלם של הפטריארכיה וקק"ל לאחר מעמד הקראתו של הפרטיכל מעוררת ספק נוסף, אם לא למעלה מכך, ביחס לכוונתם לראות בפרטיכל חוזה תקף.

57. כזכור, על פי סעיף 3 לפרטיכל, שמהווה במידה רבה לב-ליבו של ההסכם הנטען, קבלת כתב ההכרה מטעם ממשלת ישראל אמורה הייתה להפעיל שרשרת של פעולות, שעיקרן בקבלת אישורי הסינוד והמוסדות המוסמכים בקק"ל על הסכם הפשרה, ובחתימת הצדדים עליו "בתוך 7 ימים מאישור הממשלה". ואולם, בפועל, לא מיניה ולא מקצתיה: ביום 24.12.2007 ניתן לפטריארכיה כתב ההכרה, אך כל שהתרחש לאחר מכן, בלשון בית המשפט קמא, הוא כי "[...] ככל הנראה, בעקבות פניית הימנותא, חודשו המגעים בין הצדדים בקשר לחתימתו של הסכם הפשרה ואף התקיימו מספר פגישות בתל-אביב ובירושלים..." (פסקה 32 לפסק הדין קמא). אכן, קבלת כתב ההכרה לא הובילה את הצדדים להתקדם על פי האמור בפרטיכל, אלא אך להמשיך ולדון בפרטים שונים, להסיר ולהוסיף תניות שונות, ובקיצור – להמשיך במשא ומתן. בהמשך לכך, עיון בחומר הראיות מעלה כי בתקופה זו שלאחר מתן כתב ההכרה אף לא נעשה כל שימוש (ולו רטורי) על ידי הצדדים בטענה כי הסכם הפשרה נכרת זה מכבר, אף שלנוכח המחלוקות שהתגלעו בשלב זה ניתן היה לצפות לכך. ויובהר, כתב ההכרה אומנם ניתן באיחור ביחס למועד שנקבע לכך בפרטיכל, אלא שאין בכך להעלות או להוריד בענייננו, למצער בהינתן שלפי גרסתה של הימנותא (אשר התקבלה על ידי בית המשפט קמא) כלל הגורמים הרלוונטיים הביעו את נכונותם "להמשיך כרגיל" חרף האיחור (ראו פסקאות 44-45 לחוות דעתו של חברי).

58. רק כשנתיים וחצי לאחר שהמשא ומתן נכשל נקטה הימנותא בפעולה משפטית כלשהי ביחס לפרטיכל (בקשה מיום 20.12.2010 לתיקון כתב הגנתה בתובענת הפטריארכיה, שכללה הוספת עילות הקשורות בתוקפו המחייב הנטען של הפרטיכל). זאת ועוד, אף כאשר גמרה הימנותא בדעתה להגיש תביעה כאמור, היא לא נצמדה

להוראותיו המקוריות של הפרטיכל (כפי שאלו היו במועד הכריתה הנטען), אלא התבססה בתביעתה על שלבים מאוחרים יותר במשא ומתן (דוגמת הטיוטה האחרונה של הסכם הפרשה, שהועברה בין הצדדים ביום 15.4.2008). הנה כי כן, הצדדים לא פעלו בזמן אמת על פי הוראות הפרטיכל, ועובדה זו מתיישבת היטב עם המסקנה כי הם ראו בו לכל היותר בסיס להמשך המשא ומתן המתנהל ביניהם.

59. סיכומו של חלק זה: לגישתי מנסיבות המקרה יש ללמוד כי הן הפטריארכיה והן הימנות לא גמרו בדעתן להיקשר בהסכם פשרה מחייב באמצעות הפרטיכל. כפי שפורט לעיל, מסקנה זו מתבססת על מגוון רחב מאוד של טעמים, שדי היה בחלקם על מנת להצדיקה: בחינת ה"חגיגות" של מעמד הקראת הפרטיכל בעין ביקורתית; קביעתו העובדתית של בית המשפט קמא במסגרת פסק דינו; תוכן הפרטיכל, ובמרכזו נוסחת הקשר המפורשת שקבעו הצדדים; סירובו הגלוי של הפטריארכיה להתחייב בשמה של הפטריארכיה בנקודת הזמן הרלוונטית; הוראות הפרטיכל שעניינן באישורי המוסדות המוסמכים; והתנהלותם של הצדדים לאחר מועד הקראת הפרטיכל. אף שלדידי די בעניינים אלה כדי לדחות את עמדתה של הימנות בסוגיית מעמדו של הפרטיכל, אתיחס כעת למישור נוסף המוביל למסקנה דומה – דרישת הצורה.

דרישת הצורה

60. סעיף 23 לחוק החוזים, שכותרתו "צורת חוזה", מורה כך: "חוזה יכול שייעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם היתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים". בעוד שחלקו הראשון של הסעיף נותן ביטוי לעקרון חופש החוזים במובנו החיובי, בהיותו מבטא את חירותם של הצדדים לעצב את התחייבותם החוזית בכל דרך בה יחפצו, חלקו השני משקף הגבלה של חופש זה (פרידמן וכהן, בעמ' 463-462; שלו וצמח, בעמ' 263). בהקשר אחרון זה, הסעיף נוקב בשני סוגי סייגים – מגבלת צורה מכוח חוק; ומגבלת צורה מכוח הסכם.

61. כפי שיפורט בפסקאות הבאות, לשני סוגי הסייגים הללו יש לתת את הדעת במסגרת בחינת תוקפו המשפטי המחייב של הפרטיכל – האחד, שמקורו בהסכמת הצדדים, בדרישת החתימה שנקבעה בפרטיכל; והשני, שכוחו נובע מהחוק, בדרישת כתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין. לגישתי, הדרך להכרה בפרטיכל כזיכרון דברים מחייב, אף אילו הייתה חוצה את ה"משוכה" שעניינה גמירות דעת הצדדים (וכמפורט לעיל, אני סבור כי רחוקים אנו מכך כמטחוי קשת), נחסמת מכוח המשוכות הניצבות במישור

דרישת הצורה. בטרם אסביר מה מובילני למסקנה זו, אעמוד בקצרה על שלושה היבטים תיאורטיים של דרישת הצורה אשר יתרמו להמשך הדיון.

62. היבט אחד הוא תכליותיה של דרישת הצורה בדיני החוזים. שתי המטרות אותן נהוג לזהות כמרכזיות בשיטת משפטנו הן זו ההרתעתית וזו הראייתית. עניינה של התכלית הראשונה, בעיקרו של דבר, בהצבתם (או תיקופם) של חסמים מפני התקשרות פזיזה וקלת-דעת של צד בחוזה (ראו: פרידמן וכהן, בעמ' 466; שלו וצמח, בעמ' 264). התכלית ההרתעתית נשענת על ההנחה שתחילת התנהגויות הצדדים היוצרות יחסים חוזיים לאלו שמקיימות דפוס פורמאלי מוגדר, תדרוש, ככלל, הפעלה נוספת של שיקול דעת בטרם ייכנסו הצדדים בשערי ההתקשרות המחייבת; וכן על ההנחה כי שיקול דעת נוסף כזה רצוי, למצער ביחס להתקשרויות מסוימות (בעיקר, כאלה הנושאות חשיבות מיוחדת מבחינת המתקשרים). ודוק, תכלית זו של דרישת הצורה רלוונטית במיוחד כשמדובר בדרישת כתב, באשר ההנחה היא כי "דברים שבכתב מבטאים יתר כובד ראש מדברים שבעל-פה" (פרידמן וכהן, בעמ' 466). זאת ועוד, נראה כי אף בתוקף שמקנה סעיף 23 לחוק החוזים לדרישה צורנית שמציבים הצדדים לעצמם מכוח הסכם (למשל, כשהם קובעים שכל שינוי עתידי של החוזה יעשה בכתב) מגולמת הכרה של המחוקק בערכו המרתיע של תנאי צורני, יהא מקורו אשר יהא. עניינה של התכלית השנייה, הראייתית, בעוגן החיצוני-אובייקטיבי שיוצרת ככלל עמידה בדרישה צורנית. בהינתן חוזקו של עוגן זה בהשוואה לראיות שבעל-פה, הרי שהוא בעל ערך מיוחד בבואנו לעמוד בדיעבד על שהתרחש בין הצדדים, ובכלל זה על המעמד שביקשו להקנות לסיכומים שהושגו ביניהם (ראו: פרידמן וכהן, בעמ' 467).

בהמשך לשתי התכליות האמורות ובקשר אליהן, חשיבותה של דרישת הצורה שבסעיף 23 לחוק החוזים נובעת גם מהיותה מנגנון מיון של התנהגות הצדדים – בין כזו העולה כדי פעולה משפטית של יצירת התחייבות חוזית לבין כזו שאינה נושאת עמה משמעות משפטית של יצירת חוזה מחייב (הן על פונקציה זו של דרישת הצורה והן על הקשר שלה לשתי התכליות הנזכרות, ראו: Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 COLUM. L. REV 799 (1941); דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653, 669 (1941)). מנקודת המבט של תכלית זו, דרישת הצורה יוצרת כללים ברורים להבחנה בין סוגי התחייבויות ומסייעת לצדדים (אך גם לגורמים חיצוניים להם, ובראשם בית המשפט) להבין האם ומתי הם נכנסים בשעריה של ההתחייבות המשפטית. ובלשונם של פרופ' דניאל פרידמן ופרופ' נילי כהן: "הדפוס הפורמלי מהווה אמצעי הבחנה בין חוזה לבין הבטחה או הסכמה בלתי מחייבות, או דיבורים והתנהגות שעדיין לא התגבשו לכלל

הסכם ואשר לגביהם ניתן לומר שהצדדים עדיין לא גמרו בדעתם להתחייב. השימוש בדפוס פורמלי עשוי להצביע על גיבוש ההסכם ורצינותו, על כך שנסתיים שלב המשא ומתן ושהעניין יצא מגדר דיבור בעלמא" (פרידמן וכהן, בעמ' 390). במובן זה, הצורה מתפקדת כשפה משפטית שבאמצעותה מבהירים הצדדים את כוונתם. כפי שיבואר להלן, חשיבותו הרבה של יסוד זה של דרישת הצורה באה לידי ביטוי גם בתיק דנן.

63. היבט שני הוא טיבה של דרישת הצורה. ככלל, נהוג להבחין בין שני סוגים של דרישות צורה: האחד, דרישה מהותית, בגדרה נתפסת הצורה כיסוד חיוני לעצם קיומו של החוזה, ולפיה תוקפו המשפטי של החוזה תלוי בעמידה בתנאים הצורניים הנדרשים בנסיבות המקרה. השני, דרישה ראייתית, לפיה החוזה עשוי להשתכלל אף ללא עמידה בתנאים הצורניים, אלא שהעדרם מהווה מכשול בפני הוכחת קיומו של החוזה (ראו: פרידמן וכהן, בעמ' 478-479; שלו וצמח, בעמ' 263-264). כפי שיוסבר להלן, שתי דרישות הצורה בענייננו, הן דרישת החתימה והן דרישת הכתב, הן מהותיות, קרי נדרשות לצורך כינון תוקפו המשפטי המחייב של הסכם הפרשה (קונסטיטוטיביות). ממילא, אי-התקיימותן גורר בהכרח מסקנה בדבר אי-קיומו של חוזה פשרה מחייב בין הצדדים (בכפוף לאמור בפסקה 78 להלן; ראו והשוו: פרידמן וכהן, בעמ' 479-481; שלו וצמח, בעמ' 271-272).

64. היבט שלישי ואחרון, קשור בהפרדה האנליטית בין היסוד שעניינו גמירות דעתם של הצדדים לבין דרישת הצורה. אף שדרישת הצורה משמשת לעתים ככלי המסייע באמידת רצונם של הצדדים להתקשר בהסכם מחייב, ואף שהיא מגשימה לעתים את עקרון חופש החוזים (ראו פסקאות 60-62 לעיל), חשוב להימנע מטשטוש ההבדלים בינה לבין תנאי גמירות הדעת, ומאיחודן של אלו במסגרת בחינה "כללית" של תוקף ההסכם הנדון. כפי שעולה מתכליותיה של דרישת הצורה, כמו גם מהתייחסותו הנפרדת של המחוקק אליה (בסעיף 23 לחוק החוזים, לעומת סעיפים 2 ו-5 לחוק זה, בהם מוזכר יסוד גמירות הדעת), מדובר בדוקטרינות שונות זו מזו, כאשר לכל אחת מהן בסיס תיאורטי משלה, מרחב מחיה שונה ומוקדים נבדלים (ראו, בעניין זה: אוריאל רייכמן "התוצאות הקנייניות של הלכת שיתוף נכסים בין בני זוג לאחר תחילת חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969" עיוני משפט ו 289, 300 (התשל"ח); והשוו פרידמן וכהן, בעמ' 433). לאור זאת, יובהר כבר עתה כי המסקנה אליה אגיע להלן ביחס לאי-התקיימות הדרישות הצורניות במקרה דנן, כמו גם תוצאתה של מסקנה זו (קרי, אי-היקשרותן של הימנותא והפטריארכיה בהסכם מחייב), ניצבת שרירה כשלעצמה, בלא תלות במסקנות ביחס לסוגיית גמירות הדעת שנדונה לעיל.

65. כפי שכבר הזכרתי, במקרה דנן, שני מופעים של דרישת הצורה רלוונטיים לבחינת תוקפו המחייב של הפרטיכל: האחד, דרישת חתימה מכוח הסכמת הצדדים, כפי שזו הופיעה בפרטיכל; השני, דרישת הכתב ביחס לעסקה במקרקעין. אבחן מופעים אלה כעת על פי סדר זה.

דרישת החתימה

66. כמתואר לעיל, סעיף 23 לחוק החוזים מכיר ביכולתם של הצדדים להסכים על דרישה צורנית, כתנאי להיווצרות חוזה ביניהם, ובמילים אחרות – לכבול את ידיהם, כך שהתקשרות תיווצר רק לאחר עמידה בדרישה הצורנית. למעשה, ניתן לראות בכך המשך ישיר של הגשמת עקרון חופש החוזים, אשר במקרה זה בא לידי ביטוי במתן הכוח לצדדים להגביל את צורות החוזה שיכוננו התחייבות משפטית ביניהם. אכן, "חופש החוזים, וחופש הצורה הנובע ממנו, משתרע גם על חופש הצדדים להגביל את עצמם. הסכם שבו הצדדים קובעים צורה לחוזה עתידי שבניהם משקף אף הוא את חופש החוזים שלהם ויש לכבד את קביעתם, בחינת הפה המתיר הוא הפה הזכאי לאסור" (שלו וצמח, בעמ' 263; וראו בנוגע לחתימה באופן ספציפי: פרידמן וכהן, בעמ' 529-530). זוהי איפוא "חירותם השלילית" של הצדדים שלא להיכנס בשעריו המשפטיים של חוזה בעל תוקף, כאשר זה לא נעשה בצורה אליה ביקשו להיצמד (ראו גם: ע"א 4933/17 גרין (איבגי) נ' פרידמן, פסקה 37 (11.10.2020) (להלן: עניין פרידמן)). עוד אבהיר כי הסכמה כזו היא בגדר חוזה בדבר אופן ניהול המשא ומתן, עליה עמדתי בפסקה 18 לעיל, ועל כן אין קושי במסקנה כי היא מחייבת את הצדדים עוד בטרם התגבשה גמירות דעת ביחס להתקשרות העיקרית.

67. בענייננו, כולל הפרטיכל ביטוי מפורש של כוונת הצדדים להתנות את כריתתו של הסכם הפשרה בחתימתם עליו, כאומרים: בלא חתימה – אין הסכם סופי מחייב. וזו לשונו של סעיף הפרטיכל בה קבוע תנאי זה:

6. למען הסר ספק:

6.1. האמור בטיוטות א' ו/או ב' לא יחייב את קרן הקיימת לישראל או את הפטריארכיה, אלא עם החתימה המלאה על איזה מהמסמכים הנ"ל כאמור בסעיף 3 או 4 לעיל (לפי העניין); וכל זכויות הצדדים זה כלפי זה וכן כלפי כל צד אחר שמורות במלואן.
(ההדגשה הוספה)

קריאת הפרטיכל בכללותו מגלה כי סעיף 6, ובתוכו סעיף 6.1 האמור, מוצב כהוראה כללית, "הוראת מעטפת" אם נרצה, נפרדת מפרטי ההתחייבויות המיוחדות לצדדים (המפורטים בעיקרם בסעיפים 2-5 לפרטיכל). כך משמע ממיקומו של סעיף זה – לאחר פירוט ההתחייבויות האמורות ובצמוד לסעיפים נוספים שעניינם בזכות חזרה מההתחייבויות (סעיף 7), חיוב השתדלות הדדי (סעיף 8) וחתימה (סעיפים 9-10); כך משמע מלשון "למען הסר ספק", המתייחסת להוראות הפרטיכל הקודמות; וכך משמע מתוכנו של הסעיף, הכולל שתי הוראות נבדלות (במסגרת סעיף 6.1 וסעיף 6.2) שעניינן בתוקפן של התחייבויות הצדדים (להבדיל מפרטיהן). כחלק מהוראות מעטפת אלו הובהר, איפוא, באופן שאינו משתמע לשני פנים כי חיובם של הצדדים בתניות הקבועות בהסכם ברירת המחדל או בהסכם החלופי מותנה ב"חתימה מלאה" של הצדדים על אחת מהטיוטות הללו. את ניסוחה של הוראה זו על דרך השלילה ("האמור... לא יחייב... אלא עם...") ניתן לראות כחיזוק למעמדה המכונן של דרישת החתימה על פי סעיף זה. לדידי, משמעותו הפשוטה של הדבר היא כי דרישת החתימה עליה הסכימו הפטריארכיה והימנותא היא דרישה מהותית (ולא ראייתית), קרי תנאי שבלעדיו אין קיום לחוזה עתידי (ראו: פרידמן וכהן, בעמ' 492; ועל כך שלמסקנה זו יש להגיע באמצעים פרשניים, שלו וצמח, בעמ' 270-271).

68. כאמור, לא הפטריארכיה ולא הימנותא חתמו על ההתחייבויות הנקובות בהסכם ברירת המחדל או בהסכם החלופי – לא במישרין, באמצעות חתימה על הטיוטות שצורפו לפרטיכל (או על נוסחים מאוחרים שלהן), ולא בדרך עקיפה של חתימה על הפרטיכל עצמו (מבלי להתייחס לשאלה האם חתימה כזו הייתה עונה על דרישת החתימה שנקבעה בסעיף 6.1 לפרטיכל). תוצאתה הישירה של עובדה זו, לאור דבריי שלעיל ביחס למעמדה של דרישת החתימה בנסיבות דנן, היא כי "האמור בטיטות א' ו/או ב' לא יחייב את קרן הקיימת לישראל או את הפטריארכיה" (כלשון סעיף 6.1).

69. ויובהר: כפי שנקבע לא אחת בפסיקתנו, "אין קדושה בחתימה", במובן זה שמבחינת הדין הכללי חוזה יכול להיות תקף כלפי הצדדים אף ללא חתימתם עליו, ובמובן זה שלא בכל מקרה בו מסמך נחתם על ידי הצדדים מדובר בחוזה מחייב (ראו: פסקה 30 לחוות דעתו של חברי; ע"א 5511/06 אמינוף נ' א. לוי השקעות ובנין בע"מ, פסקה י"ב (10.12.2008); עניין עג'מי, בפסקה 30 והאסמכתאות המובאות שם). אלא שענייננו ב"קדושה" אחרת – קדושתה של צורת החוזה שבגבולותיה, ורק בהם, הסכימו הצדדים שלפנינו להתנהל ביחסיהם המשפטיים. אמור מעתה: בהקשר החוזי, אין קדושה בחתימה בעיני הדין הכללי שעיצבו המחוקק ובתי המשפט, ואולם עשויה להיות לה

קדושה בעיני הדין הפרטי שעיצבו הצדדים לעצמם. כפי שפורט לעיל, חשיבותה של דרישת הצורה נובעת ממספר תכליות חיוניות הניצבות בתשתיתה, והמקרה דנן ממחיש תכליות אלה, ומחדד את הצורך בכיבוד הדרישה הפורמאלית שקבעו הצדדים לעצמם. ראשית, דרישת החתימה עליה הסכימו הנושאים והנותנים, באה להצר את הפתח המוביל להתקשרותה בהסכם ברירת המחדל (או בהסכם החלופי), או אם נרצה, לייצר משוכה בין הנקודה על ציר הזמן בה נערך הפרטיכל, לבין הנקודה העתידית (והאפשרית) על ציר זה בה תיעשה ההתקשרות בהסכם פשרה מחייב. במובן זה, כיבוד דרישת הצורה בענייננו מגשים את תכליתה כגורם "מרתיע" מפני התקשרות פזיזה, וזאת בדמות כבילה עצמית של הצדדים למנגנון פורמאלי זה (ראו פסקה 62 לעיל). בהמשך לכך, קריאת סעיף 6.1. לפרטיכל, בו נקבע ("למען הסר ספק") כי רק "חתימה מלאה" תחייב את הצדדים בהוראות הטיוטות, מלמדת לדידי על הסכמת הצדדים ליצור מכשיר צורני למיון משמעות המשך המגעים ביניהם ביחס לתוקפו של הסכם הפשרה. במובן זה, העובדה שהצדדים לא חתמו על הטיוטות שצורפו לפרטיכל לא רק עולה בקנה אחד עם המסקנה, הנתמכת בנסיבות המקרה, שהם לא גמרו בדעתם להתקשר בהסכם הפשרה, אלא אף מחזקת משמעותית מסקנה זו (לקשר בין מישור הצורה לבין מישור גמירות הדעת בקשר לדרישת חתימה שנוצרה מכוח הסכמת הצדדים, השוו: פרידמן וכהן, בעמ' 529-530).

70. המענה שבפי חברי לטיעונים אלה, כך נראה, הוא כי על פי סעיף 6.1. לפרטיכל דרישת חתימה מכוח הסכמת הצדדים אומנם קיימת, אלא שהיא מתייחסת לטיוטות הנלוות לפרטיכל, ולא לפרטיכל עצמו – המסמך שתוקפו עומד במוקד הדיון (ראו פסקה 31 לחוות דעתו של חברי). ואולם, בהמשך לדברים שכבר כתבתי (פסקה 44 לעיל), סבורני כי עמדה זו מבקשת להפריד את שאינו ניתן להפרדה. בהינתן שאנו עוסקים בשאלה האם הפטריארכיה והימנותא חבות זו כלפי זו בתניותיו של הסכם ברירת המחדל (שפורטו בטיוטה א' שצורפה לפרטיכל) – מוקד דיוננו אינו בתוקפו של הפרטיכל כמסמך המסדיר את המשך ניהול המשא ומתן, אלא בכוחו לגבש הסכם פשרה מחייב, דהיינו ככזה ההופך למחייבות את ההוראות המפורטות בטיוטות. על רקע זה, דרישת "החתימה המלאה" שנקבעה כתנאי לכניסתן לתוקף של התחייבויות הללו ("האמור בטיוטות א' ו/או ב'"), בוודאי רלוונטית להכרעתנו בתוקפו של הפרטיכל כזיכרון דברים מחייב.

71. סיכומה של נקודה זו, אף אם אניח שמכלול נסיבות המקרה מעיד על גמירות דעתה של הפטריארכיה ביחס להתקשרות בפרטיכל (וכאמור, אינני סבור כן), לא ניתן לגזור מכך התחייבות של הפטריארכיה בהוראות הסכם הפשרה. כך, מפני שמכוח הסכמה

מפורשת של הצדדים במסגרת הפרטיכל עצמו, ההתקשרות בהסכם הפשרה דורשת חתימה, וללא חתימה כזו – האמור בהסכם ברירת המחדל ובהסכם החלופי לא מחייב את הצדדים.

דרישת הכתב

72. וכעת לדרישת הכתב מכוח הדין. סעיף 8 לחוק המקרקעין מורה כי "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב", כאשר "עסקה במקרקעין" מוגדרת כ"הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה" (סעיף 6 לחוק המקרקעין). כידוע, דרישה זו הוכרה בפסיקתנו כדרישה מהותית, שמשמעותה היא התניית תוקפה המשפטי המחייב של עסקת מקרקעין בקיומו של מסמך כתוב המעגן את התחייבות הצדדים (ראו, מני רבים: ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, 191-190 (1996) (להלן: עניין קלמר); ע"א 8234/09 שם טוב נ' פרץ, פ"ד סד(3) 60 (2011) (להלן: עניין שם טוב); בע"מ 1270/23 פלונית נ' פלוני, פסקה 12 (6.9.2023)). המקרה שלפנינו מעורר בהקשר זה שתי שאלות: האחת, האם רכיבי העסקה שבמוקד דיוננו, כלומר הסכם הפשרה לו טוענת הימנותא, כולל "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" – דהיינו, האם קמה בענייננו דרישת כתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין? השנייה, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב, האם ניתן לראות בפרטיכל מסמך בכתב המבטא את אותה "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" – דהיינו, האם הפרטיכל מקיים את דרישת הכתב? לשאלות אלה אדרש עתה, כסדרן.

האם קמה בענייננו דרישת כתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין?

73. הפרטיכל, כזכור, כולל בתוכו ברירה בין שני הסכמים אפשריים להתקשרות הפטריארכיה והימנותא: האחד (אותו כינתי "הסכם ברירת המחדל"), תשלום פיצויים בסכום 13 מיליון דולר על ידי הפטריארכיה כנגד מחיקת הערות האזהרה; והשני (שכונה, כזכור, "ההסכם החלופי"), הארכת החכירה במקרקעין לטובת קק"ל למשך כ-150 שנים תמורת תשלום 4.5 מיליון דולר על ידה. מסעיפים 2-3 לפרטיכל עולה כי החלופה הראשונה הוצבה כזו שתתקיים בהיעדר בחירה פוזיטיבית אחרת, כאשר סעיף 4 מקים לפטריארכיה אופציה לבחור בחלופה השנייה, דהיינו בהסכם החלופי, וזאת אם תודיע על כך בכתב לקק"ל בתוך פרק זמן המוגדר בסעיף (וראו, ביחס למנגנון הברירה בין שתי החלופות, פסקה 59 לחוות דעתו של חברי). לכאורה, המנגנון המתואר איננו מחייב את הפטריארכיה בביצוע עסקה במקרקעין, אלא רק מקנה לה "זכות ברירה" בין תשלום

פיצוי לבין עסקה במקרקעין. שאלה היא האם הסכם המחייב בעל מקרקעין בבחירה בין שתי החלופות הללו הוא בגדר "התחייבות לעסקה במקרקעין". שאלה זו אבקש להותיר בצריך עיון, בהינתן הקשיים המשפטיים שהיא מעוררת (הפסיקה שעסקה במעמדו של חוזה אופציה בהקשר של דרישת הכתב קבעה אומנם כי "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" – גם אופציה לרכישת נכס מקרקעין במשמע" (ע"א 270/74 ברזילי נ' יורשי המנוח גרשון גרינבאום, פ"ד כט(1) 658, 661-662 (1974); וראו גם: ע"א 273/78 גרוסמן נ' כספי, פ"ד לג(3) 300, 303 (1979); ע"א 3931/16 מור נ' נחמני, פסקה 11 (5.9.2018) (להלן: עניין מור); פרידמן וכהן, בעמ' 496). ואולם, פסקי הדין הנזכרים עסקו במקרים בהם זכות המימוש המעוגנת בהסכם הנדון נתונה לרוכש (אופציית Call), ועל כן ביכולתו לכפות על בעל המקרקעין להיפרד מהזכויות בהם. מצב הדברים עשוי להיות שונה כשזכות הברירה נתונה לבעל המקרקעין (אופציית Put), כך שההסכם מותיר בידיו את הברירה האם להעביר את הזכויות במקרקעין או לשלם סכום כספי). עם זאת, בענייננו יש במנגנון שקבעו הצדדים בהסכם הפשרה רכיב נוסף, ההופך להבנתי את ההתקשרות להתחייבות לעסקה במקרקעין מבחינת הפטריארכיה. אבהיר עניין זה.

74. העסקה שהצדדים אמורים לבצע על פי הפרטיכל כבירת מחדל (הסכם ברירת המחדל) היא מחיקת הערות האזהרה שנרשמו לטובת הימנותא כנגד תשלום פיצויים על ידי הפטריארכיה. אין ספק כי ככלל, התחייבות למחיקה של הערת אזהרה, בתמורה או שלא בתמורה, אינה עולה כדי "התחייבות לביצוע עסקה במקרקעין" המקימה דרישה לעיגונה במסמך כתוב (ראו, למשל: ע"א 472/86 עזר נ' עזריהו, פ"ד מב(3) 236, 241 (1988); פרידמן וכהן, בעמ' 501). ממילא, ככל שהיינו עוסקים אך בהתחייבות כזו של קק"ל כנגד התחייבות לתשלום מצד הפטריארכיה, הוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין לא הייתה חלה. אלא שעיון בנוסח הסכם ברירת המחדל, שצורף לפרטיכל במועד הקראתו, מגלה כי נכללה בו תניה שלפיה אי-תשלום של הפטריארכיה במועד שנקבע יוביל ל"הפעלתו" האוטומטית של ההסכם החלופי, דהיינו להתחייבותה של הפטריארכיה כי תקופת חכירת המקרקעין על ידי קק"ל תוארך בכ-150 שנים נוספות. ובלשון הסעיף:

7.3 מוסכם כי אם, מכל סיבה שהיא, לא תשלם הפטריארכיה לקק"ל את הסכום האמור בסעיף 3 דלעיל במלואו ובמועדו הרי מבלי לגרוע מזכותה של קק"ל לכל סעד אחר או נוסף, יחשב הדבר, לכשלעצמו (כך במקור – ע"ג), כאילו בחרה הפטריארכיה להתקשר עם קק"ל בהסכם פשרה לפי טיוטה ב' המצורפת לפרטיכל הנזכר בסעיף 11 להלן, וכאילו הסכם כאמור בטיוטה ב' נחתם

במועד בו צריך היה להיות מבוצע התשלום כאמור בסעיף 3 לעיל...

אמור מעתה, הסכמת הפטריארכיה להסכם הפשרה, הנשען על שתי טיוטות הנספחים שנלוו לפרטיכל, כוללת ממילא הסכמה, גם אם כזו הכפופה להתקיימות נסיבות מסוימות, לביצוע עסקה במקרקעין (ראו גם עדותו של עו"ד אלחנני בחקירתו הנגדית, בפרוטוקול הדיון מיום 14.12.2017, בעמ' 74). אם כך, עסקה זו טעונה כתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין.

75. המסקנה העולה מדברים אלה, איפוא, היא כי תוקפו המחייב של הפרטיכל כלפי הצדדים תלוי לא רק בעמידה בדרישת החתימה עליה הסכימו הצדדים, אלא אף בעמידה בדרישת הכתב מכוח הדין. כך, שכן ענייננו בהסכם הכולל, בהתקיים מסיבות מסוימות, הסכמה של הפטריארכיה להעביר זכויות חכירה לדורות לקק"ל. ודוק, אף אם נישא עניינו אל מעבר לפרטי הסכם הפשרה, על שתי חלופותיו, אל מכלול נסיבות העניין, נמצא כי זוהי המסקנה הראויה, שכן עסקינן ללא ספק בעסקה בעלת משמעות כלכלית בלתי מבוטלת, הן על פי הסכם ברירת המחדל (שעניינו מחיקת הערות אזהרה כנגד תשלום של 13 מיליון דולר) הן על פי ההסכם החלופי (שעניינו הענקת זכויות חכירה לתקופה של כ-150 שנים נוספות כנגד תשלום של 4.5 מיליון דולר). בנסיבות אלה, ועל רקע דבריי שלעיל ביחס לתכליות שבבסיס דרישות הצורה, דומני כי מדובר במקרה בו מתקיימים היסודות המצדיקים דרישת כתב (ראו: עניין שם טוב, בעמ' 84-85; אבי וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד 260-261 והאסמכתאות המובאות שם (מהדורה שנייה 2020); פרידמן וכהן, בעמ' 470).

האם דרישת הכתב מתקיימת בפרטיכל?

76. האם בנסיבות המקרה דנן דרישת הכתב מולאה במעמד הקראת הפרטיכל? כפי שיוסבר כעת, על אף היותו של הפרטיכל מסמך כתוב, התשובה לכך שלילית.

על פי פשוטם של דברים, הדרישה הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין היא כי ההתחייבות לביצוע העסקה תיעשה בכתב. על אף שברוח ריכוך הדרישה שארע ברבות השנים היו שסברו כי מספיק שהמסמך "מעיד" באופן ברור על קיומה של ההתחייבות (ראו: ע"א 380/88 טוקאן נ' אלנשישבי, פ"ד מה(5) 410, 423 (1991)), נראה כי הגישה הרווחת בשיטת משפטנו עודנה דורשת כי המסמך יבטא (דהיינו יגלם, ולמצער, יאשרר)

את ההתחייבות של בעל הזכויות במקרקעין (ראו: ע"א 3205/00 נאטור נ' יאסין פ"ד נה(4) 145 (2001); עופר גרוסקופף "הצעת חוק דיני ממונות: תקוות גדולות – הגשמה צנועה" משפטים לו 413, 447 (התשס"ז); פרידמן וכהן, בעמ' 434; שלו וצמח, בעמ' 267-266; יורם כהן "סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 – תוכנו של מסמך בכתב ומעמד של הסכמות בעל-פה" משפטים יא 311, 318 (התשמ"א)). ההיגיון לדרישה זו נעוץ, בעיקרו של דבר, בטיבה המהותי של דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, שמשמעותו ש"אם] לא נעשה מסמך, לא עשו הצדדים ולא כלום", ובתכליתיה המתוארות לעיל, אשר במרכזן "הרתעת אדם מלהתחייב בחפזן ובקלות דעת" (ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' עזבון בידרמן, פ"ד כו(2) 781, 789 (1972); פרידמן וכהן, בעמ' 479-480; שלו וצמח, בעמ' 266).

77. בענייננו, לא ניתן לומר כי הפרטיכל מהווה ביטוי בכתב של התחייבות הפטריארכיה להסכם הפשרה. ודוק, אין חולק כי הפרטיכל הוא מסמך בכתב, ואולם, כאמור, אין די בכך שקיים מסמך בכתב ביחס לעסקה, אלא נדרש כי מסמך זה יבטא את הסכמת בעל הזכויות במקרקעין – דהיינו הפטריארכיה – להתקשרות בהסכם הפשרה. בענייננו הסכמתו של הפטריארך לפרטיכל נלמדה, כזכור, מעדויות חיצוניות בדבר התנהגותו במעמד החתימה. במילים אחרות, מדובר בטענה להסכמה בעל פה של בעל מקרקעין למסמך כתוב, ולא בטענה למסמך כתוב המבטא את התחייבויות בעל המקרקעין. לפיכך, אף אם אקבל כי עדויות אלו אכן מלמדות על הסכמה בהתנהגות מצד הפטריארך, וחרף העובדה שלעדויות הללו ניתן ביטוי כתוב בפרטיכל (בסעיף 10 לפרטיכל – "פרטיכל זה נחתם לדאיה ע"י...") – הרי שאין מדובר בהסכמה בכתב מצד הפטריארך, ובוודאי שלא מצד הפטריארכיה (וזאת אף במנותק משאלת ייצוג הפטריארכיה, בה דנתי בפסקאות 49-52 לעיל). לא זו אף זו, כפי שכבר הוצג, ההימנעות מהעלאת ההתחייבות עצמה על הכתב הייתה בכוונה תחילה של הפטריארך, ובידיעה של כלל המשתתפים בישיבה (ראו: עדותו של השופט בדימוס ארבל, פרוטוקול הדיון מיום 15.2.2018, בעמ' 71: "הבנתי ממנו [מעו"ד וינרוט – ע"ג]... שמכיוון שאי אפשר היה מסיבות שאני לא יודע אותן, לערוך הסכמה בכתב ולהחתים את הצדדים, אז הוא התכוון שיהיה איזשהו טקסט... שבו תובע הסכמת הצדדים"). בהמשך לכך, חתימת עו"ד וינרוט והשופטים בדימוס על הפרטיכל אינה יכולה להוות התחייבות בכתב של הפטריארכיה, מהטעם הפשוט שהם לא ייצגו אותה, וחתימתם אינה יכולה להוות ביטוי בכתב של התחייבות מצידה. לבסוף, על אף שעורכי הדין מטעם הפטריארכיה הכירו את הפרטיכל קודם למעמד הקראתו, וגם לקחו חלק מסוים בתהליך גיבושו, אין ספק כי קק"ל (יחד

עם עו"ד וינרוט, שעל מעמדו בנסיבות הרחבתי לעיל) הובילה את הרכבתו וניסוחו. מכאן שגם מהיבט זה לא ניתן לראות בפרטיכל מסמך בכתב שמבטא את רצון הפטריארכיה.

במכלול הגורמים הללו יש כדי לאבחן את ענייננו מפסקי דין בהם רוככה דרישת הכתב באופנים שונים, ובפרט מהנסיבות שלגביהן ניתן פסק הדין בעניין בוטקובסקי – בגדרו נימק בית המשפט את הסתפקותו במסמך שהוצג באותו עניין (תרשומת בסיום ישיבת המשא ומתן) בכך שהמסמך הנידון נכתב על ידי מנהל המוכרת בכתב ידו, ו"נוסח כהסכם מחייב, בלא שנכלל בו או נלווה לעריכתו כל רמז לכך, שהוא נכתב שלא על-מנת ליצור חיוב משפטי" (עניין בוטקובסקי, בעמ' 70). ממילא ניתן היה לראות במסמך זה כמבטא את התחייבותה של המוכרת, המתחייבת לבצע עסקה במקרקעין (גם אם לא את אלה של הרוכשים – אשר סעיף 8 לחוק המקרקעין ממילא לא חל על התחייבותם). אכן, ענייננו שונה בתכלית, שכן, כמובהר, כלל לא ניתן לראות בפרטיכל מסמך שהוכן על ידי הפטריארכיה, הפטריארך או מי מטעמם. בנסיבות אלה, ברי לדידי כי ככל שקיימת דרישה כי התחייבות הפטריארכיה תיעשה בכתב, הרי שדרישה זו לא התקיימה – לא בפרטיכל עצמו ולא בכל מסמך אחר (ראו והשוו: פרידמן וכהן, בעמ' 533).

78. ויובהר: אף אם אקבל את העמדה שלפיה עקרון תום הלב יכול לעתים לאפשר התגברות על דרישת הצורה, במובן זה שיוכר תוקפו המחייב של חוזה גם אם לא קוימה דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין (ראו: פרידמן וכהן, בעמ' 535-537; שלו וצמח, בעמ' 272-276), אין בכך כדי לשנות את מסקנתי בענייננו. הטעם העיקרי לכך הוא שגם הפסיקה שהכירה באפשרות הנזכרת תחמה את החריג למקרים "מיוחדים ויוצאי דופן" (עניין קלמר, בעמ' 197) בהם מהווה עמידה על דרישת הכתב "מכשיר לפגיעה חמורה ובלתי מוצדקת בזולת" (פרידמן וכהן, בעמ' 537; וראו גם עניין שם טוב, בפסקאות 21-24 לפסק דינה של השופטת אסתר חיות). כפי שיוצג בהמשך חוות דעתי, לעמדתי, התנהלותה של הפטריארכיה לא הייתה נגועה בחוסר תום לב, ועל אחת כמה וכמה שלא בחוסר תום לב המעורר "זעקת הגינות" (ראו פסקאות 83-91 להלן). ממילא, המקרה שלפנינו בוודאי אינו נמנה על המקרים יוצאי הדופן בהם מאפשר עקרון תום הלב להתגבר על דרישת הכתב.

על מקומן של דרישת פורמאליות בדיני החוזים

79. בטרם אחתום פרק זה, אבקש להוסיף מספר משפטים על מקומן של דרישת הצורה בפרט, ודרישות פורמאליות בכלל, בתחום דיני החוזים.

במספר הקשרים במסגרת ההליך קמא, ביקשו המצדדים בתזה שנכרת בין הצדדים הסכם פשרה מחייב להפחית ממשמעותו של העדר חתימה, תוך התייחסות להיעדרה כעניין "פורמאלי" (כאומרים: הא ותו לא; ראו, למשל, "עו"ד וינרוט הוסיף כי ליווה באופן בלתי אמצעי את המשא ומתן מתחילתו ועד סופו וכי הפטריארך והפטריארכיה התחייבו באופן מוחלט להסכמות שעוגנות במסמכי הפשרה, העולים לגדרו של חוזה סופי ומחייב, וכי החתימה נועדה לצרכים פורמאליים בלבד" (פסקה 57 לפסק הדין קמא; וראה בדומה בפסקה 58 לפסק הדין)).

לנוכח אמירות אלו, יש לומר באופן ברור: לממד הצורה חשיבות לא מבוטלת במארג הנורמות המסדירות את ההתקשרויות החוזיות בשיטת משפטנו. מעבר לכיבודם של דברי החקיקה בעניין, וכפי שהוזכר לעיל, דרישות צורניות ("פורמאליות") נוצרו במידה רבה כמכשיר להגשמת תכליותיהם של דיני החוזים, ובראשן הגשמת רצון הצדדים בעת כריתת החוזה. עלינו להישמר איפוא מדילוג פזיז על דרישות פורמאליות, תוך ביטולן המוחלט אל מול רכיבים "מהותיים" או "ערכיים" כאלה ואחרים. ההפרדה של אלו מאלו אינה קלה כפי שניתן לחשוב, וויתור על היבטים צורניים עשוי לגרור עמו, כמו במקרה דנן, פגיעה אף בתכלית ובמהות. במובן זה, על אף שלעיתים "אמת ויציב – אמת עדיף", במקרים רבים כרוכים השניים אלו באלו. על כן, התעלמות מהדרישות הפורמאליות, הנועדות להבטיח וודאות ויעילות, עשויה לשמוט את הקרקע אף מתחת לשאיפה להשיג את אותה "אמת" חמקמקה (ראו והשוו: ע"א 579/83 זוננשטיין נ' גבסו, פ"ד מב(2) 278, 289 (1988); וראו פסקה 62 לעיל).

זאת ועוד, חשיבותן של דרישות פורמאליות בדיני חוזים גבוהה במיוחד כאשר, כמו בענייננו, דנים אנו בחוזה עסקי, דהיינו בהתקשרות שכל הצדדים לה הם עוסקים – גורמים מתוחכמים המבצעים את ההתקשרויות החוזיות שלהם (או אמורים לבצען) בליווי משפטי שוטף. כך משום שביחס לצדדים אלה קיימת חזקה שהם ידעו להשתמש בצורה נכונה בשפה המשפטית הפורמאלית, וידעו לשדר באמצעותה את כוונותיהם זה לזה, ולפרשן המשפטי המוסמך (להרחבה בדבר השפעת סוג המתקשרים על האופן שבו יש לפרש חוזים, בכלל, ולאופן בו יש להפעיל את דיני פרשנות החוזים ביחס לחוזים עסקיים, בפרט, ראו: ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקאות 2-4 לחוות דעתי (20.11.2019); עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 523 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021)).

80. כאן המקום להזכיר דברים שהזדמן לי לכתוב זה לא מכבר במסגרת פרשה אחרת, אשר גם היא עסקה במעמדו המשפטי של מסמך ביניים:

האמת צריכה להיאמר, ולו כהערת אזהרה לעתיד – המטוטלת שבין הקוטב הפורמאלי לבין הקוטב המהותי נעה בעניין זה בפסיקתנו בצורה מופרזת לכיוון הקוטב המהותי. יתכן מאד, כי בעתיד יהיה מקום למתן במידה משמעותית את תנודתה של המטוטלת, במיוחד בנוגע לעסקאות מקרקעין, ולקבוע כללים נוקשים יותר להכרה בתוקפו המחייב של מסמך ביניים. כך, הן על מנת לתת לצדדים למשא ומתן יתר וודאות ביחס לנקודת הזמן אשר בה נחצה רף ההתקשרות; הן על מנת לספק למתקשרים הגנה משפטית ראויה בפני בעיות העלולות להיווצר בעסקה כבדת משקל מבחינה כלכלית ומורכבת מבחינה משפטית. אכן, קריאות בעניין זה נשמעו ברמה, ואסתפק בהפניה למאמרו החשוב של פרופ' מנחם מאוטנר "רק החוזה המקצועי, ולא זכרון הדברים, צריך ליצור זכויות וחובות בעסקאות במקרקעין" 199 גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 303 (בעריכת יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח, 2021) (עניין עג'מי, בפסקה 25).

המקרה שלפנינו ממחיש באופן מובהק את הסכנות עליהן התרעתי בדבריי אלה. בענייננו, הצדדים, שהם אנשי עסקים שהיו מיוצגים היטב, הביעו במפורש את כוונתם שלא להתקשר באופן מחייב במסגרת הפרטיכל; התנאי הצורני שהם קבעו, לפיו בלא "חתימה מלאה" לא יהיה תוקף לטיוטות – לא התקיים; אפילו דרישת הכתב מכוח סעיף 8 לחוק המקרקעין, שחלה בנסיבות העניין – לא מולאה. בנוסף, הפטריארך הבהיר במפורש כי אין הוא רואה עצמו מוסמך לחייב את הפטריארכיה בהתקשרות בשלב זה, כאשר הדבר היה ידוע לשני הצדדים. לדידי, די בשלל הרכיבים "הפורמאליים" הללו כדי ללמד על כך שהפרטיכל אינו יכול להוות הסכם פשרה מחייב, ולפיכך להצדיק את דחיית התביעה, ללא צורך להידרש כלל לבחינה מהותית של כוונת הצדדים. אכן, לשיטתי גם בחינה מהותית של יסוד גמירות הדעת מובילה לאותה מסקנה עצמה. ואולם, יתרון של הדרישות "הפורמאליות" הוא בכלים שהן מעמידות לרשות הצדדים להסדיר את יחסיהם החוזיים כרצונם, באופן שיהיה ברור הן להם והן לבתי המשפט. כאמור, כלים אלה יעילים ומועילים במיוחד כשמדובר בהתנהלות בין אנשי עסקים המיוצגים היטב, כדוגמת המקרה בו עסקינן. אכן, רק התעלמות מהניתוח ה"פורמאלי", תוך התמקדות ביסוד גמירות הדעת לבדו, עלולה להביא לחילוקי דעות בתיק מסוג זה. חילוקי דעות אלה משמעם אי ודאות, המזמינה התדיינות מיותרת. אכן, המטוטלת בפסיקתנו בתחום דיני החוזים נעה באופן מופרז לכיוון הקוטב המהותי. טוב נעשה אם נסיט את כיוון

תנועתה, ונשיב לדיני החוזים הישראליים, לא כל שכן כשמדובר בחוזה העסקי, מידה מסוימת של פורמאליזם, אשר תמתן את אי הוודאות, ותתרום לשימוש יעיל ומושכל במכשיר החוזי.

טיכום ביניים

81. מהאמור עד כה עולה כי בין הפטריארכיה לבין הימנותא לא נכרת הסכם פשרה מחייב במהלך המשא ומתן שהתקיים ביניהן. על כך שהפרטיכל לא עולה כדי זיכרון דברים מחייב (היא הטענה הניצבת במוקד דיוננו), אשר כובל את הצדדים באחת מהחלופות שבהסכם הפשרה, ניתן ללמוד משלל טעמים שענינם גמירות דעת הצדדים להתקשר בהסכם פשרה בעת אירוע הקראת הפרטיכל, וכן מטעמים "פורמאליים" שענינם בדרישות הצורה החלות בנסיבות המקרה. לפיכך, הפרטיכל הוא מסמך ביניים, אשר קבע הוראות מחייבות בדבר אופן ניהול המשא ומתן, ואולם ככל שמדובר בעסקה הסופית – הסכם הפשרה – הוראותיו הן בגדר נייר עזר, ומעולם לא השתכללו לכדי חוזה מחייב.

82. מסמך הביניים שבמוקד דיוננו אינו איפוא זיכרון דברים מחייב. כשלעצמי זהו מסמך עזר בלבד, שכלל שיש בו הוראות מחייבות מבחינה חוזית, הן נוגעות לאופן ניהול המשא ומתן בלבד, ובוודאי שלא לעסקה הסופית – הסכם הפשרה. מאחר שאין חולק כי משא ומתן זה לא הניב בהמשכו הסכם פשרה, הרי שמסקנה זו מציבה את המשך דיוננו במישור הטרם-חוזי. למישור זה אפנה איפוא כעת.

חובת תום הלב

83. כזכור, חיובה הכספי של הפטריארכיה אשר ניצב במוקד הערעור דנן, נשען על מסקנתו של בית המשפט קמא בדבר הפרתה של הפטריארכיה את חובת תום הלב. בתמצית, לגישתו של בית המשפט קמא, על רקע פרטיו של המשא ומתן שהתנהל בין הצדדים, ההסתמכות שזה הקים אצל ק"ל, והיעדר "אמתלא מבוררת ומוצדקת להימנע מחתימת הסכם הפשרה" – נסיגתה של הפטריארכיה מהמשא ומתן מבטאת הפרה של החובה הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים, וזאת במידת חומרה המצדיקה פסיקת פיצויי קיום לטובתה של הימנותא (פסקאות 169-170 לפסק הדין קמא). כפי שיפורט בפסקאות הבאות, עמדתי בסוגיה זו שונה. לדידי, בחינת המקרה על רקע מכלול נסיבותיו מובילה למסקנה כי הפטריארכיה הייתה רשאית לסגת מהמשא ומתן בנסיבות בהן עשתה זאת;

ועל אחת כמה וכמה כי אין מדובר במקרה בו התנהלותה מקימה "זעקת הגינות". בטרם אנמק עמדתנו זו, אעמוד על יסודות אחדים של חובת תום הלב לפי סעיף 12 לחוק החוזים הרלוונטיים לענייננו.

הערה: יצוין כי חברי, הנשיא עמית, הדגיש חזור והדגש בחוות דעתו כי דיונו בסוגיית הפרת חובת תום הלב נשען על ההכרה בפרטיכל כהסכם פשרה מחייב, ועל הפרתה של הפטריארכיה את חוזה זה. ממילא, חברי נמנע מלקבוע כי בהנחה שהפרטיכל אינו מהווה הסכם פשרה תקף (כעמדת בית המשפט קמא) התנהלות הפטריארכיה עולה לכדי חוסר תום לב. בהינתן קביעתי שהפטריארכיה וקק"ל לא התקשרו בהסכם הפשרה, צעדיי בסוגיית תום הלב ייעשו על הקרקע שפרש בית המשפט קמא, ולא על זו שמציג חברי.

84. על פי סעיף 12 לחוק החוזים, "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב". אחד המקרים הטיפוסיים בהם זיהתה הפסיקה אפשרות להפרת חובה זו בשלב המשא ומתן הוא "פרישה ממשא ומתן ממניעים שאינם ענייניים, באופן הפוגע בציפייתו הסבירה של הצד שכנגד" (ע"א 8143/14 חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פסקה 8 לחוות דעתו של השופט ניל הנדל (29.1.2017) (להלן: עניין חלפון); ראו גם: פרידמן וכהן, בעמ' 705-708). ודוק, נקודת המוצא בהקשר זה היא כי לא כל משא ומתן מוליד חוזה, וכי לצדדים עומדת הזכות לפרוש ממנו בכל שלב (ראו: עניין חלפון, בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט הנדל; וראו גם: ע"א 251/84 חברת ס.ג.פ. להשקעות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 467, 463 (1985) (להלן: עניין חברת ס.ג.פ.); פרידמן וכהן, בעמ' 699-700). אלא שלנוכח החובה שכונן המחוקק בסעיף 12 לחוק החוזים, זכות זו איננה מוחלטת, ומימושה צריך להיעשות בתום-לב, דהיינו בדמות "פרישה המודרכת על-ידי שיקולים ענייניים הנובעים ממהות העסקה, מהתפתחות המשא-ומתן ומעמדות הצדדים לו" (ע"א 2701/99 פנטי נ' יצהרי, פ"ד נה(5) 721, 727 (2001); וראו עניין חלפון, בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט הנדל, אשר הביא דברים אלו; וכן השוו, ביחס למקומם של "שיקולים ענייניים" כאמור: עניין חברת ס.ג.פ., בעמ' 467). עיון בפסיקה מעלה כי בין השיקולים שהובאו לבחינת סוגיה זו, אשר ככל בחינת מילוי חובת תום-לב צריכה להיעשות מנקודת מבט אובייקטיבית, מצויים הסיבה בגינה פרש מהמגעים הצד המואשם בחוסר תום-לב, ציפיותיהם של הצדדים ביחס לכריתת החוזה בהינתן המצגים שהוצגו ביחס לכך, ומערך היחסים והכוחות ביניהם (ראו: עניין חלפון, בפסקאות 9-14 לחוות דעתו של השופט הנדל; פרידמן וכהן, בעמ' 708). כפי שאסביר עתה, בחינת שלושת היבטים אלה בנסיבות המקרה דנן מובילה למסקנה כי

פרישתה של הפטריארכיה מהמשא ומתן לאחר חודש אפריל 2008 אינה עולה כדי חוסר תום-לב.

85. ראשית, הטעמים שבגינם פרשה הפטריארכיה מהמשא ומתן. לפי גרסתה של הפטריארכיה, אשר לא נדחתה על ידי בית המשפט קמא (ונראה שאף לא על ידי הימנותא), הסיבה המרכזית לפרישה זו הייתה נסיגת מקור המימון עליו הסתמכה (ראו סעיף 9 לסיכומי הפטריארכיה בהליך דנן). ואכן, כפי שעולה מתצהירו של מר סופר, סביב השנים 2005-2006 החלו להתקיים מגעים בין קבוצת סופר לבין הפטריארכיה, בין היתר ביחס לעסקה שתכלול את רכישת זכויות החכירה במקרקעין בתמורה לסכום שיכלול את תשלום הפשרה להימנותא; אלא שבחודשים אפריל-מאי 2008, החליטה קבוצת סופר למשוך את ידה ממגעים אלה בשל עובדות שהתגלו ביחס להיקף המקרקעין ומטעמים של כדאיות העסקה (ראו: פסקאות 65, 91 לפסק הדין קמא). בית המשפט קמא לא הטיל ספק בעדות זו של מר סופר, ונקל לראות כי היא עולה בקנה אחד עם כרוניולוגיית הזמנים המוסכמת שלפיה המפגש האחרון בין נציגי הימנותא והפטריארכיה נערך ביום 15.4.2008, כאשר לאחריו חל הנתק בין הצדדים.

86. בנקודה זו עולה השאלה, האם המשא ומתן המקביל שקיימה הפטריארכיה עם מר סופר וקבוצתו ביחס להעברת הזכויות במקרקעין מהווה התנהלות פסולה בפני עצמה? בניגוד לטענותיה של הימנותא, אני סבור כי התשובה לכך שלילית. נקודת המוצא בהקשר זה נעוצה בכך שעצם העברת זכויותיה של הפטריארכיה במקרקעין לצד ג', לא עמדה בניגוד לחובות אותן נטען כי היא קיבלה על עצמה. כך עולה מקביעותיו של בית המשפט קמא (פסקה 164 לפסק הדין קמא), כך עולה מטיוטת הסכם ברירת המחלף שצורף לפרטיכל (ראו סעיף 2 לטיוטה זו, בו נקבע כי התחייבויות הצדדים עומדות "מבלי לגרוע מזכויות הצדדים להמחות זכויותיהם לאחרים", ואשר נראה כי תוקן לפי דרישת הפטריארכיה; ראו סעיף 362 לסיכומי הפטריארכיה בהליך קמא) וכך עולה מעדותו של עו"ד וינרוט בחקירתו הנגדית (ראו פרוטוקול הדיון מיום 15.2.2018, בעמ' 88). בהינתן שכן, המשא ומתן שקיימה הפטריארכיה עם קבוצת סופר נעשה ביחס לעסקה אפשרית כשרה, שתכליתה מימון ההסכם ההולך ומתגבש עם קק"ל – תכלית שאין ספק כי היא עניינית וראויה. בנקודה זו יש להבהיר כי איננו עוסקים במשא ומתן ביחס לעסקה נוגדת, בגדרה יכולה הייתה קבוצת סופר לבוא תחת קק"ל. אכן, יתכן שזה היה המצב אלו הייתה הפטריארכיה בוחרת בנתיב שסללה טיוטה ב' לפרטיכל, שעניינו בהארכת החכירה במקרקעין. ואולם, נראה שאין מחלוקת על כך שהפטריארכיה לא הביעה נכונות להתחייב על המתווה האמור, ואף בפרטיכל הוא מוצג רק כאפשרות חלופית, שהפטריארכיה

רשאית לפי שיקול דעתה לבחור בה, אך רשאית גם שלא לעשות כן (ראו סעיף 4 לפרטיכל).

87. עסקינן, איפוא, בפרישה ממשא ומתן בשל נסיגתו של מקור מימון, שהמגעים לגיוסו היו תקינים ועניינים, כמתואר לעיל. טעם זה מהווה בעיניי טעם כשר לפרישה ממשא ומתן בנסיבות המקרה דנן. ודוק, יתכן שכעניין של התנהלות ראויה וערכית, טוב הייתה עושה הפטריארכיה אילו הייתה חושפת בפני קק"ל את עובדת קיומו של המשא ומתן עם קבוצת סופר בשלב מוקדם יותר (זאת בהנחה שקק"ל אכן לא ידעה על הדבר, הנחה בה מטילה הפטריארכיה ספק; ראו סעיפים 366-367 לסיכומי הפטריארכיה בהליך קמא). ואולם, "ענייננו ביושר לבב ולא בגמישות האופי או בנועם הליכות" (עניין חברת ס.ג.פ., בעמ' 467). בנסיבות דנן, אף אם אכן לא גילתה הפטריארכיה לקק"ל על דבר המגעים עם קבוצת סופר, לא מצאתי שמדובר בהתנהלות העולה כדי חוסר תום-לב, בוודאי לא חוסר תום לב מהותי. זאת בייחוד בהינתן שני ההיבטים הנוספים, אליהם אתייחס כעת.

88. שנית, ציפיותיהם של הצדדים ביחס לסטטוס החוזי. כאמור לעיל, נימוק מרכזי עליו נשען בית המשפט קמא במסגרת קביעתו כי פרישת הפטריארכיה מהמשא ומתן עולה כדי חוסר תום-לב הוא ההסתמכות שיצרו מצגיה ביחס לכוונתה להתקשר בהסכם הפשרה אצל קק"ל (ראו פסקה 168 לפסק הדין קמא). ואולם, כפי שעולה מחלקיה הקודמים של חוות דעתי, לדידי המצג שהציגה הפטריארכיה ביחס לכוונתה הסופית להיקשר בהסכם פשרה אינו משמעותי כפי שטוענת קק"ל. די להזכיר, בהקשר זה, את החשדנות בה לטעמי יש לנקוט כאשר בוחנים את משמעותו של מעמד הקראת הפרטיכל (ראו פסקאות 33-40 לעיל); את הסתייגותו המפורשת של הפטריארכ מהחתימה על הפרטיכל (ראו פסקאות 49-52 לעיל); וקשיים נוספים שעולים במישור גמירות הדעת. כל אלו, כך אני סבור, מלמדים על כך שמצגיה של הפטריארכיה ביחס לכוונתה להתחייב בעסקה סופית עם קק"ל אינם כצעתה, ובהתאם, כי אין להפריז בהסתמכותה של קק"ל על מצגים אלה.

89. שלישית, מערכת היחסים הכוללת בין הצדדים. כפי שנקבע בעבר בפסיקתנו, את הנסיבות הפרטניות, אשר נטען כי הן מקימות חוסר תום לב, יש לבחון באספקלריה של ההקשר הרחב יותר בו מתקיימים המגעים בין הצדדים, ובמסגרת זו לתת משקל אף להתנהלותו ותום ליבו של "הניזוק", כלומר של הצד הטוען כי נפגע מחוסר תום הלב של המתקשר האחר (ראו: עניין חלפון, בפסקה 17 לחוות דעתו של השופט הנדל; ע"א

434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים, פסקאות כ"ז-כ"ח (14.6.2009); והשוו: פרידמן וכהן, בעמ' 748-751). בענייננו, דומני שהתנהלותה של קק"ל לאורך הדרך – ההתנהלות שביחס אליה יש לבחון את הטענות לחוסר תום ליבה של הפטריארכיה – מקשה עד מאוד על קבלתן של טענות אלו.

90. בהקשר זה, יש להזכיר את שכבר צוין – עסקינן במשא ומתן שהולדתו, במידה רבה, בחטא. משא ומתן זה הונע על ידי לחץ בלתי לגיטימי, אשר הפעילה קק"ל על הפטריארכיה – בעיקר עמידתה בסירובה למחוק את הערות האזהרה שנרשמו לטובתה בעקבות עסקת המרמה, אך גם השימוש בסוגיית ההכרה הרשמית של מדינת ישראל בפטריארך תיאופולוס כקלף מיקוח (וראו ההתייחסות לעניין זה בסעיפים 3, 4 ו-6.2 לפרטיכל). ויודגש: מחומר הראיות עולה באופן ברור למדי כי קק"ל הבינה בשלב מוקדם כי לפטריארכיה לא היה חלק בגיבוש עסקת המרמה, וכי זו המסקנה אליה צפוי להגיע בית המשפט במסגרת תביעת הפטריארכיה (ראו הערה בפסקה 12 לעיל). משמעות הדבר היא שלאחר שרומתה, ולמרות התבהרות התמונה העובדתית, ביקשה קק"ל לגלגל את נזקיה מהתרמית על קופת הפטריארכיה, דהיינו לרפא את מלוא הפסדיה באמצעות גלגולם על כתפי צד ג' תם לב. אם התנהלות זו מצד גוף ציבורי מעוררת שאלות ערכיות, הרי שהעובדה שלצורך מהלך זה גויסו שני מנופי לחץ פסולים – האחד, הכרת המדינה במינוי הפטריארך תיאופולוס (פעולה המעלה חשש לשימוש למטרה זרה בכוח המדינה); השני, סירוב למחוק את הערות האזהרה (גם כשהיה ברור כי נרשמו שלא כדין) – מעוררת תהיות במישור החוקיות, שמאחר שלא נידונו לפנינו, אמנע מלהרחיב את העיסוק בהן. לענייננו, אסתפק בקביעה כי מערך הכוחות שעל בסיסו התנהל המשא ומתן הנידון הוא כזה בו הפטריארכיה ניצבה בעמדת חולשה, ועובדה זו מוסיפה לקושי שבזיהוי התנהלותה של הפטריארכיה כמגלמת חוסר תום לב, ובוודאי ככזו אשר מקימה "זעקת הגינות" לטובת קק"ל.

91. סיכומה של סוגיית תום הלב, בניגוד לקביעתו של בית המשפט קמא, בפרישתה מהמשא ומתן לא הפרה הפטריארכיה את חובת תום הלב שחלה עליה. מסקנה זו נשענת על הטעמים מהם נבעה, כפי הנראה, פרישה זו; על מסקנת דיוני שלעיל שלפיה הצדדים לא גמרו בדעתם להתקשר בחוזה מחייב במהלך המגעים שהתקיימו ביניהם; ועל התמונה הרחבה של מערך היחסים והכוחות בנסיבות המקרה. בהיעדרו של חוסר תום לב המצדיק פיצויים כלשהם, על אחת כמה וכמה שאין מדובר באחד מהמקרים הנדירים בהם חוסר תום הלב עשוי להצדיק פסיקת פיצויי קיום (על חריגותם של מקרים אלו, ראו: ע"א

8265/15 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' קבוצת אקוסנס (מזרח תיכון בע"מ), פסקה 15 (1.12.2016); עניין חלפון, בפסקה 17 לחוות דעתו של השופט הנדל).

עוללות – אישור הסינוד להסכם הפשרה

92. תם, אך לא נשלם. שני עניינים נוספים מחייבים התייחסות, ולו קצרה. שניהם נוגעים לאישור שנתן, על פי קביעת בית המשפט קמא, הסינוד להסכם הפשרה באפריל 2008. הראשון, עניינו בשאלה הדיונית של המצאת הפרוטוקולים בהתאם להחלטות בית המשפט שניתנו בעניין זה; השני, עניינו נפקות האישור האמור. אתיחס לעניינים אלה כסדר הצגתם.

93. בהחלטה שניתנה על ידי מותב תלתא של בית משפט זה (השופט יצחק עמית בהסכמת השופטים יורם דנציגר ומני מזוז) במסגרת הליכי הגילוי בתיק דנן, נקבע כי על הפטריארכיה להעביר להימנותא נסח המפרט את תוכן הדיון בישיבות הסינוד מהתאריכים 10.4.2008 ו- 21.4.2008 (להלן: ישיבות אפריל 2008), וכן להפקיד בבית המשפט קמא העתקים מצולמים של הפרוטוקולים מישיבות אפריל 2008 עם תרגום נוטריוני לעברית (רע"א 5247/15 ג'אנופולוס נ' הימנותא בע"מ (28.8.2016)). החלטה זו לא קוימה על ידי הפטריארכיה, ועובדה זו עומדת כמובן לחובתה, ויכולה להצדיק הטלת סנקציות שונות, עד כדי מחיקת כתב ההגנה. בית המשפט קמא סבר כי אין הצדקה לנקוט בנסיבות המקרה בסנקציה המחמירה של מחיקת כתב ההגנה (ראו פסקה 37 לפסק הדין קמא), ולאור האמור בהמשך הדברים בעניין נפקות אישור הסינוד (פסקה 94 להלן), סבורני כי צדק בכך. עוד קבע בית המשפט קמא, בין השאר לאור האמור, כי יש להניח את ההנחה המטיבה עם הימנותא בעניין זה, דהיינו שאישור הסינוד להסכם הפשרה ניתן בישיבות אפריל 2008 (ראו פסקאות 149-156 לפסק הדין קמא). גם בכך סבורני שצדק. לבסוף, תוצאה אחרונה שיש לייחס להפרת הוראת בית המשפט היא בעניין הוצאות המשפט. לכך אתיחס בסוף פסק דיני.

94. מהי נפקות העובדה שנקבע כי הסינוד אישר לבסוף בישיבות אפריל 2008 את ההתקשרות בהסכם פשרה? לדידי, אין בעובדה זו כדי לשנות את התוצאה אליה הגעתי, לפיה אין כל הסכם פשרה בר תוקף בין הצדדים, זאת משני טעמים, שכל אחד מהם עומד בפני עצמו: ראשית, מבחינת הדרישות הפורמאליות, כפי שראינו, הצדדים הבהירו כי על מנת שהסכם הפשרה יהיה מחייב נדרשת "חתימה מלאה" של הצדדים על הסכם הפשרה (ראו פסקאות 66-71 לעיל), ובנוסף כי ההתקשרות בהסכם הפשרה מחייבת עמידה

בדרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין (ראו פסקאות 72-76 לעיל). אישור הסינוד, אף אם ניתן, בוודאי שאינו מהווה עמידה בדרישה ל"חתימה מלאה", ואף לא בדרישת הכתב; שנית, בשנה שחלפה בין מועד הקראת הפרטיכל (12.3.2007) למועד אישור הסינוד (אפריל 2008) התגלעו מחלוקות בין הצדדים, והוצבו דרישות חדשות משני הצדדים, כך שבשלב זה לא ניתן היה להיקשר עוד בהסכם הפשרה בנוסח שצורף לפרטיכל, או בכל נוסח מוסכם אחר. ואכן, גם בית המשפט קמא וגם חברי אינם סבורים כי אישור הסינוד, כשלעצמו, מגבש הסכם מחייב. לשיטת בית המשפט קמא, אישור זה הוא חלק מהנסיבות המגבשות את חוסר תום הלב מצד הפטריארכיה. לשיטת חברי, זוהי עמידה בתנאי שנקבע בהסדר הפשרה המחייב שנכרת שנה לפני כן, במעמד הקראת הפרטיכל. כאמור, לדידי שתי הגישות הללו אינן יכולות לעמוד.

סוף דבר

95. חברי חתם את חוות דעתו בציטוט מתוך דברים שכתבתי בעבר, ולפיו "אין אנו מתעניינים ברצונותיהם הכמוסים והנסתרים של הצדדים למשא-ומתן, אלא רק במה שמתגלה לעינינו של צופה בלתי-תלוי" (עופר גרוסקופף "סיווג מסרים המוחלפים במהלך משא-ומתן" עיוני משפט כב 745, 767 (1999)). על דברים אלו עומד אני גם היום, אלא שבענייננו, המחזה המתגלה לעינינו של צופה בלתי-תלוי הוא של צדדים שהיו מעוניינים, כל אחד מטעמיו, להגיע בשנים 2005-2008 להסכם פשרה שייתר את ההתדיינות שהתנהלה ביניהם באותה עת ביחס לתוצאות פרשיית המרמה, ואולם המשא ומתן ביניהם מעולם לא הבשיל לכדי חוזה מחייב, ומערכת יחסיהם הוסדרה בסופו של יום רק בפסק הדין שניתן בשלהי שנת 2013. למען האמת – ניכר כי כל תכליתה של התדיינות הנוכחית נגד הפטריארכיה, בה פתחה הימנותא באמצע שנת 2011 בעקבות פסקי הדין הפליליים שניתנו בפרשייה, היא להפוך את תוצאתו הצפויה של ההליך הקודם – הפסד הימנותא, משנקבע כי לפטריארכיה לא היה יד ורגל בפרשיית התרמית, ועל כן יש למחוק את הערות האזהרה שנרשמו לטובת הימנותא.

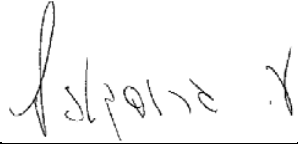
96. לא אוכל לסיים את חוות דעתי מבלי לומר דבר מה בעניין תחושות הצדק. דנים אנו בטיעוני הצדדים כבית משפט, וממילא חובתנו לפסוק על פי הדין. יחד עם זאת, חשוב להבהיר כי, למיטב הכרתי, התוצאה אליה הגעתי היא לא רק נכונה משפטית, אלא גם צודקת מבחינה ערכית. אין ספק כי פרשיית המרמה, שהיא "המשגה הגורלי" שהוליד את הטרגדיה בה עסקינן, היא פרשה חמורה מאד. היא חמורה בשל נבזותם של הנוכלים, אשר גזלו מקק"ל בתחבולה שפלה סכומי עתק; היא חמורה אף בשל התנהלותו של עו"ד

ויינרוט, שסירב להשיב את שכר הטרחה העצום שקיבל, גם לאחר שהתברר מעשה המרמה של לקוחותיו; ולבסוף היא חמורה גם בשל רשלנותם של אנשי קק"ל, שאפשרו את גזלת כספי הציבור, וסירבו להודות במשך למעלה מעשור שנפלו קורבן להונאה. הגורם היחיד שהוכיח באותות ובמופתים, לאחר התדיינות שנמשכה שנים, כי אין לייחס לו אחריות לפרשייה חמורה זו היא הפטריארכיה. ויובהר, הפטריארכיה לא נפלה קורבן לתרמית של הנוכלים, ולא התרשלה במעשה או במחדל. עירובה של הפטריארכיה בפרשייה כל כולו תוצאה של התעקשות קק"ל להוסיף ולהתכחש למעשה המרמה; לסרב למחוק את הערות האזהרה שנרשמו שלא כדין; ולהוסיף ולנהל בעניין זה נגד הפטריארכיה הליכים משפטיים חסרי תוחלת. אם לא די בכך, במקביל להליכים המשפטיים ביקשה קק"ל, בסיועו האינטרסנטי של עו"ד וינרוט, לנסות ולגלגל אל פתחי הפטריארכיה את נזקי התרמית באמצעות משא ומתן לפשרה. במשא ומתן זה לא בחלה קק"ל בהפעלת אמצעי לחץ בלתי לגיטימיים על הפטריארכיה, בדמות סירוב מתמשך למחוק הערות האזהרה שנרשמו שלא כדין, וניצול הליך ההכרה הרשמית של מדינת ישראל בפטריארכ תיאופולוס. אלא שגם המשא ומתן הזה לא הוליד דבר, והלכה למעשה קק"ל לא נתנה במסגרתו דבר וחצי דבר לפטריארכיה (למעט ההכרה בפטריארכ – עניין שמלכתחילה לא היה מקום לקשור למשא ומתן). למרות זאת, הוסיפה קק"ל וניהלה את ההליך דנן, הנסמך כל כולו על מסמך שלא ויתרה מכוחו על מאום, ואף דרשה במסגרתו מהפטריארכיה, לרבות בשלב הערעור, סכומים העולים משמעותית על הנזק שנגרם לה מפרשיית המרמה. משמעותה הכלכלית של קבלת תביעת קק"ל, לפיכך, היא שמי שברשלנותה פתחה את הדלת לנוכלים תצא נשכרת – ולא על חשבון הרשע, כי אם על חשבון התם. אכן, דחיית תביעתה של קק"ל היא לא רק ההחלטה הנכונה מבחינה משפטית; היא גם מביאה לתוצאה הראויה והצודקת.

97. לאור כל האמור, ובהינתן מסקנתי שלפיה התנהלותה של הפטריארכיה בנסיבות המקרה לא עלתה לכדי חוסר תום לב במשא ומתן, עמדתי היא כי יש לקבל את ערעורה של הפטריארכיה, כך שהחיוב הכספי שהוטל עליה בפסקה 227 לפסק הדין קמא בסך 13 מיליון דולר – יבוטל. לנוכח מסקנה זו, את ערעורה של הימנותא, המבוסס על כריתתו של חוזה בין הצדדים ועל חיובה של הפטריארכיה בתשלום לאורו, הייתי דוחה מכל וכל.

98. בהינתן התוצאה אליה הגעתי, ככל שתשמע דעתי, יבוטל החיוב בהוצאות ושכר טרחה שהוטל על הפטריארכיה בפסק הדין קמא, וחלף זאת נורה כי הימנותא תישא בהוצאות הפטריארכיה בשתי הערכאות בסכום כולל של 150 אלף ש"ח. בקביעת סכום

זה הבאתי בחשבון, לחובת הפטריארכיה, את מחדלה מלציית להחלטת בית משפט זה בעניין הפרוטוקולים של ישיבות אפריל 2008, כמובהר בפסקה 93 לעיל.


 עופר גרוסקופף
 שופט

השופטת יעל וילנר:

1. במחלוקת שהתגלעה בין חבריי, הנשיא י' עמית והשופט ע' גרוסקופף, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי, השופט גרוסקופף.

2. ליבת המחלוקת בין חבריי נעוצה בשאלה אשר ניצבת במוקד ההליך שלפנינו – האם פרוטוקול הפגישה שנערכה ביום 12.3.2007 בין המערערת בע"א 1463/22 (להלן: הפטריארכיה) לבין המערערת בע"א 1467/22 (להלן: הימנותא) והמשיבה 25 בערעורים הנ"ל (להלן: קק"ל), הוא בגדר חוזה מחייב בין הצדדים (להלן: הפרטיכל). בדומה לחברי, השופט גרוסקופף, אני סבורה כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה, משהפרטיכל אינו עומד בדרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן גם: דרישת הכתב). כמו כן, אף לדעתי, פרישתה של הפטריארכיה מהמשא ומתן בענייננו אינה עולה כדי חוסר תום הלב, כמשמעותו בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).

להלן אבהיר בקצרה את עמדתי בסוגיות אלו.

הפרטיכל ודרישת הכתב

3. כמפורט בחוות דעתם של חבריי, הפרטיכל מתעד התחייבות של הצדדים להתקשר באחד משני נוסחים של הסכם פשרה – שצורפו כנספחים לפרטיכל ומכונים שם "טיוטא א'" ו"טיוטא ב'" (להלן ביחד: שתי הטיוטות) – כשהתחייבות זו הוכפפה לקיום מספר תנאים המפורטים בפרטיכל. כפי שמראה חברי, השופט גרוסקופף, שתי הטיוטות כוללות למעשה הסדרה של עסקה במקרקעין, שבמסגרתה תחכיר הפטריארכיה לקק"ל והימנותא את המקרקעין הנדונים תמורת סכום כסף (פס' 74 לחוות דעתו).

4. אם כן, הפרטיכל מתערך התחייבות של הפטריארכיה לעשות עסקה במקרקעין; וכידוע, בסעיף 8 לחוק המקרקעין נקבע כי "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". לפיכך, על מנת לאכוף את התחייבותה האמורה של הפטריארכיה על-בסיס הפרטיכל, עליו לעמוד בדרישת הכתב. כאמור לעיל, אני סבורה כי הפרטיכל אינו עומד בדרישה זו.

5. כידוע, דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין פורשה בפסיקה כדרישה מהותית ("קונסטיטויטיבית"), שמשמעותה היא "שבאין מסמך, אין קיום לעסקה" (ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון המונח יהושע בידרמן, פס' 1 (28.11.1972) (להלן: עניין גרוסמן); כן ראו, למשל: ע"א 380/88 טוקאן נ' אלנשיבי, פס' 9 (17.10.1991) (להלן: עניין אלנשיבי); ע"א 692/86 יעקב בוטקובסקי ושות' – חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת, פס' 10 (10.12.1989) (להלן: עניין בוטקובסקי); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 479 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: פרידמן וכהן)). פרשנות זו של דרישת הכתב נקבעה בהתאם לתכליתה – להבטיח כי התחייבותו של בעל זכות במקרקעין להקנותה לאחר תיעשה בכובד ראש, בשים לב לחשיבותן של עסקאות במקרקעין ולכך ש"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין היא התחייבות רצינית" (עניין גרוסמן, פס' 9; כן ראו, למשל: עניין אלנשיבי, פס' 9; ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ, פ"ד כח(2) 291, 294 (1974) (להלן: עניין קפולסקי)); וכפי שהוסבר בעניין גרוסמן:

"יש וחקוק מחייב עשיית מסמך בכתב כדי להרתיע אדם מלהתחייב בחפזון ובקלות דעת, משום חשיבות העיסקה (AD SOLEMNITATEM). דרישת הכתב עשויה להרשים את המתחייב ברצינות מעשהו, ולהגן עליו מפני חפזון. ויש והכתב דרוש לראיה בלבד (AD PROBATIONEM), כדי שלא להזיק אדם לחולשת הזכרון של העדים ולסכנה של עדות כוזבת.

במקרה הראשון דרישת החוק היא מהותית. ואם לא נעשה מסמך, לא עשו הצדדים ולא כלום. במקרה השני יכול שנוצר חיוב בדיבור-פה והשאלה תהא רק אם ניתן להוכיחו כדרכי ראיה אחרות, בגין הודאת הנתבע, או ראשית ראיה בכתב בצירוף עדים.

[...]

חושבני שלא יכול להיות ספק בכך, שדרישת הכתב באה מפאת חשיבות העיסקה, ולכן היא תנאי לקיום ההתחייבות" (שם, פס' 8).

6. בבסיסה של אותה תכלית "הרתעתית", אשר מובילה לסיווג דרישת הכתב כמהותית, מונחת תפיסה שלפיה "הניסיון האנושי מלמד כי דברים שבכתב מבטאים יתר כובד ראש מדברים שבעל פה. דרישת הכתב מבטיחה את המתקשר מפני קלות הדעת והפזיזות העשויות להיות כרוכות בהבטחות הניתנות בעל פה. הכתב יוצר חזקת רצון והסכמה להתחייבות משפטית" (פרידמן וכהן, בעמ' 466; כן ראו והשוו: ע"א 811/23 בן חיים נ' תשרי דהיטים בע"מ, פס' 20 (17.3.2025)).

לעניין זה יודגש, כי לנוכח סעיף 6 לחוק המקרקעין, שלפיו "עסקה במקרקעין היא הקננה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה", הלכה עמנו כי דרישת הכתב נוגעת להתחייבות בעל הזכות במקרקעין להקנותה לאחר, להבדיל מהתחייבות הקונה לרכוש את הזכות (ראו, למשל: ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פס' 9 (8.4.1979); עניין אלנשטיין, פס' 10).

7. אמנם, ניתן למצוא בפסיקה הד לגישה שלפיה לגבי דרישת הכתב, "אין המסמך חייב לגלם את ההתחייבות עצמה, אלא מספיק שהוא מעיד באופן ברור על קיומה" (עניין אלנשטיין, פס' 9 לפסק דינו של השופט בן). עם זאת, יודגש כי גם במקרים שבהם נכונה הייתה הפסיקה להכיר בתוקפו של מסמך, אשר אינו כולל את עצם התחייבותו של בעל הזכות במקרקעין להקנותה לאחר, מדובר היה בעיקרו של דבר במסמכים שנכתבו על-ידי בעל הזכות עצמו, שהעיד במסגרתם בבירור על קיומה של עסקה במקרקעין, באופן שמעיד ממילא על התחייבותו לעשייתה (כך, בעניין אלנשטיין, מדובר היה בייפוי כוח שעליו חתמה המוכרת, ובו ציינה במפורש כי מכרה את זכויותיה לרוכש, וכי היא מעוניינת ליתן תוקף למכירה הנ"ל; ב-ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"מ ל(1) 800 (1976), מדובר היה בקבלה שהנפיקה המוכרת, ובה אישרה תשלום סכום שהתקבל מהרוכש עבור מכר מקרקעין שפרטיהם צוינו בקבלה, וכן צוין מחיר העסקה; כן ראו: גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 267-266 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח)).

8. לסיכום האמור עד כה; דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין היא מהותית-קונסטיטוטיבית, כך שמילויה הוא תנאי לתוקפה של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. הדבר נובע מתכליתה של דרישה זו, להבטיח כי בעל זכות במקרקעין לא יתחייב להקנותה לאחר אלא בכובד ראש, שמאפיין את מלאכת הכתיבה. ככלל, דרישת הכתב נוגעת לעצם התחייבותו של בעל הזכות. אמנם, הפסיקה הכירה בהקשר הנדון בתוקפם של מסמכים שלא גילמו במפורש את עצם ההתחייבות, אך מדובר היה במסמכים

שנכתבו על-ידי בעל הזכות עצמו, שהעיד במסגרתם בבירור על קיום העסקה, באופן שמעיד ממילא על התחייבותו לעשייתה.

9. אני סבורה כי יישום הלכות אלה על ענייננו מוליך, כאמור, למסקנה כי הפרטיכל אינו עומד בדרישת הכתב. לפיכך, בהיעדר התחייבות בכתב, אין קיום לפרטיכל. אבהיר את הדברים.

10. הפרטיכל אינו מכיל התחייבות כתובה של הפטריארכיה לעשות עסקה במקרקעין, שהרי הפרטיכל אינו מסמך שנכתב על-ידי גורם מטעם הפטריארכיה, ואף לא נחתם על-ידי גורם כאמור. הפרטיכל הוא – בהגדרה – מסמך המתעד דברים שנאמרו בעל-פה בישיבה הנדונה, וחתומים עליו שלושה גורמים שאינם משתייכים לפטריארכיה (עו"ד יעקב וינרוט, השופט בדימוס אביגדור משאלי והשופט בדימוס דן ארבל); גורמים אלו נועדו לשמש אך עדים לדברים שנאמרו בעל-פה בפגישה, ותכלית חתימתם על הפרטיכל היא לאמת את תוכנו.

11. אם כן, הלכה למעשה, מתן תוקף משפטי מחייב לפרטיכל, משמעותו אכיפת התחייבות שניתנה בעל-פה או בהתנהגות מטעם הפטריארכיה לעשיית עסקה במקרקעין; והדבר עולה במפורש אף מקביעותיו של בית המשפט המחוזי, שלפיהן, בין היתר, "ליבת העניין ומהותו במצג שהציג הפטריארך כלפי כולי עלמא – נציגי התובעת [הימנותא – י"ו] והשופטים שנקראו לשמש כעדים להסכמות הצדדים בעל-פה ובהתנהגותם" (פס' 146 לפסק דינו); וכי אין משמעות לכך שהפטריארך "לא הבין את משמעותה המשפטית של התחייבות בעל-פה בשיטת המשפט בישראל" (פס' 138, ההדגשה הוספה); אציין כי אף חברי, הנשיא עמית, מדגיש כי "טענתו המשתמעת של הפטריארך כי לא הבין את משמעותה המשפטית של התחייבות בעל פה במשפט הישראלי – אין בכוחה כדי לשלול גמירת דעת ולאין את תוקפו של החוזה" (פס' 29 לחוות דעתו, ההדגשה הוספה). בית המשפט המחוזי הוסיף והדגיש בעניין זה, כי "השופט ארבל העיד כי על-פי הבנתו וכפי שנקלט בחושיו מדובר במעמד חגיגי שתכליתו לעגן בעל-פה את הסכמות הצדדים והתחייבותם לפעול על-פי הפרטיכל" (פס' 144 לפסק דינו; ההדגשות הוספות).

12. אין אפוא מנוס מן המסקנה כי הפרטיכל הוא, לכל היותר, דאיייה לכך שהפטריארכיה התחייבה בעל-פה או בהתנהגות לעשות עסקה במקרקעין; הפרטיכל אינו כולל התחייבות כתובה של הפטריארכיה לעשות עסקה כאמור, ואף לא מסמך שבגדרו העידה הפטריארכיה עצמה על קיומה של עסקה.

ברם, כמבואר לעיל, דרישת הכתב איננה מבוססת על טעמים דאיתניים, אלא היא דרישה קונסטיטוטיתבית שנועדה להבטיח כי התחייבות להקנות זכות במקרקעין תיעשה בכובד ראש, ולא מתוך חיפזון או קלות דעת, בשים לב למאפייני מלאכת הכתיבה דווקא, להבדיל מהתחייבות שבעל-פה. תכלית זו אינה מתקיימת בפרטיכל, וממילא אין בו כדי למלא את דרישת הכתב.

13. אציין, כי האמור מקבל משנה תוקף, בהינתן שרעיון יצירת הפרטיכל נולד דווקא בשל העובדה כי הפטריארכיה לא הייתה מעוניינת להתחייב בכתב לעשות עסקה כאמור.

כך, בפסק דינו של בית המשפט המחוזי נקבע, כי "הפטריארכיה הציגה לפני התובעת [הימנותא – י"ו], בזמן אמת, מצג של מניעות משפטית בחתימת ההסכם ובטענה כי אין בסמכותו של הפטריארך להתקשר עמה עד להכרת מדינת ישראל במעמדו כמייצג הפטריארכיה ועומד בראשה" (פס' 141 לפסק הדין; ההדגשה הוספה); וכי בעקבות מצג זה ביקשו קק"ל והימנותא "בדרך יצירתית להביא לחתימת ההסכם במסלול עוקף מניעות", באופן שהוביל ל"רעיון, החריג, לכנס טקס חגיגי על מנת להביע את גמירות דעתם [של הצדדים – י"ו] להתחייב בהסכם ולשכללו באמצעות חתימתם של שני שופטים בדימוס, אשר יהיו עדים לכבילת הצדדים בהסכם הפשרה אף ללא חתימתו" (שם, פס' 142). בית המשפט המחוזי קיבל בהקשר זה את עדותו של עו"ד חנני, שייצג את הימנותא במעמד הפגישה ואף הקריא את הפרטיכל בפני הנוכחים בה: "בסוף סוכם לפי הצעת עו"ד וינרוט לערוך ישיבה חגיגית לסכם הכל, לקרוא בקול רם, לזמן שני עדים [...] לתת לזה נופך חגיגי ויוצא דופן [...] הטקסיות תיתן ביטוי לאופי המחייב המסכם והמגובש סופית של הדברים. השופטים חתמו כעדים" (שם).

אם כן, הרעיון שהציע כאמור עו"ד וינרוט – לקיים טקס חגיגי, להקריא במסגרתו את הפרטיכל ולהחתים עליו עדים – הוא תולדה של היעדר נכונות מצד הפטריארכיה להתחייב בכתב לעשות עסקה במקרקעין עם קק"ל; הרעיון האמור נועד "לעקוף" היעדר נכונות זה מצד הפטריארכיה, באמצעות טקס רב רושם ותיעוד הדברים שנאמרו בו בעל-פה. אלא שכמבואר לעיל, דרישת הכתב הנדונה היא מהותית, כך ש"באין מסמך, אין קיום לעסקה" (עניין גרוסמן, שם); קשה אפוא לקבל בענייננו את הניסיון לעקוף בכונת מכוון דרישה זו באמצעות טקס, חגיגי ככל שיהיה (ויודגש, כי ענייננו שונה מהותית מהמקרה הנדון בעניין בוטקובסקי. שם, העובדה כי הצדדים "השיקו כוסות ולחצו ידיים" שימשה כאחד השיקולים להכרה בקיומה של גמירת דעת מצד המוכרת לעשיית עסקה

במקרקעין, למרות היעדר חתימה מטעמה על ההסכם שנכתב על-ידה; לעומת זאת, העובדה הטקסטית הנ"ל לא שימשה שם לעקיפת דרישת הכתב).

14. לנוכח כל האמור לעיל, הפרטיכל אינו עומד בדרישת הכתב; ממילא, אין בו כדי לשמש בסיס לאכיפת התחייבות מצד הפטריארכיה להתקשר בעסקת מקרקעין עם קק"ל.

15. אמנם, הפסיקה הכירה בכך שבמקרים "מיוחדים ויוצאי דופן", שבהם עמידה על דרישת הכתב מקימה "זעקת הגינות", עשוי להינתן תוקף לעסקה במקרקעין אף ללא מילוי דרישה זו, מכוח עקרון תום הלב (ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996)). אולם, כפי שכבר ציינתי באחת הפרשות, "לנוכח הוראתו המפורשת של סעיף 8 לחוק המקרקעין, אין להכיר בקיומה של 'זעקת הגינות' כאמור אלא במקרים נדירים שבנדירים, שבהם קיימת הסתמכות משמעותית ביותר על ההסכמה שבעל-פה; והצד שמתנער ממנה נוהג בחוסר תום לב קיצוני; כך שעקרונות ההגינות והצדק 'זועקים' כי לא ניתן להשלים עם תוצאה של התנערות מהעסקה" (בע"מ 1270/23 פלונית נ' פלוני, פס' 27 (6.9.2023)). ואכן, בית משפט זה לא הכיר בקיומה של "זעקת הגינות" כאמור אלא במקרים ספורים בלבד, שבהם ניכר חוסר תום לב קיצוני של הצד המתנער מהעסקה, לצד הסתמכות משמעותית ביותר של הצד שכנגד (שם, פס' 28; להרחבה על נסיבותיהם של אותם מקרים ראו שם).

בענייננו, כאמור לעיל וכפי שיבואר בהמשך, אינני סבורה כי פרישתה של הפטריארכיה מהמשא ומתן עולה כדי חוסר תום לב כמשמעותו בסעיף 12 לחוק החוזים; ממילא, נסיבות המקרה שלפנינו אינן מתקרבות לאותם מקרים נדירים שבנדירים אשר מקימים "זעקת הגינות".

16. לסיום חלק זה, ולמעלה מן הצורך, אעיר כי על אף ההבדל האנליטי שבין דרישות צורה לבין יסוד גמירת הדעת – הבדל שעליו עומד חברי, השופט גרוסקופף (פס' 64 לחוות דעתו) – הרי שקיים קשר עקרוני בין דרישת הכתב לבין דרישת גמירת הדעת, הנחוצה להשתכללות חוזה. כמבואר לעיל, דרישת הכתב נועדה להבטיח כי התחייבות לעשות עסקה במקרקעין תינתן מתוך כווד ראש, כך שבמובן מסוים, "היא עצמה מבטיחה את רצינות המתקשר ואת גמירת דעתו" (שלו וצמח, בעמ' 266). בענייננו, הפטריארכיה התעקשה כאמור שלא להתחייב בכתב להתקשר בעסקת מקרקעין עם קק"ל, בשל עמדתה כי הפטריארך אינו רשאי להתקשר בעסקה כאמור בטרם הכירה בו מדינת ישראל באופן רשמי; כאמור לעיל, הפטריארכיה שיקפה במפורש עמדה זו לקק"ל ולעו"ד

וינרוט, באופן שהוביל להולדת רעיון יצירת הפרטיכל והקראתו בטקס חגיגי. בנסיבות אלו, אני סבורה כי קביעה שלפיה במעמד הטקס האמור גמרה הפטריארכיה בדעתה להתקשר עם קק"ל בעסקה הנדונה (כפוף לקבלת "כתב הכרה" בפטריארך ולמתן אישור הסינוד הקדוש לעסקה), איננה חפה מקשיים.

פרישת הפטריארכיה מהמשא ומתן וחובת תום הלב

17. כאמור לעיל, אני סבורה כי פרישתה של הפטריארכיה מהמשא ומתן לכריתת הסכם פשרה אינה עולה כדי חוסר תום לב כמשמעותו בסעיף 12 לחוק החוזים; לא כל שכן – חוסר תום לב אשר מצדיק פסיקת "פיצויי קיום".

18. בעיקרו של דבר, השאלה אם פרישת צד ממשא ומתן לקראת כריתת חוזה עולה כדי הפרת חובת תום הלב מצדו, מוכרעת בהתאם למכלול נסיבות המקרה, בדגש על סיבת הפרישה והשלב שאליו הגיע המשא ומתן (ראו, לדוגמא: ע"א 8143/14 חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פס' 10-14 (29.1.2017); שלו וצמח, בעמ' 119).

19. בענייננו, יצוין תחילה כי הלכה למעשה, קביעתו של בית המשפט המחוזי, שלפיה הפטריארכיה נהגה בחוסר תום לב כשפרשה מהמשא ומתן, נשענת על הנחה שלפיה משעה שניתן לפטריארך "כתב הכרה" רשמי ובהנחה שניתן אישור הסינוד הקדוש להסכם הפשרה, הרי שהפרטיכל חייב את הפטריארכיה לחתום על הסכם הפשרה (ראו, למשל, פס' 147 ו-162 לפסק דינו). אלא שכמבואר לעיל, הפרטיכל אינו יכול לשמש בסיס לחיוב הפטריארכיה להתקשר בהסכם הפשרה – שהוא בבחינת עסקה במקרקעין – באשר הפרטיכל אינו עומד בדרישת הכתב.

20. מעבר לכך, אמנם הפטריארכיה פרשה מהמשא ומתן בשלב מתקדם יחסית, באופן שנוקף לחובתה. עם זאת, נראה כי לא נסתרה בענייננו טענת הפטריארכיה, שלפיה פרישתה מהמשא ומתן נבעה משיקולים ענייניים, אשר נוגעים לנסיגת הגורם שעליו הסתמכה לצורך מימון הסכם הפשרה; כפי שמציין חברי, השופט גרוסקופף, טענה זו לא נדחתה על-ידי בית המשפט המחוזי. אמנם, בית המשפט המחוזי קבע כי הפטריארכיה אינה רשאית להיבנות בהקשר הנדון מהטענה האמורה, באשר "מימון תשלום הפשרה על-ידי צד שלישי לא הועמד כתנאי להתקשרות בהסכם הפשרה" (פס' 167 לפסק דינו). ברם, נראה כי אף קביעה זו של בית המשפט המחוזי נשענת על ההנחה, שלפיה

הפטריארכיה הייתה מחויבת להתקשר בהסכם הפשרה, לנוכח הפרטיכל; כמובהר לעיל, אין מקום להנחה כזו.

21. נוסף על האמור, אני סבורה שהתבוננות כוללת על נסיבות ענייננו מקשה אף היא לפסוק פיצויים בשל חוסר תום לב מצד הפטריארכיה בשל פרישתה מהמשא ומתן.

החובה לפעול בתום לב במשא ומתן קבועה כאמור בסעיף 12 לחוק החוזים, אשר מוסיף וקובע כי הפרת חובה זו מזכה את הצד השני ב"פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן [...]". כידוע, סעיף זה נועד לפצות, בעיקרו של דבר, על פגיעה באינטרס ההסתמכות ("פיצויים שליליים"; וראו, למשל: ע"א 2720/08 ז'אן נ' ליבמן, פס' 26 (23.8.2012); שלוו וצמח, בעמ' 127). לצד זאת, הפסיקה הכירה באפשרות לפסוק פיצויים מכוח סעיף זה בגין פגיעה באינטרס הציפייה ("פיצויי קיום" או "פיצויים חיוביים"), אך זאת במקרים חריגים בלבד (ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (17.2.2002)).

בענייננו, בכתב התביעה שהגישה לבית המשפט המחוזי, הימנותא לא עתרה לפיצוי בגין פגיעה באינטרס ההסתמכות שלה מכוח סעיף 12 לחוק החוזים. ואמנם, נראה כי ענייננו אינו מקרה טיפוסי, של משא ומתן עסקי שלא הבשיל לכדי חוזה בשל פרישת אחד הצדדים למשא ומתן, תוך פגיעה באינטרס ההסתמכות של הצד השני. כך, במצב הדברים הרגיל, הפגיעה באינטרס ההסתמכות בשל חוסר תום לב במשא ומתן מתבטאת, בעיקרו של דבר, בהוצאות שהוצאו במסגרת המשא ומתן ובאובדן הזדמנויות עסקיות חלופיות (ראו: שלוו וצמח, בעמ' 127-135). לעומת זאת, במקרה דנן אין מדובר במשא ומתן לכריתת חוזה עסקי טיפוסי, אלא במשא ומתן לפשרה שנועדה לייתר הליך משפטי תלוי ועומד בין הצדדים (שהורתו – כך ידוע לנו בדיעבד – בעסקת הונאה שבמסגרתה רומתה קק"ל על-ידי צד ג', שאינו הפטריארכיה). בתוך כך, אין רלוונטיות בענייננו לאובדן הזדמנויות עסקיות חלופיות; משמעות פרישתה של הפטריארכיה מהמשא ומתן היא כי הסכסוך בין הצדדים לא ייושב בפשרה, אלא יוכרע בפסק דין. בנסיבות הנדונות, אני סבורה כי גובר הקושי לפסוק פיצויים בגין חוסר תום לב מצד הפטריארכיה בשל פרישתה מהמשא ומתן; ונראה כי לא בכדי נמנעה כאמור הימנותא מתביעת פיצוי בשל פגיעה באינטרס ההסתמכות שלה.

22. לנוכח כל זאת, אינני סבורה כי פרישתה של הפטריארכיה מהמשא ומתן עולה כדי חוסר תום לב כמשמעותו בסעיף 12 לחוק החוזים, לא כל שכן – באופן אשר מצדיק

פסיקת פיצויי קיום, אפשרות אשר שמורה כאמור למקרים חריגים בלבד; ואדגיש לסיום את שמציינים שלו וצמח בספרם:

בשלב הטרם-חוזי חייב אומנם כל צד למשא ומתן לנהוג בתום-לב, אך אין הוא חייב להתקשר בחוזה שאינו רוצה בו. שלב המשא ומתן הוא, מעצם טיבו, שלב שבו טרם גובשו באורח סופי רצונות הצדדים. מתן פיצויים חיוביים בגין הפרת החובה לנהוג בתום-לב בשלב זה כמוה כסיום המשא ומתן ושכלול החוזה במקום הצדדים. יש בכך פגיעה מיידית בעקרון חופש החוזים, ועלולה להיות בכך פגיעה בנכונותם של צדדים להיכנס למשא ומתן, נכונות החשובה לדינמיות המסחרית שדיני החוזים שואפים לשרת.

סוף דבר

23. בהינתן כל האמור לעיל, אני מצטרפת כאמור לתוצאת פסק דינו של חברי, השופט גרוסקופף.



יעל וילנר
שופטת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינם של השופטים ע' גרוסקופף וי' וילנר כנגד דעתו החולקת של הנשיא י' עמית.

ניתן היום, י"ח בתמוז התשפ"ה (14.7.2025).



עופר גרוסקופף
שופט



יעל וילנר
שופטת



יצחק עמית
נשיא