

מסוימות בלתי מסוימת: שתי גישות על אודות אופייה הראוי של דרישת המסוימות

בעקבות ע"א 10859/07 חברה קדישא גחש"א נ' לוי
וע"א 9247/10 רוזנברג נ' סבן

מאת

אור יהלום*

כחלק מהאקטיביזם השיפוטי שאפיין את בית המשפט העליון לאורך העשורים האחרונים הסתמנה מגמה עקיבה להקל בקביעת התקיימותם של התנאים הנדרשים להיווצרות חוזה, ובית המשפט היה נכון לקבוע בקלות יחסית כי התקיימו דרישות גמירת הדעת והמסוימות. בכל הנוגע לדרישת המסוימות ההקלה התבטאה בזניחתה של הדוקטרינה הקלסית שדרשה מהצדדים לגבש את הסכמותיהם במועד אחד מובחן בזמן; בצמצום היקף הפרטים שנחשבים למהותיים שהסכמה להסכים עליהם מתנה את תוקפו של החוזה; ובנכונותו של בית המשפט להשלים פרטים שלא באה עליהם הסכמת הצדדים על ידי שימוש בהוראות השלמה חקוקות ובמנגנונים נוספים. עמדה זו העצימה את תפקידו של בית המשפט בקביעת תוכן החוזה, והיא מתיישבת עם המגמה שהסתמנה בגזרת דין פירוש החוזה באותה תקופה שבמסגרתה הלכה וקנתה לה שבייתה תורת הפרשנות התכליתית.

אולם התפתחויות מהעת האחרונה בפסיקת בית המשפט העליון מבטאות מחלוקת באשר לגישה השיפוטית הראויה ביחס לדרישת המסוימות. רשימה זו בוחנת ומנתחת התפתחויות אלו. טענתה המרכזית של הרשימה היא כי פסק הדין בעניין חברה קדישא סוטה מהמגמה הכללית שאפיינה את הפסיקה לאורך העשורים האחרונים בנוגע לדיני הכריתה ודרישת המסוימות, וכי הוא מבטא גישה שמרנית וזהירה יותר בכל הנוגע להכרה בתוקפם המחייב של הסכמים מקדמיים. עם זאת אבהיר כי נראה שנכון לעת הזו שינוי הכיוון שהסתמן באותו פסק דין אינו מכה שורש בפסיקה נוכח שורה של פסקי דין שצוּעדים ברוח הפסיקה עובר לאותו פסק דין, ובראשם פסק הדין בעניין רוזנברג. בחלקה האחרון של הרשימה תוצע בחינה ביקורתית של העמדות שהובעו בפסקי הדין האמורים. הטענה המרכזית בחלק זה תהא כי ההצדקה המובאת בפסק הדין בעניין חברה קדישא להקשחת דרישת המסוימות וצמצום השימוש בהוראות ההשלמה שבחוק בדמות הגברת הוודאות המשפטית באשר לעצם קיומו של החוזה, אינה ברורה מאליה

* תלמיד שנה ב לתואר בוגר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה לאיל זמיר, לקוראים האנונימיים, למערכת משפטים ולעורכי כתב העת ילנה צ'צ'קו וחנן סידור, על הערותיהם המועילות לטיטות קודמות של רשימה זו.

כפי שהיא נדמית במבט ראשון, ושובהינתן הסדר שמותיר לבית המשפט שיקול דעת רחב באשר לתוכנה של דרישת המסוימות והיקף ההשלמה השיפוטית, יש לעצבו בהתאם לשיקולים אחרים.

מבוא. א. דיני הכריתה. 1. זיכרון דברים; 2. גמירת דעת; 3. מסוימות; ב. הגישה "השמרנית" – פרשת חברה קדישא. 1. הרקע למחלוקת; 2. המסכת המשפטית; 3. מהעובדות לעקרונות; ג. הגישה "הליברלית" – פרשת רוזנברג. 1. הרקע למחלוקת; 2. המסכת המשפטית; 3. מהעובדות לעקרונות; ד. בין קדישא לרוזנברג – עיצובה של דרישת המסוימות. 1. השלמה נורמטיבית; 2. מועד התגבשות דרישת המסוימות; סיכום.

מבוא

דיני הכריתה הישראליים התאפיינו בעשורים האחרונים בנטייה להקל בכניסה לתחום החבות החוזית, שבמסגרתה נשחקן במידה רבה שתי הדרישות הנצרכות לשם כריתת חוזה: גמירת דעת ומסוימות. בכל הנוגע לדרישת המסוימות, לאורך שלושת העשורים האחרונים חל ריכוך עקיב של דרישה זו תוך שבית המשפט מצר את היקפה ומבצע השלמה שיפוטית נרחבת של פרטי מסוימות חסרים שלא באה עליהם הסכמת הצדדים. אולם התפתחויות מהעת האחרונה בפסיקת בית המשפט העליון מבטאות מחלוקת באשר לגישה השיפוטית הראויה בסוגיה זו.

מן העבר האחד מצוי פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין חברה קדישא,¹ שנחזה כניסיון ראשון זה שנים רבות לסיוג המגמה הרווחת בפסיקה ביחס לדרישת המסוימות. בפרשה זו מביע השופט (כתוארו אז) גרוניס את הסתייגותו משימוש בהוראות השלמה חקוקות המשתמשות במושגי שסתום ומנקיטת גישה מקלה כלפי דרישת המסוימות. כן הוא קובע כי לשם מילוייה של דרישת המסוימות על הצדדים לגבש את הסכמותיהם באשר ליסודותיה המהותיים של העסקה במועד אחד מובחן בזמן, וכי לא ניתן לפרוס אותה לחלקים שונים. לשיטתו, ניהול משא ומתן לאחר המועד הנטען לכריתת חוזה שולל מניה וביה את יסוד המסוימות ואת תוקפן של ההסכמות הראשוניות של הצדדים, אף אם באה עליהן הסכמתם במועד מאוחר יותר. זאת, מאחר שבניהול המשא ומתן יש ללמד על היעדר גמירת דעת לכרות חוזה במועד הנטען לכריתה.

מן העבר השני מצוי פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין רוזנברג.² בפרשה זו מבהיר השופט פוגלמן כי בית המשפט לא יימנע מלהשלים פרטי מסוימות באמצעות הוראות השלמה שבחוק משהוכח כי אין מדובר בפרט מהותי שהצדדים הסכימו

1 ע"א 10859/07 חברה קדישא גחש"א נ' לוי (פורסם בנבו, 22.1.2012).

2 ע"א 9247/10 רוזנברג נ' סבן (פורסם בנבו, 24.7.2013).

להסכים עליו בעתיד. כן הוא קבע כי אמנם גמירת הדעת והמסוימות צריכות להתקיים בו-זמנית כדי שיהיה אפשר לקבוע כי נכרת חוזה, אך פרשנותו לדרישת המסוימות הופכת דרישה זו לקלה הרבה יותר. לשיטתו, תוכנה של דרישת המסוימות אינו נקבע אפריורית על ידי בית המשפט אלא לפי רצון הצדדים לחוזה כפי שהוא משתקף בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי. כך, אם הושגה הסכמה על הפרטים שהצדדים ראו בהם מהותיים להתקשרות ביניהם, הרי שדרישת המסוימות מתקיימת. כמו כן, מטעים השופט פוגלמן כי ניהול משא ומתן לאחר המועד הנטען לכריתת חוזה אינו מלמד בהכרח על היעדר גמירת דעת להתקשר בחוזה במועד הנטען לכריתתה, ומכאן שאינו שולל את תוקפן של ההסכמות הראשוניות שאליהן הגיעו הצדדים.

ברשימה זו אבקש לעמוד על כמה היבטים בפסק דינו של השופט גרוניס בעניין חברה קדישא אשר סוטים מהפרקטיקה השיפוטית הרווחת ביחס לדיני הכריתה ומבקשים להציב לה חלופה. קביעותיו מבטאות נקיטת עמדה שמרנית מזו המאפיינת את הפסיקה בעשורים האחרונים בנוגע לדרישות הנצרכות לשם כריתת חוזה, כזו שיש בה כדי להקשיח את הכניסה לתחום החבות החוזית ולצמצם את מעורבותו של בית המשפט בתוכן החוזה. כן אעמוד על הביטוי האחרון של הגישה הרווחת בפסיקה בסוגיה זו בפסק הדין בעניין רוזנברג שניתן לאחר פסק הדין בעניין חברה קדישא, ועל הפרשנות שיוצק השופט פוגלמן באותו פסק דין אל תוך דרישת המסוימות ומשמעותיותה.

מהלך הדיון יהיה כלהלן: חלק א יתמקד בתיאור הגישה הרווחת במשפט הישראלי לאורך שלושת העשורים האחרונים כלפי דיני הכריתה. במסגרת זו אתאר את הריכוך ההולך ונמשך בפסיקה של דרישת המסוימות בכמה מישורים ואבאר את השפעתם של התהליכים האמורים על מעמדם של הסכמים מסוג "זיכרון דברים". חלק ב יוקדש לדיון מעמיק בפסק הדין בעניין חברה קדישא ובפסק הדין בעניין רוזנברג. בחלק זה אטען כי פסק הדין בעניין חברה קדישא נחזה ככזה שבא לסייג את הגישה השיפוטית הנוהגת בסוגיית המסוימות, וכי הוא מהווה נדבך נוסף בניסיונם של חלק משופטי בית המשפט העליון להגביר את הוודאות המשפטית ולצמצם את ההתערבות השיפוטית בתוכן החוזה. בהמשך אדון בפסק הדין בעניין רוזנברג, שנראה כי לעת עתה בולם את שינוי המגמה האמור, ובמשמעות שנוצקת שם לדרישת המסוימות. חלק ג של רשימה זו יוקדש לדיון ביקורתי בגישות אלו לאור שיקולי מדיניות רלוונטיים. בחלק זה אטען כי ההצדקה המובאת בפסק הדין בעניין חברה קדישא לצמצום השימוש בהוראות השלמה חקוקות בדמות הגברת הוודאות לגבי עצם קיום החוזה (להבדיל משאלת תוכנו) היא בעייתית, ושבהינתן הסדר שמתיר לבית המשפט שיקול דעת רחב בסוגיה זו, יש לעצבו בהתאם לשיקולים אחרים.

א. דיני הכריתה

אחד הנושאים העומדים במרכז דיני החוזים נוגע לתנאים הנדרשים ליצירתו של חוזה. בעניין זה קובע סעיף 1 לחוק החוזים הכללי: "חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה"³. הצעה וקיבול הן הצהרות רצון עוקבות של צדדים שמפגשן יוצר חוזה. כדי שהצהרות רצון אלו אכן יהיו הצעה וקיבול כמשמעותן בחוק, עליהן לעמוד בשתי דרישות מצטברות: גמירת דעת ומסוימות.⁴

כחלק מהאקטיביזם השיפוטי שאפיין את בית המשפט העליון לאורך העשורים האחרונים הסתמנה מגמה עקיבה להקל בקביעת התקיימותם של התנאים הנדרשים להיווצרות חוזה. בית המשפט היה נכון לקבוע בקלות יחסית כי התקיימו דרישות גמירת הדעת והמסוימות, וכך הכניסה לתחום החבות החוזית הפכה קלה יותר. בד בבד הורחבה האחריות החוזית לשלב הטרום-חוזי באמצעות עקרון תום הלב, ובית המשפט העניק סעדים חוזיים המגנים על אינטרס הציפייה גם במקרים שבהם לא נכרת חוזה מחייב בין הצדדים.⁵ התפתחויות אלו תואמות חלק מהמגמות שאפיינו שיטות משפט אחרות בתקופה זו.⁶ הטענה בדבר מגמת הקלה בכניסה לתחום החבות החוזית והרחבת האחריות הטרום-חוזית אינה טענה חדשה, והיא נדונה בהרחבה בספרות המשפטית העוסקת בתחום. מאחר שדיוני בחלק זה של המאמר חופף בחלקו את הדיון המצוי בספרות בסוגיה זו, אנסה לצמצם בחלק זה במידת האפשר.

3 ס' 1 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים (חלק כללי)). לעמדה שלפיה קונסטרוקציה משפטית זו אינה מתאימה ואינה משקפת את חיי המעשה ראו גבריאלה שלו דיני חוזים 83 (מהדורה שנייה, 1995) (להלן: שלו דיני חוזים); הלה קרן דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית פרק ב (2004); הלה קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת: על ערכה של שפיטה שאינה יודעת גבולות (חוזיים) מהם" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 411, 426–439 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

4 ס' 2 ו-5 לחוק החוזים (חלק כללי). לביאור מושגים אלו ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 85–90; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א, 266 (1991). כמו כן, במסגרת התנאים הנדרשים ליצירתו של חוזה ניתן למנות את דרישת הכתב המהותית בחוזים שבהם היא נדרשת.

5 הרחבת האחריות הטרום-חוזית באה לידי ביטוי באפשרות לפסוק פיצויים חיוביים לנפגע עקב הפרתה של חובת תום הלב במשא ומתן ואף לבצע אכיפה של החוזה בשל הפרה של עיקרון זה. כך, אף על פי שלא התקיימו התנאים המנויים בחוק להיווצרו של חוזה, הסעדים שבית המשפט יכול לפסוק מעמידים את הנפגע במקום שבו היה עומד אילו קיים החוזה. בעניין זה ראו שם, בעמ' 638; שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 75–76.

6 E. ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS 368–417 (3d ed. 2003); Alan Scwharts & Robert E. Scott, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, 120 HARV. L. REV. 661 (2007).

1. זיכרון דברים

מגמת ההקלה בכניסה לתחום החבות החוזית באה לידי ביטוי בראש ובראשונה בסוגיית זיכרון הדברים. הפרקטיקה שלפיה צדדים למשא ומתן עורכים הסכם מקדמי בטרם חתימתם על חוזה פורמלי מלא ומפורט, בעיקר בעסקאות שנוגעות למקרקעין, היא בגדר חזון נפרץ. הסכמים מקדמיים אלו – שאותם נהוג לכנות "זיכרון דברים" – נערכים תדיר אם בשל רצונם של הצדדים ליצור מסגרת שלדית שבה מותווים הקווים העקרוניים של העסקה כדי למנוע מחלוקות עתידיות ואם בשל רצונם ליצור תחושת מחויבות הדדית כבר בתחילתו של הקשר העסקי.⁷ בשל אופיים המקדמי של הסכמים אלו אשר מעוררים ספק בנוגע למידת בשלותה של ההסכמה החוזית, התעוררו לא אחת מחלוקות באשר לתוקפם המחייב. המצבים השכיחים שבהם נתעוררו מחלוקות אלו נגעו לסיטואציות שבהן הסכימו הצדדים על פרטים אחדים בהסכם המוקדם, בהסכימם כי עריכתו הסופית של החוזה ביניהם תיעשה בהמשך אצל עורך דין. בשלב זה, בטרם עריכת החוזה הסופי אצל עורך הדין, התחרט אחד הצדדים, כשאחת מטענותיו היא כי בין הצדדים לא נכרת חוזה מחייב, שכן החוזה המחייב הוא זה שעתידי להיכרת אצל עורך הדין. כשמחלוקות כאלה נקרו לפתחו של בית המשפט, נקבע כי זיכרון דברים יהיה תקף מבחינה משפטית אם התקיימו דרישות גמירת הדעת והמסוימות.⁸ לכאורה עולה כי דין זיכרון דברים כדן חוזה פורמלי: זיכרון דברים יהיה תקף אך אם תתקיים גמירת דעת ומסוימות. אולם התבוננות מעמיקה באופיים של הסכמים מקדמיים אלו, המחילים מטבעם הסכמה מצומצמת מזו שקיימת בחוזה שלם ומפורט, מלמדת בהכרח על הקלה בשתי הדרישות האמורות.

2. גמירת דעת

הדרישה להעדה על גמירת דעת היא הדרישה להשתקפות חיצונית של כוונה ליצור קשר חוזי מחייב. ההקלה בדרישה זו באה לידי ביטוי בכמה מישורים: ראשית, בעוד שבעבר שלטה בפסיקה הגישה שלפיה חזקה על הצדדים כי לא נתכוונו ליצור קשר חוזי מחייב באמצעות זיכרון הדברים, וכי לשם סתירת חזקה זו נחוצות ראיות משכנעות,⁹ הרי שעם

7 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 291; שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 94.

8 ע"א 686/83 אליסיאן נ' חברת יעקב יהלומי בע"מ, פ"ד מא(4) 160, 163 (1987); ע"א 825/79 אחים שרבט חברה לבניין בע"מ נ' שוורצבורד, פ"ד לו(4) 197, 211 (1982); ע"א 471/76 גויטע נ' וייס, פ"ד לא(2) 187, 189 (1977); ע"א 270/74 ברזילי נ' גרינבאום, פ"ד כט(1) 658, 661 (1974); ע"א 701/87 ביהם נ' בן יוסף, פ"ד מד(1) 1, 8-10 (1989). בנוסף נקבע כי זיכרון דברים שממלא אחר דרישת המסוימות מקיים את דרישת הכתב שמציב ס' 8 לחוק המקרקעין.

9 ע"א 441/75 שוילי נ' זילברברג, פ"ד לא(3) 380, 385 (1977); ע"א 202/67 בלוטמן נ' אשכנזי, פ"ד כא(2) 699 (1967); ע"א 700/72 אברמוב נ' כדר, פ"ד כז(2) 498, 503-504 (1973); ע"א 59/78 גדליהו נ' עמר, פ"ד לג(1) 533, 536-537 (1979); ע"א 153/74 אברהם נ' חבוזה, פ"ד כט(1) 737, 741 (1975); עניין וייס, לעיל ה"ש 8, בעמ' 189-191. למקרים שבהם נסתרה חזקה זו ראו ע"א

הזמן נטתה הפסיקה לאמץ הנחה ניטרלית בדבר תוקפו המחייב של זיכרון הדברים.¹⁰ שנית, בשל יחסי הגומלין שקיימים בין דרישת המסוימות לדרישת גמירת הדעת במוכן הזה שמסוימות מפורטת מעידה על קיומה של גמירת דעת, הרי שנקיטת מגמת מקלה בכל הנוגע לדרישת המסוימות, כפי שתבואר להלן, הנביעה הקלה בדרישה להעדה על גמירת דעת.¹¹ זאת, שכן ככל שההסכמה האקטואלית שאליה מגיעים הצדדים מפורטת פחות, כך קשה יותר ללמוד ממנה על גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה. כמו כן ההקלה בדרישה לוותה גם בויתור על דרישות שיש בהן כדי להעיד על כוונת הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב, כגון דרישת החתימה.¹²

3. מסוימות

דרישת המסוימות קבועה בסעיף 2 לחוק החוזים הכללי שקובע שפנייה היא בגדר הצעה אם היא מסוימת דייה כדי אפשרות לירות חוזה בקיבולה.¹³ מרבית הדיונים בפסיקה בעניין דרישה זו נסבו על דרישת הכתב בעסקאות מקרקעין, והדבר הביא את הפסיקה לכרוך את הדרישות זו בזו.¹⁴ עם זאת מדובר בשתי דרישות נפרדות זו מזו, שאין קשר עיוני ביניהן.¹⁵ הריכוך העקיב בדרישת המסוימות בא לידי ביטוי בשלושה מישורים: שימוש נרחב בהוראות השלמה חקוקות; צמצום היקף הפרטים המהותיים שההסכמה

- 118/53 אגסי נ' קריבושי, פ"ד ט 96, 97–99 (1953) וע"א 424/58 ישראל נ' סלמה, פ"ד יג 416 (1958).
- 10 ע"א 160/76 גלעד את ענת חברה לבניין בע"מ נ' פיש, פ"ד לא(1) 197 (1977); ע"א 694/69 מגידו נ' "דיור חן", חברה קבלנית לבניין בע"מ, פ"ד כד(2) 6 (1970); ע"א 602/72 שוק הלוי נ' מוכתר, פ"ד כח(1) 519 (1974); ע"א 788/76 חסון נ' פרברים בע"מ, פ"ד לא(2) 667 (1977); ע"א 774/75 עובדיה נ' ארבי, פ"ד ל(3) 533 (1976); ע"א 610/85 נוה עם ברמת-גן בע"מ (בפירוק מרצון) נ' אלעזרי, פ"ד מג(4) 312 (1989); ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281 (1978); ע"א 62/78 זימלר נ' חברת מהנדס א' יניצקי בע"מ, פ"ד לב(3) 296, 301 (1978); ע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת, פ"ד מד(1) 57 (1990).
- 11 שירלי רנר "דיני-חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא 33, 46 (1991).
- 12 שם, בעמ' 45–46; עניין בוטקובסקי, לעיל ה"ש 10, פס' 14–16 לפסק הדין.
- 13 ס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי). על דרישת המסוימות באופן כללי ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 88–90; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 266–267.
- 14 דבר זה עולה במפורש מדבריו של השופט מצא בעניין בוטקובסקי, לעיל ה"ש 10, פס' 10 לפסק הדין: "ענייננו הוא בעיסקת מקרקעין, ר' מסוימותו של הסכם בכגון דא נבחנת על-פי השאלה, אם ההסכם מהווה 'מסמך בכתב' כמשמעו בסעיף 8 לחוק המקרקעין [...]". כמו כן ראו בעניין זה אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 147, 168 (2001); נילי כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח 383, 423 (התשמ"ט) (להלן: כהן "צורת החוזה").
- 15 שאלת המסוימות נוגעת לעצם ההסכמה והיקפה, ואילו שאלת הכתב בעסקאות שעליהן חל ס' 8 לחוק המקרקעין נוגעת לצורת ההסכמה – האם הועלתה על הכתב. לפיכך, קיומה של מסוימות אינו מעיד בהכרח על קיומה של דרישת הכתב. מנגד, כאמור, לפי הדרך שבה דרישת הכתב פורשה בפסיקה, קיומה של דרישת הכתב מעיד בהכרח על קיומה של מסוימות.

להסכים לגביהם בעתיד מתנה את תוקפו של החוזה ושוללת את אפשרות ההשלמה השיפוטית בעניינם; ואפשרות פריסת ההסכמה בנוגע ליסודותיה המהותיים של העסקה לאורך זמן. ארון בסוגיות אלו כסדרן.

(א) השלמה נורמטיבית

ראשיתו של הריכוך בדרישת המסוימות באה לידי ביטוי באפשרות ההשלמה הנורמטיבית תוך שימוש בהוראות ההשלמה שבחוק. כאמור, במספר רב של מקרים הסכמים מקדמיים מסוג "זיכרון דברים" אינם כוללים הסכמה על אודות כלל התנאים החיוניים להתקשרות. עד אמצע שנות השבעים הגישה הרווחת בפסיקה ביחס לדרישת המסוימות הייתה קפדנית, כזו שדרשה מהצדדים להגיע להסכמה בנוגע למספר רב של פרטים וסירבה להשלים את שחסר.¹⁶ בהיעדר הסכמה שכזו לא נכרת ביניהם חוזה, בשל היעדר מסוימות (ולעתים בשל היעדר גמירת דעת לאור יחסי הגומלין בין השתיים).¹⁷ לפיכך רוב המחלוקות שהגיעו לפתחו של בית המשפט באשר לתוקפם המחייב של הסכמים מקדמיים נסתיימו בהכרעה כי אלו נעדרים תוקף משפטי מחייב. אולם החל מאמצע שנות השבעים לערך, סמוך לחקיקתם של חוק החוזים הכללי וחוקי החוזים הספציפיים שציידו את בית המשפט בהוראות השלמה חקוקות, חל שינוי בגישתו של בית המשפט כלפי אפשרות זו של השלמה שיפוטית. בית המשפט החל להשתמש שימוש הולך וגובר בהוראות ההשלמה שבחוק לצורך השלמת פרטי מסוימות חסרים, והדבר הוביל להכרה הולכת וגוברת בתוקפם המחייב של הסכמים מקדמיים שהחילו הסכמה מצומצמת למדי.¹⁸

דומה שתחילתו של הריכוך בדרישה זו משתקף היטב בפסק דינו של השופט שמגר בעניין זנדבק,¹⁹ שם ציין כי סעיפי ההשלמה שבחוק משמיעים כי אין צורך שההצעה תכלול את כל הפרטים הנצרכים לעניין כדי למלא אחר דרישת המסוימות, ודי בכך שניתן להסיק ממנה על מהותה ותחומה של העסקה. את שאר הפרטים ניתן להשלים באמצעות הוראות ההשלמה שבחוק. גישה ליברלית זו באשר להיקפה של דרישת המסוימות באה לידי ביטוי גם בפסק דינו של השופט ברק בעניין רבינאי,²⁰ שקובע במפורש כי אם קיימת

16 ראו למשל עניין חבזה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 742–743.

17 יסוד גמירת הדעת ויסוד המסוימות הם שני יסודות נפרדים הנדרשים לצורך כריתתו של חוזה, אולם קיימת ביניהם זיקה באופן שהם אוצלים זה על זה. ראו למשל עניין זימלר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 301: "לא אחת ניתן להסיק על גמירת-הדעת רק מן הנוסח ומקיומם של המרכיבים החיוניים [...] וגם היפוכו של דבר [...]"; עניין רבינאי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 287: "במקום שהצדדים קבעו את עיקרי היסודות לעסקה שביניהם בזכרון הדברים עצמו, ניתן להניח כי כוונתם הייתה להגיע לכדי קשר משפטי מחייב"; ע"א 3380/97 תמגר חברה לפיתוח בע"מ נ' גושן, פ"ד נב(4) 673, 682 (1998); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 292.

18 רנר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 42.

19 ע"א 440/75 זנדבק נ' דנציגר, פ"ד ל(2) 260, 269 (1976).

20 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 10.

גמירת דעת של הצדדים ליצור קשר משפטי מחייב, הרי שאין הכרח כי כל היסודות המהותיים והחיוניים יוסכמו בגוף זיכרון הדברים עצמו, שכן פרטים חיוניים חסרים ניתנים להשלמה על ידי הוראות ההשלמה שבחוק.

יועזר כי הפסיקה לא היססה להשתמש בהוראות ההשלמה אף כאשר נדרשה להחיל כמה הוראות בעת ובעונה אחת כדי לרפא את החסר שבמסוימות.²¹ פסק הדין המרכזי בסוגיה זו, אף על פי שהוא עוסק במהותו בדרישת הכתב, הוא פסק הדין בעניין קאדרי.²² באותו עניין הייתה הסכמה אקטואלית רק על זהות הצדדים לעסקה, מהות העסקה (הנכס) ושיעור התמורה הכספית, ובית המשפט היה נכון להשלים באמצעות הוראות ההשלמה שבחוק את מועדי יתרת התשלום, מועד מסירת הנכס, מועד ההעברה בפנקס המקרקעין וזהות הנושא בהוצאות המס שחלות על העסקה.²³ שימוש נרחב זה כמובן לא התחייב מעצם קיומן של הוראות ההשלמה שבחוק, שכן הוראות אלה אינן קוגנטיות.²⁴ דומה כי השיא בכרסום ההולך ונמשך של דרישת המסוימות בא לידי ביטוי בפסק הדין בעניין בית הפסנתר.²⁵ בפסק דין זה קבעה השופטת דורנר בהסכמת השופט אדמונד לוי:

במשפט המודרני דרישת המסוימות איבדה מחשיבותה. לעתים דרישה זו אף אינה נזכרת, ותחתיה נקבעים קני-מידה גמישים יותר המתמקדים בצורך להשלים את החוזה שנכרת, ככל שהוא חסר [...] במשפטנו הכללי הוא שהיעדר מסוימות לא ישמש עילה לצד לחוזה להשתחרר מחיוב שנטל על עצמו מתוך גמירת-דעת אם ניתן לתת לחיוב פירוש נאות המאפשר לקיימו, ובאין אפשרות כזאת, אם ניתן להשלימו על יסוד מנגנוני השלמה הקבועים בחוק ובפסיקה.²⁶

21 ראו למשל ע"א 108/84 סתם נ' מרקוביץ, פ"ד מב(1) 757 (1998); ע"א 478/84 דובשני נ' חממי, פ"ד מא(2) 244 (1987); ע"א 18/77 בית חלקה 731, גוש 6668 בע"מ נ' מיכשווילי, פ"ד לב(2) 57 (1978); ע"א 107/86 חסין נ' בלס, פ"ד מב(1) 517 (1988); עניין רבינאי, לעיל ה"ש 10; עניין בוטקובסקי, לעיל ה"ש 10.

22 ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800 (1976).

23 יועזר כי בית המשפט למד בפרשה זו על הסכמת הצדדים מקבלה מועטת פרטים.

24 להבחנה בין דין כופה לדין מרשה ראו: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 15; שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 31-32; ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 127, 135-139 (2000) (פסק הדין עוסק בשאלה האם חובתו של קבלן לממן ערבות בנקאית לפי חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 (להלן: חוק המכר (דירות)), היא חובה כופה (קוגנטית) או מרשה (דיספוזיטיבית) שהקבלן והרוכש רשאים להתנות עליה).

25 רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577 (2001).

26 שם, בעמ' 588 (ההדגשה הוספה – א"י). השופטת דורנר מבססת קביעה זו על U.C.C. § 2-204(3), (2002), שקובע כי תוקפו של חוזה מכר לא ייפגם בשל חוסר מסוימות, אם גמרו הצדדים בדעתם לכרות חוזה ואם קיים באופן סביר בסיס ודאי לתרופה הולמת.

השופטת ביניש אמנם סייגה במעט את דבריה של השופטת דורנר בהעירה כי דרישה זו לא פסה מן העולם, אך בה בעת ציינה כי המשפט המודרני אכן המעיט במידה רבה בחשיבותה של הדרישה ולכן ירדה קרנה. זאת במיוחד נוכח התפתחותם של כלים חקיקתיים ופסיקתיים להשלמת פרטים חסרים בחוזה שנכרת בין הצדדים.²⁷

הגישה המובאת בפסק הדין בעניין בית הפסנתר משקפת אפוא את עמדתו של בית המשפט הישראלי ביחס לדרישת המסוימות לאורך שלושת העשורים האחרונים. בית המשפט בחר להצר עד מאוד את היקפה של הדרישה שהציב חוק החוזים הכללי וגילה נכונות גדולה להשלים פרטי מסוימות חסרים אם הייתה גמירת דעת של הצדדים ליצור קשר משפטי מחייב. וכדברי השופטת ביניש: "ככל שישוד גמירות-הדעת ברור ומובהק, מתגבר הצורך לתת תוקף לכוונת הצדדים וניתן להסתפק ברמת מסוימות נמוכה יותר".²⁸ הוראות ההשלמה שבחוק העניקו לבית המשפט שיקול דעת נרחב בקביעת תוקפם ותוכנם של חוזים, והשימוש המסיבי שנעשה בהן הרחיב את תפקידו בבחינת חלוקת העבודה בינו לבין הצדדים לחוזה.²⁹ זאת, במיוחד בשל תוכנן של הוראות ההשלמה שעוסקות בסוגיות מהותיות כגון שיעור התמורה הכספית,³⁰ איכותו של מושא החוזה,³¹ מועד הקיום,³² מקום הקיום³³ וזהות המקיים.³⁴

הקלה נוספת בדרישת המסוימות שאפשרה לבית המשפט להשתמש בהוראות ההשלמה שבחוק שימוש נרחב עוד יותר, באה לידי ביטוי בצמצום היקף הפרטים שנחשבים למהותיים.³⁵ להיקף הפרטים הללו חשיבות רבה, שכן בפסיקה נקבע כי אם עולה כי הצדדים הסכימו להגיע להסכמה בעתיד ("הסכם להסכים") בנוגע לפרט מהותי, הרי שהסכמה זו מתנה את תוקפו של החוזה ביניהם, ולפיכך נשללת אפשרות ההשלמה הנורמטיבית של אותו הפרט.³⁶ הגדרתם של פרטים מסוימים כפרטים מהותיים הגבילה אפוא את יכולתו של בית המשפט לבצע השלמה שיפוטית בעניינם אם הצדדים הסכימו להסכים לגביהם בעתיד. תחילה מנתה רשימת הפרטים המהותיים מספר רב של פרטים,

27 עניין בית הפסנתר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 591 לפסק הדין.

28 שם.

29 איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש חוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 343, 346–347 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

30 ס' 46 לחוק החוזים (חלק כללי); ס' 20(א) לחוק המכר, התשכ"ח–1968 (להלן: חוק המכר); ס' 13(ב) לחוק השכירות והשאלה, התשל"א–1971 (להלן: חוק השכירות והשאלה).

31 ס' 45 לחוק החוזים (חלק כללי).

32 ס' 41 לחוק החוזים (חלק כללי); ס' 9(א) ו-21 לחוק המכר; ס' 5(ב) ו-14(א) לחוק השכירות והשאלה.

33 ס' 10(א) לחוק המכר; ס' 5(ג) ו-14(ב) לחוק השכירות והשאלה.

34 ס' 40 לחוק החוזים (חלק כללי).

35 רנר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 43–44.

36 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 299–304.

אך זו הלכה והצטמצמה עם הזמן, ובכך התאפשר לבית המשפט להשלים פרטים רבים יותר שלגביהם התכוונו הצדדים להסכים בעתיד.³⁷ כך, למשל, פרטים כגון זהות הנושא בהוצאות המס שחלות על העסקה, סנקציות בשל הפרת חוזה וסוגיית המפרט הטכני, שנחשבו בעבר לפרטים מהותיים שהסכמה להסכים לגביהם בעתיד שוללת את אפשרות ההשלמה הנורמטיבית, הוצאו במשך הזמן מ"רשימת הפרטים המהותיים" ובית המשפט השלים אותם אף אם הצדדים סיכמו כי כוונתם להגיע בעתיד להסכמה לגביהם.³⁸ צמצום רשימת הפרטים המהותיים שנמנים עם דרישת המסוימות הרחיב אפוא עוד יותר את מעורבותו של בית המשפט בתוכן החוזה.

לפני כשנתיים לערך טען ד"ר יהודה אדר שמסתמנת סטייה מגישתו הליברלית של בית המשפט העליון בתחום דיני הכריתה, וכי ננקטת עמדה שמרנית יותר בכל הנוגע להשלמתם השיפוטית של פרטי מסוימות חסרים בהסכמים מקדמיים.³⁹ זאת, בהסתמך על פסק הדין בעניין עדני.⁴⁰ פרשה זו עסקה בזיכרון דברים למכר חנות שבו נקבע על ידי הצדדים כי הסכם מפורט ביניהם ייערך בתוך כחודש וחצי, וכי יצורף אליו נספח נפרד שבו יפורטו מועדי התשלום. לאחר מסכת התכתבויות כושלת בין הצדדים בניסיון לגבש הסכם מפורט כאמור, דיווח הקונה באופן חד-צדדי לרשויות המס על העסקה למכר החנות ורשם הערת אזהרה לטובתו. משנודע למוכר על כך, הגיש הלה תובענה לבית המשפט המחוזי בבקשה להצהיר כי זיכרון הדברים אינו בגדר חוזה מחייב, וכי יש לבטל את הפעולות שביצע הקונה בהסתמך עליו.

לאחר שבית המשפט המחוזי קבע כי זיכרון הדברים נעדר תוקף משפטי מחייב,⁴¹ הוגש ערעור לבית המשפט העליון, ובקרב שופטיו נתגלעה מחלוקת. דעת הרוב (השופט פוגלמן והשופטת חיות) אימצה את קביעתו של בית המשפט המחוזי כי זיכרון הדברים נעדר תוקף משפטי מחייב מאחר שהצדדים לא הסכימו על מועדי התשלום ותנאיו. זאת, מאחר שאין אפשרות להשלים את הפרט החסר בשל כוונתם המשתמעת של הצדדים

37 השוו את רשימת הפרטים המהותיים שמופיעים בע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ, פ"ד כח(2) 291, 296 (1974); ע"א 522/65 יוסף נ' לסקובסקי, פ"ד כ(3) 589, 590 (1966); עניין חבזה, לעיל ה"ש 9; ע"א 651/72 פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתח-תקוה בע"מ, פ"ד כח(1) 617, 620 (1974); לרשימת הפרטים המהותיים שמופיעים בפסיקה מאוחרת יותר כגון עניין זימלר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 302; עניין רבינאי, לעיל ה"ש 10; עניין ביהם, לעיל ה"ש 8.

38 השוו את פסק הדין בעניין פסטרנק, לעיל ה"ש 37, לפסק הדין בעניין בלס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 520.

39 יהודה אדר "מגמות ותנודות בדין החוזים הכללי – ישראל 2010" דין ודברים ו 41 (2011).

40 ע"א 7193/08 עדני נ' דוד (פורסם בנבו, 18.7.2010).

41 בית המשפט המחוזי קבע כי זיכרון הדברים נעדר תוקף משפטי בהסתמך על כך שבזיכרון הדברים ובטיוטת ההסכם המפורט צוין כי מועדי התשלום ותנאיו הם "מעיקרי חוזה זה". מכאן הסיק שהצדדים ראו בסוגיה הזו טעונה הסדרה בטרם יתחייבו זה כלפי זה. הואיל וההלכה הפסוקה מתייחסת למועדי התשלום כאל פרט מהותי, קבע בית המשפט שהמחלוקת בסוגיה זו מלמדת כי לא נתקיימו דרישות גמירת הדעת והמסוימות. כמו כן קבע כי נשללת אפשרות ההשלמה השיפוטית של סוגיית מועדי התשלום, שכן הצדדים ביטאו את כוונתם להסדיר את הסוגיה בעצמם.

לסטות מההסדר של הדין הדיספוזיטיבי בסוגיה מהותית זו ולעצב הסדר משל עצמם. מנגד, דעת המיעוט (השופט עמית) סברה כי זיכרון הדברים מחייב, שכן בהתקיים גמירת דעת (שלדעתו התקיימה), יש לבדוק כיצד ניתן להשלים את הפרט החסר שנוגע למועדי התשלום באמצעות אחד ממנגנוני השלמה שבדין.

אדר טוען כי בפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין עדני מסתמן שינוי בגישתו של בית המשפט אל דיני הכריתה, שמשתקף בנקיטת עמדה שמרנית ומהוססת יותר כלפי השלמתם השיפוטית של הסכמים מוקדמים.⁴² הדבר מתבטא לדידו בקביעתה של דעת הרוב כי מועדי התשלום הם בגדר "פרט מהותי". הוא סבור שדעת הרוב למדה על היותם של תנאי התשלום "מהותיים" רק מעצם העובדה שהצדדים ביקשו להסכים עליהם בנספח נפרד, אך לשיטתו מדובר במסקנה שמניחה את המבוקש, שכן היא מסיקה על היותו של הפרט החסר מהותי רק מעצם העובדה שהצדדים ביקשו להסכים עליו, מבלי לבחון את שאלת חשיבותו בעיני הצדדים. כשלעצמי, מסופקני אם פסק הדין בעניין עדני אכן משקף נקיטת עמדה שמרנית יותר של בית המשפט בכל הנוגע לאפשרות השלמה השיפוטית של פרטי מסוימות חסרים.

בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי תנאי התשלום ומועדיו הם בגדר "פרט מהותי" בעסקת מקרקעין,⁴³ וכאמור לעיל, הסכמה להסכים בעתיד בנוגע לפרט מהותי שללה לשיטת הפסיקה את האפשרות לבצע השלמה שיפוטית של אותו הפרט מקום שבו בסופו של דבר לא התגבשה הסכמה בעניינו. כמו כן, דעת הרוב נימקה כי הצדדים הגדירו במפורש כי סוגיית התשלום היא "מעיקרי החוזה", וברי שהדבר מלמד על היותה של הסוגיה מהותית בעיניהם.⁴⁴ מכאן שמאחר שהצדדים בעניין עדני קבעו כי בכוונתם להסכים בעתיד על מועדי התשלום, שהם כאמור פרט מהותי בעסקת מקרקעין הן לפי ההלכה הפסוקה והן לפי רצון הצדדים כפי שזה השתקף בנסיבות המקרה, תוקפו של זיכרון הדברים הותנה בהגעתם להסכמה בסוגיה. משלא הגיעו הצדדים להסכמה בסוגיה זו, נבצר מבית המשפט לסייע בידם ולהשלים את החסר. לפיכך דומה כי דעת הרוב בעניין עדני לא חרגה מהמבחן שקבעה הפסיקה לעניין השלמת פרטים שהוסכם להסכים עליהם בעתיד, אלא יישמה אותו כפשוטו.⁴⁵

42 אדר, לעיל ה"ש 39, בעמ' 54.

43 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 288; עניין וייס, לעיל ה"ש 8, בעמ' 189-190.

44 עניין רוזנברג, לעיל ה"ש 2, פס' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן. יוער כי עובר לפסק דין זה גם השופט פוגלמן ראה במועדי התשלום פרט מהותי, במנותק משאלת תפיסתם של הצדדים לחוזה. בעניין זה ראו עניין עדני, לעיל ה"ש 40, פס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

45 ייתכן ואפשר לטעון כי ה"מוסיקה" שעולה מפסק הדין בעניין עדני משמיעה נקיטה של עמדה שמרנית יותר בכל הנוגע להשלמה שיפוטית של פרטי מסוימות חסרים, כזו שיש בה כדי לרמוז על סטייה מהגישה הליברלית שבה נקט בית המשפט העליון עד כה. זאת, נוכח העמדות השונות והמנוגדות המובאות בו. אפשר כי בעובדה שדעת הרוב נקטה בגישה שמרנית יותר מזו שנקטה על ידי עמדת המיעוט שאפשרה לבצע השלמה שיפוטית באותן הנסיבות, יש כדי להשמיע סטייה מהגישה הכללית שאפיינה עד הפסיקה עד כה בסוגיה זו. כך, על פי הטענה, משרעת הרוב בחרה

(ב) מועד התגבשות ההסכמה

הקלה נוספת באשר לדרישת המסוימות היא האפשרות להסתייע בהסכמה מאוחרת של הצדדים, לאחר המועד הנטען לכריתת חוזה, כדי לרפא חסר במסוימות. לעומת התורה הקלסית של דיני החוזים, הגורסת כי על דרישת המסוימות להתקיים במלואה במועד הנטען לכריתת חוזה,⁴⁶ כך שהצדדים נדרשים לגבש את הסכמותיהם באשר ליסודותיה המהותיים של העסקה במועד אחד מובחן בזמן, נטתה הפסיקה לאפשר לצדדים לפרוס את הסכמתם בנוגע ליסודות אלו לאורך ציר הזמן. האפשרות להשתמש בהסכמה אקטואלית מאוחרת של הצדדים (לאחר המועד הנטען לכריתת חוזה) לצורך השלמת דרישת המסוימות אמנם לא זכתה עד כה לדיון מעמיק בספרות המשפטית או בפסיקתו של בית המשפט העליון, אך מעיון בפסיקה עולה כי במקרים שבהם נקרו לפתחו של בית המשפט שאלות מן הסוג הזה, התגלתה נכונות להסתייע בהסכמה מאוחרת לשם יישוב הדרישה. אפשרות זו הקלה גם היא על הכניסה לתחום החבות החוזית, שכן טענות שלפיהן לא נכרת חוזה מחייב בין הצדדים מאחר שבמועד הנטען לכריתת החוזה טרם התגבשה הסכמה בדבר כל יסודותיה המהותיים של העסקה נדחו על ידי בתי המשפט. כך, למשל, בפסק הדין בעניין כהן דובר על זיכרון דברים שלא נקבע בו המועד לתשלום התמורה. אולם מאחר שלאחר החתימה על זיכרון הדברים היה המשיב נכון לשלם את מלוא התמורה במזומן, קבע בית המשפט כי "ניתן להשלים את זיכרון הדברים

שלא להצטרף לדעת המיעוט הליברלית, להשלים את החסר במסוימות, ובכך להקנות תוקף מחייב לזיכרון הדברים, יש משום איפוק שיפוטי בכל הנוגע להשלמת פרטי מסוימות חסרים. טיעון מעין זה אמנם אפשרי, אך הוא מוקשה במובן זה שבכך שפסק הדין כלל דעת רוב שנקטה בעמדה שמרנית יותר מזו של דעת המיעוט, אין בה כשלעצמה כדי לבסס את הטענה כי דעת הרוב נקטה בגישה שמרנית יותר מזו שאפיינה את הפסיקה עד כה. נדמה כי אין בסיס לטענה כי מסתבר שהדוגלים בהשלמה נרחבת של פרטי מסוימות היו מצטרפים לדעת המיעוט בפסק הדין ומשלימים את החסר, שכן בכך יש משום סטייה לכיוון הליברלי מזו שאותם שופטים הדוגלים בהשלמה נרחבת נקטו בה לאורך העשורים האחרונים. טענה מהסוג הזה צריכה להראות כי הנסיבות המיוחדות בעניין עדני היו מצדיקות, לדעת השופטים הליברליים בבית המשפט העליון, לחרוג מההלכה הפסוקה שנקבעה על ידם לאורך העשורים האחרונים, ולהשלים חסר בסוגיה מהותית שהוסכם להסכים לגביה בעתיד. טענה נוספת שעלולה להעלות בהקשר הזה היא שפסק הדין מבטא נקיטה של עמדה שמרנית יותר בכל הנוגע להשלמה שיפוטית של פרטי מסוימות חסרים, אך זאת במסווה של רטוריקה שאינה חורגת מן המבחנים שהפסיקה קבעה לעניין זה. כבר צוין בעבר כי ככל שמדובר בכתיבה שיפוטית יש יתרונות רבים ברטוריקה צנועה (ראו איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג, 28-29 (2012) (להלן: זמיר "עוד על פירוש והשלמה")). כך, אפשר שהיאחותו של בית המשפט בהנמקה פורמלית שאינה חורגת על פני הדברים מההלכה שקדמה לה, אינה תואמת את העמדה העקרונית שמסתתרת מאחוריה. עם זאת, טענה שכזו ראוי לה שתיסמך על כך שאין כל הבדל עובדתי בין המקרה שנקרה לפתחו של בית המשפט בנסיבות המקרה בעניין עדני לבין המקרים שנקרו לפתחו קודם לכן. יוער כי טענות אלו לא הועלו על ידי אדר במאמרו.

46 ברק, לעיל ה"ש 14, בעמ' 52; GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (2009).

על-ידי קריאה לתוכו שהתשלום הוא סמוך לאחר החתימה על זיכרון הדברים".⁴⁷ מקרה דומה שהשתמשו בו בהסכמה מאוחרת של הצדדים לצורך יישוב דרישת הכתב הוא פסק הדין בעניין אהרונוב, שבו נקבע כי "חסרונו של פרט חיוני בהסכם שעניינו עיסקה במקרקעין ניתן להשלמה על-ידי הצדדים, בעריכת מסמך בכתב נוסף, אשר ישלים את החוסר בו לקה המסמך הראשון".⁴⁸ גישה זו באה לידי ביטוי בפסקי דין נוספים של בית המשפט העליון,⁴⁹ וכן באה לידי ביטוי גם בפסיקתן של הערכאות הדיוניות. כך, למשל, בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב בעניין רסולי נקבע כי "הפרטים שלטענת הנתבעים לא נקבעו בהסכם העקרונות, כגון מועדי התשלום, אלא הם פרטים שלגביהם נקבע בהלכה הפסוקה כי ניתן להשלים מכוח הוראות חוק, נוהג או הסכמה מאוחרת".⁵⁰ נראה כי גישה זו משתקפת גם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת חברה קדישא, שלא ראה כלל בסוגיית מועדי התשלום – שלגביה התגבשה הסכמה כשבועיים לאחר המועד הנתען לכריתת חוזה – כמי שפוגמת כהוא זה בדרישת המסוימות.⁵¹

לסיכום, דומה כי ניתן לומר שפרשנותו של בית המשפט לתנאים הקבועים בחוק החוזים הכללי לכריתתו של חוזה שהדין מכיר בו יצרה במידה רבה דיני כריתה בלתי פורמליים, במובן זה שהיא אפשרה גמישות רבה בנוגע לקביעת עצם כריתתם של חוזים. בית המשפט הקל בדרישת גמירת הדעת והמסוימות בצמצמו את היקף ההסכמה האקטואלית שלה נדרשו הצדדים כדי למלא דרישה זו והשתמש שימוש נרחב בהוראות השלמה חקוקות. כמו כן, הוא זנח את הדוקטרינה הקלסית שדרשה מהצדדים לגבש את הסכמותיהם במועד אחד מובחן בזמן. משכך, נראה שמודל ההצעה והקיבול המסורתי המופיע בסעיף 1 לחוק החוזים נזנח במידה רבה על ידי הפסיקה.⁵²

על רקע פסיקה ליברלית זו מעניין לבחון את פסקי הדין החדשים של בית המשפט העליון בעניין חברה קדישא ובעניין רוזנברג, שמעוררים מחדש את הדין בסוגיה. לתיאור המסכת העובדתית והמשפטית בפרשות אלו אפנה עתה.

47 ע"א 3102/95 כהן נ' כהן, פ"ד מט(5) 746, 739 (1995).

48 ע"א 475/87 אהרונוב נ' אהרונוב, פ"ד מג(3) 171, 165 (1989).

49 ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5) 820, בעמ' 835–836 (1996); ע"א 9255/11 דניאל נ' פלונית, פס' 34 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (פורסם בנבו, 11.8.2013).

50 ת"א (מחוזי ת"א) 2414/00 בכור נ' רסולי, פס' ד לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.2.2008) (ההדרגשה הוספה – א").

51 בית המשפט המחוזי לא דן כלל בסוגיית מועדי התשלום, ומכאן נראה שהתייחסותו להסכמה זו כממלאת את דרישת המסוימות הייתה בבחינת מובן מאליו.

52 לעניין זה יפים דבריו של השופט מלץ בעניין גרופר: "בסיטואציה של הסכם מוקדם קשה לעתים לאתר, בראייה לאחור, היכן הייתה ההצעה מצד המציע ומתי הניצע קיבל אותה. לכן נוקט המבחן שיטה של בדיקת כוונת ההתקשרות ההדדית של הצדדים והכללת הפרטים המהותיים בעיסקה בהסכם המוקדם" (ע"א 342/89 ג.ז. רכסים בע"מ נ' גרופר, פ"ד מו(2) 736, 724 (1992)).

ב. הגישה "השמרנית" – פרשת חברה קדישא

1. הרקע למחלוקת

ביום 29.6.2003 פרסמה החברה קדישא (להלן: המערערת) הזמנה להציע הצעות לרכישת מקרקעין שבבעלותה (להלן: ההזמנה), לאחר שהתברר לה כי אין ביכולתה להשתמש בהם לצורכי בית העלמין הסמוך.⁵³ בתנאי ההזמנה נקבע כי על המציע לצרף להצעתו צ'ק בנקאי לטובת המשיבה ששיעורו 10% מסכום ההצעה, וכן צוין כי המערערת אינה אחראית למצב החלקה והיא תימכר כפי שהיא (as is). לוי (להלן: המשיב) הגיש הצעה לרכישת המקרקעין וצירף להצעתו צ'ק בנקאי כנדרש. לאחר שוועדת הקרקעות וועדת המכרזים של המערערת קיימו דיון משותף בהצעות שהוגשו, התקבלה החלטה למכור את המקרקעין למשיב, בתנאי שהלה יישא בכל הוצאות המסים ותשלומי החובה החלים על העסקה. למשיב נמסרה הודעה בדבר זכייתו במכרז, והוא הביע את הסכמתו לתנאי המערערת בדבר הנשיאה בהוצאות המסים ותשלומי החובה.

בד בבד פדתה האחרונה את הצ'ק הבנקאי שצורף להצעה.⁵⁴

במועד הודעת המערערת למשיב על זכייתו במכרז נותרו שני נושאים שטרם באה עליהם הסכמת הצדדים המפורשת: מועדי יתרת התשלום ונטל פינויו של הדייר המצוי על המקרקעין.⁵⁵ אולם בין הצדדים הוחלפו טיטות נוספות, ובטיטה האחרונה שהוחלפה ביניהם נענה המשיב לתנאי התשלום שדרשה המערערת. לפיכך ביום החלפת הטיטה נותר אפוא נושא אחד בלבד שלא הוסכם במפורש על ידי הצדדים: נטל פינוי הדייר שעל הקרקע. בסמוך למועד העברת הטיטה האחרונה, בשל גילויים חדשים שנוגעים לשווי הקרקע שבבעלותה בדמות תכנית שמשנה את ייעודה, הודיעה המערערת למשיב כי היות שלא נחתם חוזה בין הצדדים היא רואה עצמה מי שרשאית לערוך בדיקות נוספות לבחינת כדאיות העסקה בטרם תחתום עמו על חוזה סופי. משנוכח המשיב כי אין בכוונתה של המערערת לחזור בה מעמדתה, הגיש הלה תובענה לבית המשפט המחוזי למתן סעד הצהרתי שלפיו נכרת הסכם מחייב בין הצדדים.⁵⁶

53 ה"פ (מחוזי ת"א) 1241/03 לוי נ' חברה קדישא גחש"א, פס' ב לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.11.2007).

54 עניין חברה קדישא, לעיל ה"ש 1, פס' 1-3 לפסק דינו של השופט גרוניס.

55 על החלקה מתגורר דייר אשר שכר את הקרקע מהמערערת. בינו לבין המערערת התנהל הליך משפטי אשר הסתיים בהסכם שניתן לו תוקף של פסק דין. על פי ההסכם, הדייר הוא בעל זכות סירוב ראשונה במקרה שהמערערת תרצה למכור את החלקה. עם זאת לשיטת המערערת הדייר הפר את הסכם הפרשה ולכן אפשר לפנותו מיד.

56 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס.

2. המסכת המשפטית

בית המשפט המחוזי קבע כי התקיימו דרישות גמירת הדעת והמסוימות, ולכן אף על פי שלא נכרת חוזה פורמלי בין הצדדים, לפנינו זיכרון דברים בעל תוקף מחייב. באשר ליסוד גמירת הדעת נקבע שאין ספק כי במועד ההודעה למשיב על קבלת הצעתו גמרה המערערת בדעתה להתקשר עמו בעסקה למכר החלקה.⁵⁷ באשר ליסוד המסוימות ציין בית המשפט המחוזי כי בשל הריכוך וההגמשה שעברה דרישת המסוימות בפסיקה, די בכך שיהיה ניתן ללמוד מהסכמות הצדדים על מהותה ותחומה של העסקה, ובענייננו נהיר לכול תחומה של העסקה הן מהבחינה הפיזית – הנכס הנדון – והן מהבחינה הכלכלית – התמורה הכספית לרבות נטל תשלום המסים. על פסק הדין האמור הוגש ערעור לבית המשפט העליון, ובו נטען כי במועד הודעת הזכייה לא נכרת חוזה בין הצדדים מאחר ששני נושאים עיקריים עמדו אז במחלוקת: מועדי התשלום ושאלת הנשיאה בעלויות הכרוכות בפינוי הדייר. בית המשפט העליון, בראשותו של השופט גרוניס ובהסכמת השופטים הנדל וחיות, קיבל את טענות המערערת וקבע כי לא נכרת בין הצדדים חוזה מחייב למכר החלקה:

המקרה שלפנינו מחייב הכרעה בשאלה מרכזית אחת – האם בין הצדדים נכרת חוזה מחייב למכר החלקה? [...] לצורך כך, יש לבחון האם בבחינת מכלול התנהלות הצדדים ניתן להצביע על מועד בו נכרת חוזה בדרך של הצעה וקיבול [...]. באותו מועד של כריתת החוזה, שהינו מועד מובחן ברצף האירועים, אף צריכות להתקיים דרישות גמירת הדעת והמסוימות [...]. לטעמי, בחינת נסיבות העניין אינה מאפשרת לעמוד על מועד מובחן בזמן בו התקיימו, בו זמנית, כלל הדרישות הנזכרות.⁵⁸

ראשית, נסיבות המקרה מלמדות, לשיטתו של השופט גרוניס, כי במועד הודעת הזכייה טרם גמרה המערערת בדעתה להתקשר בחוזה. הדבר עולה לדעתו מטיוטות הצדדים שבהן צוין כי חוזה בין הצדדים ייכרת רק לאחר שתושג הסכמה על מכלול התנאים, וכן מדבריו של מנהל המשא ומתן מטעם המערערת לאורך המשא ומתן, כי טרם נכרת חוזה מחייב בשל הצורך בהסכמה על פרטי העסקה ואישורם על ידי הנהלת המערערת. שנית, היעדר ההסכמה לגבי שתי הסוגיות האמורות במועד הודעת הזכייה מלמד לשיטתו כי הסכמת הצדדים במועד זה לא הייתה מסוימת די צורכה כדי לכרות חוזה.

57 הדבר עולה במפורש מאישורה למכור לו את המקרקעין בתמורה למחיר שהוצע על ידיו ומהודעתה לו כי ועדת המכרזים שלה החליטה לאשר את הצעתו. כמו כן, פדייתה של המערערת את הצ'ק הבנקאי שהפקיד המשיב תוך שהיא מנפיקה למשיב קבלה שבה צוין כי הסכום ניתן כ"מקדמה ברכישת קרקע", וכן פנייתה אל הדייר המצוי בקרקע והודעתה לו כי עליו לפנותה מאחר שהיא עומדת להימכר למשיב, מלמדות גם הן על גמירת הדעת.

58 עניין חברה קדישא, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינו של השופט גרוניס (ההדגשה הוספה – א").

השופט הכיר בכך שבמועד החלפת הטיוטה האחרונה הגיעו הצדדים להסכמה בנוגע למועדי התשלום, ושבדיון בבית המשפט המחוזי העיד המשיב כי הוא נכון לשאת בעצמו בכל העלויות הכרוכות בפינוי הדייר שבקרקע, ובכך לכאורה יושבו המחלוקות בין הצדדים. אולם לפי עמדתו של השופט גרוניס, אי אפשר לייחס הסכמה זו למועד מסירת הודעת הזכייה, שכן על דרישת המסוימות להתקיים במלואה במועד הנטען לכריתת חוזה. הסכמה מאוחרת בנוגע ליסודותיה המהותיים של העסקה אינה יכולה לרפא בדיעבד אי-הסכמה מוקדמת: "במועד הודעת הזכייה לא התקיימו התנאים לכריתתו של חוזה. שתי סוגיות עמדו אז במחלוקת בין הצדדים – תנאי התשלום ועלויות פינוי הדייר. כריתת חוזה אמורה להתבצע ברגע מסוים אחד. אי אפשר להשלים את הפרטים המהותיים בחוזה בשלבים ובמועדים שונים לאורך ציר הזמן".⁵⁹

3. מהעובדות לעקרונות

קריאה שטחית של פסק הדין בעניין חברה קדישא עשויה ליצור את הרושם כי לפנינו מחלוקת משפטית על אודות הפירוש שיש ליתן לראיות שנפרסו בפני בית המשפט המחוזי. כאמור, בית המשפט המחוזי קבע כי במועד הודעת הזכייה התקיימו יסודות גמירת הדעת והמסוימות, ומשכך נכרת חוזה מחייב בין הצדדים, ואילו בית המשפט העליון קבע, על בסיס אותן עובדות ממש, כי במועד הנטען לכריתת חוזה לא שררה הסכמה בין הצדדים בסוגיית מועדי התשלום ופינוי הדייר שבקרקע, וכי היעדר הסכמה זה שולל הן את יסוד גמירת הדעת של המערערת והן את יסוד המסוימות. משכך, לכאורה לא נתגלעה כל מחלוקת עקרונית בשאלת תוכנם של המבחנים לכריתת חוזה, ומדובר אך בפרשנות שונה של העובדות שנפרסו בפני בית המשפט. עם זאת דומני שהסתכלות זו אינה ממצה את המחלוקת שנתגלעה בין הערכאות ואת העמדה השיפוטית שפסק דינו של השופט גרוניס בעניין חברה קדישא מבטא. נראה כי מאחורי המחלוקת העובדתית בין בית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון עומדת מחלוקת עקרונית בסוגיות חשובות בדיני כריתה, וכי בפסיקתו של השופט גרוניס מסתמנת גישה שונה, שמרנית מזו שנקט בית המשפט העליון בעבר.

(א) השלמה נורמטיבית

בפרק א של רשימה זו עמדתי על המגמה שאפיינה את בית המשפט לאורך שלושת העשורים האחרונים בכל הנוגע לתנאים המקדמיים לכריתתו של חוזה. זו התאפיינה בכרסום הולך ונמשך בכלל הדרישות שמציב החוק לכריתת חוזה, כשבמרכזו ריכוך עקיב של דרישת המסוימות נוכח אפשרות ההשלמה הנורמטיבית באמצעות הוראות

⁵⁹ שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט גרוניס (ההדגשה הוספה – א"י); ראו גם פס' 13–14, 19–20 לפסק הדין.

ההשלמה שבחוק. כמו כן, בית המשפט אפשר לצדדים לחוזה לפרוס את הסכמותיהם בדבר היסודות המהותיים של העסקה לאורך זמן, וזנח את הדרישה הקלסית לקיום דרישת המסוימות במועד אחד מובחן בזמן. דומה כי היבטים שונים בפסק דינו של השופט גרוניס סוטים מפרקטיקה זו.

אחת הטענות שהועלו על ידי המשיב במסגרת הערעור בפני בית המשפט העליון הייתה כי את החסר בעניין מועדי התשלום, ככל שהוא קיים, ניתן להשלים באמצעות סעיף 41 לחוק החוזים הכללי⁶⁰ שקובע כי "חיוב שלא הוסכם על מועד קיומו, יש לקיים זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש".⁶¹ בהתייחסו לטענה זו מציין השופט גרוניס כי בית המשפט אכן רשאי להשלים פרטי מסוימות חסרים על ידי השלמה נורמטיבית, אך אפשרות זו נשללת בענייננו מאחר שהתנהגות הצדדים מלמדת כי היה בכוונתם לקבוע הסדר שונה בסוגיה מזה שהוראות הדין מורות עליו.⁶² מסקנה זו נובעת לדעתו מהסכמתם המשתמעת של הצדדים לנהל משא ומתן על פרטי העסקה, ומן העובדה כי במסגרת המשא ומתן ביניהם אומצו הסדרים שונים מאלו הקבועים בדין. עם זאת השופט גרוניס אינו מסתפק בדחיית הטענה לגופה – שעולה בקנה אחד עם העמדה הרווחת בפסיקה – אלא רואה לנכון לחרוג ממסגרת הדיון הנוגעת ישירות לנסיבותיו של הערעור הקונקרטי ולהוסיף הערות כלליות באשר לשתי סוגיות: השלמת פרטי מסוימות באמצעות הוראות השלמה חקוקות שנוקטות לשון סטנדרט, ונקיטת גישה מקלה באשר לדרישת המסוימות.⁶³

השופט גרוניס מציין כי קיים "קושי מסוים" בהשלמת חסר בחוזה הנוגע למועדי התשלום באמצעות סעיפי בררת המחדל שמנויים בסעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי) ובסעיפים 9(א) ו-21 לחוק המכר, כמו גם בהשלמת פרטי מסוימות באמצעות סעיף 46 לחוק החוזים (חלק כללי) וסעיף 20(א) לחוק המכר.⁶⁴ קושי זה נובע לשיטתו מהעובדה שהשלמת החוזה באמצעות סעיפי ברירת המחדל נעשית על ידי שימוש בסטנדרטים עמומים יחסית, כגון "זמן סביר", דבר שמעורר כמה קשיים: ראשית, השלמת חוזה על ידי הסעיפים הללו מזמינה מחלוקות בין הצדדים באשר לפרשנותו של סטנדרט, מה גם שיתכנו מקרים שבהם לא יובאו די ראיות בפני בית המשפט כדי לקבוע מהו זמן סביר בנסיבות העניין; שנית, השופט גרוניס מעיר כי נקיטת גישה מקלה ביחס לדרישת המסוימות והשלמת סעיפים בחוזה באמצעות הסדרי ברירת המחדל האמורים עלולה לגרום לחוסר ודאות בקרב מתקשרים בחוזה, הן באשר לשאלה אם נכרת ביניהם חוזה והן בנוגע לתנאיו של אותו חוזה.⁶⁵

60 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט גרוניס.

61 ס' 41 לחוק החוזים (חלק כללי).

62 עניין חברה קדישא, לעיל ה"ש 1, פס' 14-15 לפסק דינו של השופט גרוניס.

63 שם, פס' 14-17 לפסק דינו של השופט גרוניס.

64 ס' 41 ו-46 לחוק החוזים (חלק כללי); ס' 9(א), 20(א) ו-21 לחוק המכר.

65 עניין חברה קדישא, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק דינו של השופט גרוניס.

הערה זו מפיו של נשיא בית המשפט העליון דהיום בנוגע לשימוש שיש לעשות בהוראות השלמה החקוקות, בעיקר בכל מה שנוגע להוראות ההשלמה שנוקטות לשון סטנדרט, ובנוגע לגישה שיש לנקוט בעניין דרישת המסוימות, היא בגדר סטייה ניכרת מהגישה הרווחת בבית המשפט לאורך העשורים האחרונים. היא מביעה הסתייגות עקרונית משימוש בהוראות השלמה חקוקות שנוקטות לשון סטנדרט ומנקיטת גישה מקלה מדי ביחס לדרישת המסוימות. כמתואר, בניגוד לעמדה זו השתמשו בית המשפט העליון וכמותו בתי המשפט בערכאות התחתונות שימוש נרחב בהוראות ההשלמה החקוקות, לרבות הוראות ההשלמה שמשמשות בסטנדרטים, וכן נקטו גישה מקלה מאוד ביחס לדרישת המסוימות, עד כי היו שופטים שסברו כי האחרונה איבדה את חשיבותה לחלוטין.

הערתו של השופט גרוניס פותחת אפוא צוהר לשינוי המגמה הנהוגה בדיני הכריתת זה שנים, הן באשר להיקף השימוש שיעשה בית המשפט בהוראות ההשלמה החקוקות והן באשר להיקף ההסכמה האקטואלית שאליה יידרשו להגיע צדדים לחוזה כדי למלא אחר דרישת המסוימות. בראש ובראשונה היא עשויה לצמצם את השימוש של בית המשפט בהסדרים חקיקתיים המשתמשים בסטנדרטים כגון "סביר", "ראוי", "בינוני" וכיוצא בזה, ומאחר שרבות מהוראות ההשלמה המשתמשות בסטנדרטים שכאלה עוסקות בנושאים מהותיים כגון שיעור התמורה הכספית, מועד קיום החיובים ואיכותו של מושא החוזה, דומה כי תפקידו של בית המשפט עשוי להצמצם מבחינת חלוקת העבודה בינו לבין הצדדים לחוזה. כמו כן לא מן הנמנע שהשתרשותה של גישה זו בפסיקה תביא לידי צמצום ניכר בשימוש שיעשה בשאר הוראות ההשלמה שבחוק, שכן נקיטת גישה מחמירה יותר באשר ליסוד המסוימות, כפי שמשמע מדבריו של השופט גרוניס כי ראוי לנקוט אותה, מנביעה בהכרח דרישה להסכמה אקטואלית נרחבת יותר מהצדדים להתקשרות החוזית והיעזרות פחותה שלהם בהשלמה שיפוטית.⁶⁶

(ב) מועד התקיימות דרישת המסוימות

היבט נוסף שיש בו כדי להקשיח את הכניסה לתחום החבות החוזית הוא מועד התגבשותה של דרישת המסוימות. כמתואר, בית המשפט הישראלי זנח את הדוקטרינה הקלאסית שדרשה מהצדדים לגבש את הסכמותיהם במועד אחד מובחן בזמן ואפשר לצדדים לפרוס את ההסכמות לאורך ציר הזמן. על פי גישה זו, בית המשפט המחוזי היה נכון להשלים את החסר במסוימות שנגע למועדי התשלום באמצעות הסכמתם המאוחרת של הצדדים בסוגיה זו, ונראה כי בהיעדר התייחסותו לסוגיה זו יש כדי ללמד כי הדבר

66 עם זאת יוער כי עמדה זו אינה עולה במפורש מדבריו של השופט גרוניס, שמבהיר כי הסתייגותו משימוש בהוראות השלמה חקוקות הנוקטות סטנדרט עמום אינה מתייחסת לשימוש בהוראות חוק "הקובעות כללי ברירת מחדל המטילים על אחד מהצדדים לחוזה נטל ברור יחסית". שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט גרוניס.

היה בעיניו בבחינת המובן מאליו. לעומת זאת לפי השופט גרוניס, אי-ההגעה להסכמה בסוגיה במועד הודעת הזכייה פוגמת בדרישת המסוימות. לשיטתו, אמנם נכון כי שבועיים לאחר הודעת הזכייה הגיעו הצדדים להסכמה בנוגע למועדי התשלום, אולם אי אפשר לייחס הסכמה זו למועד מסירת הודעת הזכייה, משום שעל דרישת המסוימות להתקיים במלואה במועד הנטען לכריתת חוזה, ואי אפשר לפרוס את ההסכמה לאורך זמן.⁶⁷

לפיכך, דומה כי הגישה שהובעה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין חברה קדישא ביקשה לשנות את התפיסה המקובלת בדיני החוזים באשר לדרישת המסוימות. בניגוד לתפיסה המקובלת, לשיטתו של השופט גרוניס דרישת המסוימות צריכה להתקיים במלואה במועד הנטען לכריתת חוזה, במובן זה שבמועד הכריתה הנטען נדרשים הצדדים להגיע לידי הסכמה בנוגע לכלל יסודותיה המהותיים של העסקה. הלכה זו אינה מאפשרת להסתייע בהסכמה מאוחרת של הצדדים בסוגיה שנחזית כמהותית כדי למלא אחר דרישת המסוימות, אם לא באה עליה הסכמת הצדדים במועד הנטען לכריתת חוזה. ודוק: אין מדובר דווקא על מצבים שבהם הייתה מחלוקת בין הצדדים באשר ליסוד מהותי מסוים עובר למועד הנטען לכריתת חוזה אלא על מצבים שבהם הצדדים לא דנו כלל בסוגיה פלונית עובר למועד זה, ונדרשו אליה רק לאחר הסכמתם הראשונית. במילים אחרות, ניהול משא ומתן בסוגיה מהותית לאחר המועד הנטען לכריתת חוזה שולל מניה וביה את יסוד המסוימות, אף אם בסופו של דבר הגיעו הצדדים להסכמה בסוגיה האמורה.⁶⁸

מלבד החדשנות שבקביעה זו לעומת הפסיקה שקדמה לה, נראה כי עשויות להיות לה השלכות משפטיות כבדות משקל. בראש ובראשונה, להלכה זו עשויה להיות השפעה רבה על הסכמים מקדמיים מסוג "זיכרון דברים", המבטאים לרוב הסכמה מצומצמת מזו שקיימת בחוזה פורמלי ומתאפיינים ב"הסכמה מתגלגלת". כך, הצדדים מסכימים ביניהם במסמך הראשוני על חלק מעיקרי ההסכם העתידי ומשאירים את ההסכמה בסוגיות הנוספות לעת שבה יערכו חוזה פורמלי.⁶⁹ ברם כפי שאך הובהר, הסכמה מאוחרת כזו עלולה לשמוט את הקרקע מתחת להסכמות שהועלו בזיכרון הדברים. פירושה של הגישה השיפוטית שעולה מפסק דינו של השופט גרוניס הוא כי אף על פי שהצדדים הגיעו לבסוף להסכמה בנוגע לכלל הפרטים המהותיים להתקשרותם החוזית, הרי שאין תוקף מחייב להסכמותיהם. כדי שיהיה תוקף להסכמותיהם הראשוניות של הצדדים, יהיה

67 שם, פס' 18–20 לפסק דינו של השופט גרוניס.

68 השוו בעניין זה לעניין רוזנברג, לעיל ה"ש 2, פס' 21 לפסק דינו של השופט פוגלמן, וכן לעניין דניאל, לעיל ה"ש 49, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו.

69 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 291–298; עניין רוזנברג, לעיל ה"ש 2, פס' 21 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

עליהם להסכים מחדש על הסוגיות שהוסכמו בזיכרון הדברים עצמו, או לאשררן, עת שהם מסכימים על הסוגיות שהושארו פתוחות קודם לכן.

פסק דינה של השופטת חיות בעניין חברה קדישא תומך בסברה שלפיה בראייתו של השופט גרוניס פסק הדין היווה הזדמנות להקשיח את דרישת המסוימות, שכן הוא מציע הנמקה חלופית שאינה מתייחסת לסוגיית מועדי התשלום או לאפשרות להשלים פרטים חסרים מכוח הוראות השלמה חקוקות – סוגיות שניצבו בלב פסק דינו של השופט. השופטת חיות מגיעה כאמור להכרעה זהה לזו של השופט גרוניס, אך בשונה ממנו פסק דינה מבוסס בעיקרו על המחלוקת שנוגעת לפינוי הדייר בלבד. לשיטתה, בהעברת נטל פינויו של הדייר מהמשיב אל המערער "יש משום סטיה מתנאי ההצעה המקורית אשר פורסמה כמכרז"⁷⁰, שבה נקבע כי הנכס יימכר כמות שהוא, וכי על המציע מוטלת האחריות לברר את מצבו של הנכס מכל הבחינות. משלא נענתה המערערת לסטייה זו, אין לראות בגמירת דעתה להתקשר בחוזה כזו שנתגבשה עובר למועד שבו נסוגה מהעסקה.⁷¹

עמדתו של השופט גרוניס בפסק הדין אמנם סוטה מהקו הליברלי שאפיין את בית המשפט העליון לאורך שלושת העשורים האחרונים באשר לדיני הכריתה, אך דומה כי היא מתיישבת עם עמדות שקיימות זה מכבר בקרב חלק משופטי בית המשפט העליון בכל הנוגע לדין פירוש החוזה. למן פסק הדין בעניין אפרופים⁷² ועד ימינו שלנו קיימת מחלוקת בנושא השיטה הפרשנית שבה יש לילך,⁷³ מחלוקת שהפכה ערה וחריפה יותר עם מינויו של יורם דנציגר לשופט בבית המשפט העליון.⁷⁴ בפסק דין סהר,⁷⁵ שניתן

70 עניין חברה קדישא, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות. במאמר מוסגר יוער כי מבחינה משפטית לא מדויק לכנות את פנייתה של המערערת כהצעה אלא כהזמנה להציע הצעות.

71 שם, פס' 2-4.

72 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995).

73 גבריאלה שלו ואפי צמח "דין פירוש החוזה – על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים" קרית המשפט י 1, 7-12 (2012); גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" ספר מישאל חשין 645 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009) (להלן: שלו "מיהם שליטי החוזה"); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17 (2005); ישראל ציגנלאוב "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים" הפרקליט נ 261 (2008); שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבטי הרמנויטי על פרשנות חוזים" משפטים מג 55-56 (2012); זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 45.

74 ראו למשל ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ, פס' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 28.1.2008); ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ, פס' 43 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 13.2.2008); ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן, פס' 1 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 29.9.2009); ע"א 10849/07 פוארסה נ' פוארסה, פס' 31 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 12.11.2009); ע"א 5141/09 פלונית נ' פלוני, פס' 14-15 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 27.1.2010); ע"א 453/11 מ.ש. מוצרי אלומיניום בע"מ נ' "אריה" חברה לביטוח בע"מ, פס' 37-39 לפסק דינו של

לאחר תיקון מספר 2 לחוק החוזים הכללי – שבמסגרתו שונה נוסחו של סעיף 25(א) לחוק החוזים העוסק בפרשנות חוזה – אמנם נפסק על ידי המשנה לנשיאה ריבלין והשופט ג'וראן כי אין בתיקון כדי לשנות את ההלכה הנוהגת בפרשנות חוזה. עם זאת השופט הנדל בדעת יחיד חלק על מסקנתם של חבריו להרכב וגרס כי בתיקון יש כדי לשנות מדין הפירוש, וכן הביע את הסתייגותו מהשימוש בתכלית האובייקטיבית בקבעו כי לאחר התיקון "יש להניח את המונח 'התכלית האובייקטיבית' על פסים אחרים"⁷⁶. כמו כן בפסק הדין בעניין דלק מהעת האחרונה, גרס השופט סולברג כי בתיקון 2 לחוק החוזים יש ללמדנו כי ככל שלשון החוזה ברורה יותר, כך פוחת משקלן של הנסיבות החיצוניות, עד כי "לעיתים, נדירות, תזכה הלשון למעמד בלעדי"⁷⁷. עוד יש לזכור כי כבר בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי הירקות, שבו נדונה הלכת אפרופים לעומקה, הצטרף השופט גרוניס לדעת המיעוט של השופט חשין בכל הנוגע לחלק הדוקטרינרי של ההכרעה והזהיר מפני הפיכתו של בית המשפט לצד לחוזה.⁷⁸ חזרה לגישה שיפוטית "מרוסנת" יותר באה לידי ביטוי לאחרונה גם בתחומים נוספים.⁷⁹ על רקע עמדות

השופט דנציגר (פורסם בנבו, 21.8.2013) (להלן: עניין מוצרי אלומיניום); יורם דנציגר וצביקה מצקין "האם שבו הצדדים להיות שליטי החוזה לאחר תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973?" משפט ועסקים טו 27 (2012).

75 רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2012).
76 לשיטתו, השימוש בתכלית אובייקטיבית הוא בגדר מוצא אחרון, ובמקרים שבהם בכל זאת יש להשתמש בה, הרי יש לעשות זאת בהתאמה לדיני החוזים ולא לדיני הנויקין: אין להשתמש בתכלית האובייקטיבית באופן שיש בה כדי לשקף כיצד ראוי שאנשים ינהגו, אלא אך כדי לשקף מבחינה דסקריפטיבית כיצד אנשים נוהגים בפועל. שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל. בכך יש משום סטייה מתורת הפרשנות התכליתית כפי שהוא מוצגת בכתביו של הנשיא ברק. בעניין זה ראו צינגלארוב, לעיל ה"ש 73, בעמ' 292-294 והאסמכתאות המובאות שם. בנוסף, ראו את עמדתו של השופט הנדל מהעת האחרונה בעניין מוצרי אלומיניום, לעיל ה"ש 73, שמסכים עם עמדתו העקרונית של השופט דנציגר בדבר שיטת הפרשנות הראויה.

77 ע"א 3894/11 דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בן שלום, פס' 19 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.6.2013). לתיאור נסיגה מסוימת של בית המשפט העליון מהלכת אפרופים ראו נילי כהן "נאמנות הפרשן" עיוני משפט לה 587, 618-620 (2013) והאסמכתאות המובאות שם (להלן: כהן "נאמנות הפרשן").

78 דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 73, 1 (2006).

79 גבריאלה שלו "לשון, מושג ותורת המשפט: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" ספר לבונטין 327, 355-359 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2013); מיגל דויטש "שיקול הדעת השיפוטי בדיני העסקאות הנוגדות – מגמות והרהורים" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 306, 336-337 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחר עורכים, 2013); כהן "נאמנות הפרשן", לעיל ה"ש 77, בעמ' 618 והאסמכתאות המובאות שם; נילי כהן "הלכת אפרופים השנייה והפעם: האם בכלל נכרת חוזה? (בעקבות ע"א 9073/07)" עורך הדין 16, 74 (2012); מיגל דויטש "יש בעליון נטייה גוברת לגישה שמרנית והתרחקות מאקטיביזם" גלובס 12.11.2012. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000797372

שמרניות אלו, דומה כי יש לראות את פסק דינו של השופט גרוניס בנוגע להקשחת דרישת המסוימות וצמצום השימוש בהוראות ההשלמה שבחוק בפריזמה רחבה יותר. נראה שפסק הדין בעניין חברה קדישא הוא נדבך נוסף בניסיונם של חלק משופטי בית המשפט העליון להביא לידי צמצומו של מרחב שיקול הדעת השיפוטי והתערבותו של בית המשפט בתוכן החוזה, וזאת מתוך רצון להפחית את הפגיעה בחופש החוזים של הצדדים ולהגביר את הוודאות המשפטית בתחום המסחרי.

אולם חרף פסק דינו של השופט גרוניס בעניין חברה קדישא, שיש בו כפי שראינו משום חידוש ניכר באשר לדרישת המסוימות ולשימוש שיש לעשות בהוראות השלמה חקוקות, נראה שלעת עתה אין מדובר בראשיתה של מגמה חדשה. עיון בפסקי הדין של הערכאות הדיוניות אמנם מלמד כי פסק דינו של השופט גרוניס זוכה להתייחסות, אך נראה כי יקשה בשלב זה להסיק מפסקי הדין הללו מסקנות ברורות ומבוססות.⁸⁰ יתרה מזאת, דומה כי שורת פסקי דין של בית המשפט העליון מהעת האחרונה מבקשים לבלום את שינוי הכיוון שהסתמן בפסק הדין האמור. אפנה עתה לתיאור המסכת העובדתית והמשפטית בפרשות אלה, בדגש על פרשת רוזנברג.

ג. הגישה "הליברלית" – פרשת רוזנברג

1. הרקע למחלוקת

הצדדים בפרשה זו הם בעלי מניות בשתי חברות שכל אחת מהן מפעילה בנפרד מכוניס לבדיקת כלי רכב. לימים נתגלעה ביניהם מחלוקת שבעקבותיה ביקשו להיפרד על דרך של רכישת מלוא מניות המכון בניהולו של כל אחד מהם, ופתחו במשא ומתן לשם כך. במסגרת המשא ומתן הוחלפו ביניהם כמה טיוטות, ולאחר חליפת הטיוטה השלישית חתמו הצדדים על מסמך שכונה "מסמך הסגירה", שבו הושגה הסכמה על שיעור

80 בעניין זה ראו את פסקי הדין הבאים המפנים לחידושו של השופט גרוניס בפסק דינו בעניין חברה קדישא: פר"ק (מחוזי ת"א) 16776-01-13 פטרו גרופ בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 8.7.2013); "אמנם, קיימים פרטים הניתנים להשלמה, בין מכוון הוראות החוק או הנוהג, אך לא פרטים הנוגעים לליבת התקשרות" (שם, פסק דינו של השופט בורנשטיין); ה"פ (מחוזי ת"א) 22094-01-11 סרור נ' מאירי, פס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.7.2013); ת"א (מחוזי ת"א) 1894/07 בטאשוילי נ' בן אברהם, פס' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.5.2012): "לאחרונה קבע בית המשפט העליון כי לשם בחינת ההתקשרות החוזית, יש לאתר את המועד בו נכרת החוזה"; ת"א (שלום ח') 16958-07 נופית ייזום והשקעות בע"מ נ' סולל בונה פיתוח וכבישים בע"מ, פס' 41 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.1.2012); ת"ק (ב"ש) 17641-02-11 טלמור נ' רון (פורסם בנבו, 25.1.2012), שם ציינה השופטת בהט: "בפסק דין שניתן בבית המשפט העליון לאחרונה [...] נדונה שאלה דומה בדבר תנאי תשלום שלא סוכמו מראש במסגרת הסכם בעל פה וכב' השופט גרוניס מסייג מעט את הלכה הנהוגה בעניין השלמת סעיפים בחוזה [...]".

התמורה הכספית והוצאות המס החלות על העסקה. לאחר מכן שלח בא כוח המשיב טיוטה רביעית במספר ששיקפה את הסכמותיהם של הצדדים במסמך הסגירה, בשנותו את זהות הקונה ואת מועדי התשלום כפי שאלו הוסכמו בטיטה השלישית, וזאת מבלי שניתנה לכך הסכמת המערערים.⁸¹ בסמוך לאחר העברת הטיטה הרביעית התגלעו מחלוקות בין הצדדים, והמערערים טענו כי ההסכמות שהתגבשו עד כה הן רק שלב במשא ומתן. ראשית, נטען כי במסמך הסגירה גובשה הסכמה רק על שיעור התמורה הכספית, ואילו על סוגיות כגון מועדי התשלום לא הושגה הסכמה מעולם, ולכן אין מדובר בחוזה מסוים דיו. שנית, נטען כי לאחר החתימה על מסמך הסגירה המשיכו הצדדים לנהל משא ומתן בנוגע לסוגיות שלא הוסכמו במסגרתו, לרבות מועדי התשלום, באופן שמעיד על היעדר גמירת דעת להתקשר בחוזה.⁸² טענות אלה תואמות במידה רבה את הקביעות בפסק דינו של השופט גרוניס בעניין חברה קדישא שנדונו לעיל.

2. המסכת המשפטית

בפסק דינו של בית המשפט המחוזי נשללו טענות המערערים, ונקבע כי בין הצדדים נכרת חוזה העומד בדרישות גמירת הדעת והמסוימות.⁸³ על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון, שפסק – מפי השופט פוגלמן ובהסכמת השופטים חיות ועמית – כי דין הערעור להידחות וכי בין הצדדים נכרת חוזה מחייב. ראשית, נקבע כי אמנם לא הושגה הסכמה מפורשת על מועדי התשלום במסמך הסגירה, הוא המועד הנטען לכריתת חוזה, וכן כי בטיטה הרביעית שהוחלפה בין הצדדים סטה המשיב מההסכמות שגובשו בעניין זה בטיטה השלישית שהוחלפה ביניהם מבלי שהמערערים הסכימו לכך. אולם מאחר שאין מדובר בסוגיה שהצדדים ראו בה מהותית להתקשרות ביניהם, הרי שהיעדר ההסכמה בעניינה אינו גורע מקיומה של דרישת המסוימות, וניתן להשלים את הפרט החסר דרך הוראות ההשלמה שבחוק.⁸⁴ כמו כן, באשר לשינוי זהות הקונה נקבע כי לאחר שהמערערים התנגדו לשינוי האמור, הודיע בא כוח המשיב כי זהות הקונה תישאר כפי שהוסכם על הצדדים קודם לכן, ומכאן שהסכמה לגבי פרט זה מספקת לצורך דרישת המסוימות.⁸⁵ שנית, נקבע כי הצדדים אכן ניהלו משא ומתן לאחר החתימה על מסמך הסגירה, ובכלל זה על מועדי התשלום, אך אין בכך כדי להעיד על היעדר גמירת דעתם להתקשר בהסכם מחייב במועד הנטען לכריתת חוזה, הוא מועד החתימה על הסכם הסגירה, שכן "הצדדים לא התכוונו שהסכמה על התנאים שנתרו פתוחים תהווה תנאי

81 מתשלום חד-פעמי לפריסה.

82 עניין רוזנברג, לעיל ה"ש 2, פס' 1–11 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

83 שם, פס' 5–9 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

84 שם, פס' 20–21 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

85 שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

לכניסת הסכם הסגירה לתוקף.⁸⁶ במילים אחרות, נקבע כי התנאים שלא הוסכמו על ידי הצדדים במסמך הסגירה לא היו מהותיים בעיניהם, ואין מדובר בסוגיות שהסכמה בעניינן התנתה את גמירת דעתם לכרות חוזה.

3. מהעובדות לעקרונות

אף שפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין רוזנברג אינו מתעמת במוצהר עם פסק דינו של השופט גרוניס בעניין חברה קדישא, קשה שלא לראות בו תגובת נגד לעמדה שהובעה באותו פסק דין. ראשית, בכל הנוגע לסוגיית ההשלמה השיפוטית קובע השופט פוגלמן כי "סעיף 41 לחוק החוזים וסעיף 21 לחוק המכר [...] קובעים מנגנונים להשלמת חיוב שלא הוסכם על מועד קיומו, ובית משפט זה לא נמנע מלהשלים את מועדי התשלום משהוכח כי לא דובר בתנאי מהותי שהצדדים התכוונו להסכים עליו ביניהם בעתיד".⁸⁷ השופט פוגלמן מבהיר אפוא כי בית המשפט לא יימנע משימוש בהוראות ההשלמה שבחוק במקרה שבו לא הסכימו הצדדים להסכים בעתיד על סוגיה מהותית. קביעה זו עומדת בניגוד בולט לעמדתו העקרונית של השופט גרוניס בעניין חברה קדישא שקראה לצמצום השימוש בהוראות ההשלמה שבחוק המשתמשות בסטנדרטים, וכן גרסה כי "במקרים בהם הביעו הצדדים כוונה להמשיך ולדון על תנאי מסוים מתנאי החוזה במשא ומתן עתידי, אין מקום להשלים את הסכמתם באמצעות סעיפי ברירת המחל"ל".⁸⁸ שנית, בכל הנוגע למועד התגבשות דרישת המסוימות, הרי שפסקתו של השופט פוגלמן תואמת לכאורה את פסקתו של השופט גרוניס בעניין חברה קדישא בקבעו כי "כדי שניתן יהיה להסיק מן המסמך שנכרת חוזה, נדרשים להתקיים שני יסודות מצטברים ברגע הכריתה: האחד, עליו ללמד כי הצדדים גמרו בדעתם להתקשר בחוזה מחייב; והשני, על ההסכמה להיות מסוימת די צרכה".⁸⁹ אולם חרף הרטוריקה הדומה מדובר בהתאמה לכאורית בלבד, שכן השופט פוגלמן יוצק משמעות שונה בתכלית למונח "הפרטים המהותיים" מזו שהשופט גרוניס יוצק לתוכה: בעוד שהפרטים המהותיים אליבא דגרוניס הם הפרטים שבעשורים האחרונים נטתה הפסיקה לסווגם כפרטים מהותיים, נוסף על הפרטים שמן המשא ומתן בין הצדדים עולה כי הם ראו בהם מהותיים,⁹⁰ השופט פוגלמן מבהיר כי "כל עוד הושגה [...] הסכמה בנוגע לפרטים

86 שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

87 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

88 עניין חברה קדישא, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק דינו של השופט גרוניס.

89 עניין רוזנברג, לעיל ה"ש 2, פס' 12 לפסק דינו של השופט פוגלמן (ההדגשה הוספה – א"י).

90 ראו את התייחסותו של השופט גרוניס לסוגיית מועדי התשלום כאל פרט מהותי לפי עמדת הפסיקה בעניין חברה קדישא, לעיל ה"ש 1, פס' 13 לפסק דינו, וכן את התייחסותו לסוגיית פינוי הדייר שהייתה לשיטתו סוגיה מהותית בראייתם של הצדדים בפס' 17–19 לפסק דינו.

שהצדדים ראו בהם מהותיים לעסקה – דרישת המסוימות מתקיימת [...]”⁹¹. הפרטים המהותיים אליבא דפוגלמן הם אפוא אך ורק הפרטים שהצדדים לעסקה ראו בהם מהותיים, ולכן “התשובה לשאלה איזה מתנאי העסקה ייחשב מהותי משתנה בהתאם לאופי העסקה ולנסיבותיה”⁹². באופן ספציפי קובע השופט פוגלמן כי אין מקום לקבוע קביעה קטגורית וגורפת כי סוגיית מועדי התשלום – שעליה נסבה עיקר המחלוקת בעניין רוזנברג – לעולם תהיה מהותית, ושאי-הסכמה עליה מלמדת מניה וביה על היעדר מסוימות.⁹³ עמדה זו עומדת בסתירה לעמדתו של השופט גרוניס בעניין חברה קדישא שלפיה “תנאי התשלום נמנים על אותם פרטים מהותיים הדרושים לצורך קיומה של מסוימות”⁹⁴. לפיכך השופט פוגלמן אמנם גורס שעל גמירת הדעת והמסוימות להתקיים בזמנית במועד הנטען לכריתת חוזה, אך פרשנותו ליסוד המסוימות הופכת דרישה זו לקלה יותר, שכן הדרישה כפי שהוא מציג אותה נעדרת תוכן אובייקטיבי אפירורית, והיא מעוצבת לפי רצון הצדדים בנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה כפי שהוא משתקף בעיני בית המשפט.

יש להעיר שנראה כי פרשנותו של השופט פוגלמן לדרישת המסוימות מנביעה כי בכל מקום שבו תתקיים גמירת דעת להתקשר בחוזה, ממילא תתקיים גם דרישת המסוימות, מאחר שהפרטים המהותיים לשיטתו של השופט פוגלמן הם כאמור אך ורק הפרטים שהצדדים רואים בהם מהותיים, היינו הפרטים שהסכמה בעניינם מתנה את גמירת דעתם להתקשר בחוזה.⁹⁵ לפיכך יהיה אפשר לקבוע כי מתקיימת גמירת דעת רק במקום שבו הצדדים הסכימו על אותם פרטים מהותיים שהתנו את גמירת דעתם, ומכאן שדרישת המסוימות תתקיים ממילא. במובן זה ניתן לומר שדרישת גמירת הדעת “בולעת” את דרישת המסוימות כפי שזו מוצגת על ידי השופט פוגלמן, מאחר שלא ייתכן מצב שבו תתקיים הראשונה מבלי שתתקיים האחרונה גם היא.⁹⁶ פרשנות זו לדרישת המסוימות גורעת במידה רבה מהיותה של דרישת המסוימות עצמאית ונפרדת מדרישת גמירת הדעת, ובמובן זה פסיקתו של השופט פוגלמן עולה בקנה אחד עם גישת הפסיקה עובר לפסק הדין בעניין חברה קדישא שנתנה את הבכורה לדרישה זו. בנוסף, אפשר ועמדתו אף מגמישה עוד יותר את עמדת הפסיקה עובר לפסק הדין בעניין חברה קדישא בנוגע לדרישת המסוימות, שכן בעוד שהאחרונה דרשה מהצדדים להסכים במישרין על

91 עניין רוזנברג, לעיל ה"ש 2, פס' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן (ההדגשה הוספה – א").

92 שם.

93 שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

94 עניין חברה קדישא, לעיל ה"ש 1, פס' 13 לפסק דינו של השופט גרוניס.

95 עניין רוזנברג, לעיל ה"ש 2, פס' 18, 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

96 יוער כי היגיון זה אינו פועל בכיוון השני. כלומר, ייתכן שדרישת המסוימות תתקיים, אך עדיין לא תתקיים גמירת דעת לכרות חוזה מחייב. למשל, ייתכן שהצדדים הסכימו ביניהם על כל הפרטים המהותיים בעיניהם, אך גמירת דעתם להתקשר בחוזה מותנית בסוגיות חיצוניות להסכמתיהם החוזיות.

חלק מרשימת הפרטים שהפסיקה קבעה כי הם מהותיים, כעת אף דרישה זו אינה ניצבת בפניהם. אמנם בפסק הדין בעניין בית הפסנתר כבר הובעה העמדה כי דרישת המסוימות איבדה מחשיבותה, אך בית המשפט לא חזר בשנית על דברים אלו, לכל הפחות מבחינת הרטוריקה השיפוטית.

כמו כן נראה שפרשנותו של השופט פוגלמן לדרישת המועד המובחן להתקיימות גמירת הדעת והמסוימות גמישה מזו של השופט גרוניס. ראשית, השופט קובע שניהול משא ומתן לאחר המועד הנטען לכריתת חוזה אינו מלמד בהכרח על היעדר גמירת דעת לכרות חוזה במועד הנטען לכריתה, ומכאן שאינו שולל בהכרח את תוקף הסכמותיהם הראשוניות של הצדדים.⁹⁷ שנית, הוא מבהיר שחתימה על זיכרון דברים מצריכה ככלל לנהל משא ומתן על סוגיות שלא הוסדרו במסגרתו, כך שהצדדים יכולים להסכים לאחר עריכת זיכרון הדברים על סוגיות חדשות – ואף לשנות את ההסכמות שגובשו בגדריו – וזאת ללא צורך להסכים מחדש על יתר הסוגיות שהוסכמו קודם לכן או לאשרן:

התקשרות בזיכרון דברים המהווה חוזה מחייב העומד לעצמו – אך כולל "נוסחת קשר" שלפיה ייחתם הסכם סופי – מצריכה לנהל משא ומתן לאחר החתימה בניסיון לגבש הסכמות לגבי נושאים שנותרו פתוחים. אף ייתכן כי מי מהצדדים יבקש לנהל משא ומתן בניסיון לשנות את תנאי ההסכם – בבחינת הצעה חדשה – וככל שיתקיים מפגש רצונות בעניין כזה או אחר, ייכרת הסכם חדש שיחליף את קודמו.⁹⁸

עמדה זו עומדת בניגוד לעמדתו של השופט גרוניס בפסק הדין בעניין חברה קדישא, שם חרף הגעת הצדדים להסכמה בנוגע למועדי התשלום לאחר המועד הנטען לכריתת חוזה מיאן השופט גרוניס ליתן תוקף להסכמה זו, מאחר שהיא לא נתקיימה במועד הנטען לכריתת חוזה.

פסק הדין בעניין רוזנברג הוא פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון שנדרש באופן מעמיק לשאלת המסוימות לאחר פסק הדין בעניין חברה קדישא, וכאמור לעיל נראה כי הוא מהווה משקל נגד לעמדה העולה מפסק דין זה. בסמוך לאחר פסק הדין בעניין רוזנברג ניתנו שני פסקי דין נוספים של בית המשפט העליון בסוגיית המסוימות, שנדמה כי צועדים בדרך שאימץ השופט פוגלמן באותו פסק דין.

בפסק הדין בעניין פרידמן⁹⁹ קבעה השופטת ברק-ארוז כי לפי קביעותיו של בית המשפט בעניין רוזנברג אין מקום לקבוע כי מועדי התשלום הם בהכרח פרט מהותי שהיעדר הסכמה עליו מלמדת על העדר מסוימות,¹⁰⁰ וכן כי חליפת טיוטות לאחר

97 שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

98 שם.

99 ע"א 692/12 פרידמן נ' שפירא (פורסם בנבו, 7.8.2013).

100 שם, פס' 34 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

החתימה על ההסכם אינה מלמדת בהכרח על היעדר גמירת דעת במועד הנטען לכריתת חוזה.¹⁰¹ כמו כן, נראה שהשופטת מאמצת את פרשנותו הגמישה של השופט פוגלמן לדרישת המועד המובחן להתקיימות דרישת גמירת הדעת והמסוימות שלפיה הסכמותיהם הראשוניות של הצדדים אינן נשללות עקב הסכמות מאוחרות יותר, כך שהלכה למעשה הם יכולים לפרסן לאורך זמן.¹⁰² בנוסף, השופטת נסמכת על פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין בית הפסנתר, שם הובעה העמדה כי דרישת המסוימות איבדה מחשיבותה, בקבעה כי ככל שיסוד גמירת הדעת חזק יותר, כן יש להקל בעניין דרישת המסוימות. בפסק הדין בעניין דניאל,¹⁰³ שניתן גם הוא על ידי השופטת ברק-ארוז לאחר פסק הדין בעניין רוזנברג, הובעו עמדות דומות.

לפיכך, לפחות לעת הזו, נראה שעמדתו של השופט גרוניס בפסק הדין בעניין חברה קדישא אינה זוכה לתמיכה בקרב שופטי בית המשפט העליון. פסקי הדין בעניין רוזנברג, פרידמן ודניאל בולמים לעתה את שינוי הכיוון שהסתמן באותו פסק דין. עם זאת נוכח תחיתו של השיח הפסיקטי בשאלת המסוימות לאחר שחיקה עקיבה ומתמשכת של דרישה זו, ונוכח העמדות השונות בפסקי הדין מהעת האחרונה, נראה שטרם נאמרה המילה האחרונה בעניינה. על רקע הדיון הער בסוגיה זוהי הזדמנות טובה לבחון את השיקולים הרלוונטיים לעיצוב הדין בעניינה.

ד. בין קדישא לרוזנברג – עיצובה של דרישת המסוימות

כפי שתואר בפרק ב של רשימה זו, פסק דינו של השופט גרוניס בעניין חברה קדישא קורא לצמצום השימוש בהוראות ההשלמה שבחוק שנוקטות לשון סטנדרט ולנקיטת גישה מחמירה יותר כלפי דרישת המסוימות. עוד הוא קובע כי הצדדים צריכים לגבש את הסכמותיהם לגבי יסודותיה המהותיים של העסקה במועד אחד מובחן בזמן. בעמדה זו יש כאמור כדי להקשיח את הדרישות לכניסה לתחום החבות החוזית, ואם היא תקנה שביתה בפסיקה, הרי שהיא עתידה לצמצם את ההכרה בתוקפם המחייב של הסכמים מסוג "זיכרון דברים" אף על פי שזו אינה מטרתה המוצהרת.

מנגד, פסק דינו של השופט פוגלמן בעניין רוזנברג צועד ברוח הפסיקה שקדמה לפסק הדין בעניין חברה קדישא ומבהיר כי בית המשפט לא יימנע מלעשות שימוש בהוראות השלמה חקוקות כל עוד הצדדים לא הסכימו להסכים בעתיד על פרט שבעיניהם הוא מהותי להתקשרותם החוזית. כמו כן, הפרשנות שניתנת לדרישת המסוימות באותו פסק דין מעקרת את הממד האובייקטיבי של הדרישה, שכן זו נעדרת

101 שם, פס' 35 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

102 שם, פס' 34 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

103 עניין דניאל, לעיל ה"ש 49.

תוכן כזה אפריוורית. בנוסף, היא גורעת במידה רבה מהיות הדרישה עצמאית ונפרדת מדרישת גמירת הדעת, שכן הראשונה "נבלעת" על ידי האחרונה.

1. השלמה נורמטיבית

(א) ודאות משפטית

מפסק הדין בעניין חברה קדישא עולה כי הטעמים העיקריים לנקיטת עמדה שמרנית יותר כלפי דרישת המסוימות והשימוש בהוראות ההשלמה שבחוק נוגעים לרצון למנוע מחלוקות פרשניות אצל הצדדים בדבר תנאיו של החוזה, וליצור אצלם ודאות בנוגע לשתי סוגיות מרכזיות: אם נכרת ביניהם חוזה מחייב, ומהם תנאיו של אותו חוזה.¹⁰⁴ אכן, על פני הדברים דומה שניתן להצדיק נקיטת גישה מחמירה כלפי דרישת המסוימות והשימוש שיש לעשות בהוראות ההשלמה שבחוק בשיקולים של ודאות משפטית. באשר לרצון ליצור ודאות אצל הצדדים בנוגע לתנאיו של החוזה, הרי שבעצם ההשלמה השיפוטית יש כדי לפגוע בוודאות המשפטית באשר לתנאי החוזה. הדבר נכון ביתר שאת כשמדובר על שימוש בסעיפי השלמה המשתמשים במושגי סתום, שכן אלו מעוצבים הלכה למעשה על ידי בית המשפט שיוצק לתוכם תוכן לפי שיקול דעתו. בכל הנוגע לרצון ליצור אצל הצדדים ודאות באשר לשאלת קיומו של החוזה, הרי שבגישה שתצמצם את השימוש בהוראות ההשלמה ותדרוש מהצדדים להגיע להסכמה אקטואלית נרחבת לגבי יסודות העסקה, יש לכאורה כדי לגרום לצדדים לגבש הסכמות מפורשות ומפורטות יותר שתגברנה את הוודאות בנוגע לקיומו של החוזה ביניהם. זאת, מאחר שהם ידעו שרק כך יינתן תוקף מחייב להסכמותיהם.

אולם בכל הנוגע לרצון ליצור ודאות בנוגע לשאלת קיום החוזה, סבורני שהסתייגות משימוש בהסדרים חקיקתיים המשתמשים במושגי סתום ו"אזהרה" מנקיטת גישה מקלה מדי באשר לדרישת המסוימות אינה מגובה בפתרון משפטי חלופי שיש בו כדי להגביר את הוודאות המשפטית בסוגיה. כך, אף על פי שאינטואיטיבית נדמה שבנקיטת עמדה שמרנית בנוגע לדרישת המסוימות והיקף השימוש בהוראות השלמה חקוקות, כפי שזו באה לידי ביטוי בפסק הדין, יש כדי להגביר את הוודאות בכל הנוגע לשאלת עצם קיומו של החוזה, נראה כין אין זה נכון בהכרח, וכי לכל הפחות ניתן להציע כנגדה טיעון נגד בעל משקל.

כאמור, העמדה שהובעה בעניין חברה קדישא מייצגת את הגישה הגורסת כי יש להקשיח את דרישת המסוימות תוך צמצום השימוש בהוראות ההשלמה שבחוק (להלן: הגישה השמרנית). לעומת זאת העמדה האחרת שהובעה בעניין רוזנברג מייצגת את הגישה הגורסת כי יש להקל עם הדרישה ולהתמקד בצורך להשלימה ככל שהיא חסרה (להלן: הגישה הליברלית). במילים אחרות, הגישה השמרנית דורשת שהסמכתם

104 עניין חברה קדישא, לעיל ה"ש 1, פס' 15-17 לפסק דינו של השופט גרוניס.

האקטואלית של הצדדים תהיה נרחבת על מנת שבית המשפט יהיה מוכן לבצע השלמה שיפוטית בעוד שהגישה הליברלית מסתפקת בהסכמה מצומצמת יותר על מנת לבצע השלמה שכזו. אולם אף אחת מהגישות אינה מגדירה מהו היקף ההסכמה האקטואלית שאליה הצדדים נדרשים להגיע על מנת שבית המשפט יהיה מוכן לבצע השלמה שיפוטית ולמלא את החסר במסוימות. במצב שכזה, מדובר אך בסטנדרט עמום של "הרבה" או "מעט", ורמת הוודאות (או חוסר הוודאות) נותרת זהה.

בעולם שבו נוהגת גישה שמרנית שמצדדת בדרישת מסוימות קפדנית ובשימוש מצומצם בהוראות ההשלמה שבחוק, הצדדים יודעים *ex ante* כי בהיעדר "הסכמה נרחבת" בנייהם בנוגע לתנאי ההעסקה ייטה בית המשפט שלא להשלים את המסוימות ולהכיר בתוקפו המחייב של החוזה. באותו אופן, בעולם שבו נוהגת גישה ליברלית שמצדדת בדרישת מסוימות מקלה ובהשלמה נרחבת של פרטי מסוימות הצדדים יודעים *ex ante* שדי ב"הסכמה מצומצמת" שלהם כדי שבית המשפט ייטה להשלים את החסר במסוימות ולהכיר בתוקפו המחייב של החוזה. אולם הצדדים אינם יודעים מהי אותה הסכמה נרחבת בעולם השמרני או מהי אותה הסכמה מצומצמת בעולם הליברלי שמצדיקה, לשיטתו של בית המשפט, ביצוע של השלמה שיפוטית או למצער שקילה של השלמה שכזו. משכך, קיימת אותה עמימות לגבי הנורמה החלה בסוגיה, ורמת הוודאות לגבי השאלה "האם נכרת חוזה?" *ex ante* נותרת זהה.

ניתן להמחיש זאת באמצעות דוגמה מספרית: לטובת העניין נניח כי דרישת המסוימות מונה עשרה פרטים שצריכים להיות מוסדרים בין הצדדים, אם בהסכמה אקטואלית ואם בהשלמה שיפוטית. כמו כן, נניח שהגישה הליברלית תהא מוכנה לשקול להשלים פרטים חסרים החל מהסכמה אקטואלית על שלושה פרטים, ואילו הגישה השמרנית תהא מוכנה לעשות כן החל מהסכמה אקטואלית בנוגע לשישה פרטים. ניתן לומר שכל עוד היקף ההסכמה האקטואלית של הצדדים נע סביב שלושה פרטים, הגישה השמרנית ודאית מהגישה הליברלית בדבר היעדר קיומו של החוזה, שכן במצב שכזה די ברור שהיא לא תהא מוכנה לבצע השלמה של פרטי מסוימות חסרים, בעוד ששונה הדבר לפי הגישה הליברלית. באותו אופן, כאשר היקף ההסכמה האקטואלית של הצדדים נע סביב שישה פרטים, הרי שהגישה הליברלית ודאית מהגישה השמרנית בדבר קיומו של החוזה, שכן די ברור שבמצב שכזה היא תהיה מוכנה להשלים את החוזה ככל שהוא חסר, בעוד ששונה הדבר לפי הגישה השמרנית. יוצא אפוא שרמת חוסר הוודאות בשאלת עצם קיומו של החוזה *ex ante* נותרת זהה לפי שתי הגישות, אלא שהיא מצויה בנקודות שונות על סקאלת ההסכמה.¹⁰⁵

105 יש לציין כי מאחר שאף אחת מהגישות בסוגיה זו אינה מציבה רף כאמור, העמימות סביב שאלת הכריתה גדולה עוד יותר. כמו כן, כמובן שיש חשיבות רבה לתוכן הסכמותיהם של הצדדים מבחינת זהות הפרטים עליהם הם הסכימו. כך למשל, נהיר לכל כי לא ניתן להשוות בין הסכמה על שיעור התמורה הכספית להסכמה על מועד ביצוע החיובים, למרות שמבחינה כמותית היקף ההסכמה זהה

אכן, בעולם שבו נוהגת גישה שמרנית יוכרו פחות חוזים מאלו שיוכרו בעולם שבו נוהגת גישה ליברלית, שכן יהיו פחות מקרים שבהם יסכים בית המשפט לבצע השלמה שיפוטית. אולם אין בכך כדי לשנות מן העובדה כי רמת הוודאות באשר לשאלת קיומו של החוזה *ex ante* נותרת זהה לפי שתי הגישות. כאמור, עמימות הנורמה החלה בסוגיה נותרת זהה, ורק נקודת האיזון בין השיקולים הרלוונטיים בעניין זה הוסטה. על מנת להגביר את הוודאות לגבי שאלת עצם קיומו של החוזה, נדמה כי יהיה נדרש "לדחוף" את הנורמה החלה בסוגיה זו לכיוון הקוטב של כללים על פני הסקאלה שבין סטנדרטים לכללים.¹⁰⁶

יוער כי גם גישתו של השופט פוגלמן בעניין רוזנברג חוטאת במידת מה לתכלית זו. כאמור, השופט פוגלמן קובע כי דרישת המסוימות מתמלאת כשהצדדים הגיעו לכלל הסכמה בנוגע לפרטים שבעיניהם הם מהותיים, ושכית המשפט יהיה מוכן להשלים את שחסר להם כדי להוציא את החיובים לפועל. אולם מבחינת הוודאות המשפטית של הצדדים *ex ante* באשר לשאלת עצם קיומו של החוזה, הרי שהם אינם יודעים מהו היקף ותוכן ההסכמה שאליה הם נדרשים להגיע כדי לגבש חוזה מסוים דיו, שכן התקיימות הדרישה לפי גישה זו תלויה אך בפרשנותו של בית המשפט בנוגע למהותיותם של הפרטים בעיני הצדדים לחוזה.

משכך, בהינתן הסדר שמוותר שיקול דעת שיפוטי בשאלת תוכנה של דרישת המסוימות והיקף ההשלמה השיפוטית, נדמה שקשה להצדיק נקיטה בעמדה כזו או אחרת בשיקולים של ודאות משפטית באשר לשאלת עצם קיומו של החוזה. זאת, בין שהנטייה היא להקשיח את דרישת המסוימות ולהשתמש "שימוש מצומצם" בהוראות ההשלמה שבחוק, ובין שהנטייה היא להקל בדרישת המסוימות ולהשתמש "שימוש נרחב" בהוראות ההשלמה שבחוק.¹⁰⁷ לכן, נראה שבהינתן הסדר שמוותר לבית המשפט

(הסכמה על פרט אחד). אולם לצורך עריכת השוואה בין שתי העמדות, יש להניח כי תוכן ההסכמה חופף בדוגמה שלעיל. רק כך ניתן לבחון האם עמדה אחת ודאית יותר מרעותה.

106 יוער שגם קביעה של מערכת כללים ברורה בסוגיה זו לא תביא בהכרח להגברת הוודאות המשפטית, ככל שמערכת כללים זו מפורטת ומורכבת יותר. בעניין זה ראו: איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 45, בעמ' 38–50.

107 על רקע זה מתעוררת השאלה אם ראוי לקבוע כלל כלשהו באשר להיקף ההסכמה האקטואלית שהחל ממנו בית המשפט יהיה מוכן להשלים את דרישת המסוימות ולהכיר בתוקפו המחייב של החוזה. סוגיה זו מעוררת כמה שאלות שדיון בהן חורג ממסגרתה של רשימה זו. ראשית, בקביעת הכלל יידרש לתת את הדעת גם על חשיבותם היחסית של פרטי ההסכמה, ולא יהיה די בהתייחסות להיקף ההסכמה מבחינה כמותית. משכך, נראה שיהיה קשה להצדיק קביעה נחרצת בעניין זה, מאחר שחשיבותן של הסכמות בנושאים מסוימים משתנה בין חוזים של אנשים שונים. שנית, קביעת מסמרות בעניין זה עשויה להיות בעייתית מבחינת אינטרסים וערכים שונים ששיטתנו המשפטית מבקשת להגן עליהם, שכן קביעה של כלל ברור כרוכה בויתור על איזון קונקרטי בכל מקרה שעשוי להביא לתוצאות צודקות יותר. שלישית, אם הכלל לא יהיה חד-משמעי אלא יכלול סייגים שונים כדי למנוע פגיעה מוחלטת באינטרסים כאלו ואחרים, הוא לאו דווקא יביא להגברת הוודאות המשפטית,

שיקול דעת נרחב בנוגע לדרישת המסוימות וההשלמה השיפוטית, נקיטה בעמדה שמרנית או ליברלית בעניין זה צריכה להיגזר מאיזון בין שיקולים "חיצוניים" לשאלת הוודאות המשפטית לעניין עצם קיומו של החוזה, כאלו שנוגעים לרכיבים פנימיים של עקרון חופש החוזים ושיקולים של הסתמכות, צדק והוגנות.

(ב) חופש החוזים ושיקולי צדק

העובדה שדרישת המסוימות במתכונתה הנוכחית היא כל כולה שיקול דעת שיפוטי קשורה הדוקות לאחד העקרונות החשובים בדיני החוזים – אם לא החשוב שבהם – הלוא הוא עקרון חופש החוזים. בית המשפט העליון תיאר את העיקרון האמור כאחד מעקרונות היסוד בשיטתנו המשפטית וכבעל מעמד של זכות יסוד חוקתית הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁰⁸ עיקרון זה טומן בחובו שני רכיבים פנימיים: חופש ההתקשרות וחופש העיצוב. חופש ההתקשרות הוא החופש של הצדדים לבחור אם ברצונם להתקשר בחוזה ועם מי ברצונם לעשות כן, וחופש העיצוב הוא החופש שעומד לצדדים לקבוע את תוכנו של החוזה כראות עיניהם.¹⁰⁹

אמנם מדובר בשני רכיבים פנימיים של חופש החוזים, אולם רכיבים אלו עומדים זה לנגד זה עת דנים בסוגיית המסוימות והשלמתה. חופש ההתקשרות תומך לכאורה בהשלמה של חסרים במסוימות, שכן במקרים רבים עשויה דרישת המסוימות לסכל את רצון הצדדים וכוונתם כשקיימת גמירת דעת ליצור קשר חוזי מחייב. כך, למשל, אם צדדים מסכימים לכרות חוזה מחייב תוך הבעת גמירת דעתם לכך, ומתברר בדיעבד כי חסרה בו הסכמה על פרט כזה או אחר שיש בו כדי לפגום בדרישת המסוימות, אי-השלמת החסר על ידי הוראות ההשלמה שבחוק תסכל את רצון הצדדים בעת כריתת החוזה. תכליתן של הוראות ההשלמה שבחוק היא לסייע בהגשמת חופש ההתקשרות של הצדדים כפי שזה היה במועד הנטען לכריתת חוזה, והן לא נועדו לכפות על הצדדים תכנים שלא רצו בהם. זאת, שכן הדיון בשאלת המסוימות והשלמתה מתחיל רק משעה שהוכחה גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה, דהיינו רק לאחר שהוכח שהצדדים

שכן ככל שמערכת הכללים מפורטת ומורכבת יותר, כך טבוע בהפעלתה שיקול דעת שיפוטי רב יותר. בעניין זה ראו שם.

108 רע"א 5248/90 אנטין נ' פרנקל, פ"ד מה(5) 144, 139 (1991); ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 477–478 (1989); ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח (2) 66, 72 (1994). לעמדה שלפיה עקרון חופש החוזים אינו נכלל בכבוד האדם ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 328, 257 (1997).

109 גבריאלה שלו דיני חוזים – חלק כללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 45–46 (2005) (להלן: שלו החלק הכללי); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 268. עם זאת יש לעמוד על כך שקשה להפריד בין רכיבים אלו, שכן השאלה אם להתקשר עם פלוני בחוזה מחייב תלויה בדרך כלל בתנאי ההתקשרות, היינו בתוכן ההסכמות שבין הצדדים.

ראו את עצמם קשורים בחוזה. כמו כן הוראות ההשלמה שבחוק נועדו למנוע התנערות חסרת תום לב של אחד הצדדים למשא ומתן בטענה של היעדר מסוימות.¹¹⁰ לעומת זאת אין לכחד כי חופש העיצוב המאפשר לצדדים לעצב את תוכנו של החוזה כהבנתם עומד בסתירה לקביעת תוכני החוזה על ידי בית המשפט, ומצווה עליהם להפעיל את האוטונומיה האישית שלהם בעיצוב תוכנו של החוזה. אכן, יש מקרים שבהם צדדים לחוזה חשבו כיצד להסדיר סוגיה מסוימת והחליטו לעשות כן באמצעות ההסדרים שמנויים בהוראות ההשלמה שבחוק, או מקרים שבהם הצדדים לא חשבו כלל על סוגיה מסוימת, שכן אין בהיעדר הסדרתה כדי לפגום בגיבוש גמירת דעתם להתקשר בחוזה. במקרים הללו הפגיעה בחופש העיצוב מצומצמת למדי, לפחות מן הבחינה המהותית, שכן מדובר בסיטואציות שבהן הצדדים קיבלו עליהם מלכתחילה את הוראות ההשלמה שבדין, ולחלופין במצבים שבהם מתבצעת השלמה של סוגיות שהסדר בעניינן אינו בעל חשיבות רבה בעיניהם. הלגיטימיות של ההשלמה השיפוטית במקרים אלה מתחזקת משום שמדובר במקורות ידועים וגלויים הכתובים בחוק, ומשום שההסדרים שבחוק משקפים לרוב את התפיסה הרווחת בחברה בנוגע לשאלה מהם הסדרים חוזיים סבירים, צודקים ויעילים.¹¹¹ אולם במקרים רבים שבהם מתבצעת השלמה שיפוטית של פרטי מסוימות חסרים מדובר במצבים שבהם הצדדים לא נתנו כלל את דעתם על ההסדרים החקיקתיים, ואף ספק אם היו מודעים להם.¹¹² במצבים שכאלה פוחת לגיטימיות ההשלמה השיפוטית מבחינת הרצון לשמור על חופש העיצוב של הצדדים.¹¹³ נראה שעיקרון זה תומך אפוא בעיצוב בלעדי של תוכן החוזה על ידי הצדדים לו ומתנגד להשלמה שיפוטית של פרטים על ידי בית המשפט. זאת, במיוחד בכל הנוגע להשלמה שיפוטית תוך שימוש בהוראות חוק הכוללות מושגי שסתום שבית המשפט יוצק לתוכם תוכן לפי שיקול דעתו.

בהתנגשות זו ניצב הדין בפני דילמה. אם יקשיח את תוכנה של דרישת המסוימות ויצמצם את השימוש בהוראות ההשלמה שבחוק, ייפגע חופש ההתקשרות של הצדדים, שכן ייקבע פעמים רבות כי החוזה בטל מחמת היעדר מסוימות. כמו כן עמדה מעין זו פותחת פתח בפני הצדדים להתקשרות החוזית לחמוק מקיום ההסכם משיקולי כדאיות בתואנה של חוסר במסוימות, שעה שסוגיה זו לא פגמה כלל ברצונם להתקשר בחוזה

110 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 268; דברי הסבר להצעת חוק החוזים (חלק כללי), התש"ל-1970, ה"ח 129, 137.

111 איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 61 (1996) (להלן: זמיר פירוש והשלמה); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 279.

112 שם, בעמ' 280.

113 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 258. על שחיקה של עקרון חופש החוזים ראו: גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז 465 (1987); שלו "מיהם שליטי החוזה", לעיל ה"ש 73, בעמ' MICHAEL J. TREBILCOK, THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT (1993); P.S.; 664-660 .ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979).

במועד כריתתו. בהקשר זה ניתן ללמוד מהניסיון השיפוטי שנצבר בהקשר של דרישת הכתב המהותית שבסעיף 8 לחוק המקרקעין, אשר נוצלה במקרים רבים על ידי צדדים לחוזה כדי לחמוק מהתחייבויות לא כדאיות שקיבלו עליהם מתוך גמירת דעת. בכך יש כדי לפגוע בשיקולים של צדק, הוגנות ותום לב. לעומת זאת אם ייקבע כי יש להשלים את החוסר במסוימות, ייפגע חופש העיצוב של הצדדים שלפיו החוזה הוא פרי יצירתם הבלעדית, ולכן לפחות אחד מהם עשוי למצוא את עצמו קשור בחוזה שתוכנו שונה מזה שבו הוא חפץ. העמדה הראשונה חוטאת לחופש ההתקשרות של הצדדים ולתכליתן של הוראות ההשלמה שבחוק, ופוגעת בשיקולים של תום לב צדק והוגנות, והעמדה השנייה פוגעת בחופש העיצוב של הצדדים – שכן היא עלולה לגרום לבית המשפט להכתיב להם בדיעבד תכנים שאינם רוצים בהם – ובוודאות המשפטית שלהם באשר לתוכן החוזה. לאורך העשורים האחרונים הבנה בית המשפט הישראלי את שיקול הדעת השיפוטי באופן שנותן את הבכורה לחופש ההתקשרות של הצדדים ולשיקולי צדק והוגנות התומכים בהשלמת החסר בחוזה ואכיפתו באופן שימנע מהצדדים לו להתנער מהתחייבויות שקיבלו עליהם מתוך גמירת דעת. זאת, לפי השקפות מודרניות הגורסות כי דיני החוזים נועדו גם לקדם רעיונות של צדק, הגינות ותום לב, ולא רק שיקולים של חופש ואינדיווידואליזם.¹¹⁴ זו גם העמדה העולה מפקס דינו של השופט פוגלמן בעניין רוזנברג. לעומת זאת נראה שפסיקתו של הנשיא גרוניס בעניין חברה קדישא מנסה להבנות את שיקול הדעת השיפוטי באופן שרואה בהשלמת החוזה פגיעה בחופש העיצוב של הצדדים בשל כפיית תכנים שלא עוצבו על ידיהם במלואם, גם במחיר מסוים של פגיעה בחופש ההתקשרות שלהם ובשיקולי צדק והוגנות.

2. מועד התגבשותה של דרישת המסוימות

קביעתו של השופט גרוניס כי הצדדים צריכים להסכים על יסודותיה המהותיים של העסקה במועד אחד מובחן בזמן אינה מפרטת את הנימוקים שמאחוריה, זולת דרישת החוק כפי שזו פורשה על ידי התורה הקלסית של דיני החוזים. אולם דומה כי גישה הדורשת מהצדדים להסכים על כלל יסודותיה המהותיים של העסקה במועד אחד מובחן בזמן, הוא המועד הנטען לכריתת החוזה, עשויה להיות מוצדקת משיקולים של ודאות משפטית. זאת, משום שהיא נועדה בראש ובראשונה ליצור ודאות אצל הצדדים באשר לשאלה אם נכרת ביניהם חוזה מחייב. ודאות באשר לשאלה זו תושג אם יהיה ברור לצדדים כי בכל מקרה שבו טרם סיכמו במועד אחד את כלל הפרטים המהותיים בחוזה, ובכוונתם לשאת ולתת על חלק מהם בעתיד, לא נכרת ביניהם חוזה מחייב. יתרונה של דרישה זו הוא ביכולתה למנוע את המצב השכיח של הסכמים מקדמיים מסוג "זיכרון דברים", שבו כל אחד מהצדדים יכול לראות בזיכרון הדברים את שעניו רוצות לראות,

114 בעניין זה ראו שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 109, בעמ' 17 והאסמכתאות המובאות שם.

שכן היא מונעת מהם להסתמך על הסכמים מקדמיים שהם בעצמם ראו בהם טעוני השלמה באמצעות משא ומתן נוסף.

עם זאת יש לשים לב שנפקותה המעשית של הגישה הזו היא שכל עוד הצדדים לא הסכימו במועד עריכת זיכרון הדברים על כלל הפרטים הנחזים כמהותיים להתקשרותם החוזית, אף אם הסכימו עליהם לאחר מכן, רשאי כל אחד מהם לסגת מן ההסכם, ונסיגה זו תהיה לגיטימית במובן זה שלא תהא סנקצייה בצדה. דרישה זו פותחת אפוא פתח בפני מי מהצדדים לחזור בו מן העסקה מטעמים שאינם נוגעים במישרין לסוגיה הבלתי מוסדרת, ובכך לחמוק מקיום התחייבויות שקיבל עליו מתוך גמירת דעת. זאת משום שגם אם כעבור זמן מה הוסכמו בין הצדדים כלל הפרטים המהותיים, הסכמה זו לא תרפא את החסר במסוימות של ההסכם הראשוני (זולת אם התגבשה הסכמה מחודשת המכילה גם את הסכמותיהם הראשונות של הצדדים). כך, בעניין חברה קדישא הייתה המערערת רשאית לסגת מן ההסכם בתואנה של חוסר מסוימות אף על פי שמועדי התשלום הוסכמו על הצדדים כשבועיים לאחר עריכת זיכרון הדברים. כמו כן, עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרון חופש החוזים שתומך במתן אפשרות לצדדים לפרוס את הסכמותיהם לאורך זמן.¹¹⁵

זאת ועוד, ספק עד כמה דרישה פורמליסטית שכזו מתיישבת עם הפרקטיקות המסחריות הנהוגות בפועל, שבמסגרתן רבים האנשים שרוצים לתת תוקף מחייב להתחייבויותיהם כבר בשלבים הראשוניים של יחסיהם העסקיים, אף אם טרם הגיעו להסכמה בנוגע לכלל הפרטים המהותיים. הדוגמה המובהקת לכך, שהעסיקה רבות את הפסיקה, היא עריכתם של הסכמים מסוג זיכרון דברים המתאפיינים ב"הסכמה מתגלגלת". נראה כי הדרישה האמורה יוצרת חשש רב לפגיעה ב"האדם הפשוט" שאינו מיוצג על ידי עורך הדין הבקיא ברזי הדין. כמו כן, שאלה גדולה היא אם גישה זו יכולה לעמוד על מכונה לאורך זמן. הניסיון מלמד שהצבת דרישות פורמליסטיות שבמקרים ספציפיים מובילות לתוצאות לא צודקות, גורמת לבית המשפט הישראלי להשקיע מאמצים כדי להגיע לתוצאות הצודקות, וכך אט אט הוא מכרסם בדרישות הפורמליות שהוא מציב לעצמו.¹¹⁶ עצם ההנחה שכללים משפטיים בנושאים שכאלה מסוגלים לעצב את ההתנהגות האנושית אינה נתמכת בניסיון השיפוטי שנצבר למשל בהקשר של דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין, שלא מולאה כדבעי על ידי הצדדים במשך שנים רבות, דבר שהביא את בית המשפט לרככה עד מאוד.¹¹⁷

115 מנגד, ניתן לגרוס כי אין להגן על התנערות מעין זו על ידי הכרה בכך שנכרת חוזה בין הצדדים, אלא באמצעות סעדים הניתנים עקב הפרתו של עקרון תום הלב במשא ומתן.

116 כך למשל פירשה הפסיקה את דרישת הכתב שמציב ס' 8 לחוק המקרקעין כדרישה מהותית. פרשנות זו לא התחייבה מהוראת החוק עצמה. בעניין זה ראו כהן "צורת החוזה", לעיל ה"ש 14, בעמ' 402–404.

117 רנר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 39–40; משה גלברד "דרישת הכתב בחוזים להעברת מכר במקרקעין על פי הצעת הקודקס האזרחי: בחינה ביקורתית" קרית המשפט ו 231, 243–249 (2005).

בכל הנוגע לדרישת איתורו של מועד מובחן שהתקיימו בו דרישת גמירת הדעת והמסוימות, הרי שכאמור פרשנותו של בית המשפט בעניין רוזנברג לדרישת המסוימות הופכת דרישה זו לקלה הרבה יותר. דרישת גמירת הדעת לפי פרשנות זו אינה יכולה להתקיים בהיעדרה של מסוימות, מאחר שהצדדים נדרשים להסכים על הפרטים שבעיניהם הם מהותיים להתקשרות ביניהם, היינו על הפרטים שהתנו את גמירת דעתם לכרות חוזה. כמו כן, הפרשנות שעולה מפסק הדין בעניין רוזנברג אשר לקיומו של מועד מובחן היא דווקנית פחות מזו שניתנה לה בפסק הדין בעניין חברה קדישא, שכן הסכמות מאוחרות של הצדדים – הן על פרטים שהוסכמו על ידיהם בזיכרון הדברים והן על פרטים שלא הוסכמו במסגרתו – אינן שוללות את תוקפן של הסכמותיהם הראשוניות, אלא מתוספות להן. כך, רואים במועד ההסכמות החדשות את מועד החדש לכריתת חוזה, וכלשונו של השופט פוגלמן: "ככל שיתקיים מפגש רצונות [...] ייכרת הסכם חדש שיחליף את קודמו"¹¹⁸.

בכל הנוגע לשיקולי ודאות משפטית, הרי שהגישה שהובעה בעניין רוזנברג מאמצת את עמדת הפסיקה עובר לפסק הדין בעניין חברה קדישא שלפיה הצדדים רשאים לפרוס את הסכמותיהם לאורך זמן, ובמובן זה אפשר לגרוס כי יש בה כדי להותיר את אותה עמימות האופפת את שאלת עצם קיומו של חוזה כשהצדדים התכוונו להמשיך לשאת ולתת בעתיד בנוגע לסוגיות שטרם הוסדרו על ידיהם. עם זאת שיקולים של צדק והוגנות תומכים באימוצה של גישה זו, שכן היא מונעת מצדדים שהסכימו על כלל הפרטים המהותיים להתקשרות ביניהם לסגת מן ההסכם בתואנה של חוסר מסוימות, ובכך סוגרת את הצוהר – שפתחה הגישה בעניין חברה קדישא – לחזור מן העסקה מטעמים שאינם נוגעים במישרין לסוגיה הבלתי מוסדרת ולחמוק מקיום התחייבויות שהצדדים קיבלו עליהם מתוך גמירת דעת. שיקולים של חופש החוזים של הצדדים תומכים גם הם באימוצה של הגישה האחרונה, שמאפשרת לצדדים לפרוס את הסכמותיהם לאורך זמן, ונראה כי הדבר עולה בקנה אחד עם הפרקטיקה כפי שהיא עתה, המשתמשת שימוש נרחב בהסכמים מסוג זיכרון דברים.

סיכום

ברשימה זו ניתחתי את ההתפתחויות מהעת האחרונה הנוגעות לדרישת המסוימות. טענתי שפסק דינו של השופט גרוניס בעניין חברה קדישא נחזה כניסיון ראשון זה זמן רב להקשחת הדרישה וצמצום השימוש של בית המשפט בהוראות השלמה שבחוק. פסק הדין מבקש להעצים את חשיבות רצונם החופשי של הצדדים ביצירת חוזה ולהבהיר כי בית המשפט לא ימהר לסייע בעדם בהגשמת כוונתם המשותפת בשעת הכריתה הנטענת, תוך שימוש בהסדרי ההשלמה האמורפיים שבחוק. כן הוא נותן ביטוי לזרם רעיוני

118 עניין רוזנברג, לעיל ה"ש 2, פס' 21 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

שהולך וקונה לו שביתה בבית המשפט העליון, אשר מסתייג מנקיטת גישה אקטיביסטית בהסדרת היחסים בין פרטים, ומעוניין בצמצום מרחב שיקול הדעת השיפוטי ובהתערבותו של בית המשפט בתוכן החוזה, שנטען כי יש בהם כדי לפגוע בחופש החוזים של הצדדים ולערער את הוודאות המשפטית.

עם זאת, הובהר שנכון לעת הזו נראה ששינוי המגמה שהסתמן באותו פסק דין נבלם, נוכח שורת פסקי דין של בית המשפט העליון שמהווים משקל נגד לעמדתו של השופט גרוניס בעניין חברה קדישא, כשבראשם פסק דינו של השופט פוגלמן בעניין רוזנברג. פסק הדין מבהיר כי בית המשפט יהיה נכון להשלים פרטי מסוימות חסרים אם הצדדים גמרו בדעתם לכרות חוזה, ובתנאי שלא הוסכם ביניהם להסכים בעתיד על פרטים שהם ראו בהם מהותיים להתקשרותם החוזית. כמו כן, פסק הדין אמנם קובע שעל דרישת גמירת הדעת והמסוימות להתקיים במועד אחד מובחן בזמן כפי שנקבע בפסק הדין בעניין חברה קדישא, אולם הלכה למעשה הפרשנות שמובאת שם הן לדרישת המסוימות והן לדרישת איתורו של מועד מובחן הופכת דרישה זו לקלה הרבה יותר. במובנים הללו ניתן לראות בפסק הדין כמשתלב במגמה הכללית של הפסיקה לאורך העשורים האחרונים של שחיקה מתמדת ביחס לדרישת המסוימות ומעורבות ניכרת של בית המשפט בתוכן החוזה.

במבט על, פסקי הדין שבמוקד הרשימה משקפים שני זרמים המתחרים על הבכורה בבית המשפט העליון, ונראה כי שאלת אופייה של דרישת המסוימות עתידה להיות "מגרש" נוסף להתגוששות זו בטווח הנראה לעין.