

מכאוס לעקיבות בדיני המסוימות:**מסוימות והשלמה מהותית – הילכו שתיים יחדיו?**

מאת

יהודה אדר*

"Subsuming problems is not as good as solving them[...]"¹

בדיני כריתת החוזה, שאליהם נחשף כל סטודנט למשפט בשנת לימודיו הראשונה, אין כלל בסיסי מזה הקובע כי חוזה עשוי להשתכלל רק בהתקיימן של גמירת דעת ושל מסוימות. מושכל יסוד זה מניח כמובן מאליו שכל אחת משתי הדרישות היא תנאי חיוני. אלא שעיון בפסיקה העוסקת בדיני כריתת החוזה מלמד כי לאמיתו של דבר – לפחות בכל הנוגע לדרישת המסוימות – הנחה זו מוטלת בספק רב. מקור הספק נעוץ בכלל הלכתי שהתפתח בפסיקה עוד בשלהי שנות ה-70, קנה לו אחיזה איתנה, והתקבל גם בספרות המשפטית כאמת שאין עליה עוררין. "כלל ההשלמה המהותית", כפי שיכונה במאמר, מכיר בסמכותם של בתי המשפט לבצע "השלמה נורמטיבית" של הסכמים חסרים (קרי השלמה ממקור חיצוני להסכם) אפילו כשההסדר נוגע בעניין עיקרי או מהותי. מאמר זה מבקש לקיים דיון ביקורתי ב"הלכה" מושרשת זו בשני מישורים נפרדים: במישור התיאורי-אנליטי, המאמר קובע כי בניגוד להנחתן המקובלת של הפסיקה ושל הספרות המשפטית, כלל ההשלמה המהותית אינו פועל אך לריכוך או להקלה בדרישה למסוימות: הוא עומד בסתירה חזיתית לדרישה זו ובכך מצמיח בלב דיני הכריתה דיסוננס אנליטי חריף. המאמר מאיר דיסוננס זה במלוא חריפותו ועצמותו, תוהה על הגורמים להתהוותו מלכתחילה, ומנסה להציע הסברים לקיומו המתמשך. ואילו במישור הנורמטיבי-ביקורתי, חושף המאמר את הקשיים החמורים הנובעים מהמשך קיומו של המצב המתואר, ומבקש להציע להם ארוכה. נטען במאמר שכלל ההשלמה המהותית מסכן את תכליותיה הראויות של דרישת המסוימות, וזאת בלא כל הצדקה עניינית ותוך הסבת נזק מתמשך לפיתוחם התקין של דיני המסוימות. המסקנה היא כי על בית המשפט העליון, שבהבל פיו הפיח חיים בכלל הלכתי זה, להתנער ממנו אחת ולתמיד – ויפה שעה אחת קודם.

מבוא. א. דיסוננס אנליטי בדיני הכריתה: הנחת החיוניות – והכפירה בה. 1. דרישת המסוימות והנחת החיוניות. (א) דרישת המסוימות – הגדרה. (ב) הגישה האורתודוקסית – המסוימות כדרישה חיונית (ועצמאית). 2. הכפירה הגלויה בהנחת החיוניות: פרשת בית הפסנתר. (א) דברי השופטת דורנר – והפרשנות שיוחסה להם. (ב) עמדת השופטת דורנר – ניתוח ביקורתי. 3. הכפירה הסמויה בהנחת החיוניות: אימוץ כלל ההשלמה המהותית. (א) הערה למטרת הדיון. (ב) פרשנת רבינאי – לידתו של כלל ההשלמה המהותית. (ג) משמעותה העיונית של השלמה מהותית: כפירה (ולא

* מרצה בכיר למשפט אזרחי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי העמוקה נתונה לעמיתיי-דידי ד"ר אפי צמח ופרופ' משה גלברד שליווני ועודדוני במסעי הארוך לחקר דיני המסוימות בהארות מבריקות ובעצה טובה. עיקרי המאמר הוצגו בכינוס השנתי של הפורום הישראלי לדיני חוזים שהתקיים באוניברסיטה העברית (ב-30.3.17), בסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים בבר-אילן (ב-18.1.18), בכנס המחקר השנתי של הפקולטה למשפטים בחיפה (ב-14.2.18), בסמינר המחלקתי של בית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה (ב-9.1.20) ובסדנה למשפט פרטי ומסחרי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית (ב-4.5.20). תודתי נתונה למשתתפים במסגרות אלה על הארות מפרות ומעודדות.

¹ Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code – the Emperor's New Clause*, 115 U. PA. L. REV. 485, 559 (1967).

הקלה) בדרישת המסוימות. **ב. התגובה לדיסוננס האנליטי: יחסן של הפסיקה והספרות.** 1. יחסה של הפסיקה לכלל ההשלמה המהותית. (א) אימוצו הגורף של כלל ההשלמה המהותית. (ב) הסימביוזה המוזרה בין כלל המסוימות לכלל ההשלמה המהותית. 2. יחסה של הספרות המשפטית לכלל ההשלמה המהותית. (א) תמצית הטיעון. (ב) קבלתו של כלל ההשלמה המהותית בספרות המשפטית. (ג) ניצני הסתייגות מכלל ההשלמה המהותית. 3. חידת ההתעלמות מהדיסוננס האנליטי. **ג. המישור הנורמטיבי: מסוימות והשלמה מהותית – מי עדיפה?** 1. תמצית הטיעון. 2. ההצדקות לדרישת המסוימות. 3. גמישותו של סטנדרט המסוימות – ונחיצותה. 4. האם חופש ההתקשרות מצדיק ויתור על דרישת המסוימות? 5. הערה השוואתית. 6. נזקיה של "הלכת" ההשלמה המהותית. (א) הסיכון הכרוך באפשרות של יישום ה"הלכה". (ב) נזקיה המוחשיים של ההכרה ב"הלכה". **ד. המישור הפרשני: הבסיס הרעוע של כלל ההשלמה המהותית.** 1. פרשנות ההלכה: כלל ההשלמה המהותית – אנטומיה של טעות שיפוטית. (א) החידה. (ב) פתרון החידה. (ג) כלל ההשלמה המהותית – אמרת אגב ולא הלכה. 2. פרשנות החוק: כלל ההשלמה המהותית אינו מתחייב מהוראות ההשלמה. (א) תמצית הטיעון. (ב) תכלית החקיקה. (ג) לשון החוק ומבנהו. (ד) תמיכה הלכתית בפירוש המוצע. (ה) הפירוש הצר אינו מייתר את הוראות ההשלמה. **ה. נעילה.** 1. עיקרי התובנות והתרומות. 2. השלכות על המתודה השיפוטית. 3. אתגרי העתיד.

* * *

מבוא

המושגים "גמירת-דעת" ו"מסוימות" הם, במשפט הישראלי, אבני הבניין שמהן ייכון כל חוזה. בדיני הכריתה, שאליהם נחשף כל סטודנט למשפט בקורס המבוא "דיני חוזים", אין לך כלל בסיסי יותר מזה הקובע כי רק בהתקיימן של שתי הדרישות הללו יחדיו עשוי להשתכלל חוזה. מושכל יסוד זה מקפל בתוכו שתי הנחות: ראשית, שכל אחת משתי הדרישות היא חיונית, קרי תנאי בל-יעבור לכינונו של חוזה (להלן: הנחת החיוניות); ושנית, שכל אחת משתייהן היא גם אוטונומית, קרי נבדלת ועצמאית מרעותה, מבחינת טיבה ותוכנה (להלן: הנחת העצמאות).

אלא שעיון קפדני בפסיקה העוסקת בדיני כריתת החוזה מלמד כי לאמיתו של דבר – לפחות בכל הנוגע לדרישת המסוימות – כל אחת משתי ההנחות הללו מוטלת בספק רב. ראשית, מתעורר ספק בשאלת עצמאותה של המסוימות ביחס לאחותה, הדרישה לגמירת דעת. במאמר קודם הראיתי כי בניגוד להנחתם הרווחת של הפסיקה, הספרות ולמעשה אף בניגוד ללשון החוק – הדרישה למסוימות אינה ניתנת להפרדה מן הדרישה לגמירת דעת, משום שהיא ממילא טבועה בתוכה ומהווה בשר מבשרה.² שנית, ואולי מדאיג וחשוב מכך: מתעורר ספק של ממש באשר לתקפותה של הנחת החיוניות. ספק זה הוא מושאו של המאמר הנוכחי.³

² ראו: יהודה אדר, "גמירת דעת ומסוימות – הילכו שתיים בנפרד"? משפטים נא(1) (צפוי להתפרסם ב-התשפ"א). המאמר יראה אור גם בספר **גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה** 995 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, התשפ"א). להבנה זו השלכה עיונית ומעשית חשובה: במישור העיוני המשמעות היא שכדרישה פורמלית המסוימות מתייתרת לכאורה; ואילו במישור המעשי מסביר הקשר האמור בין היסודות את הפרקטיקה השיפוטית: בחינתה של זו מגלה שממצא חיובי לעניין יסוד גמירת הדעת ילווה תמיד (ולא רק לעתים) בממצא חיובי לעניין המסוימות, ואילו ממצא מסוימות שלילי ילווה תמיד בממצא גמירת דעת שלילי.

³ שאלת חיוניותה ונחיצותה של דרישת המסוימות היא לכאורה מקדמית ובסיסית יותר משאלת עצמאותה ביחס לגמירת הדעת. אכן, העיון בשאלת העצמאות יוצא מהנחה שדרישת המסוימות היא עובדה (משפטית) מוגמרת, ולאורה הוא מבקש לברר את יחסי הגומלין בינה לבין הדרישה לגמירת הדעת. הדיון בשאלת החיוניות, לעומת זאת, מעמיד למבחן הביקורת את עצם ההנחה המקדמית, שלפיה המסוימות היא יסוד חיוני של החוזה.

אחדד את גדר הספק: האם קיימת בכלל דרישה למסוימות בדיני הכריתה שלנו? האם הדין הישראלי דורש ומחייב הסכמה על מכלול העניינים המהותיים כתנאי חיוני לשכלולו של חוזה? מאמר זה יטען כי המענה החיובי האוטומטי שנהוג לתת לשאלה זו כלל אינו מובן מאליו. מקור הספק נעוץ בכלל הלכתי שהתפתח בפסיקה עוד בשלהי שנות ה-70, קנה לו אחיזה איתנה, והתקבל גם בספרות המשפטית כאמת שאין עליה עוררין. "כלל ההשלמה המהותית", כפי שיכונה כאן, מכיר בסמכותם של בתי המשפט לבצע "השלמה נורמטיבית" של הסכמים חסרים (קרי השלמה ממקור חיצוני להסכם) אפילו כשהחסר נוגע בעניין עיקרי או מהותי. טענתו הראשונה של המאמר, הערוכה במישור התיאורי-אנליטי, היא כי בניגוד להנחה המקובלת כלל ההשלמה המהותית – שעוצב וגובש בפרשת רבינאי המפורסמת – אינו פועל אך לריכוך או להקלה בדרישה למסוימות. אימוצו שקול להתנערות מוחלטת – לא פחות מכך – מן המחויבות ומן הכפיפות לה.

עוד במישור התיאורי אראה כיצד ההכרה בכלל ההשלמה המהותית – שנעשתה במקביל להכרה העקבית בדרישת המסוימות – הצמיחה בדיני החוזים שלנו סתירה פנימית חריפה ביותר: הסתירה מתבטאת בכך שבליבת דיני הכריתה חלים ופועלים עד היום זה בצד זה שני כללי יסוד סותרים לחלוטין: האחד קובע שקיומה של מסוימות בהסכם היא תנאי לתקפו החוזי; והשני קובע שניתן לרפא פגם במסוימות באמצעות השלמה נורמטיבית. תכליתו הראשונה של המאמר היא להאיר דיסוננס אנליטי זה, לתהות על הגורמים להתהוותו מלכתחילה ולנסות להסביר את התבססותו במשך עשורים ארוכים. תכליתו השנייה של המאמר, הערוכה במישור הנורמטיבי-ביקורתי, היא לעמוד על הקשיים החמורים הנובעים מהמשך קיומו של כלל ההשלמה המהותית ושל הדיסוננס האנליטי שיצר ולהציע להם ארוכה.

פרק א' ייחשף ויתואר הדיסוננס האנליטי החרף המתקיים מזה כארבעים שנה בין הכלל המושרש של המסוימות לבין כלל ההשלמה המהותית. על רקע ההבנה שקיומם הסימביוטי של שני הכללים האמורים זה בצד זה מנציח בדיני הכריתה סתירה פנימית ברורה, יבחן **פרק ב'** בעין ביקורתית את יחסן של הפסיקה ושל הספרות כלפי הדיסוננס האנליטי מושא המאמר. תוצאותיה של הבחינה מפתיעות: מתברר כי הפסיקה והספרות המשפטית לא עמדו מעולם על עצמתה של הסתירה בין דבקותן בכלל המסוימות מחד גיסא לבין הכרתן העקבית בלגיטימיות של השלמה מהותית מאידך גיסא. כתולדה ישירה מכך לא התקיים עד היום דיון מעמיק – הלכתי או אקדמי – בסתירה פנימית זו, בהשלכותיה העיוניות והמעשיות, ובדרכי יישובה האפשריות. הפרק חושף חלק תיאורטי זה ומנסה לספק לו הסברים אפשריים.

פרק ג' מעמיד לדיון את השאלה הנורמטיבית: מהן התכליות ומהם הצידוקים האפשריים של כל אחד מהכללים הסותרים, ולמי מהם ראוי שתינתן הבכורה? ביתר מיקוד: האם קיימים טעמים שבמדיניות העשויים להצדיק הסגה של דרישת המסוימות מפני כלל ההשלמה המהותית? במענה לשאלה זו ינוסחו ויידונו בפרק זה – לראשונה באופן מקיף – התכליות השונות שדרישת המסוימות ממלאת במארג של דיני הכריתה. אגב כך יודגש אופייה הגמיש של הדרישה למסוימות ותוסבר נחיצותו של מאפיין זה. על רקע הניתוח אטען שכלל ההשלמה המהותית אינו ראוי, שכן הוא מתיר לבתי המשפט – בלא כל הצדקה נראית לעין – להתעלם מדרישת המסוימות תוך פגיעה קשה – ומיותרת – בתכליותיה החברתיות החשובות. הפרק כולל דיון השוואתי קצר, המצביע על מעמדה המבוסס של דרישת המסוימות במשפט העמים. הוא נחתם בדיון ביקורתי בנוקים המתמשכים שמסב כלל ההשלמה המהותית, ובכללם סיכול היכולת ליישם באופן עקיב את דיני המסוימות, לפתחם ולשכללם.

לאור המסקנה הנורמטיבית הנחרצת בדבר הצורך להתנער מכלל ההשלמה המהותית, יעמיד פרק ד' לעיון שתי שאלות של פרשנות דין הטעונות הכרעה: ראשית, האם הפגת הדיסוננס האנליטי כרוכה בשינויה של הלכה פסוקה? שנית, האם היא כרוכה בתיקון החוק? ביתר פירוט: האין לומר כי כלל ההשלמה המהותית נובע במישרין מהוראות ההשלמה עצמן – העוסקות לכאורה גם בהשלמתם של עניינים מהותיים במובהק? במענה לשאלה הראשונה – שאלת פרשנות ההלכה – אציג בחלקו הראשון של הפרק ניתוח היסטורי-דוקטרינלי שיתחקה אחר שורשי צמיחתו של כלל ההשלמה המהותית. הניתוח יראה שהכלל נולד בסדרה של הערות אגב אשר בניגוד להנחה הרווחת מעולם לא נקבעו כהלכה מחייבת. אין אפוא כל מניעה מלהשתחרר לאלתר מלפיתתן של אותן הערות אשר ניסוחן הגורף והבלתי זהיר – בצירוף התמיכה ההלכתית והאקדמית העקבית שבה זכו – זיכו אותן במעמד של "הלכה" מחייבת כביכול.

במענה לשאלה השנייה – היא שאלת פירושו של החוק – אציג פירוש תכליתי מקורי להוראות ההשלמה שבחוקי החוזים המאפשר ליישבן עם דרישת המסוימות. הפירוש המוצע קובע כי את הוראות ההשלמה כולן יש לפרש כהסמכה חקיקתית להשלמה נורמטיבית של פרטים בלתי מהותיים בלבד. פירוש מצמצם זה מיישב את הוראות ההשלמה עם דרישת המסוימות מבלי לרוקן אותן מתוכן. כפי שאראה, הוא מתיישב עם לשון החוק, מבנהו והגיונו וחשוב מכל – הוא ישמר את מעמדה של המסוימות כדרישת יסוד כופה של דין החוזים ואת עקיבותם הפנימית של דיני המסוימות.

פרק ה' חותם את החיבור. יוצגו בו עיקרי התובנות והמסקנות העולות מהניתוח האנליטי, הנורמטיבי והפרשני. בהסתמך על מסקנות אלה יקרא המאמר לבית המשפט העליון, שבהבל פיו הפיח חיים בכלל ההשלמה המהותית, להתנער ממנו בגלוי ובמפורש, תוך אימוץ הפירוש התכליתי המצמצם להוראות ההשלמה. המאמר נחתם בהצגתו של מודל אנליטי תלת-שלבי שמוצע ליישם כל אימת שנסקלת האפשרות להשלמה נורמטיבית של הסכם חסר.

א. דיסוננס אנליטי בדיני הכריתה: הנחת החיוניות – והכפירה בה

1. דרישת המסוימות והנחת החיוניות

בחיבור הבוחן את עמדת הפסיקה בשאלת חיוניותה של דרישת המסוימות, מן ההכרח לייחד מילים אחדות לתוכנה ולמהותה של דרישה זו.⁴ היכרות עם הגדרתה המקובלת של דרישת המסוימות היא גם המפתח להבנת הטיעון האנליטי, הנורמטיבי והפרשני שינסח המאמר.

(א) דרישת המסוימות – הגדרה

דרישת המסוימות מעוגנת אצלנו בסעיף 2 לחוק החוזים. כידוע לכל בת ובר בי-רב, סעיף 1 לחוק קובע כי "חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול". בא הסעיף העוקב ומבהיר כי פנייה של אדם לחברו תיחשב הצעה "אם היא מעידה על גמירת-דעתו להתקשר בחוזה לפי הצעה, ואם היא מסוימת כדי

⁴ על חשיבותה של הגדרה טובה לתופעות ומושגים, לרבות בתחום המשפט, עמד ג'רמי בנתי'האם: "[A] useful and legitimate definition... explains terms less familiar by terms more familiar, terms more abstract by terms less abstract, terms with a larger assemblage of simple ideas belonging to them, by terms with an assemblage less extensive." Draft Preface, left in manuscript, to Jeremy Bentham, A FRAGMENT ON GOVERNMENT (1776), published in: Jeremy Bentham, A FRAGMENT ON GOVERNMENT (Cambridge, 1988, Hart & Burns Eds.) Appendix B, p. 123. למושגים משפטיים ראו: H.L.A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, 70 L.Q.R. 37 (1954).

אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה".⁵ כמו בהקשרים אחרים, גם כאן אין החוק מספק הגדרות למושגי היסוד שאותם הוא נוקט – ובהתאם לכך אין הוא מגדיר מהי "מסוימות".⁶ חרף כך, בפסיקה ובספרות התגבש קונצנזוס גורף שלפיו עניינה של המסוימות בדרישה לפירוט מינימאלי של הסכמת הצדדים. על השאלה מהי אותה "מידה מספקת" של פירוט ניתן, כמובן, להציע תשובות שונות.⁷ הפסיקה אף הוסיפה והבהירה – כעולה גם מלשונו של סעיף 2 הנ"ל – שמבחינה של המסוימות אינו נוקשה אלא הוא מבחן של דרגה ומידה.⁸ בהתאם לכך הובהר שחוזה אינו חייב לכלול את כל הפרטים הרלבנטיים אלא רק את קווי המתאר הבסיסיים של העסקה שאותה ראו הצדדים לנגד עיניהם.

כך לדוגמה, בפרשת **זנדבנק**,⁹ שבה זכה מושג המסוימות לליבון שיפוטי ראשון, תוארה המסוימות על ידי השופט (כתוארו אז) שמגר כדרישה שאינה תובעת פירוט מושלם אלא רק "שמתוך אותו פירוט המובא בהצעה, ניתן יהיה להסיק בבירור על מהותה ותחומיה של העסקה...".¹⁰ בפסקי הדין הרבים שתכפו ובאו לאחר פרשת **זנדבנק** הובהר שהדרישה למסוימות מחייבת שהסכמת הצדדים תכלול לפחות את "**התנאים המהותיים והחיוניים של העסקה**".¹¹ בהעדר הסדרה של אותם עניינים, כך הבהירה הפסיקה, "**ההסכם אליו הגיעו הצדדים נעדר אותה מידת ודאות מינימאלית הדרושה לקיומו של חוזה בר-ביצוע**".¹²

הנה כי כן, המפתח להבנת מהותה של הדרישה למסוימות וליישומה במקרים קונקרטיים נעוץ בהבחנה בין אותם עניינים של "מהות" שדרישת המסוימות תובעת את הימצאותם **בהסכם עצמו**, לבין עניינים אחרים שהיעדרם לא יהווה מכשול בפני הכרה בהסכם כחוזה. ודייקון: עניינים בלתי מהותיים אלה, שבפסיקה שקדמה לחוק החוזים כונו "פרטים משניים" או "טפלים" עשויים אף הם להיות בעלי חשיבות – ואפילו חשיבות רבה – במסגרת העסקה שאותה ראו הצדדים לנגד

5 סעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). במודל הקלסי לכריתת חוזה, המעוגן בפרק א' לחוק החוזים, המסוימות מוסבת על ה"הצעה" (סעיף 2 לחוק) ולא על ה"קיבול" (סעיף 5 לחוק). ברם, בפרקטיקה אין הפסיקה מקפידה על "מודל קלסי" זה. בדרך כלל נבחנת שאלת הכריתה על פי מודל חלופי שבשיעורי החוזים שלי אני מכנה מזה שנים ארוכות "המודל הגמיש". מודל זה מאפשר הכרה בחוזה גם מקום שבו קשה או מלאכותי לאתר "הצעה" ו"קיבול". המודל הגמיש מסתפק בהצבעה על נקודת זמן שבה נתקיימו בהסכמת הצדדים (בעת ובעונה אחת) היסודות המהותיים המקופלים במודל הקלסי – קרי גמירת דעת של הצדדים ומסוימות של ההסכמה. בכך מאפשר המודל הגמיש תהליך יצירה חד-שלבי של חוזה, בה בשעה שבמודל הקלסי נדרש לשם כך תהליך דו-שלבי. היחס בין המודל הקלסי לבין המודל הגמיש לכריתת חוזה נדון (מבלי לנקוט מושגים אלה) אצל דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** כרך א 146-149 (התשנ"א). שמחתי לראות שבמהדורה האחרונה של החיבור "דיני חוזים" נעשה שימוש מפורש במושגים "מודל קלסי" ו"מודל גמיש" (שאותם טבעתי בהרצאותי) לתיאור שתי דרכי הכריתה האפשריות של חוזה במשפטנו: גבריאלה שלו ואפי צמח, **דיני חוזים** 158 (מהדורה רביעית, התשע"ט).

6 הוא הדין במושג "גמירת דעת". לעיון מקיף במהותו של מושג זה ראו במאמרי הנ"ל בה"ש 2, בפרקים ג' ו-ד'. גם בהצעת חוק החוזים אין למצוא רמז של ממש לתוכנה או למהותה של הדרישה לכך שההצעה תהיה "מסוימת". נכתב בה כך: "הסעיף קובע שני תנאים להצעה: האחד – שתראה את כוונת המציע ליצור יחסים משפטיים מחייבים, והשני – שתהיה מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבולה. משהתקיימו שני תנאים אלה אין פסול בכך אם חסרים בהצעה פרטים שונים; לפי סעיף 26 יהיו פרטים אלה לפי אומד דעת הצדדים או לפי הנוהג." סעיף 2 להצעת חוק החוזים (חלק כללי) תש"ל-1970, ה"ח 880, 126, 129 (כ"ט בניסן תש"ל, 5.5.1970) (להלן: הצעת חוק החוזים).

7 השוו: גבריאלה שלו, **החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 175 (מהדורה שלישית, התשס"ה) (להלן: שלו, מהדורה 3): "השאלה המרכזית בהקשר זה היא, כמובן, מהי אותה "מידה מספקת" שיש בה כדי למלא אחר דרישת המסוימות."

8 אעיר, כי בעניין זה דרישת המסוימות אינה שונה מן הדרישה לגמירת דעת. בשני המקרים מדובר בדרישה לקיומה של מידה מספקת מן התכונה הנדרשת מן ההסכם (מסוימות או גמירת דעת, לפי העניין). לחשיבות הנודעת לגמישותו של רף המסוימות ראו להלן ד.3.

9 ע"א 158/77 **זנדבנק נ' דנציגר**, פ"ד (2) 260 (1976).

10 שם, בפס" 6.א.

11 השימוש הרווח בביטוי זה עולה ממקבץ האסמכתות המרוכז להלן בה"ש 21.

12 כלשונו של השופט ברק בע"א 158/77 **רבינא נ' חברת מן שקד בע"מ**, פ"ד (2) 281, פס" 7 (1979).

עיניהם (לדוגמה, מקום או מועד הביצוע של חיובי החוזה, סנקציות בגין הפרת ההסכם, וכיו"ב).¹³ יתר על כן: בהתגלע מחלוקת הופכת גם הסדרתם של עניינים משניים "חיונית" – במובן זה שמן ההכרח לקבוע מהו ההסדר שיחול לגביהם.¹⁴ ברם, וכאן העיקר: עניינים כאלה אינם חייבים להיכלל מראש בהסכם עצמו כדי שזה ייחשב "מסוים". במובן זה – ורק במובן זה – הנושאים הבלתי מהותיים אינם "חיוניים". את ההסדר שיחול על נושאים אלה, שאינם נוגעים ל"מהותה ותחומיה של העסקה" רשאי בית המשפט, בהתגלע סכסוך, "להשלים באופן נורמטיבי".¹⁵ הכוונה בביטוי זה, שהפך מִטבע לשון מוכרת בדיני הכריתה שלנו, היא להשלמה שיפוטית של חסר בהסכם, הנעשית על יסוד מקורות דין חיצוניים להסכמות הצדדים עצמן. עם מקורות אלה של מה שניתן לכנות "הדין המשלים" נמנים הנוהג,¹⁶ וכן שלל הוראות ההשלמה הפזורות בחוקי החוזים המיוחדים (מכר, שכירות, קבלנות, וכו') ובפרק ה' של חוק החוזים הכללי.¹⁷

מעניין לציין, שהבחנת היסוד בין פרטים מהותיים או עיקריים לבין פרטים משניים או טפלים היתה מוכרת לדין החוזים הישראלי עוד לפני חוק החוזים ובטרם עוגנה בו הדרישה ל"מסוימות" כתנאי לשכלול חוזה.¹⁸ אמנם, ההבחנה לא זכתה לעיגון מפורש בחוק החדש.¹⁹ ברם, כפי שצוין, החסר הושלם בהלכה הפסוקה, ששבה ואימצה את ההבחנה כאמצעי מועיל לביאורה של דרישת המסוימות ולעיצוב גבולותיה.

נסכם: הגדרתה המסורתית והמקובלת עד היום של דרישת המסוימות נשענת על ההבחנה בין אותם עניינים מהותיים שחייבים להיכלל בהסכם לבין פרטים בעלי חשיבות משנית, שהסכמה עליהם אינה תנאי הכרחי לשכלול. הגדרה זו מניחה שפרטים מהסוג האחרון – והם בלבד – ניתנים להשלמה ממקורות חיצוניים להסכמת הצדדים עצמה (המפורשת או המשתמעת).²⁰ אמרו מעתה,

¹³ במובן זה הביטוי "פרטים טפלים" יש בו כדי להטעות, ובמאמר אבכר על פניו את הביטוי "עניינים לא-מהותיים" או "בעלי חשיבות משנית".

¹⁴ מסיבה זו נמנע המאמר הנוכחי מלנקוט את מטבע הלשון "פרטים חיוניים" לתיאור הפרטים שנוכחותם בהסכם דרושה לכינונה של דרישת המסוימות. אלה יכוננו אפוא מעתה "פרטים מהותיים" ולא "פרטים חיוניים".

¹⁵ מטבע לשון זה נטבע לראשונה, כך נראה, על ידי השופט ברק בפרשת **רבינאי**, לעיל ה"ש 12, בפס' 7. נהג פרטי שבין הצדדים או נוהג כללי הנהוג בתחום הרלבנטי: סעיף 26 לחוק החוזים; סעיף 3 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971 (להלן: חוק השכירות); סעיף 5 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר).

¹⁷ ראו במיוחד סעיפים 40-52 לחוק החוזים. שאלת היחס בין המקורות לפירוש ולהשלמה של הסכמים נדונה בהרחבה ובעמקות בחיבורו של איל זמיר, **פירוש והשלמה של חוזים** (התשנ"ו). בשנים האחרונות החלה הפסיקה להכיר במקור נוסף להשלמה נורמטיבית – דוקטרינת ה"קיום המיטבי" (או ה"אופטימלי"). בניגוד לנוהג ולהוראות ההשלמה החקוקות, מקור השלמה זה הוא הלכתי טהור. לדוקטרינה זו ראו להלן בה"ש 183.

¹⁸ בעניין זה קבע סעיף 64(3) לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאני בלשון מפורשת כי: "אם באו הצדדים לידו הסכם על הנקודות העיקריות שבחוזה, נחשב הוא לגמור, גם אם החוזה עובר בשתיקה על נקודות טפלות, ואם לא באו הצדדים לידו הסכם על הנקודות הטפלות, יקבע אותן בית-המשפט לאחר בחנו את מהות העניין. להסתמכות על סעיף זה וליישומו בפסיקה ראו לדוגמה ע"א 202/67 **בלוטמן נ' אשכנזי**, פ"ד כא(2) 699, 705 (1967). הסעיף בוטל בהוראת סעיף 62(2) לחוק החוזים.

¹⁹ ייתכן בהחלט שאלמלא מחדל זה של המחוקק, שלא נומק בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים (לעיל ה"ש 6), הדיסוננס האנליטי שבו עוסק מאמר זה לא היה נוצר מלכתחילה; ובהתאם – מאמר זה לא היה רואה אור.

²⁰ למקבץ מדגמי של הגדרות המשקפות קונצנזוס רחב זה ראו: שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" **משפטים** כ"א 33, 41 (התשנ"א): "דרישת המסוימות היא הדרישה, כי ההסכם בין הצדדים יכלול את כל הפרטים המהותיים, החיוניים להתקשרות ביניהם"; שלו, מהדורה 3, לעיל ה"ש 7, בעמ' 175: "ברור כי מידה מינימלית של פירוט היא הכרחית שכן אין חוזה יכול להיווצר אלא כאשר הצדדים הסכימו על מסגרת ועל העניינים החיוניים והמהותיים שבו"; ראו גם לאחרונה, ביתר נחרצות: "על הצדדים לכלול בהסכם את כל הנתונים המהותיים, החיוניים להתקשרות". שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 169; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 268: "...חוזה בלתי שלם עשוי במקרים רבים להחשב לתקף, ובלבד שהוא משקף את הסכמתם של הצדדים ליסודותיה הבסיסיים של העסקה". למדגם מייצג מן הפסיקה ראו לדוגמה: ע"א 2821/90 **שומרוני נ' רוזנבלום**, פ"ד מז(1) 201 (1993) (פס' 7, השופט דב לוי), שם נזכרת הדרישה ל"מסוימות המתבטאת בכך שזיכרון הדברים יכלול בחובו את הפרטים המהותיים החיוניים לעסקה". ע"א 1049/94 **דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' המדון**, פ"ד נ(5) 820 (1997) (פס' 15, השופט אור): "על-מנת שיתקיים בהסכם יסוד המסוימות, יש צורך בקיום הסכמה על הפרטים החיוניים לעסקה". ע"א 3380/97 **תמגר חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' גושן**, פ"ד נב(4) 673 (1998) (פס' 10, השופט אור): "עניינו של יסוד זה (המסוימות) בקיום הסכמה בגופו של המסמך, על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה". הקונצנזוס סביב הגדרה זו נשמר גם בפסיקה מן השנים האחרונות. ראו לדוגמה: ע"א 9247/10 **רוזנברג נ' סבן** (24.07.2013) (פס' 14, השופט פוגלמן): "יסוד המסוימות מתקיים אם ניתן להסיק ממכלול הנסיבות כי חל מפגש רצונות ביחס לתנאים המהותיים והחיוניים של העסקה". כן ראו את דברי הנשיאה נאור בדנ"א 5488/13 **רוזנברג**

דרישת המסוימות היא התביעה שהסכמת הצדדים למשא ומתן תכלול – במפורש או במשתמע – התייחסות לכל העניינים המהותיים של העסקה העומדת על הפרק.²¹

(ב) הגישה האורתודוקסית – המסוימות כדרישה חיונית (ועצמאית)

ההנחה ש"מסוימות" היא יסוד חיוני לשכלול חוזה היא כה מושרשת בשיח המשפטי, עד שנדמה כי בפנינו מושכל ראשון שאינו טעון ראיה. אף על פי כן, כיוון שמאמר זה מבקש לעורר ספק דווקא לגבי הנחה זו, מתבקשת הצגה בסיסית של המקורות המענגים ומבססים אותה. די בעיון חטוף במקורות המשפטיים הרלבנטיים כדי ללמדנו שלהנחת החיוניות אחיזה מוצקה בלשונו של החוק, ברטוריקה ההלכתית ובדברי מלומדים.

כפי שכבר צוין, סעיף 2 לחוק החוזים קובע ברורות כי על מנת לשכלל חוזה אין די בגמירת דעתם של המציע ושל הניצע אלא שנדרש – בנוסף – שהצעת המציע תהיה מסוימת. לשון החוק, המפרידה באמצעות ו' החיבור בין שתי הדרישות מלמדת שבפנינו שני תנאים הכרחיים ומצטברים. מפשט לשונו של החוק עולה בבירור שלא תיתכן "הצעה" (ובהתאם – גם לא ייכון חוזה ב"קיבולה" של "הצעה" כזו) בלתי אם יתקיימו שני התנאים גם יחד.²²

אכן, עד מהרה זכה פירוש טבעי ומתבקש זה של החוק לאישוש שיפוטי. בפרשת **זנדבנק**,²³ שבה לראשונה זכו המושגים "גמירת-דעת" ו"מסוימות" לעיון שיפוטי מעמיק, קבע השופט (כתוארו אז) שמגר כי מדובר בשתי דרישות עצמאיות ומצטברות, המחייבות בחינה נפרדת.²⁴ נאמן להבחנה המושגית שיצר החוק, בחן בית המשפט באותה פרשה בהרחבה יחסית – ובנפרד – את מהותה של כל אחת מהדרישות ואת שאלת התקיימותן בנסיבות המקרה.²⁵

ביסוס משמעותי לגישה האורתודוקסית – הרואה במסוימות תנאי חיוני ועצמאי ביחס לגמירת הדעת – סיפק שלוש שנים מאוחר יותר פסק דינו המנחה של השופט (כתוארו אז) ברק בפרשת **רבינאי**.²⁶ בין היתר נקבע באותה פרשה – בהסתמך על פסיקה שקדמה לחוק החוזים – כי זכרון דברים למכר מקרקעין עשוי להיחשב חוזה לכל דבר ועניין אם מתקיימות בו שתי דרישות

נ' סבן, פס' 10 (24.11.2013); וכן את דברי השופטת ברק-ארז בע"א 1527/16 **שיבלי נ' מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל**, פס' 36 (29.3.2018), המובאים כלשונם להלן בטקסט לה"ש 83 ובהערת השוליים עצמה. יצוין כי לאורך המאמר כל ההדגשות – בין בטקסט העיקרי ובין בהערות השוליים – אינן במקור אלא אם נאמר אחרת. תיאור המסוימות כדרישה להכללתם של פרטי העסקה המהותיים (והם בלבד) בהסכמת הצדדים מזמן שאלות לא פשוטות המחייבות הכרעה לשם יישומה של הדרישה במקרים קונקרטיים. השאלה העיקרית היא, מטבע הדברים, מה הופך עניין פלוני ל"מהותי" (או "בלתי-מהותי"). לשאלה מספר היבטים: ראשית, מהי רמת ההפשטה שבה ניתן – או ראוי – לנסח את המענה לשאלת "המהותיות" (האם המבחן כללי, אד-הוקי, או אחר?); שנית, מהו תוכנו ואופיו של אותו מבחן (כללי/אד-הוקי). האם מדובר במבחן אובייקטיבי או במבחן סובייקטיבי? האם המבחן למסוימות הוא כופה או מרשה? חרף חשיבותן הרבה, שאלות יסוד אלה לא זכו עד כה לעיון מעמיק בפסיקה – ולמרבה הפלא גם לא בספרות המשפטית העשירה שעסקה אצלנו בדיני כריתת החוזה. כפי שאטען בהמשך, מדובר בתוצאה בלתי נמנעת מן המצב שאליו נקלעה הפסיקה בעקבות השתרשותו של כלל ההשלמה המהותית, שאימוצו כרסם בחשיבותה של ההבחנה בין פרטים מהותיים לשאינם מהותיים (ראו להלן ד.6.2), בפסקות העוקבות את ה"ש 188). דיון בשאלות יסוד אלה חורג ממסגרתה של היריעה שפרשתי במחקר זה ואינו הכרחי לשם ביסוסם של הטענות האנליטי, הטיעון הנורמטיבי, והטיעון הפרשני שמציג המאמר הנוכחי (בחלק מהשאלות דנתי במאמרי הנ"ל בה"ש 2). אסתפק בציון עמדותי כי על דרך העיקרון יש לגזור את המענה לשאלות יסוד אלה מתכליותיה של הדרישה למסוימות, שיידונו בפרק ג.2. אטען שם כי תהא אשר תהא התשובה לשאלת האיזון הראוי בין תכליות אלה, עריכתו של האיזון היא מלאכה שאין להפקידה – לפחות לא באורח בלעדי – בידי הצדדים להסכם. מכאן נגזר שמבחנה של המסוימות חייב להיות כופה – ואובייקטיבי. מסקנה זו נתמכת גם בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים, שצוטטו לעיל בה"ש 6. לעיל ה"ש 9.

"שתיים [הן] הנקודות המחייבות איפוא בחינה... והן עניין "גמירת הדעת" והשאלה אם היתה ההצעה מסוימת...". שם, בפס' 5.א.

שם, בפס' 5.ב. ואילך.

לעיל ה"ש 12. לעיון ביקורתי בפסק הדין מזווית אחרת ראו לאחרונה: מנחם מאוטנר, "זכרון דברים למכירת

זכויות במקרקעין: על הצורך בחשיבה חדשה", עתיד להתפרסם ב: **ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה** (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, התש"פ).

מצטברות : האחת – כי הסכמת הצדדים תבטא את כוונתם להתחייב משפטית זה כלפי זה (גמירת דעת); והדרישה השנייה – שהסכמה זו תכלול התייחסות לעניינים המהותיים והחיוניים של העסקה שלגביה התנהל המשא ומתן (מסוימות).²⁷

הנה כי כן, בפרשות המכוננות של **זנדבנק ורבינאי** השופטים שמגר וברק הטמיעו ואף יישמו את הגישה שלפיה מסוימות וגמירת דעת הינם יסודות חיוניים, נבדלים ומצטברים, שאת קיומם יש לבחון בנפרד.²⁸ בתפיסה אורתודוקסית זו המסוימות היא יסוד מהותי, עצמאי וחיוני, שבלעדיו לא יגיע הסכם למעלת חוזה.²⁹

במשך השנים והעשורים שחלפו מאז נחקק חוק החוזים המשיכה הגישה האורתודוקסית להתבסס ברטוריקה ובפרקטיקה השיפוטיות. הגישה אומצה באין ספור פסקי דין של בית המשפט העליון.³⁰ היא משמשת נר לרגליהם של פוסקים בכל הערכאות, נלמדת בקורסי היסוד האוניברסיטאיים בדיני חוזים, ומיושמת בידי יועצים ופרקליטים מדי יום. גם בשיח האקדמי התקבלה כמובנת מאליה הנחת החיוניות (והנחת העצמאות) של דרישת המסוימות.³¹ אמת, במהלך השנים ניתן היה לזהות בפסיקה גישות שונות כלפי שאלת תוכנה והיקפה הראוי של הדרישה למסוימות. הפער בין הגישות בא לידי ביטוי בעיקר במידת הנכונות השיפוטית "להשלים נורמטיבית" הסכמים חסרים. על פי דעה רווחת, לאחר חוק החוזים החלה מסתמנת מגמה שיפוטית להגמיש ולרכך את דרישות המסוימות והכתב, במיוחד בהקשר לעסקת מכר

²⁷ "מהו המבחן שלפיו יקבע לאיזו משתי הקטיגוריות הנזכרות [חוזה/הסכם בלתי מחייב] נופל זכרון דברים פלוני? בענין זה קבעה פסיקתו של בית-משפט זה שני מבחנים מצטברים. המבחן האחד הוא כוונתם של הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב ביניהם עם ההסכמה על זכרון הדברים; המבחן השני הוא קיומה של הסכמה בזכרון הדברים על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה ביניהם." פרשת **רבינאי**, לעיל ה"ש 12, בפס' 5. אף שהמושגים "גמירת-דעת" ו"מסוימות" אינם נזכרים כאן בלשון מפורשת, נקל לראות שהדרישות עצמן, מבחינת מהותן, נוכחותן גם נוכחות: מבחן הכוונה ליצירת יחס משפטי מחייב חופף במדויק את תנאי גמירת-הדעת כפי שהוגדר בפרשת **זנדבנק** (לעיל ה"ש 9, בפס' 5 ב.ב.); ואילו הדרישה להימצאותם של עיקרי ההתקשרות בהסכמת הצדדים אינה אלא הדרישה למסוימות: "במבחנים אלו של השופט ברק [בפרשת **רבינאי**] יש למעשה התאמה – למקרה של הסכם מוקדם – של הבחינה הרגילה אם נכרת חוזה בדרך של הצעה וקיבול ואם ההצעה מסוימת די הצורך וההצעה והקיבול יש בהם כדי למלא אחר דרישת ההעדה על גמירת הדעת...". ע"א 342/89 ג.ז. **רכסים בע"מ נ' גרופר** מו(2) 724, פס' 14 (1992) (השופט מלץ).

²⁸ בפרשת **רבינאי**, לעיל ה"ש 12, הדגיש השופט ברק באופן מיוחד את עצמאותו האנליטית של יסוד המסוימות: "המבחן השני לתקפו המשפטי של זכרון הדברים הוא בקיום הסכמה בגופו של זכרון הדברים על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה. זהו תנאי נפרד ועצמאי. אפילו מגלה מכלול העובדות של המקרה כוונה ליצור קשר משפטי מחייב... אין בכוונה זו כדי ליצור את הקשר המצופה, אם הצדדים לא נתנו ביטוי בזכרון הדברים לפרטים החיוניים והמהותיים של העסקה." שם, בפס' 7.

²⁹ מאמרי הנ"ל בה"ש 2 הוקדש כולו לביקורת ההנחה בדבר עצמאותה האנליטית של דרישת המסוימות. המאמר הנוכחי מוקדש, כמתואר במבואו, לעיון בהנחת החיוניות.

³⁰ ראו לדוגמה: עניין **זור אנרגיה**, לעיל ה"ש 21, פס' 9 (השופט אור); "נותר להכריע בשאלה העיקרית והיא, האם נכרת בין הצדדים חוזה תקף ומחייב... לשם הכרעה בשאלה זו בחן בית-משפט שני מבחנים מצטברים... האם נתקיימו בטיטה ובסיכום הדברים יסודות גמירת הדעת וההתנאה על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה?"; ע"א 5332/03 **רמות ארזים חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' שירן**, פ"ד נט(1) 931 (2004), פס' 6 (השופט ארבל): "על-מנת שזיכרון-הדברים יהיה מחייב וסופי, עליו למלא את דרישות קיום יסודות של גמירות-הדעת והמסוימות – וכאשר מדובר במקרקעין, עליו לעמוד גם בדרישת הכתב..."; ע"א 11173/02 **אלוניאל בע"מ נ' זאב בר בנין ופיתוח 1994 בע"מ** (3.4.2006), פס' 5 (השופט ריבלין): "כדי שיוקנה למסמך כזה [הסכם מוקדם, זכרון דברים] תוקף חוזי עליו לקיים את דרישות היסוד המותוות בחוק החוזים, לאמור: גמירות דעת ומסוימות. על המסמך להעיד על רצונם של הצדדים להתקשר זה עם זה בהתקשרות מחייבת; עליו לכלול את התנאים היסודיים והחיוניים לעסקה..."; ע"א 7193/08 **עדני נ' דוד** (18.7.2010), פס' 8 (השופט פוגלמן): "כדי שזכרון דברים ייחשב להסכם מחייב, עליו להעיד על גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה ולהיות מסויים די צורכו." [ההדגשות במקור]. אמירות ברוח זו השמיעה הפסיקה בעשרות רבות אם לא במאות מקרים, בכל הערכאות.

³¹ ראו לדוגמה: מיגל דויטש, "על מסוימות החוזה העסקי" **עיוני משפט** טז 337, 338 (התשנ"א) (להלן: דויטש, מסוימות); "אין ספק אם כן כי יסודות אלה עצמאיים, וכך נפסק פעמים רבות..."; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 175: "שני המבחנים, גמירת הדעת והמסוימות, הם נפרדים ועצמאיים"; שלו, לעיל ה"ש 21, בעמ' 187-188: "דרישות אלה [גמירת הדעת והמסוימות] הן מצטברות ורק פנייה היוצאת ידי חובת שתיהן הופכת להצעה ומקנה לניצע כוח קיבול..."; ובדומה, שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 158: "גמירת דעת ומסוימות הן שתי דרישות מהותיות הצריכות להתקיים כדי שהצהרות רצון אלה [ההצעה והקיבול] יהיו בסיס לחוזה".

המקרקעין, שביחס אליה ננקטה בשלב מוקדם גישה מחמירה יחסית.³² עניינים שהוגדרו בעבר מהותיים או חיוניים הוכרו עם הזמן ככאלה שניתן להשלימם ממקורות חיצוניים – הנוהג והוראות ההשלמה הסטטוטוריות (המיוחדות והכלליות).³³ מנגד, מעת לעת ניתן היה לזהות מגמה שמרנית יותר, שהסתייגה ממתן תוקף להסכמים מוקדמים או, למצער, משימוש נרחב מדי ב"השלמה נורמטיבית".³⁴

ברם, וכאן הנקודה החשובה: להוציא קריאת תיגר שיפוטית יחידה – שתידון להלן – הנמכת רף המסוימות והנכונות להקל בה לא לוו מעולם במחלוקת גלויה אודות מעמדה של המסוימות כתנאי נפרד והכרחי לשכלול חוזה.³⁵

2. הכפירה הגלויה בהנחת החיוניות: פרשת בית הפסנתר

(א) דברי השופט דורנר – והפרשנות שיוחסה להם

קריאת תיגר על הנחת החיוניות – ולמיטב ידיעתי היחידה שנעשתה בריש גלי – נשמעה בפסק דינה של השופטת דורנר בעניין **בית הפסנתר**.³⁶ באותו מקרה שלל בית המשפט המחוזי (במסגרת ערעור) את תוקפו של הסכם פשרה שנערך בין גוף פרטי לבין רשות השידור, בין היתר בנימוק של היעדר מסוימות. בית המשפט העליון הפך את הקערה על פיה ונתן פה אחד תוקף להסכם הפשרה. ההכרעה נעשתה על יסוד כמה נימוקים חלופיים, ובהם הקביעה שעל החסרים בהסכם ניתן להתגבר באמצעות פירושו התכליתי.³⁷ בצד קביעה זו ניתן לאתר בפסק הדין כמה קביעות כלליות יותר, הנוגעות בשאלות המעסיקות אותנו במאמר זה. קביעות אלה משקפות יחס מורכב כלפי שאלת חיוניותה של המסוימות כתנאי לשכלול חוזה.

שניות כזאת באה לידי ביטוי מובהק בדברי השופטת דורנר, שכתבה את פסק הדין העיקרי. מחד גיסא, בפתחו של הדיון הבהירה השופטת דורנר, ברוח הגישה האורתודוקסית, "שמסוימות וגמירת-דעת הם שני יסודות נפרדים" ואף הטעימה במפורש כי "גמירת-דעת עשויה להתקיים בו [בהסכם פשרה] גם בהעדר מסוימות, אף אם זו אינה מאפשרת לשכלל את החוזה שהצדדים גמרו בדעתם לכרות אותו".³⁸ דבריה אלה עולים בקנה אחד עם הגישה האורתודוקסית ועם ההנחה בדבר חיוניותה של המסוימות כיסוד מכונן של הקשר החוזי.³⁹

דא עקא, שבהמשך פסק דינה של השופטת דורנר, בבואה ליישם את הדין על המקרה שלפניה,

נכתבו דברים אלה:

³² לעניין זה ראו: רנר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 41-46, וכן הדיון אצל שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 174-178, המזכירים מגמה זו בצדה של מגמה נוגדת המסתמנת בפסיקה.

³³ בהמשך הדרך אומצה גם דוקטרינת ה"קיום המיטבי"; ראו להלן בה"ש 183.

³⁴ לתיאור המגמה המעורבת ראו לדוגמה: יהודה אדר, "מגמות ותנועות בדין החוזים הכללי – ישראל 2010", **דין ודברים** 41, 54 (התש"ע); דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים**, כרך א', 321-324 (מהדורה שנייה, התשע"ח) (להלן: פרידמן וכהן, מהדורה 2); שלו וצמח, לעיל בה"ש 32; אור יהלום, "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' סבין", **משפטים** מד 325 (התשע"ד).

³⁵ ואף על פי כן, מתחת לפני השטח רחש כל העת באופן סמוי הספק באשר להנחת המסוימות. להלן ב.3.

³⁶ רע"א 4976/00 **בית הפסנתר נ' מור**, פ"ד נו(1) 577 (2001).

³⁷ ראו להלן בטקסט לה"ש 46.

³⁸ שם, בפס' 9.

³⁹ אודה כי השימוש בדיבור "חוזה גמור" לתיאור הסכם נעדר מסוימות אינו נהיר לי. במבט שטחי יש בדברים משום גילוי דעת שהסכם יכול שיהיה "חוזה גמור" אפילו בהעדרה של מסוימות. ברם, לאור הסתירה הברורה בין אמירה כזו לבין הטקסט שקדם לה, כמו גם בינה לבין הטקסט העוקב אותה, סביר יותר להניח שבמילים "חוזה גמור" לא התכוונה השופטת דורנר לרמוז שייכתן חוזה נעדר מסוימות, כי אם לתאר הסכם שאינו בגדר חוזה אף שבעיני הצדדים לו הוא נחזה כ"חוזה גמור" (כגון שצוין בו במפורש שהוא חוזה סופי ומחייב). מכלל דבריה של השופטת דורנר ובפרט מהסיפא להם נראה שלשיטתה, אפילו מתקיימת בהסכם במובהק הדרישה לגמירת-דעת (כך שמדובר ב"חוזה גמור"), הרי שבהעדרה של מסוימות יהיה ההסכם נעדר תוקף משפטי.

מתעוררת השאלה אם ההתחייבות עומדת בדרישת המסוימות. 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 הכלל הוא שהעדר 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. לא זו אף זו, אלא שבהתקיים גמירת-דעת, הרי שבמקום שהעדר המסוימות מונע את אכיפת החיוב יינתן חלף סעד האכיפה סעד של פיצויים.⁴⁰

דברים אלה נתפסו בשעתם כמהפכניים.⁴¹ מלומדים שעסקו במגמות עומק ורוחב בדיני החוזים ראו בהם דוגמה מובהקת לאקטיביזם שיפוטי, המבקש לצמצם את משקלם של מבחנים משפטיים פורמליים ולהרחיב את שיקול הדעת השיפוטי בשאלות של כריתת חוזה.⁴² פסק הדין נזכר בספרות המשפטית ככזה שבו "הוצג מבחן המסוימות כלא-קיים כמעט",⁴³ או ככזה המעגן גישה שלפיה "ניתן להתעלם במידה רבה מדרישת המסוימות".⁴⁴

(ב) עמדת השופטת דורנר – ניתוח ביקורתי

אין ספק כי 'הרוח המנשבת' מן הפסקה שצוטטה לעיל ממעיטה מחשיבותה של דרישת המסוימות בהשוואה לדרישה לגמירת דעת. העניין עולה הן מאזכור המגמה המודרנית הגלובאלית לייחס לדרישה משקל מופחת או לוותר עליה כליל, הן מן הקביעה הנחרצת ביחס לעמדת המשפט המקומי, הישראלי. אכן, אם נתמקד אך ורק בחלקו הראשון של המשפט השני הנכלל במובאה דלעיל – זה הקובע שבשיטתנו "העדר מסוימות לא ישמש עילה לצד לחוזה להשתחרר מחיוב שנטל על עצמו מתוך גמירת-דעת" – נוכל להתרשם שמדובר בקריאת תיגר ישירה וגלויה על הנחת החיוניות: אם היעדר מסוימות אינו עילה להשתחררות מחיוב שניטל מתוך גמירת-דעת, פשיטא שיסוד המסוימות אינו חיוני, ושדי בגמירת-דעת כדי לשכלל חוזה.

חרף כך, ייתכן שלדברי השופטת דורנר בפרשת **בית הפסנתר** יוחסה מידה מופרזת של "מהפכנות". ייחוס עמדה מהפכנית לדברים הוא אפשרי רק אם מתעלמים מאחריתו של המשפט, שראשיתו הובאה בפסקה הקודמת. בחינת המשפט בשלמותו, לעומת זאת, מלמדת כי לשיטתה של דורנר ניתן להתגבר על היעדר מסוימות רק אם מתקיים לפחות אחד מבין שני תנאים:

- 1) ניתן לפרש את החיוב באופן שניתן לקיימו גם בהינתן החסר שנגלה בהסכם;
- 2) ניתן להשלים את החסר בהסכם באמצעות מנגנוני השלמה שנקבעו בחוק או בפסיקה.

⁴⁰ שם, בפס' 12.

⁴¹ פסק הדין זכה אפילו בסיקור עיתונאי: צבי נח, "בית המשפט העליון – במשפט המודרני, דרישת המסוימות איבדה מחשיבותה. הכלל הוא, שהעדר מסוימות לא ישמש עילה לצד לחוזה להשתחרר מחיוב שנטל על עצמו מתוך גמירת-דעת", גלובס (7.10.2001), <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=525945>.

⁴² ראו בעיקר: סיני דויטש, "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים", **מאזני משפט** 21, 48-50 (התשס"ז); מנחם מאוטנר, "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17, 60-61 (התשס"ה).

⁴³ מאוטנר, שם, בעמ' 60.

⁴⁴ סיני דויטש, לעיל הי"ש 42, בעמ' 49.

מתברר אפוא, כי בניגוד לתיאור המקובל של עמדתה, אין זה ברור לחלוטין שהשופט דורנר אכן צידדה בויתור על המסוימות כל אימת שמתקיימת גמירת דעת. בעניין זה קיימות העדות סותרות: מחד גיסא, אין למצוא בדבריה היתר מפורש להשלמה נורמטיבית של עניינים מהותיים. ניתן אפוא לפרשם בלא מאמץ ניכר כהיתר לעריכתה של השלמה כזאת רק כשהחסר נוגע בעניינים בעלי חשיבות משנית. מנגד, קיימים גם רמזים הפוכים, העשויים להצדיק פירוש מרחיב יותר של דבריה, העולה בקנה אחד עם הכרה באפשרות של ויתור על דרישת המסוימות (ושל מתן היתר מרחיב להשלמה נורמטיבית מהותית).⁴⁵ יהיו הדברים כאשר יהיו, ברור כי שאלת ההשלמה המהותית לא היתה צריכה להכרעה בפרשת **בית הפסנתר**: בנסיבות המקרה ריפאה השופטת דורנר את החסר הלכאורי בהסכם בדרך של פירושו מתוכו ולא בדרך של השלמה נורמטיבית.⁴⁶

לסיכום: אף שמן הרישא לדברי השופטת דורנר עולה האפשרות שהסכם נעדר מסוימות יזכה בתואר "חווה" ואף ייאכף (באמצעות חיוב המפר בפיצויים), הרי שמן הסיפא לדבריה עשויה להשתמע מסקנה הפוכה. הנה כי כן, המשפט שבו כלולה האמירה המהפכנית ביותר שיצאה מלפני בית המשפט העליון בסוגיית המסוימות סובל ממתח פנימי, ושני חלקיו אינם מתיישבים זה עם זה.⁴⁷

פרט לקושי הנובע מניסוחם המפותל של הדברים – ומהיותם סותרים את דברי השופטת דורנר בפסקה קודמת⁴⁸ – קשה לייחס לדבריה חשיבות רבה משלושה טעמים נוספים. ראשית, כאמור, ה'כלל המהפכני' לא היה אלא אמרת אגב שלא נדרשה להכרעה. שנית, לקביעתה המהפכנית (לכאורה) של השופטת דורנר לא הובאו בפסק דינה תימוכין מתאימים. התימוכין היחידים שהובאו היו הוראת דין זרה בקודקס המסחרי האחד האמריקני, שלטעמי דווקא מעגנת את דרישת המסוימות;⁴⁹ וכן פסק דין של בית המשפט העליון, שגם בו אין למצוא כל תמיכה באפשרות של ויתור עליה.⁵⁰ לבסוף, בפרשת **בית הפסנתר** עצמה הביעה השופטת ביניש, עם שהצטרפה להכרעת

⁴⁵ לדוגמה, מן המשפט השלישי (והאחרון) במובאה שהובאה בטקסט משתמע כי לשיטתה של השופטת דורנר, במצב שבו קיימת גמירת-דעת אך אין מסוימות ישפיע היעדר המסוימות על סוג הסעד שיינתן לנפגע מהפרת החווה (פיצויים חלף אכיפה) אך לא יביא לשלילת תוקפו של ההסכם. לשון אחר, הסכם נעדר מסוימות יכול שייחשב חווה בר-תוקף, אלא שהתרופה הרגילה בגין הפרתו תהיה פיצוי בגין נזקי ההפרה – ולא אכיפה של החיוב המופר. עמדה כזו עומדת בניגוד מובהק לגישה המסורתית, הרואה במסוימות יסוד שבלעדיו לא תיכון מלכתחילה התחייבות חוזית – ולכן גם לא ייפסקו תרופות כלשהן בגין הפרתה.

⁴⁶ "ההתחייבות שנטלה על עצמה רשות השידור היא ברורה... [נציגת] רשות השידור לא ראתה קושי לבצע את ההתחייבות... ההתחייבות היא לכאורה חסרת גבולות, אך זהו חסר מדומה בלבד." פרשת **בית הפסנתר**, לעיל ה"ש 36, בפס" 13.

⁴⁷ האפשרות היחידה שאני רואה ליישוב הסתירה היא לייחס לשופטת דורנר כוונה להכיר בלגיטימיות של שימוש בהשלמה נורמטיבית לצורך מילוי חסר הנוגע לעניינים מהותיים. במקרה כזה ניתן לתאר את עמדתה כך: הסכם יכול שיהיה חסר בנקודה מהותית, ולכן יהיה נעדר מסוימות. חרף כך, בהינתן גמירת-דעת אין מניעה מלהשלים את החסר המהותי בעזרת השלמה נורמטיבית, באופן שיביא להתגברות על הפגם במסוימות. במקרה כזה הליך ההשלמה אינו נעשה לאור ההנחה שדרישת המסוימות התקיימה בהסכם גופו אלא לאור ההנחה ההפוכה – המודגשת ברישא לדברי השופטת – שישוד המסוימות לא נתקיים. דא עקא, שבדברי השופטת דורנר אין כל רמז העשוי לתמוך בפרשנות כזו – או לשלול אותה. זאת ועוד אחרת, כפי שאראה בסמוך, הכלל המאפשר השלמה של עניינים מהותיים נקבע שנים רבות קודם לכן בפרשת **רבינאי** והשתרש בפסיקה. לפיכך, אין זה ברור מה צורך ראתה השופטת לנסחו מחדש בצורה כה מפותלת, במקום להסתמך עליו במישרין כתימוכין לעמדתה. בעניין זה ראו גם להלן בפסקה העוקבת את ה"ש 81.

⁴⁸ ראו לעיל בטקסט לה"ש 38.

⁴⁹ זהו הסעיף כלשונו: "Even though one or more terms are left open, a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy". UNIFORM COMMERCIAL CODE (U.C.C.) § 2-204(3). הוראה זו אינה מניחה מצב שבו הסכם המכר אינו מסוים, משום שאינה מניחה שהפרט החסר הוא מהותי. כל שנקבע בה הוא שחסר שנגלה בהסכם המכר לא ימנע את השתכללותו לכלל חווה, אם קיים "בסיס ודאי מספיק" למתן תרופה. אך האם ייתכן בסיס ודאי למתן תרופה בגין הפרת ההסכם מבלי שתנאיו היסודיים הוגדרו בו? התשובה השלילית נראית לי מובנת מאליה, ואיני רואה בלשון הסעיף כל בסיס לסברה שונה. למעמדה של המסוימות כדרישה חיונית במשפט ההשוואתי, לרבות במשפט האמריקני, ראו להלן ד. 5.

⁵⁰ המדובר בע"א 108/84 סתם נ' אברהם מרקוביץ חברה לבנין ולהשקעות בע"מ, פ"ד מב(1) 757 (1988), שם נעשה שימוש בהוראת השלמה בחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, כדי להתגבר על חסרונו של מפרט טכני בהסכם

הדין של חברתה, הסתייגות חד-משמעית מרוח הדברים. לשיטתה, הגם שחלה ירידה במעמדה של דרישת המסוימות, מדובר עדיין ביסוד חיוני ונבדל מיסוד גמירת הדעת. מכיוון שכך, היעדר מסוימות יכול גם יכול למנוע את שכלול החוזה.⁵¹

טעמים אלה כולם עשויים להסביר את העובדה שהעמדה החתרנית לכאורה שאומצה או נרמזה בדברי השופטת דורנר בפרשת **בית הפסנתר** לא זכתה מאז בתמיכה שיפוטית כלשהי – לא בפסיקות דין ואף לא בהערות אגב.⁵² בחלוף 20 שנה מאותה פרשה ממשכה הנחת החיוניות – לפחות באופן רשמי – לשמש נר לרגליהם של בתי המשפט בכל הערכאות. אלא שלמעשה, כפי שאראה עתה, באופן לא רשמי שונים פני הדברים תכלית השינוי.

3. הכפירה הסמויה בהנחת החיוניות: אימוץ כלל השלמה המהותית

(א) הערה למטרת הדיון

תכלית הדיון עד כה היתה לתאר את דרישת המסוימות ולהדגיש את הדומיננטיות של הגישה האורתודוקסית ושל הנחת החיוניות. ראינו, כי חרף הסערה שחוללו בשעתם דברי השופטת דורנר בפרשת **בית הפסנתר**, מעמדה האיתן של דרישת המסוימות לא נתערער.

חרף כך, יבקש הדיון הנוכחי לערער על תקפותה של הנחת החיוניות, שאותה ביקש המאמר לבסס עד לרגע זה. זאת באמצעות חשיפתו של כלל שיפוטי שקנה לו אחיזה איתנה ברטוריקה של בית המשפט העליון, ואשר ניצב בסתירה חזיתית לדרישת המסוימות. כלל זה – שאותו אכנה "כלל ההשלמה המהותית" – נוסח לראשונה באופן נחרץ ופסקני בפסק דינו המפורסם של השופט ברק בפרשת **רבינאי**.⁵³

כפי שאראה בהמשך, גם דברי השופט ברק נכתבו בגדרה של אמרת אגב.⁵⁴ אלא שבניגוד לדברי השופטת דורנר בפרשת **בית הפסנתר**, שלא קנו לעצמם אחיזה, התקבלה אמרת אגב זו בפסיקה ובספרות כאמת שאין עליה עוררין, ו אף זכתה עם הזמן למעמד של "הלכה" ממש. בסמוך אטען, ש"הלכה" זו יצרה בליבת דיני הכריתה תופעה שאכנה "דיסוננס אנליטי" – מצב שבו הדין מכיר בשני כללי יסוד סותרים החולשים על אותה סוגיה.⁵⁵ דיסוננס זה ייחשף עתה.

למכירת דירה. באותו מקרה, עם שהכיר בתוקף החוזה, שלל בית המשפט את הזכות לאכיפה (בעין) של ההסכם מכוחו של סייג הפיקוח, המעוגן בסעיף 3(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971 (להלן: חוק התרופות). מאחר שחירונו של המפרט הטכני לא נתפס באותה פרשה כחסר מהותי, לא ברורה לי הרלבנטיות שלו כתימוכין לטענה שיתכן חוזה גם בהעדרה של מסוימות. גם השופטת ביניש עמדה בפסק דינה על היעדר הרלבנטיות של פסק הדין לביסוסה של טענה כזו (פרשת **בית הפסנתר**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 591).

שם, בעמ' 591-592.⁵¹
פסק הדין זכה אמנם למספר רב של אזכורים בכל הערכאות, אך זאת בעיקר כאסמכתא לנטייה השיפוטית להימנע מביטולם של הסכמי פשרה שקיבלו תוקף של פסק דין. לא מצאתי ולו מקרה אחד שבו נעשה שימוש בדברי השופטת דורנר כעוגן להכרה שיפוטית בתוקפו של חוזה נעדר מסוימות. בע"א 692/12 **פרידמן נ' שפירא** (7.8.2013) העניקה השופטת ברק-ארוז פירוש מרוכך מאוד לדברי השופטת דורנר בציינה (תוך אזכור פסק דינה) כי "בחוזים שבהם יסוד גמירות הדעת הוא ברור, יש בכך כדי לחזק חולשה מסוימת ביסוד המסוימות." שם, בפס' 35. אין אפוא יסוד לקביעתו הגורפת של יהלום, לעיל ה"ש 34, בעמ' 33, כי הגישה הליברלית שבאה לידי ביטוי בפרשת **בית הפסנתר** "משקפת את עמדתו של בית המשפט... לאורך שלושת העשורים האחרונים". מדויק יותר לומר כי בסוגיה זו התגלו לאורך העשורים האחרונים גישות שונות, וכי הגישה הקיצונית שהציגה השופטת דורנר בפרשת **בית הפסנתר** אינה משקפת כלל ועיקר את עמדתה הרשמית של הפסיקה.⁵²

לעיל ה"ש 12.⁵³
להלן ה.1(ג).⁵⁴

לעיון בהקשר אחר שבו בתהליך הדרגתי ובלתי מודע אימצו דיני הפיצויים שני כללים בעלי אופי סותר החולשים על אותה סוגיה, ראו: יהודה אדר, "הקטנת נזק ואשם תורם – הילכו שתיים יחדיו?" **משפט ועסקים** י 381 (התשס"ט). את הניגוד האידיאולוגי העמוק בין שתי דוקטרינות-אחיות אלה ואת השלכותיו על דין הניקין האנגלו-אמריקני הארתי במאמרי: Yehuda Adar, *Comparative Negligence and Mitigation of Damages*, 31 QUINNIPIAC L. REV. 783, 810-828 (2013) – אף על פי כן, ראוי לחדד הבדל חשוב בין שני הדיסוננסים: ראשית, הדיסוננס בין הקטנת נזק לאשם תורם רוכז במידת מה בעזרת ההפרדה הכרונולוגית שביצעה הפסיקה בין הדוקטרינות (כך שהראשונה תחול בשלב הטרם-עוולתי, והאחרת – בשלב הבתר-עוולתי). שנית, הפסיקה מעולם לא ניסחה את כללי הקטנת הנזק והאשם התורם כשני כללים

(ב) פרשת רבינאי – לידתו של כלל ההשלמה המהותית

כלל ההשלמה המהותית, הציר שעליו סובב חיבור זה, נוסח לראשונה באופן בהיר ונחרץ בפסק דינו המנחה של השופט ברק בפרשת רבינאי.⁵⁶ הקורא יזכור בוודאי כי בפרשה זו ביסס השופט ברק את הגישה האורתודוקסית, בהדגישו כי יסוד המסוימות הוא תנאי חשוב, הכרחי, עצמאי ונבדל מיסוד גמירת הדעת.⁵⁷ והנה, מתברר כי באותה פסקה, שבה תיאר את המסוימות כדרישה מכוונת שאין בלתה, השמיע השופט ברק בסמוך דברים אלה:

דרישה זו רוככה במשך הזמן, והכלל עתה הוא, כי במקום שהמבחן הראשון מתקיים, דהיינו, קיימת כוונה של הצדדים ליצור קשר משפטי מחייב, אין צורך כי כל התנאים החיוניים והמהותיים יופיעו "שחור על גבי לבן" בזכרון הדברים עצמו. את התנאים המהותיים והחיוניים הנוכחים "פיזית" בזכרון הדברים ניתן להשלים "באופן נורמטיבי", אם לא משתמעת כוונה אחרת, באמצעות הוראות חוק משלימות[...]. לשון אחרת: אין זה הכרחי כי כל היסודות המהותיים והחיוניים יהיו כתובים בגוף זכרון הדברים, ופרטים חיוניים חסרים הניתנים להשלמה על-ידי החוק מצטרפים ליסודות החיוניים הנזכרים בגוף המסמך והמהווים יחדיו את היסודות החיוניים על-פיהם נקבע תוקפו של זכרון הדברים[...].⁵⁸

קשה להפריז בחשיבותם של הדברים ובהשלכותיהם על מעמדה של דרישת המסוימות. השופט ברק (כתוארו אז) הבהיר כאן – בניגוד גמור למה שנאמר על ידו שורות ספורות קודם לכן – כי בהינתן כוונת התקשרות אין הכרח שהסכם מוקדם יכלול את כל הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה על מנת שיוכר כחוזה. סתירה זו בולטת עד כדי כך, שניתן היה לחשוב כי מדובר בפליטת קולמוס. ולא היא – השופט ברק שב וחזר על קביעתו פעמיים ברצף ללמדנו שאין כך הדבר – ואף חזר והסתמך על הכלל פעם נוספת בהמשך פסק דינו.⁵⁹ כפי שיובהר מיד, קביעות אלה מכרסמות כרסום של ממש בדרישת המסוימות, עד כדי עקירתה מן השורש.⁶⁰

הסותרים זה את זה. לעומת זאת, כפי שנראה להלן, פסקה 7 בפרשת רבינאי כורכת יחדיו – באופן חד וברור – שני כללים סותרים לחלוטין. דיסוננס אנליטי או נורמטיבי עשוי לעתים להתגלות גם במסגרתו של פסק דין יחיד, כאשר ההנמקה המשפטית (הרציו הגלוי) אינה תואמת את הנימוק האמיתי שמאחורי ההכרעה (הרציו הסמוי). בדיסוננס כזה – ובהשלכותיו השליליות הפוטנציאליות – דנתי בהקשר לסוגיית צירוף התרופות: יהודה אדר ומשה גלברד, "השבה, פיצויים, צירוף תרופות וחופש חוזים – עיון בדיני התרופות לאור ע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ", משפטים מ 827, 884-885 (התשע"א).

פרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12.

לעיל בטקסט לה"ש 12.

פרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12, פס' 7.

בפסקה 9 (ג) לפסק הדין בחן השופט ברק את עמידת ההסכם בדרישת הכתב. לעניין זה למד השופט ברק גזירה שווה מכלל ההשלמה המהותית, שלשיטתו "ריכך" את דרישת המסוימות, על ריכוכה של דרישת הכתב: "כשם שלענין דיני זכרון הדברים, לא כל הפרטים המהותיים והחיוניים צריכים להיכתב "שחור על גבי לבן" בזכרון הדברים עצמו, ואת שהחסירו הצדדים ניתן להשלים על ידי הוראות חוק משלימות (ראה פסקה 7 לעיל), כך גם לענין סעיף 8 לחוק המקרקעין...".

למעשה, ייתכן שכבר בפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר בפרשת זנדבנק, לעיל ה"ש 9, ניתן לזהות הכרה מרומזת באפשרות של השלמה מהותית. אמנם, בפסק הדין קובעה הנחת החיוניות והוגדרה המסוימות כתביעה להסכמה ברורה על "מהותה ותחומיה" של העסקה תוך פירוט של "עיקרי הדברים" (שם, בפס' 6.א). בד בבד, בדונו בהשלמה מכוח החוק הדגיש השופט שמגר לא את ההבחנה בין פרטים מהותיים לבלתי-מהותיים אלא בין פרטים "שהעדרם הופך את ההצעה לבלתי-שלמה ובלתי-מנובשת" לבין פרטים ונתונים שלגביהם "צפה המחוקק מראש את האפשרות שלא יפורטו בחוזה מתוך סיבה זו או אחרת וראה לקבוע בחוק החרות מה ההוראה שתחול אוטומטית ומכוח החוק, אם לא הוסכם אחרת בין הצדדים..." (שם). ניסוח זה מותיר מקום לפירוש שלפיו הדין המשלים יכול לסייע גם בהשלמת עניינים מהותיים, מה עוד שזכורות כדוגמה גם הוראות השלמה העוסקות לכאורה בעניינים כאלה (סעיפים 45 ו-46 לחוק החוזים). מנגד, קיימות גם אינדיקציות המלמדות שהשופט שמגר לא העלה בדעתו אפשרות של השלמה בנקודה מהותית. ראו להלן בטקסט לה"ש 225-227. כפי שעוד יובהר,

ג) משמעותה העיונית של השלמה מהותית: כפירה (ולא הקלה) בדרישת המסוימות

כפי שראינו, ההגדרה המקובלת לדרישת המסוימות, שהשופט ברק בפרשת **רבינאי** נטל חלק פעיל בניסוחה ובעיצובה, תובעת כי *הסכמת הצדדים – היא עצמה – תכלול את כל הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה*. עוד ראינו כי עמדה זו זכתה ועדיין זוכה בגיבויין הגורף של הפסיקה ושל הספרות המשפטית.⁶¹ אף על פי כן – עניינו הרואות שכבר בפרשת **רבינאי** עוצב כלל שהעניק לבית המשפט סמכות "להשלים נורמטיבית" לא רק פרטים בעלי חשיבות משנית, כי אם גם עניינים "מהותיים וחיוניים". זאת, כל עוד אותר דין משלים רלבנטי, וכל עוד מבטא ההסכם את רצון הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב.⁶²

הסמכה כזו של בית המשפט להשלים עניינים מהותיים מבטאת, לעניות דעתי, כפירה ברורה בדרישת המסוימות. הדברים פשוטים: אם בית המשפט מוסמך "להשלים באופן נורמטיבי" גם חסר הנוגע ב"מהותה ותחומיה של העסקה",⁶³ פירוש הדבר הוא שעיקרי העסקה אינם חייבים להיקבע בידי הצדדים. אלא שקביעה כזאת עומדת בסתירה חזיתית לדרישת המסוימות ולהנחה כי המסוימות היא יסוד חיוני שאין לוותר עליו.

כלל השלמה המהותית יוצר אפוא בלב ליבם של דיני כריתת החוזה דיסוננס אנליטי – מצב שבו מסגרת נורמטיבית אחת מכילה, בעת ובעונה אחת, שתי נורמות סותרות: האחת (דרישת המסוימות) קובעת שבהעדרו של פרט מהותי או חיוני לעולם לא יינתן להסכם תוקף חוזי; ואילו הנורמה האחרת (כלל השלמה המהותית) קובעת את ההיפך, בהתירה השלמה נורמטיבית של חסר הנוגע בעניין מהותי או חיוני.⁶⁴

אכן, פסקה 7 בפרשת **רבינאי** מגלמת מתח בלתי ניתן ליישוב בין שתי עמדות מנוגדות בתכלית: מחד גיסא נקבע בה, ברוח הגישה האורתודוקסית, כי המסוימות היא דרישה חיונית שאין לוותר עליה *אפילו בהינתן גמירת דעת*. מאידך גיסא, נקבע בהמשכה גם היפוכו של דבר: בהינתן גמירת דעת גם הסכם שחסרה בו התייחסות לעניין מהותי (קרי – הסכם בלתי מסוים) עשוי לשכלל חוזה, ובלבד שיש בנמצא הוראות השלמה מתאימות.

כיצד ניתן להסביר את ניסוחן של שתי עמדות הפוכות בתכלית במסגרתה של אותה פסקה ממש, באחת הפרשות המכוננות בדיני כריתת החוזה? האם מדובר באמרת אגב שאין לייחס לה חשיבות? שמא בפנינו קריאת תיגר אמיתית על הנחת החיוניות? כיצד, אם בכלל, השפיע כלל השלמה המהותית שהוצע בפרשת **רבינאי** על עיצוב פניו של דין כריתת החוזה במשפט הישראלי? האם כלל זה הוא רצוי? בעימות בינו לבין כלל המסוימות – למי ראוי שתינתן הבכורה?

הפסיקה המאוחרת רוויה באמירות סותרות ומנוגדות, המשקפות בעת ובעונה את שני הכיוונים המנוגדים שהתוותה הפסיקה בפרשות **זנדבנק** ו-**רבינאי**.
ראו לעיל ב.1. (א) ו-ב.1. (ב).
61 במאמרי הנ"ל בה"ש 2 בחנתי בהרחבה את ההתפתחות שעבר המושג "גמירת דעת". אסתפק כאן בציון העובדה שבראשית דרכה זיהתה הפסיקה את המושג עם הכוונה להתקשר בחוזה, אך בהמשך הדרך עברה ההגדרה שינוי מהותי שפתח פער סמנטי של ממש בין גמירת הדעת לבין יסוד הכוונה המשפטית. ראו שם, בפרק ג.
62 כלשונו של השופט שמגר בפרשת **זנדבנק**, לעיל ה"ש 9, שדבריו הובאו בטקסט לה"ש 10.
63 מובן, שאם מאמצים הגדרה מעגלית, שלפיה המסוימות אינה מוחלת על ההסכם שבין הצדדים אלא נבחנת רק בסופו של תהליך השלמה הנורמטיבית, נמנעת הסתירה – אך זאת רק במחיר הכבד הכרוך באימוצו של מהלך כזה: חיסולה הלכה למעשה של דרישת המסוימות במובנה המקובל. אפשרות אחרת היא להציע כי הפרטים ה"מהותיים והחיוניים" המופיעים בחלקה הראשון של פסקה 7 בפסק דינו של השופט ברק בפרשת **רבינאי** אינם אותם הפרטים ה"מהותיים והחיוניים" המופיעים בחלקה השנייה של הפסקה. לא מצאתי כל בסיס להבחנה כזו בפסיקה או בספרות המשפטית, ואני סבור כי אין לסברה כזו על מה שתסתמך. מכל מקום, כל הצעה להבחנה כזו תידרש להתמודד עם הקושי שיווצר ממתן מובנים שונים למושגים זהים.
64

למרבה הפלא, בפסיקה ובספרות המשפטית לא נדונו עד כה שאלות אלה באופן ישיר ומפורש. הדיסוננס האנליטי שכלל ההשלמה המהותית יצר בלב ליבם של דיני כריתת החוזה שלנו לא זוהה בפסיקה, כמעט שלא נדון בספרות המשפטית, ובוודאי שלא זכה בדיון המעמיק המתחייב מהשלכותיו מרחיקות הלכת. 'העלמת עין' כזו ניתן היה אולי להבין, אילו נותרה קביעתו של השופט ברק בגדר קביעה יחידאית שנשתכחה מלב (דוגמת זו שהושמעה בפרשת **בית הפסנתר**). אלא שלא זה היה גורלו של כלל ההשלמה המהותית: לא רק שהכלל לא נדחה ואף לא סויג בפסיקה עתידית, אלא שהוא הלך והשתרש עד שהפך ל"הלכה" שאין מהרהרים אחריה עוד.⁶⁵

אמנם כן, הפסיקה והספרות הכירו בגלוי ובאופן עקבי בכך שכלל ההשלמה המהותית מבטא **הקלה או ריכוך** בדרישת המסוימות.⁶⁶ ברם, ההכרה בכלל לא נתפסה מעולם כקריאת תיגר על עצם הדרישה למסוימות כיסוד מכוון חיוני של כל חוזה.

הניתן להצדיק רטוריקה מסורתית ועקבית זו, המציגה את האפשרות להשלמה מהותית כעידון גרידא של דרישת המסוימות? לטעמי, התשובה שלילית. ראייה סלחנית כזו של כלל ההשלמה המהותית, שאפיינה עד היום את גישתן של הפסיקה ושל הספרות, אינה מובנת לי, ולדעתי אינה ניתנת להצדקה.⁶⁷

אכן, מן ההכרח להבחין, לוגית ואנליטית, בין הקלה או ריכוך בדרישת המסוימות לבין חתירה תחתיה. ריכוך בדרישת המסוימות יכול שיתבטא בנכונות שיפוטית להנמיך את 'רף המסוימות', כך שעניין שסווג בפסיקה קודמת כמהותי יוגדר מעתה כבלתי מהותי (או כבלתי מהותי בהכרח).⁶⁸ ריכוך יכול שיתבטא גם בנכונות להכיר בהסכם קצר במיוחד כחוזה, תוך הכרה באפשרות להשלים נורמטיבית יותר מאשר פרט חסר אחד, ואולי אף פרטים רבים שההסכם שותק לגביהם.⁶⁹ פסיקות כאלה – אף שהן משקפות גישה ליברלית כלפי דרישת המסוימות, אינן מערערות על עצם קיומה ואינן מעקרות אותה מתוכן. הן מגמישות ומתאימות את תוכנה לתפיסותיו המשתנות של בית המשפט מעת לעת באשר לרמת הפירוט המתחייבת בעסקה פלונית או בסוג מסוים של עסקאות.⁷⁰ כל זאת מבלי שיהא בריכוך כדי לערער את הנחת היסוד שלפיה בהעדר הסכמה אקטואלית של צדדים להסכם על מכלול העניינים המהותיים לא יכיר בית המשפט – לעולם – באותו הסכם כחוזה.

מנגד, הקביעה כי גם פרט מהותי או חיוני נתון להשלמה נורמטיבית אין פירושה ריכוך או הקלה בדרישת המסוימות; משמעותה התנערות כללית וטוטאלית מן המחויבות לדרישה זו. קביעה כזו משמיעה כי במישור העקרוני **בית המשפט אינו מנוע מלהשלים כל חסר שהו א בהסכם המובא בפניו, ובלבד שניתן להצביע על דין משלים כלשהו (דבר חקיקה, הלכה פסוקה, היקש, וכו') שבכוחו למלא בתוכן את שהחסירו הצדדים. גישה כזו מתלה את סמכות ההשלמה לא במה שיש בהסכם החסר (או במה שאין בו) אלא אך ורק בזמינותם של ערוצי השלמה חיצוניים לו.**⁷¹

⁶⁵ ראו להלן בפרק הבא.

⁶⁶ למעשה, כך הוצג הכלל כבר מראשית דרכו (ראו הציטוט מפרשת **רבינאי** המובא לעיל בטקסט לה"ש 58). ראו גם להלן ג.1(ב).

⁶⁷ בהסברים אפשריים ליחסן הסובלני של הפסיקה ושל הספרות לכלל ההשלמה המהותית אני דן להלן בפרק ב.3.

⁶⁸ מגמה כזו ניכרת בבירור ביחסה של הפסיקה לסוגיית מועדי התשלום, מועדי הביצוע, וסוגיות נוספות כגון נטלי מיסוי ומועדי העברת חזקה ובעלות. ראו להלן בפרק ד.2(ה).

⁶⁹ מגמה זו בלטה בע"א 235/75 **קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש**, פ"ד (1) 800 (1976), שבה הוכרה קבלה על חשבון תשלום כחוזה מכר מקרקעין, תוך שבית המשפט משלים את מועדי התשלום, המסירה והעברת הבעלות, כמו גם את הסדרי המיסוי.

⁷⁰ על הגמישות הטבועה בדרישת המסוימות ועל חשיבותו של מאפיין זה ראו להלן ד.2(ג).

⁷¹ ולמען הדיוק: גם בהעדרה של הסכמה נוגדת של הצדדים. סייג זה להשלמה נורמטיבית עוגן כבר בפרשת **רבינאי** (ראו לעיל בטקסט לה"ש 58). נזכיר עוד שכלל ההשלמה המהותית אינו מאפשר להשלים חסר שאין לגביו מקורות השלמה בדיון (כדוגמת זהות הצדדים או סוג העסקה שהצדדים מבקשים להתקשר בה). ברם, העובדה שלא כל חסר ניתן להשלים נורמטיבית אינה גורעת כהוא זה מתוקפו של הטיעון העקרוני שבטקסט.

לפי אותה גישה, אם יש בנמצא נוהג, הוראת דין, דוקטרינה הלכתית, או אפילו עקרון יסודי (כדוגמת עקרון תום הלב) שמכוחם ניתן להשלים את החסר בהסכם, הרי שאין כל מניעה מלעשות כן. זאת, אפילו לגבי עניין מהותי, ולכאורה – אפילו לגבי יותר מעניין מהותי אחד. לדוגמה, אם בהסכם מכר לא קבעו הצדדים את מחיר הממכר או את סוגו או שבהסכם קבלנות נמנעו מלהגדיר את סוג העבודה או איכותה, אין בכך כלום: בית המשפט רשאי (ושמא נאמר אף חייב?) לפנות להוראות ההשלמה הרלבנטיות, ומכוחן יוכל להשלים את החסר ולשכלל חוזה מכר או חוזה קבלנות.⁷² לטעמי, גישה כזו, המתירה השלמה נורמטיבית של עניין מהותי – אפילו אחד ויחיד – אינה יכולה להתפרש אלא כהתנערות מדרישת המסוימות במובנה המקובל.⁷³

המסקנה המתחייבת מכל הנאמר עד כה היא, לטעמי, חדה וברורה: כל ניסיון להציג את כלל ההשלמה המהותית כביטוי לריכוך או להקלה בלבד בדרישת המסוימות – נדון לכישלון. כלל ההשלמה המהותית, כפי שעוצב בפרשת **רבינאי**, אינו מרכז את דרישת המסוימות: הוא עושה אותה פלסטר. אימוצו שקול לזניחה מוחלטת של הגישה האורתודוקסית, אשר בליבתה ניצבת הנחת החיוניות של יסוד המסוימות.

ב. התגובה לדיסוננס האנליטי: יחסן של הפסיקה והספרות

1. יחסה של הפסיקה לכלל ההשלמה המהותית

(א) אימוצו הגורף של כלל ההשלמה המהותית

עיון בפסיקתם של בתי המשפט בישראל מגלה שכלל ההשלמה המהותית נזכר ואף צוטט כלשונו, בלא כל הסתייגות, בעשרות פסקי דין בכל הערכאות.⁷⁴ לא זו אף זאת: לא אחת מאוזכר הכלל תוך שבית המשפט מייחס לו מעמד של "הלכה" ממש, ואפילו "הלכה מושרשת".⁷⁵ לשם הדגמה, בפרשת **דור אנרגיה**,⁷⁶ ציטט השופט אור מדברי השופט ברק בפרשת **רבינאי** באריכות ובהסכמה מלאה, ותיאר את דבריו כפסיקה מחייבת.⁷⁷ השופט אור חזר והכיר בכלל ההשלמה המהותית גם בפרשה נוספת, שבה כתב דברים מפורשים:

⁷² ראו לדוגמה את הוראות סעיפים 45 ו-46 לחוק החוזים, העוסקות בהשלמה של נושאים כאלה.
⁷³ מבחינה עקרונית אין כל הבדל בין השלמה נורמטיבית של פרט מהותי אחד לבין השלמה של שני פרטים מהותיים או יותר. זהו הבדל כמותי גרידא. אני מתקשה לראות מהו הבסיס העיוני העשוי להצדיק מגבלה טכנית כזו – שהפסיקה לא הכירה בה מעולם – על מספר העניינים הניתנים להשלמה.
⁷⁴ בדיקה שערכתי במאגר הפסיקה הממוחשב של חברת "נבו" (בתאריך 31.5.20) מעלה שהחלק הרלבנטי מפסק דינו של השופט ברק בפרשת **רבינאי**, שבו מעוגן כלל ההשלמה המהותית, צוטט כלשונו ב-37 פסקי דין לפחות, מתוכם 3 עליונים, 14 מחוזיים, ו-20 פסקי דין של בתי משפט השלום. בצד אלה ישנם פסקי דין רבים שהסתמכו על כלל ההשלמה המהותית מבלי לצטט את הדברים כלשונם (ראו לדוגמה את האסמכתות המובאות בהערה הבאה).
⁷⁵ תחנה חשובה בהשתרשות הכלל שימש פסק דינו החשוב של השופט מצא בע"א 692/86 **יעקב בוטקובסקי ושות' – חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת**, פ"ד מד(1) 57 (1989). באותה פרשה ידועה (בפס' 10) קביעה בית המשפט את כלל ההשלמה המהותית כרלבנטי לעניין חסר בדרישות הכתב והמסוימות גם יחד תוך שהוא חוזר, כמעט מילה במילה, על דברי השופט ברק בפרשת **רבינאי** ומייחס להם מעמד של קביעה הלכתית ("לימים נקבע"). הראשון שייחס לדברי השופט ברק מעמד של "הלכה" ממש היה ככל הנראה השופט מלץ בעניין **רכסים**, לעיל הי"ש 27, בפס' 13. בהמשך אומץ הכלל על ידי השופט דב לוין, שבסמוך לאזכור הדרישה להימצאות כל התנאים המהותיים בהסכם מקרקעין כתנאי לתוקפו ציין ש"מבחן המסוימות רוכך בפסיקה, שהכירה בזיכרון דברים כמסוים דיו, גם כאשר לא הופיעו בו כל התנאים המהותיים והחיוניים לעיסקה...". עניין **שומרוני**, לעיל הי"ש 21, בפס' 7. ראו בדומה גם את דבריו בע"א 133/89 **החברה לפיתוח חוף התכלת (תל-אביב-הרצליה) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה**, פ"ד מז(5) 689, פס' 21 (1993) בפס' 33: "בהעדר קביעה אחרת, רואים את הצדדים לחוזה כמסכימים מכללא להסדר שבדין, ולפיכך ניתן להחיל הסדר זה באופן שהפרטים החסרים יושלמו מכוחו, וההסכם לא יהיה עוד נגוע בחוסר מסוימות."
⁷⁶ לעיל הי"ש 21.
⁷⁷ שם, בפס' 15.

**עם השנים רוכך מבחן המסוימות בפסיקה, אשר הכירה בהסכם כמסוים
דיו, גם כאשר לא הופיעו בו כל התנאים החיוניים לעסקה, וזאת נוכח
האפשרות להשלים פרטים אלה באמצעות הוראות חוק נורמטיביות.⁷⁸**

ההכרה השיפוטית הגלויה בכלל ההשלמה המהותית לא חדלה מעולם, ויש לה ביטוי גם בפסיקות חדשות של בית המשפט העליון מהעשור האחרון. לדוגמה, בפרשה משנת 2013 תיארה השופטת ברק-ארז את כלל ההשלמה המהותית ככזה שריכך את דרישת המסוימות, כך שזו עשויה להתמלא גם כשחלק מהפרטים המהותיים לעסקה חסרים בה.⁷⁹ בשני פסקי דין של בית המשפט העליון מן העת האחרונה מופיעים תיאורים דומים.⁸⁰ באופן טבעי, גלשה ההכרה בכלל ההשלמה המהותית גם לערכאות הדיוניות.⁸¹

מתברר אם כן, כי הגם שבפרשת **בית הפנתור** לא סופקו תימוכין כלשהם לכלל המהפכני שהציעה לכאורה השופטת דורנר – הרי שתימוכין כאלה יכלו להימצא – ובשפע. קביעתה של השופטת דורנר כי בהתקיים גמירת-דעת לא יישלל מהסכם תוקף חוזי רק בשל היעדר מסוימות אינה אלא ניסוח אחר – מפורש וגלוי יותר – של אותה כפירה סמויה בדרישת המסוימות המתבטאת באימוצו של כלל ההשלמה המהותית.

(ב) הסימביוזה המוזרה בין כלל המסוימות לכלל ההשלמה המהותית

חשוב לשוב ולהדגיש: בצד דבקוּתה העקבית בכלל ההשלמה המהותית המשיכה הפסיקה לדבוק גם בגישה האורתודוקסית על שתי הנחותיה – הנחת העצמאות והנחת החיוניות. יתר על כן, ניתן אף למצוא הצהרות שיפוטיות המבהירות כי לא תיתכן מסוימות מבלי שהסכמת הצדדים תכיל – היא עצמה – התייחסות לכל העניינים המהותיים לעסקה הנדונה.⁸² אמירות אלה שבות ומדגישות את מושכל היסוד שכלל ההשלמה המהותית עמעם: לשם עמידה בדרישת המסוימות אין ההסכם חייב לכלול את כל הפרטים הרלבנטיים לקיומו, אך הוא חייב להכיל את כל הפרטים המהותיים. פרטים אלה (להבדילם מפרטים שאינם מהותיים) לא יוכל בית המשפט להשלים נורמטיבית. לדוגמה, בדחותה בקשה לדיון נוסף על פסק דין שנתן תוקף לזכרון דברים חרף העדרם של מועדי תשלום, הדגישה הנשיאה (דאז) נאור כי: "מקום בו הצדדים התכוונו לקשור עצמם בהסכם מחייב והסכימו על הפרטים המהותיים לשיטתם, ניתנים יתר הפרטים להשלמה נורמטיבית."⁸³

⁷⁸ פרשת **תמגר**, לעיל ה"ש 21, בפס' 10.
⁷⁹ ע"א 9255/11 **דניאל נ' פלונית** (11.8.2013), בפס' 19. ניסוח דומה הופיע שנים אחדות קודם לכן בפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **עזני**, לעיל ה"ש 30, בפס' 9.
⁸⁰ ע"א 6235/15 **חלאק נ' כריים** (15.2.17); עניין **שיבלי**, לעיל ה"ש 21. המובאות הרלבנטיות מובאות להלן בטקסט לה"ש 85 ובטקסט לה"ש 185.
⁸¹ ראו לדוגמה: ת"א (מחוזי-ת"א) 37725-06-12 **אנידז'ר נ' רימון**, פס' 9 (2.12.2012); ת"א (שלום-ת"א) 6802/92 **גריידי נ' מור**, פס' 26 (3.5.2000); ת"א (שלום-ת"א) 101769/99 **כהן נ' טרבלסי**, עמ' 7-8 (20.12.2001). כאמור לעיל, הכלל אוזכר בפסקי דין נוספים, בכל הערכאות.
⁸² אין כוונתי כאן לעמדה השמרנית יוצאת הדופן שהביע השופט גרוניס בע"א 10859/07 **חברה קדישא גחש"א נ' לוי** (22.1.2012), שם הסתייג באופן כללי מהשלמה נורמטיבית – מבלי להבחין בין השלמה מהותית להשלמה אחרת. לדיון בפסק דין חשוב זה ובהשלכותיו האפשריות ראו: Yehuda Adar, *Law of Contracts*, Ch. 4 in THE ISRAELI LEGAL SYSTEM, 69, 74-77 (Nomos) (B. Medina, C. Walter, L. Scholz & H.B. Wabnitz eds., Hart Publishing, Baden-Baden, Germany, 2019), ראו גם יהלום, לעיל ה"ש 34.
⁸³ דני"א **רוזנברג**, לעיל ה"ש 21, בפס' 10. אירוני הדבר – אך גם אופייני לפסיקה שבסוגיה דן לוקה בהעדר עקיבות – שתימוכין לדבריה מצאה הנשיאה דווקא בפרשות **ריבנאי**, **בוטקובסקי**, ו-**תמגר** (לעיל, בהתאמה, ה"ש 12, 75 ו-21), שבהן עוצב והתקבע כלל ההשלמה המהותית. בדומה, בפרשה מלפני שנתיים, שבה נשלל תוקפו של הסכם בין היתר בהעדר מסוימות, אמרה השופטת ברק-ארז (בדעת מיעוט): "דרישת המסוימות היא תנאי לקיומו של חוזה... יחד עם זאת... נקבע בפסיקה כי מקום בו הסכימו הצדדים על הפרטים המהותיים והחיוניים להתגבשות החוזה תבוא דרישת המסוימות על סיפוקה. במצב דברים זה, יוכל בית המשפט להשלים את הפרטים החסרים..." עניין **שיבלי**, לעיל ה"ש 21, בפס' 36. השופטת ברק-ארז היתה בדעת מיעוט משום שסברה כי הנושאים החסרים

קביעות אלה, אף שלא נוסחו כהתרסה מפורשת כלפי כלל ההשלמה המהותית, סותרות אותו ועולות בקנה אחד עם הגישה האורתודוקסית ועם הנחת החיוניות.

בהקשר זה חשוב לעמוד על סתירה פנימית נוספת, הניכרת בפער בין יחסה של הפסיקה כלפי השלמה מהותית סטוטורית לבין גישתה להשלמה מהותית מכוחו של נוהג רלבנטי (פרטי או כללי). בניגוד למה שניתן היה לצפות, בעוד שכלפי השלמה מהותית נורמטיבית מכוח חוק אומצה גישה מרחיבה וליברלית, הרי שדווקא ביחס להשלמה מכוחו של נוהג נקטה הפסיקה עמדה מצמצמת ושמרנית.⁸⁴

חוסר העקיבות המאפיין את הפסיקה בסוגיה דנן נחשף במלואו עצמתו במקרים שבהם בתי המשפט שבים ומנסים – בהתמדה ראויה לציון – להציג את כלל ההשלמה המהותית כריכוך או כהקלה גרידא בדרישת המסוימות, שאותה הם מציגים כדרישה בסיסית וחיונית. דוגמה אחת מני רבות למאמץ הרואי כזה ניתן להביא מדברי המשנה לנשיאה, השופט מלצר, בפרשת **שיבלי** :

לעניין יסוד המסוימות]... נפסק כבר בעבר כי נדרש שהפרטים החיוניים והמהותיים בעסקה יהיו מוסכמים. [...] דרישה זאת נובעת מן התפיסה הבסיסית שאין חוזה יכול להתגבש אלא כאשר הצדדים מסכימים על מסגרתו ועל העניינים החיוניים והמהותיים שבו. עם השנים רוככה אמנם מעט הדרישה האמורה בפסיקה, וזו הכירה בחוזה כבעל מסוימות מספקת גם כאשר לא ניתן היה למצוא בו את כל "התנאים החיוניים לעסקה", ובלבד שפרטים אלו היו ניתנים להשלמה לפי הוראות שבדין, או לפי הנוהג המקובל.⁸⁵

עניינו הרואות: בה בעת שהפסיקה ממשיכה לדבוק בדרישת המסוימות במובנה המקובל, ממשיכה היא לדבוק גם בכלל ההשלמה המהותית תוך ניסיון להציגו ככזה המרכז אותה אך ב"מעט", בבחינת "אחוז קָזָה וגם מזה אל תנח את ידך".⁸⁶ מחדלה של הפסיקה לזהות את הסתירה הברורה בין שני כללי היסוד שאותם אימצה ולהתמודד בגלוי עם הצורך ליישבה, הנציח את הדיסוננס האנליטי שעליו הצבעתי. בכך – בין במודע ובין שלא במודע – התקבע הדיסוננס המתואר

ניתנים להשלמה מכוחו של נוהג, בעוד שדעת הרוב (השופטים חיות ומלצר) סברה שהחסר בהסכם אינו ניתן להשלמה (ראו להלן בה"ש 85).

⁸⁴ ההלכה נקבעה בע"א 79/76 **מרציאנו נ' שושן**, פ"ד (ל3), 729, 733 (1976), מפי השופט ברנזון: "אשר לסעיף 26 לחוק החוזים... הסמכות הזאת אין פירושה מתן סמכות כללית לבית המשפט לעשות חוזה חדש, שונה במהותו, בתכנו או בהיקפו ובתחולתו מזה שעשו הצדדים עצמם. הסמכות הזאת מוגבלת, לפרטים שהוגדרו בסעיף עצמו... כלומר, פרטים נלווים להתקשרות העיקרית... במקרה שלפנינו, ענייני המוניטין, הציוד ותשלומי חשמל, מים וטלפון, הם עניינים מהותיים העומדים בפני עצמם ואינם יכולים לשמש נושא להשלמה על-ידי בית המשפט. בית המשפט העליון שב ואישש את ההלכה בע"א 154/80 **בורכרד ליינס לימיטד לונדון נ' הידרובטון בע"מ**, פ"ד לח(2) 213, פס' 5 (1984) ובע"א 349/84 **פריג' נ' מטלר**, פ"ד מב(1) 71, פס' 8 (1988). הלכה זו לא שונתה עד היום, אם כי לעתים ניתן לזהות נסיגה ממנה. כך לדוגמה, בע"א 325/79 **דנינו נ' פקסטרפיל חברה בע"מ**, פ"ד לה(1) 51 (1980) התקבל הערעור, בין היתר משום שבערכאה המחוזית נמנע מן המערער לנסות להראות שהנוהג מעניק לו זכות להיות נציג בלעדי של החברה המשיבה, עניין שהיה שנוי במחלוקת בין הצדדים ונראה לכאורה מהותי. גם בעניין **עדני**, לעיל ה"ש 30, בסמוך לאחר הקביעה כי תנאי התשלום בעסקה הם פרט מהותי שהיעדרו מההסכם מכשיל את המסוימות, פנה שופט המיעוט, עמית, לבחון את אפשרות השלמתם מכוחו של הנוהג (שם, בפס' 2-3). גישתה המצמצמת של הפסיקה ביחס להשלמה מכוח נוהג זכתה לביקורת מצד מרבית המלומדים. ראו להלן ג.2(ב).

⁸⁵ עניין **שיבלי**, לעיל ה"ש 21, בפס' 2. לגוף ההכרעה, ובניגוד לשופטת ברק-ארז שהכירה בתוקפו של ההסכם הנדון, קבע המשנה לנשיאה ש"בהסכם חסרים יסודות מרכזיים וחיוניים בדבר מהות הפיצוי בקרקע וטיבה של הקרקע" וכי אין מקום להסתמך על השלמה מכוח הנוהג מכיוון שהצדדים ביקשו להסכים בעצמם על סוג הקרקע שתשמש כפיצוי (שם, בפס' 2-3). הנשיאה חיות אף היא שללה את תוקף ההסכם, אך זאת לא בשל היעדר מסוימות כי אם בשל כך שנפלה בו, לשיטתה, טעות סופר – שהתבטאה בעצם הכללתו בחוזה (בהיסח הדעת) של סעיף הפיצוי הקרקעי. לדיון בפרשה ראו גם שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 367-368.

⁸⁶ מקור הביטוי בדברי קהלת, פרק ז', פסוק י"ח: "טוב אֲשֶׁר תֵּאָחַז בְּזָה וְגַם מִזֶּה אֵל תִּנַּח אֶת יָדְךָ כִּי יָרָא אֱלֹהִים יַצֵּא אֶת כָּלֶם."

כמצב סופי ובלתי נמנע כביכול, מעין גזירת גורל שניחתה על דיני כריתת החוזה, ואשר באין דרך להיחלץ ממנה אין מנוס מלקבלה.

בפרק הבא אטען כי גישה פסיבית זו אינה מחויבת המציאות. ניתן – ואף נדרש – לפעול באופן מודע וממוקד כדי לחלץ את דיני המסוימות וההשלמה מן הכאוס העיוני שאליו נקלעו כמעט מראשית דרכם, כאוס שלמרבה הצער מאפיין אותם עד עצם היום הזה.

2. יחסה של הספרות המשפטית לכלל ההשלמה המהותית

(א) תמצית הטיעון

כיצד קיבלה האקדמיה המשפטית שעסקה בסוגיית המסוימות – לא אחת בהרחבה ובעמקות – את כלל ההשלמה המהותית? למרבה ההפתעה, מתברר שגם הספרות, כמוה כפסיקה, לא עמדה על חריפותה של הסתירה הפנימית בין דרישת המסוימות לבין כלל ההשלמה המהותית.

הספרות זיהתה, כמובן, את המהלך השיפוטי שהביא להכרה באפשרות ההשלמה הנורמטיבית של עניינים מהותיים.⁸⁷ אלא שהכותבים שעסקו בסוגיית המסוימות לא ראו במהלך זה צעד דרמטי או חריג במיוחד, ותיארוהו לרוב כצעד נוסף במאמץ להביא לריכוכה של דרישת המסוימות. יתר על כן: כפי שנראה עתה, במקום לבקר את הלכת ההשלמה המהותית או לפחות להתריע מפני העדר העקיבות שיצרה, גילו חוקרי דין החוזים סובלנות מפתיעה כלפי אותה "הלכה מושרשת", המתירה לשופטות ולשופטים להשלים נורמטיבית גם עניינים של מהות.

(ב) קבלתו של כלל ההשלמה המהותית בספרות המשפטית

העיון בספרות הנרחבת שעסקה בדיני הכריתה ובסוגיית ההשלמה של הסכמים חסרים מעלה שהאקדמיה המשפטית אימצה אל חיקה באופן גורף את הלכת ההשלמה המהותית. הגישה שלפיה בתי המשפט שלנו מוסמכים, עקרונית, להשלים נורמטיבית גם עניינים מהותיים קנתה לה אחיזה איתנה אצל כל מי שעסק ברצינות בסוגיות אלה.⁸⁸

ראוי, עם זאת, להבחין בהקשר זה בין השלמת הסכם חסר מכוחו של נוהג לבין השלמתו מכוחן של הוראות השלמה אחרות. בעוד שבעניין האחרון התגבש קונצנזוס גורף סביב העמדה המכירה בסמכות להשלמה מהותית, הרי שבעניין הראשון נשמעה בספרות 'דעת מיעוט' שהתנגדה להכרה בהשלמה מהותית מכוח נוהג.

המלומד הראשון שנקט גישה כזו היה פרופ' זאב צלטנר. בספרו, שראה אור בסמוך לחקיקת חוק החוזים, טען צלטנר שהוראת הנוהג הקבועה בסעיף 26 לחוק – המדברת ב"השלמת פרטים שלא נקבעו בחוזה או על-פיו" – עניינה בפרטים טפלים בלבד.⁸⁹ גם פרופ' גבריאלה שלו אימצה גישה זו, והציגה אותה בעקביות בכתביה לאורך השנים.⁹⁰

⁸⁷ ראו לדוגמה: רנר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 42; דויטש, מסוימות, לעיל ה"ש 31, בעמ' 355; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 282; שלו, מהדורה 3, לעיל ה"ש 21, בעמ' 177, 442.

⁸⁸ יוצאת מן הכלל היא עמדתו העדכנית של החיבור "דיני חוזים", אשר לאחרונה אימץ את עמדת המאמר הנוכחי. ראו להלן בטקסט לה"ש 114.

⁸⁹ זאב צלטנר, **דיני חוזים של מדינת ישראל** 106-107 (התשל"ד). המלומד טען לפרשנות כזו גם ביחס להוראות הנוהג הקבועות בסעיף 5 לחוק המכר ובסעיף 3 לחוק השכירות. אין לשלול אפשרות שעמדתו של צלטנר נשענה על עמדתו של פרופ' גד טדסקי. במאמר שפרסומו קדם לספרו של צלטנר כתב טדסקי: "אין מקום ל[שימוש ב]נוהג אלא אם קיימת עיסקה למעשה, כי אין בכוח הנוהג ליצור את העיסקה – שעה שכל כוחו בא מהכוח המושאל לו, לפי ההשערה, על-ידי בעלי העיסקה עצמם. דבר אחרון זה ברור ואינו טעון הסבר". גד טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי", **משפטים** ה' 9, 17 (התשל"ג).

⁹⁰ גבריאלה שלו, **כריתת חוזה – חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, פרק א', 12-16** (התשל"ח, מסדרת **הפירוש לחוקי החוזים** בעריכת גד טדסקי); גבריאלה שלו, **דיני חוזים** 318 (מהדורה שנייה, התשנ"ה) (להלן: שלו, מהדורה 2): "...סעיף זה אינו עוסק בהשלמת חוזה אלא בהשלמת פרטים בו. המונח "פרטים" התפרש בפסיקה

דא עקא, בניגוד למה שניתן היה לצפות, ביחס להשלמה נורמטיבית סטטוטורית נקטה של עמדה שונה וליברלית יותר, בהכירה בכך ש"השלמה מהותית של תנאים חיוניים נעשית באמצעות הוראות חוק כלליות או מיוחדות." פרופ' שלו לא הסתייגה אפוא מכלל ההשלמה המהותית ככל שמדובר בהשלמה שאינה מכוחו של הנוהג.⁹¹

גישתם של צלטנר ושל שלו לעניין השימוש בנוהג לא התקבלה בספרות המלומדים. התנגדות ראשונה לגישתם המצמצמת הובעה על ידי איל זמיר בחיבורו פורץ הדרך על חוק המכר. בחיבורו טען זמיר כי אין כל היגיון להתיר השלמה של "פרטים חשובים בעסקה" מכוח החוק ובה בעת לשלול את האפשרות להשלימם מכוח הנוהג – המשקף בצורה טובה יותר את רצונם המשוער של הצדדים להסכם (להלן: טיעון הקל וחומר).⁹² פרופסור זמיר שב וחיידד את 'טיעון הקל וחומר' בכתיבתו האקדמית המאוחרת, בהטעימו כי גם הפרקטיקה השיפוטית מעידה על אימוצה ויישומה בפועל של גישה מרחיבה המתירה השלמה נורמטיבית של עניינים מהותיים, כדוגמת המחיר ואיכות האובייקט מושא העסקה.⁹⁴

'טיעון הקל וחומר' זכה בתמיכתם של מלומדים וחוקרים נוספים. מחברים אלה קיבלו ללא עוררין את ההנחה שהשלמה מהותית סטטוטורית היא אפשרית ולגיטימית ומכאן גזרו – לשיטתם באורח בלתי נמנע – צידוק גם להשלמה מהותית מכוחו של הנוהג.

כך, במאמר משנת 1990, הסתייג סיני דויטש מגישתה המצמצמת של גבריאלה שלו להשלמה מהותית מכוחו של נוהג, וצידד בגישה המרחיבה על יסוד 'טיעון הקל וחומר'.⁹⁵ שנה לאחר מכן, במאמר מעמיק על דרישת המסוימות בחוזים עסקיים, טען מיגל דויטש כי פירושן הראוי של הוראות ההשלמה מחייב לקבוע שגם עניינים מהותיים ניתנים, עקרונית, להשלמה נורמטיבית מכוח כל הוראת דין, לרבות הוראת הנוהג.⁹⁶

המלומדים דניאל פרידמן ונילי כהן אף הם אימצו בחיבורם את ההנחה הרווחת שלפיה "סעיפי ההשלמה בחוקי החוזים השונים מאפשרים השלמתו של חוזה בנקודות עיקריות ומהותיות."⁹⁷

כמכוון לדברים שאינם מהותיים, אלא טפלים ופחותים בחשיבותם. ... סעיף 26 אינו מאפשר לבית-המשפט להכניס שינויים מהותיים בחוזה. את עמדתה העקרונית תמכה שלו ברקעו ההיסטורי של החוק ובתכליתו: הפירוש הצר למונח "פרטים" נובע מתולדות החקיקה ומתיישב עם הגיונה. לסעיף 26 קדם בתחיקה הארצישראלית והישראלית סעיף 64(3) לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני. גם בסעיף זה דובר על השלמת פרטים טפלים. הגיון החוק אף הוא תומך בגישה זו. סעיף 26... מניח כי בין הצדדים כבר נכרת חוזה. מכאן שנתמלאו דרישות החוק לשם יצירת חוזה, והן בעיקר גמירת-דעת ומסוימות. שלו, מהדורה 2, שם. שלו חזרה על עמדתה זו גם במהדורה השלישית של חיבורה (משנת 2005), שם הזכירה את העמדה הנוגדת שהשתרשה בינתיים בספרות המשפטית, אך דחתה אותה בצינה: "עקבית לדעתי שביט המשפט אינו אמור ליצור חוזה עבור הצדדים, אני מציעה לפרש באורח צר את המונח "פרטים". שלו, מהדורה 3, לעיל ה"ש 21, בעמ' 445, בהערה 212.

שלו, מהדורה 2, לעיל ה"ש 90, בעמ' 317; שלו, מהדורה 3, לעיל ה"ש 21, בעמ' 177, 442.

לשינוי שחל בעמדה זו לאחרונה ראו להלן בטקסט לה"ש 114.
91 "מבחינה עניינית, כשם שניתן להשלים בעסקה פרטים מהותיים בדרך של התחקות אחר אומד דעתם של הצדדים, וכשם שהחוק עצמו אינו נרתע מהשלמת פרטים כגון גובה המחיר או מועדי המסירה והתשלום - כך אף אין סיבה לוותר על הנוהג כמכשיר להשלמת פרטים חשובים בעסקה. השלמה באמצעות נוהג... עשויה להלום את האינטרסים והציפיות של הצדדים יותר מאשר השלמה מכוח הוראות החוק." איל זמיר, **חוק המכר, תשכ"ח-1968**, 150-151 (התשמ"ז).

92 "אם בעניינים מהותיים שכללה [כגון איכות האובייקט ומחירו, מועדי הקיום וזהות המקיים] נכונים להסתפק בהוראות השלמה כלליות ומופשטות, קשה לראות מדוע באותם עניינים יש להתעלם מנוהג מיוחד שנתגבש בין הצדדים או מנהגי-מסחר שנתגבשו בתחום מסחרי מוגדר. כשם שמשמשים בהוראות ההשלמה החקוקות להשלמתה של המסוימות הדרושה לכריתת החוזה, כן ניתן להשתמש בנוהג מיוחד או כללי לאותה תכלית." זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 16, בהערה 5.

93 "המחברת מפרשת בצורה מצמצמת את המונח "פרטים" בסעיף 26... לדעתי יש מקום לגישה שונה. במידה שניתן להשלים פרטים חשובים (כמו מחיר ומועד) מכוח החוק, מדוע לא יהיה ניתן לעשות כך באמצעות נוהג, ההולם יותר את ציפיות הצדדים מאשר השלמה מכוח הוראות חוק?" סיני דויטש, "גבריאלה שלו: תוכן החוזה", **עיוני משפט טו 395**, 401 (התש"ן).

94 "אם בעניינים מהותיים שכללה [כגון איכות האובייקט ומחירו, מועדי הקיום וזהות המקיים] נכונים להסתפק בהוראות השלמה כלליות ומופשטות, קשה לראות מדוע באותם עניינים יש להתעלם מנוהג מיוחד שנתגבש בין הצדדים או מנהגי-מסחר שנתגבשו בתחום מסחרי מוגדר. כשם שמשמשים בהוראות ההשלמה החקוקות להשלמתה של המסוימות הדרושה לכריתת החוזה, כן ניתן להשתמש בנוהג מיוחד או כללי לאותה תכלית." זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 16, בהערה 5.

95 "המחברת מפרשת בצורה מצמצמת את המונח "פרטים" בסעיף 26... לדעתי יש מקום לגישה שונה. במידה שניתן להשלים פרטים חשובים (כמו מחיר ומועד) מכוח החוק, מדוע לא יהיה ניתן לעשות כך באמצעות נוהג, ההולם יותר את ציפיות הצדדים מאשר השלמה מכוח הוראות חוק?" סיני דויטש, "גבריאלה שלו: תוכן החוזה", **עיוני משפט טו 395**, 401 (התש"ן).

96 דויטש, מסוימות, לעיל ה"ש 31, בעמ' 355-357.

97 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 282.

בהתאם לכך, אימצו המחברים את לוגיקת ה'יקל וחומר', שממנה הסיקו כי חסר בפרט מהותי ניתן להשלמה גם מכוחו של נוהג.⁹⁸

טיעון הקל וחומר אומץ גם בכתבתו האקדמית של אהרן ברק, שהיה כזכור מנסחו ומעצבו של כלל ההשלמה המהותית. בספרו על פרשנות החוזה, אימץ פרופ' ברק את הטיעון וראה בו צידוק להחלת כלל ההשלמה המהותית גם על השלמה מכוח נוהג.⁹⁹ אגב כך הזכיר פרופ' ברק את הכרתן הגורפת של הפסיקה ושל הספרות בהשלמה מהותית סטטוטורית, ואת היותה של הגישה המרחיבה מעוגנת בהוראות ההשלמה עצמן.¹⁰⁰

שוב ונדגיש: מרבית המלומדים שעסקו בשאלה דן לא התייחסו כלל לניגוד ה'הקריף שעליו עמדתי בין דרישת המסוימות לבין כלל ההשלמה המהותית, או שראוהו כמבטא ריכוך או הקלה גרידא בדרישת המסוימות.¹⁰¹

שני יוצאים מן הכלל ראויים לציון בהקשר זה. בחיבורם של פרידמן וכהן, שנזכר לעיל, העירו המחברים כי "אפשרות ההשלמה כרסמה בצורה ניכרת בדרישת המסוימות" וכי "הסדרי ההשלמה המקיפים מרופפים בצורה משמעותית את דרישת המסוימות".¹⁰² במקום אחר בחיבורם אף נכתב שהגישה הליברלית שאמצה הפסיקה בהקשר לעסקות מכר מקרקעין "נוטה להמיר את דרישת המסוימות באפשרות ההשלמה" ושקיים "ניגוד בין דרישת המסוימות והעקרון לפיו בית המשפט אינו עושה חוזה עבור הצדדים... לבין המנדט בחקיקה, המתיר לבית המשפט לעשות זאת...".¹⁰³ דא עקא, שלמתח זה אין מוצע פתרון, מעבר ל'פתרון הריטורי' גרידא שנקטה הפסיקה לעתים, בהציגה את ההשלמה כבאה לאחר ש"החוזה כבר קיים".¹⁰⁴

גם אהרן ברק זיהה את הדיסוננס האנליטי שעליו עמדתי. בסמוך לאחר הדיון בסמכות להשלים פרטים מהותיים, ציין פרופ' ברק ש: "נוצרת אי-התאמה בין האפשרות להשלים הוראות מהותיות לבין דרישת המסוימות".¹⁰⁵ דא עקא, שלאותה "אי התאמה" אין המחבר מציע כל פתרון. עמדתי בסוגיה מתאפיינת במתח בלתי ניתן ליישוב בין שתי מגמות סותרות. המגמה הראשונה משתקפת בדבריו אלה:

⁹⁸ "נראה שיש לאפשר גם השלמתם של פרטים עיקריים, באמצעות הנוהג, והדברים הם מקל וחומר: אם ניתן להסתייע בהשלמה סטטוטורית, שהקשר בינה לבין הסכמת הצדדים הוא הרופף ביותר, כדי להשלים חוזה חסר בנקודה מהותית, ודאי כך לגבי השלמה 'מנהגית', שזיקתה להסכמת הצדדים חזקה יותר." פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 282.

⁹⁹ אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, כרך רביעי, **פרשנות החוזה**, 159-161 (התשס"א) (להלן: ברק, פרשנות החוזה): "בכמה פסקי דין... בוטאה ההשקפה כי הפרטים שאותם ניתן להשלים באמצעות הנוהג (האינדוקטיוואלי או הכללי) הם פרטים נלווים או טפלים. לא ניתן על פי השקפה זו להשלים הוראות מהותיות ועיקריות... לדעתנו, ניתן להשלים כל פרט חסר, בין פרט נלווה או טפל ובין פרט מהותי או עיקרי... הדיבור "פרטים" כשלעצמו אינו מצביע על "פרטים" טפלים דווקא... אכן, אינני רואה כל טעם ענייני להגביל את השלמת החוזים על-פי נוהג להשלמתם של פרטים נלווים או טפלים בלבד. החוק מאפשר השלמת פרטים מהותיים על-ידי ההוראות הדיספוזיטביות שבחוק. קשה להבין מדוע דין דומה לא יחול – ואם תרצה מקל וחומר – לעניין השלמה מכוח נוהג."

¹⁰⁰ "מחלוקת קיימת בשאלה, אם נוהג עשוי להשלים חסר בפרט מהותי. מחלוקת זו אינה קיימת לעניין השלמת חסר על-ידי דין דיספוזיטיבי. תוכנו של ההוראות הדיספוזיטביות מעיד עליהן, כי הן משלימות חסר בהוראות מהותיות, כגון שיעור התמורה הכספית, איכותו של נושא החוזה, מועד הקיום וזהות המקיים. אלה הן הוראות מהותיות. חרף זאת ניתן להשלימן." שם, בעמ' 168.

¹⁰¹ ראו לדוגמה את תיאורה של שירלי רנר, במאמרה המכונן שזיחה, בין היתר, מגמת הקלה בכניסה אל התחום החוזי: "...במספר רב של מקרים אין הסכמים מוקדמים כוללים את כל התנאים המהותיים, החיוניים להתקשרות. אפשרות אחת היא לומר, כי בנסיבות אלו אין הסכמים מוקדמים מהווים חוזה. בית-המשפט בחר באפשרות אחרת – הקלה בתוכנה של דרישת המסוימות. הקלה זו מתבטאת באפשרות הפנייה להוראות ההשלמה החקוקות לצורך השלמת הפרטים המהותיים לעסקה." רנר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 41-42.

¹⁰² פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 268 ו-283 בהתאמה.

¹⁰³ שם, בעמ' 269. ראו גם בעמ' 284, שם נזכרת "גישה מקלה, הנוטה להמיר את דרישת המסוימות באפשרות ההשלמה, אם השתכע בית המשפט כי הצדדים גמרו בדעתם לכרות חוזה."

¹⁰⁴ שם, שם. מסקנה זו יפה גם ביחס לדיון שנערך בסוגיית המסוימות במהדורה החדשה של החיבור, לעיל ה"ש 34, בפרק 8.

¹⁰⁵ שם, שם.

הפירוש המצמצם [לעניין השלמה מהותית מכוח נוהג] **יונק חיותו משני מקורות: ראשית, מדרישת המסוימות כתנאי לכריתת החוזה; שנית, מהרטוריקה השיפוטית שלפיה שופטים מפרשים חוזה של הצדדים אך אינם יוצרים בעבורם חוזה שהם לא כרתו. שני המקורות אינם חזקים דיים כדי לבסס מסקנה שיפוטית המצמצמת השלמת חסר באמצעות נוהג לפרטים טפלים בלבד. אשר לדרישת המסוימות, ראינו שהיא כורסמה על-ידי "השלמה הנורמטיבית" [...]. ואשר לרטוריקה השיפוטית, זו מעולם לא שיקפה את המציאות.**¹⁰⁶

דברים כדורבנות, המגלים בפנינו לכאורה עמדה אמיצה וברורה. לפי עמדה זו, העיקרון שלפיו אל לו לבית המשפט ליצור חוזים אינו אלא פיקציה. בפועל, בתי המשפט יוצרים כדבר שבשגרה חוזים עבור הצדדים, ולכאורה משתמע מדברי הכותב שפרקטיקה כזו היא אף לגיטימית. בהמשך אטען כי עמדה זו מתיישבת אמנם עם כלל השלמה המהותית, אך הינה בעייתית ביותר מבחינה נורמטיבית, ואף סותרת דברים מפורשים שהשמיע פרופ' ברק מעל כס השיפוט.¹⁰⁷ אלא שמתברר כי פרופ' ברק אינו לגמרי שלם עם העמדה האמורה, ואינו מוכן "ללכת עד הסוף" ולאמץ את המסקנה המתבקשת ממנה – ויתור על דרישת המסוימות. אכן, לאור דבריו שלעיל ניתן היה לצפות שפרופ' ברק יציע לראות בדרישת המסוימות כלל מכביד, שאין לו עוד מקום בדין החוזים המודרני. בכך היה יכול לצרף דעתו לזו שיוחסה בשעתה לשופטת דורנר בפרשת **בית הפסנתר**, עמדה שנותרה מאז בבדידות מזהרת.¹⁰⁸ אלא שאפילו בכובעו כחוקר נמנע ברק מלנקוט גישה כזו. נהפוך הוא, מהמשך דבריו עולה שהמסוימות היא דרישה חשובה, ושמידה מזערית של פירוט חייבת להימצא בהסכמת הצדדים עצמה:

כמובן, צריך להתקיים מינימום של הסכמה כדי שהוראות השלמה יפעלו את פעולתן המשלימה. נדרשת גמירת דעת הצדדים לכרות חוזה ביניהם. בהעדר גמירת דעת לא נוצר ה"וו" שעליו ניתן לתלות את ההוראות המשלימות. השאלה הקשה היא אם נדרש משהו נוסף, מעבר לגמירת הדעת, ואם כן מהו אותו "דבר מה" נוסף. [...]. לעניין דרישת המסוימות, דומה שהצדק עם פרופ' שלו, הגורסת כי "מידה מינימאלית של פירוט היא הכרחית שכן אין חוזה יכול להיווצר אלא כאשר הצדדים הסכימו על מסגרתו ועל העניינים החיוניים והמהותיים שבו." אך מהי מידה מינימאלית זו?¹⁰⁹

בכך נחתם הדין. פרופ' ברק מסרב אפוא לזנוח את הגישה האורתודוקסית ועמה את הנחת החיוניות של דרישת המסוימות. בסופו של יום הוא שב ומאמץ את העמדה המסורתית הרואה בדרישת המסוימות – יהא אשר יהא הרף המזערי שייקבע לעמידה בה – תנאי בל יעבור לשכלולו של חוזה.

לאחר כל אלה, נותר אפוא הקורא עם השאלה הפתוחה: האם לאור כלל השלמה המהותית קיימת או שמא אין קיימת בדין הישראלי הנוהג דרישה למסוימות? האם לאור מעמדו המבוסס של

¹⁰⁶ ברק, פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 99, בעמ' 161.

¹⁰⁷ ראו להלן ה.2(ד).

¹⁰⁸ לעיל ב.2. בטקסט לה"ש 52.

¹⁰⁹ שם, שם.

כלל ההשלמה המהותית יש לקבוע כי המסוימות אינה תנאי חיוני לשכלול חוזה? אם אכן כך הדבר – מהן אותן נסיבות שבהן תיסוג המסוימות מפני הצורך בהשלמה מהותית? יגעתי ולא מצאתי תשובה מניחה את הדעת לשאלות יסוד אלה – לא בכתביו של פרופ' ברק ולא במקום אחר.

(ג) ניצני הסתייגות מכלל ההשלמה המהותית

בטרם אפנה לבחון את חידת השתרשותו של כלל ההשלמה המהותית בדיני הכריתה, ראויים לציון ניצנים בודדים של הסתייגות ממנו ושל הכרה בכאוס העיוני והנורמטיבי שהוא מחולל. במאמר שעסק בדרישת הכתב במקרקעין, ציין פרופ' משה גלברד כי בעסקת מכר מקרקעין המינימום שעליו יש להסכים בכתב הוא "מהות העסקה, תיאור הצדדים לעסקה, תיאור הנכס והמחיר".¹¹⁰ זאת ועוד, חרף הכרת המחבר בכך שבאופן תיאורטי גם המחיר ותיאור הנכס ניתנים להשלמה, הרי שלדבריו "באופן מעשי לא יעלה על הדעת להשלים פרטים המהווים את לב העסקה".¹¹¹

הגם שהמחבר לא עסק בדיסוננס האנליטי המעסיק אותנו כאן, משתמעת מדבריו הכרה בבעייתיות הרבה הכרוכה בכל השלמה נורמטיבית של עניינים מהותיים.¹¹²

לאחרונה ראתה אור מהדורה חדשה, רביעית, של החיבור המונומנטלי "דיני חוזים".¹¹³ במהדורה המחודשת, בעקבות שיח שקיימתי עם המחברים, שונתה העמדה שהובעה במהדורות הקודמות של החיבור. העמדה החדשה שוללת במפורש השלמה של עניינים מהותיים לא רק על יסוד נוהג (גישה שנקטה פרופ' שלו מקדמת דנא) אלא גם – ומכוח קל וחומר – על יסוד הוראות השלמה סטטוטוריות.¹¹⁴

3. חידת ההתעלמות מהדיסוננס האנליטי

שתי מסקנות עיקריות עולות מסקירות הספרות והפסיקה שהובאו לעיל: ראשית, כעמדה נורמטיבית, הפסיקה ועמה הספרות המשפטית הנוגעת בדבר ראו בכלל ההשלמה המהותית דין מושרש והלכה ראויה (ולמצער לגיטימית). שנית, הפסיקה והספרות המשפטית לא זיהו את הדיסוננס האנליטי מושא הדיון ולא העריכו את חומרתו. שתיהן כאחת ממשיכות להכיר במסוימות כיסוד חיוני לשכלול חוזה, ובה בעת מכירות גם בכלל ההשלמה המהותית. זאת ועוד: החוקרים המעטים שזיהו את הדיסוננס האנליטי מושא דיון לא עסקו בשאלת הדרכים האפשריות ליישובו, לא עמדו על ההכרח לעשות כן, ולא הציעו פתרון קונקרטי לאותו מתח בסיסי שממנו סובלים דיני המסוימות עד היום.

הנהנה כתב החידה: כיצד ניתן להסביר את קבלתו של כלל ההשלמה המהותית כעובדה מוגמרת שאין מנוס אלא להמשיך ו"לחיות עמה"? בשורות הבאות אבקש לבחון כמה הסברים אפשריים לכך.

דומה שראשית מענה תימצא לנו בהנחה פרשנית רווחת (אם כי לרוב סמויה ובלתי מדוברת) שלפיה כלל ההשלמה המהותית נובע במישרין מהוראות החוק: אם קבע המחוקק הוראות השלמה

¹¹⁰ משה גלברד, "דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין", **קריית המשפט** ו' 231, 244 (התשס"ו).

¹¹¹ שם, בעמ' 245, בהערה 42.

¹¹² בפרק ג' אטען כי לא רק מבחינה מעשית אלא גם מן הבחינה העקרונית-תורתית "לא יעלה על הדעת" להכיר בסמכותו של בית משפט לכונן חוזה על ידי השלמה של עניינים מהותיים. המאמר השלישי בטרילוגיה זו (לעיל ה"ש 124) מבקש לבדוק אם הפרקטיקה השיפוטית תומכת בהערכתו של פרופ' גלברד, או מפריכה אותה.

¹¹³ לעיל ה"ש 5.

¹¹⁴ שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 178-180, ובעמ' 561-563. המחברים קיבלו את עמדתי גם לענין הפתרון הפרשני לדיסוננס האנליטי, שיוצג בפרק הבא (ראו שם, בעמ' 180 ובעמ' 564-565). למען הסר ספק אציין שאת עמדותיי בסוגיה, לרבות הפתרון הפרשני לבעיית הדיסוננס האנליטי, העליתי על הכתב לראשונה בגרסה מוקדמת של מאמרי הנ"ל בה"ש 2, שהוגשה לכתב העת "משפטים" ב-4.9.17 (הפתרון הפרשני נדון שם, בעמ' 53).

מפורשות בנושאים חשובים ומהותיים כדוגמת סוג הנכס או השירות ואיכותם, התמורה הכספית בעבורם, מועדי הקיום של חיובי העסקה וכיוצא באלה עניינים בעלי חשיבות, האין בכך משום הסמכה ברורה – אם לא מפורשת הרי לפחות משתמעת – להשלמה נורמטיבית מהותית?

הנה כי כן, ההכרה בהשלמה מהותית נחזתה לפוסקים ומלומדים ככזו הנובעת במשתמע – אך בבירור – ממצוות המחוקק. ברם, מה שאינו מובן – ולטעמי אף מפתיע – הוא שאל ההכרה הגורפת בלגיטימיות של השלמה מהותית לא התלוותה הפנמה של ההשלכות הדרמטיות של הכרה כזאת. רובם המכריע של החוקרים לא זיהו ולא הדגישו את הדיסוננס הלוגי והנורמטיבי הקריף שנוצר, כאשר בצד הכרה נמשכת בחינותו של יסוד המסוימות מקבל משפן של כבוד בדיני הכריתה כלל הסותר דרישה זו מניה וביה.¹¹⁵

מחדל מתמשך זה הביא לכך שצמד השאלות שבהן עוסק מאמר זה לא נדונו לעומקן עד עצם היום הזה: ראשית, במישור התיאורי, לא הועמדה לעיון ולהכרעה השאלה אם יסוד המסוימות הוא אמנם תנאי חיוני לכריתת חוזה, או שמא ניתן לעוקפו באמצעות השלמה מהותית. שנית, במישור הביקורתי, לא הועמדה לעיון מעמיק השאלה מהו הפתרון הראוי לדיסוננס האנליטי שנוצר בלב דיני הכריתה ומי מבין שני הכללים הסותרים (מסוימות או השלמה מהותית) ראוי לבכורה? כיצד ניתן להסביר מצב דברים כזה, שבו הפסיקה והאקדמיה המשפטית כאחת מתייחסות אל כלל ההשלמה המהותית כמעט בשוויון נפש, מבלי להטריד את עצמן בשאלת השלכותיו ובשאלת אופן יישובו הראוי של הדיסוננס האנליטי שיצר בדיני המסוימות? אף שהמענה לשאלה זו הוא מטיבו ספקולטיבי אוכל להציע כאן, בקצירת האומר, שלושה הסברים אפשריים.

הסבר ראשון נעוץ, לדעתי, במשקל החקר שמיוחס בתרבות המשפטית בישראל להגדרה מדויקת של מושגים משפטיים.¹¹⁶ עם כל ההבנה לזהירות המתחייבת מחוקרת המשפט בבואה להציע הגדרה כללית למושג משפטי מופשט, נראה לי שבהקשר דנן לא יצאה האקדמיה הישראלית ידי חובתה להבהיר את מהותה ותכנה של דרישת המסוימות.¹¹⁷ ביתר פירוט: אף שהפסיקה והספרות זיהו את המסוימות עם הדרישה להסכמה על ענייניה המהותיים של העסקה, לא תמיד התחדדה כל צורכה הדרישה שעניינים אלה כולם – עד האחרון שבהם – יוסדרו בהסכם גופו. מחדל זה פתח פתח לעמימות – לטעמי, מיותרת לחלוטין – לגבי השאלה אם לצורך עמידה בדרישת המסוימות ניתן להסתפק בכך שמרבית העניינים המהותיים ייקבעו בהסכמת הצדדים.¹¹⁸ עמימות זו הקלה, לדעתי, על עיכולו של רעיון ההשלמה המהותית ועל התבססותו בשיח המשפטי.

יצוין עוד, שחוסר הניקיון המושגי בתחום זה התבטא לא רק במחדל לחדד את הגדרת המסוימות אלא גם בנטייה לטשטש את ההבחנה האנליטית החשובה בין פירוש ההסכמה החוזית

¹¹⁵ כאמור, גם המעטים שזיהו את הסתירה לא עמדו על השלכותיה ומכל מקום לא הציעו לה מזור – בין משום שלא ראו ממנה מוצא, ובין מטעם אחר השמור עימם.

¹¹⁶ אעיר, כי לדעתי מדובר בתופעה כללית רווחת למדי בכתיבה המשפטית בת-זמננו. בהקשר זה דומני כי נוכל לקבל השראה מאבי המשפט האזרחי בישראל, פרופ' גד טדסקי, שנהג לפתוח כמעט כל מאמר בהגדרה דקדקנית של מושג המפתח המשפטי העומד לדיון. דוגמה מובהקת, מני רבות, הם מאמריו המאלפים שעסקו בהגדרת מושג החוזה ומושג העולה בנוזקין: Gad Tedeschi, *Some Aspects of the Concept of Contract*, 1 ISR. L. REV. (1968); *On the Concept of Tort* 3 ISR. L. REV. 161 (1968). את כתיבתו של טדסקי, עמדתי במאמר שכתבתי לזכרו: Yehuda Adar, *A Glance at the Work of a Legal Artist: Tribute to the Grand Master of Israeli Legal Academia*, 67 STUDI SENESI (UN. SIENA L.J.) 252-268 (2018).

¹¹⁷ מחדל זה מאפיין גם את טיפולה של הספרות המשפטית במושג "גמירת דעת", שמובניו השונים והגדרתו נדונים בהרחבה במאמרי הנ"ל בה"ש 2.

¹¹⁸ העמימות היא מיותרת, שכן מבחינה תורתית, עקרונית, דרישת המסוימות אינה דרישה כמותית (על כמה פרטים הסכימו הצדדים) אלא איכותית (האם מהות העסקה ברורה דיה). מבחינה עקרונית די בהיעדרו של פרט מהותי אחד כדי לפגום במסוימות כולה, משום שהדרישה תובעת מהצדדים להסכים על כל הפרטים המהותיים.

מתוכה ('פרשנות במובן הצר') לבין השלמתו של חסר באותה הסכמה ('פרשנות במובן הרחב').¹¹⁹ למרבה הצער, הבחנה זו טושטשה לא אחת – לא רק בפסיקה אלא גם בספרות המשפטית שעסקה בסוגיות דנן.¹²⁰ עם כל הקושי הכרוך ביישומה במקרי גבול, ההבחנה בין פירוש לבין השלמה היא עדיין המפתח ליישום עקיב של דיני הפרשנות ושל דיני המסוימות גם יחד.¹²¹

לסיכום נקודה זו: הפסיקה והספרות לא הקפידו לחדד את ההגדרה המדויקת של דרישת המסוימות ולא הדגישו די את חשיבותה של ההבחנה בין פירוש ההסכם מתוכו לבין השלמתו. אילו עשו כן באורח שיטתי בפתחו של כל דיון רלבנטי, ניתן להניח שהדבר היה מביא במוקדם או במאוחר לזיהוי הדיסוננס האנליטי הנדון כאן ולזיהוי ההכרח לקבל הכרעה מושכלת באשר לגורלו.

גורם נוסף שעשוי להסביר את המחדל הנדון הוא נטייתה – הטבעית והמובנת אולי – של הפסיקה להימנע מעיון מעמיק ומהכרעה בשאלות ה"גדולות" הנגזרות מהגדרת המסוימות.¹²² מעבר לקושי העיוני להכריע בשאלות אלה, כל הכרעה כזו עשויה לכבול את שיקול דעתו של בית המשפט בפסיקות עתידיות.¹²³ אין אפוא לשלול אפשרות שהימנעות מעיסוק ביישוב הדיסוננס האנליטי קא עסקינן שירתה – במודע או שלא במודע – את האינטרס של בתי המשפט לשמר מידה מרבית של גמישות שיפוטית, וזאת על חשבון השאיפה לקדם וודאות ועקיבות.¹²⁴ במידה ידועה ייתכן שתִרמה למחדל המתואר גם הירידה הכללית בחשיבות שמייחסים חוגים משפיעים

¹¹⁹ להבחנה יסודית זו בדיני הפרשנות ראו ברק, פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 99, בעמ' 87-96.
¹²⁰ בפסיקה ראו לדוגמה את דברי השופט דורנר שהובאו לעיל בטקסט לה"ש 40; בספרות ראו לדוגמה את הגדרתו של מיגל דויטש לדרישת המסוימות, המובאת במאמרו הנ"ל בה"ש 31, בעמ' 342, הגדרה שלפיה המסוימות עשויה להילמד לא רק מן ההסכם אלא גם מהוראות הדין המשלים. על ההכרח להימנע מטשטוש הגבול המושגי בין פירוש לבין השלמה בהקשר להשלמתו של חוזה חסר עמדו לאחרונה שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 183-185; ראו גם פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 270-271, המדגישים הבחנת מפתח זו, בצד הכרתם בקושי ליישמה כשלשון החוזה אינה ברורה.

¹²¹ נזכיר: דרישת המסוימות מוסבת, מכוח הגדרה, על מה שיש בהסכם – קרי על תוכן ההסכם כפי שבית המשפט מפרש אותה; אין היא מוסבת על מה שאין בו – קרי החסר הטעון השלמה ומקורות הדין העשויים לסייע בהשלמתו של חסר זה. על רקע זה ניתן לבקר את ההגדרה שהציע מיגל דויטש, שם.

¹²² על העיקריות שבשאלות אלה אני עומד להלן בפסקות העוקבות את הטקסט לה"ש 188.
¹²³ אכן, העיון בפסיקה מלמד שהמאמץ ההלכתי (באמצע שנות ה-70) לקבוע רשימה סגורה של פרטים מהותיים (לפחות בעסקת מכר המקרקעין) ובכך לייצר מידה של וודאות באשר לתוכן של דרישות הכתב והמסוימות, נזנח בהמשך הדרך לטובתה של גישת 'אד-הוק' (כפי שאראה בפרק ד.1. המאמץ להשתחרר מלפיתתה הכובלת של אותה "רשימה" אחראי לצמיחתו מלכתחילה של כלל ההשלמה המהותית).

¹²⁴ במצב שנוצר מתיר כלל המסוימות לבית משפט החפץ בכך לשלול תוקף מהסכם שחסרים בו הסדרים הנראים בעלי חשיבות; בה בעת מאפשר כלל ההשלמה המהותית, לבית משפט החפץ בכך, ליתן תוקף גם להסכם כזה. מנקודת המבט של הריאליזם השיפוטי ושל גישות פרגמטיות הרואות בגמישות שיפוטית ערך העולה בחשיבותו על ערכים מתחרים כגון עקיבות, שקיפות וודאות משפטית, ייתכן שניתן להצדיק נקיטת מדיניות המקבלת מצב שבו שני כללים סותרים חיים זה בצד זה בתוך מערכת נורמטיבית אחת. לעיון בפער – המוצדק לעתים – בין רטוריקה לבין פרקטיקה שיפוטית ראו: איל זמיר, "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה", 343, 399-409, **ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, התשס"ט). ייתכן שגישה כללית זו, שלפיה שקיפות שיפוטית אינה תמיד לטובה תרמה להפחתת ה'לחץ' לחפש מענה ל"שאלות הגדולות", כגון מהו "פרט מהותי", מהו המבחן הראוי ל"מהותיות", ומהם בעסקה מסוג פלוני העניינים המהותיים שמבלי להסכים עליהם לא יכון חוזה. מנגד, לא ברור מי כאן "הביצה" ומי "התרנגולת". בהחלט ייתכן שעצם הקליטה המוקדמת של כלל ההשלמה המהותית היא שפגעה מלכתחילה בתמריץ לעסוק בשאלות הגדולות: שהרי אם ניתן להשלים נורמטיבית גם פרט מהותי, מה טעם יש במאמץ השיפוטי להבחין בין פרט מהותי לפרט שאינו מהותי? רוצה לומר: ככל שהלך והשתרש כלל ההשלמה המהותית, פחת התמריץ לעסוק בשאלות הגדולות שיישומה של דרישת המסוימות מחייב התמודדות עימן. גישה קיצונית וביקורתית עוד יותר מהגישה הריאליסטית שהזכרתי (ברוח זרם ה-Critical Legal Studies) עשויה לגרוס כי לרטוריקה השמרנית המעגנת את דרישת המסוימות אין כמעט גיבוי מעשי בפרקטיקה השיפוטית, כך שמדובר בסוג של "אות מתה" שהפסיקה והספרות משלמות לה מס שפתיים בלבד. ספקולציה כזו מחייבת בדיקה אמפירית שתברר באיזו מידה מיושמת דרישת המסוימות הלכה למעשה, ומהי שכיחותה בפרקטיקה השיפוטית של השלמה נורמטיבית מהותית. חקירה כזאת מצדיקה מאמר נפרד, שעליו אני שוקד בימים אלה: "מסוימות והשלמה מהותית – בחינה אמפירית של מיתוס ומציאות" (טיוטה בידי המחבר).

באקדמיה המשפטית בישראל ובארצות הברית לערכים אלה. זאת, בצד דעיכתה של האמונה בכוחה של המערכת המשפטית לסייע בהגשמתם.¹²⁵

אין זה המקום להיכנס בעובי הקורה של סוגיה תורת-משפטית זו. אסתפק בציון עמדתי, כי עקיבות היא ערך חשוב בכל מערכת השואפת להכווין התנהגות – ובכלל זה המערכת המשפטית.¹²⁶ גם בהנחה שוודאות משפטית מוחלטת או גבוהה אינה בת השגה בהקשרים רבים (הנחה שאני מקבל), מתקשה אני לראות איזה ערך עשוי לתמוך בהנצחתו של הדיסוננס האנליטי שעליו עמדתי. אם המטרה המיומרת היא להבטיח גמישות בהכרעות שיפוטיות, הרי שמטרה זו מובטחת ממילא במסגרתה של הדרשה למסוימות.¹²⁷ שימור מצב שבו שני כללי יסוד סותרים חולשים על אותה טריטוריה משפטית אינו משרת בעיני כל תכלית ראויה. נהפוך הוא: כפי שעוד יובהר, מצב כזה פוגע קשות באפשרות לפתח ולשכלל את דיני הכריתה.¹²⁸

כך או כך, מציאות זו, שבה הגישה הרווחת מעדיפה להימנע מהכרעה ב"שאלות הגדולות", אפשרה לדיסוננס האנליטי שעליו עמדתי להמשיך להתקיים "בחסות הערפל" האופף עד היום, למרבה הצער, את דיני המסוימות בכללותם.¹²⁹

יהיו ההסברים למחדלן של הספרות ושל הפסיקה אשר יהיו, לדעתי אין באף אחד מהם כדי להצדיקו. בהינתן שהנחת החיוניות לא ננטשה מעולם ניתן היה לצפות כי במוקדם או במאוחר ייעשה מאמץ רציני ליישוב המתח בין הנחה זו לבין ההנחה הנוגדת שלפיה אין מניעה להשלים נורמטיבית גם חסר הנוגע בעניין מהותי. הדבר לא קרה. כתוצאה מכך, מזה למלעשה מארבעים שנה עוסקות הפסיקה והספרות בליבון בעיות שונות הנוגעות להשלמתם של הסכמים חסרים על יסוד הנחת החיוניות, מבלי לתת את הדעת לכך שהכרה בכלל ההשלמה המהותית כורתת את הענף שעליו מונחת אותה הנחה עצמה. בהתאם לכך גם לא נדון עד כה – בספרות או בפסיקה – הצורך בפתרון שיחלץ את דיני הכריתה אחת ולתמיד מן המצב הסימביוטי המוזר שאליו נקלעו כמעט מראשית דרכם. שני הפרקים הבאים מבקשים למלא את החלל.

¹²⁵ שופר מרכזי של הזרם הדוגל בקוהרנטיות במשפט בכלל, ובמשפט הפרטי בפרט, הוא פרופסור ארנסט ויינריב, שערך זה עובר כחוט השני בכתיבתו האקדמית. ראו לדוגמה: Ernest Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 YALE L.J. 949 (1987). "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט" עיוני משפט יח 387 (התשנ"ד); ליישמו של הוויכוח בהקשר הישראלי ראו: חנוך דגן, "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדות-יתר ועל ריבוי סעדים", *משפטים* לו 249, 303-296 (התשס"ז). לדיון כללי במאפייניהם ובתפקידם של טיעוני קוהרנטיות ראו: Joseph Raz, *The Relevance of Coherence* 72 BOSTON UN. L. REV. 273 (1992); Barbara B. Levenbook, *The Role of Coherence in Legal Reasoning* 3 L. & PHIL. 355 (1984). גישה סקפטית כלפי השאיפה לוודאות ולעקיבות משפטית היא מאפיין מובהק של הריאליזם האמריקני ועוד יותר של תנועת ה-C.L.S. ראו למשל: Gerome Frank, *LAW AND THE MODERN MIND* 6 (N.Y., 1930) ("The law always has been, is now, and will ever continue to be, largely vague and variable...").¹²⁶ מית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" *דין ודברים* ו 17, 40-36 (תשע"א) עניין זה מובהר בהרחבה להלן, בפרק ג.¹²⁷ להרחבת הדיון בנושאים אלה ראו להלן ג.6.¹²⁸ למחדלה של הספרות להדגיש את הדיסוננס האנליטי עשוי להיות גם הסבר אחר, בנלי יותר. ייתכן שחוקרים אחדים זיהו את הסתירה החזיתית שבה עסקין, אך משום שלא ראו ממנה מוצא משפטי סביר, החליטו להימנע מלערוך מה שאולי נחזה בעיניהם כדיון עקר בסוגיה שממילא אין לה פתרון מניח את הדעת.¹²⁹

ג. המישור הנורמטיבי: מסוימות והשלמה מהותית – מי עדיפה?

1. תמצית הטיעון

המסקנה כי בין דוקטרינת ההשלמה המהותית לבין דרישת המסוימות מתקיימת סתירה שאינה ניתנת ליישוב מעלה כמו מאליה את השאלה הנורמטיבית: איזו מבין הדוקטרינות עדיפה ולאילו מהן ראוי שתינתן הבכורה? מי משתייך ראוי שתעלה, ומי ראוי שתירד?¹³⁰

בשלב זה של הדיון יוכל הקורא להניח כי בעניין זה רואה אני רק שתי אפשרויות סבירות: או שכלל ההשלמה המהותית מבטא דוקטרינה ראויה – ובמקרה זה אין מנוס מהכרה בכך שאימוצו מחייב לזנוח את הנחת החיוניות – ועמה את המחויבות לדרישת המסוימות; או שדרישת המסוימות ראויה לשימור ואילו כלל ההשלמה המהותית הוא הראוי להיזנח ולהיבטל מן העולם. החלופה השלישית – שבה שתי הדוקטרינות ממשיכות לחיות יחדיו בהרמוניה מדומה – היא בעיניי פתרון בלתי-קביל. מבחינה משפטית-פורמלית מדובר לטעמי בפתרון הנוגד את הנחות היסוד של תורת-המשפט ושל דיני הפרשנות המקובלים. יתר על כן, במישור הענייני זהו לטעמי הפתרון הגרוע מכל: הוא מבקש להנציח מציאות כאוטית שבה ממשיכים הכל לדבוק כלפי חוץ בכלל היסוד של המסוימות, ובה בעת מקבלים עליהם את עולה של הלכה העומדת בסתירה חזיתית לאותו כלל יסוד. מעבר לנזקיה המוחשיים, שיידונו בהמשך הפרק, מציאות משפטית כזו פוגעת לדעתי בעקרון שלטון החוק, שגם בתי המשפט נדרשים לכבדו.¹³¹

בפרק זה אבקש לבסס את העמדה שלפיה כלל המסוימות, התובע התייחסות לכל פרטי העסקה המהותיים כתנאי לתוקפה החוזי, קובע נורמה משפטית הגיונית, הוגנת ויעילה. ערכים וטעמי מדיניות שונים – שיקולי הוגנות, תועלת ושיקולים מוסדיים – תומכים באופן ברור בשימורה של דרישת המסוימות כחלק מן הגרעין – הכּוּפָה – של דיני יצירת החוזה. כלל ההשלמה המהותית מתיר לבתי המשפט להתעלם מדרישת המסוימות כל אימת שהם מזהים מקור השלמה רלבנטי. בכך מסכן עצם קיומו בדיני הכריתה את כל אותן התכליות הראויות שלשמן נקבעה המסוימות – לא רק אצלנו אלא במרבית שיטות המשפט המערביות – כיסוד חיוני של כל חוזה באשר הוא.

2. ההצדקות לדרישת המסוימות

מפתיע הדבר, שבפסיקה ובספרות קשה למצוא דיון מעמיק ברציונלים ובתכליות של דרישת המסוימות. ההתייחסות הקיימת היתה עד כה תמציתית ביותר ולרוב – אוהדת. את דבריי שלהלן ניתן אפוא לראות כהרחבה ופיתוח של רעיונות שחלקם זכה לביטוי מזוקק – שלא לומר "מברקי" – בפסקי דין בודדים ובמתי מעט דיונים אקדמיים.¹³² בצד זאת יחדד הדיון נקודה שלא הודגשה

¹³⁰ הניתן ליישב את הסתירה בין דרישת המסוימות לבין כלל ההשלמה המהותית באמצעות שינוי דרסטי של הגדרת המסוימות כך שזו תחול רק על אותו גרעין של העסקה שאין לגביו הוראות השלמה כלשהן? במבט ראשון הצעה כזו פותרת באופן אלגנטי את הדיסוננס האנליטי שעליו הצבעתי, משום שלכאורה השלמה נורמטיבית כלשהי – מהותית או שאינה מהותית – לעולם לא תהיה מנוגדת לדרישת המסוימות. דא עקא, פתרון אלגנטי זה – מעבר להיותו מנוגד בבירור להגדרת המסוימות בפסיקה – מושג רק במחיר הכרסום בהגשמת תכליותיה של דרישת המסוימות, שיידונו בהרחבה בפרק זה. תכליות אלה מחייבות שהצדדים להסכם – הם עצמם – יגדירו את כל מרכיבי הליבה של העסקה (ולא רק את חלקם). כך, לדוגמה, לפי ההגדרה החדשה ניתן יהיה לאכוף כדבר שבשגרה עסקת מכר שבה לא קבעו הצדדים את מחיר הממכר ואת סוגו, רק משום שקיימות בנדון הוראות השלמה רלבנטיות. בנוסף, יש בפתרון זה מידה של שרירותיות, במובן זה שתוכנה של הדרישה תלוי בכל רגע נתון בשאלה אילו ערוצי השלמה מוכרים בדין הנוהג בכל רגע נתון, כמו גם במידת נכונותו של בית המשפט להיזקק לדוקטרינות השלמה מרחיקות לכת כדוגמת דוקטרינת הקיום המיטיבי ועקרון תום הלב.

¹³¹ בעניין זה ראו גם להלן, בשתי הפסקות העוקבות את ה"ש 179.

¹³² הכתיבה האקדמית בנושא תכליותיה של המסוימות היתה עד כה דלה יחסית, ככל הנראה מתוך הסברה שאלה ברורות, מובנות ואינן שנויות במחלוקת. דיון עומק בסוגיה נערך אפילו מן המאמרים הבודדים שיוחדו בשלמותם לדרישת המסוימות (דויטש, מסוימות, לעיל ה"ש 31; יהלום, לעיל ה"ש 34). תיאור תמציתי ומזוקק של טעמי

דיה בכתיבה האקדמית: *המסוימות היא דרישה כופה* (קוגנטית) שעליה אין להתנות. הדגשת מאפיין זה והבנת ההצדקות לו יסייעו בידי להסביר מדוע הערך בדבר חופש ההתקשרות אינו יכול לשמש הצדקה מספקת לויתור על דרישת המסוימות.¹³³

במישור שיקולי ההוגנות הטבועים (המישור הדאונטולוגי), הערך העיקרי התומך בדרישת המסוימות הוא עקרון חופש החוזים. חופש החוזים הוכר אצלנו כחירות (וזכות) יסוד בעלת מעמד חוקתי.¹³⁴ מרכיב חשוב באגד הערכים המרכיבים את חופש החוזים הוא חופש העיצוב – החופש של הצדדים למשא ומתן לעצב כפי רצונם את תוכן החוזה שייכרת ביניהם (ככל שייכרת).¹³⁵ דרישת המסוימות מממשת את חופש העיצוב ושומרת עליו מפני פגיעה בלתי מידתית. היא מבטיחה שקווי המתאר הבסיסיים של העסקה ייקבעו בידי הצדדים עצמם ולא בהתאם להחלטה של גורם אחר (לדוגמה: המחוקק, בית המשפט, או הקהילה העסקית).¹³⁶ היא מבקשת למנוע מצב שבו בתי המשפט יתבקשו תדיר לאכוף – ואף ימצאו אוכפים בפועל – התחייבויות שתוכנן עלול להיות שונה מהותית מתוכן ההתחייבויות שצד להסכם היה יכול לשער, כאדם סביר, שהוא עשוי ליטול על עצמו בעת שהביע את התחייבותו לעסקה.¹³⁷

כלל השלמה המהותית, לעומת זאת, מסכן את חופש העיצוב וחושף אותו לפגיעה קשה ובלתי מידתית. הכלל מתיר לבית המשפט, לבקשת צד להסכם, לקבוע בעצמו את המתווה הבסיסי של העסקה. כל זאת בהסתמך על דין משלים, שהקשר בין ההסדר הקבוע בו לבין רצונם האקטואלי המשותף של הצדדים להסכם הוא ספקולטיבי (במקרה הטוב) או פיקטיבי (במקרה הגרוע).¹³⁸ ודייקו: השלמה של חסר הנוגע בעניין מהותי פוגעת לא רק בחופש העיצוב. היא עלולה לפגוע גם בחופש ההתקשרות – הוא החופש מכפייה שיפוטית של קשר חוזי על אדם שלא הביע רצון ברור לכבול עצמו בקשר כזה.¹³⁹ החשש האמור גובר ככל שהעניין שלגביו נשקלת השלמה נורמטיבית מרכזי יותר. השלמה מהותית עשויה בנקל להפוך עסקה שבבסיסה עמד פוטנציאל כלכלי עבור אחד

הדרישה ניתן למצוא בשני החיבורים החשובים שנכתבו אצלנו על דין החוזים הכללי: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 267-268; שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 170-171. לניתוח כלכלי של ההצדקות לדרישות המסוימות והכתב (בלא הבחנה ביניהן) ראו עמרי בן-שחר ויובל פרוקציה, "חוזים", פרק ד', 153, 162-163, בתוך: **הגישה הכלכלית למשפט** (אוריאל פרוקציה עורך, התשע"ב). הדיון ההלכתי המקיף ביותר בחשיבותה של המסוימות ובטעמיה התקיים בעניין **חברה קדישא**, לעיל ה"ש 82, בפסק דינו של השופט גרוניס. בעיקרי החידושים הגלומים בפסק הדין דנתי במאמרי הנ"ל בה"ש 82, בעמ' 74-77. את דלות הכתיבה בנושא ייתכן שניתן לייחס במידת מה לטשטוש הגבולות – הבלתי מוצדק – בין דרישת המסוימות לבין דרישת הכתב (שזכתה לדיון נרחב יותר בפסיקה ובספרות). בניגוד לדרישת הכתב, המסוימות אינה דרישה צורנית אלא נוגעת בתוכן ההסכמה שמגבשים הצדדים – ותהא אשר תהא הצורה שזו לובשת (הסכמה בכתב, על-פה או בהתנהגות). ראו להלן ד. 4.

ראו לדוגמה: ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992) (השופט ברק, פס' 25); ע"א 239/92 **"אגוד" אגודה שיתופית נ' משיח**, פ"ד מח(2) 66, פס' 2-4 (1994). חופש ההתקשרות נתפס אצלנו כעקרון יסוד עוד בטרם זכה למעלה של עיקרון חוקתי. ראו לדוגמה את דברי השופט אלון בד"נ 22/82 **בית יולס נ' רביב**, פ"ד מג(1) 441, 473 (1982), שסבר כי עמדת שופטי המיעוט באותה פרשה סתרה "עקרון יסוד של תפיסתנו המשפטית-חברתית בדבר חופש ההתקשרות...".

להגדרת חופש העיצוב ולהבחנה בינו לבין חופש ההתקשרות ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 21-22. כוונתי כאן לאפשרות של היזקקות לנוהג (כללי).

לזיהויה של דרישת המסוימות עם התכלית של הגנה על חופש העיצוב ראו דויטש, מסוימות, לעיל ה"ש 31, בעמ' 337-339.

על הממד הפיקטיבי שיש בייחוס התוכן של הוראות השלמה החקיקתיות לצדדים עמדו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 280, בטקסט להערה 41. ביקורת על השימוש בהוראות השלמה המושגות על מושגי שסתום בשל סטייתן מרצונם האקטואלי של הצדדים הציג הנשיא גרוניס בעניין **חברה קדישא**, לעיל ה"ש 82, בפס' 15-16. יש להודות כי רמת הפיקטיביות הכרוכה בייחוס הסדרי הדין המשלים לכוונת הצדדים עשויה להשתנות בהתאם למקור השלמה שבו מדובר. בעוד שנוהג, ובפרט נוהג פרטי שבין הצדדים, עשוי בהחלט לקלוע לכוונתם המשוערת, קשה יותר להניח התאמה כזו כשמקור השלמה הוא נוהג כללי, הסדר השלמה ספציפי שנקבע בחוק כזה או אחר, או דוקטרינה המבוססת על עקרונות אמורפיים של הגינות (כדוגמת סבירות או תום לב). כזכור, קו מחשבה זה עמד מאחורי 'טיעון הקל וחומר', שהועלה בספרות כצידוק להשלמה מהותית מכוחו של נוהג.

להגדרת חופש ההתקשרות ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 21 ("חופש ההתקשרות הוא החופש לבחור את סוג החוזה הרצוי לצד המתקשר והחופש להחליט אם בכלל להתקשר בחוזה ועם מי להתקשר...").

הצדדים (או עבור שניהם) לעסקה בלתי כדאית. היא עלולה לכבול צד בקשר חוזי מבלי שרצונו להתחייב הגיע לאותה דרגה מינימלית של גיבוש, המאפשרת לראותו ככזה המבטא באופן מלא את גמירת דעתו.¹⁴⁰ השלמה מהותית מעמידה אפוא בסכנה מוחשית לא רק את חופש העיצוב אלא בעקיפין גם את חופש ההתקשרות.¹⁴¹

גם במישור התועלתני-תוצאתני קיים היגיון רב בדרישת המסוימות – וסיכון רב באימוצו של כלל ההשלמה המהותית – הסותר אותה.¹⁴² דרישת המסוימות מתמרצת מתקשרים בכוח לנהל משא ומתן על הנושאים החשובים ביותר הנוגעים לסוג העסקה שבה חפצו, משום שהיא מעמידה את ההגעה להסכמה מודעת עליהם כתנאי לאכיפות העסקה. משא ומתן כזה הוא חיוני משום שהוא משקף לכל צד את המבנה הכלכלי הבסיסי של העסקה ואת השלכותיה הכלכליות המיידיות. במילים אחרות: דרישת המסוימות מחייבת את הצדדים להגדיר מהו הנטל הכלכלי העיקרי שכל אחד מהם מתחייב ליטול על עצמו. מודעות לנטלים אלה חיונית כדי שכל אחד מהצדדים יוכל להעריך – לפחות באופן מקורב – מהו אינטרס הקיום שלו עצמו בעסקה הנדונה.¹⁴³

כלל ההשלמה המהותית מסכל את התהליך המתואר. השלמה נורמטיבית של פרט מהותי פירושה שבית המשפט הוא שיגדיר עבור אחד הצדדים (או עבור שניהם גם יחד) את אינטרס הקיום. השלמה כזו מייצרת חשש ממשי לטעות שיפוטית בהערכת גבולות הכדאיות הכלכלית של העסקה מבחינתו כל אחד מהצדדים לה. לשגיאה שיפוטית כזו שתי השלכות שליליות: ראשית, בטווח המידי בית המשפט עלול להימצא כופה על אחד הצדדים עסקה שאינה יעילה מבחינתו. כאשר ההפסד הכרוך בכפיית העסקה על הצד הנכפה גבוה משיעורה של התועלת שהצד המבקש לאכוף את העסקה צפוי להפיק ממנה, מתרחשת תוצאה בלתי יעילה בראייה חברתית כוללת.¹⁴⁴

שנית, בטווח הארוך פירושה של זניחת הדרישה למסוימות הוא ששיטת המשפט אינה מחייבת את כל אחד מהצדדים לשקול ברצינות את התועלת הכלכלית שקיום ההסכם צופן עבורו, כתנאי לאכיפות ההסכם. לאימוצה של נורמה כזו שני תוצרי לוואי שליליים: ראשית, צדדים עשויים להתפתות לקצץ יתר על המידה את המשא ומתן ביניהם מתוך הנחה שבמקרה הגרוע ההסכם הקסר יושלם נורמטיבית. נטייה כזו עלולה בתורה להגדיל את הסיכוי לאי הבנות ומחלוקות עתידיות. אלה בתורן צפויות להתגלגל לפתחו של בית המשפט וזה יידרש לקבל הכרעות שבהן קיים סיכון גבוה לטעות שיפוטית חמורה מהסוג שתוארת.

לחלופין, החשש מפני השלמה נורמטיבית שגויה שתיערך בדיעבד (בהתגלע סכסוך) עשויה להיות בעלת אפקט מצנן (chilling effect) על ניהולם של משאים ומתנים חופשיים ובלתי

¹⁴⁰ ניתן לראות שאני קושר כאן בין דרישת המסוימות לבין הדרישה לגמירת דעת. "תיאוריית קשר" זו עומדת במרכז מאמרי הנ"ל בה"ש 2.

¹⁴¹ על הקשר ההדוק בין שני החופשים עמדו שלו וצמח, שצינו כי "השאלה אם להתקשר תלויה בדרך כלל בתנאי ההתקשרות... אין מכר בעלמא, אלא מכר בתנאים מסוימים... רק לאחר התבוננות מקיפה בחוזה מסוים, על תוכנו ותניותיו, ניתן לקבוע את סוגו ולגבש רצון התקשרות." שם, שם.

¹⁴² הניתוח שלהלן חופף רק בחלקו את הניתוח של בן-שחר ופרוקציה, לעיל ה"ש 132.

¹⁴³ אינטרס הקיום (החוזי) מחושב, כידוע, על יסוד העמדת כלל ההשקעה החוזית הנדרשת מצד לחוזה למול התועלת הצפויה לאותו צד מקיום החוזה בידי רעהו. להגדרת אינטרס הקיום (בעת כריתת החוזה ולאחר הפרתו) ראו גבראלה שלו ויהודה אדר, **דיני חוזים – התרופות, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 44-46 (התשס"ט).

¹⁴⁴ לדוגמה, אם יידרש בית המשפט לקבוע בדיעבד, בהתגלע סכסוך, את טיב הנכס, הסחורה או השירות העומדים בליבת העסקה, קיימת הסתברות גבוהה שקביעה כזו תהפוך את העסקה לבלתי יעילה לפחות מבחינתו של אחד מהצדדים – וייתכן שאף מבחינת שניהם גם יחד. במבט ראשון, השלמה שיפוטית עשויה להיחזות כפוגעת רק בצד המבקש להתנער מההסכם. ברם, מה שעלול לקרות בפועל הוא שההשלמה השיפוטית שתיערך לבקשתו של צד מסוים תצמיח עסקה שבה הפרט החסר הושלם באופן שאינו פדאי אפילו עבור אותו צד. כך יקרה, לדוגמה, כאשר מוכר מבקש אכיפה של הסכם מכר במחיר שקבע שמאי מטעמו, אלא שבדיעבד נקבע המחיר על ידי שמאי מטעם בית המשפט, באופן שהופך את העסקה לבלתי יעילה מבחינתו של המוכר. לפרשה שבה נחלקו הדעות בבית המשפט העליון בשאלה אם ניתן להשלים חסר הנוגע למחירה של דירה על יסוד הערכת שמאי ראו ע"א 2143/00 **ליון נ' שולר**, פ"ד נז(3) 193 (2003).

פורמליים. זאת, בשל החשש שכל מצג או סיכום ביניים – אפילו חלקי וגולמי – יוכל לשמש בסיס לתביעת אכיפה בידי הצד השני.¹⁴⁵ כתוצאה מכך עלול להצטמצם דרמטית מספר המשאים-ומתנים הבלתי פורמליים, מה שעלול לגרום להחמצת הזדמנויות כלכליות. לחלופין, תתייקרנה העלויות הכרוכות בניהולם של משאים ומתנים. זאת, בין משום שהצדדים יתנהלו באופן זהיר ומהוסס יותר ובין משום שיעדיפו לנהל משא ומתן רק בליווי משפטי צמוד.¹⁴⁶

דרישת המסוימות מבקשת למזער סיכונים אלה. היא מיועדת להבטיח שעסקה תזכה באכיפות אך ורק כאשר הוכח שקווי המתאר הבסיסיים שלה – שמהם נגזרות העלויות והתועלות העיקריות הצפויות מביצועה – היו ידועים וברורים לצדדים מראש, בעת שהביעו את רצונם המשותף להיכבל משפטית.

פרט לתכליות הדאונטיות והתועלתיות של דרישת המסוימות, היא משרתת גם תכלית מוסדית חשובה: הגנה על בתי המשפט מפני הצפתם בסכסוכים הנוגעים לקווי המתאר היסודיים של העסקה, ואגב כך חיסכון בזמן שיפוטי יקר. אכן, בטווח הארוך צפוי היישום העקבי של דרישת המסוימות להקרין על התנהגותם העתידית של מתקשרים בכוח. יישום עקיב מסייע לציבור המשפטנים (ובעקיפין לציבור כולו) להפנים את המסר שלפיו אין לצפות מבית המשפט לאכוף התחייבויות שהן חלק מעסקה, שהצדדים לא טרחו לסכם ביניהם את עיקריה. לכן, גם אין כל טעם להשקיע משאבים בפנייה (בזבזנית, בראייה חברתית) לערכאות כדי לנסות לאכוף הסכם בלתי מסוים, שכן תוצאותיה של פנייה כזו ידועות מראש.¹⁴⁷

רציונלים אלה של דרישת המסוימות – המוסריים, הכלכליים והמוסדיים – מקופלים בפסקה יחידה שכתב השופט שלמה לוי בפרשת לוי נ' שולר.¹⁴⁸ באותה פרשה סירב בית המשפט, בדעת רוב, להשלים נורמטיבית את מחיר הממכר בעסקת מכר מקרקעין. זאת, חרף העובדה שהחזקה בנכס כבר עברה לידי הקונים ושחלקו הארי של המחיר (ששיעורו המדויק היה נתון במחלוקת) כבר שולם. כחלק מנימוקי פסק הדין נכתבו דברים נכוחים אלה:

אחת המטרות החשובות של דרישת הכתב בעסקת מקרקעין היא להשיג ודאות [...] ולמנוע התדיינות [...] התדיינות כזו אינה רק גוזלת מזמנו של בית המשפט ועולה לצדדים במשאבים רבים; חשוב מכך – היא טומנת בחובה פוטנציאל לטעויות של בית המשפט, בשל העובדה שמטבע הדברים קיים קושי לרדת לחקר האמת, בהעדר ראיות חד-משמעיות כגון מסמך כתוב.¹⁴⁹

¹⁴⁵ תובנה זו עשויה לשמש בסיס לביקורת על הלכות או מגמות אחרות של הקלה בכניסה אל תחום החבות החוזית, כגון הכרה נרחבת מדי בתוקפם החוזי של הסכמי ביניים (זכרונות-דברים ו"הסכמים להסכים") או נטייה מוגזמת לראות נסיגה ממשא ומתן כהתנהגות המנוגדת לחובת תום הלב במשא ומתן. מקצתם של היבטים אלה נדונים במאמרי הנ"ל בה"ש 34, בעמ' 44-54.

¹⁴⁶ לטענה כי כך ראוי, לפחות בהקשר לעסקת המקרקעין, ראו מאוטר, לעיל ה"ש 26.

¹⁴⁷ השיקול המוסדי הנזכר בטקסט מודגש בדברי השופט לוי, המובאים להלן בטקסט לה"ש 149.

¹⁴⁸ לעיל ה"ש 144.

¹⁴⁹ שם, בפס' 4. הצורך בשימורה של רמת וודאות מינימאלית באשר לתוכנם של הסכמים הודגש בדברי השופט ברק בפרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12, בפס' 7. החשש מפני פגיעה בוודאות המשפטית עקב היוקקות מוגזמת להוראות הדין המשלים לשם השלמה נורמטיבית, בפרט כשזו נעשית על יסוד סטנדרטים עמומים של סבירות, הודגש על ידי השופט (כתוארו אז) גרוניס בפרשת חברה קדישא, לעיל ה"ש 82, שבה קבע: "השלמת החוזה באמצעות סטנדרט עמום כמו "זמן סביר" מזמינה מחלוקת בין הצדדים באשר לפרשנותו. ... נקיטת גישה מקלה ביחס לדרישת המסוימות והשלמת סעיפים בחוזה באמצעות סטנדרטים עמומים עלולה לגרום לחוסר וודאות בקרב מתקשרים בחוזה. זאת, הן לגבי השאלה האם נכרת ביניהם חוזה מחייב, והן ביחס לתנאיו של אותו חוזה." שם, בפס' 15 ו-16.

הדברים נוגעים כביכול בדרישת הכתב, אך לטעמי הם יפים וטובים במידה רבה גם לדרישת המסוימות – ולתיאור תכליתיה שפורטו לעיל.¹⁵⁰

3. גמישותו של סטנדרט המסוימות – ונחיצותה

מהדברים שהוצגו לעיל ניתן אולי להתרשם כי הדרישה למסוימות מבטאת שאיפה ליצירתה של מציאות שבה מתקשרים ישקיעו מאמץ רב בניסוח מדויק ומפורט של הסכמותיהם. ולא היא. אין לזהות בין דרישת המסוימות לבין אימוצה של גישה מחמירה כזו.

הטעם פשוט: הדרישה למסוימות אינה מציבה תביעה לשלמות ואף אינה דורשת פירוט ברמה גבוהה – אלא היא דרישת מינימום. כפי שכבר צוין, השאלה מהו אותו רף מינימאלי הדרוש כדי לעמוד בדרישת המסוימות היא לעת הזאת שאלה פתוחה, ומטבע הדברים ייתכנו בעניין זה גישות שונות.¹⁵¹ אף שאין זה המקום להעמיק, אציע לראות עניין מהותי בנושא שאדם סביר בנעלי המתקשר הנוגע בדבר היה מעדיף להימנע מלהיכנס לעסקה הנדונה מלכתחילה, אילו ידע מראש שקטר הנוגע לאותו נושא יושלם בדיעבד באופן נורמטיבי. בתמצית, עניין מהותי הוא עניין שקיים סיכון סביר שהשלמתו הנורמטיבית תהיה כרוכה בטעות שיפוטית דרמטית בהערכת אינטרס הקיום¹⁵² של אחד מהצדדים לעסקה לפחות. לדוגמה, בעסקת מכר מקרקעין שאלת הזיהוי הספציפי של הנכס היא קריטית, שכן ההנחה היא שקרקעות נבדלות זו מזו באופן משמעותי, ושהשימושים וההנאה שאנשים שונים עשויים להפיק מאותה קרקע הם שונים באופן דרמטי. לכן, קיים סיכון רב בהשלמה שיפוטית של זהות הנכס. מאותה סיבה השלמה שיפוטית של המחיר בעסקות מכר כרוכה בסיכון גבוה לטעות בהערכת השווי הסובייקטיבי של הנכס מבחינתו של הקונה (שעשויה להיות גבוהה או נמוכה באופן משמעותי משווי השוק של הנכס).¹⁵³ מכל מקום, וזה כאן העיקר, המסוימות מניחה כמובן מאליו שהסכם אינו חייב להיות מושלם, וכי פרטים בעלי חשיבות משנית ראוי שבית המשפט ישלים נורמטיבית במידת האפשר.¹⁵⁴

ניתן להקשות ולתהות מהי ההצדקה לגמישות זו הטבועה בדרישת המסוימות. הרי לכאורה גם השלמת הסכם בנקודות בעלות חשיבות פחותה או משנית פוגעת בחירות הצדדים – ואולי גם

¹⁵⁰ דרישת הכתב המהותית שבחוק המקרקעין התפרשה בפסיקה כדרישה שכל הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה יופיעו בכתב. כך נוצרה חפיפה בין רמת הפירוט הדרושה לשם עמידה בדרישת הכתב לבין זו הדרושה לשם עמידה בדרישת המסוימות. קיומה של חפיפה זו הוכר בפסיקה. ראו לדוגמה את דברי השופט דב לוין בפרשת **שומרוני**, לעיל ה"ש 21, בפס' 7: "הלכה ידועה היא, כי זיכרון-דברים העומד במבחן המסוימות מקיים בכך גם את דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין...". ראו בדומה את דברי השופט שמגר בע"א 686/83 **אליסאן נ' חברת יעקב יהלומי בע"מ**, פ"ד מא(4) 160, פס' 5 (1987). על טשטוש הגבולות בין הדרישות עמדתי לעיל, בה"ש 132.

¹⁵¹ ראו לעיל בטקסט לה"ש 7-10.

¹⁵² אני משתמש כאן – ובהמשכו של המאמר – במושג "אינטרס קיום" במובן מרוכך, הכולל את הציפייה לרווח שכל צד מגבש לעצמו בשלב המשא ומתן, עוד בטרם נתגבשו יסודות גמירת הדעת והמסוימות (ניתן לכנות זאת – "אינטרס הקיום הטרם-חוזי").

¹⁵³ לעומת זאת, מועדי התשלום, רישום הזכויות ואפילו מועד העברת החזקה – אף שעשויה להיות להם חשיבות לא מבוטלת, בפרט בעסקות גדולות – הם נתונים שקיים יסוד להניח שהינם בעלי השפעה דרמטית פחות על כדאיות העסקה מבחינתם של המוכר ושל הקונה. זאת משום שלפחות במקרה הטיפוסי, כדאיותה של עסקת המכר אינה נזררת מהם במישרין, ואינה מושפעת מהם באותו האופן שבו היא מושפעת מטיב הנכס וממחירו. זוהי, לדעתי, הסיבה שבתי המשפט שלנו נוטים לאפשר השלמה שיפוטית של מועדי התשלום והמסירה אפילו בעסקות מכר מקרקעין, כל עוד אין סימנים המעידים על כך שבעסקה הספציפית היו מועדי התשלום מהותיים עבור אנשים סבירים בנעליהם של הצדדים. לעניין זה ראו גם להלן ה.2(ה). הניסוח ההלכתי הקרוב ביותר למבחן המוצע בטקסט מופיע בפסק דינו של השופט פוגלמן בפרשת **רוזנברג**, לעיל ה"ש 21, שם הציע להגדיר "פרטים מהותיים" ככאלה ש"מסתברת יותר המסקנה שאילו היתה מתעוררת מחלוקת לגביהם המשא ומתן לא היה מבטל לכדי הסכם מחייב" (שם, בפס' 14). אמנם, ניסוחו של מבחן זה, שניתן לכנותו "מבחן פיצוץ העסקה" שונה מאוד מזה המוצע כאן, אך דומה שהרציונל הנטוע בבסיסו דומה: החשש הוא, כך אציע לפרש את 'מבחן פיצוץ העסקה', מהשלמה נורמטיבית של עניין שבשל חשיבותו הכלכלית עבור צד לעסקה סביר להניח שאותו צד לא היה מעלה בדעתו לוותר על החופש לקבוע אותו בעצמו תוך הסמכת בית המשפט להסדירו בדיעבד.

¹⁵⁴ קרי בהיתן דין משלים רלבנטי ובכפוף לכך שכוונת הצדדים להתחייב משפטית ברורה.

בחובתם – לעצב בעצמם את ההסדר המשפטי שיחול באותן נקודות.¹⁵⁵ התשובה לקושי היא שהסכמה חוזית מפורטת היא מבורכת. עם זאת, הסכם נטול חסרים כלשהם איננו בנמצא.¹⁵⁶ כל עוד החסר נוגע בעניינים משניים – קרי נושאים שהשפעתם על אינטרס הקיום של הצדדים קטנה יחסית – פוחת החשש לפגיעה דרמטית בכדאיות העסקה מבחינתו של כל אחד מהצדדים. בד בבד, השלמה נורמטיבית של פרטים משניים משרתת ערך חברתי חשוב אחר: האינטרס הציבורי בכיבוד הבטחות והסכמים שמהם משתמעת כוונת התקשרות רצינית והדדית. מדובר אפוא בעניין של מידה ושל דרגה: רף המסוימות – שהוא כאמור רף מינימלי ולא מקסימלי – אמור להיות מוצב באותה נקודה אשר לדעת בית המשפט משקפת איזון ראוי בין שתי תכליות: ראשית, השאיפה להבטיח רמת פירוט סבירה שתגשים במידה רבה את תכליותיה של דרישת המסוימות; ושנית, השאיפה למנוע פגיעה קשה מדי בערך של קיום הסכמים – *pacta sunt servanda*.¹⁵⁷ איזון עדין וחיוני זה נשמר ומתקיים בגדרי דרישת המסוימות באמצעות ההבחנה – הגמישה ובעלת המרקם הפתוח – בין עניינים "מהותיים", "עיקריים", "חיוניים" וכיו"ב תיאורים נרדפים, לבין עניינים שאינם כאלה ("משניים", "טפלים", "בלתי-מהותיים", וכיו"ב). מושגי שסתום אלה – שיציקת תוכן קונקרטי אליהם היא אתגר שיפוטי מן המעלה הראשונה – מאפשרים לבית המשפט לווסת ולאזן באופן גמיש – ורגיש – בין החשש מכפייה שיפוטית של עסקה על צד שיייתכן שלא היה מעלה בדעתו להתקשר בה מלכתחילה, לבין השאיפה להעניק תוקף משפטי להבטחות שאנשים סבירים והגונים עשויים להסתמך עליהן. דיני המסוימות נכונים אפוא 'לשלם את המחיר' הכרוך בהשלמתם בדיעבד של הסדרים חסרים ובכפייתם על הצדדים, כל עוד אין מדובר בהשלמה הנוגעת במבנה הכלכלי הבסיסי של העסקה והכרוכה בשל כך בחשש לטעות שיפוטית דרמטית בהערכת כדאיותה.¹⁵⁸

הכרה במורכבות זו ובכך שיישומה של דרישת המסוימות אינו מכני אלא מחייב איזון עדין בין ערכים נוגדים הניעה את בתי המשפט להציב לעצמם אזהרה כפולה שראוי שתהדהד בכל דיון שיפוטי בהשלמתם של הסכמים חסרים: מחד גיסא – מפני יציקת תוכן נוקשה מדי לתוך דרישת המסוימות;¹⁵⁹ ומאידך גיסא – אזהרה מפני היסחפות למצב שבו אגב השלמת ההסכם יימצא בית המשפט "כורת חוזה עבור הצדדים", כלומר יוצר בהבל פיו (בעזרת דין חיזוני משלים) את הבסיס הכלכלי להתקשרות החוזית.¹⁶⁰ למרבה הצער, בעשורים האחרונים הלכה ופחתה התדירות שבה

¹⁵⁵ זאת ועוד: ניתן לטעון שהשלמה נורמטיבית של חסרים, אפילו כאלה שאינם מהותיים, מעוררת חשש לפגיעה ביעילותה הכלכלית של העסקה שתיאכף.

¹⁵⁶ דעה שונה משתמעת מפסק דינו של השופט שטיין בע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (20.11.19), שבו הוזכרה האפשרות של "חוזה סגור עם התניה מלאה: חוזה ממצה שכל תנאיו מוגדרים באופן ברור ונהיר, והוא איננו זקוק לפרשנות יצירתית" (שם, בפס' 13). לביקורת על דעה זו ראו איל זמיר, "פירוש חוזים: תיאוריה, דין, עובדות וערכים (בשולי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)" (יראה אור במשפטים נא).

¹⁵⁷ בניסוח אחר: דרישת המסוימות נועדה לאזן בין חופש העיצוב, המשמיע את חירותם וחובתם של הצדדים לעצב בעצמם את תוכן החוזה, לבין חופש ההתקשרות, שממנו נגזרת גם החובה לכבד התחייבויות רציניות שאדם נטל על עצמו מרצונו החפשי.

¹⁵⁸ יש להודות: גמישותה הטבועה של דרישת המסוימות יוצרת עמימות, וזו בתורה מזמינה התדיינות משפטית בשאלה אם סוגיות השנויות במחלוקת שלא הוסדרו בהסכם הן מהותיות. לדעתי, יעד חשוב שבתי המשפט שלנו צריכים להציב לעצמם הוא לצמצם את ממדיה של עמימות זו. צעד ראשון בכיוון זה הוא ניסיון שיפוטי ללבן ולהבהיר את מבחני המהותיות ולגבש מבחני עזר מועילים שיהא בהם כדי לסייע ביישומם במקרים קונקרטיים. דא עקא, שכל עוד שולט בכיפה כלל שביטל במחי יד את ההבחנה בין פרטים מהותיים לבלתי מהותיים, קשה לצפות מבתי המשפט להשקיע משאבים ומאמצים בכיוונים אלה.

¹⁵⁹ כפי שנעשה כבר בפרשת **זנדבנק**, לעיל הי"ש 9, ובפרשת **קפולסקי**, להלן הי"ש 193, שתידון להלן ה.1. (ב).
¹⁶⁰ בהקשר זה נביא מדברים יפים שאמר השופט חיים כהן בפרשה שנדונה בבית המשפט העליון עוד בטרם נכנס לתוקפו חוק החוזים: "...לא יכתוב בית-המשפט חוזה לצדדים אשר בו הם עצמם לא רצו ואותו כלל לא העלו על דעתם – אלא אולי באותן הנקודות הטפלות' בלבד, שלגביהן יש להניח שלא היה איכפת להם לצדדים עצמם מה יקבע בחוזה..." ע"א 694/69 **מגידו נ' "דיוור חן"**, פ"ד כד (2) 6, 9 (1970). דברים אלה הובאו בהסכמה בע"א 285/75 **זינגר נ' קימלמן**, פ"ד ל (1) 804, פס" 5 (1976) שם הפך בית המשפט העליון, מפי השופט בייסקי, פסק דין מחוזי שהשלים עבור הצדדים עניינים שנחזו בעיני בית המשפט העליון כ"שייכים לעניינים המהותיים שרק

מושמעת האזהרה האחרונה, ולא בכדי: כלל ההשלמה המהותית כרסם כרסום ממשי בחשיבות ההבחנה בין פרטים מהותיים לכאלה שאינם מהותיים, והעמיד בספק את עצם הרלבנטיות שלה. בנסיבות אלה, אין תימה שאזהרות מפני "כתיבת חוזה עבור הצדדים" הפכו נדירות.¹⁶¹

4. האם חופש ההתקשרות מצדיק ויתור על דרישת המסוימות?

האין לומר שהערך בדבר חופש החוזים, וליתר דיוק חופש ההתקשרות, עשוי – חרף תכליותיה הראויות של דרישת המסוימות – להצדיק ויתור עליה, לפחות במקרים מסוימים? במבט ראשון עשויה התשובה החיובית להישמע קוסמת. תפיסה ליברטריאנית המייחסת משקל מכריע לרצונם של הצדדים עשויה לגרוס כי מקום שהצדדים להסכם הביעו בבירור את רצונם המשותף להיכבל בו משפטית, ובכך מימשו את זכותם החוקתית לחופש התקשרות,¹⁶² על שיטת המשפט לגבות רצון זה גם במחיר הפגיעה באינטרסים הציבוריים המתחרים שדרישת המסוימות מקדמת.

לדעתי, אין לקבל השקפה זו, ואין תמה שקשה למצוא לה תומכים. אימוצה פירושו שהשאלה אם במקרה פלוני נכרת חוזה תלויה ברצונם הבלעדי של המתקשרים. רצו הצדדים להיות קשורים בחוזה – יהיו קשורים בו; לא רצו – לא יהיו קשורים. עמדה כזו ניתן לעגן רק במסגרת "תיאוריית הרצון" הקלסית (Will Theory) בגרסתה הגולמית והקיצונית, זו שביקשה להצדיק את מכלול דיני החוזים בעזרת הרציונל של חופש הרצון וחופש הבחירה.¹⁶³ השקפה זו אבד עליה הכלת, וספק אם אי פעם השתקפה בדין הנוהג.¹⁶⁴

למתקשרים לקבוע בהם מתוך הסכמה. "השופט בייסקי התייחס שם במפורש להשלמת מועדי התשלום והוצאות המיסים ועולה מדבריו כי למרות שעניינים אלה נכללו ב'רשימת עצינוני', הרי אין הם 'מהותיים' כאותם פרטים הנוגעים למהות העסקה עצמה ולמחיר הממכר – נתונים שלדעתו אינם ניתנים להשלמה (שם, בפס' 4-5). פסק הדין בעניין זינגר ניתן לאחר חקיקת חוק החוזים, אך נפסק על יסוד הדין הקודם.

¹⁶¹ ועם כל זאת, לעתים נדירות שב בית המשפט העליון ומדגיש את חשיבות ההבחנה בין פרטים מהותיים לבלתי מהותיים, תוך שהוא מזהיר מפני השלמה של הסכמים בנקודות מהותיות. לדוגמה, בראשית שנות ה-90, לאחר שכלל ההשלמה המהותית כבר קנה לו אחיזה, סרב בית המשפט העליון להשלים נורמטיבית את התמורה הכספית שתשלום ליזם בגין שירותיו, תוך הסתייגות בשיעורי התגמול הנהוגים בתחום היזמות, בקבעו: "...בנוהג בלבד לשלם ליזמים כ-10% עד 15% מערך הפרויקט לא סגי... הנוהג מקובל בדיני החוזים כבא להשלים פרטים חסרים בהסכם קיים... יחד עם זאת, הנוהג כשלעצמו אינו יכול ליצור חוזה 'יש מאין' בין צדדים שאין ביניהם הסכם מלכתחילה. ע"א 3669/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, פס' 12 (1992) (השופט מלץ). גישה זו מתיישבת עם ההלכה המצמצמת להשלמה מכוח נוהג (לעיל בטקסט לה"ש 84). השוו לדברי ההזרה הכלליים שהשמיע השופט עצינוני לגבי השלמה נורמטיבית בכלל בפרשת מינקשווילי, אשר יובאו להלן בטקסט לה"ש 201. גם בעשורים האחרונים – ואפילו בעשור האחרון – ניתן למצוא פסקי דין שבהם נמנע בית המשפט העליון מלהיזקק להוראות השלמה כדי להשלים פרטים שנחזו בעניני מהותיים, לעתים תוך סירוב מפורש לעשות כן. כך היה בפרשת ליון, לעיל ה"ש 144, שבה בדעת רוב הזכיר השופט שלמה ליון (שם, בפס' 4) את סעיף 46 לחוק החוזים, אך סרב לעשות בו שימוש, חרף הנחתו שיסוד גמירת הדעת התקיים לכאורה. על נטייה מסוימת לכיוון השמרני המתגלית בעשור האחרון עמדו גם שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 177-178. פסקי הדין השמרניים ביותר, לפחות מבחינת רטורית, ניתנו מפי השופט גרוניס בפרשת חברה קדישא, לעיל ה"ש 82, ועל ידי השופט דנציגר ברע"א 239/10 באום נ' כנפי פז, במיוחד בפס' 26 (12.10.2009). גישה שמרנית משתמעת גם מעמדת שופטי הרוב בפרשת עדני, לעיל ה"ש 30, שבה דנתי במאמרי הנ"ל בה"ש 17, בעמ' 44-54. גישה זהירה עולה גם מדברי הנשיאה נאור בפרשת רוזנברג, המובאים בטקסט לה"ש 83, ומפרשת דניאל, לעיל ה"ש 79, שם סירב בית המשפט, מפי השופטת ברק-ארז, להשלים פרט שנגע בהסדרי המיסוי, משום שאלה נחזו כפרט מהותי באותה עסקה.

ראו לעיל, בטקסט לה"ש 134.

¹⁶² לדיונים בתיאוריית הרצון ובגרסתה המודרנית המרוככת ראו למשל: Anothony T. Kronman, *A New Champion for the Will Theory*, 91 YALE L.J. 404 (1981).

¹⁶³ Luis Muniz-Arguelles, *A Theory on Contract as Promise* (1981). לסקירות כלליות ראו למשל: Luis Muniz-Arguelles, *A Theory on Contract as Promise*, 52 REV. JUR. U.P.R. (Un. Puerto Rico) 249, 254-259 (1983); Patrick S. Atiyah, *The Liberal Theory of Contract*, in ESSAYS ON CONTRACT (1986). ראו גם, בתמצית: שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 23-24.

¹⁶⁴ "לתורת הרצון נודעה השפעה ניכרת על החשיבה המשפטית ועל דיני החוזים, אולם בצורתה האידאליסטית, המעמידה במרכז השיטה את כוחו היוצר של הרצון האינדיבידואלי, היא לא התקבלה כדין נוהג. ... כבר בתקופה שבה שלט המודל הקלאסי של דיני חוזים... היו שיקולים כבדי משקל שהביאו לריסונה...". פרידמן וכהן, מהדורה 2, לעיל ה"ש 34, בעמ' 25. והשוו לדברי מלומד אמריקני: "[a]bsolute freedom of contract is no more than a nineteenth century ideal; one which has never existed in our law." H.C.C., Jr., Note, *Unconscionable Sales Contracts and the Uniform Commercial Code, Section 2-302*, 45 Va. L. Rev. 583, 592 (1959).

ולא בכדי – היעלה על הדעת שמערכת המשפט תראה עצמה מחויבת להכיר בהסכם כ"חוזה" רק משום שהצדדים לו הביעו את רצונם בכך? התשובה המתבקשת לשאלה רטורית זו היא בשלילה, והטעם פשוט: אכיפה משפטית של הסכם על הזולת היא – מכוח הגדרה – פעולה שיש בה משום ניצול של משאב ציבורי יקר ערך.¹⁶⁵ משאב כזה – כל עוד לא הוקצה ליחיד – אינו שייך לו אלא לציבור.¹⁶⁶ יתר על כן: בלי כוח האכיפה שמפעיל הציבור באמצעות המשפט, אין משמעות מעשית לזכותו (המוסרית או המשפטית-פורמלית) של הפרט לתבוע את אכיפתם של הסכמים שעשה עם זולתו.¹⁶⁷ ודייקו: באופן תיאורטי אין כל מניעה שהציבור, באמצעות נציגיו המוסמכים (או שליטיו במשטר שאינו דמוקרטי), יקצה את הזכות לקבוע אם הסכם פלוני הוא אכיף באופן בלעדי לצדדים לאותו הסכם. ברם, להחלטה כזאת יהיו מחירים חברתיים גבוהים ביותר, ששום מערכת משפטית לא תרשה לעצמה לשאת בהם.¹⁶⁸

אמת זו עולה בבירור מדין החוזים הנוהג. בראש ובראשונה היא משתקפת בכך שדיני הכריתה הם בבסיסם כללי כוח כופים (קוגנטיים).¹⁶⁹ דינים אלה כוללים בתוכם מגבלות שונות על היכולת לשכלל חוזה, שביניהן לבין רצון המתקשרים אין ולא כלום.¹⁷⁰ אכן, אפילו הכלל המשפטי המעגן במובהק את חופש ההתקשרות – כלל "גמירת הדעת" – הוא עצמו כלל כופה.¹⁷¹ גם אם יצהירו צדדים להסכם שהם מחויבים חוזית גם בהעדרה של גמירת דעת – או כי "גמרו בדעתם" – ברי

¹⁶⁵ "[I]n enforcing contracts, the government does not merely allow two individuals to do what they have found pleasant in their eyes. Enforcement, in fact, puts the machinery of the law in the service of one party against the other. When that is worthwhile and how that should be done are important questions of public policy" Morris Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 533, 562 (1933)

¹⁶⁶ תובנה בסיסית זו שימשה בסיס לתיאוריה הציבורית של החוזה, מבית מדרשו של מוריס כהן, שם. היא נובעת גם מעצם הגדרת החוזה כהסכם אכיף, קרי הסכם ששיטת המשפט חפצה ביקרו ובוחרת להעניק לו אכיפות. להגדרת החוזה כהסכם אכיף ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 6-8.

¹⁶⁷ "[M]ere freedom as absence of restraint, without positive power to achieve what we deem good, is Cohen. empty and of no real value". לעיל ה"ש 165, בעמ' 560. אכן, גם אלה הדוגלים במתן משקל רב לחופש החוזים ולחופש הרצון חייבים להכיר בכך שחופשים אלה שואבים את כוחם מן המשפט, ופירוש הדבר שהצדדים לחוזה אינם שליטיו הבלעדיים: "רצון הפרט, שגובש בהסכמה הדדית בחוזה, שואב אפוא את תוקפו מן הדין ולפיכך ברור שרצון זה גם מוגבל מכוחו של הדין... על אף מקומו הנכבד של רצון הצדדים בתופעת החוזה, אין הצדדים שליטיו הבלעדיים של החוזה שערכו." שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 8.

¹⁶⁸ אמת, נכון הדבר שבתחום החוזים ניתן משקל – אפילו משקל רב – לאגד הערכים המקופלים ברעיון של "חופש חוזים", ובהם ערך היסוד בדבר חופש ההתקשרות. ברם ערכים אלה, עד כמה שהם חשובים למשפט בכלל ולדין החוזים בפרט – אינם ערכים מוחלטים או בלעדיים במשוואה החוזית, בניגוד לכללים משפטיים, עקרונות משפטיים אינם מכתבים תוצאה אלא דורשים איזון גמיש למול עקרונות מתחרים. עמד על כך השופט ברק: "חופש ההתקשרות אינו חופש מוחלט. ככל זכות יסוד חוקתית, זהו חופש יחסי. יש לאזן אותו כנגד חופשים אחרים וכנגד אינטרסים אחרים, הראויים להגנה." ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד (מג) 441, פס" 16 (1989); ראו בדומה גם ברק, פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 99, בעמ' 78-79. הניסוח הקלסי של ההבחנה בין כללים ועקרונות במשפט מופיע אצל דבורקין: Ronald M. Dworkin, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 22-28. המתמקד לא באופייה האנליטי של הנורמה כי אם במקורה, ראו: Yehuda Adar & Pietro Sirena, *Principles and Rules in the Evolving European Law of Contract: From the PECL to the SECL, and Beyond*, 9 EUROPEAN REV. OF CONTRACT LAW 1, 7-22 (2013).

¹⁶⁹ עובדה בסיסית זו נתפסת כמובנת מאליה עד כדי כך שפוסקים ומלומדים אינם טורחים אפילו לציין או לדון בה. ציינתי שדיני הכריתה הם כופים רק "בבסיסם" – משום שבדיני הכריתה חשוב להבחין בין אותו "גרעין" כופה שעליו אין הצדדים רשאים להתנות, לבין סדרה של "כללי מעטפת" העוטפים את הגרעין הכופה. אלה האחרונים מאפשרים לצדדים למשא ומתן מרחב תמרון מסוים לגבי הליך כריתת החוזה, צורתו, שלביו ומועד שכלולו המדויק. בכפוף לחובת תום הלב בהפעלתם, כללי מעטפת אלה הם מרשים (דיספוזיטיביים). על ההבחנה בין ההיבט המרשה להיבט הכופה של דיני הכריתה עמדו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 148: "להוראות הקובעות את הליך כריתתו של החוזה [...] יש להתייחס כאל הוראות מרשות. זוהי הגשמתו של עקרון החופש החוזי [...]. אולם לכך שתי הגבלות מרכזיות: ראשית, הצדדים כפופים למסגרתו המוסדית של חוק החוזים [...]. שנית, הצדדים כפופים להנחיית היסוד העולה מפרק א' בכל הנוגע להליך הכריתה [...]. יצוין כי המחברים אינם מזכירים בהקשר זה את דרישת המסוימות, אך מהדיון בה משתמע שלדעתם מדובר בדרישה כופה (שם, בעמ' 266-270).

¹⁷⁰ כך, לדוגמה, בכל שיטות המשפט לא יזכה באכיפות הסכם המנוגד לחוק או לתקנת הציבור. פשיטא שדרישה זו אינה נוגעת כלל ברצון הצדדים להסכם, ואינה תלויה בה, והוא הדין בדרישות נוספות כדוגמת שפיות, כשרות, ודרישות צורה שהדין כופה על המתקשרים הר כגיגית.

¹⁷¹ גם עניין זה הוא כנראה כה ברור ומובן לפוסקים ולכותבים, עד שנדיר למצוא לו הד בפסיקה או בספרות המשפטית (אך ראו לעיל בה"ש 169).

שעמדתם בלבד לא תכריע את הכף.¹⁷² עד כמה שתיקרו לשיטת המשפט כוונת ההתקשרות – כוונה שהיא תנאי הכרחי לכינון חוזה – בשום סוגיה חוזית אין היא תנאי יחיד ואפילו לא תנאי מכריע.¹⁷³ סיכומם של דברים: *בשיטת המשפט הישראלית, כבשיטות אחרות, דיני הכריתה כוללים בחובם גרעין כופה של כללי כוח שתוכנם ותוקפם אינו תלוי ברצונם הטוב של הפרטים (אנשים או תאגידים) הנוגעים בדבר. על גרעין כופה זה – שדרישת המסוימות נכללת בו – אין המתקשרים עצמם יכולים להתנות.*¹⁷⁴

והערה אחרונה, חשובה: דרישת המסוימות אינה עיוורת לחופש החוזים ולערכים העומדים בבסיסו. נהפוך הוא: כפי שראינו, עם הערכים שאותם מקדמת דרישת המסוימות נמנים לא רק ערכים "חיצוניים" (תועלתניים, מוסדיים וכו') כי אם גם ערכים "פנימיים" שעניינם ברצון להגן על חופש העיצוב – ובעקיפין גם על חופש ההתקשרות – של מתקשרים בכוח. אכיפתה של הסכמה סתמית ואמורפית להתקשר בחוזה (לדוגמה: הבטחה חגיגית "להקים יחד בית מלון"), סופה שתפגע בערכים אלה, כך ששכרו של חופש החוזים צפוי שיצא בהפסדו. דרישת המסוימות אינה פועלת אפוא בהכרח בכיוון מנוגד לערכי חופש החוזים. בשל מגוון הרציונלים המזינים אותה, יישומה עשוי דווקא לשרת את חופש החוזים במובנו השלם. גם מטעם זה, אין לדעתי מקום להעדיף את כלל ההשלמה המהותית על פני דרישת המסוימות, אפילו לא בשמו של חופש ההתקשרות.¹⁷⁵

5. הערה השוואתית

בשולי הטיעון הנורמטיבי שהצגתי בפרק זה, וכחיזוק נוסף לו, ראוי להדגיש כי המסוימות אינה דרישה שמרנית אנכרוניסטית שאבד עליה הכלח. בניגוד לעמדה המושמעת לעתים במקומותינו, תהא זו שגיאה לקבוע ש"במשפט המודרני דרישת המסוימות איבדה מחשיבותה".¹⁷⁶ למעשה, הדרישה ממשיכה להיות מעוגנת גם היום בדיני החוזים המודרניים. גם בשיטות שבהן מושג המסוימות (באנגלית – definiteness) אינו מוכר כמושג עצמאי פורמלי, מוגשמות תכליותיו דרך

¹⁷² הגם שגמירת הדעת קשורה בטבורה לרצונם הפרטי של המתקשרים, אין לזהותה עם רצון זה. ראשית, לא כל רצון שיובע על ידי אדם להיות קשור בחוזה ייחשב נחרץ ורציני מספיק כדי לקיים "גמירת דעת", אפילו במובנו הסובייקטיבי של מושג זה. יהא אשר יהא הרף המדויק הדרוש לשם גיבושה של גמירת דעת – אין כל ספק שלא הצדדים להתקשרות הם המופקדים על הקביעה היכן יוצב. שנית, כידוע, המבחן לקיומה של גמירת דעת הוא אובייקטיבי. מה שמכריע אם צד להסכם גמר בדעתו אינו הכוונה האמיתית אלא ההשתקפות האובייקטיבית שלה בהצהרה החיצונית. הניסוח המדויק ביותר של המבחן האובייקטיבי מצוי בדברי הנשיא שמגר (בדעת מיעוט) בע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט, פ"ד מז(1) 357, פס' 4 (1993). המבחן הפך להלכה בפסק דינה של השופטת ביניש בע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון בראשי, פ"ד נב(2) 582, פס' 8 (1998).

¹⁷³ בית המשפט שב ועמד על תובנה זו גם בהקשר לבעיית הסיווג של עסקות חוזיות. לעניין זה נקבע שרצונם של הצדדים לסווג את החוזה לגדרה של קטגוריה כזאת או אחרת, אף שהוא שיקול רלבנטי, אינו שיקול מכריע – "לא ביחס לעצם היווצרותו של חיוב כלשהו ולא ביחס למהותו של החיוב בהנחה שנוצר." ע"א 347/90 סודהגל בע"מ נ' ספילמן, פ"ד מז(3) 459, פס' 14 (1993) (השופט מצא).

¹⁷⁴ תובנה זו זכתה להכרה חקיקתית אפילו בקודקס הצרפתי, שנתפס כמשקף את תורת החוזים הקלסית. במסגרת הרפורמה שעברו דיני החוזים בשנת 2016 הוספה לדיני הכריתה הוראה מפורשת בזו הלשון: "Contractual freedom does not allow derogation from rules which are an expression of public policy." FRENCH CIVIL CODE, Art. 1102 (Trans. by John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson & Simon Whittaker, 2016), available at: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf.

¹⁷⁵ העובדה שתכליותיה של המסוימות משרתות – או לפחות יכולות לשרת – גם את חופש ההתקשרות וגם את חופש העיצוב מעוררת את שאלת יחסי הגומלין בין יסוד גמירת הדעת לבין יסוד המסוימות: אם תכליתה של המסוימות היא, בין היתר, לקדם את חופש ההתקשרות של הצדדים, האם אין היא פועלת למימוש תכליותיה של הדרישה לגמירת דעת? ואם כך הדבר – מהו קו הגבול בין שתי הדוקטרינות? במאמרי הנ"ל בה"ש 2 אני דן בבעיה זו בהרחבה. הטענה העיקרית שהצגתי שם היא שחרף מאמציהן של הפסיקה ושל הספרות לשמר הפרדה מושגית ואנליטית בין שני יסודות החוזה, קיים ביניהם קשר טבוע ובל-ינותק. קשר זה מביא לכך שלפחות בפרקטיקה השיפוטית יסוד המסוימות הפך מזמן לחלק בלתי נפרד מיסוד גמירת הדעת. במילים אחרות: שימורה של דרישת המסוימות הוא, למעשה, גם ערובה לשימורה של הדרישה לגמירת דעת, במובנה המלא והשלם.

¹⁷⁶ כדברי השופט דורנר בפרשת בית הפסנתר, לעיל ה"ש 36, בפס' 12.

דוקטרינות אחרות. אלה נועדו להבטיח כי לא תינתן אכיפות להסכם שפרטיו המהותיים ביותר לא נקבעו בידי הצדדים לו.¹⁷⁷

6. נזיקה של הלכת ההשלמה המהותית

בשורות הבאות אבקש להניח נדבך נוסף, אחרון, בטיעון הנורמטיבי בעד שימורה של דרישת המסוימות ובעד התנערות מכלל ההשלמה המהותית. נדבך זה מבקש לפרוש בפני הקורא את הנזקים או העלויות החברתיות שהכלל האחרון הסב – וממשיך להסב – לדיני כריתת החוזה וליכולת להסתמך עליהם וליישם באופן עקיב ומועיל. אפתח בסיכון הכרוך באפשרות שהכלל ייושם בפועל, ואעבור לתיאור הנזק המוחשי שלדעתי כבר נגרם בשל עצם ההכרה הנמשכת בכלל ההשלמה המהותית.

¹⁷⁷ בשיטות המשפט הלטיניות ואלה שהושפעו מהקודקס הנפוליאוני מומשה הדרישה למסוימות באמצעות הדרישה המסורתית ל-*Causa* ולקיומו של אובייקט חוזי מוגדר. כיום, לאחר הרפורמה של דיני החוזים במשפט הצרפתי משנת 2016, הדרישה למסוימות מפורשת וברורה אף יותר. סעיף 1114 לקודקס קובע שבהעדר הסכמה על המרכיבים המהותיים של העסקה לא ייכון חוזה, אפילו גילו הצדדים את רצונם לקשור ביניהם קשר חוזי: "An offer, whether made to a particular person or to persons generally, contains *the essential elements of the envisaged contract*, and expresses the will of the offeror to be bound in case of acceptance." במשפט המקובל האנגלי מוכרת דרישת המסוימות כתנאי לתוקפה של הצעה (offer), אשר חייבת להיות מסוימת (definite) או וודאית במידה סבירה (reasonably certain). גם דרישת התמורה (consideration) תומכת בעקיפין ברעיון המסוימות. פסק הדין האנגלי המנחה בסוגיית המסוימות הוא: Scammel & Nephew Ltd. v. Ouston [1941] 1 All E.R. 14. באותה פרשה שלל בית הלורדים בשל פגם במסוימות תוקף חוזי מהסכם טרייד-אין שבו הוסכם על רכישת משאית חדשה תמורת ישנה, תוך הסכמה שהתמורה הכספית תשולם בתנאי שכר-מכר "on hire-purchase terms". בהתייחסו לדרישת המסוימות כתב הלורד Wright דברים אלה: "It is a necessary requirement that an agreement in order to be binding *must be sufficiently definite* to enable the court to give it a practical meaning. Its terms *must be so definite, or capable of being made definite without further agreement of the parties, that the promises and performances to be rendered by each party are reasonably certain*. In my opinion that requirement was not satisfied in this case." Id., at 26 בארצות הברית, כפי שכבר ציינתי לעיל בה"ש 49, אין בסיס לסברה כי ה-U.C.C. ויתר על דרישת המסוימות. הוא הדין גם בריסטייטמנט האמריקני על חוזים, הקובע אף הוא במפורש שוודאות מספקת לגבי תוכן תניותיו של הסכם נתון היא תנאי לתוקפו החוזי: Restatement (Second) of Contracts, § 33 (1981). לעיון מעמיק ביישומה של דרישה זו בפסיקה האמריקנית ראו: Daniel P. O'Gorman, *The Restatement (Second) of Contracts: Confusion and Inconsistency*, 36 UN. HAWAII L. REV. 169 (2014). מפעל ההאחדה האירופי המשיח ביותר של המשפט הפרטי, ה-DCFR (בשמו המלא: Draft Common Frame of Reference) אימץ שתי דרישות כלליות לשם הכרה בהסכם כחוזה: ראשית, כוונה משפטית של הצדדים להסכם; ושנית, הגעה ל"הסכמה מספקת" (sufficient agreement). DCFR, II-4: 101, 4: 103. עניינו של תנאי אחרון זה בדרישה שההסכם יהיה מפורט דיו, קרי – מסויים. ברם יש להודות שההגדרה המוצעת ב-DCFR למושג "הסכמה מספקת" עמומה ואף מעגלית, משום שהיא כוללת בחובה את האפשרות של 'השלמה נורמטיבית' ממקורות חיצוניים של נושאים שונים, לרבות התמורה הכספית, שהיא לרוב פרט מהותי. סביר להניח שגישה מקילה זו לעניין המסוימות מושפעת מגישת הקודקס האזרחי הגרמני. זה קובע שבהעדר הסכמה על המחיר רשאי הנושה לקבוע אותו באופן חד צדדי, תוך הפעלת שיקול דעת הוגן וסביר: BGB, § 316. חרף זאת, סקירה מקיפה של מגוון דרכי הטיפול בדרישת "ההסכמה המספקת" בדין הנוהג במדינות האיחוד מלמדת שברובן המכריע הסכמה אמורפית לא תיאכף – גם לא כשהשלמה נורמטיבית היא, לכאורה, אפשרית: PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW – DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR), Full-Edition, Vol. I, 266-273 (Von Bar & Clive eds., 2009). עיגון חד-משמעי לדרישת המסוימות קיים גם בעקרונות ה-Unidroit, מפעל האחדה בינלאומי מטעם ארגון האומות המאוחדות, המתיימר לשקף עקרונות וכללים משותפים החלים על חוזים מסחריים במדינות מכל רחבי העולם. סעיף 2.2 למסמך קובע: 2.2, available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-p> "A proposal for concluding a contract constitutes an offer *if it is sufficiently definite* and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance." UNIDROIT PRINCIPLES FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (1994), Article 2.101. נראה שעמדת ה-Unidroit – כמוה כעמדתו של חוק החוזים שלנו – הושפעה מגישתה של האמנה בדבר מכר טובין בינלאומי, שגם בה מנוסחת דרישת המסוימות באופן נחרץ וחד משמעי, תוך התייחסות מפורשת לפרטים שבלעדיהם לא תיחשב הצעת מכר מסוימת דיה (זיהוי הנכס, הכמות והמחיר): "A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is *sufficiently definite* and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is *sufficiently definite* if it indicates *the goods* and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining *the quantity and the price*. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980), Article 14(1), available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html> (להלן: אמנת וינה). אמנת וינה אושררה על ידי הכנסת ואומצה אצלנו כלשונה בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999 (להלן: חוק המכר הבינלאומי).

(א) הסיכון הכרוך באפשרות של יישום ה"הלכה"

האם הלכת ההשלמה המהותית הסבה עד כה נזק של ממש? באיזו מידה גרם הדיסוננס האנליטי מושא מאמר זה לקבלתן של החלטות שיפוטיות העומדות בניגוד לדרישת המסוימות והפוגעות בתכליותיה החשובות שנדונו לעיל? כיצד, אם בכלל, ניתן להשיב על שאלה כזו?

דומה כי המענה לשאלה תלוי בהיקף ההיזקקות השיפוטית – למעשה ולא רק להלכה – לכלל ההשלמה המהותית. מענה שכזה מחייב חקירה בעלת אופי אמפירי. ביצוע מחקר כזה הוא משימה מורכבת ומאתגרת החורגת מגדרה של יריעת המחקר הנוכחית.¹⁷⁸ אסתפק כאן בפרישתן של שתי השערות מנוגדות, שאותן ניתן להעלות על הדעת:

מחד גיסא, בשל מעמדו המבוסס של כלל ההשלמה המהותית, טבעי ומתבקש לשער שהכלל אכן יושם בפסיקת בתי המשפט. ואמנם, חוקרים חשובים העריכו כי בתי המשפט מיישמים בפועל – אפילו באופן שכיח למדי – את הסמכות הקנויה להם לבצע השלמה מהותית של הסכמים חסרים.¹⁷⁹ אם השערה זו מתארת נכונה את המציאות המשפטית, הרי ש"הלכת" ההשלמה המהותית פגעה כבר פגיעה של ממש בערכים שאותם נועדה דרישת המסוימות לקדם. הטעם פשוט: כל פסק דין המיישם את כלל ההשלמה המהותית פוגע בערכי הליבה של דין החוזים, הלא הם חופש העיצוב וחופש ההתקשרות, ומסכל גם את מימושן של תכליות נוספות (תועלתיות ומוסדיות) שדרישת המסוימות משרתת.

גם במישור הסמלי והחינוכי גובה פסיקה כזו מחיר חברתי יקר: היא משדרת לצרכני המשפט מסר בעייתי ביותר. המסר הוא שגם אם באופן רשמי בית המשפט ממשיך לשלם מס שפתיים לדרישת המסוימות, הרי שבפועל הוא עוקף אותה לעתים קרובות – כל זאת בניגוד לכלל יסוד של *דין הכריתה האוסר עליו לעשות כן*. במסר כפול כזה יש משום פגיעה בעקרונות היסוד של שלטון החוק – המחייב גם את בתי המשפט. בה בעת יש בהתנהלות כזו כדי לפגוע בערכי השקיפות והיחשף השיפוטיות, שהן מאבני היסוד שעליהן מושתת אמון הציבור בשופטיו.

מנגד, ניתן גם להעלות השערה הפוכה, שאותה אבקש אני להציע כאן. להערכת, דווקא משום שכלל ההשלמה המהותית פוגע פגיעה כה קשה וחמורה בערכי היסוד של דין החוזים – ובאופן ספציפי בכלל היסוד המוכר של המסוימות – קשה לצפות ששופטים ופוסקים ייטו ליישמו באופן שכיח. נזכיר: כלל ההשלמה המהותית, אף שזכה להשתרש בפסיקה, אינו מחייב את בית המשפט להשלים פרטים מהותיים אלא רק מאפשר לו לעשות כן. כלומר, מדובר בסמכות רשות ולא בסמכות חובה.¹⁸⁰ פוסקת המזהה את הסיכון שבהשלמה מהותית יכולה אפוא בנקל להימנע מהשלמה כזו, מבלי שהדבר ישמש עילה לביקורת על החלטתה.¹⁸¹

כך או כך, בהעדרו של ממצא אמפירי שיוכל לתמוך באחת מבין שתי הערכות אלה, ניתן לקבוע בוודאות רק זאת: כל עוד עומדת הלכת ההשלמה המהותית על מכונה, שריר וקיים הסיכון לפגיעה בערכים ובאינטרסים שעל שמירתם מופקדת דרישת המסוימות. כל עוד עומדת ההלכה על תילה,

¹⁷⁸ חקירה כזו אני עורך במאמרי הנ"ל בה"ש 124.
¹⁷⁹ ראו לדוגמה: רנר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 42; זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 16, בהערה 5. פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 284.

¹⁸⁰ לעניין זה חשיבות גם לצורך פרשנותן של הוראות ההשלמה. ראו להלן ה.2(ג).
¹⁸¹ יתר על כן: אם נכונה התיאוריה שביססתי במקום אחר, שלפיה המסוימות מהווה חלק בלתי נפרד מגמירת הדעת (ראו במאמרי הנ"ל בה"ש 2) הרי שהשלמה מהותית מכרסמת הלכה למעשה גם בדרישה לגמירת דעת. מכיוון שאני מעריך שאפילו לשופטת הליברלית ביותר אין אינטרס או מוטיבציה להשלים חסר בהסכם נטול גמירת דעת, אני נוטה גם להעריך שהשלמה מהותית תהיה נדירה מאוד.

ימשיך גם הסיכון הגלום בהשלמה מהותית לרחף מעל כל הסכם, לא כל שכן הסכם ששאלת תוקפו הובאה לפתחו של בית המשפט.

בהקשר זה חשוב להדגיש כי החשש מפגיעה בתכליותיה של דרישת המסוימות קיים לא רק בהקשר להשלמה נורמטיבית על יסוד הוראות ההשלמה הסטטוטוריות. חשש דומה קיים גם ביחס להשלמה שיפוטית על יסוד עקרונות הלכתיים.¹⁸² גם במסגרתן של דוקטרינות אלה (דוגמת עקרון תום הלב ודוקטרינת ה"קיום המיטבי") קיים – אולי אף ביתר שאת – חשש שבתי המשפט יעקפו את דרישת המסוימות, תוך הסתמכות על הגיונו של כלל ההשלמה המהותית.¹⁸³

(ב) נזקה המוחשיים של ההכרה ב"הלכה"

בשורות הבאות אטען כי אפילו תחת ההנחה שכלל ההשלמה המהותית אינו מיושם הלכה למעשה בפסיקה – הנחה הראויה כאמור לבדיקה אמפירית – עדיין מסבה עצם ההכרה בו נזק רב. הנזק מתבטא בפגיעה קשה בוודאות המשפטית, בזריעת בלבול וחוסר עקיבות מיותרים בדיני כריתת החוזה, ובהפרעה קשה להמשך פיתוחם ושכלולם.

הדיסוננס האנליטי בין דרישת המסוימות – שהכל מכירים בה, לבין כלל ההשלמה המהותית – שהכל מכירים גם בו, יצרו מצב כאוטי ממש בסוגיה הנמצאת בליבת דיני הכריתה. במצב שבו הפסיקה בסוגיות המסוימות וההשלמה מתאפיינת בסתירה כה עמוקה היורדת לשורשו של הדין, כיצד ניתן לתת ייעוץ משפטי ראוי בתחומים אלה? מעבר לחוסר האלגנטיות וחוסר העקיבות הבוטים (ולטעמי גם בולטים) שבהם מתאפיינת ההלכה בסוגיית המסוימות, נוצר מצב שבו גם הפרקליטה המקצועית ביותר תתקשה לחוות דעה בשאלת תוקפו החוזי של הסכם שעשה לקוחה. אם מוטל ספק בעצם קיומה של הדרישה למסוימות, איזו עצה משפטית אמורה עורכת הדין לתת ללקוח המביא בפניה הסכם שבו עניין מהותי – אחד או יותר – נותר פתוח? אתגר דומה מציב הדיסוננס גם בפני בתי המשפט. כיצד אמורים שופט או שופטת להכריע בשאלת תוקפם החוזי של הסכמים, אם כללי היסוד בסוגיה אינם ברורים ומתאפיינים בהעדר עקיבות כה בוטה?

למותר לציין, כי אי הוודאות והעדר העקיבות פוגמים גם ביכולת להורות את דיני כריתת החוזה לתלמידי משפט, המבקשים לקנות דעת ומיומנות בתחום זה. מה אמורה מרצה לדיני חוזים להשיב לתלמיד המבקש לדעת, אם הסכם השותק בסוגיה הנראית מהותית הוא חוזה? האם תשובה שלפיה אין כל אפשרות להשיב על שאלה בסיסית שכזו – שכן אין זה ברור אם יש הכרח במסוימות או אם הדרישה תיאכף במקרה פלוני – יכולה להניח את הדעת?

חוסר העקיבות, האבסורד והבלבול שיצרה "הלכת" ההשלמה המהותית מודגמים היטב בפסק דין מלפני שנתיים שניתן בבית המשפט העליון. בפרשת **חלאק**,¹⁸⁴ בסמוך לאחר הקביעה כי

¹⁸² השלמה מכוחו של נוהג מציבה אתגר עיוני מיוחד. ראו להלן ה.20).
¹⁸³ רעיון ה"קיום המיטבי" (או ה"אופטימלי"), שתואר בפסיקה כמבוסס על "היגיון שובה לב" (עניין **תמגר**, לעיל ה"ש 21, בפס' 16), נשען על התזה שלפיה צד להסכם אינו יכול להתנגד להשלמה הקובעת הסדר משלים שהוא הנוח ביותר עבורו: פרידמן וכהן, מהדורה 2, לעיל ה"ש 34, בעמ' 330-332 (ללא הבחנה בין פרט מהותי לטפל); שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 186-188 (הכרה מפורשת באפשרות להשלמת "נתונים מהותיים"). על הכשל הטמון בלוגיקת הקיום המיטבי ועל הסיכון הכרוך בהשלמת פרט מהותי מכוחה של דוקטרינה זו מבחינת חופש ההתקשרות (בעיקר במצב של "הסכמה להסכים") עמדתו בקצרה במאמרי הנ"ל בה"ש 34, בעמ' 50-52, ובמיוחד בעמ' 52 ובהערה 26. לטעמי, ביקורת זו תקפה ויפה גם באופן כללי יותר, קרי גם בהעדרה של "הסכמה להסכים" על העניין הבלתי מוסדר והשנוי במחלוקת. לאחר כתיבת שורות אלה, נקרה לפניי פסק דינו של בית המשפט העליון שניתן לאחרונה בע"א 979/17 **סלע חברה למוצרי בטון בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל** (19.4.20). בפסק הדין ביצע בית המשפט העליון השלמה נורמטיבית של מחיר הנכס (דמי החכירה) – עניין מהותי לכל הדעות – והעניק לצד לחוזה אופציה לשכלל חוזה חכירה ארוך-טווח מכוח סעיף 12 לחוק החוזים. הפסק יידון ברשימה נפרדת שעליה אני שוקד, אך קיומו הוא עדות מוחשית לסכנות שתיארתי לעיל.
¹⁸⁴ לעיל ה"ש 80.

מבחן המסוימות תובע "מפגש רצונות ביחס לתנאים המהותיים והחיוניים של העסקה", ממשיך בית המשפט וקובע ממש את היפוכו של הדבר:

הפסיקה הכירה בהסכמים כבעלי מסוימות מספקת גם כאשר הם נעדרו פרטים חיוניים, ובלבד שפרטים אלה ניתנים להשלמה [...] יסוד המסוימות עשוי להתקיים, אפוא, אף אם במועד חתימת ההסכם הצדדים לא הסכימו על פרטים כלשהם [...]¹⁸⁵

אפילו נניח שמדובר ב'פליטת קולמוס', עדיין לא ניתן שלא להתרשם מן הקלות המופלגת שבה, במסגרת אותה פסקה, בית המשפט העליון גולש-זורם (במודע או בלא-מודע) מן הקביעה הנחרצת בדבר ההכרח ב"מפגש רצונות ביחס לתנאים המהותיים" אל עבר הוויתור המוחלט על תנאי זה. גם בפרשת **עדני**, שבה נבחנה השלכת מחדלם של הצדדים להסכם מקרקעין לקבוע את תנאי התשלום כפי שתכננו לעשות, זכה הדיסוננס מושא מאמרנו לביטוי מובהק – שלא לומר צורם. נקבע שם, אמנם במסגרתה של דעת מיעוט, כי הגם ש"אין חולק כי תנאי תשלום התמורה מהווים יסוד מרכזי לצורך רכיב המסוימות" הרי שעדיין "יש לבחון אם ניתן להתגבר על היעדר המסוימות ועל דרישת הכתב באמצעות מספר מנגנוני השלמה..."¹⁸⁶. אתמהא: אם אכן נפגמה המסוימות בשל העדר הסכמה על נושא מהותי, כיצד זה ניתן להעלות על הדעת השלמת החסר באמצעות אחד מערוצי ההשלמה? האין בכך כדי לעקוף ולסתור את דרישת המסוימות?

ודייקו: אין מדובר בדוגמות בודדות או חריגות. כפי שכבר ראינו,¹⁸⁷ כלל ההשלמה המהותית נזכר בפסיקה בסמיכות מפתיעה לדרישת המסוימות, מְשָל ניתן היה במעשה להטוטים רטורי להאפיל על התהום העמוקה הפעורה בין שניהם.

לסיכומה של נקודה זו: אי הוודאות וחוסר העקיבות המאפיינים מזה עשורים רבים את הפסיקה בסוגיה כה יסודית הופכת את הוראת הדין, את מתן הייעוץ המקצועי לגביו, ואת ההכרעה על פיו למשימות מתסכלות ביותר – שלא לומר חסרות תוחלת.¹⁸⁸

לבד מכל האמור, ראוי להדגיש כאן את הנזק שהסב – וממשיך להסב – כלל ההשלמה המהותית להתפתחותם התקינה של דיני הכריתה. בשל השתרשותו בשלב כה מוקדם פגע הכלל – כך אני מעריך – פגיעה אנושה במוטיבציה השיפוטית לפתח ולשכלל את דיני המסוימות. בעוד שתחומים אחרים של דין החוזים זכו לפיתוח הלכתי ניכר בעשורים האחרונים, מצויים דיני המסוימות מזה כארבעה עשורים במצב של סטגנציה טוטלית כמעט. בניגוד לתחומים שבהם התפתחה מתודה, נבנו מושגים, הוצעו מבחנים ומבחני עזר ונבנו קטגוריות או פרדיגמות טיפוסיות, קשה לזהות התקדמות מקבילה בדיני הכריתה בכלל, ובדיני המסוימות בפרט. אכן, אם בית המשפט מוסמך עקרונית להשלים חסרים מסוג כלשהו בהסכם המובא לפתחו, מה טעם ומה תוחלת יש במאמץ האינטלקטואלי לפתח מבחנים ומבחני עזר שיסייעו להבחין בין עניינים מהותיים לעניינים שאינם כאלה? במציאות המשפטית שבה הנחת היסוד של התחום כולו – הנחת החיוניות

¹⁸⁵ שם, בפס' 20 (השופט ג'ובראן).

¹⁸⁶ עניין **עדני**, לעיל ה"ש 30, בפס' 2 (השופט עמית). באותו מקרה בחר שופט המיעוט להשלים את החסר מכוחו של עקרון הקיום המיטבי (שם, בפס' 5-8).. הדיסוננס משתקף גם בתיאור הדין מפי דעת הרוב: "היעדר הסכמה לגבי נושא מהותי עשויה להעיד על פגם הן ביסוד גמירת הדעת, הן ביסוד המסוימות. ככל שמדובר בפגם במסוימות, נדרש בית המשפט לבחון האם ניתן וראוי להשלים את החסר באמצעות אחד מערוצי השלמת החוזים" (שם, בפס' 14).

¹⁸⁷ במיוחד לעיל פרק ב.1(ב).

¹⁸⁸ הכירו בכך פרידמן וכהן, שציינו כי "ריבוי הגישות גורם לכך שלצדדים קשה ולעיתים בלתי אפשרי כלל לצפות תוצאותיה של ההתדיינות המשפטית". פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 270.

– ממשיכה להיות מוטלת בספק, ושבה בהעדר מסגרת נורמטיבית עקיבה כל "שופט הישר בעיניו יעשה", קשה לצפות לפיתוח שיטתי, עקיב ומתקדם של דיני המסוימות.

לדוגמה: שאלות יסוד שדרישת המסוימות מעוררת מעצם הגדרתה כמעט ולא זכו עד היום להיבחן לעומק: מהן תכליותיה של דרישת המסוימות? מהו היחס בינה לבין הדרישה לגמירת דעת? מהו המבחן שלפיו ייקבע אם עניין כלשהו שהסכם פלוני שותק לגביו הוא מהותי או חיוני? האם דרישת המסוימות היא כופה או שניתן להתנות עליה? האם המבחן ל"מהותיות" של עניין חסר (או נוכח) בהסכמת הצדדים הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי? הניתן בתחום זה לקבוע מבחני עזר שיחולו בסוגי עסקאות שונים, שמא מבחנה של המסוימות לעולם ייקבע אד-הוק?

מתברר כי שאלות אלה כולן – ושאלות חשובות נוספות¹⁸⁹ – לא זכו עד היום לעיון מעמיק, לא כל שכן להכרעה. לטעמי, סיבת הדבר אינה שהמענה עליהן מובן מאליו, אינו חשוב, או אינו אפשרי. נהפוך הוא: מדובר בשאלות מורכבות, שנדרשת התמודדות רצינית עמן, ואשר מתן מענה מושכל עליהן הוא בגדר האפשר. ברם, במציאות המשפטית הכאוטית שאלה נקלעו דיני הכריתה שלנו, אין תימה ששאלות אלה לא זכו אפילו בראשית מענה.

גם הנזק המתבטא בעלויות התדיינות מיותרות הוא, לדעתי, נזק מוחשי כבד שכבר נגרם, ושחלקו לפחות מיותר. בעולם שבו כלל ההשלמה המהותית מוכר כנורמה לגיטימית, פלוני עשוי ללחוץ יד לאלמוני, להצהיר על רצונו להתחייב בעסקה מסוג כזה או אחר, ולצפות שבהתגלע מחלוקת בית המשפט יבנה עבור הצדדים את כל מה שהחסירו הם. תסריט כזה – שהוא תרחיש-בלהות עבור מי שחופש החוזים יקר ללבו – עשוי אולי להיראות למאן דהוא דמיוני או אבסורדי. ברם, בהינתן מגוון אמצעי ההשלמה החקוקים וההלכתיים ולאור המצב הכאוטי שבו נתונים דיני המסוימות שלנו סביר להניח שאל בתי המשפט כבר הגיעו – וימשיכו להגיע – תביעות רבות לאכיפתם של הסכמים בוסריים מעין אלה.¹⁹⁰

סיכומם של דברים: כל עוד ליבת דיני הכריתה שלנו סובלת מסתירה פנימית כה חריפה, קשה לצפות להתקדמות של ממש במאמץ ההלכתי להצמיח ולפתח דין מסוימות משוכלל ועקיב.

ד. המישור הפרשני: הבסיס הרעוע של כלל ההשלמה המהותית

בפרק זה אבקש לבסס שתי טענות פרשניות. אלה משתלבות למארג פרשני כולל המעניק לגיטימציה פורמלית לפתרון שאליו התכנס הדיון בפרק הקודם: התנערות מכלל ההשלמה המהותית. תחילה תיבחן שאלת מעמדו הפורמלי של הכלל בדיון הנוהג. הבחינה תלמד כי בניגוד להנחה הרווחת, אין מדובר בהלכה פסוקה אלא באמרת אגב גרידא, שהורתה ולידתה ב"תאונה משפטית" – פליטת קולמוס שיפוטית שהוצאה מהקשרה ושמנסחיה המקוריים לא התכוונו מעולם לייחס לה משמעות כה מרחיקת לכת.

בחלקו השני של הפרק תידון לעומקה שאלת פרשנותן של הוראות ההשלמה החקוקות. הניתן ליישב הוראות אלה עם דרישת המסוימות או שמא, כפי שהניחו הפסיקה והספרות עד היום, אין מנוס מלראותן כהסמכה ברורה לביצוע השלמה מהותית? במענה לקושיה זו יציג הדיון פרשנות

¹⁸⁹ שאלה מרכזית נוספת שטרם זכתה להתלבן בפסיקה היא השאלה הבאה: האם המבחן ל"מהותיות" אמור להשתנות במעבר מן הפרדיגמה הכללית של המסוימות (ההסכם שותק לחלוטין בעניין פלוני) אל הפרדיגמה של "הסכמה להסכים", שבה הצדדים מביעים במפורש את רצונם לקבוע בעתיד את ההסדר שיחול באותו עניין? ראשית מענה לשאלה זו הצעתי במאמרי הנ"ל בה"ש 2, בטקסט לה"ש 131-135.

¹⁹⁰ פרשת סלע הנזכרת בה"ש 183 לעיל ממחישה היטב את הסיכון להתממשותם של תרחישים כאלה, שתחת דין כריתה עקיב קשה להצדיקם.

תכליתית מקורית להוראות ההשלמה. לפי הפירוש המוצע הוראות אלה – כולן בלא יוצא מן הכלל – משמשות בסיס להשלמה נורמטיבית של עניינים בלתי מהותיים בלבד. כפי שאראה, פירוש כזה מתיישב היטב עם לשון החוק, מבנהו ותכליותיו. אימוצו ימיר את הכאוס המאפיין כיום את דיני המסוימות במשטר משפטי עקיב, שיאפשר את פיתוחם השיטתי.

1. פרשנות ההלכה: כלל ההשלמה המהותית – אנטומיה של טעות שיפוטית

(א) החידה

ראינו שכלל ההשלמה המהותית סותר את דרישת המסוימות. עוד ראינו שהמסוימות הוכרה בפסיקתו של בית המשפט העליון מראשית הדרך כדרישה חיונית (ועצמאית) שאין בלתה. עולה השאלה, כיצד מלכתחילה זכה להשתרש בפסיקתו של בית המשפט העליון כלל המנוגד לחלוטין לאורתודוקסיה שהוא עצמו עיצב וגיבש? כיצד ניתן להסביר את המהלך האינטלקטואלי שביצע השופט ברק בפרשת **רבינאי**, אשר קבע כלל משפטי שסתר את הנחות היסוד שהיו עצמו ניסח בחדות באותה פרשה?

מתברר כי השופט ברק בפרשת **רבינאי** לא הסביר את טעמו של הכלל שנוסח על ידו. מחדל זה הוא עצמו מעורר תמיהה. אכן, מי לנו כשופט ברק מקפיד בפסיקותיו על ביאור התכליות והרציונלים העומדים ביסודו של הדין הרצוי, ועל העמדת דין זה על יסודות פורמליים מוצקים? היעדרו של כל ניסיון מצדו של השופט ברק לספק עוגן פורמלי ומהותי לכלל שהציע הותיר חלל תיאורטי הטעון השלמה. הניתן למלא חלל זה? הניתן להעלות השערה משכנעת באשר לגורמים שהביאו את השופט ברק לנסח את כלל ההשלמה המהותית באופן כה חד ונחרץ בפרשת **רבינאי**? בשורות הבאות אבקש להציע הסבר לעלייתו וצמיחתו של כלל ההשלמה המהותית. כך אעשה באמצעות בחינתה המעמיקה של הפסיקה שהשופט ברק הזכיר כתימוכין לדבריו בפרשת **רבינאי**. מתברר, שלביסוס דבריו נסמך השופט ברק על לא פחות מאשר ארבע פרשות קודמות.¹⁹¹ בחינת פרשות אלה תלמדנו שבשלוש מביניהן אכן נטמנו הזרעים – שמא נאמר זרעי הפורענות – שהצמיחו את כלל ההשלמה המהותית.¹⁹²

(ב) פתרון החידה

תחנה ראשונה במסענו תימצא לנו בפרשת **קפולסקי**, שנפסקה חמש שנים לפני שניתן פסק הדין בפרשת **רבינאי**.¹⁹³ באותה פרשה שלל בית המשפט העליון תוקף חוזי מזכרון דברים בשל כך שלא כלל התייחסות ברורה לזהות הצדדים ולמהות העסקה. השופט עציוני, שכתב את פסק הדין, ראה לנכון לציין שישה עניינים שבהעדרם לא תימלא דרישת הכתב במקרקעין (פירוט שנודע לימים כ'רשימת עציוני' או 'הלכת עציוני'). בשל חשיבותם יובאו הדברים כלשונם:

תנאים אלה כוללים לדעתי דברים הכרחיים, כגון: שמות הצדדים, מהות

הנכס, מהות העסקה, המחיר, זמני התשלום, הוצאות ומסים, אם אין

¹⁹¹ אסמכתות אלה מרוכזות בסוף פסי' 7 לפסק דינו בפרשת **רבינאי**, לעיל הי"ש 12.
¹⁹² שלוש הפרשות ייסקרו להלן. האזכור הרביעי הוא של ע"א 602/72 **הלוי נ' כדורי**, פ"ד כח(1) 519 (1974). בפסק הדין אין רמז להכרה מפורשת בכלל ההשלמה המהותית. אגב אורחא נזכרות אמנם (בעמ' 522) שתי הוראות השלמה מחוק המכר (הוראת הנוהג והוראת השלמה הנוגעת למקום מסירת הממכר), אך זאת מבלי שנאמר דבר לעניין האפשרות להשלים מכוחן פרטים מהותיים. בנסיבות המקרה כלל זכרון הדברים את זהות הצדדים, תיאור הנכס, מהות העסקה והמחיר, וכן הסדר תשלומים מפורט יחסית (אם כי לא שלם לגמרי); ואילו הֶסֶר נגע בעיקר למועדי מסירת הממכר וההעברה בטאבו – עניינים בעלי חשיבות משנית בהשוואה לאלו שנכללו בהסכם.
¹⁹³ ע"א 649/73 **קפולסקי נ' גני גולן**, פ"ד כח(2) 291 (1974). פסק הדין נפסק על יסוד דין החוזים שקדם לחוק החוזים.

הוראה אחרת עליהם בחוק [...] רק מסמך כזה, על כל הפרטים החיוניים הללו, יעלה בקנה אחד עם כוונת המחוקק ועם ההסדר הרצוי בעסקות מקרקעין.¹⁹⁴

עינינו הרואות: חרף הלשון הנחרצת שבה נוסחה "הרשימה", רק חלקה הקטן היה דרוש באמת להכרעה שכן, כאמור, החסר בהסכם נגע רק בזהות הצדדים ובמהות העסקה. הווי אומר: לגבי ארבעת הפרטים הנותרים ברשימת עיוני דובר למעשה באמרת אגב. ברם, אל הרשימה כולה הוצמד, כפי שניתן לראות, התנאי הבא: "אם אין הוראה אחרת עליהם בחוק". בסמוך תובהר חשיבותה הרבה של תוספת זו.

בפרשת קאדרי המפורסמת (משנת 1976),¹⁹⁵ הוכרה כחווה תקף למכר מקרקעין קבלה שנתן המוכר לקונה ושכללה רק את זהות הצדדים, פרטי הנכס, המחיר והמקדמה (שכנגדה ניתנה הקבלה). בערעור נטען כי לפי הלכת פולסקי העדר התייחסות למועדי התשלום ולמרכיבי המס של העסקה שולל את תוקפה החוזי של ההסכמה המגולמת בקבלה. הטענה נדחתה על ידי השופט ויתקון, שראה בשאלה אם ניתן להשלים את אותם פרטים "הכרחיים" שנזכרו ברשימת עיוני שאלה משפטית שטרם הוכרעה. בהכרעה בשאלה זו לחיוב, קבע השופט ויתקון כך:

נראה לי שתנאים הנכללים בהסכם מכוח החוק או ההלכה, אין צורך לפרשם בגוף המסמך, כדי שיהיה מסמך שלם ותקף כמשמעו בסעיף 8 לחוק המקרקעין.¹⁹⁶

ניתן לראות, כי בדבריו אלה לא הבחין השופט ויתקון בין פרטים מהותיים לכאלה שאינם מהותיים. ברם, עצם שתיקתו ביחס לשאלה זו פתחה פתח טבעי לפירוש מרחיב וליברלי של דבריו. אמנם, הפרטים שהושלמו נורמטיבית בפרשת קאדרי לא נגעו בגרעינה של עסקת המכר – קרי במהות העסקה, בזיהוי הנכס או בקביעת המחיר.¹⁹⁷ ברם, עצם הנכונות השיפוטית להשלימים נחזתה בשעתה – במידה של צדק – כנסיגה ברורה מיהלכת עיוני ומהרוח השמרנית שנשבה ממנה.¹⁹⁸

תחנתנו האחרונה ב'מסע השורשים' היא פרשת מיכקשווילי (משנת 1978).¹⁹⁹ במקרה זה הוכר זכרון דברים בערכאה קמא כחווה למכר מקרקעין, בין היתר על יסוד דברי השופט ויתקון בפרשת קאדרי. המערער טען שגישתו המקילה של השופט ויתקון סותרת את הגישה המחמירה שאימצ בית

¹⁹⁴ שם, בעמ' 295. כתימוכין ל"רשימה" שהציע, הביא השופט עיוני שתי אסמכתות "קדומות": ע"א 118/53 אגסי נ' קריבושי, פ"ד ט, 96 (1955), וע"א 522/65 יוסף נ' לסקובסקי, פ"ד כ(3) 589 (1966). עיון בפרשות אלה ילמד שאין בהן ביסוס לכלל המחמיר שהציע עיוני. בפרשה הראשונה הזכיר בית המשפט את הדרישה לקיומם בהסכם של פרטים "הכרחיים" אך לא ציין מהם. בפרשה המאוחרת יותר פורטה רשימה שחפפה באופן חלקי ביותר את רשימתו של עיוני (נכללו בה גם עניינים נוספים ונעדרו ממנה עניינים אחרים). לטענה כי גישתו המחמירה של בית המשפט בפרשת קפולסקי אינה תואמת את עמדת הפסיקה שקדמה לה, ואינה ראויה לגופה ראו: אלי מי-טל, "התנאים הדרושים לעסקת מקרקעין לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" עיוני משפט ד 475 (תשל"ה). מעניין להעיר כי מחברה של הערת פסיקה זו לא התייחס כלל לתנאי המסייג שקבע השופט עיוני בדבריו, ואשר יידון בסמוך.

¹⁹⁵ לעיל הי"ש 69.

¹⁹⁶ שם, בעמ' 803.

¹⁹⁷ לתמיכה בכך שזהו גרעינה של עסקת המכר ראו את דבריו של גלברד, שהובאו לעיל בטקסט לה"ש 111.

¹⁹⁸ ראו לדוגמה את הדיון אצל רנר, לעיל הי"ש 21, בעמ' 39-40. חדשנותו של פסק הדין שניתן בפרשת קאדרי (לעיל הי"ש 69) מתבטאת גם בנכונותו (המשתמעת) של בית המשפט העליון להכיר בקבלה גרידא, שלא כללה התחייבות מפורשת של המוכר, כמסמך המקיים את דרישת הכתב המהותית. חידוש זה צוין על ידי השופט זמיר בע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, פ"ד 7 (1996) (השופט זמיר).

¹⁹⁹ ע"א 18/77 בית חלקה 731, גוש 6668 בע"מ נ' מיכקשווילי, פ"ד לב(2) 57 (1978). סמוך לאחר פרסומו נדון פסק הדין ברשימתו המבריקה של מיגל דויטש (שאותה כתב עוד כתלמיד): "השלמת פרטים כחווה מקרקעין" עיוני משפט ז 248 (התשל"ט-התש"ס).

המשפט העליון קודם לכן בפרשת **קפולסקי**, וקרא לבית המשפט להתנער ממנה. במענה לטענה זו השיב השופט עציוני, שישב בדיון, כי בדבריו בפרשת **קפולסקי** לא התכוון לשלול אפשרות של השלמה נורמטיבית של פרטים חסרים – אפילו כאלה שנכללו ברשימתו – וזאת כאשר החוק קובע דרכים להשלימים. כראיה לכוונתו הזכיר עציוני את התנאי שצוטט ושנוכר לעיל ("אם אין הוראה אחרת עליהם בחוק").²⁰⁰

הנה כי כן, אביה-מולידה של 'הלכת עציוני', שנחשבה בשעתה כמבטאת גישה מחמירה ושמרנית לעניינין של דרישות הכתב והמסוימות, העמיד עצמו בפרשת **מיכקשווילי** כמי שאחז – כבר בפרשת **קפולסקי** (ארבע שנים קודם לכן) – בגישה מקילה וליברלית כלפי אותן דרישות. לפי גישה ליברלית זו אין כל מניעה מלהשלים נורמטיבית אפילו פרטים חסרים שבית המשפט עצמו הגדירם כ"הכרחיים" – קרי מהותיים וחיוניים!

דא עקא, שעיון מעמיק יותר בפסק הדין **מיכקשווילי** ילמדנו שהשופט עציוני כלל לא העלה בדעתו את האפשרות שעניין הנוגע בליבת העסקה – כגון פרט הנוגע לתיאור הנכס, למהות העסקה או למחיר הממכר – יושלם בהשלמה נורמטיבית. אמנם, בפתח דבריו מפנה השופט עציוני להוראות השלמה שונות, ובהן אף הוראת סעיף 46 לחוק החוזים, העוסקת בהשלמת התמורה הכספית בעד נכס או שירות. אלא שבהמשך הדברים, סייג השופט עציוני את דבריו והוסיף הבהרה חשובה:

אין כמובן תפקידו של בית-המשפט לעשות בשביל הצדדים חוזים ולהשלים מה שהחסירו, אבל אם המחוקק משלים זאת לאחר שקבע, כי החוזה כבר קיים והיה מפגש רצונות בין הצדדים, אין מניעה שבית המשפט יתן תוקף להוראות האלו [...] כך למשל יוכל להשלים בית-המשפט תנאים בשאלת תשלום המסים, זמן המסירה, זמן התשלום,

וכיוצא באלה.²⁰¹

הנחת השופט עציוני היא אפוא שהשלמה נורמטיבית תיעשה רק לאחר קביעת המחוקק כי "החוזה כבר קיים", קרי לאחר שהוכחו יסודות המסוימות וגמירת הדעת. פשיטא אפוא שלשיטתו של עציוני השלמה נורמטיבית אפשרית רק ביחס לעניינים שאינם מהותיים. אכן, לא בכדי אין השופט עציוני מציין כדוגמה לעניינים שניתן להשלימם את זהות הצדדים, זיהוי הנכס, מהות העסקה או המחיר – שאף הם נכללו ברשימת עציוני. הפרטים שאותם מצא לנכון להזכיר – ענייני המסים וזמני הקיום – הינם משניים לעומת פרטי הליבה של עסקת המכר. אכן, כדי למנוע כל אי הבנה באשר לכוונתו, הוסיף השופט עציוני והדגיש:

אך כמובן תנאי בל-יעבור בפירוש החוזה הוא, כי הצדדים נתנו ביטוי לכוונתם להתקשר בכלל בחוזה, ובעניינינו למד אני זאת מתוכן זכרון-הדברים [...] וכן מהפירוט המדוייק של שמות הצדדים, מהות הנכס והמחיר. ודאי וודאי שכאשר ניתן ללמוד על כוונת הצדדים לבצע את העסקה, כמו במקרה שלפנינו, וכשמלבד כוונה זו ניתן למצוא במסמך הכתוב מספר תנאים החיוניים לקיומו, ושפירטתי אותם לעיל, יוכל בית

²⁰⁰ ראו לעיל, בטקסט לה"ש 194. השופט עציוני אף הוסיף והדגיש כי "אם כוונה זו [להתקשר בחוזה] קיימת נוכל להשלים התנאים [ההכרחיים] הללו באותם אמצעים שהחוק קבע." עניין **מיכקשווילי**, לעיל ה"ש 199, בעמ' 60.

²⁰¹ שם, בעמ' 60.

המשפט [...] להשתמש בסמכות ההשלמה שלו לקבוע התנאים החסרים,

כפי שהדבר עולה מכוח הוראות החוק [...] ²⁰²

המסקנה מנינוח שלוש הפרשות דלעיל ברורה: באף אחת מהן לא התכוונו הפוסקים לאמץ כלל שיתיר לבית המשפט להשלים פרטי ליבה שהצדדים החסירו. דא עקא, רצונם של השופטים ויתקון ועציוני בפרשות קאדרי ו-מיכקשווילי לרכך מעט את רשימת עציוני יצר מתח פנימי בעמדת הפסיקה. כך משום שבאותה רשימה נכללו מלכתחילה גם תנאי התשלום וענייני המיסוי – שאינם כלולים בגרעינה של עסקת המכר. דרך ראויה להפגת מתח זה היתה לצמצם את הרשימה עצמה. דבר זה היה ניתן להיעשות בלא כל קושי שהרי, כמבואר לעיל, החסר בפרשת קפולסקי לא נגע באותם נושאים משניים אלא בליבת העסקה (מהותה וזהות הצדדים לה). ²⁰³

דא עקא, שבית המשפט בחר בדרך אחרת: הכפפת הרשימה כולה לאפשרות ההשלמה הנורמטיבית. אימוץ טקטיקה זו ליישוב המתח הסיר אמנם את המחסום הלכאורי בפני השלמה נורמטיבית של מועדי תשלום והסדרי מיסוי בעסקות מכר מקרקעין, אך אליה וקוץ בה: היות שאותו סיפא חל לפי לשונו על הרשימה כולה, נפתח הפתח לסברה שכל חסר הנוגע לפרט מפרטי רשימת עציוני נתון, עקרונית, להשלמה נורמטיבית. זאת בשעה שאיש מבין הפוסקים שישבו לדין בשלוש הפרשות הנזכרות – כך אני משוכנע – לא העלה בדעתו ברצינות את האפשרות להשלים מכוח החוק את פרטי הליבה של עסקת מכר המקרקעין – או של כל עסקה אחרת.

הנה כך, כמעט מבלי משים ובעטיו של ניסוח גורף ובלתי זהיר – הן של רשימת עציוני המקורית והן של הסייג הגורף שנקבע בה – נזרעו בפרשות קפולסקי, קאדרי ו-מיכקשווילי הזרעים אשר בפרשת רבינאי הצמיחו את כלל ההשלמה המהותית בניסוחו הנחרץ והסופי. ²⁰⁴

ג) כלל ההשלמה המהותית – אמרת אגב ולא הלכה

נסגור כעת את המעגל, ונשוב אל פרשת רבינאי עצמה. עיון בה מגלה שגם כאן – כמו בפרשות קפולסקי, קאדרי ו-מיכקשווילי, כלל ההשלמה המהותית הובא רק אגב אורחא. לא נעשה בו כל שימוש לשם הכתרתו כחווה של זכרון הדברים שעליו חתמה גברת רבינאי. כפי שראינו, בפסק דינו יישם השופט ברק הלכה למעשה את הגישה האורתודוקסית, עת שקבע כי פרטיה המהותיים והחיוניים של העסקה נכללו – כולם עד האחרון שבהם – בזכרון הדברים. בהתאם לכך קבע כי בזכרון הדברים התקיימו, בצד הדרישה לגמירת דעת, גם דרישות המסוימות והכתב. ²⁰⁵

²⁰² שם, בעמ' 61.

²⁰³ ככל שנקבעה הלכה בפרשת קפולסקי, היתה זו אפוא ההלכה שדרישות הכתב והמסוימות לא תימלאנה בהעדר הסכמה ברורה בגוף הזכרון הדברים על זהות הצדדים ועל מהות העסקה. צמצום הרשימה לא חייב אפוא את השופטים שדנו בפרשות קאדרי ו-מיכקשווילי להתנער מהלכת קפולסקי כדי להצדיק את פסיקותיהם המקילות; די היה להם להבהיר את גבולותיה המדויקים – תוך קיצור מתאים של רשימת עציוני המקורית.

²⁰⁴ כשבועיים לאחר שניתן פסק הדין בפרשת רבינאי ניתן פסק הדין המנחה בע"א 252/78 ברון נ' מנדיס טורס בע"מ, פ"ד לג(2) 437 (1979). בפרשה זו נקבעה ההלכה שאין להשלים נורמטיבית חסר במסמך בכתב מכוחה של הסכמה בעל-פה, שאינה תואמת את הוראת ההשלמה הסטטוטורית הרלבנטית (באותו מקרה נגעה ההשלמה למועדי התשלום בעסקת מכר מקרקעין). כחלק מהדין הזכירה השופטת בן-פורת (בפס' 5) את מה שמכונה 'הלכת עציוני', אך ציינה בסמוך כי "הלכה זו יש לקרוא יחד עם ההלכה היותר מאוחרת, שלפיה ניתן להשלים את הפרטים החסרים במסמך בעזרת הוראות חוק ותקנות." גם הפעם אין בית המשפט מבהיר, אם גם פרטים מהותיים וחיוניים ניתנים להשלמה לפי אותה "הלכה מאוחרת". אך עצם ההפניה לפרשות קאדרי, מיכקשווילי ו-רבינאי (בפסקה 1!) תומכת בסברה שהתשובה לכאורה חיובית. בע"א 579/83 זונשטיין נ' גבסו, פ"ד מב(2) 278, 285 (1988) שבה השופטת בן-פורת והציגה את "הלכת הפסיקה" שלדבריה מתירה השלמה נורמטיבית של פרטים חסרים, וגם הפעם עשתה כן מבלי להבהיר אם גם פרטים מהותיים ניתנים להשלמה מכוחה.

²⁰⁵ פרשת רבינאי, לעיל הי"ש 12, בפס' 8: "הצדדים התכוונו... ליצור קשר משפטי מחייב ביניהם וכוונה זו מצאה ביטוי בזכרון הדברים אשר מסדיר את כל הפרטים המהותיים והחיוניים שבין הצדדים..."

עינינו הרואות: בניגוד לאופן שבו מקובל לתארו ולתפסו, כלל ההשלמה המהותית לא נקבע מעולם כטעם פסק, ולכן לא עלה מעולם לדרגת הלכה. לפחות בפסקי הדין הראשונים שעיינו אותן, לרבות בפרשת רבינאי שבו עוצב בדמותו המגובשת, הופיע הכלל כאמרת אגב נטולת כל תוקף פורמלי.²⁰⁶

דא עקא, למרבה הצער לא רק שהרקע ל"תאונה המשפטית" שתוארה לעיל נעלם עד היום מעינינו של הפסיקה והספרות, אלא שהאופן הנחרץ והסמכותי שבו נוסחו הדברים בפרשת רבינאי – ובפסיקות שבאו בעקבותיה – יצרו רושם הפוך. הדברים נתפסו מעתה כאסמכתא ברורה לסמכותו הכללית של בית המשפט להשלים נורמטיבית כל חסר שהוא. כפי שהראיתי בפרק ב', רושם מוטעה זה לא הופג בפסקי דין מאוחרים ובכתיבה האקדמית הנרחבת שעסקה בסוגיית המסוימות. נהפוך הוא: מעמדו של הכלל הלך והתחזק עד שקיומו הפך למעין עובדה משפטית שאין עליה מהרהר או מערער. אכן, סיפורו של כלל ההשלמה המהותית הוא דוגמה נוספת לחסרונות, ושמה נאמר – אף לסיכונים – הגלומים בנטייה השיפוטית להרחיב שלא לצורך את יריעת הדין השיפוטי, תוך טשטושה של הבחנת היסוד בין טעמי הפסק לבין אמרות אגב אשר, מעניינות ומאירות עיניים ככל שיהיו, אינן נחוצות להכרעה השיפוטית.²⁰⁷

2. פרשנות החוק: כלל ההשלמה המהותית אינו מתחייב מהוראות ההשלמה

(א) תמצית הטיעון

בפרק ב' ראינו כיצד התגבש בפסיקה ובספרות קונצנזוס שחלק ניכר מהוראות ההשלמה שבחוקי החוזים עוסקות בנושאים מהותיים.²⁰⁸ מכאן קפצה הדרך אל המסקנה שעצם קיומן של הוראות כאלה מעיד על הסמכה חקיקתית משתמעת, אולי אפילו מפורשת, להשלמה נורמטיבית של חֶסְרִים – מהותיים ולא מהותיים כאחד.²⁰⁹ הנחה פרשנית זו נחזתה כמעט לכל מי שעסק בסוגיה כמובנת מאליה וככזו המעניקה בסיס פורמלי איתן להלכת ההשלמה המהותית.²¹⁰

להלן אראה כי הנחה זו אינה מובנת מאליה, וכי ראוי לה שתיזנח אחת ולתמיד. אטען כי הפירוש המקובל להוראות ההשלמה, הרואה בהן בסיס להשלמה מהותית, אינו ראוי ואף אינו מתחייב מלשונן של הוראות אלה. הפירוש שאציע גורס כי עניינן של כל הוראות ההשלמה – בלא יוצא מן הכלל – בהשלמת חֶסְרִים שאינם מהותיים. פירוש כזה מתחייב מתכליתם ומהגיונם של דיני הכריתה, וניתן ליישבו בלא קושי עם לשונו ועם מבנהו של חוק החוזים. אימוצו יפיג את הדיסוננס האנליטי מושא המאמר, יבטיח הרמוניה חקיקתית בין דרישת המסוימות לבין הוראות ההשלמה, ויסיר את הבלבול וחוסר העקיבות המאפיינים את הדיון ההלכתי והאקדמי בסוגיית המסוימות וההשלמה. כך תיסלל מחדש הדרך לפיתוחם ושכלולם של דיני המסוימות תוך צמצום הדרגתי של אי הוודאות שאפיינה תחום חשוב זה עד היום.

²⁰⁶ השאלה אם בפסיקתו המאוחרת של בית המשפט העליון, שיישמה את הוראות ההשלמה, ניתן לראות משום קביעה מפורשת או משתמעת של הלכה בסוגיה זו תידון במאמרי הנ"ל בה"ש 124.

²⁰⁷ לביקורת מנומסת אך נוקבת על התרת הרסן בבית המשפט העליון בכל הנוגע להבחנה יסודית זו, ולהרהורי חרטה של שופט אשר הודה כי היה שותף להרגל פסול זה ראו חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415, 426-428 (התשס"א).

²⁰⁸ ראו לדוגמה אצל רנר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 42, ובהערה 34 ("...עוסקות מרבית הוראות ההשלמה בפרטים מהותיים להתקשרות").

²⁰⁹ לעיל ב.ב. (ב) 2-ו-ב.3.

²¹⁰ וגם כבסיס לטיעון הקל וחומר' שאומץ בספרות המשפטית כנימוק להחלטה של ההלכה גם על השלמה מכוח נוהג (ראו לעיל בפרק ב.2 (ב)).

(ב) תכלית החקיקה

מבחינת הפירוש התכליתי הרצוי, הוראות ההשלמה החקוקות מחייבות לדעתי פירוש מצמצם שלפיו ניתן להשלים מכוחן רק חסרים שאינם מהותיים. הטעם פשוט ובשלב זה של הדיון צריך להיות ברור: כל פירוש אחר יעמוד בסתירה לדרישת המסוימות, שאותה קבע החוק עצמו בסעיף 2 לחוק החוזים. אין להעלות על הדעת כי המחוקק ביקש בידו האחת (בפרק א' של החוק) לקבוע תנאי הכרחי לכריתת חוזה ובידו האחרת (בפרק ה' של החוק) ביקש לעקוף תנאי זה. חזקה על הגוף המחוקק שכזאת לא העלה בדעתו, עת הסמיך את בתי המשפט בפרק ה' (העוסק ב"קיום החוזה") להשלים חסר בהסכם.²¹¹

כפי שכבר נאמר, את הסתירה בין כלל המסוימות לבין כלל ההשלמה המהותית ניתן ליישב רק על ידי הסגת אחד משני הכללים מפני רעהו. עוד ראינו, כי מן הבחינה הנורמטיבית כלל המסוימות עדיף על פני כלל ההשלמה המהותית, וכי הורתו ולידתו של האחרון ב"תאונה משפטית" שאין כל צידוק – עקרוני או פרגמטי – לשימור תוצאותיה המזיקות. אלא שהתנערות מן הכלל מחייבת בתורה התנערות גם מן הפירוש המרחיב להוראות ההשלמה, והמרתו בפירוש מצמצם לאותן הוראות. רק פירוש כזה יעלה בקנה אחד עם דרישת המסוימות, יפיג את הדיסוננס האנליטי הקָרִיף שבו עוסק מאמרנו וישיב על כנה את ההרמוניה בין דיני הכריתה לבין דיני הפירוש וההשלמה.

(ג) לשון החוק ומבנהו

נשאלת השאלה, אם הפירוש התכליתי המוצע כאן הוא אפשרי וסביר, מבחינת כללי הפרשנות המקובלים, ואם לשונן של הוראות ההשלמה סובלת אותו. על כך יש להשיב בחיוב. עקרון הפרשנות התכליתית קובע כי על הפרשן לבחור, מבין הפירושים השונים שלשון החוק מסוגלת לשאת, את אותו הפירוש המתיישב בצורה הטובה ביותר עם תכליתו של החוק.²¹² כפי שאראה מיד, לא רק שאין כל קושי לעגן את הפירוש התכליתי המוצע בלשונן של הוראות ההשלמה, אלא שזהו הפירוש המתבקש מלשונן, מניסוחן וממיקומן ה"גיאוגרפי" בחוק החוזים.

עיון ראשון לפירוש המוצע יימצא לנו בכותרתו של פרק ה' של חוק החוזים, שבו מצויות הוראות ההשלמה הכלליות של דין החוזים. הכותרת מלמדת שעניינו של הפרק ב"קיום החוזה". ללמדך, שהנחת המוצא של הפרק היא כי מונח בפנינו הסכם שכבר הגיע לדרגת "חוזה". הוראות הפרק אינן עוסקות אפוא בדרך יצירתו של החוזה (לכך מוקדש פרק א' של החוק) אלא באופן שבו יש לקיימו, אחת שנכרת. יצוין, כי בחוק החוזים הכללי ניתן לזהות עקביות ניכרת בגישת המחוקק כלפי המושג "חוזה" – שגם בהקשר לסוגיות אחרות משמש לציון הסכמה שנתקיימו בה לכאורה יסודות גמירת דעת והמסוימות.²¹³

²¹¹ כפי שכבר צוין (לעיל בטקסט לה"ש 19) זו היתה עמדתו המפורשת של דין החוזים לפני שנחקק חוק החוזים. אהרן ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** 137 (התשס"ג): "הפרשנות התכליתית שולפת מתוך גוון המשמעויות הלשוניות של הטקסט המשפטי את אותה משמעות משפטית המגשימה את התכלית של הנורמה." לניסוח מדוייק יותר ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שני, **פרשנות החקיקה** 143 (התשנ"ג): "כאשר הנורמה המתפרשת היא דבר חקיקה, מטרתם של כללי הפרשנות היא להעניק לדבר החקיקה את המשמעות המגשימה בצורה הטובה ביותר את תכליתו."

²¹² ראו לדוגמה את סעיפים 13 ו-30 לחוק החוזים, הקובעים את בטלותם של "חוזה" למראית עין ו"חוזה" פסול. למעשה, "חוזים" אלה כלל אינם חוזים, שכן הם משוללי תוקף מעיקרא, מעת כריתתם. נשאלת אפוא השאלה, מדוע נקט המחוקק לשון "חוזה" בתארו אותם? תשובה אחת היא כי המחוקק שגה בניסוחו. תשובתי אחרת: במושג "חוזה" מתכוון המחוקק הישראלי לתאר הסכמים שלשיטתו קיימו לכאורה את תנאי פרק א', העוסק ב"כריתת החוזה". בהעדר עמידה בתנאים מוקדמים אלה, מניח המחוקק שאין להוראות הנ"ל תחולה – או שאין

עוגן משמעותי נוסף לפירוש המוצע יש בעובדה שכל הוראותיו של פרק ה' לחוק החוזים – ללא יוצא מן הכלל – עוסקות ב"חייבים". השימוש במושג הטכני "חייב" משמיע הנחה של המחוקק בדבר אופיין המשפטי המחייב של ההתחייבויות המגולמות בהסכם הטעון השלמה. במילים אחרות: הוראות הפרק כולן מתבססות על ההנחה שכבר נוצר "חייב" משפטי (obligation), ומלאכתו של בית המשפט אינה אלא לקבוע את תוכנו או את דרכי קיומו.²¹⁴ לטעמי הדברים יפים במידה רבה גם להוראות ההשלמה שבחוקי החוזים המיוחדים.²¹⁵

שלישית, בשלוש מבין הוראות ההשלמה הכלליות שבחוק החוזים התייחס המחוקק במפורש ל"כריתת החוזה" כאל עובדת רקע רלבנטית.²¹⁶ גם בכך גילה המחוקק את דעתו כי הוראות ההשלמה שבחוק החוזים – כמוהן כאחיותיהן שבחוקי החוזים המיוחדים – חלות על חוזים, כלומר הסכמים עמדו בדרישות היסוד של גמירת הדעת והמסוימות. לשון אחרת: הסכמת הצדדים על החיובים המהותיים יצרה כבר את החוזה, שנכרת, וכעת מתבקש בית המשפט לקבוע את תוכנם ודרכי קיומם של אותם חיובים משניים שהצדדים לא הסדירו. כל זאת מתוך הנחת המחוקק שהעדר הסכמה על תוכנם של "חייבים" נוספים אלה אינו שולל את תוקפו החוזי של ההסכם שעשו הצדדים.

ודייקו: איני טוען שפירוש מרחיב יותר למושג "חוזה", המבקש להכליל בו גם הסכמים נעדרי מסוימות הוא לחלוטין בלתי קביל (אף שסבורני שהוא מחייב אקרובטיקה לשונית לא מבוטלת). פירוש כזה, שלמיטב ידיעתי לא הוצג עד היום בפסיקה או בספרות, עשוי היה אולי להתקבל על הדעת, אילו היה באימוצו כדי לשרת תכלית ראויה. אלא שלא כך הם פני הדברים. הפירוש הליברלי המקובל, המבקש לקרוא לתוך הוראות ההשלמה הסמכה להשלמה שיפוטית של עניינים מהותיים חותר תחת דרישת המסוימות ועומד בסתירה לתכליותיה. בהינתן שזהו גם פירוש דחוק מבחינה לשונית איני מוצא כל טעם – לא כל שכן כורח – להעדיפו על פני הפירוש הטבעי של החוק, שאותו הצעתי.

בפירוש המוצע תומך, לדעתי, נימוק חשוב נוסף. הלכת ההשלמה המהותית, בנוסחה המקובל, אינה מחייבת את בית המשפט להשלים עניינים מהותיים אלא מתירה ומאפשרת לו לעשות כן. מדובר אפוא בסמכות רשות, ולא בסמכות חובה.²¹⁷ אלא שהעיון בהוראות ההשלמה – אלה שבחוק החוזים ואלה שבחוקי החוזים המיוחדים – יגלה שהן מנוסחות דווקא על דרך הציווי. הן מורות לצדדים ולבית המשפט מהו אופן קיומו של אותו "חייב" שלגביו ההסכם שותק. לפי פשט לשון ונוסחן של הוראות ההשלמה אין הן מותרות לבית המשפט שיקול דעת: בהינתן חסר בהסכם, מצווה בית המשפט להשלימו בדרך שעליה מורה החוק.²¹⁸

בהן צורך. ראו בדומה את הוראות פרק ב', העוסקות בביטול "חוזה" ואת הוראות פרק ג' העוסקות בפירוש ובהשלמתו של "חוזה". גם הוראות אלה עוסקות בהסכמים שעמדו לכאורה במבחני גמירת הדעת והמסוימות. טיעון זה זכה בתמיכת הפסיקה. להלן ה.2(ד).

²¹⁴ הוראות ההשלמה בחוק המכר מופיעות בפרק ב', העוסק ב"חיובי הצדדים"; בחוק השכירות מופיעות הוראות ההשלמה בפרק א', בגדרם של סימנים ב' ו-ג' העוסקים, בהתאמה, ב"חיובי המשכיר" וב"חיובי השוכר".

²¹⁵ סעיפים 41, 44(ב) ו-46. כך גם בחוקי החוזים המיוחדים: ראו לדוגמה את סעיפים 9(א) ו-10(ב) לחוק המכר, המזכירים את מועד "גמירת החוזה" בהקשר להשלמת מועד ומקום מסירת הממכר; והשוו בחוק השכירות לסעיפים 5(ב), 5(ג) ו-13(ב), המזכירים את מועד "כריתת החוזה" בהקשר להשלמת מועד ומקום מסירת המושכר.

²¹⁶ כך עולה במשתמע מניסוחיו השגורים של כלל ההשלמה המהותית, מפרשת רבינאי ואילך. ניסוחים אלה מדגישים את העובדה שאת הפרטים המהותיים "ניתן להשלים" (או שאת הוראות ההשלמה "ניתן להחיל") אך אינם מטיילים חובה על בית המשפט לעשות כן. ראו לדוגמה את דברי השופטים ברק ולוין, המובאים בטקסט לה"ש 58 ו-75 בהתאמה, וכן את דברי השופט פוגלמן בפרשת עזני, שיובאו להלן בה"ש 239.

²¹⁷ כמובן, מדובר בהוראות מרשות (דיספוזיטיביות) שיחולו רק בהעדרה של הסכמה נוגדת. אך בהעדר הסכמה כזו הופכות הוראות ההשלמה – ככל הוראה מרשה אחרת – לדין כופה.

חובת ההשלמה שמטיל החוק על בית המשפט אינה מתיישבת אפוא עם ניסוחו ההלכתי של כלל ההשלמה המהותית. מנגד, אם הנחת החוק היא שרק חסרים בעלי חשיבות משנית ניתנים להשלמה שיפוטית, הנוסח הקטגורי הופך טבעי ומובן – שהרי השלמה כזו אינה מקימה חשש לעקיפת הדרישה למסוימות ול"עשיית חוזה עבור הצדדים". החובה השיפוטית להשלים את החוזה החסר בהתגלע מחלוקת לגבי פרט בעל חשיבות משנית מתבקשת מן הצורך להבטיח את ביצועו ואת אכיפותו של ההסכם, שהמחוקק מניח כנתון מוקדם את תקפו החוזי.

(ד) תמיכה הלכתית בפירוש המוצע

הקורא יופתע אולי לגלות, שהפירוש המצמצם להוראות ההשלמה זכה בעבר בתמיכתו המפורשת של השופט אהרן ברק. בפסק דינו בפרשת **חסיד**,²¹⁹ שניתן בחלוף שש שנים בלבד מפרשת **רבינאי**,²²⁰ אימץ השופט ברק פירוש כזה להוראות ההשלמה, יישם אותו, ואף זכה בשל כך לביקורת אקדמית. בפרשת **חסיד** נדון מכרז לעבודות תשתית, שפרסמה חברה ממשלתית עירונית. בשלב מסוים הודיעה החברה לתובע על זכייתו במכרז, מבלי שנקצב בהודעה (או בתנאי המכרז) משך הזמן להשלמת ביצוע העבודות הנדרשות (וככל הנראה גם לא מועד תחילתן). משלא הגיעו הצדדים להסכמה בנקודה זו, העבירה החברה את הפרויקט לצד שלישי. התובע תבע פיצויים בשל הפרת החוזה, תביעה שנדחתה בבית המשפט המחוזי בשל היעדרה של מסוימות. בערעורו לבית המשפט העליון טען התובע שאת הפרט החסר ניתן וראוי היה להשלים מכוחו של הנוהג או מכוחה של הוראת סעיף 41 לחוק החוזים, הקובעת כי חיוב שלא נקבע מועד לקיומו יקוים "זמן סביר לאחר כריתת החוזה".

בית המשפט העליון קיבל את הערעור. השופט בדן קבע שבאי הכללתו בתנאי המכרז של משך הזמן לקיום העבודות גילתה החברה את דעתה שפרט זה לא היווה "נקודה מהותית וחיונית" מבחינתה. אשר על כן, אין מניעה מלהשלים פרט זה בהסתמך על סעיף 41 לחוק.²²¹ בנסיבות אלה, דרישתה המאוחרת של החברה להגביל את משך הזמן לביצוע החוזה ל-75 ימים היתה "ניסיון חד-צדדי להוסיף תנאי לחוזה... שהמערער לא חייב היה להסכים לו."²²² מניסוח זה עולה בבירור כי השופט בדן מניח שהחוזה כבר נכרת בהודעת החברה למערער על קיבול הצעתו. דברים אלה מתיישבים עם הפירוש המצמצם שהצעתו, אף שאין בהם משום שלילה מפורשת ועקרונית של כלל ההשלמה המהותית.

לענייננו, חשובה יותר עמדתו של השופט ברק. בנסיבות העניין השתכנע גם הוא שמועד הביצוע לא היה "עניין חיוני למכרז" ולכן הצטרף לשופט בדן בנקודה זו. ברם, השופט ברק מצא לנכון להוסיף גם דברים עקרוניים באשר לפירוש המושג "חיוב" המופיע בהוראות ההשלמה שבפרק ה'. לעניין זה קבע השופט ברק כי סעיף 41:

אין בו[...]להקים חיוב, שבשל העדר המועד לא קם מעיקרא. סעיף 41[...]

משלים את היש, אך לא יוצר אותו.²²³

²¹⁹ ע"א 431/82 חסיד נ' פרזות, פ"ד לט(4) 456 (1985).

²²⁰ לעיל ה"ש 12.

²²¹ בהעדר ראיות פוזיטיביות נדחתה הטענה לקיומו של נוהג פרטי או כללי, אך לא נשללה באורח עקרוני. שם, בפס' 3.

²²² שם, בפס' 5.

²²³ שם, בעמ' 462 לפסק הדין.

הגם שדברים אלה נגעו להוראת השלמה ספציפית, טעמם יפה וישים לכלל הוראות ההשלמה שבחוק החוזים ולהוראות השלמה דומות שבחוקי החוזים המיוחדים. השופט ברק בפרשת **חסייד** אימץ אפוא בבירור גישה פרשנית מצמצמת להוראות ההשלמה ברוח זו שהצעת לעיל. גישה זו כוללת בחובה הנחיה שיפוטית ברורה לבתי המשפט להימנע מהשלמה נורמטיבית, אם יהיה בכך כדי לשכלל את החוזה (בלשונו של השופט ברק – "להקים את החיוב").²²⁴

תמיכה נוספת בגישתי הפרשנית עולה במרומז מפסק דינו המנחה של השופט (כתוארו אז) שמגר בפרשת **זנדבנק**.²²⁵ באותה פרשה נדחתה טענה להעדר מסוימות בעסקה למכר מניות, תוך דחיית הנימוק שההסכמה חסרה התייחסות לנושאים חיוניים כגון מועדי התשלום ומועדי העברת הבעלות במניות. השופט שמגר קבע כי עניינים אלה ניתנים להשלמה נורמטיבית מכוח הוראות חוק המכר הרלבנטיות, תוך שהוא מעיר כי מדובר ב"חסרונם של הפרטים שהם משניים לפי טיבם, בקשר לביצוע העסקה...".²²⁶ הגם שהשופט שמגר לא קבע במפורש כי רק פרטים בעלי חשיבות משנית ניתנים להשלמה מכוחן של הוראות ההשלמה, מסקנה זו משתמעת לדעתי מדבריו אלה, ומדברים נוספים שהשמיע בפסק הדין.²²⁷

(ה) הפירוש הצר אינו מייתר את הוראות ההשלמה

פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **חסייד** זכה בשעתו בביקורת אקדמית נוקבת.²²⁸ זו ייחסה לפסק דינו של השופט ברק אימוץ של גישה פרשנית שמרנית ושגויה "המעקרת לחלוטין את משמעותן של הוראות ההשלמה" או, למצער, מצמצמת "באופן בלתימתקבל על הדעת את תחום פרישתן".²²⁹

בכל הכבוד, סבורני שביקורת זו משוללת יסוד. ראשית, אין בסיס להנחה שהוראות ההשלמה עוסקות כולן בהשלמתם של עניינים מהותיים – וטענה כזו גם לא נשמעה מעולם בפסיקה או בספרות. אין אפוא כל בסיס לסברה שהפירוש שהצעתי – ושזכה בתמיכה משתמעת בפרשת **חסייד** – מרוקן מתוכן את כלל הוראות ההשלמה. לכל היותר ניתן לגרוס שהפירוש המצמצם צפוי ליתר את אותן ההוראות העוסקות (לכאורה) בהשלמתם של עניינים מהותיים.

אלא שגם חשש זה הוא חשש שווא. כפי שאסביר בסמוך, אף אחת מהוראות ההשלמה לא תתייתר עקב אימוצו של הפירוש שהצעתי, אם כי היקף תחולתן הפוטנציאלית יצטמצם. הטעם פשוט: כפי שיבואר בסמוך, גם ההוראות הנחזות במבט ראשון כעוסקות בעניינים מהותיים במובהק (לדוגמה, אלה המתירות השלמה של התמורה הכספית בעסקה), ימשיכו למלא תפקיד חשוב גם תחת הפירוש המוצע. במה דברים אמורים?

²²⁴ אודה כי אני מתקשה להסביר את המתח בין העמדה הפרשנית שהציג השופט ברק בפרשת **חסייד** לבין נכונותו לאמץ את כלל ההשלמה המהותית שנים אחדות קודם לכן בפרשת **רבינאי**. הייתכן כי בפרשת **חסייד** ניסה השופט ברק לתקן שגגה שיצאה מלפניו בפרשת **רבינאי**?

²²⁵ לעיל ה"ש 9.

²²⁶ שם, בפסי' 6.ב.

²²⁷ לדוגמה, בסוף פסי' 6 הזכיר השופט שמגר את קיומם של סעיפי ההשלמה הכלליים בחוק החוזים וציין, אגב אורחא, שמשמעותו של סעיף (3)64 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאני – שהבחין במפורש בין עניינים עיקריים ל"טפלים" – היתה דומה לזו של הוראות אלה. שמגר מבטא כאן, אפוא, עמדה פרשנית שלפיה ההבחנה נותרה בעלת חשיבות גם בחוק החדש. מעניין גם להעיר, כי בפסי' 6.א. לפסק הדין מציין שמגר הוראות השלמה שונות של חוק המכר, אך בחר שלא להכליל בהן את הוראת סעיף 20(א), המתירה השלמה של מחיר הממכר. ייתכן שהשטמה זו אינה מקרית. מחיר הממכר הוא לכאורה פרט מהותי, בעוד שלשיטתו של שמגר ניתנים להשלמה רק פרטים בעלי חשיבות משנית.

²²⁸ ראו: דויטש, מסוימות, לעיל ה"ש 31, בעמ' 341-343, 355-357.

²²⁹ שם, בעמ' 357.

המפתח להבנת טענתי טמון בתובנה הבאה: גם עניינים הנחזים במבט ראשון כמהותיים בדרך כלל (לדוגמה, סוג הממכר, ואפילו התמורה הכספית בעדו) עשויים להתברר כבלתי מהותיים במסגרתה של עסקה ספציפית. עניין זה יודגם ביתר פירוט בהמשך, תוך התייחסות להוראות השלמה ספציפיות בחוק החוזים. בשלב זה אבקש להציג את הגיונה הכללי של התובנה האמורה. אם ניתן להצביע היום על קונצנזוס אחד בכל הנוגע למאפייניה של המסוימות, הרי זה הרעיון שלפיו רף המסוימות אינו נוקשה או אחיד, אלא נקבע ומיושם תוך התחשבות במאפייניה המיוחדים של העסקה הקונקרטית הנבחנת. ביתר פירוט: המענה לשאלה אם נושא כלשהו הוא מהותי אינו תלוי רק בסוג העניין החסר, ואף לא רק בסוג העסקה שבו מדובר; המענה מחייב שימת לב גם לדקויותיה של העסקה הספציפית ולמשקל המיוחד שאותו עניין מלא במסגרתה.²³⁰

התפיסה שתיארת בפסקה הקודמת – השוללת גישה נוקשה ואחידה לרף המסוימות – לא תמיד שלטה בכיפה. גישת אד-הוק זו החלה מתגבשת בפסיקה בהדרגה בד בבד עם המעבר שחל בה, החל מן המחצית השנייה של שנות ה-70, מגישה מחמירה כלפי דרישות המסוימות והכתב לגישה מקילה וליברלית יותר. שינוי זה בגישתו של בית המשפט העליון מודגם באופן מובהק בזניחת המאמץ לעצב 'רשימות' נוקשות של פרטים "מהותיים וחיוניים", כדוגמת "רשימת עציניים" שנדונה לעיל.²³¹ תהליך כזה עבר על נושא המיסוי ותנאי התשלום, שבראשית שנות ה-70 הוגדרו כמהותיים וחיוניים בכל עסקת מכר מקרקעין,²³² אך בהמשך הדרך הושלמו נורמטיבית כמעט כדבר שבשגרה.²³³ גורל דומה נפל בחלקם של מועדי המסירה והעברת הבעלות, שחשיבותם הרבה הודגשה בפסיקות העבר.²³⁴ גם נושאים אלה החלו להסתמן כבעלי חשיבות משנית, מבחינה זאת שהלכו ותכפו המקרים שבהם התברר כי היעדרם מזכרון דברים במקרקעין לא שלל את תוקפו החוזי.²³⁵

ברם, לאמיתו של דבר, גם לא נקבע בפסיקה מעולם שמועדי הקיום של העסקה – ובכלל זה מועדי תשלום התמורה – אינם מהותיים. בתחום זה – המשקף היטב את הבוקה ומבולקה השוררת בדיני המסוימות – הובעו בפסיקה גישות שונות בזמנים שונים. בצד גישת מיעוט שלפיה מדובר

²³⁰ בעניין זה שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 177, עומדים על מגמת הפסיקה "שלפיה אין לקבוע באורח קטגורי ומראש את התנאים המהותיים של כל עסקה... המבחן בעניין זה שוב אינו מבחן נוקשה אלא מבחן העסקה המסוימת והצדדים לה." ראו גם שם, בעמ' 180. מעניין לציין כי בחיבורם של פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, לא מצאתי התייחסות לנקודה מרכזית זו. ייתכן שהסיבה נעוצה בחשיבות המופחתת שמחברים אלה ייחסו להבחנה בין פרטים מהותיים לבלתי מהותיים. זאת לאור הנחתם, העוברת כחוט השני לאורכו של הדיון במסוימות, כי כִּאלה כן אלה כפופים להשלמה נורמטיבית.

²³¹ בפרק ד.1.
²³² ראו לעיל בטקסט העוקב את ה"ש 202. דוגמה מובהקת ליישומה של הגישה השמרנית ניתן להביא מע"א 153/74 **אברהם נ' חבזה** פ"ד כט(1) 737, 742-741 (1975), שבה נשלל תוקף חוזי מזכרון דברים שלא כלל התייחסות מספקת ל"ענין מהותי ביותר כמו מועדי התשלום". ראו גם ע"א 270/74 **ברזילי נ' יורשי המנוח גרשון גרינבאום**, פ"ד כט(1) 658, 662-661 (1974), שבו על יסוד 'הלכת עציניים' שלל בית המשפט העליון תוקף מזכרון דברים שלא כלל התייחסות למועדי התשלום. ראוי, עם זאת, לציין כי מדובר בפסקי דין שניתנו על יסוד הדיון שקדם לחוק החוזים (הגם שנפסקו לאחר חקיקתו מתוך מודעות להוראותיו).

²³³ לתהליך זה ראו: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 283-282; רנר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 43, והאזכורים בהערה 42.
²³⁴ דוגמה מובהקת היא ע"א 651/72 **פסטרנק נ' לוי**, פ"ד כח(1) 617, 620 (1974), שם נקבע ששורה של פרטים ובהם מועדי המסירה והעברת הבעלות בקרקע הם "תנאים חשובים ועיקריים" שבהעדר הסכמה עליהם אין להכיר בתוקפו של הסכם המכר. ראו גם בעניין **ברון**, לעיל ה"ש 204, בפס' 2.ב., שם נזכר "זמן ההעברה" כפרט הכרחי לעניינה של דרישת הכתב.

²³⁵ בפרשת **רבינאי**, לעיל ה"ש 12, נדחתה הטענה כי מועד ההעברה של הנכס בטאבו הוא עניין חיוני, ונקבע כי ניתן להשלימו באמצעות הוראת סעיף 41 לחוק החוזים; לעניין המיסוי נקבע כי יחולו הוראות חוקי המס הרלבנטיות (שם, בפס' 8). בפרשת **זנדבנק**, לעיל ה"ש 9, בפס' 6.ב., עמד השופט שמגר על הזיקה שקובע חוק המכר בין מועד תשלום המחיר לבין מועד מסירת החזקה בממכר (בסעיפים 21 ו-23). בנסיבות הוכרה ההסכמה על מכר המניות כחווה, הגם שבשני נושאים אלה גם יחד – שנראו לשופט שמגר משניים – לא קבעו הצדדים הסדר בהסכם שביניהם. באותה שנה (1976) ניתן גם פסק הדין בע"א 774/75 **עובדיה נ' אדרבי**, פ"ד ל(3) 533 (1976), שבו הושלמו תנאי התשלום על יסוד סעיפים 23 ו-26 לחוק המכר. בניגוד לפרשת **זנדבנק**, בעניין **עובדיה** לא נקבע שתנאי התשלום הם עניין בעל חשיבות משנית. בית המשפט הסתייע בכלל השלמה המהותית, בציינו כי כלל זה ריכך את 'רשימת עציניים' (שם, בעמ' 537, השופט לנדוי).

בפרטים משניים,²³⁶ שלטה בכיפה עד לאחרונה הגישה שלפיה תנאי התשלום הינם עניין מהותי, לפחות בעסקת מכר המקרקעין.²³⁷ הפסיקה המשיכה לשלם מס שפתיים לגישה זו, הגם שבפועל נטתה להשלים במקרים רבים את תנאי התשלום – לעתים קרובות תוך הסתמכות על כלל ההשלמה המהותית.

והנה, לפני שנים אחדות, בפרשת **רוזנברג**,²³⁸ הבהיר בית המשפט העליון את שהיה ראוי להבהיר שנים רבות קודם לכן: תנאי תשלום אינם בהכרח "מהותיים" ואף אינם בהכרח "בלתי מהותיים"; מהותיותם משתנה והיא תלויה בנסיבותיה של העסקה הספציפית ובמשקל שתנאי התשלום ממלאים באותה עסקה.²³⁹ כפי שראינו, גם ביחס למועד ביצוען של עבודות קבלניות נדחתה בפסיקה הטענה הגורפת שמועד הקיום הוא בהכרח פרט מהותי.²⁴⁰ גישת "אד-הוק" לשאלת ה"מהותיות" אומצה לפני שנים אחדות גם לעניינם של הסדרי המיסוי בעסקת מקרקעין.²⁴¹

הנה כי כן, במעשה – ולעתים גם במילים מפורשות – הבהירה הפסיקה שלעניינה של המסוימות אין זה נכון לקבוע מראש ובאופן נוקשה רשימה של עניינים "מהותיים" ולהעמיד כנגדה רשימה של עניינים "לא מהותיים". זאת, משום שחשיבותו היחסית של עניין מסוים שלא הוסדר בהסכם עשויה להשתנות מסוג עסקה אחד למשנהו, ואפילו מעסקה ספציפית אחת לעסקה ספציפית אחרת מאותו סוג.

מן הדיון שקיימתי עד כה במהותה המשתנה והגמישה של דרישת המסוימות עולה תובנה פרשנית חשובה לענייננו: הנושאים הספציפיים לכאורה הנזכרים בכל אחת מהוראות ההשלמה הפזורות בחקיקת החוזים (כמוהם כעניינים שאין לגביהם הוראת השלמה) אינם כה ספציפיים כפי שניתן לשער במבט ראשון. ביתר פירוט: כל אחד מן הנושאים הללו איננו בהכרח ובכל הנסיבות מהותי – או בלתי מהותי. מהותיותו או אי-מהותיותו עשויה להשתנות מסוג עסקה אחד למשנהו, ואפילו במעבר בין עסקה אחת לעסקה אחרת מאותו סוג.

אכן, עניין המופיע בהוראת השלמה שבחוק והעשוי להיראות למאן דהוא במבט ראשון כמהותי (לדוגמה, מועד הקיום של חיובי הבסיס של העסקה) עשוי להתברר כעניין שבסוג עסקה מסויים – או בעסקה ספציפית העומדת למבחן – אינו מהותי.²⁴² לפיכך, עניין זה יהיה נתון להשלמה

²³⁶ נושא הדגל של גישה זו היה השופט ויתקון, אשר כבר בעניין **קאדרי**, לעיל ה"ש 69, קבע שלא רק מועדי תשלום – אלא מועדי הקיום באופן כללי יותר – אינם עניין מהותי שהיעדרו יכשיל עסקה במקרקעין (שם, בעמ' 803). גישה דומה ביטא השופט שמגר בפרשת **זנדבנק** (ראו בהערה הקודמת).

²³⁷ לדוגמה, בפרשת **עדני**, לעיל ה"ש 30, אף שדעות הרוב והמיעוט נחלקו בשאלה אם ראוי להשלים נורמטיבית את מועדי התשלום, שררה הסכמה בין כל השופטים כי לפי ההלכה תנאי התשלום הם פרט מהותי בעסקת מכר מקרקעין (ראו פס' 3 לדעת הרוב של השופט פוגלמן; פס' 2 לדעת המיעוט של השופט עמית). לעיל ה"ש 21.

²³⁸ "התשובה לשאלה איזה מתנאי העסקה ייחשב מהותי משתנה בהתאם לאופי העסקה ולנסיבותיה... אין מקום לקבוע באופן קטגורי וגורף כי מועד התשלום... לעולם יהיה מהותי, ושאי-הסכמה עליו מלמדת מנייה וביה על היעדר מסוימות. גם תנאי זה ניתן להשלמה... ובנסיבות מסוימות הוא עשוי להיות טפל ליתר תנאי העסקה." דברי השופט פוגלמן, שם, בפס' 14.

²⁴⁰ בפרשת **חסיד** דחה השופט בך טענה זו וקבע כי: "אין לומר, שבכל התנאים ובכל הנסיבות זמן ביצוע החוזה הוא תנאי כה מהותי, עד שבלעדיו לא ניתן לכרות חוזה בר תוקף משפטי." לעיל ה"ש 219, בפס' 3. השופט בך אף הוסיף והבהיר שעצם קיומה של הוראת השלמה בנושא זה היא ראייה התומכת במסקנתו זו. שם, שם. ההנחה הפרשנית המשתמעת מדברי השופט בך היא, שקיומה של הוראת השלמה מעיד שהעניין המוסדר בה אינו מהותי. הנחה זו נוגדת את הקונצנזוס בספרות המשפטית, שכפי שראינו ראה בקיומן של הוראות ההשלמה תימוכין למסקנה ההפוכה דווקא – "שהמחוקק מכיר בקיומו של חיוב חוזי, למרות שחסר בו יסוד מהותי אחד, ואולי אף מספר יסודות מהותיים[...]" – כלשונם של פרידמן וכהן, מהדורה 2, לעיל ה"ש 34, בעמ' 321.

²⁴¹ כך, בפרשת אחת הבהיר בית המשפט כי שעה שלרוב נטלי המיסוי לא ייחשבו עניינים מהותיים הדרושים לכינונה של המסוימות, הרי שבנסיבות ספציפיות של עסקה ספציפית (לרבות עסקה למכר מקרקעין) הם עשויים דווקא למלא תפקיד מרכזי, כך שהמסקנה תשתנה: "ברגיל, העדר התייחסות לסוגיית תשלומי המסים, איננה מלמדת, כשלעצמה, על היעדרה של מסוימות... אלא שבנסיבות ענייננו... שני הצדדים ייחסו לסוגיה זו חשיבות מירבית, וראו בה היבט יסודי של העסקה." עניין **דניאל**, לעיל ה"ש 79, בפס' 20 (השופטת ברק-ארז).

²⁴² הדוגמה הטובה ביותר שאני יכול להעלות בדעתי להמחשתה של טענה זו היא זהות הצדדים לעסקה או זהות הצד שעליו מוטל לבצע. לכאורה, מדובר בעניין החשוב ביותר בכל עסקה. אך למעשה, ניתן להעלות על הדעת עסקות

נורמטיבית גם לאחר אימוץ הפירוש המצמצם שהצעת. בה במידה, עניין המופיע בהוראת השלמה והעשוי להיראות במבט ראשון כבלתי מהותי (לדוגמה, מקום הביצוע של חיובי הבסיס) עשוי במבט נוסף להתגלות דווקא כמהותי, אם מביאים בחשבון את המבנה הספציפי של העסקה הנבחנת ואת התפקיד שממלא אותו עניין במסגרתה. במקרה כזה תהיה השלמתו הנורמטיבית בלתי אפשרית לפי הפירוש שהצעת, חרף כך שקיימת לכאורה הוראת השלמה רלבנטית.

נשאלת השאלה, באיזו מידה עשויה תובנה כללית זו להגן על הפירוש שהצעת מפני הביקורת שלפיה אימוצו צפוי לייתר את אותן הוראות השלמה העוסקות בהשלמת עניינים מהותיים במובהק. בשורות הבאות אבקש לשכנע את הקורא שהמסקנות שעלו מדיוננו עד כה יפות ושימויות לא רק ביחס להוראות השלמה העוסקות במועדי הקיום ובמקום הקיום של חיובי הבסיס של העסקה: הן יפות גם ביחס להוראות השלמה העוסקות בחיובי הבסיס עצמם. כוונתי כאן להוראות סעיפים 45 ו-46 לחוק החוזים, והוראות מקבילות או דומות בחקיקת החוזים המיוחדים.²⁴³

הוראות השלמה הקבועות בסעיפים 45 ו-46 לחוק החוזים נוגעות, כאמור, בחיובי הבסיס של העסקה החוזית: בתכונות האובייקט – מושא העסקה (סוג ואיכותו של הנכס או השירות), ובתמורה הכספית שאמורה להשתלם תמורתו. האין לומר כי עניינים מסוג זה ייחשבו תמיד ובכל מקרה מהותיים, בלא קשר לסוג העסקה שבה מדובר? ואם כן – האין אמת בטענה שהפירוש המצמצם עתיד להפוך הוראות אלה לאות מתה ולאבן שאין לה הופכין?

המענה לשאלה זו פשוט מכפי שניתן לשער. ממש כשם שמועדי הקיום ומקום הקיום של העסקה אינם תמיד מהותיים, אף שהם יכולים לעתים למלא תפקיד מהותי, כך גם איכות הנכס או השירות והתמורה בגינם, אלא שבמהופך: עניינים אלה יהיו בדרך כלל מהותיים לעסקה, אך בנסיבות מסוימות הם עשויים להתברר כבלתי מהותיים. כפי שיבואר מיד, *כך יקרה כל אימת שההסדר החסר (הנוגע לאובייקט או לתמורה בעדו) מתייחס רק לחלק או למרכיב אחד בעסקה שבין הצדדים – אשר מבחינה כלכלית אינו החלק המרכזי. במילים אחרות: הוראות השלמה יהיו רלבנטיות תחת הפירוש המוצע רק כאשר הנכס, הזכות, השירות או טובת ההנאה שלגביהם או לגבי תמורתם הכספית נדרשת ההשלמה הינם בעלי משקל כלכלי נמוך בהשוואה למשקלה הכלכלי הכולל של העסקה שעשו הצדדים.*²⁴⁴

אדגים עתה עיקרון זה, תוך הבחנה בין השלמה הנוגעת בסוג האובייקט או בטיבו, לבין השלמה של התמורה הכספית בעד האובייקט. נפתח באחרונה ונסיים בראשונה.

נניח כי פלונית ואלמוני התקשרו בהסכם למכר של דירה על תכולתה. נניח עוד כי הצדדים קבעו בהסכם ביניהם את מחיר הדירה עצמה, מתוך הבנה כי יתנהל ביניהם משא ומתן לגבי הסכום שישולם בעבור תכולת הדירה (רהיטים, שטיחים, כלי בית, וכו'). לאחר מסירת החזקה בדירה,

שבהן זהות הצד המבצע את החיוב – ולעתים אפילו הצד שנטל על עצמו את החיוב – אינה עניין מהותי. דוגמה מובהקת לכך היא הצעה לציבור – בהצעה כזו יסוד המסוימות אינו נפגם חרף כך שזהות הצד השני אינה ידועה למציע. הטעם לכך פשוט: זהות הצד השני אינה מהותית, כל עוד אותו צד עומד ביתר תנאי ההצעה. לעניין זהות המבצע, קובע סעיף 40 לחוק החוזים שחווה יכול שיקיים גם בידי אדם שאינו צד לו. לדעתי, אין ללמוד מהוראה זו כי זהות המקיים אינה מהותית, וגם לא כי היא מהותית. זהות המקיים עשויה להיות מהותית או בלתי מהותית. הדבר תלוי בהשלכה שיש לזהות המבצע מטעם החייב על כדאיות העסקה מבחינתו של הנושא.²⁴³ לעניין תשלום ראוי בעבור נכס או שירות שלא הוסכם על שיעורו ראו: סעיף 20(א) לחוק המכר (תשלום) "מחיר ראוי"; סעיף 13(ב) לחוק השכירות ("דמי שכירות שהיו ראויים להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה"). בחוקי החוזים המיוחדים קשה למצוא הוראות המתירות השלמה של איכות הנכס או השירות הנוגעים בדבר. סעיף 5(א) לחוק מכר דירות, התשל"ג-1973 (להלן: חוק מכר דירות), קבע בעבר כי מפרט שלא כלל התייחסות לאיכות הפריטים הנזכרים בו יקיים בסטנדרט "מתאים למקובל בנסיבות העניין" (הסעיף בוטל בתיקון תשע"א, שהמיר את הסטנדרד הבינוני שקבע החוק בסטנדרט של "איכות גבוהה בנסיבות העניין"). סעיף 52 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, קובע כי בצוואה שבה הוריש המוריש נכס בלתי מסוים, יזכה הירש ב"נכס מסוג בינוני".²⁴⁴ טיעון פרשני זה התקבל לאחרונה על דעתם של שלו וצמח. ראו בחיבורם הנ"ל בה"ש 5, בעמ' 180, 564.

ובטרם הועברה הבעלות בה, מתגלעת מחלוקת בנוגע לשווי התכולה. נניח כי בשלב זה מודיע המוכר לקונה כי בראייתו, לאור החסר בהסכם בנושא זה, לא נכרת חוזה בין הצדדים. בהתאם לכך מודיע המוכר על ביטול העסקה ותובע את השבת הדירה על תכולתה לידי. מה הדין במקרה זה?

מנקודת מבט צרה שתתמקד אך ורק בחלק העסקה הנוגע למכירת התכולה, אין כל ספק שמחיר התכולה מהווה עניין מהותי. לעומת זאת, מנקודת מבט רחבה יותר, המביאה בחשבון את העסקה כולה, עשויה התמונה להשתנות. נניח, לדוגמה, ששווי התכולה עומד על 200,000 ש"ח בשעה שמחיר הדירה הוא 2 מיליון ש"ח. בנסיבות כאלה נראה לי שאין קושי לקבוע כי בראייה כוללת סוגיית המחיר של תכולת הדירה אינה מהותית. שתיקת ההסכם לגבי מחיר התכולה אינה שוללת אפוא את מסוימותו. בנסיבות המתוארות יוכל אפוא בית משפט הדן בסכסוך – גם לפי הפירוש הצר שהצעתי – להשלים באופן נורמטיבי את מחיר התכולה ולהעמידו על סכום שלדעתו "ראוי היה להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה".²⁴⁵ תביעת ההשבה של המוכר תידחה אפוא, והקונה יהיה זכאי להירשם כבעלים של הדירה ושל תכולתה.²⁴⁶

פתרון משפטי זה נראה לי סביר ומוצדק, שכן בנסיבות המתוארות השלמה שיפוטית של מחיר התכולה אינה צפויה להשפיע באורח דרמטי על כדאיות העסקה כולה – לא מבחינת המוכר ואף לא מבחינת הקונה.²⁴⁷ העסקה למכירת הדירה על תכולתה היא אפוא, בראייה כוללת, "מסוימת כדי אפשרות כריתתו של החוזה".²⁴⁸

לעומת זאת, תביעות לתמחור שיפוטי של מרכיב המהווה חלק משמעותי בעסקה – מבחינת שוויו הכלכלי – ראוי להן שתידחנה בעקביות על ידי בתי המשפט. נניח, לדוגמה, כי תכולת הדירה בדוגמה הקודמת כללה אוצרות אומנות או אוסף של ציורים מקוריים בשווי העולה על מחיר השוק של הדירה עצמה או המתקרב אליו. במקרה כזה מובן שהתוצאה חייבת להשתנות: תכולת הדירה הופכת למרכיב מהותי בעסקה, ולכן אי הסכמה על מחירה שוללת את יסוד המסוימות (ולמעשה – פוגמת גם בגמירת הדעת של הצדדים). על פי הפירוש המוצע, לא יוכל בית המשפט להשלים נורמטיבית את מחיר התכולה, ויאלץ להצהיר על בטלותה של העסקה כולה.²⁴⁹

ניתן לחשוב על דוגמות אנלוגיות נוספות, הנופלות לגדרה של הפרדיגמה שאליה משתייכת דוגמה זו: עסקת שכירות שבה לא הוסכם מחיר השימוש במיטלטלין המצויים במושכר; עסקת מכר או שכירות של מפעל ובו מלאי או ציוד שלא הוסכם על מחירם או על דמי השימוש בהם; עסקת קבלנות הכוללת מספר עבודות או מלאכות שביחס לחלקן לא נקבע שכן; וכיו"ב.

פרדיגמה רלבנטית אחרת עניינה במצבים שבהם הצדדים מסכמים את מחיר הבסיס של האובייקט (הנכס או השירות), אך מותירים "פתוח" מרכיב מסוים העשוי להשפיע על מחיר הבסיס

²⁴⁵ כלשונו של סעיף 46 לחוק החוזים.

²⁴⁶ זאת, כמובן, כפוף לתשלום התמורה – על שני רכיביה (המוסכם, וזה שהושלם נורמטיבית). הפתרון שהצעתי בטקסט מתבסס על ההנחה שהעסקה אינה ניתנת להפרדה לשני חלקים עצמאיים (לדוגמה, משום שברור שמכירת התכולה היתה תנאי יסודי בחוזה המכר, שבלעדיו לא היה הקונה מעוניין בדירה או להיפך – בלי הדירה לא היה מעוניין בתכולתה). אם, לעומת זאת, ניתנת העסקה להפרדה לחלקים (הדבר תלוי בדיני הביטול החלקי), יהיה הפתרון המשפטי שונה: במקרה כזה החלק הנוגע לתכולת הדירה יהיה בטל (בהעדר מסוימות), והקונה יהיה חייב בהשבת החזקה בתכולה למוכר. הטעם לכך הוא שבמסגרת חלק זה של העסקה, שלפי הנחתנו הופך לאחר הביטול החלקי לחלק עצמאי, מחיר התכולה הופך להיות מרכיב מהותי, שאין להשלימו באופן נורמטיבי. מובן שבחלופה זו המוכר לא יהיה זכאי להשבת הדירה עצמה, שכן בחלק (העצמאי) המתייחס למכירת הדירה לא נפל חסר כלשהו. השלמה נורמטיבית עשויה אפוא להיות מוצדקת מנקודת המבט של תכליות הדרישה למסוימות – שנועדו להבטיח כי מערך התועלות והנטלים הבסיסי הנובע מהעסקה יוגדר על ידי הצדדים עצמם. בדוגמה דנן, הסיכון לפגיעה קשה בחופש העיצוב או ההתקשרות של הצדדים נמוך, וגם מנקודת מבט תוצאתנית (שיקולי הכוונת התנהגות ושיקולים מוסדיים), נראה שאין הצדקה עניינית לביטולה של עסקת המכר כולה.

²⁴⁸ כלשונו של סעיף 2 לחוק החוזים.

²⁴⁹ מובן שגם בדוגמה זו, אם העסקה ניתנת להפרדה לחלקים, ישתנה הפתרון המשפטי. במקרה כזה תוכל עסקת מכר הקרקע להתקיים, ואילו עסקת מכר המיטלטלין (שלפי הנחתנו עומדת לעצמה) תיבטל.

– להיתוסף עליו או להיגרע ממנו. לדוגמה: נקבע מחיר הבסיס של הממכר, אך הוסכם כי תינתן לקונה הנחה ששיעורה ייקבע בהמשך. במצב זה, אם לא נקבע שיעורה של ההנחה שתינתן, והצדדים אינם מצליחים להגיע להסכמה, נראה שהעסקה נדונה לכישלון – שכן למעשה לא התגבשה הסכמה סביב מחיר הממכר. אך מה הדין כאשר סוכם על הנחה בשיעור של 10-20% ממחיר הבסיס שנקבע עבור הנכס? האם במקרה כזה אי הסכמה על שיעור ההנחה צריך להכשיל את העסקה כולה? נראה לי שהדבר תלוי בגורמים שונים, אך הדעת נותנת שככל שאחוז ההנחה נמוך יותר, ככל שהמשרעת שקבעו הצדדים צרה יותר, וככל שמחיר הבסיס נמוך יותר, יפחת הסיכון לפגיעה בתכליותיה של המסוימות, ולכן תגבר ההצדקה להשלמה נורמטיבית של מרכיב ההנחה.²⁵⁰

בעיה דומה עשויה להתעורר כשהמרכיב הנוסף הוא נטל מס, שהצדדים לא הגדירו מי מהם יישא בו.²⁵¹ העיקרון המנחה כאן צריך, לטעמי, להיות דומה לזה שהצעתי להחיל על פרדיגמת ה"הנחה".²⁵²

לעניין האפשרות להשלים נורמטיבית את התמורה הכספית, אבקש להוסיף שתי הערות אחרונות. ההערה הראשונה נוגעת בהיסטוריה החקיקתית של הוראות ההשלמה העוסקות בסוגיה זו – בחוק החוזים הכללי, בחוק המכר ובחוק השכירות. היות שהוראות אלה נראו לי מוקשות מבחינת דיני המסוימות, סברתי שיהא זה מעניין ומועיל לבדוק את רקען החקיקתי, ואת הרציונל שהניע את המחוקק לאמצן בחוק הישראלי. בדיקה זו העלתה ממצא מעניין, שאתאר בתמצית להלן.

מתברר – באופן תמוה ומאכזב משהו – שדברי ההסבר להצעות החוק שקדמו לחקיקתן של שלוש ההוראות האמורות שותקים שתיקה מוחלטת באשר לרציונל שלהן.²⁵³ הרמז היחיד

²⁵⁰ נניח, לדוגמה, כי הנכס הוא דירה שמחירה 2 מיליון ש"ח. במקרה כזה הפער בין הנחה מרבית (בשיעור 20%) לבין הנחה מזערית (בשיעור 10%) הוא 200,000 ש"ח, סכום גבוה ביותר (לפחות לגבי אדם מן היישוב). במקרה כזה, אם יאמץ בית המשפט את אחת מנקודות הקיצון על המשרעת שהצדדים קבעו כבסיס אפשרי לקביעת שיעור ההנחה (10% או 20%), יהיה גודלה המרבי של ה"טעות" הפוטנציאלית בהערכת אינטרס הקיום של הקונה או של המוכר 200,000 ש"ח (סך השווה לפער בין ההנחה המרבית להנחה המזערית). לעומת זאת, אם בית המשפט יעמיד את שיעור ההנחה הראוי על 15% (מעין "מידה בינונית"), יקטן גודל ה"טעות" הפוטנציאלית ל-100,000 ש"ח. עדיין, זהו סכום משמעותי למדי, בעיקר מנקודת מבטו של קונה שהוא אדם מן היישוב. פירוש הדבר הוא שגבוה הסיכון שטעות כזו תכפה על הקונה רכישה שלא היה מעלה בדעתו להתחייב אליה, בעת עריכת ההסכם. לכן, לפחות בעסקה רגילה למכירת דירה, סבורני שאין ליתן תוקף לעסקה כזו (בפרט אם הקונה הוא הצד שעליו תיכפה העסקה בניגוד לרצונו). לעומת זאת, אם הנכס הוא סחורה שמחיר הבסיס שנקבע לה בידי הצדדים הוא 1,000 ש"ח, יקטן גודל ה"טעות" הפוטנציאלית המרבית ל-100 ש"ח (ובמקרה של הנחה "בינונית" – ל-50 ש"ח). במקרה כזה סבורני שעשויה להיות הצדקה לקבוע שהתוספת למחיר אינה בגדר "פרט מהותי" בעסקה, כך שבית המשפט יידרש להשלימה. מנגד, גם עמדה שמרנית וזהירה יותר עשויה להיות לגיטימית. העיקר הוא שהכרעתם של בתי המשפט בשאלות כאלה לא תהיה שרירותית אלא תישען על בסיס רציונלי ותתיישב עם לשון החוק ותכליתו, מה שיאפשר (אם כי לא בהכרח יבטיח) רמה מזערית של עקיבות הלכתית.

²⁵¹ נניח, לדוגמה, כי מחיר הנכס ננקב, מתוך ציפייה שהמוכר יזכה בפטור ממס שבח (או נותן השירות – בפטור מחיוב בתשלום מע"מ), וסוכם כי הצדדים ימתינו להחלטת רשות המס הנוגעת בדבר. מה הדין כשמתברר שהמוכר/העוסק אינו זכאי לפטור המיוחל? האם במקרה כזה ניתן לאכוף את החוזה תוך הטלת נטל המס על המוכר או תוך השלמה נורמטיבית אחרת (לדוגמה, הוספת נטל המס למחיר כך שמי שישא בו יהיה הקונה)? שמא אין מנוס מהצהרה על בטלות העסקה?

²⁵² אם כי מבחינה מעשית, היות שנטלי המס במרבית העסקות אינם זניחים, נראה שלרוב לא יהיה צידוק לכפיית העסקה בדרך של השלמה נורמטיבית (אלא אם מדובר בנטל מס נמוך במיוחד). סיטואציה דומה במקצת התעוררה בפרשת **לוי**, לעיל ה"ש 144, שבה דחה בית המשפט העליון, בדעת רוב, את בקשת הקונים לאכוף על המוכרים זכרון דברים במקרקעין שלא כלל את מחיר הדירה הנמכרת. בנסיבות המקרה התכוונו הצדדים להמתין עם קביעת המחיר הסופי עד לקבלת פטור ממס שבח, אולם מחיר הבסיס של הדירה לא ננקב בזכרון הדברים, והצדדים חלקו הן באשר לשיעורו והן באשר להסדר לקביעת המחיר הסופי. בנסיבות אלה סירב בית המשפט להשלים את מה שראה כפגם בדרישות הכתב והמסוימות על יסוד סעיף 46 או על יסוד חוות דעת שמאי. דעת המיעוט, לעומת זאת, קבעה שהמחיר סוכם בין הצדדים, וכי בנסיבות ניתן להסתמך על חוות הדעת השמאית שהוצגה בפני בית המשפט מטעם המוכרים כמחיר הראוי.

²⁵³ בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים (לעיל ה"ש 6) אין למצוא אלא הפניה טכנית להוראה המקבילה בחוק המכר, (והוא הדין בדברי ההסבר להצעת חוק השכירות – המפנים אף הם לאותו חוק). ואילו בדברי ההסבר להצעת חוק המכר, תשכ"ה-1965, ה"ח 660 (כ"ג בסיוון, תשכ"ה, 23.6.1965) (להלן: הצעת חוק המכר) אין כל התייחסות להגיגו או לתכליתו של סעיף 20(א) לחוק.

שהצלחתי לדלות מצוי בדברי ההסבר להצעת חוק המכר. במבוא להצעה מופיעה אמירה כללית (שאינה מתייחסת להוראות ספציפיות) שלפיה "החוק המוצע שואב את רוב הוראותיו" מהסדרה של אמנת האג (משנת 1964) בדבר מכר טובין בינלאומי.²⁵⁴

דא עקא, שעיון באמנה מגלה שוני מהותי בין ההסדר שנקבע בה לבין מקביליו הישראליים. סעיף 57 לאמנת האג, בתרגומו הרשמי בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971, קבע בשעתו כך: "נכרת חוזה, אך אין הוא מציין מחיר ואין בו הוראה לקביעת המחיר, חייב הקונה לשלם את המחיר שהמוכר דורש כרגיל בעת גמירת החוזה."²⁵⁵ עינינו הרואות כי הוראה זו אינה מסמיכה את בית המשפט לקבוע מחיר ראוי, אלא מפנה אותו למחיר שהמוכר (בעסקה הספציפית) נהג לגבות בחוזים דומים שבהם התקשר.

בגרסתה המודרנית יותר של אמנת המכר הבינלאומית (אמנת וינה משנת 1980) ננקטה גישה מרחיבה מעט יותר, שלפיה מחיר הממכר ניתן להשלמה גם על יסוד המחיר שהיה נהוג בעת כריתת החוזה בתחום המסחר הנוגע בדבר – כלומר מחיר השוק.²⁵⁶ ברם, גם בהסדר מרחיב זה בית המשפט משולל סמכות לקבוע את המחיר בעצמו על יסוד מה שנראה לו "ראוי להשתלם לפי הנסיבות". בהעדרו של מחיר מקובל וידוע אצל המוכר – או למצער מחיר שוק ידוע ומוכר – ייכשל החוזה ולא יזכה באכיפות.²⁵⁷

המחוקק הישראלי הרחיק אפוא לכת עד מאוד באמצו – בלא כל הסבר – את הנוסח המרחיב המופיע אצלנו בחוק המכר, בחוק השכירות ובחוק החוזים הכללי. מבט השוואתי זה תומך לדעתי תמיכה נוספת בטענה – שאותה ביססתי בפרק הקודם – כי הסדר חקיקתי המסמיך את בית המשפט להשלים נורמטיבית עניינים מהותיים (כדוגמת מחירו של הממכר בעסקת מכר) הוא בעייתי ובלתי רצוי. בדיקת ההיסטוריה החקיקתית מעלה כי הסדר כזה אין לו אח ורע אפילו בתחום הסחר הבינלאומי, שבו ניתן להעלות על הדעת שיקולים מיוחדים (כגון היותם של הצדדים לעסקה אנשי מסחר והצורך בניידות סחורות וביציבות מוגברת) התומכים בהנמכה – אולי אפילו דרסטית – של רף המסוימות.²⁵⁸

ההערה השנייה ערוכה במישור האנליטי, והיא נוגעת בהבחנה בין השלמה נורמטיבית אמיתית לבין השלמה נורמטיבית מדומה של התמורה הכספית בחוזה. טענתי, שאותה לא אוכל לבסס במסגרת זו, היא שבמקרים רבים נעשה השימוש בהוראת סעיף 46 לחוק החוזים לא כדי לאכוף קשר חוזי אלא כדי למנוע מצד להסכם, שכבר זכה בנכס או בטובת הנאה מכוחו, לחמוק מתשלום עבורם. במצבים אלה קביעתו השיפוטית של ה"מחיר הראוי" (וליתר דיוק – ה"שכר הראוי") אינה מכוונת בין הצדדים קשר חוזי בהיעדרה של מסוימות. נהפוך הוא: "השלמה" זו מאפשרת לבית

²⁵⁴ הצעת חוק המכר, שם, בעמ' 280.

²⁵⁵ החוק בוטל בסעיף 5 לחוק המכר הבינלאומי, לעיל ה"ש 177.

²⁵⁶ הוראה זו אומצה אצלנו בסעיף 55 לחוק המכר הבינלאומי, שם.

²⁵⁷ "However much it may be necessary not to allow a purchaser to free himself in bad faith from a contract which he intended to conclude, it equally seems impossible if there is no price ordinarily charged by the seller to impose on the buyer a price which would be fixed at the discretion of a Court...". André Tunc, COMMENTARY ON THE HAGUE CONVENTIONS OF THE 1ST OF JULY 1964 ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS AND THE FORMATION OF THE CONTRACT OF SALE: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tunc.html> אציין כי לדעתי שורר באמנה מתח בין הוראת סעיף 55 המתירה כאמור השלמה שיפוטית של המחיר (בהתקיים מחיר שוק ידוע) לבין סעיף 14(1) לאמנה הקובע כי על הצעת מכר להיות מסוימת מספיק, וכי לשם כך עליה לקבוע את זיהוי הטובין, את כמותם – וגם את מחירם.

²⁵⁸ אמנות המכר – שתיהן – חלות רק על חוזים שעשו ביניהם אנשי עסקים. כך עולה מסעיף 1 לאמנת האג, ומסעיף 1 לאמנת וינה, לעיל ה"ש 177. מובן כי זהו שיקול חשוב התומך בהנמכה של רף המסוימות, ואשר אינו רלבנטי לחקיקת החוזים הכללית.

המשפט לנתק את הקשר ההסכמי שהיה קיים בין הצדדים, תוך מניעת מצב שבו צד אחד יימצא מתעשר שלא כדין על חשבון רעהו. סעיף 46 מספק כאן בסיס פורמלי לפסיקת "שכר ראוי" כלפי העבר – הא ותו לא. מה שכלפי חוץ נראה כנטייה שיפוטית לעקוף את דרישת המסוימות אינו אלא מקרה פרטי של פסיקת השבה (ליתר דיוק: השבת שווי) מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.²⁵⁹ עד עתה עסקנו בהוראות ההשלמה שעניינן בקביעת התמורה הכספית בעד נכס או שירות. עתה תיבחן הוראת סעיף 45 לחוק החוזים, העוסקת באפשרות להשלמת תכונות האובייקט (סוג הנכס או השירות או איכותם). האם הוראה זו צפויה להתייטר עם ביטולו של כלל ההשלמה המהותית? בשלב זה יוכל הקורא להניח שגם על שאלה זו, כעל קודמתה, אציע להשיב בשלילה. הוראת סעיף 45 לחוק החוזים היא הוראה חשובה, שתמשיך למלא תפקיד חשוב גם לאחר שהפסיקה תתנער מכלל ההשלמה המהותית ותאמץ את הפירוש שהצעת. תפקיד זה דומה בעיקרו לזה שאותו ימלאו במשטר הפרשני החדש הוראת סעיף 46 לחוק ומקבילותיה בחוקי החוזים המיוחדים: *בית המשפט יידרש להשלמה נורמטיבית של תכונות מושא העסקה (האובייקט) אם ורק אם בראייה הכוללת של העסקה שעשו הצדדים משקלו הכלכלי של האובייקט שתכונותיו לא נקבעו נמוך בהשוואה לאינטרס הקיום הכולל של הצד הזכאי לקבלו על פי ההסכם.*

טלו לדוגמה הסכם קבלנות שבמסגרתו מתחייב הקבלן לערוך שיפוץ מקיף בביתו של המזמין.²⁶⁰ נניח כי הצדדים הסכימו בכלליות על אופיו של השיפוץ (לדוגמה, שדרוג המטבח, צבע ותיקוני טיח בכל הבית, והחלפת הריצוף בכל החדרים) והעמידו את שכרו הכולל של הקבלן על מיליון ש"ח, מבלי שהתייחסו לסוגם ולאיכותם של חומרי הבניין שבהם יעשה הקבלן שימוש. בשלב מוקדם למדי מתגלעת מחלוקת בין הצדדים בנושא זה. היוכל מי מהם לסגת מהעסקה בטענה שזו אינה מסוימת בהעדר הסכמה על פרט מהותי? האם ראוי שבמקרה כזה יכפה בית המשפט את העסקה על אותו צד תוך השלמת החסר על יסוד הסטנדרט של "קיום בינוניות" שקובע סעיף 45?²⁶¹

אף שאין זו שאלה קלה, נראה לי שבנסיבות האמורות קיים חשש ממשי שהתערבותו של בית המשפט, תוך כפיית הסטנדרט הנראה לו "בינוני", תשבש באופן דרמטי את אינטרס הקיום (הטרום-חוזי) של אחד הצדדים או של שניהם. ייתכן, למשל, שאדם סביר בנעלי הקבלן דן לא היה מסכים לבצע את העבודות, אילו ידע שיידרש לסטנדרט הבינוני שבדיעבד התברר כי בית המשפט כפה עליו. לחלופין, ייתכן שאדם סביר בנעלי המזמין לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע שיידרש להסתפק בחומרים מאיכות "בינונית". מובן, שהמענה לשאלות היפותטיות אלה אינו ודאי, ותלוי ברף שבית המשפט יקבע בכל מקרה ומקרה. אך עצם הסיכון של טעות דרמטית בהערכת אינטרס הקיום נראה לי כאן מוחשי. סיכון זה ילך ויגדל ככל שיגדל היקף העסקה (היקף העבודות והיקף חמרי הגלם הנדרשים לביצוע).²⁶²

²⁵⁹ במאמרי הנ"ל בה"ש 124 תיבחן השכיחות היחסית של כל אחד מן השימושים השיפוטיים בסעיף 46 לחוק החוזים. אני מניח שלא חל כאן חוק מכר דירות. להשפעת תחולתו של חוק זה ראו להלן בה"ש 262.

²⁶⁰ אפשרות אחרת שמעמיד כיום הדין לרשות המזמין היא של השלמה נורמטיבית באמצעות דוקטרינת הקיום המיטבי (ה"אופטימלי"). במסגרת חלופה זו יידרש המזמין להסתפק בריצוף באיכות הנמוכה ביותר (העומדת בתקן החוקי). מובן שמבחינתו של המזמין זהו פתרון נחות, בהשוואה להשלמה נורמטיבית על יסוד סעיף 45. יתרונו של הפתרון הוא בפגיעה הפחותה שלו, לכאורה, באינטרס הקבלן, אך ראו לעניין זה את האמור לעיל בה"ש 183.

²⁶² ודייקו: התערבות שיפוטית גם בנקודה מהותית מבחינת צד לחוזה עשויה להיות מוצדקת לעתים, כאשר אותו צד הוא ה"אשם" או ה"אחראי" לעמימות שיצר החוזה (לדוגמה, צד חזק ומיומן, צד שקבע את תנאי העסקה, או ספק בחוזה אחיד). נראה שפתרון כזה, המביא בחשבון את אינטרס הצד ה"חלש" יותר בהשלמת העסקה תוך הטלת הסיכון לטעות על הצד ה"חזק", ננקט בפרשת **חסידי** (לעיל ה"ש 219). באותו מקרה נדחה ניסיון של בעל המכרז לחמוק ממנו בטענה שלא נקבעו במכרז זמני הביצוע, בנימוק שאילו היה עניין זה מהותי עבורו, היה בעל

נניח עתה, כי הצדדים בדוגמה המתוארת ערכו ביניהם מעין מפרט, שבו קבעו את סוגם ואיכותם של מרבית חומרי הבנייה שבהם ייעשה שימוש במהלך השיפוץ (נניח כי נקבע בדרך כלל סטנדרט של איכות גבוהה). רק את סוג הריצוף הותירו הצדדים לקביעה מאוחרת יותר, בשל חששו של המזמין שלא יוכל לעמוד בעלות הכרוכה בריצוף איכותי. נניח כעת, כי בשלב מוקדם יחסית מבקש הקבלן להתנער מן העסקה, בטענה שלא נכרת חוזה בהעדר הסכמה על סוג הריצוף. המזמין, מנגד, תובע את אכיפת העסקה בטענה שהיא מסוימת דיה ושאת החסר לעניין סוג הריצוף ניתן להשלים על ידי סטנדרט ה"קיום בבינוניות".

במקרה זה ראוי לדחות את נסיונו של הקבלן להתנער מן העסקה. הגם שלסוג הריצוף השפעה על רווחיותה של העסקה, נראה שהשפעה זו הינה שולית, כשמעמידים נושא זה בראייה הכוללת של השיפוץ כולו. בהנחה ששווי השוק של עבודות הריצוף (באיכות נמוכה, בינונית או גבוהה) מהווה אחוז שולי מעלותו הכוללת של השיפוץ, נראה שאין הצדקה לראות בסוג הריצוף "פרט מהותי" לעניינה של דרישת המסוימות.²⁶³ בית המשפט יוכל אפוא, גם במסגרת הפירוש הצר שהצעתו, להיזקק לסעיף 45 לחוק החוזים כדי לחייב את הקבלן להשלים את השיפוץ ולבצע גם את הריצוף – בסוג ובאיכות בינוניים.²⁶⁴

ניתן לחשוב על דוגמות אנלוגיות נוספות שבהם איכות או טיב הנכס לא ייחשבו מהותיים. דוגמה חשובה בהקשר זה הם הסכמים שבהם במהלך קיום העסקה (כלומר, לאחר ההסכמה הראשונית) מסכימים הצדדים על "תוספת" או שינוי בתכנית העבודה המקורית, מבלי להסדיר את טיב השירותים או הנכסים שיסופקו במסגרת ה"תוספת" או ה"שינוי". גם במצבים אלה יסייע בפתרון הסוגיה מבחן המשקל היחסי (של ה"תוספת" או ה"שינוי" ביחס לעסקה כולה). אם משקל זה הוא שולי או נמוך בראייה הכוללת של העסקה, תהא מוצדקת המסקנה שאין מדובר בחסר מהותי. במקרה כזה יידרש בית המשפט להשלמה נורמטיבית של החסר הנוגע לתוספת ולא יראה בו עילה להכשלת ההסכם כולו.²⁶⁵ לעומת זאת, אם ה"תוספת" או ה"שינוי" הם בעלי משקל כלכלי

המכרו מסדירו מראש במסגרת תנאי המכרז. לדעתי, רטוריקה 'סובייקטיבית' זו מכסה על השיקול הערכי דלעיל, התומך בהטלת הסיכון לטעות על הצד החזק (והשוו לכלל הפירוש נגד הנסח הקבוע היום בסעיף 25(ב)1 לחוק החוזים). דוגמה מובהקת להכרת המחוקק בלגיטימיות של הלך מחשבה כזה מצויה בסעיף 5(א) לחוק מכר דירות, אשר קובע בהקשר של מפרט חסר דין משלים (מרשה) המיטיב עם הקונה על חשבון המוכר, בקבעו סטנדרט השלמה של "איכות גבוהה" (ראו גם לעיל בה"ש 243).

²⁶³ בע"א 62/78 זימלר נ' חברת מהנדס א. יניצקי בע"מ, פ"ד לב(3) 296, פס" 10 (1978), דחה השופט שמגר (כתוארו אז) טענה להעדר מסוימות בשל היעדרו של "תיאור טכני" של הפריטים האמורים להיכלל בדירה מושא העסקה, בקבעו ש"איש לא יטען כי צריך לשלול תקפו של חוזה בשל כך בלבד שהתיאור הטכני שבו איננו מפורט דיו, כגון שאינו מפרט את סוג האריחים או את גודל המרצפות או את מספר הברזים." מבלי לקבוע זאת במפורש, נראה שהשופט שמגר מביע כאן את עמדתו שמפרט טכני – לפחות בנסיבות מסוימות – אינו חייב להיחשב פרט מהותי. הבנה זו השתרשה בפסיקה מאוחרת. ראו לדוגמה את עניין סתם, הנ"ל בה"ש 50. ברם, יש לזכור שהלכות אלה נפסקו בהקשר לעסקות של מכירת דירות, שבהן עבודות הפנים מהוות רק מרכיב אחד – ולא דווקא העיקרי – בעסקה הכוללת בין המוכר לקונה (שעליה יחול בדרך כלל חוק המכר דירות על הסדריו המשלימים – המרשים והכופים). לעומת זאת, בדוגמה שבטקסט העסקה כולה נסבה על עבודות הפנים/השיפוצים (הכפופות לחוק הקבלנות או לחוק המכר).

²⁶⁴ שאלה מעניינת היא אם זה צריך להיות הדין גם במקרה ההפוך – שבו דווקא המזמין חפץ להתנער מהעסקה. במבט ראשון ניתן לסבור שהתשובה אמורה להיות זהה. ברם, ישנה גישה הגורסת כי בחוזה קבלנות שמורה למזמין הפריבילגיה להודיע לקבלן על הפסקה חד-צדדית של החוזה, מבלי שהדבר ייחשב כהפרה מצדו. אלא שגם לשיטה זו רק הזכות לאכיפת החוזה תישלל מהקבלן, ואילו הזכות לפיצויים בגין נזקי הפסקת החוזה תישמר בידיו. לסוגיה ראו: ג' טדסקי, "על זכות המזמין לפרוש מחוזה קבלנות או לשנותו", משפטים ה' 738 (התשל"ד); איל זמיר, חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, 394-399 (התשנ"ד).

²⁶⁵ בניגוד לדוגמת השיפוץ הכולל שנדונה לעיל, בפרדיגמה של "תוספת" לעסקה המקורית עשוי הפתרון המשפטי להימצא בהפרדת העסקה לחלקים, כך שחלק אחד ייאכף ואילו החלק השני, המאוחר, ייבטל בהעדר מסוימות. ברם, כאשר פיצול העסקה לשני חלקים ייראה לבית המשפט מלאכותי או בעייתי מבחינת השלכות הפיצול על האינטרסים של הצדדים, תידרש בחירה בין הכרה בפרט החסר כ"מהותי" (לעסקה כולה) לבין קביעה כי מדובר בפרט "טפלי" או "משני". במקרה הראשון תיכשל העסקה בשל העדר מסוימות, ואילו במקרה השני תושלם ותיאכף. נקל לראות שזוהי דוגמה אנלוגית לזו שבה דנתי בהקשר להשלמת התמורה הכספית (לעיל בטקסט לה"ש 246).

גבוה, על בית המשפט להימנע מלהשלים את ההסדר החל עליהם באופן נורמטיבי. זאת, אלא אם כן בראייתם של הצדדים התוספת עומדת על רגליה שלה כעסקה עצמאית נפרדת.²⁶⁶ הכרה מרומזת בהבחנה זו שערכתי בין תוספת "עצמאית" או "בעלת משקל" לבין תוספת "טפלה" המתלווה לעסקת יסוד שעשו הצדדים, מצאתי בפסק דינו של הנשיא שמגר בפרשת **אמאץ**.²⁶⁷ באותו מקרה נדון שינוי שערכו הצדדים במתכונת המקורית של העסקה (התקנת מערכת סולארית לחימום מים על גג מבנה). ביצוע השינוי בידי הקבלן לא עלה יפה, והמזמין הגיש נגדו תביעה לפיצויים בגין נזקיו, שנגרמו לטענתו בשל הפגמים באיכות עבודתו של הקבלן. להגנתו, טען הקבלן שהצדדים לא הסדירו את סוגיית האיכות של העבודות והחומרים במסגרת השינוי שערכו בהסכם המקורי, ולכן אין הוא אחראי לתקלות שאירעו במסגרת ביצוע השינוי. בדחותו טענה זו קבע הנשיא שמגר:

כאשר קיימת סטיה מהותית מההסכם הראשוני ידרש מפגש רצונות חדש על פי עמדותם [כך] ביחס לחיוב העולה מן השינוי, אך שעה שמדובר בשוני שהוא תוצאה טבעית לנשוא ההסכם יש לראות את עקרון תום הלב כחובק מתוכו את החובה לקיים את ההסכם בהתאם לשינוי.²⁶⁸

לדעתי, ניתן לפרש מילים אלה כתמיכה משתמעת בתובנה שניסחתי לעיל: כאשר ה"תוספת" או ה"שינוי" משקפים "סטיה מהותית" מההסכם הראשוני, כלומר כאשר משקלם בראייה הכוללת של העסקה משמעותי, יידרשו הצדדים להסכים מחדש על מכלול התנאים המהותיים הנוגעים לתוספת או לשינוי. במקרה כזה אי הסכמה על אחד מתנאים אלה – לדוגמה, סוג העבודה, היקפה או התשלום בגינה – עלול להכשיל את העסקה בשל היעדרה של מסוימות. לעומת זאת, אם מדובר ב"שינוי טבעי", קרי שינוי שאינו משנה את המבנה הכלכלי של העסקה (לדוגמה, הרחבת היקפו של שיפוץ שכל תנאיו הבסיסיים הוגדרו), ניתן לראות שינוי זה כמעין "נספח" להסכם המקורי, הכפוף להסדריו של אותו הסכם מקורי. במקרה כזה יש לשאוף לראות בהסכם המקורי – במידת האפשר ובשינויים קלים מחויבים – בסיס להשלמת ההסדרים החסרים בהסכם הנוסף או החדש. כאשר החלה מותאמת כזו הינה אפשרית, מתמלא כמו מאליו החסר בהסכם הנוסף, באופן המרפא את החסר הלכאורי במסוימות.²⁶⁹

ניתן להעריך שמצבים כגון אלה שנדונו בפרשת **אמאץ**, הנופלים לפרדיגמת ה"תוספת" (או ה"שינוי"), אינם נדירים, וכי בחוזי קבלנות רבים אפילו סוגיה חשובה לכאורה כדוגמת טיב העבודה או החומרים (כמוה כסוגיית התמורה הכספית בעדס) עשויה להתברר כבעלת חשיבות משנית, כשהיא נבחנת בראי העסקה הכוללת. לפיכך, במצבים אלה לא רק שבית המשפט רשאי להשלים (ולאכוף) את החלקים החסרים, אלא שהוא מצווה לעשות כן. מן הבחינה הפורמלית השלמה כזו לא תיחשב "השלמה מהותית", והיא תעלה בקנה אחד עם המחויבות לדרישת המסוימות.

²⁶⁶ במצב כזה החיוב החסר מהווה חיוב עיקרי ב"עסקת התוספת" והיעדרו ישלול את מסוימותה – אך לא יכשיל את עסקת היסוד.

²⁶⁷ ע"א 5818/90 **אמאץ אמקור בע"מ נ' נרגו בע"מ** (09.08.1995).

²⁶⁸ שם, בפס"ד 7.

²⁶⁹ בנסיבותיה של פרשת **אמאץ**, ראה בית המשפט בחובת תום הלב (בקיום החוזה המקורי) מקור השראה להכרה בחיוב משתמע של הקבלן לערוך לתקינותה של המערכת הסולארית גם בתנאים החדשים, שהתייחסו בעיקר לשינוי במיקומה הפיזי. במישור הרטורי, סעיף 45 לחוק החוזים שימש אפוא כמקור השראה לפירוש החוזה מתוכו, להבדיל ממקור להשלמתו החיצונית. ברם, מבחינה מהותית ייתכן בהחלט שנעשתה כאן פעולה של השלמת חסר (שכן ההסכם המקורי – שאיש מהצדדים לא חלק על תקפו החוזי – לא התייחס כלל לסוגיית איכות העבודות).

העולה מכל שנאמר עד כה צריך בשלב זה להיות חד וברור: הפירוש הצר שהצעתי להוראות ההשלמה אינו צפוי ליתרון. אימוצו יביא אמנם לצמצום פוטנציאל השימוש בהוראות ההשלמה, משום שבתי המשפט יהיו מנועים מלהיזקק להן כל אימת שישברו שהפרט החסר מהותי בראייה הכוללת של העסקה. ברם, כאשר באותה ראייה כוללת זו ייראה החסר כבלתי מהותי, בית המשפט לא רק שיהיה רשאי – אלא אף יהיה חייב – להורות על השלמתו.²⁷⁰

ה. נעילה

1. עיקרי התובנות והתרומות

מאמר זה ביקש לחשוף את קיומה של סתירה פנימית חריפה בדיני הכריתה שלנו, בכל הנוגע לשאלת מעמדה של דרישת המסוימות וליתר דיוק – שאלת עצם היותה תנאי חיוני לשכלול חוזה.

תרומתו המקווה של הדיון באה לידי ביטוי בארבעה מישורי ניתוח: ראשית, במישור האנליטי (בפרק א') חשף הדיון את הדיסוננס האנליטי שנוצר בליבת דיני המסוימות שלנו בד בבד עם השתרשותו של כלל ההשלמה המהותית. התכלית היתה לחדד את ההבנה כי מבחינה הגיונית לא ניתן ביד אחת להניח כי מסוימות ההצעה (או ההסכמה) היא תנאי חיוני ליצירת חוזה, ובה בעת להכיר באפשרות ההשלמה הנורמטיבית של עניינים מהותיים. שתי ההנחות ניצבות בסתירה חזיתית זו לזו.

שנית, במישור התיאורי-ביקורתי (בפרק ב') נבחנו תגובתן של הפסיקה ושל הספרות המשפטית לדיסוננס האנליטי שתואר בפרק א'. הדיון הראה כי שתיהן התעלמו מן הסתירה הפנימית העמוקה שמאפיינת את דיני המסוימות או הצניעה, לא עסקו בה באופן מעמיק ולא הציעו לה מזור. בכך – במודע או בלא מודע – תרמו ההלכה הפסוקה והאקדמיה המשפטית להנצחתו של הדיסוננס. המאמר הציע הסברים שונים להתעלמות גורפת זו מן הבעיה, אך בסופו של יום לא מצא לה צידוק ענייני מספק.

שלישית, במישור הנורמטיבי (בפרק ג') בחן המאמר את שאלת הדין הראוי, קרי מי מבין הדוקטרינות – זו של המסוימות או זו של ההשלמה המהותית – ראויה לשימור ומי ראוי שתיזנח. הדיון בתכליותיה של דרישת המסוימות – ובאופיה הגמיש והדינמי – בא לבסס את הטענה ששיקולי מדיניות חזקים תומכים בשימורה כתנאי כופה וחיוני לכינונו של כל חוזה. במסגרת זאת הראיתי מדוע אפילו הערך החשוב בדבר כיבוד חופש ההתקשרות אינו מצדיק עקיפה של תנאי זה או ויתור עליו. על גבי טיעון בסיסי זה הנחתי בפרק ג' שני נדבכים נוספים: נדבך השוואתי, שהראה כי דרישת המסוימות מוכרת כתנאי חיוני וכופה ברוב רובן של שיטות המשפט המערביות; ונדבך נורמטיבי שהאיר את הנזקים המתמשכים שיהלכת ההשלמה המהותית הסבה – וממשיכה להסב – ליכולת להבין את דיני הכריתה, להסתמך עליהם, לפתחם ולשכללם באופן עקיב.

לבסוף, במישור הפרשני (בפרק ד'), בחנתי את שורשי צמיחתו של כלל ההשלמה המהותית ואת הבסיס המשפטי הפורמלי שלו. באשר ל"הלכה" גופא, טענתי כי בניגוד לרושם המתקבל מעיון בפסיקה ובספרות, כלל ההשלמה המהותית אינו מהווה הלכה פסוקה, כי אם הערת אגב בעייתית שסיבכה את דיני הכריתה שלא לצורך. ואילו באשר לפרשנות החוק, הצעתי לקבוע כי הנחתן הגורפת של הפסיקה ושל הספרות שהוראות ההשלמה מעגנות סמכות להשלמת עניינים מהותיים – בטעות יסודה. בהתבסס על ניתוח לשון החוק, מבנהו ותכליתו הצעתי לפרשן באופן השולל

²⁷⁰ זאת, כמובן, בהנחה שנתקיימו דרישות גמירת הדעת והמסוימות ושקיים מקור השלמה מתאים.

אפשרות של השלמה נורמטיבית מהותית. הוראות ההשלמה, כשמן, נועדו לסייע בהשלמה של חוזים בנקודות חסרות; הן לא נועדו לשמש כלי לשכלול שיפוטי של חוזים תוך עקיפה של דרישת המסוימות.

מכל האמור נובעת המלצה מעשית פשוטה ונחרצת: הגיעה עת, שבית המשפט העליון ינער את חוצנו לחלוטין מכלל ההשלמה המהותית – ויפה שעה אחת קודם. על הפסיקה להבהיר בלשון ברורה וחד משמעית – כפי שעשתה לעתים בעבר הרחוק – כי אין בסמכותם של בתי המשפט להשלים חסרים הנוגעים בנושאים מהותיים.²⁷¹ נושאים אלה חייבים להיות מוסדרים בהסכמת הצדדים עצמה (או על יסוד פירושה של אותה הסכמה מתוכה). כל פתרון אחר מחבל בדרישת המסוימות וחותר תחתיה.²⁷²

הפתרון המוצע יפיג בפשטות את הדיסוננס האנליטי שתיארתי במאמר. אימוצו על ידי בית המשפט העליון יכונן מחדש את הוודאות המשפטית באשר למעמדה המחייב של דרישת המסוימות. אגב כך תיווצר וודאות גם ביחס לתפקידן של הוראות ההשלמה. בד בבד, תוכל הפסיקה להתפנות – סוף סוף – לעיסוק בשאלות היסוד של דיני המסוימות. למרבה הצער, שאלות אלה נותרו עד כה (ולא בכדי) נטולות מענה, אף שישום שיטתי ועקיב של דיני הכריתה אינו אפשרי בלא התמודדות עמן.²⁷³

חשוב לשוב ולהדגיש כאן שזניחתו של כלל ההשלמה המהותית לא תפגע בגמישות השיפוטית הנדרשת בכל הנוגע ליישומה של דרישת המסוימות. השאלה מהו עניין מהותי (או חסר מהותי) בנסיבותיו של הסכם נתון תיוותר לעולם כפופה לשיקול דעת שיפוטי רחב, ושיקול דעת זה יישמר גם לאחר אימוץ המלצות המאמר. ואולם, התנערות ברורה מכלל ההשלמה המהותית חיונית היא כדי לחלץ את דיני המסוימות וההשלמה מן המבוי הסתום – המיותר והמזיק – שאליו נקלעו. יש לשער שאגב כך יפחת גם היקף ההתדיינות שתכליתה – והפסיקות שתוצאתן – כפייתו של קשר חוזי בהעדרה של הסכמה על ליבת העסקה שהצדדים להסכם ראו לנגד עיניהם.

2. השלכות על המתודה השיפוטית

לפירוש המצמצם שאותו הצעתי בפרק הקודם השלכה פרקטית חשובה – וזאת מעבר לתפקידו העיוני כתימוכין לטיעונים הנורמטיביים שהעמיד המאמר. נובעת ממנו הנחיה מעשית לבתי המשפט באשר לשיטת הניתוח שאותה עליהם לנקוט בכל הנוגע להשלמתם של הסכמים חסרים. ככל שתאומץ המתודה בפסיקה, מובן שיהא בהפנמתה ערך רב גם מבחינתם של פרקליטים, שיבקשו ליעץ ללקוחותיהם בשאלת תקפם החוזי של הסכמים שעשו.

הנחיית היסוד המשמשת בסיס למתודה כולה היא זו: אל לו לבית המשפט להיזקק, לבקשת צד מעוניין או מיזמתו שלו, להוראת השלמה כלשהי, בטרם נחה דעתו שההסכם שהשלמתו נשקלת עמד בדרישות גמירת הדעת והמסוימות גם יחד.

פירושו של דבר הוא כי בטרם תיבחן האפשרות להשלים חסר כזה או אחר בהסכם המובא לעיונו של בית המשפט, עליו להתמקד תחילה בפעילות פרשנית במובן הצר ("פירושי") – ולהגביל

²⁷¹ ראו לדוגמה את פסקי הדין הנזכרים בהערה 160 לעיל. כפי שצוין לעיל (בטקסט לה"ש 84) גישה כזו שלטה בכיפה – וטרם זנחה באופן רשמי – בכל הנוגע להשלמה מכוח הנוהג.

²⁷² ולדעתי, בעקיפין, גם לכרסום בדרישה לגמירת דעת, שכמבואר במאמרי הנ"ל בה"ש 2, המסוימות היא חלק בלתי נפרד ממנה.

²⁷³ ראו לעיל בפסקות העוקבות את ה"ש 188.

עצמו לפעילות זו בלבד.²⁷⁴ בשלב ראשוני זה – שיכונה כאן **"שלב הפירוש"** – על בית המשפט להימנע מלהשלים חקרים בחוזה, שכן קיומם של חקרים אלה עשוי להתברר רק בסוף תהליך הפירוש.²⁷⁵ תכלית הפירוש אינה אלא זו: לברר מהם העניינים שניתן לקבוע כי הצדדים הגיעו להסכמה אמיתית עליהם – מפורשת או משתמעת. מכלל "הן" זה יעלה כמו מאליו גם ה"לאו", כלומר: מתוך גיבוש המסקנה בשאלה אילו עניינים הוסדרו בהסכם (במפורש או במשתמע) יעלו ויצופו הנקודות ה"פתוחות", שנותרו בלתי מוסדרות. ויודגש: בשלב ראשוני זה אין כל מקום להשלמה נורמטיבית על יסוד מקורות חיצוניים להסכמת הצדדים עצמה. אכן, ממש כשם שאין להעלות על הדעת היזקקות למקורות חיצוניים כדי להשיב על השאלה אם נתקיימה בהסכם גמירת דעת, כך אין להשיב באמצעות מקורות כאלה על השאלה אם נתקיימה בו דרישת המסוימות.

בתום שלב הפירוש, ובטרם יפנה בית המשפט לבחון מהם מקורות ההשלמה האפשריים העומדים לרשותו, עליו להתעכב על השאלה הבאה, המתחייבת מן הצורך לכבד את דרישת המסוימות ולאוכפה: האם הסכמת הצדדים כוללת התייחסות לכלל העניינים המהותיים בעסקה שהצדדים ביקשו לרקום ביניהם? בשלב זה – שאציע לכנות **"שלב קביעת התוקף החוזי"** – על בית המשפט להחיל וליישם את מבחני המהותיות הנוגעים בדבר.²⁷⁶ לאורם של מבחנים אלה עליו לקבוע אם התקיימה דרישת המסוימות או שמא נשללה בשל כך שאחד (לפחות) מהעניינים המהותיים לעסקה הנדונה לא הוסדר בהסכם.

ויודגש: כדי לברר אם דרישת המסוימות נתקיימה, על בית המשפט לבדוק אם כל העניינים המהותיים לעסקה הנדונה הוסדרו *עד האחרון* שבהם. לעומת זאת, כדי לשלול את המסוימות די בכך שישתכנע כי אחד מעניינים אלה נותר בלתי מוסדר.²⁷⁷

בתום שלב קביעת התוקף ניצב בית המשפט בפני צומת שבו עליו לבחור בין שתי דרכים חלופיות: אם בא אל המסקנה שההסכם שבפניו אינו חוזה משום שדרישת המסוימות לא נתקיימה בו – הסתיימה מלאכתו: עליו לקבוע כי אין טעם ואין מקום לבחון אפשרות להשלים את החסר בהסכם באופן נורמטיבי – שהרי זה ממילא נעדר תוקף משפטי. בכך תידחה תביעתו של הצד שביקש להסתמך על ההסכם או על תניה מתניותיו או שביקש מבית המשפט להשלים בו חסר כזה או אחר.²⁷⁸

מנגד, אם נחה דעתו של בית המשפט כי בפניו חוזה כי אז – ורק אז – רשאי הוא לעבור לשלב השלישי והאחרון – הוא **"שלב ההשלמה"**. בשלב זה – ועל יסוד המסקנה שהעניינים המהותיים

²⁷⁴ יש להודות, עם זאת, כי פירוש במובן הצר עלול לעתים להנביע סתירה בין טקסטים שונים או רכיבים שונים של ההסכמה (לדוגמה, סתירה בין סעיפים בחוזה כתוב או סתירה בין הכתוב לבין המוסכם על-פה). במקרה כזה יידרש בית המשפט ליישוב הסתירה בדרך של מתן הבכורה לנורמה העדיפה – תהליך שעשוי לחייב בתורו הסתמכות על כללי פרשנות שעניינם ביישוב סתירות בין נורמות (לדוגמה, הכלל שנורמה מיוחדת גוברת על כללית או שלפיו נורמה מאוחרת גוברת על מוקדמת). לטעמי, הפעילות של יישוב סתירות הנובעות מהטקסט ההסכמי היא עדיין מלאכה של פירוש במובן הצר, שכן מדובר במתן מובן לטקסט קיים, מוסכם ורלבנטי. לדעה הרואה ביישובן של סתירות פעילות לבר-טקסטואלית ראו לדוגמה את תיאורו של השופט ברק בע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים**, פ"ד מט(2) 265, פסי' 22 (1995).

²⁷⁵ לדוגמה, עניין שבמבט ראשון נראה שההסכם שותק לגביו עשוי להתברר בתום הליך הפירוש כעניין שזכה להסדרה. זאת, בין באמצעות היסק שבעניין זה קיים בהסכם "הסדר שלילי" ובין באמצעות היסק אחר (לדוגמה, היסק מנוהג פרטי שהשתרש בין הצדדים, ושנעלה מספק ששניהם היו מודעים אליו – בפועל או בכוח).

²⁷⁶ מובן שכיום זוהי משימה קשה, שכן, למרבה הצער, הפסיקה טרם פיתחה מבחנים כלשהם שיישעו בכך. לעיל 6.ד.

²⁷⁷ מובן שבצד בחינתה של המסוימות תידרש גם בחינה של יסוד גמירת הדעת. כמבואר במאמרי הנ"ל בה"ש 2, לדעתי בחינה מקיפה של יסוד גמירת הדעת כוללת בחובה, מניה וביה, מענה גם לשאלת המסוימות.

²⁷⁸ ודייקו: העובדה שאין דרך חוקית כשרה להשלים את ההסכם החסר אין פירושה שצד להסכם שאינו חוזה לעולם לא יזכה בסעד כנגד הצד השני. סעד כזה יהיה לעתים קרובות אפשרי מכוחם של דיני עשיית עושר ולא במשפט, מכוחה של חובת תום הלב במשא ומתן או מכוחם של דיני הנזיקין. ברם, סעדים אלה אין עניינם בהשלמת חסר בהסכם או בשכלולה של הסכמה חוזית בנקודה שנויה במחלוקת.

הוסדרו כולם בחוזה – על בית המשפט לשוב ולוודא שאכן קיים בחוזה חסר בנקודה (לא-מהותית) השנויה במחלוקת.²⁷⁹ אם אכן קיים חסר באותה נקודה, על בית המשפט לבחון מהי הדרך הנאותה ביותר להשלימו. בהקשר זה עשויות להישקל דרכים שונות להשלמת החסר: הסתמכות על נוהג, על הסדר סטטוטורי כזה או אחר (כופה או מרשה) או על דוקטרינת השלמה הלכתית (כדוגמת עקרון תום הלב או רעיון הקיום המיטבי). לאחר בחירת הדרך המתאימה והראויה ביותר, ישלים בית המשפט את החסר, אלא אם מסיבה כלשהי הוא סבור כי מן הנמנע לעשות כן.²⁸⁰

על בית המשפט המתבקש – או המבקש – להשלים חסר בהסכם להקפיד על מתודה תלת-שלבית זו. אל לו 'לגלוש' בחופשיות בין השלבים תוך טשטוש ההבחנה הבסיסית בין פירוש ההסכמה מתוכה לבין השלמתה החיצונית.²⁸¹ יש להבחין הבחן היטב בין השלמה לגיטימית של חוזה חסר לבין השלמה מהותית בלתי לגיטימית של הסכם נעדר מסוימות.

ויוטעם: חשיבותה של המתודה התלת-שלבית המוצעת כאן אינה נעוצה בשאיפה לאסתטיות או לאלגנטיות של ההכרעה השיפוטית. יישומה חיוני כדי לכבד את מצוות המחוקק ולהימנע מ'גלישה' בלתי מודעת של בית המשפט מהשלמה שיפוטית לגיטימית של חסרים בחוזה קיים, לעברה של השלמה שהיא עצמה יוצרת את הקשר החוזי. בעוד שהשלמה מהסוג האחרון היא אסורה על פי הדין, השלמה מהסוג הראשון לא רק שהיא מותרת, אלא שהיא מחובתו של בית המשפט.²⁸² היצמדות למתודה זו תמנע מצב שבו בתי המשפט נמצאים מפרים את חובתם לכבד את דרישת המסוימות וליישמה. בד בבד תייצר ההליכה בתלם שיטתי זה, כך אני מאמין, עקיבות, שיטתיות ואחידות בטיפול השיפוטי בסוגיות המסוימות וההשלמה.

3. אתגרי העתיד

במאמר זה ביקשתי להאיר כשל ספציפי בדיני כריתת החוזה במשפט הישראלי, לחקור את שורשיו והשלכותיו, ולהציע לו מזור. במסגרת זאת לא יכולתי להידרש בצורה מעמיקה לסוגיות נוספות בדיני המסוימות, שלא נגעו במישרין לביסוס טיעוני המאמר. בחלק מסוגיות אלה דנתי במאמר קודם,²⁸³ ויתרתן מצדיקה דיון מעמיק ונפרד.

בעת נעילת השער על המאמר הנוכחי אבקש לציין שני אתגרים שעמם יש לקוות שהפסיקה והמחקר המשפטי ישכילו להתמודד בשנים הקרובות. האתגר הראשון מצוי בתחום הפיתוח העיוני של דיני המסוימות. כפי שכבר צוין, ה"שאלות הגדולות" של דיני המסוימות טרם זכו לליבון, לא כל שכן להכרעה: האם דרישת המסוימות היא דרישה כופה, או שמא בכוחם של צדדים להסכם להתנות עליה – לחומרא או לקולא? מהו עניין מהותי שבלעדיו לא יימלא יסוד המסוימות? האם מבחנה של המהותיות הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי? האם אופיו של המבחן עשוי להשתנות במעבר בין פרדיגמה הסכמית אחת לרעותה, ואם כן – על יסוד איזה רציונל? האם המבחן למהותיות הוא אחיד, שמא הוא משתנה במעבר מסוג עסקה אחד למשנהו או אפילו מעסקה אחת לרעותה? האם בעניין זה ניתן לקבוע מבחנים, או למצער מבחני עזר מועילים? אם כן – מהו המפתח

²⁷⁹ למעשה, המענה לשאלה זו עשוי להינתן כבר בתום השלב הראשון – שלב הפירוש. בשלב זה מדובר רק בבקרה נוספת שתכליתה לוודא כי שלב הפירוש מוצה לא רק בהיבט של מה שנכלל בהסכם אלא גם בהיבט ההפוך, הנוגע במה שלא הוסדר בו.

²⁸⁰ לדוגמה, משום שמן ההסכם משתמעת כוונה שחסרים בהסכם יושלמו אך ורק על ידי הצדדים עצמם, או משום שדין כופה שולל את אפשרות ההשלמה (לדוגמה: דרישת צורה מהותית שלא קוימה).

²⁸¹ בעניין זה ראו גם לעיל, בטקסט לה"ש 119 ואילך.

²⁸² מכאן נוסחן המצווה של הוראות ההשלמה, שעליו עמדת לעיל בטקסט לה"ש 217 ו-218, ובפסקה העוקבת אותן. ²⁸³ לעיל ה"ש 2.

למתן מענה לשאלות אלה, ובאיזה אופן ראוי שהפסיקה תיגש לפתרון? המענה על שאלות אלה כולן מחייב תהליך של חשיבה על יסוד ניסיון שיפוטי מצטבר. תהליך כזה טרם התרחש. בין שנכונה השערתני כי זוהי תולדה של הדיסוננס האנליטי שבו דנתי במאמר ובין אם לאו, דיני המסוימות לא יהיו שלמים עד אם תינתן תשובה הולמת לאותן שאלות יסוד. בתחום זה חשוב אמנם להותיר לבתי המשפט גמישות רבה; עם זאת ראוי – ואף ניתן – לגבש קווים מנחים ברורים יותר מאלה שגיבשה הפסיקה עד כה. זאת, על יסוד הניסיון השיפוטי הרב שהצטבר בתחום ההשלמה של הסכמים חסרים מסוגים שונים, ובראשם עסקות מכר המקרקעין.²⁸⁴

האתגר השני שאותו אבקש להדגיש הוא זה שצופנת בחובה החקירה האמפירית של דיני הכריתה. מטבע הדברים, אתגר זה מונח בראש ובראשונה לפתחה של האקדמיה המשפטית.²⁸⁵ בניגוד לתחומים אחרים של דין החוזים שבהם מתקיים מזה שנים מחקר אמפירי עשיר, המחקר האמפירי בתחום דיני הכריתה עודנו בחיתוליו, לפחות בישראל. דיני הכריתה בישראל זכו אמנם לניתוחים מקיפים ומעשירים, אולם אלה היו לרוב בעלי אופי עיוני כללי, ונתמכו בניתוח הפסיקה רק באופן חלקי או אנקדוטלי.²⁸⁶ חקירה אמפירית שיטתית של הפסיקה בתחום דיני הכריתה יכולה לשפוך אור על שאלות סבוכות שבמבט ראשון כל ניסיון להשיב עליהן נראה ספקולטיבי בלבד.²⁸⁷ יש לקוות שבמחקרים עתידיים תיסלל הדרך להיכרות מעמיקה – מדעית ושיטתית – עם מגוון ההקשרים והאופנים שבהם מיישמת הפסיקה בישראל את דיני המסוימות. בין היתר, דומה שקיימות חשיבות רבה בבירור גישתה של הפסיקה כלפי סמכותה שלה להשלמת עניינים מהותיים, נושא שטרם נבחן לעומקו, ושלא נדון במסגרתה של היריעה הנוכחית. שאלה חשובה אחרת היא האם קיים קונצנזוס הלכתי לגבי זהותם של אותם נושאים מהותיים שאין זה ראוי להשלימם נורמטיבית – בין בסוגי עסקות מסוימות ובין באופן כללי יותר. חקירה מסוג זה עשויה להרים תרומה משמעותית לחקר דין החוזים במיוחד בתחום דיני הכריתה, שבו עדיין רב הנסתר על הנגלה. באמצעם וביישמם את המלצות המאמר – לרבות המתודה המוצעת בו – יאששו בתי המשפט מחדש את מחויבותם לדרישת המסוימות כדרישת ליבה של דיני הכריתה בישראל. אגב כך יחולצו דיני הכריתה מן הכאוס המיותר שזרע בהם כלל ההשלמה המהותית. שלב זה אינו היעד הסופי שאליו על דיני הכריתה לחתור: על הפסיקה לשאוף ליצור באופן הדרגתי וזהיר מארג הלכות שיבהיר מהם המבחנים לזיהוי אותם "עניינים מהותיים", אשר בהעדר הסכמה עליהם לא תיאכף עסקה אפילו לנוכח כוונת התקשרות ברורה של הצדדים לה. מארג הלכות כזה חיוני כדי שצרכני המשפט וסוכני האכיפה שלו יוכלו ליישם את כלל המסוימות באופן עקיב במקרים קונקרטיים. תנאי מוקדם לכך הוא השתחררות מכלל ההשלמה המהותית – ויפה שעה אחת קודם.

²⁸⁴ נזכיר כאן, שוב, את הבוקה ומבולקה השוררת בשאלה אם תנאי ומועדי תשלום הם עניין מהותי בעסקת מקרקעין. ראו לעיל בטקסט לה"ש 236-239.

²⁸⁵ אם כי גם לגופים מוסדיים אחרים (משרד המשפטים, הנהלת בתי המשפט, וכו') עשוי להיות עניין בתחום זה.

²⁸⁶ בהקשר זה ניתן לציין גם את דעיכת יוקרתה האקדמית של "הערת הפסיקה" – רשימה המוקדשת כל כולה לניתוח דקדקני מלומד של פסק דין בעל חשיבות. לעניין זה ראו אדר וגלברד, לעיל ה"ש 55, בעמ' 829-839.

²⁸⁷ ראו לדוגמה את המחקר האמפירי שממצאיו הוצגו במאמרי הנ"ל בה"ש 2, בפרק ו'.