

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 בהתקיים גמירת דעת ומסוימות. 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 השבעים, קנה לו אחיזה איתנה והתקבל גם בספרות המשפטית כאמת שאין עליה עוררין. “כלל השלמה המהותית”, כפי שיכונה במאמר, מכיר בסמכותם של בתי המשפט לבצע “השלמה נורמטיבית” של הסכמים חסרים (קרי השלמה ממקור חיצוני להסכם) אפילו כשהסדר 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 השלמה המהותית אינו פועל אך לריכוך הדרישה למסוימות או להקלה בה: הוא סותר אותה חזיתית, ובכך מצמיח בלב דיני הכריתה דיסוננס אנליטי חריף. המאמר מאיר דיסוננס זה במלוא חריפותו ועוצמתו, 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 השלמה המהותית מסכן את תכליתיה הראויות של דרישת המסוימות, בלא כל הצדקה עניינית ואגב 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.

* 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 בירושלים (ב-30.3.2017), בסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים בבר-אילן (ב-18.1.2018), בכנס המחקר השנתי של הפקולטה למשפטים בחיפה (ב-14.2.2018), בסמינר המחלקתי של בית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה (ב-9.1.2020) ובסדנה למשפט פרטי ומסחרי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים (ב-4.5.2020). תודתי נתונה למשתתפים במסגרות אלה על הארות מפרות ומעודדות.

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

מבוא. א. דיסוננס אנליטי בדיני הכריתה: הנחת החיוניות – והכפירה בה. 1. דרישת המסוימות והנחת החיוניות. 2. הכפירה הגלויה בהנחת החיוניות: פרשת בית הפסנתר. 3. הכפירה הסמויה בהנחת החיוניות: אימוץ כלל ההשלמה המהותית. **ב. התגובה לדיסוננס האנליטי: יחסן של הפסיקה ושל הספרות.** 1. יחסה של הפסיקה לכלל ההשלמה המהותית. 2. יחסה של הספרות המשפטית לכלל 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. נזיקה של הלכת ההשלמה המהותית. **ד. המישור הפרשני: הבסיס הרעוע של כלל ההשלמה המהותית.** 1. פרשנות ההלכה: כלל ההשלמה המהותית – אנטומיה של טעות שיפוטית. 2. פרשנות החוק: כלל ההשלמה המהותית אינו מתחייב מהוראות ההשלמה. **ה. נעילה.** 1. עיקרי התובנות והתרומות. 2. השלכות על המתודה השיפוטית. 3. אתגרי העתיד.

מבוא

המושגים "גמירת דעת" ו"מסוימות" הם אבני הבניין במשפט הישראלי שמהן ייכון כל חוזה. בדיני הכריתה, שאליהם נחשף כל סטודנט למשפט בקורס המבוא "דיני חוזים", אין לך כלל בסיסי מזה הקובע כי רק בהתקיים 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); שנית, שכל אחת משתיהן 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 הנחות 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 והיא 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 יהודה אדר "גמירת דעת ומסוימות – הילכו שתיים בנפרד?" משפטים נא 5 (התשפ"ב) (להלן: אדר "גמירת דעת ומסוימות") (המאמר ראה 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 לעיתים) 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 משאלת עצמאותה ביחס לגמירת הדעת. אכן, העיון בשאלת העצמאות יוצא מהנחה שדרישת המסוימות היא עובדה (משפטית) מוגמרת, ולאורה הוא מבקש לברר את יחסי הגומלין שבינה לבין הדרישה לגמירת הדעת.

אחד את גדר הספק: האם בכלל קיימת 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 אינו מובן מאליו כלל. מקור הספק נעוץ בכלל הלכתי שהתפתח בפסיקה עוד בשלהי שנות השבעים, 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 כשהקסר 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 הדרישה למסוימות או להקלה בה. אימוצו שקול להתנערות מוחלטת – לא פחות מכך – מן המחויבות ומן הכפיפות לה.

עוד במישור התיאורי אראה כיצד ההכרה בכלל ההשלמה המהותית – שנעשתה בד בבד עם ההכרה העקבית בדרישת המסוימות – הצמיחה בדיני החוזים שלנו סתירה פנימית חריפה ביותר: הסתירה מתבטאת בכך שבלבית דיני הכריתה חלים ופועלים עד היום זה בצד זה שני כללי יסוד סותרים לחלוטין: האחד קובע שקיומה של מסוימות בהסכם היא תנאי לתוקפו החוזי; השני 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 החריף המתקיים זה 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 עוצמתה 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 חלל תאורטי 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 שתניתן 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 בדרך מקיפה – 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

לעומת זאת הדיון בשאלת החיוניות מעמיד למבחן הביקורת את עצם ההנחה המקדמית שלפיה המסוימות היא יסוד חיוני של החוזה.

אטען שכלל ההשלמה המהותית אינו ראוי, שכן הוא מתיר לבתי המשפט – בלא כל הצדקה נראית לעין – להתעלם מדרישת המסוימות אגב פגיעה קשה – ומיותרת – בתכליותיה החברתיות החשובות. הפרק כולל דיון השוואתי קצר המצביע על מעמדה המבוסס של דרישת המסוימות במשפט העמים. הוא נחתם בדיון ביקורתי בנזקים המתמשכים שמסב כלל ההשלמה המהותית, ובכללם סיכול היכולת ליישם באורח עקיב את דיני המסוימות, לפתחם ולשכללם.

לאורה של 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 הפגתו מחייבת עריכת תיקון בחוק החוזים? 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 על 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 והלא 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 לא מהותיים בלבד. פירוש מצמצם זה מיישב את הוראות ההשלמה עם דרישת המסוימות מבלי לרוקן אותן מתוכנן. כפי שאראה, הוא מתיישב עם לשון החוק, עם מבנהו ועם הגיונו. חשוב 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 אגב אימוץ הפירוש התכליתי המצמצם להוראות ההשלמה. המאמר נחתם בהצגתו של מודל אנליטי תלת-שלבי שמוצע ליישמו כל אימת שנשקלת האפשרות להשלמה נורמטיבית של הסכם חסר.

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

1. דרישת המסוימות והנחת החינוניות

בחיבור הבוחן את עמדת הפסיקה בשאלת חינוניותה של דרישת המסוימות, מן ההכרח לייחד מילים אחדות לתוכנה ולמהותה של דרישה זו.⁴ היכרות עם הגדרתה המקובלת של

4 על חשיבותה של הגדרה טובה לתופעות ולמושגים, לרבות בתחום המשפט, עמד ג'רמי בנת'האם (Bentham) בשנת 1776. ראו (Herbert) JEREMY BENTHAM, A FRAGMENT ON GOVERNMENT 123 (1776) ("[A] useful and legitimate definition [...] L.A. Hart & James H. Burns eds., 1988)

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 בירב, סעיף 1 לחוק קובע כי "חווה נכרת בדרך של הצעה וקיבול". בא הסעיף העוקב ומבהיר כי פנייה של אדם לחברו תיחשב הצעה "אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחווה והיא מסויימת כדי אפשרות לכרות את החווה בקיבול ההצעה"⁵. כמו בהקשרים אחרים, גם כאן אין החוק מספק הגדרות למושגי היסוד שאותם הוא נוקט. לפיכך אין הוא מגדיר מהי "מסוימות"⁶. חרף זאת בפסיקה ובספרות התגבש קונצנזוס גורף שלפיו עניינה של המסוימות בדרישה לפירוט מינימלי 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 – שמבחנה של המסוימות אינו נוקשה אלא הוא מבחן

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")

.Herbert L.A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, 70 L. Q. REV. 37 (1954)

5 ס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים או החוק). במודל הקלאסי לכריתת חווה, המעוגן בפרק א' לחוק החוזים, המסוימות מוסבת על ה"הצעה" (ס' 2 לחוק) ולא על ה"קיבול" (ס' 5 לחוק). ברם בפרקטיקה אין הפסיקה מקפידה על "מודל קלאסי" זה. בדרך כלל נבחנת שאלת הכריתה על פי מודל חלופי שבשיעורי החוזים שלי אני מכנה אותו זה שנים ארוכות "המודל הגמיש". מודל זה מאפשר הכרה בחווה 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 הקלאסי, קרי גמירת דעת של הצדדים ומסוימות של ההסכמה. בכך מאפשר המודל הגמיש תהליך יצירה חד-שלבי של חווה, בה בשעה שבמודל הקלאסי נדרש לשם כך תהליך דו-שלבי. היחס בין המודל הקלאסי לבין המודל הגמיש לכריתת חווה 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 קלאסי" ו"מודל גמיש" (שאותם טבעתי בהרצאותיי) לתיאור שתי דרכי הכריתה האפשריות של חווה במשפטנו: גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 158 (מהדורה רביעית 2019).

6 הוא הדין במושג "גמירת דעת". לעיון מקיף במהותו של מושג זה ראו אדר "גמירת דעת ומסוימות", לעיל ה"ש 2, פרקים ג, ד. גם בהצעת חוק החוזים אין למצוא רמז של ממש לתוכנה או למהותה של הדרישה לכך שההצעה תהיה "מסוימת". ראו דברי ההסבר לסעיף 2 בהצעת חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ל-1970, ה"ח 129 (להלן: דברי ההסבר להצעת חוק החוזים) ("הסעיף קובע שני תנאים להצעה: האחד – שתראה את כוונת המציע ליצור יחסים משפטיים מחייבים, והשני – שתהיה מסויימת כדי אפשרות לכרות את החווה בקיבולה. משנתקיימו שני תנאים אלה, אין פסול בכך אם חסרים בהצעה פרטים שונים; לפי סעיף 26(א) יהיו פרטים אלה לפי אומד דעת הצדדים או לפי הנוהג").

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

של דרגה ומידה.⁸ לפיכך הובהר שחווה אינו חייב לכלול את כל הפרטים הרלוונטיים 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, תיאר השופט (כתוארו אז) שמגר את המסוימות 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 בהיעדר הסדרה של אותם עניינים, כך הבהירה הפסיקה, "ההסכם אליו הגיעו הצדדים נעדר אותה מידת ודאות מינימלית הדרושה לקיומו של חוזה בר ביצוע".¹² הנה כי כן, המפתח להבנת מהותה של הדרישה למסוימות ולישומה 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. ודייקו, עניינים לא 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 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 בעניינים.¹⁴ ברם, וכאן העיקר: עניינים כאלה אינם חייבים להיכלל **מראש** בהסכם עצמו כדי שזה ייחשב "מסוים". במובן זה – ורק במובן זה – הנושאים הלא 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 מטבע 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

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 תת-פרק ג.3.

9 ע"א 440/75 **זנדבנק נ' דנציגר**, פ"ד ל(2) 260 (1976).

10 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר.

11 השימוש הרווח בביטוי זה עולה ממקבץ האסמכתות המרוכז להלן בה"ש 20.

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

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 טבע לראשונה, כך נראה, השופט ברק בפרשת **רבינאי**, לעיל ה"ש 12, פס' 7 לפסק דינו.

המשלים" נמנים הנוהג¹⁶ וכן שלל הוראות ההשלמה הפזורות בחוקי החוזים המיוחדים (מכר, שכירות, קבלנות, וכו') ובפרק ה' של חוק החוזים הכללי.¹⁷

מעניין שהבחנת היסוד בין פרטים מהותיים או עיקריים לבין פרטים משניים או טפלים הייתה מוכרת לדין החוזים הישראלי עוד לפני חוק החוזים ובטרם עוגנה בו הדרישה ל"מסוימות" כתנאי לשכלול חוזה.¹⁸ אומנם 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 לשכלולו. הגדרה זו מניחה שפרטים מהסוג האחרון – והם בלבד – ניתנים להשלמה ממקורות חיצוניים להסכמת הצדדים עצמה (המפורשת או המשתמעת).²⁰ אמרו מעתה דרישת המסוימות היא התביעה שהסכמת

16 נוהג פרטי שבין הצדדים או נוהג כללי הנוהג בתחום הרלוונטי. ראו ס' 26 לחוק החוזים; ס' 3 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971 (להלן: חוק השכירות); ס' 5(א) לחוק המכר, התשכ"ח-1968.

17 ראו במיוחד ס' 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) (להלן: זמיר **פירוש והשלמה**). בשנים האחרונות החלה הפסיקה להכיר במקור נוסף להשלמה נורמטיבית – דוקטרינת "הקיום המיטבי" (או ה"אופטימלי"). בניגוד לנוהג ולהוראות ההשלמה החקוקות, מקור השלמה זה הוא הלכתי טהור. לדוקטרינה זו ראו להלן ה"ש 182.

18 בעניין זה קבע סעיף 64(3) לחוק הפרוצדורה האזרחית, העות'מאני, 1879, בלשון מפורשת כי "אם באו הצדדים לידי הסכם על הנקודות העיקריות שבחוזה, נחשב הוא לגמור, גם אם החוזה עובר בשתיקה על נקודות טפלות, ואם לא באו הצדדים לידי 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 שאלמלא מחדל זה של המחוקק, שלא נומק בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים, הדיסוננס האנליטי שבו עוסק מאמר זה לא היה נוצר מלכתחילה; ובהתאמה – מאמר זה לא היה רואה אור.

20 למקבץ מדגמי של הגדרות המשקפות קונצנזוס רחב זה ראו שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" **משפטים** כא 33, 41 (התשנ"א) ("דרישת המסוימות היא הדרישה, כי ההסכם בין הצדדים יכלול את כל הפרטים המהותיים, החיוניים להתקשרות ביניהם" (ההדגשה הוספה)); שלו **דיני חוזים** מהדורה שלישית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 175 ("ברור כי מידה מינימלית של פירוט היא הכרחית שכן אין חוזה יכול להיווצר אלא כאשר הצדדים הסכימו על מסגרתו ועל העניינים החיוניים והמהותיים שבו" (ההדגשה הוספה)). ראו גם לאחרונה ביתר נחרצות שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 169 ("על הצדדים לכלול בהסכם את כל הנתונים המהותיים, החיוניים להתקשרות" (ההדגשה הוספה)); 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" (ההדגשה הוספה)). למדגם מייצג מן הפסיקה ראו לדוגמה ע"א 2821/90 **שומרוני נ' רוזנבלום**, פ"ד מז(1) 201 פס' 7 לפסק דינו של השופט לוי (1993) (שם נזכרת הדרישה ל"מסוימות המתבטאת בכך שזיכרון הדברים יכלול בחובו את הפרטים המהותיים החיוניים לעסקה" (ההדגשה הוספה)); ע"א 1049/94 **דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן**, פ"ד נ(5) 820, פס' 15 לפסק דינו של השופט אור (נבו 26.3.1997) ("על מנת שיתקיים בהסכם יסוד המסוימות יש צורך בקיום הסכמה על הפרטים החיוניים לעסקה" (ההדגשה הוספה)); ע"א 3380/97 **תמגר חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' גושן**, פ"ד נב(4) 673, פס' 10 לפסק דינו של השופט אור (1998) ("עניינו של יסוד זה [המסוימות] בקיום הסכמה בגופו של המסמך, על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה" (ההדגשה הוספה)). הקונצנזוס סביב הגדרה זו נשמר גם בפסיקה מן השנים האחרונות. ראו לדוגמה ע"א

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 שמסוימות היא יסוד חיוני לשכלול חוזה היא כה מושרשת בשיח המשפטי, עד שנדמה כי לפנינו מושכל ראשון שאינו טעון ראייה. אף על פי כן כיוון שמאמר זה מבקש לעורר ספק דווקא בנוגע להנחה זו, מתבקשת הצגה בסיסית של המקורות המענגים ומבססים אותה. די בעיון חטוף במקורות המשפטיים הרלוונטיים 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 – נוסף על זה – שהצעת המציע תהיה מסוימת. לשון החוק, המפרידה באמצעות ו' החיבור בין שתי הדרישות, מלמדת שלפנינו שני תנאים הכרחיים ומצטברים. מפשט לשונו של החוק עולה בבירור שלא תיתכן "הצעה" (ומכאן 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,

9247/10 רזונברג נ' סבן, פס' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 24.7.2013) (להלן: ע"א רזונברג) ("יסוד המסוימות מתקיים אם ניתן להסיק ממכלול הנסיבות כי חל מפגש רצונות ביחס לתנאים המהותיים והחיוניים של העסקה" (ההדגשה הוספה)). כן ראו את דברי הנשיאה נאור בדנ"א 5488/13 רזונברג נ' סבן, פס' 10 לפסק דינה (נבו 24.11.2013) (להלן: דנ"א רזונברג); דברי השופטת ברק-ארז בע"א 1527/16 שיבלי נ' רשות מקרקעי ישראל, פס' 36 לפסק דינה (נבו 29.3.2018) (המובאים כלשונום להלן בה"ש 83 ובטקסט הסמוך לה).

21 תיאור המסוימות כדרישה להכללתם של פרטי העסקה המהותיים (ופרטים אלה 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 "לא מהותי"). לשאלה כמה היבטים: ראשית, מהי רמת ההפשטה שבה ניתן – או ראוי – לנסח את המענה לשאלת ה"מהותיות" (האם המבחן כללי, אד-הוקי, או אחר?); שנית, מהו תוכנו ואופיו של אותו מבחן (בין שהוא כללי ובין שהוא 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, שאימצו כרסם בחשיבותה של ההבחנה בין פרטים מהותיים לשאינם מהותיים (ראו להלן תת-פרק 6.ג) (ב) ובפסקאות העוקבות לה"ש 187). דיון בשאלות יסוד אלה חורג ממסגרתה של היריעה שפרסתי במחקר זה ואינו הכרחי לשם ביסוסם של הטיעון האנליטי, הטיעון הנורמטיבי והטיעון הפרשני שמציג המאמר הנוכחי (בחלק מהשאלות דנתי במאמרי, ראו אדר "גמירת דעת ומסוימות", לעיל ה"ש 2). אסתפק בציון עמדתי כי על דרך העיקרון יש לגזור את המענה לשאלות יסוד אלה מתכליתיה של הדרישה למסוימות, שיידונו להלן בתת-פרק 2.ג. אטען שם כי תהא אשר תהא התשובה לשאלת האיזון הראוי בין תכליות אלה, עריכתו של האיזון היא מלאכה שאין להפקידה – לפחות לא בלעדית – בידי הצדדים להסכם. מכאן נגזר שמבחנה של המסוימות חייב להיות כופה – ואובייקטיבי.

22 מסקנה זו נתמכת גם בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים (שצוטטו לעיל בה"ש 6).

23 פרשת זנדבנק, לעיל ה"ש 9.

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 חשוב 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 מצטברות: האחת – כי הסכמת הצדדים תבטא את כוונתם להתחייב משפטית זה כלפי זה (גמירת דעת); הדרישה השנייה – שהסכמה זו תכלול התייחסות לעניינים המהותיים והחיוניים של העסקה שבעניינה 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 הם 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

24 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט שמגר ("שתיים [הן] הנקודות המחייבות איפוא בחינה [...] והן עניין 'גמירת הדעת' והשאלה אם היתה ההצעה מסוימת").

25 שם, פס' 5ב ואילך.

26 פרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12. לעיון ביקורתי בפסק הדין מזווית אחרת ראו מנחם מאוטנר "רק החוזה המקצועי, ולא זיכרון הדברים, צריך ליצור זכויות וחובות בעסקאות במקרקעין" ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה 303 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים התשפ"א) (להלן: מאוטנר "החוזה המקצועי").

27 פרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12, פס' 5 לפסק דינו של השופט ברק ("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 שביניהם" (ההדגשות הוספו)). אף שהמושגים "גמירת דעת" ו"מסוימות" אינם נזכרים כאן בלשון מפורשת, נקל לראות שהדרישות עצמן, מבחינת מהותן, נוכחות גם נוכחות: מבחן הכוונה ליצירת יחס משפטי מחייב חופף במדויק את תנאי גמירת הדעת כפי שהוגדר בפרשת זנדבנק (לעיל ה"ש 9, פס' 5 לפסק דינו של השופט שמגר), ואילו הדרישה להימצאותם של עיקרי ההתקשרות בהסכמת הצדדים אינה אלא הדרישה למסוימות. ראו ע"א 342/89 ג.ז. רכסים בע"מ נ' גרופר, פ"ד מו(2) 724, פס' 14 לפסק דינו של השופט מלץ (1992) ("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").

28 בפרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12, פס' 7 לפסק דינו, הדגיש השופט ברק במיוחד 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 כוונה זו כדי ליצור את הקשר המצופה, אם הצדדים לא נתנו ביטוי בזכרון הדברים לפרטים החיוניים והמהותיים של העסקה" (ההדגשה הוספה).

29 מאמרי (אדר "גמירת דעת ומסוימות", לעיל ה"ש 2) הוקדש כולו לביקורת ההנחה בדבר עצמאותה האנליטית של דרישת המסוימות. המאמר הנוכחי מוקדש, כמתואר במבוא, לעיון בהנחת החיוניות.

במשך השנים והעשורים שחלפו מאז נחקק חוק החוזים הוסיפה הגישה האורתודוקסית להתבסס ברטוריקה ובפרקטיקה השיפוטיות. הגישה אומצה באיך-ספור פסקי דין של בית המשפט העליון.³⁰ היא 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 היה אפשר 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 של עסקת מכר המקרקעין, שכלפיה נקטה בשלב מוקדם גישה מחמירה יחסית.³² עניינים שהוגדרו בעבר מהותיים או חיוניים הוכרו עם הזמן ככאלה שניתן להשלימם ממקורות חיצוניים – הנוהג והוראות השלמה 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

- 30 ראו לדוגמה פרשת **דור אנרגיה**, לעיל ה"ש 20, פס' 9 לפסק דינו של 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 ארוזים, חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' שירן**, פ"ד נט(1) 931 פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל (2004) ("על-מנת שזיכרון הדברים יהיה מחייב וסופי, עליו למלא את דרישות חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 – 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**, פס' 5 לפסק דינו של השופט ריבלין (נבו) 3.4.2006 ("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"). ראו גם ע"א 7193/08 **עדני נ' דוד**, פס' 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו) 18.7.2010 ("כדי שזכרון דברים ייחשב להסכם מחייב, עליו להעיד על גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה ולהיות מסוים די צורכנו"). 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 **דיני חוזים** מהדורה שלישית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 187–188 ("דרישות אלה [גמירת הדעת והמסוימות] הן מצטברות ורק פנייה היוצאת ידי חובת שתיהן הופכת להצעה ומקנה לניצע כוח קיבולי"). בדומה ראו 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").
- 32 לעניין זה ראו שם, בעמ' 174–178 (שלו וצמח מזכירים מגמה זו בצידה של מגמה נוגדת המסתמנת בפסיקה); רנר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 41–46.
- 33 בהמשך הדרך אומצה גם דוקטרינת ה"קיום המיטבי", ראו להלן ה"ש 182.
- 34 לתיאור המגמה המעורבת ראו לדוגמה יהודה אדר "מגמות ותנודות בדין החוזים הכללי – ישראל 2010 **דין ודברים** ו 41, 54 (התש"ע) (להלן: אדר "מגמות ותנודות"); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א 321–324 (מהדורה שנייה התשע"ח) (להלן: פרידמן וכהן **חוזים** מהדורה שנייה); שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 174–178; אור יהלום "מסוימות בלתי מסוימת: שתי גישות על אודות אופייה הראוי של

ברם, וכאן הנקודה החשובה: להוציא קריאת תיגר שיפוטית יחידה – שתידון להלן – הנמכת רף המסוימות והנכונות להקל בה לא לוו מעולם במחלוקת גלויה באשר למעמדה 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 הבהירה השופטת בפתחו של הדין, ברוח הגישה האורתודוקסית, "שמסוימות וגמירת דעת הם שני יסודות נפרדים" ואף הטעימה במפורש "שגמירת דעת עשויה להתקיים בו [בהסכם פשרה] גם בהיעדר 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 עובדות המקרה שלפניה, נכתבו דברים אלה:

דרישת המסוימות – בעקבות ע"א 10859/07 חברה קדישא גחש"א נ' לוי וע"א 9247/10 רוזנברג נ' סבן" משפטים מד 325 (התשע"ד).

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

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

37 ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 46.

38 פרשת בית הפסנתר, לעיל ה"ש 36, פס' 9 לפסק דינה של השופטת דורנר.

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 בהיעדרה של מסוימות. ברם בשל 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 שייתכן 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 ובייחוד מהסיפה להם נראה שלשיטתה, אפילו מתקיימת בהסכם במובהק הדרישה לגמירת דעת (כך שמדובר ב"חוזה גמור"), הרי שבהיעדרה של מסוימות יהיה ההסכם נעדר תוקף משפטי.

משכך, 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 השופט דורנר – ניתוח ביקורתי

אין ספק כי "הרוח המנשבת" מן הפסקה שצוטטה לעיל ממעיטה מחשיבותה של דרישת המסוימות לעומת הדרישה לגמירת דעת. העניין עולה הן מאזכור המגמה המודרנית הגלובלית לייחס לדרישה משקל מופחת או לוותר עליה כליל, הן מן הקביעה הנחרצת בנוגע 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 זאת ייתכן שלדברי השופט דורנר בפרשת בית הפסנתר יוחסה מידה מופרזת של "מהפכנות". ייחוס עמדה מהפכנית לדברים הוא אפשרי רק אם מתעלמים מאחריתו של המשפט, ראשיתו הובאה בפסקה הקודמת. לעומת זאת בחינת המשפט בשלמותו מלמדת

40 פרשת בית הפסנתר, לעיל ה"ש 36, פס' 12 לפסק דינה של השופטת דורנר (ההדגשה הוספה).

41 פסק הדין (שם) זכה אפילו לסיקור עיתונאי. ראו צבי נח "גמירת-דעת ומסוימות" גלובס (7.10.2001) <https://bit.ly/31dnNpS> ("בית המשפט העליון – במשפט המודרני, דרישת המסוימות איבדה מחשיבותה. הכלל הוא, שהיעדר מסוימות לא ישמש עילה לצד לחוזה להשתחרר מחיוב שנטל על עצמו מתוך גמירת-דעת").

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

43 שם, בעמ' 60.

44 דויטש "אקטיביזם", לעיל ה"ש 42, בעמ' 49.

כי לשיטתה של דורנר ניתן להתגבר על היעדר מסוימות רק אם מתקיים לפחות אחד מבין שני תנאים:

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

מתברר אפוא כי בניגוד לתיאור המקובל של עמדתה, לא לגמרי ברור אם השופטת 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. מאידך גיסא קיימים 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 הייתה 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 הרישה לדברי השופטת דורנר עולה האפשרות שהסכם נעדר מסוימות יזכה בתואר "חווה" ואף ייאכף (באמצעות חיוב המפר בפיצויים), הרי שמן הסיפה 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

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 (פרשת בית הפסנתר, לעיל ה"ש 36, פס' 12 לפסק דינה). 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 מנוגדת ניגוד מובהק לגישה המסורתית, הרואה במסוימות יסוד שבלעדיו לא יתכון מלכתחילה התחייבות חוזית, ולכן גם לא ייפסקו תרופות כלשהן בגין הפרתה.

46 שם, פס' 13 ("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").

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 זאת 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 ברישה לדברי השופטת – שיסוד 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 (לעיל ה"ש 12) והשתרש בפסיקה. לפיכך לא ברור מה צורך ראתה השופטת לנסחו מחדש בצורה כה מפותלת, במקום להסתמך עליו במישורין כתימוכין לעמדתה. בעניין זה ראו גם להלן את הטקסט בפסקה העוקבת לה"ש 81.

לכד מהקושי הנובע מניסוחם המפותל של הדברים – ומהיותם סותרים את דברי השופט דורנר בפסקה קודמת⁴⁸ – קשה לייחס לדבריה חשיבות רבה, משלושה טעמים נוספים: ראשית, כאמור, "הכלל המהפכני" לא היה אלא אמרת אגב שלא נדרשה להכרעה. שנית, לקביעתה המהפכנית (לכאורה) של השופט 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, אף שהצטרפה להכרעת הדין של חברתה, הסתייגות חד-משמעית מרוח הדברים. לשיטתה, הגם שחלה ירידה במעמדה של דרישת המסוימות, עדיין מדובר 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 השופט דורנר בפרשת בית הפסנתר לא זכתה מאז בתמיכה שיפוטית כלשהי – לא בפסיקות דין ואף לא בהערות אגב.⁵² בחלוף 20 שנה מאותה פרשה מוסיפה הנחת

48 ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 38.

49 ראו U.C.C. § 2-204(3) (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"). נשים לב: הוראה זו אינה מניחה מצב שבו הסכם המכר אינו מסוים, משום שאינה מניחה שהפרט החסר הוא מהותי. כל שנבקע בה הוא שחסר שנגלה בהסכם המכר לא ימנע את השתכללותו לכלל חוזה, 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 תת-פרק ג.5.

50 מדובר 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 למכירת דירה. באותו מקרה, אומנם הכיר בית המשפט בתוקף החוזה, אך שלל 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 שחסרונו של המפרט הטכני לא נתפס באותה פרשה כחסר מהותי, לא ברורה לי הרלוונטיות שלו כתימוכין לטענה שיתכן חוזה גם בהיעדרה של מסוימות. גם השופטת ביניש עמדה על היעדר הרלוונטיות של פסק הדין לביסוסה של טענה כזו. ראו פרשת בית הפסנתר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 592.

51 שם, בעמ' 591-592.

52 אומנם פסק הדין זכה למספר רב של אזכורים בכל הערכאות, אך זאת בעיקר כאסמכתה לנטייה השיפוטית להימנע מביטולם של הסכמי פשרה שקיבלו תוקף של פסק דין. לא מצאתי ולו מקרה אחד שבו נעשה שימוש בדברי השופט דורנר בפרשת בית הפסנתר (שם) כעוגן להכרה שיפוטית בתוקפו של חוזה נעדר מסוימות. בע"א 692/12 פרידמן נ' שפירא (נבו 7.8.2013) העניקה השופטת ברק-ארז פירוש מרוכך מאוד לדברי השופט דורנר בציינה (תוך אזכור פסק דינה) כי "בחוזים שבהם יסוד גמירות הדעת הוא ברור, יש בכך כדי לחזק חולשה מסוימת ביסוד המסוימות" (שם, פס' 35 לפסק דינה). אין אפוא יסוד לקביעתו הגורפת של יהלום (לעיל ה"ש 34, בעמ' 326) כי הגישה הליברלית שבאה לידי ביטוי בפרשת בית הפסנתר (שם) "משקפת את עמדתו של בית המשפט [...] לאורך שלושת העשורים האחרונים". מדויק יותר לומר כי בסוגיה זו התגלו לאורך העשורים האחרונים גישות שונות, וכי הגישה

החיוניות – לפחות רשמית – להיות נר לרגליהם של בתי המשפט בכל הערכאות. אלא שלמעשה, כפי שאראה עתה, הלכה למעשה שונים פני הדברים תכלית השינוי.

3. הכפירה הסמויה בהנחת החיוניות: אימוץ כלל ההשלמה המהותית

(א) הערה למטרת הדיון

תכלית הדיון עד כה הייתה לתאר את דרישת המסוימות ולהדגיש את הדומיננטיות של הגישה האורתודוקסית ושל הנחת החיוניות. ראינו כי חרף הסערה שחוללו בשעתם דברי השופט דורנר בפרשת בית הפסנתר, מעמדה האיתן של דרישת המסוימות לא נתערער. חרף זאת יבקש הדיון הנוכחי לערער על תקפותה של הנחת החיוניות, שאותה ביקש המאמר לבסס עד לרגע זה, באמצעות חשיפתו של כלל שיפוטי שקנה לו אחיזה איתנה ברטוריקה של בית המשפט העליון, ואשר סותר חזיתית את דרישת המסוימות. כלל זה – שאותו אכנה "כלל ההשלמה המהותית" – נוסח לראשונה ניסוח 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 השופט דורנר בפרשת בית הפסנתר, שלא קנו לעצמם אחיזה, התקבלה אמרת אגב זו בפסיקה ובספרות כאמת שאין עליה עוררין, ואף זכתה עם הזמן למעמד של "הלכה" ממש. בסמוך אטען ש"הלכה" זו יצרה בליבת דיני הכריתה תופעה שאכנה "דיסוננס אנליטי" – מצב שבו הדיון מכיר בשני כללי יסוד סותרים החולשים על אותה סוגיה.⁵⁵ דיסוננס זה ייחשף עתה.

הקיצונית שהציגה השופט דורנר בפרשת בית הפסנתר אינה משקפת כלל ועיקר את עמדתה הרשמית של הפסיקה.

53 פרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12.

54 ראו להלן תת-פרק ה.1.ג).

55 לעיון בהקשר אחר שבו בתהליך הדרגתי ולא 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 האידאולוגי העמוק בין שתי דוקטרינות אחיות אלה ואת השלכותיו על דין הניזקין האנגלו-אמריקני הארתי במאמרי Yehuda Adar, *Comparative Negligence and Mitigation of Damages – Two Sister Doctrines in Search of Reunion*, 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 רוכך במידת מה בעזרת ההפרדה הכרונולוגית שביצעה הפסיקה בין הדוקטרינות (הראשונה חלה בשלב הטרם-עולתי, ואילו האחרת – בשלב הבת-עולתי). שנית, הפסיקה מעולם לא ניסחה את כללי הקטנת הנזק והאשם התורם כשני כללים הסותרים זה את זה. לעומת זאת, כפי שנראה להלן, פרשת רבינאי (לעיל ה"ש 12, פס' 7) כורכת יחדיו שני כללים סותרים לחלוטין. דיסוננס אנליטי או נורמטיבי עשוי לעיתים 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 של סוגיית צירוף התרופות. ראו 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 גדל"ן בע"מ" משפטים מ 827, 884–885 (התשע"א).

(ב) פרשת רבינאי – לידתו של כלל ההשלמה המהותית

כלל ההשלמה המהותית, הצייר 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 מכוננת שאין בלתי, 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 שכתב שורות ספורות קודם לכן – כי בהינתן כוונת התקשרות אין הכרח שהסכם מוקדם יכלול את כל הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה על מנת שיוכר כחובה. סתירה זו בולטת עד כדי כך שהיה אפשר 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 מייד, קביעות אלה מכרסמות כרסום של ממש בדרישת המסוימות, עד כדי עקירתה מן השורש.⁶⁰

56 פרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12.

57 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 12.

58 פרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12, פס' 7 לפסק דינו של השופט ברק (ההדגשות הוספו).

59 שם, פס' 9(a). השופט ברק בחן את עמידת ההסכם בדרישת הכתב. לעניין זה, למד השופט ברק גזרה 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".

60 למעשה, ייתכן שכבר בפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר בפרשת זנדבנק (לעיל ה"ש 9) ניתן לזהות הכרה מרומזת באפשרות של השלמה מהותית. אומנם בפסק הדין קובעה הנחת החיוניות והוגדרה המסוימות כתביעה להסכמה ברורה על "מהותה ותחומיה" של העסקה אגב פירוט "עיקרי הדברים" (שם, פס' 8א). אך בדונו בהשלמה מכוח החוק הדגיש השופט שמגר לא את ההבחנה בין פרטים מהותיים ללא מהותיים אלא בין פרטים "שהעדרם הופך את ההצעה לבלתי-שלמה ובלתי-מגובשת" לבין פרטים ונתונים שבעינינו "צפה המחוקק מראש את האפשרות שלא יפורטו בחובה מתוך סיבה זו או אחרת וראה לקבוע בחוק חרות מה ההוראה שתחול אוטומטית ומכוח החוק, אם לא הוסכם אחרת בין

(ג) משמעותה העיונית של השלמה מהותית: כפירה (ולא הקלה) בדרישת המסוימות
 כפי שראינו, ההגדרה המקובלת לדרישת המסוימות, שלשופט ברק היה חלק פעיל בניסוחה ובעיצובה בפרשת רבינאי, תובעת כי הסכמת הצדדים – היא עצמה – תכלול את כל הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה. עוד ראינו כי עמדה זו זכתה, ועדיין זוכה, בגיבוי הגורף של הפסיקה ושל הספרות המשפטית.⁶¹ אף על פי כן ענינו הרואות שכבר בפרשת רבינאי עוצב כלל שהעניק לבית המשפט סמכות "להשלים נורמטיבית" לא רק פרטים בעלי חשיבות משנית, כי אם גם עניינים "מהותיים וחיוניים". כך, כל עוד אותר דין משלים ללוונטי, 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 סותרת חזיתית את דרישת המסוימות ואת ההנחה כי המסוימות היא יסוד חיוני שאין לוותר עליו. כלל ההשלמה 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 שבהיעדרו של פרט מהותי או חיוני לעולם לא יינתן להסכם תוקף חוזי, ואילו הנורמה האחרת (כלל ההשלמה המהותית) קובעת את ההפך, 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, ומאידך גיסא נקבע בהמשכה גם

הצדדים" (שם). ניסוח זה מותיר מקום לפירוש שלפיו הדין המשלים יכול לסייע גם בהשלמת עניינים מהותיים, מה עוד שזכרות כדוגמה גם הוראות השלמה העוסקות לכאורה בעניינים כאלה (ס' 45, 46 לחוק החוזים). מנגד, קיימות גם אינדיקציות המלמדות שהשופט שמגר לא העלה בדעתו אפשרות של השלמה בנקודה מהותית (ראו בטקסט הסמוך לה"ש 224–226 להלן). כפי שעוד יובהר, הפסיקה המאוחרת רוויה באמירות סותרות ומנוגדות, המשקפות בעת ובעונה אחת את שני הכיוונים המנוגדים שהתוותה הפסיקה בפרשות זנדבנק (שם) ורבינאי (לעיל ה"ש 12).

61 ראו לעיל תת-פרק ב.1. (א) ולהלן תת-פרק ב.1. (ב).

62 במאמרי (אדר "גמירת דעת ומסוימות", לעיל ה"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 (שם, פרק ג).

63 כלשונו של השופט שמגר בפרשת זנדבנק, לעיל ה"ש 9 (שדבריו הובאו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 10).

64 מובן שאם מאמצים הגדרה מעגלית, שלפיה המסוימות אינה מוחלת על ההסכם שבין הצדדים אלא נבחנת רק בסופו של תהליך ההשלמה 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 "המהותיים והחיוניים" המופיעים בחלקה הראשון של פסקה 7 בפסק דינו של השופט ברק בפרשת רבינאי (לעיל ה"ש 12) אינם אותם הפרטים "המהותיים והחיוניים" המופיעים בחלקה השני של הפסקה (שם). 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 שייווצר ממתן מובנים שונים למושגים זהים.

היפוכו של דבר: בהינתן גמירת דעת גם הסכם שחסרה בו התייחסות לעניין מהותי (קרי הסכם לא 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 לפנינו קריאת תיגר אמיתית על הנחת החיוניות? כיצד, אם בכלל, השפיע כלל ההשלמה המהותית שהוצע בפרשת רבינאי על עיצוב פניו של דין כריתת החוזה במשפט הישראלי? האם כלל זה הוא רצוי? בעימות שבין כלל המסוימות – למי ראוי שתיתן הבכורה?

למרבה הפלא, בפסיקה ובספרות המשפטית לא נדונו עד כה שאלות אלה באורח ישיר ומפורש. הדיסוננס האנליטי שכלל ההשלמה המהותית יצר בלב ליבם של דיני כריתת החוזה שלנו לא זוהה בפסיקה, כמעט שלא נדון בספרות המשפטית, וודאי שלא זכה בדיון המעמיק המתחייב מהשלכותיו מרחיקות הלכת. "העלמת עין" כזו אולי היא אפשר 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

אומנם כן, הפסיקה והספרות הכירו בגלוי ובעקביות בכך שכלל ההשלמה המהותית מבטא הקלה או ריכוך בדרישת המסוימות.⁶⁶ ברם ההכרה בכלל לא נתפסה מעולם כקריאת תיגר על עצם הדרישה למסוימות כיסוד מכונן 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", ועניין שסווג בפסיקה קודמת כמהותי יוגדר אפוא מעתה "לא מהותי" (או "לא מהותי בהכרח").⁶⁸ ריכוך יכול שיתבטא גם בנכונות להכיר בהסכם קצר במיוחד כחוזה אגב הכרה באפשרות להשלים נורמטיבית יותר מפרט חסר אחד, ואולי אף פרטים רבים שההסכם שותק בנוגע אליהם.⁶⁹ פסיקות כאלה – אף שהן משקפות גישה ליברלית כלפי דרישת

65 ראו להלן פרק ב.

66 למעשה, כך הוצג הכלל כבר מראשית דרכו (ראו את הציטוט מפרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12, המובא לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 58. ראו גם להלן תת-פרק ג.1. (ב)).

67 בהסברים אפשריים ליחסן הסובלני של הפסיקה ושל הספרות לכלל ההשלמה המהותית אני דן להלן בתת-פרק 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 תת-פרק ד.2. (ה)).

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

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 עסקות.⁷⁰ כל זאת מבלי שיהא בריכוך כדי לערער את הנחת היסוד שלפיה בהיעדר הסכמה אקטואלית של צדדים להסכם על מכלול העניינים המהותיים לא יכיר בית המשפט – לעולם – באותו הסכם כחווה.

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 שהוא בהסכם המובא לפניו, 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

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 לעשות כן, אפילו כשמדובר בעניין מהותי, ולכאורה אפילו בנוגע ליותר 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 את איכותה, אין בכך כלום: בית המשפט רשאי (ושמא נאמר אף חייב?) לפנות להוראות ההשלמה הרלוונטיות, ומכוחן יוכל להשלים את החסר ולשכלל חווה מכר או חווה 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.

70 על הגמישות הטבועה בדרישת המסוימות ועל חשיבותו של מאפיין זה ראו להלן תת-פרק ד.2(ג).
71 ולמען הדיוק: גם בהיעדרה של הסכמה נוגדת של הצדדים. סייג זה להשלמה נורמטיבית עוגן כבר בפרשת רבינאי (לעיל ה"ש 12). ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 58. נזכיר עוד שכלל ההשלמה המהותית אינו מאפשר להשלים חסר שאין בעניינו מקורות השלמה בדין (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.

72 ראו לדוגמה את הוראות סעיפים 45, 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.

ב. התגובה לדיסוננס האנליטי: יחסן של הפסיקה ושל הספרות

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 כשבת המשפט מייחס לו מעמד של "הלכה" ממש, ואפילו "הלכה מורשתת".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:

עם השנים רוכך מבחן המסוימות בפסיקה, אשר הכירה בהסכם כמסוים דיו, **גם כאשר לא הופיעו בו כל התנאים החיוניים לעיסקה**, 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-ארו את כלל ההשלמה המהותית ככזה שריכך את דרישת המסוימות, ולכן זו עשויה להתמלא גם כשחלק מהפרטים המהותיים לעסקה חסרים בה.⁷⁹ בשני פסקי

74 בדיקה שערכתי במאגר הפסיקה הממוחשב של חברת "נבו" (ביום 31.5.2020) מעלה שהחלק הרלוונטי מפסק דינו של השופט ברק בפרשת **רבינאי** (לעיל ה"ש 12), 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 יש פסקי דין רבים שהסתמכו על כלל ההשלמה המהותית מבלי לצטט את הדברים כלשונו (ראו לדוגמה את האסמכתות המובאות בה"ש 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 מדר (1) 57, פס' 10 לפסק דינו (1989). באותה פרשה ידועה, קיבע בית המשפט את כלל ההשלמה המהותית כרלוונטי לעניין חסר בדרישות הכתב והמסוימות גם יחד כשהוא חוזר, כמעט מילה במילה, על דברי השופט ברק בפרשת **רבינאי** (לעיל ה"ש 12) ומייחס להם מעמד של קביעה הלכתית ("לימים נקבע"). הראשון שייחס לדברי השופט ברק (שם) מעמד של "הלכה" ממש היה ככל הנראה השופט מלך בפרשת **רכסים**, לעיל ה"ש 27, פס' 13 לפסק דינו. בהמשך אימץ את הכלל 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" (פרשת **שומרני**, לעיל ה"ש 21, פס' 7 לפסק דינו). ראו בדומה לזה 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' 33 לפסק דינו של השופט לוין (1993): "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 פרשת **דור אנרגיה**, לעיל ה"ש 20.

77 שם, פס' 15.

78 פרשת **תמגר**, לעיל ה"ש 20, פס' 10 לפסק דינו של השופט אור.

79 ע"א 9255/11 **דניאל נ' פלונית**, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (נבו 11.8.2013). ניסוח דומה הופיע שנים אחדות קודם לכן בפסק דינו של השופט פוגלמן בפרשת **עדני**, לעיל ה"ש 30, פס' 9.

דין של בית המשפט העליון מן העת האחרונה מופיעים תיאורים דומים.⁸⁰ מטבע הדברים גלשה ההכרה בכלל ההשלמה המהותית גם לערכאות הדיוניות.⁸¹ מתברר אפוא כי הגם שבפרשת בית הפסנתר 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 דבקותה העקיבה 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 עמדם: לשם עמידה בדרישת המסוימות אין ההסכם חייב לכלול את כל הפרטים הרלוונטיים לקיומו, אך הוא חייב להכיל את כל הפרטים המהותיים. פרטים אלה (בשונה מפרטים שאינם מהותיים) לא יוכל בית המשפט להשלים נורמטיבית. לדוגמה, בדחוחה בקשה לדיון נוסף על פסק דין שנתן תוקף לזיכרון דברים חרף היעדרם 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

80 ראו ע"א 6235/15 חלאק נ' כריים (נבו 15.2.2017); פרשת שיבלי, לעיל ה"ש 20. למובאות הרלוונטיות ראו להלן ה"ש 85, 184.

81 ראו לדוגמה ת"א (מחוזי ת"א) 37725-06-12 אנידור נ' רימון, פס' 9 להחלטתו של השופט ברנר (נבו 12.2.2012); ת"א (שלום ת"א) 6802/92 גריידי נ' סלומון מור, פס' 26 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו 3.5.2000); ת"א (שלום ת"א) 101769/99 כהן נ' טרבלסי 7-8 (נבו 20.12.2001) (השופטת נועה גרוסמן). 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 גחשא שעל ידי הרבנות הראשית המועצה הדתית תל אביב-יפו והמחוז (ע"ר) נ' לוי (נבו 22.1.2012), שם הסתייג ככלל מהשלמה נורמטיבית – מבלי להבחין בין השלמה מהותית להשלמה אחרת. לדיון בפסק דין חשוב זה ובהשלכותיו האפשריות ראו Yehuda Adar, *Law of Contracts, in THE ISRAELI LEGAL SYSTEM* pt. 2, § 4, at 74-77 (Christian Walter et al. eds., 2019). ראו גם יהלום, לעיל ה"ש 34.

83 דנ"א רוזנברג, לעיל ה"ש 20, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה נאור. אירוני הדבר – אך גם אופייני לפסיקה שבסוגיה דנן לוקה בהיעדר עקיבות – שתימוכין לדבריה מצאה הנשיאה דווקא בפרשות רבינאי, בוטקובסקי ותמגר (לעיל ה"ש 12, 75 ו-20, בהתאמה), שבהן עוצב והתקבע כלל ההשלמה המהותית. בדומה לזה, בפרשה מלפני שנתיים, שבה נשלל תוקפו של הסכם בין היתר בהיעדר מסוימות, אמרה השופטת ברק-ארז (בדעת מיעוט): "אכן, 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" (פרשת שיבלי, לעיל ה"ש 20, פס' 36 לפסק דינה). השופטת ברק-ארז הייתה ברעת מיעוט

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 שבין יחסה של הפסיקה כלפי השלמה מהותית סטוטורית לבין גישתה להשלמה מהותית מכוחו של נוהג רלוונטי (פרטי או כללי). בניגוד למה שהיה אפשר לצפות, כלפי השלמה מהותית נורמטיבית מכוח חוק אומצה גישה מרחיבה וליברלית, ואילו דווקא באשר להשלמה מכוחו של נוהג נקטה הפסיקה עמדה מצמצמת ושמרנית.⁸⁴

חוסר העקיבות המאפיין את הפסיקה בסוגיה דנן נחשף במלוא עוצמתו 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

משום שסברה כי הנושאים החסרים ניתנים להשלמה מכוחו של נוהג, ואילו דעת הרוב (השופטים חיות ומלצר) סברה שהחסר בהסכם אינו ניתן להשלמה (ראו להלן ה"ש 85).

84 ההלכה נקבעה בע"א 79/76 **מרציאנו נ' שושן**, פ"ד (3) 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, הצירוף ותשלומי חשמל, מים וטלפון, הם עניינים מהותיים העומדים בפני עצמם ואינם יכולים לשמש נושא להשלמה על-ידי בית המשפט" (ההדגשה הוספה). בית המשפט העליון שב ואישש את ההלכה בע"א 154/80 **בורכרד ליינס לימיטד לונדון נ' הירובטון בע"מ**, פ"ד לח(2) 213, פס' 5 לפסק דינו של השופט בך (1984) ובע"א 349/84 **פריג' נ' מטלר**, פ"ד מב(1) 71, פס' 8 לפסק דינו של השופט בך (1988). הלכה זו לא שונתה עד היום, אם כי לעיתים ניתן לזהות נסיגה ממנה. כך לדוגמה בע"א 325/79 **דינו 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 בפרשת **עדני** (לעיל ה"ש 30), סמוך 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, פס' 2–3 לפסק דינו). גישתה המצמצמת של הפסיקה כלפי השלמה מכוח נוהג זכתה לביקורת מצד מרבית המלומדים. ראו להלן תת-פרק ב.2(ב).

85 פרשת **שיבלי**, לעיל ה"ש 20, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (ההדגשה הוספה). לגוף ההכרעה, ובניגוד לשופטת ברק-ארז שהכירה בתוקפו של ההסכם הנדון, קבע המשנה לנשיאה

עינינו הרואות: בה בעת שהפסיקה ממשיכה לדבוק בדרישת המסוימות במובנה המקובל, ממשיכה היא לדבוק גם בכלל ההשלמה המהותית בניסיון להציגו ככזה המרכיב אותה אך ב"מעט", בבחינת "אחוז כזה וגם מזה אל תנח את ירך".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 כמצב סופי ובלתי נמנע כביכול, מעין גזירת גורל שניחתה על דיני כריתת החוזה, ואשר באין דרך להיחלץ ממנה אין מנוס מלקבלה.

בהמשכו של המאמר 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 שלמרכה 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 היעדר 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 אימוץ גורף את הלכת ההשלמה המהותית.

⁸⁶ 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, פס' 2–3). הנשיאה חיות אף היא שללה את תוקף ההסכם, אך 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.

⁸⁷ מקור הביטוי בדברי קהלת ז' 18: "טוב אֲשֶׁר תִּאָחַז בְּיָדוֹ וְגַם מָנָה אֶל תַּנַּח אֶת יָדוֹ כִּי יָרָא אֱלֹהִים יֵצֵא אֶת כַּלְמִם".

⁸⁷ ראו לדוגמה רנר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 42; דויטש "מסוימות", לעיל ה"ש 31, בעמ' 355; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 282; שלו דיני חוזים מהדורה שלישית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 177, 442.

הגישה שלפיה בתי המשפט שלנו מוסמכים, עקרונית, להשלים נורמטיבית גם עניינים מהותיים קנתה לה אחיזה איתנה אצל כל מי שעסק ברצינות בסוגיות אלה.⁸⁸ עם זאת ראוי להבחין בהקשר זה בין השלמת הסכם חסר מכוחו של נוהג לבין השלמת מכוחן של הוראות השלמה אחרות. בעניין האחרון התגבש קונצנזוס גורף סביב העמדה המכירה בסמכות להשלמה מהותית, ואילו בעניין הראשון נשמעה בספרות "דעת מיעוט" שהתנגדה להכרה בהשלמה מהותית מכוח נוהג. המלומד הראשון שנקט גישה כזו היה פרופ' זאב צלטנר. צלטנר טען בספרו שראה אור סמוך לחקיקת חוק החוזים, 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 דא עקא, שבניגוד למה שהיה אפשר לצפות, במה שנוגע להשלמה נורמטיבית סטטוטורית נקטה שלו עמדה שונה וליברלית יותר, בהכירה בכך ש"השלמה מהותית של תנאים חיוניים נעשית באמצעות הוראות חוק כלליות או מיוחדות".⁹¹ פרופ' שלו לא הסתייגה אפוא מכלל ההשלמה המהותית כשמדובר בהשלמה שאינה מכוחו של הנוהג.⁹² גישתם של צלטנר ושל שלו לעניין השימוש בנוהג לא התקבלה בספרות המלומדים. התנגדות ראשונה לגישתם המצמצמת הביע איל זמיר בחיבורו פורץ הדרך על חוק המכר. זמיר טען בחיבורו כי אין כל היגיון להתיר השלמה של "פרטים חשובים בעסקה" מכוח החוק ובה בעת לשלול את האפשרות להשלים מכוח הנוהג המשקף טוב יותר את רצונם

88 יוצאת מן הכלל היא עמדתו הערכנית של החיבור "דיני חוזים" (שלו וצמח, לעיל ה"ש 5), אשר לאחרונה אימץ את עמדת המאמר הנוכחי. ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 114.

89 זאב צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל 106–107 (התשל"ד). המלומד טען לפרשנות כזו גם באשר 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". ראו גד טדסקי "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי" משפטים ה' 9, 17 (התשל"ג).

90 גבריאלה שלו "כריתת חוזה – חוק החוזים (חלק כללי)", התשל"ג–1973 "הפירוש לחוקי החוזים" 12–16 (גד טדסקי עורך התשל"ח); גבריאלה שלו דיני חוזים 318 (מהדורה שנייה התשנ"ה) (להלן: שלו דיני חוזים מהדורה שנייה): "סעיף זה אינו עוסק בהשלמת חוזה אלא בהשלמת פרטים בו. המונח 'פרטים' התפרש בפסיקה כמכוון לדברים שאינם מהותיים, אלא טפלים ופחותים בחשיבותם. [...] סעיף 26 אינו מאפשר לבית המשפט להכניס שינויים מהותיים בחוזה". את עמדתה העקרונית תמכה שלו ברקע 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'מאני. גם בסעיף זה דובר על השלמת פרטים טפלים. הגיון החוק אף הוא תומך בגישה זו. סעיף 26 [...] מגיח כי בין הצדדים כבר נכרת חוזה. מכאן שנתמלאו דרישות החוק לשם יצירת חוזה, והן בעיקר גמירת דעת ומסוימות" (שם). שלו חזרה על עמדתה זו גם במהדורה השלישית של חיבורה (משנת 2005). ראו שלו דיני חוזים מהדורה שלישית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 445, ה"ש 212 (שם הזכירה את העמדה הנוגדת שהשתרשה בינתיים בספרות המשפטית, אך דחתה אותה בציינה: "עקבית לדעתי שבת המשפט אינו אמור ליצור חוזה עבור הצדדים, אני מציעה לפרש באורח צר את המונח 'פרטים'").

91 שם, בעמ' 177, 442. כן ראו שלו דיני חוזים מהדורה שנייה, לעיל ה"ש 90, בעמ' 317.

92 לשינוי שחל בעמדה זו לאחרונה ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 114.

המשוער של הצדדים להסכם (להלן: טיעון ה"קל וחומר").⁹³ פרופ' זמיר שב וחידד 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. 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 וצייד בגישה המרחיבה על יסוד טיעון הקל וחומר.⁹⁵ שנה לאחר מכן טען מיגל דויטש במאמר מעמיק על דרישת המסוימות בחוזים עסקיים 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 נוסף על זה, אימצו המחברים את לוגיקת הקל וחומר, שממנה הסיקו כי חסר בפרט מהותי ניתן להשלמה גם מכוחו של נוהג.⁹⁸

טיעון הקל וחומר אומץ גם בכתיבתו 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

93 איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח–1968 151 (התשמ"ז): "מבחינה עניינית, כשם שניתן להשלים בעיסקה 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 בעיסקה. השלמה באמצעות נוהג [...] עשויה להלום את האינטרסים והציפיות של הצדדים יותר מאשר השלמה מכוח הוראות החוק".

94 זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 16, ה"ש 5: "אם בעניינים מהותיים שכאלה [כגון איכות האובייקט ומחירו, מועדי הקיום וזהות המקיים] נכונים להסתפק בהוראות השלמה כלליות ומופשטות, קשה לראות מדוע אותם עניינים יש להתעלם מנוהג מיוחד שנתגבש בין הצדדים או מנהג-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".

95 סיני דויטש "גבריאלה שלו: תוכן החוזה" עיוני משפט טו 395, 401 (התש"ן): "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?".

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

97 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 282.

98 שם: "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".

99 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי: פרשנות החוזה 159–160 (מהדורה רביעית התשס"א) (להלן: ברק פרשנות החוזה): "בכמה פסקי דין [...] בוטאה ההשקפה כי הפרטים שאותם ניתן להשלים

פרופ' ברק את הכרתן הגורפת של הפסיקה ושל הספרות בהשלמה מהותית סטטוטורית ואת היותה של הגישה המרחיבה מעוגנת בהוראות ההשלמה עצמן.¹⁰⁰ אשוב ואדגיש: מרבית המלומדים שעסקו בשאלה דנן לא התייחסו כלל לניגוד החריף 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. פרידמן וכהן העירו בחיבורם 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 שאימצה הפסיקה בהקשר של עסקות 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 לבד מ"פתרונו הריטורי" גרידא, שאותו נקטה הפסיקה לעתים, בהציגה את ההשלמה ככזו שבאה לאחר ש"החוזה כבר קיים".¹⁰⁴

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

באמצעות הנוהג (האינדוידואלי 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 ההשלמתם של פרטים נלווים או טפלים בלבד. החוק מאפשר השלמת פרטים מהותיים על-ידי ההוראות הדיספוזיטיביות שבחוק. קשה להבין מדוע דין דומה לא יחול – ואם תרצה מקל וחומר – לעניין השלמה מכוח נוהג.¹⁰⁰ שם, בעמ' 168: "מחלוקת קיימת בשאלה, אם נוהג עשוי להשלים חסר בפרט מהותי. מחלוקת זו אינה קיימת לעניין השלמת חסר על-ידי דין דיספוזיטיבי. תוכנן של ההוראות הדיספוזיטיביות 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" (ההדגשה הוספה).

101 ראו לדוגמה את תיאורה של שירלי רנר (לעיל ה"ש 20, בעמ' 41–42) במאמרה המכונן שזיהה, 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" (ההדגשות הוספו).

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

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

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

105 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 99, בעמ' 168.

הפירוש המצמצם [לעניין השלמה מהותית מכוח נהוג] יונק חיתו 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 נהוג לפרטים טפלים בלבד. אשר לדרישת המסוימות, ראינו שהיא כורסמה על-ידי "ההשלמה 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 אומנם עמדה זו מתיישבת עם כלל ההשלמה המהותית, אך היא בעייתית ביותר מבחינה נורמטיבית ואף סותרת דברים מפורשים שהשמיע פרופ' ברק מעל כס השיפוט.¹⁰⁷

אלא שמתברר כי פרופ' ברק אינו שלם לגמרי עם העמדה האמורה ואינו מוכן "ללכת עד הסוף" ולאמץ את המסקנה המתבקשת ממנה – ויתור על דרישת המסוימות. אכן, לאור דבריו שלעיל היה אפשר 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 ההשלמה 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 הדיון. פרופ' ברק מסרב אפוא לזנוח את הגישה האורתודוקסית ועימה את הנחת החיוניות של דרישת המסוימות. בסופו של דיון הוא שב ומאמץ את העמדה המסורתית

106 שם, בעמ' 161.

107 ראו להלן תת-פרק ד.2(ד).

108 ראו לעיל תת-פרק א.3(א), בטקסט הסמוך לה"ש 52.

109 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 99, בעמ' 168.

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 לאחר קליטתו במשפטנו של כלל ההשלמה המהותית קיימת עדיין, או שמא אין קיימת, בדין הישראלי הנוהג דרישה למסוימות? האם בשל מעמדו המבוסס של 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? יגעתו 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 ניצני הסתייגות ממנו והכרה 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 שתאורטית 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

110 משה גלברד "דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין על-פי הצעת הקודקס האזרחי: בחינה ביקורתית" **קרית המשפט** 1 ו 231, 244 (התשס"ו).

111 שם, בעמ' 245, ה"ש 42.

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

113 שלו וצמח, לעיל ה"ש 5.

114 שם, בעמ' 178–180, 561–563. המחברים קיבלו את עמדתו גם לעניין הפתרון הפרשני לדיסוננס האנליטי, שיוצג להלן בפרק ד (שם, בעמ' 180, 564–565). למען הסר ספק אציין שאת עמדותיי בסוגיה, לרבות הפתרון הפרשני לבעיית הדיסוננס האנליטי, העליתי על הכתב לראשונה בגרסה מוקדמת של מאמרי (אדר "גמירת דעת ומסוימות", לעיל ה"ש 2), שהוגשה לכתב העת **משפטים** ביום 4.9.2017 (הפתרון הפרשני נדון שם, בעמ' 53).

3. חידת ההתעלמות מהדיסוננס האנליטי

שתי מסקנות עיקריות עולות מסקירות הספרות והפסיקה שהובאו לעיל: ראשית, כעמדה נורמטיבית הפסיקה ועימה 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 דיונו 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.

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

דומה שראשית מענה תימצא לנו בהנחה פרשנית רווחת (אם כי לרוב סמויה ולא מדוברת) שלפיה כלל ההשלמה המהותית נובע במישרין מהוראות החוק: אם קבע המחוקק הוראות השלמה 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 ולמלומדים כנובעת במשתמע – אך בבירור – ממצוות המחוקק. ברם מה שאינו מובן – ולטעמי אף מפתיע – הוא שאל ההכרה הגורפת בלגיטימיות של השלמה מהותית לא התלוותה הפנמה של השלכות הדרמטיות של הכרה כזאת. רובם המכריע של החוקרים לא זיהו ולא הדגישו את הדיסוננס הלוגי והנורמטיבי הֶתְרִיף שנוצר, כאשר בצד הכרה נמשכת בחיוניותו 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 לעומק עד עצם היום הזה: ראשית, במישור התיאורי, לא הועמדה לעיון ולהכרעה השאלה אם יסוד המסוימות הוא אומנם 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 משני 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.

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.

הסבר ראשון נעוץ, לדעתי, במשקל החסר שמיוחס בתרבות המשפטית בישראל להגדרה מדויקת של מושגים משפטיים.¹¹⁶ עם כל ההבנה לזהירות המתחייבת מחוקרת המשפט בכבואה להציע הגדרה כללית למושג משפטי מופשט, נראה לי שבהקשר דנן לא יצאה האקדמיה הישראלית ידי חובתה להבהיר את מהותה ותוכנה 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 – בדבר השאלה אם לצורך עמידה בדרישת המסוימות ניתן להסתפק בכך שמרבית העניינים המהותיים ייקבעו בהסכמת הצדדים.¹¹⁸ עמימות זו הקלה, לדעתי, את עיכולו של רעיון ההשלמה המהותית וסייעה להתבססותו 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 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

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 טרסקי, שנהג לפתוח כמעט כל מאמר בהגדרה דקדקנית של מושג המפתח המשפטי העומד לדיון. דוגמה מובהקת, מני רבות, הם מאמריו המאלפים שעסקו בהגדרת מושג החווה ומושג העוולה בנויקין. ראו Gad Tedeschi, *Some Aspects of the Concept of Contract*, 1 ISR. L. REV. 223 (1966); Gad Tedeschi, *On the Concept of Tort*, 3 ISR. L. REV. 161 (1968). על חשיבותה של עבודה מושגית זו שאפיינה את כתיבתו של טרסקי עמדתי במאמר שכתבתי לזכרו. ראו Yehuda Adar, *A Glance at the Work of a Legal Artist: Tribute to the Grand Master of Israeli Legal Academia*, 67 STUDI SENESI (U. SIENA L.J.) 252 (2018).

117 מחדל זה מאפיין גם את טיפולה של הספרות המשפטית במושג "גמירת דעת", שמוכנוי השונים והגדרתו נדונים בהרחבה במאמרי (אדר "גמירת דעת ומסוימות", לעיל ה"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.

119 להבחנה יסודית זו בדיני הפרשנות ראו ברק **פרשנות החווה**, לעיל ה"ש 99, בעמ' 87–96.

120 בפסיקה ראו לדוגמה את דברי השופטת דורנר בפרשת **בית הפסנתר**, לעיל ה"ש 12 (שהובאו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 40). בספרות ראו לדוגמה את הגדרתו של מיגל דויטש (לעיל ה"ש 31, בעמ' 342) לדרישת המסוימות, 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 של השלמתו 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, לצד הכרתם בקושי ליישמה כשלשון החווה אינה ברורה).

121 אזכיר: דרישת המסוימות מוסבת, מכוח הגדרה, על מה שיש בהסכם, קרי על תוכן ההסכמה כפי שביט 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 דויטש, שם.

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 בשיטתיות בפתחו של כל דיון רלוונטי, ניתן להניח שהדבר היה מביא במקדמ 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 מלבד הקושי 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, על חשבון השאיפה לקדם ודאות ועקיבות.¹²⁴ במידה ידועה ייתכן שתרמה למחדל המתואר גם הירידה הכללית בחשיבות שמייחסים חוגים משפיעים באקדמיה המשפטית בישראל ובארצות הברית

122 על העיקריות שבשאלות אלה אני עומד להלן בפסקאות העוקבות את הטקסט הסמוך לה"ש 187.
123 אכן, העיון בפסיקה מלמד שהמאמץ ההלכתי (באמצע שנות השבעים) לקבוע רשימה סגורה של פרטים מהותיים (לפחות בעסקת מכר המקרקעין) ובכך לייצר מידה של ודאות באשר לתוכנו של דרישות הכתב והמסוימות, נזנח בהמשך הדרך לטובתה של גישת "אד הוק" (כפי שאראה להלן בתת-פרק 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 לעיתים – בין רטוריקה לבין פרקטיקה שיפוטית ראו איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" **ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 399–409 (איל זמיר ואח' עורכים התשס"ט). ייתכן שגישת כללית זו, שלפיה שקיפות שיפוטית אינה תמיד טובה 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 ייכון חוזה. מנגד, לא ברור מי כאן ה"ביצה" ומי ה"תרנגולת". בהחלט ייתכן שהקליטה 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 המענגת את דרישת המסוימות אין כמעט גיבוי מעשי בפרקטיקה השיפוטית, ומדובר אפוא 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 (יהודה אדר "מסוימות והשלמה מהותית – בחינה אמפירית של מיתוס ומציאות" (בהכנה) (להלן: אדר "השלמה מהותית").

לערכים אלה. כל זאת לצד דעיכתה של האמונה בכוחה של המערכת המשפטית לסייע בהגשמתם.¹²⁵

אין זה המקום להיכנס בעובי הקורה של סוגיה תורת־משפטית זו. אסתפק בציון עמדותי 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 הדרישה למסוימות.¹²⁷ שימור מצב שבו שני כללי יסוד סותרים חולשים על אותה טריטוריה משפטית אינו משרת בעיניי 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 היה אפשר לצפות כי במוקדם או

125 שופר מרכזי של הזרם הדוגל בקוהרנטיות במשפט בכלל ובמשפט הפרטי בפרט הוא פרופ' ארנסט ויינריב, שערך זה עובר כחוט השני בכתיבתו האקדמית. ראו לדוגמה Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 YALE L.J. 949 (1988) ערך העקיבות ראו אלון הראל "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט" *עיוני משפט* יח 387 (התשנ"ד). ליישומו של הוויכוח בהקשר הישראלי ראו חנוך דגן "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדות־יתר ועל ריבוי סעדים" *משפטים* לו 249, 253–277 (התשס"ז). מנגד ראו מיגל דויטש "על בשורת הקודיפיקציה וחלק הנכסים בקודקס" *משפטים* לו 289, 296–303 (התשס"ז). לדיון כללי במאפייניהם ובתפקידם של טיעוני קוהרנטיות ראו Joseph Raz, *The Relevance of Coherence*, 72 B.U. L. REV. 273 (1992). ראו גם Barbara Baum Levenbook, *The Role of Coherence in Legal Reasoning*, 3 L. & PHIL. 335 (1984). גישה סקפטית כלפי השאיפה לוודאות ולעקיבות משפטית היא מאפיין מובהק של הריאליזם האמריקני ועוד יותר של תנועת ה-C.L.S. ראו למשל JEROME FRANK, LAW AND THE MODERN MIND 6 (1930) ("The law always has been, is now, and will ever continue to be, largely vague and variable"). לספקות מודרניים יותר באשר ליכולתם של בתי משפט לייצר ודאות משפטית ראו Craig M. Bradley, *The Uncertainty Principle in the Supreme Court*, 1986 DUKE L.J. 1. ראו Jason Scott Johnston, *Uncertainty Chaos and the Torts Process: An Economic Analysis of Legal Form*, 76 CORNELL L. REV. 341 (1991); Shawn J. Bayern, *Against Certainty*, 41 HOFSTRA L. REV. 53 (2012).

126 להכרה בכך ולביקורת על הנטייה הכללית לטשטש גבולות ולהמעיט בחשיבותה של הוודאות במשפט ראו יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי־ודאות במשפט" *דין ודברים* ו 17, 36–40 (התשע"א).

127 עניין זה מובהר בהרחבה להלן בתת־פרק ג.3.

128 להרחבת הדיון בנוקים אלה ראו להלן תת־פרק ג.6.

129 למחדלה של הספרות להדגיש את הדיסוננס האנליטי עשוי להיות גם הסבר אחר, בנלי יותר. ייתכן שחוקרים אחדים זיהו את הסתירה החזיתית שבה עסקינן, 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.

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. נוצרה אפוא מציאות מצערת שבה במשך יותר 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. לפיכך 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.

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 ולא איזו מהן ראוי שתינתן הבכורה? מי משתייךן ראוי שתעלה, ומי ראוי שתרד?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 – ועימה 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 לא 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 מכול: הוא מבקש להנציח מציאות כאוטית שבה ממשיכים הכול לדבוק כלפי חוץ בכלל היסוד של המסוימות, ובה בעת מקבלים עליהם את עולה של הלכה הסותרת חזיתית את אותו כלל יסוד. מלבד

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 בעניינו הוראות השלמה כלשהן? במבט ראשון הצעה כזו פותרת באלגנטיות 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 – מלבד היותו מנוגד בכירור להגדרת המסוימות בפסיקה – מושג רק במחיר הכרוסום בהגשמת תכליתיה של דרישת המסוימות, שיידונו בהרחבה בפרק זה. תכלית אלה מחייבות שהצדדים להסכם – הם עצמם – יגדירו את כל מרכיבי הליבה של העסקה (ולא רק את חלקם). לדוגמה, לפי ההגדרה החדשה יהיה אפשר לאכוף כדבר שבשגרה עסקת מכר שבה לא קבעו הצדדים את מחיר הממכר ואת סוגו רק משום שקיימות בנדון הוראות השלמה רלוונטיות. נוסף על זה, 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 המיטבי ועקרון תום הלב.

נזקיה 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 בבירור בשימורה של דרישת המסוימות כחלק מן הגרעין – הכופה – של דיני יצירת החוזה. כלל ההשלמה המהותית מתיר לבתי המשפט להתעלם מדרישת המסוימות כל אימת שהם מזהים מקור השלמה רלוונטי. 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 הייתה עד כה תמציתית ביותר, ולרוב – אוהדת. בדבריי שלהלן ניתן אפוא לראות הרחבה ופיתוח של רעיונות שחלקם זכה לביטוי מזוקק – שלא לומר "מברקי" – בפסקי דין ספורים ובמתי מעט דיונים אקדמיים.¹³² בצד זאת יחדד הדיון נקודה שלא הודגשה דייה 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

131 בעניין זה ראו גם להלן בשתי הפסקאות העוקבות לה"ש 179.

132 הכתיבה האקדמית בנושא תכליותיה של המסוימות הייתה עד כה דלה יחסית, ככל הנראה מתוך הסברה שאלה ברורות, מובנות ואינן שנויות במחלוקת. דיון עומק בסוגיה נעדר אפילו מן המאמרים המעטים שיוחדו בשלמותם לדרישת המסוימות (דויטש "מסוימות", לעיל ה"ש 31; יהלום, לעיל ה"ש 34). תיאור תמציתי ומזוקק של טעמי הדרישה ניתן למצוא בשני החיבורים החשובים שנכתבו אצלנו על דין החוזים הכללי. ראו 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 פרוקצ'יה "פרק ד: חוזים" **הגישה הכלכלית למשפט** 162–163 (אוריאל פרוקצ'יה עורך התשע"ב). הדיון ההלכתי המקיף ביותר בחשיבותה של המסוימות ובטעמיה התקיים בפרשת **חברה קדישא**, לעיל ה"ש 82, פסק דינו של השופט גרוניס. בעיקרי החידושים הגלומים בפסק הדין דנתי במאמרי Adar, *Law of Contracts*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 74–77. ייתכן שאת דלות הכתיבה בנושא ניתן לייחס במידת מה לטשטוש הגבולות – הלא 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, בעל פה או בהתנהגות).

133 ראו להלן תת-פרק ג.4.

134 ראו לדוגמה ע"א 294/91 **חברת קדישא גחשא** "קהילת ירושלים" נ' **קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, פס' 25 לפסק דינו של השופט ברק (1992); ע"א 239/92 **"אגד"** אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ

חופש העיצוב – החופש של הצדדים למשא ומתן לעצב כפי רצונם את תוכן החוזה שייכרת ביניהם (אם ייכרת).¹³⁵ דרישת המסוימות מממשת את חופש העיצוב ושומרת עליו מפני פגיעה לא מידתית. היא מבטיחה שקווי המתאר הבסיסיים של העסקה ייקבעו בידי הצדדים עצמם ולא לפי החלטה של גורם אחר (לדוגמה: המחוקק, בית המשפט או הקהילה העסקית).¹³⁶ היא מבקשת למנוע מצב שבו בתי המשפט יתבקשו תדיר לאכוף – ואף יימצאו אוכפים בפועל – התחייבויות שתוכנן עלול להיות שונה מהותית מתוכן ההתחייבויות שצד להסכם היה יכול לשער, כאדם סביר, שהוא עשוי לקבל על עצמו בעת שהביע את התחייבותו לעסקה.¹³⁷

לעומת זאת כלל ההשלמה המהותית מסכן את חופש העיצוב וחושף אותו לפגיעה קשה ולא 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 שבנוגע אליו נשקלת השלמה נורמטיבית מרכזי יותר. השלמה מהותית עשויה בנקל להפוך עסקה בעלת פוטנציאל כלכלי עבור אחד הצדדים (או עבור שניהם) לעסקה לא כדאית. היא עלולה לכבול צד בקשר חוזי מבלי שרצונו להתחייב הגיע לאותה דרגה מינימלית של גיבוש המאפשרת

ג' משיח, פ"ד מח(2) 66, פס' 2–4 לפסק דינו של השופט לוי (1994). חופש ההתקשרות נתפס אצלנו כעקרון יסודי עוד בטרם זכה למעלה של עיקרון חוקתי. ראו לדוגמה, את דברי השופט אלון בד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג(1) 441, 474 (1982) (שסבר כי עמדת שופטי המיעוט באותה פרשה סתרה "עקרון יסודי של תפיסתנו המשפטית-חברתית בדבר חופש ההתקשרות").
135 להגדרת חופש העיצוב ולהבחנה בינו לבין חופש ההתקשרות ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 21–22.

136 כוונתי כאן לאפשרות של היזקקות לנוהג (כללי).

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

138 על הממד הפיקטיבי שיש בייחוס התוכן של הוראות ההשלמה החקיקתיות לצדדים עמדו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 280 (בטקסט הסמוך לה"ש 41). ביקורת על השימוש בהוראות השלמה המושתתות על מושגי סתום בשל סטייתן מרצונם האקטואלי של הצדדים הציג הנשיא גרוניס בפרשת **חברה קדישא**, לעיל ה"ש 82, פס' 15–16 לפסק דינו. יש להודות כי רמת הפיקטיביות הכרוכה בייחוס הסדרי הדין המשלים לכוונת הצדדים עשויה להשתנות לפי מקור ההשלמה שבו מדובר. לעומת נהג, ובייחוד נהג פרטי שבין הצדדים, שאכן עשוי לקלוע לכוונתם המשווערת, קשה יותר להניח התאמה כזו כשמקור ההשלמה הוא נהג 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 נהג.

139 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").

לראותו ככזה המבטא גמירת דעת.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 בסוג 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 לקבל על עצמו. מודעות לנטלים אלה חיונית כדי שכל אחד מהצדדים יוכל להעריך – לפחות בקירוב – 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 של 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 גדול מהתועלת שהצד המבקש לאכוף את העסקה צפוי להפיק ממנה, מתרחשת תוצאה לא 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

140 ניתן לראות שאני קושר כאן בין דרישת המסוימות לבין הדרישה לגמירת דעת. "תיאוריית קשר" זו עומדת במרכז מאמרי אדר "גמירת דעת ומסוימות", לעיל ה"ש 2.

141 על הקשר ההדוק בין שני החופשים עמדו שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 21, 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".

142 הניתוח שלהלן חופף רק בחלקו את הניתוח של בן-שחר ופרוקצ'יה, 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 גבריאלה 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 שבליבת העסקה, קיימת הסתברות גבוהה שקביעה כזו תהפוך את העסקה ללא 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 קדאי אפילו לאותו צד. כך יקרה, לדוגמה, כאשר מוכר מבקש אכיפה של הסכם מכר במחיר שקבע שמאי מטעמו, אלא שבדיעבד נקבע המחיר בידי שמאי מטעם בית המשפט, באופן שהופך את העסקה ללא 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 **לויין נ' שולר**, פ"ד נז(3) 193 (2003).

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 יחוסר יושלם נורמטיבית. נטייה כזו עלולה בתורה להגדיל את הסיכוי לאי־הבנות ולמחלוקות 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 ולא פורמליים. זאת בשל החשש שכל מצג או סיכום ביניים – אפילו חלקי וגולמי – יוכל לשמש בסיס לתביעת אכיפה בידי הצד השני.¹⁴⁵ בעקבות זאת עלול להצטמצם דרמטית מספר המשאים ומתנים הלא פורמליים, מה שעלול לגרום להחמצת הזדמנויות כלכליות. לחלופין, תתייקרנה העלויות הכרוכות בניהולם של משאים ומתנים, בין משום שהצדדים יתנהלו ביתר זהירות וביתר היסוס 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 משפטי.

מלבד התכליות 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 לא מסוים, שכן תוצאותיה של פנייה כזו ידועות מראש.¹⁴⁷

רציונלים אלה של דרישת המסוימות – המוסריים, הכלכליים והמוסדיים – מקופלים בפסקה יחידה שכתב השופט שלמה לויין בפרשת לויין.¹⁴⁸ באותה פרשה סירב בית המשפט, בדעת רוב, להשלים נורמטיבית את מחיר הממכר בעסקת מכר מקרקעין חרף העובדה

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 אדר "מגמות ותנודות", לעיל ה"ש 34, בעמ' 44–54.

146 לטענה כי כך ראוי, לפחות בהקשר של עסקת המקרקעין, ראו מאוטר "החווה המקצועי", לעיל ה"ש 26.

147 השיקול המוסדי הנזכר בטקסט מודגש בדברי השופט לויין בפרשת לויין, לעיל ה"ש 144 (המובאים להלן בטקסט הסמוך לה"ש 149).

148 שם.

שהתזקה בנכס כבר עברה לידי הקונים ושחלק 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 גודלת 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

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 מינימלי הדרוש כדי לעמוד בדרישת המסוימות היא לעת הזאת שאלה פתוחה, ומטבע הדברים ייתכנו בעניין זה גישות שונות.¹⁵¹ אף שאין זה המקום להעמיק, אציע להגדיר עניין מהותי כנושא שאדם סביר בנעלי המתקשר הנוגע בדבר היה מעדיף להימנע מלהיכנס לעסקה הנדונה מלכתחילה, אילו ידע מראש שחסר הנוגע לאותו נושא יושלם בדיעבד באופן נורמטיבי. בתמצית, עניין מהותי הוא עניין שקיים סיכון סביר שהשלמתו הנורמטיבית

149 שם, פס' 4 (ההדגשות הוספו). הצורך בשימורה של רמת ודאות מינימלית באשר לתוכנם של הסכמים הודגש בדברי השופט ברק בפרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12, פס' 7 לפסק דינו. החשש מפני פגיעה בוודאות המשפטית עקב היוקת מוגזמת להוראות הדין המשלים לשם השלמה נורמטיבית, בייחוד כשזו נעשית על יסוד סטנדרטים עמומים של סבירות, הודגש בידי השופט (כתוארו אז) גרוניס בפרשת חברה קדישא, לעיל ה"ש 82, פס' 15–16 לפסק דינו (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").

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 שומרנוני, לעיל ה"ש 20, פס' 7 לפסק דינו: "הלכה ידועה היא, כי זיכרון-דברים העומד במבחן המסוימות מקיים בכך גם את דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין". בדומה לזה ראו את דברי השופט שמגר בע"א 686/83 אליסאן נ' חברת יעקב יהלומי בע"מ, פ"ד מא(4) 160, פס' 5 לפסק דינו (1987). על טשטוש הגבולות בין הדרישות עמדתי לעיל בה"ש 132.

151 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 106.

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 במידה ניכרת, ושהשימושים וההנאה שאנשים שונים עשויים להפיק מאותה קרקע הם שונים דרמטית. 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 במידה ניכרת 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 ישלימם 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 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

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 הטרנס-חזיי").

153 לעומת זאת מועדי התשלום, רישום הזכויות ואפילו מועד העברת החזקה – אף שעשויה להיות להם חשיבות לא מבוטלת, בייחוד בעסקות גדולות – הם נתונים שקיים יסוד להניח שהם בעלי השפעה דרמטית פחות על כדאיות העסקה מבחינתם של המוכר ושל הקונה. זאת, משום שלפחות במקרה הטיפוסי, כדאיותה של עסקת המכר אינה נגזרת מהם במישרין ואינה מושפעת מהם כפי שהיא 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 שבעסקה הספציפית היו מועדי התשלום מהותיים עבור אנשים סבירים בנעליהם של הצדדים. לעניין זה ראו גם להלן תת-פרק ה.2(ה). הניסוח ההלכתי הקרוב ביותר למבחן המוצע בטקסט, מופיע בפסק דינו של השופט פוגלמן בע"א רונברג (לעיל ה"ש 20, פס' 14), שם הציע להגדיר "פרטים מהותיים" ככאלה ש"מסתברת יותר המסקנה שאילו היתה מתעוררת מחלוקת לגביהם המשא ומתן לא היה מבטל לכדי הסכם מחייב". אומנם 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 אגב הסמכת בית המשפט להסדירו בדיעבד.

154 קרי, בהינתן דין משלים רלוונטי וכפוף לכך שכוונת הצדדים להתחייב משפטית ברורה.
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, פס' 13 (נבו 20.11.2019), שבו הוזכרה האפשרות של "חווה סגור עם התניה מלאה: חווה ממצה שכל תנאיו מוגדרים באופן ברור ונהיר, והוא איננו זקוק לפרשנות יצירתית". 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)" משפטים נא 81 (התשפ"ב).

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; שנית, 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", "לא מהותיים" וכיו"ב). מושגי שסתום אלה – שיציקת תוכן קונקרטי לתוכם היא אתגר שיפוטי מן המעלה הראשונה – מאפשרים לבית המשפט לווסת ולאזן בגמישות – וברגישות – בין החשש מכפייה שיפוטית של עסקה על צד שייתכן 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 – מפני היסחפות למצב שבו אגב השלמת ההסכם יימצא בית המשפט "כורת חוזה עבור הצדדים", כלומר יוצר בהבל פיו (בעזרת דין חיצוני משלים) את הבסיס הכלכלי להתקשרות החוזית.¹⁶⁰ למרבה הצער,

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 החופשי.

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 שבת 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 ללא מהותיים, קשה לצפות מבתי המשפט להשקיע משאבים ומאמצים בכיוונים אלה.

159 כפי שנעשה כבר בפרשת **זנדבנק** (לעיל ה"ש 9), ובפרשת **קפולסקי** (להלן ה"ש 192) שתידון להלן בתת-פרק ה.1.(ב).

160 בהקשר זה נביא מדברים יפים שאמר השופט חיים כהן בפרשה שנדונה בבית המשפט העליון עוד בטרם נכנס לתוקפו חוק החוזים. ראו ע"א 694/69 **מגידו נ' "דיוור חן", חברה קבלנית לבניין בע"מ**, פ"ד כד(2) 6, פס' 4 לפסק דינו (1970): "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 ייקבע בחוזה". דברים אלה הובאו בהסכמה בע"א 285/75 **זינגר נ' קימלמן**, פ"ד (1) 804, פס' 4–5 לפסק דינו של השופט בייסקי (1976), שם הפך בית המשפט העליון פסק דין מחוזי שהשלים עבור הצדדים עניינים שנחזו בעיני בית המשפט העליון כ"שייכים לעניינים המהותיים

בעשורים האחרונים הלכה ופחתה התדירות שבה מושמעת האזהרה האחרונה, ולא בכדי: כלל ההשלמה המהותית כרסם כרסום ממשי בחשיבות ההבחנה בין פרטים מהותיים לכאלה שאינם מהותיים והעמיד בספק את עצם הרלוונטיות שלה. בנסיבות אלה, אין תמה 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 תכליתיה 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 לגרום כי מקום שצדדים להסכם הביעו בביורור 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.

שרק למתקשרים לקבוע בהם מתוך הסכמה". השופט בייסקי התייחס שם במפורש להשלמת מועדי התשלום והוצאות המיסים, ועולה מדבריו כי אף שעניינים אלה נכללו ב"רשימת עצינוני", הרי אין הם "מהותיים" כאותם פרטים הנוגעים למהות העסקה עצמה ולמחיר הממכר – נתונים שלדעתו אינם ניתנים להשלמה. פסק הדין בפרשת **זינגר** (שם) ניתן לאחר חקיקת חוק החוזים, אך נפסק על יסוד הדין הקודם. ועם כל זאת, לעיתים נדירות שב בית המשפט העליון ומדגיש את חשיבות ההבחנה בין פרטים מהותיים ללא מהותיים כשהוא מזהיר מפני השלמה של הסכמים בנקודות מהותיות. לדוגמה, בראשית שנות התשעים, לאחר שכלל ההשלמה המהותית כבר קנה לו אחיזה, סירב בית המשפט העליון להשלים נורמטיבית את התמורה הכספית שתשולם ליום בגין שירותיו, אגב הסתייעות בשיעורי התגמול הנהוגים בתחום היזמות. ראו ראו ע"א 3666/90 **מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה**, פ"ד מו(4) 45, פס' 12 לפסק דינו של השופט מליץ (1992), בקובעו: "בנוהג בלבד לשלם ליומים כ-10% עד 15% מערך הפרויקט לא סגי [...] הנוהג מקובל בדיני החוזים ככא להשלים פרטים חסרים בהסכם קיים [...] יחד עם זאת, הנוהג כשלעצמו אינו יכול ליצור חוזה יש מאין בין צדדים שאין ביניהם הסכם מלכתחילה" (ההדגשה הוספה). גישה זו מתיישבת עם ההלכה המצמצמת להשלמה מכוח נוהג. ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 84. השוו לדברי ההזרה הכלליים שהשמיע השופט עציוני בדבר השלמה נורמטיבית בכלל בע"א 18/77 **בית חלקה 731, גוש 6668 בע"מ נ' מיכשאוילי**, פ"ד לב(2) 57 (1978). גם בעשורים האחרונים – ואפילו בעשור האחרון – ניתן למצוא פסקי דין שבהם נמנע בית המשפט העליון מלהיזקק להוראות השלמה כדי להשלים פרטים שנחזו בעיניו מהותיים, לעיתים אגב סירוב מפורש לעשות כן. כך היה בפרשת **לויץ** (לעיל ה"ש 144), שבה בדעת רוב הזכיר השופט שלמה לויץ את סעיף 46 לחוק החוזים, אך סירב להשתמש בו חרף הנחתו שיסוד גמירת הדעת התקיים לכאורה (שם, פס' 4). על נטייה מסוימת לכיוון השמרני המתגלית בעשור האחרון עמדו גם שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 177–178. פסקי הדין השמרניים ביותר, לפחות מבחינה רטורית, ניתנו מפי השופט גרוניס בפרשת **חברה קדישא**, לעיל ה"ש 82, ומפי השופט דנציגר ברע"א 239/10 **באום נ' כנפי פו תעופה ותיירות בע"מ**, פס' 26 לפסק דינו (נבו 12.10.2009). גישה שמרנית משתמעת גם מעמדת שופטי הרוב בפרשת **עדני** (לעיל ה"ש 30), שבה דנתי במאמרי אדר "מגמות ותנודות", לעיל ה"ש 34, בעמ' 44–54. גישה זהירה עולה גם מדברי הנשיאה נאור בדנ"א **רוזנברג**, לעיל ה"ש 20, פס' 10 לפסק דינה (המובאים לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 83), וכן מפסק דינה של השופטת ברק-ארוז בפרשת **דניאל**, לעיל ה"ש 79 (שם סירב בית המשפט, להשלים פרט שנגע בהסדרי המיסוי, משום שאלה נחזו כפרט מהותי באותה עסקה).

162 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 134.

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 "תאוריית הרצון" הקלאסית (Will Theory) בגרסתה הגולמית והקיצונית, זו שביקשה להצדיק את מכלול דיני החוזים בעזרת הרציונל של חופש הרצון וחופש הבחירה.¹⁶³ השקפה זו אבד עליה כלה, וספק אם אי פעם השתקפה בדין הנוהג.¹⁶⁴ 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 רטרורית 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, תאורתית אין כל

163 לדיונים בתאוריית הרצון ובגרסתה המודרנית המרוככת ראו למשל Anthony T. Kronman, *A New Champion for the Will Theory*, 91 YALE L.J. 404 (1981) (המציג ומבקר את חיבורו המפורסם של צ'רלס פריד. ראו CHARLES FRIED, *CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION* (1981). לסקירות כלליות ראו למשל Luis Muniz-Arguelles, *A Theory on the Will* (1981). *Theory: Freedom of Contract in a Historical and Comparative Perspective*, 52 REV. JUR. U.P.R. 249, 254–259 (1983). ראו גם Patrick S. Atiyah, *The Liberal Theory of Contract*, in ESSAYS ON CONTRACT 121 (1998). כן ראו בתמצית שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 23–24.

164 פרידמן וכהן מהדורה שנייה, לעיל ה"ש 34, בעמ' 25: "לתורת הרצון נודעה השפעה ניכרת על החשיבה המשפטית ועל דיני החוזים, אולם בצורתה האידיאליסטית, 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". והשוו לדברי המלומד האמריקאי בחיבורו H. C. C., Jr., *Unconscionable Sales Contracts and the Uniform Commercial Code, Section 2-302*, 45 VA. L. REV. 583, 592 (1959): "[a]bsolute freedom of contract is no more than a nineteenth century ideal; one which has never existed in our law".

165 Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553, 562 (1933): "[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".

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

167 Cohen, לעיל ה"ש 165, בעמ' 560: "[M]ere freedom as absence of restraint, without positive power to achieve what we deem good, is empty and of no real value". 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. ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 8: "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".

מניעה שהציבור, באמצעות נציגיו המוסמכים (או שליטיו במשטר שאינו דמוקרטי), יקצה את הזכות לקבוע אם הסכם פלוני הוא אכיף לצדדים לאותו הסכם. ברם להחלטה כזאת יהיו מחירים חברתיים גבוהים ביותר, ששום מערכת משפטית לא תרשה לעצמה לשאת בהם.¹⁶⁸ אמת זו עולה בכירור מדין החוזים הנוהג. בראש ובראשונה היא משתקפת בכך שדיני הכריתה הם בבסיסם כללי כוח כופים.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 בהיעדרה של גמירת דעת – או כי "גמרו בדעתם" – ברי שעמדתם בלבד לא תכריע את הכף.¹⁷² עד כמה שתקור לשיטת

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 בפרשת **בית יולס**, לעיל ה"ש 134, פס' 16 לפסק דינו: "חופש ההתקשרות אינו חופש מוחלט. ככל זכות יסוד חוקתית, זהו חופש יחסי. יש לאזן אותו כנגד חופשים אחרים וכנגד אינטרסים אחרים, הראויים להגנה". בדומה ראו גם ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 99, בעמ' 78–79. הניסוח הקלאסי של ההבחנה בין כללים ועקרונות במשפט מופיע אצל RONALD M. DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 22–28 (1978). לדין מעמיק בהבחנה זו ולהצעה לפירוש שונה שלה, 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 EUR. REV. CONT. L. 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 בנוגע להליך כריתת החוזה, צורתו, שלביו ומועד שכלולו המדויק. כפוף 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 למסגרת 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 שפיטות, 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 ה"ש 169).

172 הגם שגמירת הדעת קשורה בטבורה לרצונם הפרטי של המתקשרים, אין לזהותה עם רצון זה. ראשית, לא כל רצון שיביע 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 אינה הכוונה האמיתית אלא ההשתקפות האובייקטיבית שלה בהצהרה החיצונית. הניסוח המדויק ביותר של המבחן

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 שבבסיסו. 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 – ובעקפין 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, ושכרו של חופש החוזים יצא 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

האובייקטיבי מצוי בדברי הנשיא שמגר (בדעת מיעוט) בע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב – אחים פרץ בע"מ נ' בוחבוט, פ"ד מז(1) 357, פ"ד 4 לפסק דינו (1993). המבחן הפך להלכה בפסק דינה של השופטת ביניש בע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון בראשי, פ"ד נב(2) 582, פ"ד 8 לפסק דינה (1998).

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

174 תובנה זו זכתה להכרה חקיקתית אפילו בקודקס הצרפתי, שנתפס כמשקף את תורת החוזים הקלאסית. במסגרת הרפורמה שעברו דיני החוזים בשנת 2016 הוספה לדיני הכריתה הוראה מפורשת בזה הלשון: "Contractual freedom does not allow derogation from rules which are an expression of public policy". ראו (Fr.) art. 1102 [CIVIL CODE] [CIVIL CODE] [C. CIV.] (להלן: הקודקס הצרפתי). לתרגום של הקודקס הצרפתי לאנגלית ראו JOHN CARTWRIGHT, BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON & SIMON WHITTAKER, THE LAW OF CONTRACT, THE GENERAL REGIME OF OBLIGATIONS, AND PROOF OF OBLIGATIONS (2016), <https://bit.ly/3DnWeiZ>.

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 אדר "גמירת דעת ומסוימות" (לעיל ה"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.

6. נזקיה 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 להביא בפני הקורא את הנזקים שהכלל האחרון הסב – ועלול להמשיך להסב – לדיני כריתת החוזה. אפתח בסיכון הכרוך באפשרות שהכלל ייושם בפועל ואעבור לתיאור הנזק המוחשי שלדעתי כבר נגרם בשל עצם ההכרה הנמשכת בכלל ההשלמה המהותית.

(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 המנוגדות 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 בפריסתן 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. ואומנם חוקרים חשובים העריכו כי בתי המשפט מיישמים בפועל – אפילו בשכיחות רבה למדי – את הסמכות הקנויה להם לבצע השלמה

הקובע שבהיעדר הסכמה על המחיר רשאי הנושה לקבוע אותו חד-צדדית אגב הפעלת שיקול דעת הוגן וסביר. חרף זאת, סקירה מקיפה של מגוון דרכי הטיפול בדרישת "ההסכמה המספקת" בדיון הנוהג במדינות האיחוד האירופי מלמדת שברובן המכריע הסכמה אמורפית לא תיאכף – גם לא כשהשלמה נורמטיבית היא, לכאורה, אפשרית (ראו DCFR). עיגון חד-משמעי לדרישת המסוימות קיים גם בעקרונות Unidroit (משנת 1994), מפעל האחדה בין-לאומי מטעם ארגון האומות המאוחדות, המתיימר לשקף עקרונות וכללים משותפים החלים על חוזים מסחריים במדינות מכל רחבי העולם. ראו UNIDROIT PRINCIPLES 2016 Art. 2.1.2, הקובע כי: "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" (ההדגשה הוספה). נראה שעמדת ה-Unidroit – כמורה כעמדתו של חוק החוזים שלנו – הושפעה מגישתה של האמנה בדבר מכר טובין בין-לאומי, שגם בה מנוסחת דרישת המסוימות ניסוח נחרץ וחד-משמעי, אגב התייחסות מפורשת לפרטים שבלעדיהם לא תיחשב הצעת מכר מסוימת דייה (זיהוי הנכס, הכמות והמחיר). ראו United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), art. 14(1), Apr. 11, 1980, 1489 U.N.T.S 3, 59 (להלן: אמנת וינה) "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" (ההדגשות הוספו). אמנת וינה אושררה בכנסת ואומצה אצלנו כלשונה בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999 (להלן: חוק המכר הבין-לאומי).

178 חקירה כזו אני עורך במאמרי אדר "השלמה מהותית", לעיל ה"ש 124.

מהותית של הסכמים חסרים.¹⁷⁹ אם השערה זו מתארת נכונה את המציאות המשפטית, הרי ש"הלכת" ההשלמה המהותית כבר פגיעה פגיעה של ממש בערכים שאותם נועדה דרישת המסוימות לקדם. הטעם פשוט: כל פסק דין המיישם את כלל ההשלמה המהותית פוגע בערכי הליכה 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 רשמית בית המשפט ממשיך לשלם מס שפתיים לדרישת המסוימות, הרי שבפועל הוא עוקף אותה לעיתים קרובות – כל זאת בניגוד לכלל יסוד של דין הכריתה האוסר עליו לעשות כן. במסר כפול כזה יש משום פגיעה בעקרון היסוד של שלטון החוק – המחייב גם את בתי המשפט. בה בעת יש בהתנהלות כזו כדי לפגוע בערכי השקיפות והיושרה השיפוטיות, שהן מאבני היסוד שעליהן מושגת אמון הציבור בשופטיו.

מנגד, ניתן להעלות השערה הפוכה, שאותה אבקש אני להציע כאן. להערכתי, דווקא משום שכלל ההשלמה המהותית פוגע פגיעה כה קשה וחמורה בערכי היסוד של דין החוזים – וספציפית בכלל היסוד המוכר והמוצדק של המסוימות – קשה לצפות ששופטים ופוסקים ייטו ליישמו באופן שכיח. אזכיר: 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, בהיעדרו של ממצא אמפירי שיוכל לתמוך באחת משתי 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, 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 בנוגע להשלמה שיפוטית על יסוד עקרונות הלכתיים. גם במסגרתן של דוקטרינות אלה (דוגמת עקרון תום הלב ודוקטרינת הקיום המיטבי) קיים – אולי אף ביתר שאת – חשש שבתו המשפט יעקפו את דרישת המסוימות על סמך הגיונו של כלל ההשלמה המהותית.¹⁸²

179 ראו לדוגמה רנר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 42; זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 16, ה"ש 5; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 284.

180 לעניין זה חשיבות גם לצורך פרשנותן של הוראות ההשלמה. ראו להלן תת-פרק ד.2(ג).
181 יתר על כן, אם נכונה התאוריה שביססתי במקום אחר, שלפיה המסוימות היא חלק בלתי נפרד מגמירת הדעת (אדר "גמירת דעת ומסוימות", לעיל ה"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, נוטה אני גם להעריך שהשלמה מהותית תהיה נדירה מאוד.

182 רעיון "הקיום המיטבי" (או ה"אופטימלי"), שתואר בפסיקה כמבוסס על "היגיון טובה לב" (פרשת תמגר, לעיל ה"ש 20, פס' 16 לפסק דינו של השופט אור), נשען על התזה שלפיה צד להסכם אינו יכול

(ב) נזקיה המוחשיים של ההכרה ב"הלכה"

בשורות הבאות אטען כי אפילו בהנחה שכלל ההשלמה המהותית אינו מיושם הלכה למעשה בפסיקה – הנחה הראויה כאמור לבדיקה אמפירית – עדיין מסיבה 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 – יצר 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? מלבד חוסר 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 לפניו 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 בהיעדר עקיבות כה בוטה?

למותר לציין כי אי-הוודאות והיעדר 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 לא 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**,¹⁸³ סמוך לאחר הקביעה כי מבחן המסוימות תובע "מפגש רצונות ביחס לתנאים המהותיים והחיוניים של העסקה", ממשיך בית המשפט וקובע ממש את היפוכו של הדבר:

להתנגד להשלמה הקובעת הסדר משלים שהוא הנוח ביותר עבורו. ראו פרידמן וכהן מהדורה שנייה, 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") עמדתי בקצרה במאמרי אדר "מגמות ותגובות", לעיל ה"ש 34, בעמ' 50–52 (ובמיוחד בעמ' 52, ה"ש 26). לטעמי, ביקורת זו תקפה ויפה גם באופן כללי יותר, קרי גם בהיעדרה של "הסכמה להסכים" על העניין הלא 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** (נבו 19.4.2020). בפסק הדין, ביצע בית המשפט העליון השלמה נורמטיבית של מחיר הנכס (דמי החכירה) – עניין מהותי לכל הדעות – והעניק לצד לחוזה אופציה לשלל חוזה חכירה ארוך טווח מכוח סעיף 12 לחוק החוזים. הפסק יידון ברשימה נפרדת שעליה אני שוקד, אך קיומו הוא עדות מוחשית לסכנות שתארת לי עליל.

183 פרשת **חלאק**, לעיל ה"ש 80.

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.**¹⁸⁴

אפילו נניח שמדובר בפליטת קולמוס, עדיין לא ניתן שלא להתרשם מן הקלות המופלגת שבה בית המשפט העליון גולש-זורם במסגרת אותה פסקה (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 מאמר זה לביטוי מובהק – שלא לומר צורם. נקבע שם, אומנם 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 מגננוני השלמה".¹⁸⁵ אתמהה: אם אכן נפגמה המסוימות בשל היעדר הסכמה על נושא מהותי, כיצד 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,¹⁸⁶ כלל ההשלמה המהותית נזכר בפסיקה בסמיכות מפתיעה לדרישת המסוימות, קִשָּׁל היה אפשר במעשה להטוטים טטורי להאפיל על התהום העמוקה הפעורה בין שניהם.

לסיכומה של נקודה זו, אי-הוודאות וחוסר העקיבות המאפיינים זה עשורים רבים את הפסיקה בסוגיה כה יסודית הופכים את הוראת הדין, את מתן הייעוץ המקצועי בנוגע אליו ואת ההכרעה על פיו למשימות מתסכלות ביותר – שלא לומר חסרות תוחלת.¹⁸⁷ לבר 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. לעומת תחומים אחרים של דין החוזים שזכו לפיתוח הלכתי ניכר בעשורים האחרונים, דיני המסוימות מצויים זה כארבעה עשורים במצב של סטגנציה טוטאלית כמעט. בניגוד לתחומים שבהם התפתחה מתודה, נבנו מושגים, הוצעו מבחנים ומבחני עזר ונבנו קטגוריות או פרדיגמות טיפוסיות, קשה לזהות התקדמות דומה בדיני הכריתה בכלל ובדיני

184 שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (ההדגשה הוספה).

185 פרשת **עדני**, לעיל ה"ש 30, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית. באותו מקרה בחר שופט המיעוט להשלים את החסר מכוחו של עקרון הקיום המיטבי (שם, פס' 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, פס' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

186 ראו במיוחד לעיל תת-פרק ב.1(ב).

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

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 – מוסיפה להיות מוטלת בספק, ושבה בהיעדר 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 שלא זכו עד היום להיבחן לעומקן: מהן תכליותיה של דרישת המסוימות? מהו היחס בינה לבין הדרישה לגמירת דעת? מהו המבחן שלפיו ייקבע אם עניין כלשהו שהסכם פלוני שותק בנוגע אליו 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 עסקות שונים, שמא מבחנה של המסוימות לעולם ייקבע אד הוק?

מתברר כי שאלות אלה כולן – ושאלות חשובות נוספות¹⁸⁸ – 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 עימן, ואשר מתן מענה מושכל עליהן הוא בגדר האפשר. ברם במציאות המשפטית הכאוטית שאליה 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 יבנה בית המשפט עבור הצדדים את כל מה שהחסירו הם. תסריט כזה – שהוא תרחיש בלהות עבור מי שחופש החוזים יקר לליבו – עשוי אולי להיראות למאן דהו דמיוני או אבסורדי. ברם בהתחשב במגוון אמצעי ההשלמה החקוקים וההלכתיים ובשל המצב הכאוטי שבו נתונים דיני המסוימות שלנו סביר להניח שאל בתי המשפט כבר הגיעו – ועוד יגיעו – תביעות רבות לאכיפתם של הסכמים בוסריים מעין אלה.¹⁸⁹

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.

188 שאלה מרכזית נוספת שטרם זכתה להתלבן בפסיקה היא זו: 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 אדר "גמירת דעת ומסוימות", לעיל ה"ש 2 (ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 137–140).

189 פרשת סלע (לעיל ה"ש 182) ממחישה היטב את הסיכון להתממשותם של תרחישים כאלה, שדין כריתה עקיב עשוי לצמצמו.

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 בדין 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 מלראות בהן הסמכה ברורה לביצוע השלמה מהותית? במענה לקושיה זו יציג הדיון פרשנות תכליתית חדשה להוראות ההשלמה. לפי הפירוש המוצע, הוראות אלה – כולן בלא יוצא מן הכלל – משמשות בסיס להשלמה נורמטיבית של עניינים לא מהותיים בלבד. כפי שאראה, פירוש כזה מתיישב היטב עם לשון החוק, עם מבנהו ועם תכליותיו. אימצו 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 קיבע כלל משפטי שסתר את הנחות היסוד שהיו עצמו ניסח בחדות באותה פרשה?

מתברר כי השופט ברק לא הסביר בפרשת רבינאי את טעמו של הכלל. מחדל זה הוא עצמו מעורר תמיהה. אכן, מי לנו כשופט ברק מקפיד בפסיקותיו על ביאור התכליות והרציונלים הקיימים ביסודו של הדין הרצוי ועל העמדת דין זה על יסודות פורמליים מוצקים? היעדרו של כל ניסיון מצידו של השופט ברק לספק עוגן פורמלי ומהותי לכלל שהציע הותיר חלל תאורטי הטעון השלמה. הניתן למלא חלל זה? הניתן להעלות השערה משכנעת באשר לגורמים שהביאו את השופט ברק לנסח את כלל ההשלמה המהותית ניסוח 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 מארבע פרשות

קודמות.¹⁹⁰ בחינת פרשות אלה תלמדנו שבשלוש מהן אכן נטמנו הזרעים – שמא נאמר זרעי הפורענות – שהצמיחו את כלל ההשלמה המהותית.¹⁹¹

(ב) פתרון החידה

תחנה ראשונה במסענו תימצא לנו בפרשת **קפולסקי**, שנפסקה חמש שנים לפני שניתן פסק הדין בפרשת **רבינאי**.¹⁹² באותה פרשה שלל בית המשפט העליון תוקף חוזי מזיכרון דברים משום שלא כלל התייחסות ברורה לזהות הצדדים ולמהות העסקה. השופט עציוני, שכתב את פסק הדין, ראה לנכון לציין שישה עניינים שבהיעדרם 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 הוראה אחרת עליהם בחוק [...] רק מסמך כזה, על כל הפרטים החיוניים הללו, יעלה בקנה אחד עם כוונת המחוקק ועם ההסדר הרצוי בעסקות מקרקעין.¹⁹³

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

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

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

בפרשת קאדרי המפורסמת (משנת 1976)¹⁹⁴ 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 היעדר התייחסות למועדי התשלום ולמרכיבי המס של העסקה שולל את תוקפה החוזי של ההסכמה המגולמת בקבלה. הטענה נדחתה בידי 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.¹⁹⁵

ניתן לראות כי בדבריו אלה לא הבחין השופט ויתקון בין פרטים מהותיים לכאלה שאינם מהותיים. ברם שתיקתו בנוגע לשאלה זו פתחה פתח טבעי לפירוש מרחיב וליברלי של דבריו. אומנם הפרטים שהושלמו נורמטיבית בפרשת קאדרי לא נגעו בגרעינה של עסקת המכר, קרי במהות העסקה, בזיהוי הנכס או בקביעת המחיר,¹⁹⁶ ברם עצם הנכונות השיפוטית להשלים נחיתה בשעתה – במידה של צדק – כנסיגה ברורה מ"הלכת עיוני" ומהרוח השמרנית שנשבה ממנה.¹⁹⁷

תחנתנו האחרונה ב"מסע השורשים" היא פרשת מיכקשווילי (משנת 1978).¹⁹⁸ במקרה זה הוכר זיכרון 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 שאימץ בית המשפט העליון קודם לכן בפרשת פולסקי, וקרא לבית המשפט להתנער ממנה. במענה לטענה זו השיב השופט עיוני, שישב בדיון, כי בדבריו בפרשת פולסקי לא התכוון לשלול אפשרות של השלמה נורמטיבית של פרטים חסרים – אפילו כאלה שנכללו ברשימתו – כאשר החוק קובע דרכים להשלים. כראיה לכוננות הזכיר עיוני את התנאי שצוטט ושנזכר לעיל ("אם אין הוראה אחרת עליהם בחוק").¹⁹⁹ הנה כי כן, אביה-מולידה של "הלכת עיוני", שנחשבה בשעתה כמבטאת גישה מחמירה ושמרנית לעניינין של דרישות הכתב והמסוימות, העמיד עצמו בפרשת מיכקשווילי

194 פרשת קאדרי, לעיל ה"ש 69.

195 שם, בעמ' 803.

196 לתמיכה בכך שזהו גרעינה של עסקת המכר ראו את דבריו של גלברד, לעיל ה"ש 110 (שהובאו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 111).

197 ראו לדוגמה את הדיון אצל רנר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 39–40. חדשנותו של פסק הדין שניתן בפרשת קאדרי (לעיל ה"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. השופט זמיר ציין חידוש זה בע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, פס' 7 לפסק דינו (1996).

198 פרשת מיכקשווילי, לעיל ה"ש 161. סמוך לאחר פרסומו נדון פסק הדין ברשימתו המבריקה של מיגל דויטש "השלמת פרטים בחווה מקרקעין" עיוני משפט 248 (התשל"ט) (שאותה כתב עוד כתלמיד).

199 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 193. השופט עיוני אף הוסיף והדגיש כי "אם כוונה זו [להתקשר בחווה] קיימת נוכל להשלים התנאים [ההכרחיים] הללו באותם אמצעים שהחוק קבע" (פרשת מיכקשווילי, שם, בעמ' 60) (ההדגשה הוספה).

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 "הכרחיים" – קרי מהותיים וחיוניים! דא עקא, שעיון מעמיק יותר בפסק הדין **מיכקשווילי** ילמדנו שהשופט עציוני לא העלה כלל בדעתו את האפשרות שעניין הנוגע בליבת העסקה – כגון פרט הנוגע לתיאור הנכס, למהות העסקה או למחיר הממכר – יושלם בהשלמה נורמטיבית. אומנם 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.²⁰⁰

הנחת השופט עציוני היא אפוא שהשלמה נורמטיבית תיעשה רק לאחר **קביעה** כי "החוזה כבר קיים", קרי לאחר שהוכחו יסודות המסוימות וגמירת הדעת. פשיטא אפוא שלשיטתו של עציוני **השלמה נורמטיבית אפשרית רק בנוגע 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 המיסים וזמני הקיום – הם 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 המדויק 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 **חיוניים לקיומו**, ושפירטתי אותם לעיל, יוכל בית-המשפט [...] להשתמש בסמכות ההשלמה שלו לקבוע התנאים החסרים, כפי שהדבר עולה מכוח הוראות החוק.²⁰¹

המסקנה מניתוח שלוש הפרשות דלעיל ברורה: באף אחת מהן לא התכוונו הפוסקים לאמץ כלל שיתיר לבית המשפט להשלים פרטי ליבה שהצדדים חסירו. דא עקא, רצונם של השופטים ויתקון ועציוני בפרשות קאדרי ומיכקשווילי לרכך מעט את רשימת עציוני יצר מתח פנימי בעמדת הפסיקה. זאת משום שבאותה רשימה נכללו מלכתחילה גם תנאי התשלום וענייני המיסוי, שאינם כלולים בגרעינה של עסקת המכר. דרך ראויה להפגת מתח

200 שם, בעמ' 60 (ההדגשה הוספה).

201 שם, בעמ' 61 (ההדגשות הוספו).

זה הייתה לצמצם את הרשימה עצמה. דבר זה היה ניתן להיעשות בלא כל קושי, שהרי כמבואר לעיל, הֶסֶר בפרשת קפולסקי לא נגע באותם נושאים משניים אלא בליבת העסקה (מהותה וזהות הצדדים לה).²⁰²

דא עקא, שבית המשפט בחר בדרך אחרת: הכפפת הרשימה כולה לאפשרות ההשלמה הנורמטיבית. אימוץ טקטיקה זו ליישוב המתח אומנם הסיר את המחסום הלכאורי בפני השלמה נורמטיבית של מועדי תשלום והסדרי מיסוי בעסקות מכר מקרקעין, אך אֵלִיה וקוץ בה: היות שאותה סיפה חלה לפי לשונו על הרשימה כולה, נפתח הפתח לסברה שכל הֶסֶר 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.

הינה כך, כמעט מבלי משים ובעטיו של ניסוח גורף ולא זהיר – הן של רשימת עציוני המקורית והן של הסייג הגורף שנקבע בה – נזרעו בפרשות קפולסקי, קאדרי ומיכקשווילי הזרעים אשר בפרשת רבינאי הצמיחו את כלל ההשלמה המהותית בניסוחו הנחרץ והסופי.²⁰³

(ג) כלל ההשלמה המהותית – אמרת אנב ולא הלכה

אסגור כעת את המעגל ואשוב אל פרשת רבינאי עצמה. עיון בה מגלה שגם כאן – כמו בפרשות קפולסקי, קאדרי ומיכקשווילי, כלל ההשלמה המהותית הובא רק אנב 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 קבע כי פרטיה המהותיים והחיוניים של העסקה נכללו – כולם עד האחרון שבהם – בזכרון הדברים.

202 אם אכן נקבעה הלכה בפרשת קפולסקי (לעיל ה"ש 192), הייתה זו אפוא ההלכה שדרושה הכתב והמסוימות לא תימלאנה בהיעדר הסכמה ברורה בגוף זכרון הדברים על זהות הצדדים ועל מהות העסקה. צמצום הרשימה לא חייב אפוא את השופטים שדנו בפרשות קאדרי ומיכקשווילי (לעיל ה"ש 69 ו-198 בהתאמה) להתנער מהלכת קפולסקי (שם) כדי להצדיק את פסיקותיהם המקילות; די היה, אם היו מבהירים את גבולותיה המדויקים אנב קיצור מתאים של רשימת עציוני המקורית.

203 כשבועיים לאחר שניתן פסק הדין בפרשת רבינאי (לעיל ה"ש 12), 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 הרלוונטית (באותו מקרה נגעה ההשלמה למועדי התשלום בעסקת מכר מקרקעין). כחלק מהדיון הזכירה השופטת בן-פורת 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" (שם, בפס' 5 לפסק דינה). גם הפעם אין בית המשפט מבהיר אם גם פרטים מהותיים וחיוניים ניתנים להשלמה לפי אותה "הלכה מאוחרת". אך ההפניה לפרשות קאדרי, מיכקשווילי (לעיל ה"ש 69 ו-198 בהתאמה) ובממוקד לפס' 7 בפרשת רבינאי (שם), תומכת בסברה שהתשובה לכאורה חיובית. בע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלן בנין, פ"ד מב(2) 285, 278 (1988), שבה השופטת בן-פורת הציגה את "הלכת הפסיקה" שלדבריה מתירה השלמה נורמטיבית של פרטים חסרים, וגם הפעם עשתה כן מבלי להבהיר אם גם פרטים מהותיים ניתנים להשלמה מכוחה.

לפיכך קבע כי בזכרון הדברים התקיימו, בצד הדרישה לגמירת דעת, גם דרישות המסוימות והכתב.²⁰⁴

עינינו הרואות שבניגוד לאופן שבו מקובל לתארו ולתופסו, כלל ההשלמה המהותית לא נקבע מעולם כטעם פסק, ולכן לא עלה מעולם לדרגת הלכה. לפחות בפסקי הדין הראשונים שענינו אותו, לרבות בפרשת רבינאי שבו עוצב בדמותו המגובשת, הופיע הכלל כאמרת אגב נטולת כל תוקף פורמלי.²⁰⁵

דא עקא, למרבה הצער לא רק שהרקע ל"תאונה המשפטית" שתוארה לעיל נעלם עד היום מעיניהן של הפסיקה והספרות, אלא שהאופן הנחרץ והסמכותי שבו נוסחו הדברים בפרשת רבינאי – ובפסיקות שבאו בעקבותיה – יצרו רושם הפוך. הדברים נתפסו מעתה כאסמכתה 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, ושמא נאמר – אף לסיכונים – הגלומים בנטייה השיפוטית להרחיב שלא לצורך את יריעת הדיון השיפוטי, אגב טשטושה של הבחנת היסוד בין טעמי הפסק לבין אמרות אגב אשר מעניינות ומאירות עיניים ככל שיהיו, אינן נחוצות להכרעה השיפוטית.²⁰⁶

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.²⁰⁷ מכאן קצרה הדרך אל המסקנה שעצם קיומן של הוראות כאלה מעיד על הסמכה חקיקתית משתמעת, אולי אפילו מפורשת, להשלמה נורמטיבית של חֲסָרִים – מהותיים ולא מהותיים כאחד.²⁰⁸ הנחה פרשנית זו נחזתה כמעט

204 פרשת רבינאי, לעיל ה"ש 12, פס' 8 לפסק דינו: "הצדדים התכוונו [...] ליצור קשר משפטי מחייב ביניהם וכוונה זו מצאה ביטוייה בזכרון הדברים אשר מסדיר את כל הפרטים המהותיים והחיוניים שבין הצדדים" (ההדגשה הוספה).

205 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 אדר "השלמה מהותית", לעיל ה"ש 124.

206 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, 428–426 (התשס"א).

207 ראו לדוגמה רנר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 42, ה"ש 34 ("עוסקות מרבית הוראות ההשלמה בפרטים מהותיים להתקשרות").

208 ראו לעיל תתי-פרקים ב.2, ב.3.

לכל מי שעסק בסוגיה כמובנת מאליה וככזו המעניקה בסיס פורמלי איתן להלכת ההשלמה המהותית.²⁰⁹

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 חסרים 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 ואת חוסר העקיבות המאפיינים את הדיון ההלכתי והאקדמי בסוגיות המסוימות וההשלמה. כך תיסלל מחדש הדרך לפיתוחם ושכלולם של דיני המסוימות אגב צמצום הדרגתי של אי-הוודאות שאפיינה תחום חשוב זה עד היום.

(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 יסתור את דרישת 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.²¹⁰

כפי שכבר נאמר, את הסתירה בין כלל המסוימות לבין כלל ההשלמה המהותית ניתן ליישב רק בהסגת אחד משני הכללים מפני רעהו. עוד ראינו כי מן הבחינה הנורמטיבית כלל המסוימות עדיף מכלל 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 הקריף 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

209 וגם כבסיס לטיעון הקל וחומר שאומץ בספרות המשפטית כנימוק להחלטה של ההלכה גם על השלמה מכוח נהוג (ראו לעיל תת-פרק ב.2.(ב)).

210 כפי שכבר צוין (לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 19), זו הייתה עמדתו המפורשת של דין החוזים לפני שנחקק חוק החוזים.

מסוגלת לשאת, את אותו הפירוש המתיישב בצורה הטובה ביותר עם תכליתו של החוק.²¹¹ כפי שאראה מייד, לא רק שאין כל קושי לעגן את הפירוש התכליתי המוצע בלשונן של הוראות ההשלמה, אלא שזהו הפירוש המתבקש מלשונן, מניסוחן וממיקומן ה"גאוגרפי" בחוק החוזים.

עיגון 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 לפנינו 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 עקיבות ניכרת בגישת המחוקק כלפי המושג "חוזה" שגם בהקשר של סוגיות אחרות משמש לציון הסכמה שנתקיימו בה לכאורה יסודות גמירת הדעת והמסוימות.²¹²

עוגן חשוב 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.²¹³ לטעמי, הדברים יפים במידה רבה גם להוראות ההשלמה שבחוקי החוזים המיוחדים.²¹⁴

שלישית, בשלוש מהוראות ההשלמה הכלליות שבחוק החוזים התייחס המחוקק במפורש ל"כריתת החוזה" כאל עובדת רקע רלוונטית.²¹⁵ גם בכך גילה המחוקק את דעתו כי הוראות ההשלמה שבחוק החוזים – כמוהן כאחיותיהן שבחוקי החוזים המיוחדים –

211 אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 136 (התשס"ג): "הפרשנות התכליתית שולפת מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות של הטקסט המשפטי את אותה משמעות משפטית המגשימה את התכלית של הנורמה". לניסוח מדויק 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 אינם חוזים כלל, שכן הם משוללי תוקף מעיקרא, מעת כריתתם. נשאלת אפוא השאלה מדוע נקט המחוקק לשון "חוזה" בתארו אותם. תשובה אחת היא כי המחוקק שגה בניסוח. תשובתי אחרת: במושג "חוזה" מתכוון המחוקק הישראלי לתאר הסכמים שלשיטתו קיימו לכאורה את תנאי פרק א' לחוק החוזים (העוסק ב"כריתת החוזה"). בהיעדר עמידה בתנאים מוקדמים אלה, מניח המחוקק שאין להוראות הנ"ל תחולה – או שאין בהן צורך. בדומה לזה ראו את הוראות פרק ב' (העוסקות בביטול "חוזה") ואת הוראות פרק ג' (העוסקות בפירושו ובהשלמתו של "חוזה") לחוק החוזים. גם הוראות אלה עוסקות בהסכמים שעמדו לכאורה במבחני גמירת הדעת והמסוימות.

213 טיעון זה זכה בתמיכת הפסיקה. ראו להלן תת-פרק ד.2(ד).

214 הוראות ההשלמה מופיעות בפרק ב' לחוק המכר (העוסק ב"חייבי הצדדים") ובפרק א', סימנים ב' ו-ג' לחוק השכירות, העוסקים, בהתאמה, ב"חייבי המשכיר" וב"חייבי השוכר".

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

חלות על חוזים, כלומר הסכמים עמדו בדרישות היסוד של גמירת הדעת והמסוימות. לשון אחרת, הסכמת הצדדים על החיובים המהותיים כבר יצרה את החוזה, שנכרת, וכעת מתבקש בית המשפט לקבוע את תוכנם ואת דרכי קיומם של אותם חיובים משניים שהצדדים לא הסדירו. כל זאת מתוך הנחת המחוקק שהיעדר הסכמה על תוכנם של "חיובים" 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 לא קביל לחלוטין (אף שסבורני שהוא מחייב אקרובטיקה לשונית לא מבוטלת). פירוש כזה, שלמיטב ידיעתי לא הוצג עד היום בפסיקה או בספרות, אולי היה מתקבל 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 וסותר את תכליותיה. בהתחשב בהיות הפירוש גם דחוק מבחינה לשונית איני מוצא כל טעם – לא כל שכן כורח – להעדיפו על פני הפירוש הטבעי של החוק, שאותו הצעת.

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.²¹⁶ 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 "חיוב" שבעניינו ההסכם שותק. לפי פשט לשונן ונוסחן של הוראות ההשלמה, אין הן מותירות לבית המשפט שיקול דעת: כשקיים חסר בהסכם, מצווה בית המשפט להשלימו בדרך שעליה מורה החוק.²¹⁷

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 בדבר פרט בעל חשיבות משנית מתבקשת מן הצורך להבטיח את ביצועו ואת אכיפותו של ההסכם שהמחוקק מניח כנתון מוקדם את תוקפו החוזי.

216 כך עולה במשתמע מניסוחיו השגורים של כלל ההשלמה המהותית, מפרשת רבינאי (לעיל ה"ש 12) ואילך. ניסוחים אלה מדגישים את העובדה שאת הפרטים המהותיים "ניתן להשלים" (או שאת הוראות ההשלמה "ניתן להחיל") אך אינם מטילים חובה על בית המשפט לעשות כן. ראו לדוגמה את דברי השופט ברק בפרשת רבינאי (שם), והשופט ולוין בפרשת שומרוני, לעיל ה"ש 20 (המובאים לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 58 ו-75 בהתאמה), וכן את דברי השופט פוגלמן בפרשת ערני, לעיל ה"ש 30 (שיובאו להלן בה"ש 238).

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

(ד) תמיכה הלכתית בפירוש המוצע

הקורא יופתע אולי לגלות שהפירוש המצמצם להוראות ההשלמה זכה בעבר בתמיכתו המפורשת של השופט אהרן ברק. בפסק דינו בפרשת **חסידי**,²¹⁸ שניתן בחלוף שש שנים בלבד מפרשת **רבינאי**,²¹⁹ אימץ השופט ברק פירוש כזה להוראות ההשלמה, יישם אותו, ואף זכה בשל כך לביקורת אקדמית.

בפרשת **חסידי** 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). מאחר שלא 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 היה אפשר וראוי 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 בך קבע שבאי-הכללתו בתנאי המכרז של משך הזמן לקיום העבודות גילתה החברה את דעתה שפרט זה לא היה "נקודה מהותית וחיונית" מבחינתה. אשר על כן, אין מניעה מלהשלים פרט זה בהסתמך על סעיף 41 לחוק.²²⁰ בנסיבות אלה הייתה דרישתה המאוחרת של החברה להגביל את משך הזמן לביצוע החוזה ל-75 ימים "ניסיון חד-צדדי להוסיף תנאי לחוזה [...] שהמערער לא חייב היה להסכים לו".²²¹ מניסוח זה עולה בבירור כי השופט בך 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 בך 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".²²² הגם שדברים אלה נגעו להוראת השלמה ספציפית, טעמם יפה וישים לכלל הוראות ההשלמה שבחוק החוזים ולהוראות השלמה דומות שבחוקי החוזים המיוחדים. השופט ברק בפרשת **חסידי** אימץ אפוא בבירור גישה פרשנית מצמצמת להוראות ההשלמה ברוח זו שהצעתו לעיל. גישה זו כוללת בחובה הנחיה שיפוטית ברורה לבתי המשפט להימנע

218 ע"א 431/82 **חסידי נ' פרוזת**, חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ, פ"ד לט (4) 456 (1985).

219 פרשת **רבינאי**, לעיל ה"ש 12.

220 בהיעדר ראיות פוזיטיביות נדחתה הטענה לקיומו של נוהג פרטי או כללי, אך לא נשללה עקרונית (פרשת **חסידי**, לעיל ה"ש 218, פס' 3 לפסק דינו של השופט בך).

221 שם, פס' 5.

222 שם, בעמ' 463.

מהשלמה נורמטיבית אם יהיה בכך כדי לשכלל את החוזה (בלשונו של השופט ברק – "להקים את החיוב")²²³.

תמיכה נוספת בגישתי הפרשנית עולה במרומוז מפסק דינו המנחה של השופט (כתוארו אז) שמגר בפרשת **זנדבנק**²²⁴ באותה פרשה נדחתה טענה להיעדר מסוימות בעסקה למכר מניות אגב 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 הרלוונטיות, בהעירו כי מדובר ב"חסרונם של הפרטים שהם **משניים לפי טיבם**, בקשר לביצוע העסקה"²²⁵. 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.²²⁶

(ה) הפירוש הצר אינו מיתר את הוראות ההשלמה

פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **חסיד** זכה בשעתו לביקורת אקדמית נוקבת.²²⁷ 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"²²⁸.

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 **חסיד** – 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 תתיתר בשל אימוצו של הפירוש שהצעתי, אם כי היקף תחולתן הפוטנציאלית יצטמצם. הטעם פשוט: כפי שיבואר בסמוך, גם ההוראות הנחזות במבט ראשון כעוסקות בעניינים

223 אודה כי אני מתקשה להסביר את המתח שבין העמדה הפרשנית שהציג השופט ברק בפרשת **חסיד** (שם) לבין נכונותו לאמץ את כלל ההשלמה המהותית שנים אחדות קודם לכן בפרשת **רבינאי** (לעיל ה"ש 12). הייתכן כי בפרשת **חסיד** ניסה השופט ברק לתקן שגגה שיצאה מלפניו בפרשת **רבינאי**?

224 פרשת **זנדבנק**, לעיל ה"ש 9.

225 שם, פס' 6. ב. לפסק דינו של השופט שמגר (ההדגשה הוספה).

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

227 ראו דויטש "מסוימות", לעיל ה"ש 31, בעמ' 341–343, 355–357.

228 שם, בעמ' 357.

מהותיים במובהק (לדוגמה, אלה המתירות השלמה של התמורה הכספית בעסקה), ימשיכו למלא תפקיד חשוב גם לפי הפירוש המוצע. במה דברים אמורים?
 המפתח להבנת טענתי טמון בתובנה הזאת: גם עניינים הנחזים במבט ראשון כמהותיים בדרך כלל (לדוגמה סוג הממכר, ואפילו התמורה הכספית בעדו) עשויים להתברר כלא מהותיים במסגרתה של עסקה ספציפית. עניין זה יודגם ביתר פירוט בהמשך אגב 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 בהתחשב 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 מילא במסגרתה.²²⁹

התפיסה שתיארתי 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, למן המחצית השנייה של שנות השבעים, מגישה מחמירה כלפי דרישות המסוימות והכתב לגישה מקילה וליברלית יותר. שינוי זה בגישתו של בית המשפט העליון מודגם, בדרך מובהקת, בזניחת המאמץ לעצב "רשימות" נוקשות של פרטים "מהותיים וחיוניים" כדוגמת רשימת עציוני שנדונה לעיל.²³⁰ תהליך כזה עבר על נושא המיסוי ותנאי התשלום, שבראשית שנות השבעים הוגדרו מהותיים וחיוניים בכל עסקת מכר מקרקעין,²³¹ אך בהמשך הדרך הושלמו נורמטיבית כמעט כדבר שבשגרה.²³² גורל דומה נפל בחלקם של מועדי המסירה והעברת הבעלות, שחשיבותם הרבה הודגשה בפסיקת העבר.²³³ גם נושאים

229 בעניין זה, שלו וצמח (לעיל ה"ש 5) 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" (שם, בעמ' 177, 180). מעניין 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 ללא מהותיים בשל הנחתם, העוברת כחוט השני לאורכו של הדין במסוימות, כי קאלה כן אלה כפופים להשלמה נורמטיבית.

230 ראו לעיל תת-פרק ד.1. (ב).

231 ראו לעיל בטקסט העוקב את ה"ש 201. דוגמה מובהקת ליישומה של הגישה השמרנית ניתן להביא מפסק דינו של השופט עציוני בע"א 153/74 אברהם נ' חבזה, פ"ד כט(1) 737, 741–743 (1975) (שבו נשלל תוקף חוזי מזכרון דברים שלא כלל התייחסות מספקת ל"ענין מהותי ביותר כמו מועדי התשלום"). כן ראו את פסק דינו של השופט ברנזון בע"א 270/74 ברזילי נ' יורשי גרינבאום, פ"ד כט(1) 658, 661–662 (1974) (שבו על יסוד הלכת עציוני שלל בית המשפט העליון תוקף מזכרון דברים שלא כלל התייחסות למועדי התשלום). עם זאת ראוי לציין כי מדובר בפסקי דין שניתנו על יסוד הדין שקדם לחוק החוזים (הגם שנפסקו לאחר חקיקתו מתוך מודעות להוראותיו).

232 לתהליך זה ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 282–283; רנר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 43 (והאזכורים בה"ש 42).

233 דוגמה מובהקת היא פסק דינו של השופט מני בע"א 651/72 פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתח תקוה בע"מ, פ"ד כח(1) 617, 620 (1974), שם נקבע שכמה וכמה פרטים, ובהם מועדי המסירה והעברת הבעלות בקרקע, הם "תנאים חשובים ועיקריים" שבהיעדר הסכמה עליהם אין להכיר בתקופו של הסכם

אלה החלו להסתמן כבעלי חשיבות משנית, מבחינה זאת שהלכו ותכפו המקרים שבהם התברר כי היעדרם מזכרון דברים במקרקעין לא שלל את תוקפו החוזי.²³⁴ 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 בפרטים משניים²³⁵ רווחה עד לאחרונה הגישה שלפיה תנאי התשלום הם עניין מהותי, לפחות בעסקת מכר מקרקעין.²³⁶ הפסיקה המשיכה לשלם מס שפתיים לגישה הרווחת הגם שבפועל נטתה להשלים במקרים רבים את תנאי התשלום – לעיתים קרובות בהסתמך על כלל ההשלמה המהותית.

והנה, לפני שנים אחדות, בפרשת **רוזנברג**,²³⁷ הבהיר בית המשפט העליון את שהיה ראוי להבהיר שנים רבות קודם לכן: תנאי תשלום אינם בהכרח "מהותיים" ואף אינם בהכרח "לא מהותיים"; מהותיותם משתנה והיא תלויה בנסיבותיה של העסקה הספציפית ובמשקל שתנאי התשלום ממלאים באותה עסקה.²³⁸ כפי שראינו, גם באשר למועד ביצוע של עבודות קבלניות נדחתה בפסיקה הטענה הגורפת שמועד הקיום הוא בהכרח פרט מהותי.²³⁹

- המכר. ראו גם פרשת **ברון**, לעיל ה"ש 203, פס' 2 (ב) לפסק דינה של השופטת בן-פורת, שם נזכר "זמן ההעברה" כפרט הכרחי לעניינה של דרישת הכתב.
- 234 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 הרלוונטיות (שם, פס' 7-9 לפסק דינו של השופט ברק). בפרשת **זנרבנק** (לעיל ה"ש 9), בפס' 6. בפסק דינו, עמד השופט שמגר על הזיקה שקובע חוק המכר בין מועד תשלום המחיר לבין מועד מסירת החזקה בממכר (ס' 21, 23 לחוק המכר). בנסיבות אלה הוכרה ההסכמה על מכר המניות כחווה, הגם שבשני נושאים אלה גם יחד – שנראו לשופט שמגר משניים – לא קבעו הצדדים הסדר בהסכם שביניהם (שם, פס' 6. בפסק דינו). באותה שנה (1976) ניתן גם פסק הדין בע"א 774/75 **עובדיה נ' אדרבי**, פ"ד (3) 533 (1976), שבו הושלמו תנאי התשלום על יסוד סעיפים 23 ו-26 לחוק המכר. בניגוד לפרשת **זנרבנק** (שם), בפרשת **עובדיה** לא נקבע שתנאי התשלום הם עניין בעל חשיבות משנית. בית המשפט (השופט הנדוי) הסתייע בכלל ההשלמה המהותית, בציינו כי כלל זה ריכך את רשימת ענייני (שם, בעמ' 537).
- 235 נושא הדגל של גישה זו היה השופט ויתקון, אשר כבר בפרשת **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 **זנרבנק** (שם).
- 236 לדוגמה, בפרשת **עדני** (לעיל ה"ש 30), אף שדעות הרוב והמיעוט נחלקו בשאלה אם ראוי להשלים נורמטיבית את מועדי התשלום, שררה הסכמה בין השופטים כי לפי ההלכה תנאי התשלום הם פרט מהותי בעסקת מכר מקרקעין (ראו שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית (בדעת המיעוט): "אין חולק כי תנאי תשלום התמורה מהווים יסוד מרכזי לצורך רכיב המסוימות"; והשוו שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן (בדעת הרוב), המזכיר בהקשר זה את רשימת ענייני).
- 237 ע"א **רוזנברג**, לעיל ה"ש 20.
- 238 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן: "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 מניה וביה על היעדר מסוימות. גם תנאי זה ניתן להשלמה [...] ובנסיבות מסוימות הוא עשוי להיות טפל ליתר תנאי העסקה".
- 239 בפרשת **חסידי**, לעיל ה"ש 218, דחה השופט בך טענה זו וקבע: "אין לומר, שבכל התנאים ובכל הנסיבות זמן ביצוע החווה הוא תנאי כה מהותי, עד שבלעדיו לא ניתן לכרות חווה בר תוקף משפטי" (שם, פס' 3

גישת אד הוק לשאלת ה"מהותיות" אומצה לפני שנים אחדות גם לעניינם של הסדרי המיסוי בעסקת מקרקעין.²⁴⁰

הינה כי כן, במעשה – ולעיתים גם במילים מפורשות – הבהירה הפסיקה שלעניינה של המסוימות לא נכון לקבוע מראש רשימה נוקשה 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 אינם כה ספציפיים כפי שניתן לשער במבט ראשון. ביתר פירוט, כל אחד מן הנושאים הללו איננו בהכרח ובכלל 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 דהו במבט ראשון מהותי (לדוגמה, מועד הקיום של חיובי הבסיס של העסקה) עשוי להתברר כעניין שבסוג עסקה מסוים – או בעסקה ספציפית העומדת למבחן – אינו מהותי.²⁴¹ לפיכך עניין זה יהיה נתון להשלמה נורמטיבית גם לאחר אימוץ הפירוש המצמצם שהצעתי. בה במידה, עניין המופיע בהוראת השלמה והעשוי להיראות במבט ראשון לא 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

לפסק דינו). השופט בך אף הוסיף והבהיר שעצם קיומה של הוראת השלמה בנושא זה היא ראייה התומכת במסקנתו זו (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 שנייה, לעיל ה"ש 34, בעמ' 321.

240 כך, בפרשה 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, והמסקנה אפוא תשתנה. ראו פרשת **דניאל**, לעיל ה"ש 79, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז: "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".

241 הדוגמה הטובה ביותר שאני יכול להעלות בדעתי להמחשתה של טענה זו היא זהות הצדדים לעסקה או זהות הצד שעליו מוטל לבצעה. לכאורה מדובר בעניין החשוב ביותר בכל עסקה. אך למעשה ניתן להעלות על הדעת עסקות שבהן זהות הצד המבצע את החיוב – ולעיתים אפילו הצד שקיבל עליו את החיוב – אינה עניין מהותי. דוגמה מובהקת לכך היא הצעה לציבור – בהצעה כזו יסוד המסוימות אינו נפגם חרף היותה של זהות הצד השני לא 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 לא מהותית. הדבר תלוי בהשלכה שיש לזהות המבצע מטעם החייב על כדאיות העסקה מבחינתו של הנושה.

כזה תהיה השלמתו הנורמטיבית בלתי אפשרית לפי הפירוש שהצעתי חרף קיומה לכאורה של הוראת השלמה רלוונטית.

נשאלת השאלה באיזו מידה עשויה תובנה כללית זו להגן על הפירוש שהצעתי 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 וישימות לא רק כשמדובר בהוראות ההשלמה העוסקות במועדי הקיום ובמקום הקיום של חיובי הבסיס של העסקה: הן יפות גם להוראות השלמה העוסקות בחיובי הבסיס עצמם. כוונתי כאן להוראות סעיפים 45 ו-46 לחוק החוזים ולהוראות כאלה או דומות בחקיקת החוזים המיוחדים.²⁴²

הוראות ההשלמה 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 לעיתים 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 כלא מהותיים. כפי שיבואר מיד, כך יקרה כל אימת שהסדר החסר (הנוגע לאובייקט או לתמורה בעדו) מתייחס רק לחלק או למרכיב אחד בעסקה שבין הצדדים – אשר מבחינה כלכלית אינו החלק המרכזי. במילים אחרות, הוראות ההשלמה יהיו רלוונטיות לפי הפירוש המוצע רק כאשר הנכס, הזכות, השירות או טובת ההנאה שבעניינם או בעניין תמורתם הכספית נדרשת ההשלמה הם בעלי משקל כלכלי קטן ביחס למשקלה הכלכלי הכולל של העסקה שעשו הצדדים.²⁴³

אדגים עתה עיקרון זה ואבחין בין השלמה הנוגעת בסוג האובייקט או בטיבו לבין השלמה של התמורה הכספית בעד האובייקט. נפתח באחרונה ונסיים בראשונה. נניח כי פלונית ואלמוני מתקשרים בהסכם למכר של דירה על תכולתה. נניח עוד כי הצדדים קובעים בהסכם ביניהם את מחיר הדירה עצמה מתוך הבנה כי יתנהל ביניהם משא ומתן בנוגע לסכום שישולם בעבור תכולת הדירה (רהיטים, שטיחים, כלי בית וכו'). לאחר מסירת החזקה בדירה, ובטרם הועברה הבעלות בה, מתגלעת מחלוקת בנוגע לשווי התכולה.

242 לעניין תשלום ראוי בעבור נכס או שירות שלא הוסכם על שיעורו ראו ס' 20(א) לחוק המכר (תשלום "מחיר ראוי"); ס' 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 יקום בסטנדרט "מתאים למקובל בנסיבות העניין" (הסעיף בוטל בתיקון תשע"א, שהמיר את הסטנדרט הבינוני שקבע החוק בסטנדרט של "איכות גבוהה בנסיבות העניין"). סעיף 52 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 קבע כי בצוואה שבה הוריש המוריש נכס לא מסוים, יזכה הירש ב"נכס מסוג בינוני".

243 טיעון פרשני זה התקבל לאחרונה על דעתם של שלו וצמח, לעיל ה"ש 5, בעמ' 180, 564.

נניח כי בשלב זה מודיע המוכר לקונה כי בראייתו, בשל החסר בהסכם בנושא זה לא נכרת חוזה בין הצדדים. לפיכך 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 הוא עניין מהותי. לעומת זאת מנקודת מבט רחבה יותר, המביאה בחשבון את העסקה כולה, עשויה התמונה להשתנות. נניח לדוגמה ששווי התכולה הוא 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 בעניין 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 ולקבוע סכום שלדעתו "ראוי היה להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה".²⁴⁴ תביעת ההשבה של המוכר תידחה אפוא, והקונה יהיה זכאי להירשם כבעלים של הדירה ושל תכולתה.²⁴⁵

פתרון משפטי זה נראה לי סביר ומוצדק, שכן בנסיבות המתוארות השלמה שיפוטית של מחיר התכולה אינה צפויה להשפיע דרמטית על כדאיות העסקה כולה לא מבחינת המוכר ואף לא מבחינת הקונה.²⁴⁶ העסקה למכירת הדירה על תכולתה היא אפוא בראייה כוללת "מסויימת כדי אפשרות לכרות את החוזה".²⁴⁷

לעומת זאת תביעות לתמחור שיפוטי של מרכיב שהוא חלק נכבד בעסקה – מבחינת שוויו הכלכלי – ראוי להן שתידחנה בעקביות בידי 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,

244 כלשונו של סעיף 46 לחוק החוזים.

245 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 הייתה תנאי יסודי בחוזה המכר, שבלעדיו לא היה הקונה מעוניין בדירה, או להפך – בלי הדירה לא היה מעוניין בתכולתה). לעומת זאת אם ניתנת העסקה להפרדה לחלקים (הדבר תלוי בדיני הביטול החלקי), יהיה הפתרון המשפטי שונה: במקרה כזה החלק הנוגע לתכולת הדירה יהיה בטל (בהיעדר 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 לא יהיה המוכר זכאי להשבת הדירה עצמה, שכן בחלק (העצמאי) המתייחס למכירת הדירה לא נפל חסר כלשהו.

246 השלמה נורמטיבית עשויה אפוא להיות מוצדקת מנקודת המבט של תכליות הדרישה למסוימות, שנועדו להבטיח כי מערך התועלות והנטלים הבסיסי הנובע מהעסקה יוגדר בידי הצדדים עצמם. בדוגמה דגן הסיכון לפגיעה קשה בחופש העיצוב או ההתקשרות של הצדדים קטן, וגם מנקודת מבט תוצאתנית (שיקולי הכוונת התנהגות ושיקולים מוסדיים) נראה שאין הצדקה עניינית לביטולה של עסקת המכר כולה.

247 כלשונו של סעיף 2 לחוק החוזים.

לא יוכל בית המשפט להשלים נורמטיבית את מחיר התכולה ויאלץ להצהיר על בטלותה של העסקה כולה.²⁴⁸

ניתן לחשוב על דוגמות אנלוגיות נוספות הנופלות בגדרה 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 כמה עבודות או מלאכות שלחלקן לא נקבע שכר וכיו"ב.

פרדיגמה רלוונטית אחרת עניינה במצבים שבהם הצדדים מסכמים את מחיר הבסיס של האובייקט (הנכס או השירות) אך מותירים "פתוח" מרכיב מסוים העשוי להשפיע על מחיר הבסיס – 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 שתנתן, 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 צריכה להכשיל את העסקה כולה? נראה לי שהדבר תלוי בגורמים שונים, אך הדעת נותנת שככל ששיעור ההנחה נמוך יותר, ככל שהמשרעת שקבעו הצדדים צרה יותר, וככל שמחיר הבסיס נמוך יותר, כן יפחת הסיכון לפגיעה בתכליותיה של המסוימות, ולכן תגבר ההצדקה להשלמה נורמטיבית של מרכיב ההנחה.²⁴⁹

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

249 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 גדול ביותר (לפחות מבחינתו של 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 יקבע ששיעור ההנחה הראוי הוא 15% (מעין "מידה בינונית"), יקטן גודל ה"טעות" הפוטנציאלית ל-100,000 ש"ח. ובכל זאת זהו סכום גדול למדי, בעיקר מנקודת מבטו של קונה שהוא אדם מן היישוב. פירוש הדבר הוא שגודל 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, ובית 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.

בעיה דומה עשויה להתעורר כשהמרכיב הנוסף הוא נטל מס שהצדדים לא הגדירו מי מהם יישא בו.²⁵⁰ העיקרון המנחה כאן צריך, לטעמי, להיות דומה לזה שהצעתי להחיל על פרדיגמת ה"הנחה".²⁵¹

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 מעניין ומועיל לבדוק את רקען החקיקתי ואת הרציונל שהניע את המחוקק לאמצן בחוק הישראלי. בדיקה זו העלתה ממצא מעניין, שאתאר אותו בתמצית להלן.

מתברר – והדבר תמוה ומאכזב משהו – שדברי ההסבר להצעות החוק שקדמו לחקיקתן של שלוש ההוראות האמורות שותקים שתיקה מוחלטת באשר לרציונל שלהן.²⁵² הרמז היחיד 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 בין-לאומי.²⁵³ דא עקא, שעיון באמנה מגלה שוני מהותי בין ההסדר שנקבע בה לבין מקביליו הישראליים. סעיף 57 לאמנת האג קבע בשעתו בתרגומו הרשמי בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א–1971, כך: "נכרת חוזה, אך אין הוא מציין מחיר ואין בו הוראה לקביעת המחיר, חייב הקונה לשלם את המחיר שהמוכר דורש כרגיל בעת גמירת החוזה".²⁵⁴ עינינו הרואות כי הוראה זו אינה מסמיכה את בית המשפט לקבוע מחיר ראוי

250 נניח, לדוגמה, כי מחיר הנכס נקב מתוך ציפייה שהמוכר יזכה בפטור ממס שבח (או נתן 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 בהטלת נטל המס על המוכר או בהשלמה נורמטיבית אחרת (לדוגמה, הוספת נטל המס למחיר וכך מי שיישא בו יהיה הקונה)? שמא אין מנוס מהצהרה על בטלות העסקה?

251 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 לויין (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 שבה, 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 לחוק החוזים או על יסוד חוות דעת שמאי (שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט לויין). לעומת זאת, דעת המיעוט קבעה שהמחיר סוכם בין הצדדים, וכי בנסיבות העניין ניתן להסתמך על חוות הדעת השמאית שהוצגה בפני בית המשפט מטעם המוכרים כמחיר הראוי (שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן).

252 בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים אין למצוא אלא הפניה טכנית להוראה המקבילה בחוק המכר (והוא הדין בדברי ההסבר להצעת חוק השכירות, התשל"א–1970, ה"ח 288 – המפנים אף הם לאותו חוק). ואילו בדברי ההסבר להצעת חוק המכר, התשכ"ה–1965, ה"ח 276 (להלן: הצעת חוק המכר) אין כל התייחסות להגיונו או לתכליתו של סעיף 20(א) לחוק.

253 שם, בעמ' 280.

254 חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א–1971 בוטל בסעיף 5 לחוק המכר הבין-לאומי.

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. לפי אותה גישה מחיר הממכר ניתן להשלמה גם על יסוד המחיר שהיה נהוג בעת כריתת החוזה בתחום המסחר הנוגע בדבר, כלומר מחיר השוק.²⁵⁵ ברם גם בהסדר מרחיב זה בית המשפט משולל סמכות לקבוע את המחיר בעצמו על יסוד מה שנראה לו "ראוי להשתלם לפי הנסיבות". בהיעדרו של מחיר מקובל וידוע אצל המוכר – או למצער מחיר שוק ידוע ומוכר – ייכשל הסכם המכר ולא ייאכף.²⁵⁶

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 אחר 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.²⁵⁷

ההערה השנייה ערוכה במישור האנליטי, והיא נוגעת בהבחנה שבין 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 משלום עבורם. במצבים אלה קביעתו השיפוטית של "המחיר הראוי" (וליתר דיוק – "השכר הראוי") אינה מכוננת בין הצדדים קשר חוזי בהיעדרה של מסוימות. נהפוך הוא, "השלמה" זו מאפשרת לבית המשפט לנתק את הקשר ההסכמי שהיה קיים בין הצדדים אגב 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

255 הוראה זו אומצה אצלנו בסעיף 55 לחוק המכר הבינלאומי.

256 עמד על כך אחד מבכירי הפרשנים של האמנה, שהיה גם שותף בכיר בעבודות הכנתה ראו ANDRÉ TUNC, COMMENTARY OF THE HAGUE CONVENTION OF 1 JULY 1964 ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS AND ON THE FORMATION OF CONTRACTS OF SALE (1964): "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" 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.

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

נראה כנטייה שיפוטית לעקוף את דרישת המסוימות אינו אלא מקרה פרטי של פסיקת השבה (ליתר דיוק, השבת שווי) מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.²⁵⁸ 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 קטן ביחס לאינטרס הקיום הכולל של הצד הזכאי לקבלו על פי ההסכם.**

טלו לדוגמה הסכם קבלנות שבמסגרתו מתחייב הקבלן לערוך שיפוץ מקיף בביתו של המזמין.²⁵⁹ נניח כי הצדדים מסכימים בכלליות על אופיו של השיפוץ (לדוגמה, שדרוג המטבח, צבע ותיקוני טיח בכל הבית והחלפת הריצוף בכל החדרים) וקובעים כי שכרו הכולל של הקבלן יהיה מיליון ש"ח מבלי להתייחס לסוגם ולאיכותם של חומרי הבניין שבהם ישתמש הקבלן. בשלב מוקדם למדי מתגלעת מחלוקת בין הצדדים בנושא זה. היכול מי מהם לסגת מהעסקה בטענה שזו אינה מסוימת בהיעדר הסכמה על פרט מהותי? האם ראוי שבמקרה כזה יכפה בית המשפט את העסקה על אותו צד תוך השלמת החסר על יסוד הסטנדרט של "קיום בבינוניות" שקובע סעיף 45?²⁶⁰

אף שאין זו שאלה קלה, נראה לי שבנסיבות האמורות קיים חשש ממשי שהתערבותו של בית המשפט, אגב כפיית הסטנדרט הנראה לו "בינוני", תשבש דרמטית את אינטרס הקיום (הטרם-חוזי) של אחד הצדדים או של שניהם. ייתכן למשל שאדם סביר בנעלי הקבלן דגן 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

258 במאמרי אדר "השלמה מהותית" (לעיל ה"ש 124) תיבחן השכיחות היחסית של כל אחד מן השימושים השיפוטיים שבסעיף 46 לחוק החוזים.

259 אני מניח שלא חל כאן חוק מכר דירות. להשפעת תחולתו של חוק זה ראו להלן ה"ש 261.

260 אפשרות אחרת שמעמיד כיום הדין לרשות המזמין היא של השלמה נורמטיבית באמצעות דוקטרינת הקיום המיטבי ("אופטימלי"). במסגרת חלופה זו יידרש המזמין להסתפק בריצוף באיכות הנמוכה ביותר (העומדת בתקן החוקי). מובן שמבחינתו של המזמין זהו פתרון נחות מזה של השלמה נורמטיבית על יסוד סעיף 45 לחוק החוזים. יתרונו של הפתרון הוא בפגיעה הפחותה שלו, לכאורה, באינטרס הקבלן. אך ראו לעניין זה את האמור לעיל בה"ש 182.

דרמטית בהערכת אינטרס הקיום נראה לי כאן מוחשי. סיכון זה ילך ויגדל ככל שיגדל היקף העסקה (היקף העבודות והיקף חומרי הגלם הנדרשים לביצוען).²⁶¹

נניח עתה כי הצדדים בדוגמה המתוארת ערכו ביניהם מעין מפרט שבו קבעו את סוגם ואיכותם של מרבית חומרי הבנייה שישמשו במהלך השיפוץ (נניח כי נקבע בדרך כלל סטנדרט של איכות גבוהה). רק את סוג הריצוף הותרו 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 בהיעדר הסכמה על סוג הריצוף. מנגד, המזמין תובע את אכיפת העסקה בטענה שהיא מסוימת דייה ושאת החסר לעניין סוג הריצוף ניתן להשלים בעזרת סטנדרט ה"קיום בבינוניות".

במקרה זה ראוי לדחות את ניסיונו של הקבלן להתנער מן העסקה. הגם שלסוג הריצוף השפעה על רווחיותה של העסקה, נראה שהשפעה זו היא שולית כשמעמידים נושא זה בראייה הכוללת של השיפוץ כולו. בהנחה ששווי השוק של עבודות הריצוף (באיכות נמוכה, בינונית או גבוהה) מגלם שיעור שולי מעלותו הכוללת של השיפוץ, נראה שאין הצדקה לראות בסוג הריצוף "פרט מהותי" לעניינה של דרישת המסוימות.²⁶² בית המשפט יוכל אפוא, גם במסגרת הפירוש הצר שהצעת, להיזקק לסעיף 45 לחוק החוזים כדי לחייב את הקבלן להשלים את השיפוץ ולבצע גם את הריצוף – בסוג ובאיכות בינוניים.²⁶³

261 ודייקו, התערבות שיפוטית גם בנקודה מהותית מבחינת צד לחוזה עשויה להיות מוצדקת לעיתים 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 אגב הטלת הסיכון לטעות על הצד ה"חזק", ננקט בפרשת **חסידי**, לעיל ה"ש 218. באותו מקרה נדחה ניסיון של בעל המכרו לחמוק ממנו בטענה שלא נקבעו במכרו זמני הביצוע, בנימוק שאילו היה עניין זה מהותי עבורו, היה בעל המכרו מסדירו מראש במסגרת תנאי המכרו. לדעתי, רטוריקה "סובייקטיבית" זו מכסה על השיקול הערכי דלעיל, התומך בהטלת הסיכון לטעות על הצד החזק (והשוו לכלל הפירוש נגד המנסח 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, בקובעו סטנדרט השלמה של "איכות גבוהה". כן ראו לעיל בה"ש 242.

262 בע"א 62/78 **זימלר נ' חברת מהנדס א. ניצקי בע"מ**, פ"ד לב(3) 296 (1978), דחה השופט (כתוארו אז) שמגר טענה להיעדר מסוימות בשל היעדרו של "תיאור טכני" של הפריטים האמורים להיכלל בדירה מושא העסקה, בקובעו 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" (שם, פס' 10 לפסק דינו). 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 פרשת **סחם**, לעיל ה"ש 50. ברם יש לזכור שהלכות אלה נפסקו בהקשר של עסקות של מכירת דירות שבהן עבודות הפנים הן 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 חוזה קבלנות, התשל"ד–1974 או לחוק המכר).

263 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 יש גישה הגורסת כי בחוזה קבלנות שמורה למזמין הפריבילגיה להודיע לקבלן על הפסקה חד-צדדית של החוזה מבלי שהדבר ייחשב הפרה מצידו. אלא שגם לשיטה זו רק הזכות לאכיפת החוזה תישלל מהקבלן, ואילו הזכות

ניתן לחשוב על דוגמות אנלוגיות נוספות שבהן 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 בתוכנית 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 קטן בראייה הכוללת של העסקה, תהא מוצדקת המסקנה שאין מדובר בחסר מהותי. במקרה כזה יידרש בית המשפט להשלמה נורמטיבית של החסר הנוגע בתוספת ולא יראה בו עילה להכשלת ההסכם כולו.²⁶⁴ לעומת זאת אם ה"תוספת" או ה"שינוי" הם בעלי משקל כלכלי גדול, על בית המשפט להימנע מלהשלים את ההסדר החל עליהם באופן נורמטיבי, אלא אם בראייתם של הצדדים התוספת עומדת על רגליה שלה כעסקה עצמאית נפרדת.²⁶⁵

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**.²⁶⁶ 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 נזקים שנגרמו לו, לטענתו, בשל הפגמים באיכות עבודתו של הקבלן. הקבלן טען להגנתו שהצדדים לא הסדירו את סוגיית האיכות של העבודות והחומרים במסגרת השינוי שערכו בהסכם המקורי, ולכן אין הוא אחראי לתקלות שאירעו אגב ביצוע השינוי. בדחותו טענה זו קבע הנשיא שמגר:

כאשר קיימת סטייה מהותית מההסכם הראשוני ידרש מפגש רצונות חדש על פי עמדתם [כך] ביחס לחיוב העולה מן השינוי, אך שעה שמדובר בשינוי שהוא תוצאה טבעית לנשוא ההסכם יש לראות את עקרון תום הלב כחובק מתוכו את החובה לקיים את ההסכם בהתאם לשינוי.²⁶⁷

לדעתי, ניתן לפרש מילים אלה כתמיכה משתמעת בתובנה שניסחתי לעיל: כאשר ה"תוספת" או ה"שינוי" משקפים "סטייה מהותית" מההסכם הראשוני, כלומר כאשר

לפיצויים בגין נזקי הפסקת החוזה תישמר בידיו. לסוגיה זו ראו גד טדסקי "על זכות המזמין לפרוש מחוזה קבלנות או לשנותו" **משפטים** ה' 738 (התשל"ג-התשל"ד); איל זמיר **חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974** 399-394 (התשנ"ד).

264 בניגוד לדוגמת השיפוץ הכולל שנדונה לעיל, בפרדיגמה של "תוספת" לעסקה המקורית עשוי הפתרון המשפטי להימצא בהפרדת העסקה לחלקים – חלק אחד ייאכף ואילו החלק השני, המאוחר, ייבטל בהיעדר מסוימות. ברם כאשר פיצול העסקה לשני חלקים יראה 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 "טפל" או "משני". במקרה הראשון תיכשל העסקה בשל היעדר מסוימות, ואילו במקרה השני תושלם ותיאכף. נקל לראות שזוהי דוגמה אנלוגית לזו שבה דנתי בהקשר של השלמת התמורה הכספית (ראו לעיל בה"ש 245).

265 במצב כזה החיוב החסר הוא חיוב עיקרי ב"עסקת התוספת", והיעדרו ישלול את מסוימותה אך לא יכשיל את עסקת היסוד.

266 ע"א 5818/90 **אמאץ אמקור בע"מ נ' נרגו בע"מ** (נבו 9.8.1995).

267 שם, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

משקלם בראייה הכוללת של העסקה גדול, 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 – עלולה 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 בשינוי זה מעין "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 אפשרית החלה מותאמת כזו, מתמלא כמו מאליו החסר בהסכם הנוסף, באופן המרפא את הפגם הלכאורי במסוימות.²⁶⁸

ניתן להעריך שמצבים כגון אלה שנדונו בפרשת **אמאץ**, הנופלים בפרדיגמת ה"תוספת" (או ה"שינוי"), אינם נדירים, וכי בחוזי קבלנות רבים אפילו סוגיה חשובה לכאורה כדוגמת טיב העבודה או החומרים (כמוה כסוגיית התמורה הכספית בעדם) עשויה להתברר כבעלת חשיבות משנית כשהיא נבחנת בראי העסקה הכוללת. לפיכך במצבים אלה לא רק שביית 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.

העולה מכל שנאמר עד כה צריך בשלב זה להיות חד וברור: הפירוש הצר שהצעת להוראות ההשלמה אינו צפוי לייתרון. אומנם אימוצו יביא לצמצום פוטנציאל השימוש בהוראות ההשלמה, משום שבתי המשפט יהיו מנועים מלהיזקק להן כל אימת שיסברו שהפרט החסר מהותי בראייה הכוללת של העסקה, ברם כאשר באותה ראייה כוללת יראה החסר לא מהותי, בית המשפט לא רק שיהיה רשאי – אלא אף יהיה חייב – להורות על השלמתו.²⁶⁹

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.

²⁶⁸ בנסיבותיה של פרשת **אמאץ** (שם) ראה בית המשפט בחובת תום הלב (בקיום החוזה המקורי) מקור השראה להכרה בחיוב משתמע של הקבלן לערוב לתקינותה של המערכת הסולארית גם בתנאים החדשים, שהתייחסו בעיקר לשינוי במיקומה הפיזי. במישור הרטורי, סעיף 45 לחוק החוזים שימש אפוא מקור השראה לפירוש החוזה מתוכו, בשונה ממקור להשלמתו החיצונית. ברם מבחינה מהותית ייתכן שנעשתה כאן פעולה של השלמת חסר (שכן ההסכם המקורי – שאיש מהצדדים לא חלק על תוקפו החוזי – לא התייחס כלל לסוגיית איכות העבודות).

²⁶⁹ כמובן, בהנחה שנתקיימו דרישות גמירת הדעת והמסוימות ושקיים מקור השלמה מתאים.

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 בדבר עם השתרשותו של כלל ההשלמה המהותית. התכלית הייתה לחדד את ההבנה כי מבחינה גיונית לא ניתן ביד אחת להניח כי מסוימות ההצעה (או ההסכמה) היא תנאי חיוני ליצירת חוזה, וביד השנייה להכיר באפשרות ההשלמה הנורמטיבית של עניינים מהותיים. שתי ההנחות סותרות זו את זו חזיתית.

שנית, במישור התיאורי-ביקורתי (בפרק ב) נבחנה תגובתן של הפסיקה ושל הספרות המשפטית לדיסוננס האנליטי שתואר (בפרק א). הדיון הראה כי שתיהן התעלמו מן הסתירה הפנימית העמוקה שמאפינת את דיני המסוימות או הצניעה, לא עסקו בה לעומק 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 דבר לא מצא לה צידוק ענייני מספק.

שלישית, במישור הנורמטיבי בחן המאמר (בפרק ג) את שאלת הדין הראוי, קרי מי מן הדוקטרינות – זו של המסוימות או זו של ההשלמה המהותית – ראוי לשימור ומי ראוי שתיוזנח. הדיון בתכליותיה של דרישת המסוימות – ובאופייה 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; נדבך נורמטיבי שהאיר את הנזקים המתמשכים ש"הלכת" ההשלמה המהותית הסבה – וממשיכה להסב – ליכולת להבין את דיני הכריתה, להסתמך עליהם, לפתחם ולשכללם בדרך עקיבה.

לבסוף, במישור הפרשני בחנתי (בפרק ד) 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 בגדר 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, על מבנהו ועל תכליתו הצעתי לפרשן פירוש מצמצם השולל אפשרות של השלמה נורמטיבית מהותית. הוראות ההשלמה, כשמן, נועדו לסייע בהשלמה של חוזים בנקודות חסרות; הן לא נועדו לשמש כלי לשכלול שיפוטי של חוזים אגב עקיפה של דרישת המסוימות.

מכל האמור נובעת המלצה מעשית פשוטה ונחרצת: הגיעה העת שבית המשפט העליון ינער את חוצנו לחלוטין מכלל ההשלמה המהותית – ויפה שעה אחת קודם. על הפסיקה להבהיר בלשון ברורה וחד-משמעית – כפי שעשתה לעיתים בעבר הרחוק – כי אין בסמכותם של בתי המשפט להשלים חסרים הנוגעים בנושאים מהותיים.²⁷⁰ נושאים אלה

270 ראו לדוגמה את פסקי הדין הנזכרים בה"ש 160 לעיל. כפי שצוין לעיל בה"ש 84, גישה כזו שלטה בכיפה – וטרם נזנחה רשמית – בכל הנוגע להשלמה מכוח הנוהג.

חייבים להיות מוסדרים בהסכמת הצדדים עצמה (או על יסוד פירושה של אותה הסכמה מתוכה). כל פתרון אחר מחבל בדרישת המסוימות וחותר תחתיה.²⁷¹

הפתרון המוצע יפיג בפשטות את הדיסוננס האנליטי שתיארתי במאמר. אימוצו בידי בית המשפט העליון יכונן מחדש את הוודאות המשפטית באשר למעמדה המחייב של דרישת המסוימות. אגב כך תיווצר ודאות גם באשר 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 עימן.²⁷²

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 בהיעדרה של הסכמה על ליבת העסקה שהצדדים להסכם ראו לנגד עיניהם.

2. השלכות על המתודה השיפוטית

לפירושו המצמצם שאותו הצעתי בפרק הקודם השלכה פרקטית חשובה – נוסף על תפקידו העיוני כתימוכין לטיעונים הנורמטיביים שהעמיד המאמר. נובעת ממנו הנחיה מעשית לבתי המשפט באשר לשיטת הניתוח שאותה עליהם לנקוט בכל הנוגע להשלמתם של הסכמים חסרים. אם תאומץ המתודה בפסיקה, מובן שיהא בהפנמתה ערך רב גם מבחינתם של פרקליטים שיבקשו ליעץ ללקוחותיהם בשאלת תוקפם החוזי של הסכמים שעשו.

הנחיית היסוד המשמשת בסיס למתודה כולה היא זו: אל לו לבית המשפט להיזקק, לבקשת צד מעוניין או מיוזמתו 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 לעיניו של בית המשפט, עליו להתמקד תחילה בפעילות פרשנית במובן הצר ("פירוש") ולהגביל עצמו לפעילות זו בלבד.²⁷³ בשלב ראשוני זה – שיכונה כאן "שלב

271 ולדעתי, בעקיפין, גם לכרסום בדרישה לגמירת דעת, שכמבואר במאמרי אדר "גמירת דעת ומסוימות", לעיל ה"ש 2, המסוימות היא חלק בלתי נפרד ממנה.

272 ראו לעיל בפסקאות העוקבות לה"ש 187.

273 עם זאת יש להודות כי פירוש במובן הצר עלול לעיתים 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 ורלוונטי. לדעה הרואה ביישובן של סתירות פעילות לבר-טקסטואלית ראו

הפירוש – על בית המשפט להימנע מלהשלים קְסָרִים בחוזה, שכן קיומם של קְסָרִים אלה עשוי להתברר רק בסוף תהליך הפירוש.²⁷⁴ 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 לא 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 לכנותו "**שלב קביעת התוקף החוזי**" – על בית המשפט להחיל וליישם את מבחני המהותיות הנוגעים בדבר.²⁷⁵ לפי מבחנים אלה עליו לקבוע אם התקיימה דרישת המסוימות או שמא נשללה משום 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 לא מוסדר.²⁷⁶

בתום שלב קביעת התוקף ניצב בית המשפט בפני צומת שבו עליו לבחור בין שתי דרכים חלופיות. אם בא אל המסקנה שההסכם שלפניו 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 מתנייתו או שביקש מבית המשפט להשלים בו חסר כזה או אחר.²⁷⁷

לדוגמה את תיאורו של השופט ברק בע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויוזם (1991) בע"מ**, פ"ד מט(2) 265, פס' 22 לפסק דינו (1995).

274 לדוגמה, עניין שבמבט ראשון נראה שההסכם שותק בנוגע אליו 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).

275 מובן שכיום זוהי משימה קשה, שכן למרבה הצער, הפסיקה טרם פיתחה מבחנים כלשהם שיייעו בכך. ראו לעיל תת-פרק 6.ג. (ב).

276 מובן שבצד בחינתה של המסוימות תידרש גם בחינה של יסוד גמירת הדעת. כמבואר במאמרי אדר "גמירת דעת ומסוימות" (לעיל ה"ש 2), לדעתי בחינה מקיפה של יסוד גמירת הדעת כוללת בחובה, מניה וביה, מענה גם לשאלת המסוימות.

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

מנגד, אם נחה דעתו של בית המשפט כי לפניו חוזה כי אז – ורק אז – רשאי הוא לעבור לשלב השלישי והאחרון – הוא "שלב ההשלמה". בשלב זה – ועל יסוד המסקנה שהעניינים המהותיים הוסדרו כולם בחוזה – על בית המשפט לשוב ולוודא שאכן קיים בחוזה חסר בנקודה (לא מהותית) השנויה במחלוקת.²⁷⁸ 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 סטוטורי 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.²⁷⁹

על בית המשפט המתבקש – או המבקש – להשלים חסר בהסכם להקפיד על מתודה תלת-שלבית זו. אל לו "לגלוש" בחופשיות בין השלבים אגב טשטוש ההבחנה הבסיסית בין פירוש ההסכמה מתוכה לבין השלמתה החיצונית.²⁸⁰ יש להבחין הבחן היטב בין השלמה לגיטימית של חוזה חסר לבין השלמה מהותית לא 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" לא מודעת של בית המשפט מהשלמה שיפוטית לגיטימית של חסרים בחוזה קיים לעברה של השלמה שהיא עצמה יוצרת את הקשר החוזה. בעוד השלמה מהסוג האחרון היא אסורה על פי הדין, השלמה מהסוג הראשון לא רק שהיא מותרת, אלא שהיא מחובתו של בית המשפט.²⁸¹ היצמדות למתודה זו תמנע מצב שבו בתי המשפט נמצאים מפירים את חובתם לכבד את דרישת המסוימות וליישמה. בד בבד תיצר 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 ואת השלכותיו ולהציע לו מזור. במסגרת זאת לא יכולתי להידרש בצורה מעמיקה לסוגיות נוספות בדיני המסוימות שלא נגעו במישורין לביסוס טיעוני המאמר. בחלק מסוגיות אלה דנתי במאמר קודם,²⁸² ויתרתן מצדיקה דיון מעמיק ונפרד.

בעת נעילת השער על המאמר הנוכחי אבקש לציין שני אתגרים שעיימם יש לקוות שהפסיקה והמחקר המשפטי ישכילו להתמודד בשנים הקרובות: האתגר הראשון מצוי

278 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 הפוך, הנוגע במה שלא הוסדר בו.

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

280 בעניין זה ראו גם לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 119 ואילך.

281 מכאן נוסחן המצווה של הוראות ההשלמה, שעליו עמדתי לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 216–217 ובפסקה העוקבת להן.

282 ראו לעיל ה"ש 2.

בתחום הפיתוח העיוני של דיני המסוימות. כפי שכבר צוין, "השאלות 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, או 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 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 השערת כי זוהי תולדה של הדיסוננס האנליטי שבו דנתי במאמר ובין שלא, דיני המסוימות לא יהיו שלמים עד שתינתן תשובה הולמת לאותן שאלות יסוד. אומנם חשוב בתחום זה להותיר לבתי המשפט גמישות ומרחב של שיקול דעת. עם זאת ראוי – ואף ניתן – לגבש קווים מנחים ברורים מאלה שגיבשה הפסיקה עד כה. זאת, על יסוד הניסיון השיפוטי הרב שהצטבר בתחום ההשלמה של הסכמים חסרים מסוגים שונים, ובראשם עסקות מכר המקרקעין.²⁸³

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.²⁸⁴ בניגוד לתחומים אחרים של דין החוזים שבהם מתקיים זה שנים מחקר אמפירי עשיר, המחקר האמפירי בתחום דיני הכריתה עודנו בחיתוליו, לפחות בישראל. אומנם דיני הכריתה בישראל זכו לניתוחים מקיפים ומעשירים, אולם אלה היו לרוב בעלי אופי עיוני כללי ונתמכו בניתוח הפסיקה רק חלקית או אנקדוטלית.²⁸⁵ חקירה אמפירית שיטתית של הפסיקה בתחום דיני הכריתה יכולה לשפוך אור על שאלות סבוכות שבמבט ראשון כל ניסיון להשיב עליהן נראה ספקולטיבי בלבד.²⁸⁶ יש לקוות שבמחקרים עתידיים תיסלל הדרך להיכרות מעמיקה – מדעית ושיטתית – עם מגוון ההקשרים והאופנים שבהם מיישמת הפסיקה בישראל את דיני המסוימות. בין היתר דומה שקיימת חשיבות רבה בכירור גישתה של הפסיקה כלפי סמכותה שלה להשלמת עניינים מהותיים, נושא שטרם נבחן לעומקו ושלא נדון במסגרתה של היריעה הנוכחית. שאלה חשובה אחרת היא אם קיים קונצנזוס הלכתי באשר לזהותם של אותם נושאים מהותיים שלא ראוי להשלימם נורמטיבית

283 נזכיר כאן שוב את הבוקה ומבולקה השוורת בשאלה אם תנאי תשלום ומועדיו הם עניין מהותי בעסקת מקרקעין. ראו לעיל ה"ש 235–238.

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

285 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.

286 ראו לדוגמה את המחקר האמפירי שממצאיו הוצגו במאמרי אדר "גמירת דעת ומסוימות", לעיל ה"ש 2, פרק ה.

– בין בסוגי עסקות מסוימים ובין באופן כללי יותר. חקירה מסוג זה עשויה להרים תרומה רבה לחקר דין החוזים, במיוחד בתחום דיני הכריתה, שבו עדיין רב הנסתר על הנגלה. באמצעם ובשישם 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 בהדרגה ובזהירות מארג הלכות שיבהיר מהם המבחינים לזיהוי אותם "עניינים מהותיים" אשר בהיעדר 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 בדרך עקיבה. תנאי מוקדם לכך הוא השתחררות מכלל ההשלמה המהותית – ויפה שעה אחת קודם.