

דיני חוזים

סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה

[ע"א 252/78 ברון נ' מנרים טורס¹]

מאת: פרופ' דניאל פרידמן

החקיקה החדשה מכילה הוראות לא מעטות שתרמו לשיפור הדין האזרחי. סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, איננו נמנה עליהן. מאז חקיקתו תופסת סוגיית הכתב מקום מרכזי בכל הנוגע להסכמים בדבר עסקאות במקרקעין, ודומני כי אין כמעט הוראה בחקיקה הישראלית שזיכתה אותנו בפרק זמן קצר יחסית, בפסיקה כה עניפה וסבוכה². למעשה, אין כמעט התדיינות בענין הסכם מכר במקרקעין, בה לא מועלית הטענה מצד מי שמתנגד לביצועו כי דרישת הכתב לא מולאה³. מבחינת הדין הרצוי השאלה היא האם סעיף זה והפסיקה שצמחה בעקבותיו משרתים מטרה חברתית, שיש בה כדי להצדיק את המאמץ השיפוטי, הוצאות הצדדים, וכשלון צפיותיהם של מתקשרים שערכו הסכמים בכתב, ושילמו כספים על סמך הסכמים אלה, אך הסתבר שהכתב לא עמד בדרישות. אילו בא הדין החדש להתגבר על רעה חולה שהתקיימה בחסות הדין הקודם – ניחא, אך עד כמה שניתן ללמוד מן הפסיקה, התרשמותי היא כי בכל הנוגע לדרישת הכתב היה הדין בתקופה שקדמה לחוק המקרקעין עדיף על הדין הנוכחי. ולא ידוע לי על מחקר שגילה אנשים שאיבדו רכושם מחמת שהתחייבו בחפזן למכור נכסי דלא נייד, בנסיבות בהן דרישת כתב כחנאי מהותי (להבדיל מדרישה לצרכי ראיה) שהיתה קיימת בעבר היתה מונעת מכירה כאמור.

למרבה המזל ניצלו שטחי משפט חשובים מגורל דומה לזה שפקד את דיני ההסכמים בדבר עסקאות המקרקעין. סעיף 2 לחוק הביטוח העותומני מורה כי "חווה ביטוח חייב להיות בכתב" ... ובענין אחד התליט בית המשפט העליון⁴ כי דרישה זו היא מהותית, הלכה שעשויות היו להיות לה לדעת, תוצאות בלתי רצויות⁵. החלטתו של בית המשפט העליון בוטלה בדיון נוסף⁶, ומאז חדלה סוגיית הכתב בתחום דיני הביטוח להעסיק את בתי המשפט. גורלו של ציבור המבוטחים, לפחות בענין זה, שפר מגורלם של קוני מקרקעין.

תחום נוסף שניצל מסכנתה של תורת הכתב המהותי הוא הנאמנות. בסעיף 2 להצעת חוק הנאמנות נאמר כי "נאמנות נוצרת במסמך שבכתב" ... אולם בחוק הנאמנות עצמו ניתן ליצור נאמנות "על פי חווה עם נאמן". חווה משמע גם חווה בעל-פה. אפשר

1. פ"ד לג(2) 437.
2. בע"א ברון הנ"ל איזכר בית המשפט לא פחות מתשעה פסקי דין של בית המשפט העליון בסוגיה זו (מהם אחד שעדיין לא פורסם), וניתן למצוא פסקי דין נוספים. ראה למשל: הערה 16 להלן.
3. כדוגמא ראה את פסקי הדין שניתן לאחרונה בע"א 630/78 ביטון נ' מזרחי, פ"ד לג(2) 577, שבו הוכרע הענין על יסוד טענת אי-חוקיות, אולם גם הטענה בדבר אי-קיום דרישות סעיף 8, לא נפקד מקומה. ראה: שם, בע' 578.
4. ע"א 680/66 רוזנצוייג נ' בוחן, פ"ד כא(1) 637.
5. ד' פרידמן "דרישת הכתב ביחס לתווי ביטוח" הפרקליט כד 52, 72-74.
6. ד"נ 13/67 בוחן נ' רוזנצוייג, פ"ד כב(1) 569.

שליקחו של סעיף 8 לחוק המקרקעין נלמד בינתיים⁷. אמנם, חוק הנאמנות מאפשר גם הקמת נאמנות על פי כתב הקדש (פרק ב' לחוק) שלגביה קיימות דרישות פורמליות חמורות. אך בצידה קיימת הנאמנות על פי חוזה, שלגביה אין דרישה פורמלית. השאלה כיצד ליישב בין שתי צורות נאמנות אלה איננה בגדר רשימה זו.

תורת הכתב המהותי מקורה אצלנו בפסק־דינו של השופט אגרנט בע"א 65/49 פרייזלר נ' וייס⁸. באותו ענין הבחין השופט אגרנט בין דרישת כתב לצרכי ראייה בלבד לבין דרישת כתב שהיא בעלת אופי מהותי. כאשר הדרישה היא קונסטיטוטיבית (מהותית) הרי, כך נאמר, מחייב הדבר "פירוש אשר אינו מאפשר לסטות כמלוא הנימה מדרישה בדבר הצורך במסמך בכתב הנותן תוקף לפעולה הנדונה"⁹. דברים חריפים אלה שימשו ברבות הימים בסיס לתורת הכתב המהותי הישראלית¹⁰. באורח פרדוקסלי לא נועדו דבריו של השופט אגרנט כדי להחמיר אלא דווקא כדי להקל, והם נאמרו כדי להבחין ולא כדי להחיל. פסק־הדין מבוסס על הרצון לצמצם את דרישת הכתב, והדבר נעשה על־ידי קביעה כי הדרישה, בענין שנדון בפרייזלר נ' וייס היא לצרכי ראייה בלבד. זאת, להבחין מדרישה מהותית, שבה דן השופט אגב אורחא בלבד. ואכן, על תורת הכתב המהותי נפלה (ואולי ביתר דיוק – הופלה) תרדמת חורף עמוקה, ופרט להצצה חטופה בענין הביטוח היתה זו שינה שקטה למדי¹¹. אביב התורה הגיע עם חקיקת חוק מקרקעין ובעיקר עם מתן פסק־דינו של בית המשפט העליון ב" 726/71 גרוסמן את ק.ב.ג. נ' עזבון בירמן¹².

בכך נתקלים אנו בתופעה מוכרת בחשיבה המשפטית ואולי בחשיבה האנושית בכלל, שבה מהווה פעולת מיון לקטגוריות ולקטגוריות־משנה מרכיב מרכזי. משפותחה מערכת מושגים וכללים לגבי קטגוריות שונות ומתעוררת שאלה חדשה, נדמה, לעיתים, שכל אשר נדרש הוא פעולת מיון. מויין הנושא לקטגוריה פלונית, יחולו עליו כל הכללים שפותחו לגבי קטגוריה זו. לכך יתרונות ברורים: בדרך זו נחסך זמן ומאמץ, נשמרת העקביות והשיטתיות, וגדל הבטחון המשפטי. לכאורה אין גם צורך לחפש פתרונות לאספקטים השונים של הבעיה החדשה שהתעוררה. פעולת המיון מספקת את התשובות.

פסק־הדין בע"א 208/51 הקר נ' ברש¹³ מהווה דוגמא קלסית לתהליך זה. השאלה

7. מוכן שיהא צורך בכתב כראיה אם תהא זו נאמנות מסוג שנהוג ומקובל לעשותה בכתב, ודרישת הכתב תהא מהותית מקום שיצירת הנאמנות תהיה בגדר עיסקת מקרקעין (דרישת הכתב בכל המקרים האלה אין מקורה בחוק הנאמנות אלא בחוקים אחרים החלים על הנושא). אולם ההגיון מחייב שדרישת הכתב, אף אם מדובר במקרקעין, לא תחול על הנאמנות הקונסטרוקטיבית (סעיפים 14 ו-15 לחוק הנאמנות). וכך גם לגבי נאמנות קונסטרוקטיבית שמקורה בסעיף 10 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

8. פ"ד ה' 878.

9. שם, בע' 889.

10. ההלכה בדבר דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין כדרישה מהותית מקורה בע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ג. נ' עזבון בירמן, פ"ד כו(2) 781, ובו הסתמכו על דברים אלה של השופט אגרנט (שם, בע' 785).

11. דרישת הכתב המהותי נוהגת אצלנו לגבי שטרות וצוואות, אך אלה מעוררים שאלות שונות לחלוטין. ראה: הערה 30 להלן.

12. לעיל הערה 10.

13. פ"ד ת 566. השווה גם לדעת היחיד של השופט ברק בע"א 730/78 ביטון נ' מזרחי פ"ד לג(2) 576

שהתעוררה היתה אם רשאי שוכר מקרקעין להעביר זכותו. בית-המשפט פתח בפעולות מיון על רקע היסטורי והשוואתי, שבמרכזו הסוגיה: האם זכות השכירות היא קניינית (חפצית) או אישית. ההנחה ביסוד הדיון היתה כי פעולת המיון, היינו הכללת הזכות באחת משתי הקטגוריות הללו, תספק תשובה לשאלה שבמחלוקת. אולם פסק-דין זה ממחיש את מגבלותיה של פעולת המיון. בית-המשפט בא למסקנה שהשכירות המקומית הינה "יצור כלאיים" ובכך חזרה הקושיה למקומה. ואכן דווקא משום שפעולת המיון הינה חיונית, יש לעמוד על מגבלותיה ולהימנע ממה שניתן לכנות כ"יוריספרודנציה של קונצפציות". מיונה של סוגיה חדשה לקטגוריה מסויימת איננו צריך להיות הליך מיכני המהווה סוף פסוק. יש לבחון אם הכללים שפותחו בגדר אותה קטגוריה אכן מתאימים; האם אין מקומו להכרה בקטגורית-משנה או בקטגוריה חדשה; ואולי יש מקום לשינוי או התאמת הכללים שפותחו בגדר אותה קטגוריה. אפשר שיתברר גם כי המיון שנעשה הוא רק לכאורה וכי למעשה, יש צורך במיון מחדש או בבחינה מחודשת של הנושא מזווית אחרת.

בגרוסמן את ק.ב.ג. נ' עזבון כירדמן פתח בית-המשפט בפעולת מיון, והציג את השאלה אם דרישת הכתב היא מהותית או ראייתית. סעיף 8 לחוק המקרקעין הוא, לכל הדעות, סתום בנקודה זו. כל שנאמר בו הוא כי "התחייבות לעשות עיסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". ניסוחו של סעיף 2 לחוק הביטוח העותומני איננו פחות חריף: נאמר בו כי חוזה ביטוח "חייב להיות בכתב". ככל זאת נעשתה הבחנה בין שני הסעיפים ולאחר דיון הושלמה פעולת המיון, והדרישה בחוק המקרקעין סווגה כדרישה מהותית. כל השאר נבע כאילו מאליו, כמסקנות המתחייבות מפעולת המיון. מן הצורך במסמך מהותי נבע כי הכתב צריך לכלול את כל הפרטים ההכרחיים להתקשרות לרבות "זמני השלום"¹⁴. במקרה אחד אף נפסל הסכם, שנוסח בצורת קבלה שבה צוינו שורה של פרטים ובסופה נאמר כי "בקבלה הזאת יש הזכות לביצוע בעין". זאת, מחמת העובדה שזמני השלום המחיר לא צוינו באותה קבלה (המחיר עצמו נקבע בה)¹⁵. הרחבה נוספת של דרישת שלימות המסמך עולה מפסק הדין בע"א 252/78 ברוך נ' מנדרים טורס עצמו, ממנו עשוי להשתמע כי אף אם הפרט החסר הינו טפל לחלוטין, דין ההסכם להיפסל אם קיימת הסכמה בעל-פה לגבי פרט זה והפרט המוסכם איננו חופף הוראה חוקית משלימה (ובענין זה נדון להלן). להלכה זו תמיכה מסויימת בפסיקה קודמת¹⁶, אף שניתן גם למצוא בפסיקה אימרות שאינן עולות בקנה אחד איתה¹⁷.

ואילך, המכוססת על פעולת מיון ומדגישה את חשיבותה.

14. ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ, פ"ד כח(2) 291, 296. לביקורת ראה: א' מירטל "התנאים הדרושים לעיסקת מקרקעין לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין" עמ"ש ד 475.
15. ע"א 200/74 ברזילי נ' יורשי גרינבאום, פ"ד כט(1) 658.
16. בע"א 269/77 בוגנים ציציק בע"מ נ' בין, פ"ד לב(2) 203, 206, אמר השופט זוסמן בתשובה לקובלנת המערערת שלא ניתנה לה אפשרות להביא ראיות להשלמת המסמך כי "דרישת הכתב היא דרישה מהותית שבלעדיה לא יקום החיוב החוזי... ההתחייבות היא עצמה צריכה לקבל צורה של כתב ומה שלא הועלה על הכתב איננו בגדר המוסכם בין הצדדים..."
17. ראה את דברי השופט עזיוני בע"א 18/77 בית חלכה 71 נ' מיכקשווילי, פ"ד לב(2) 57, 61-62. ואכן המגמה המרכזית בפסיקה היא להסתפק בכך ש"הפרטים המהותיים והחיוניים, הם ולא אחרים, ימצאו ביטויים בכתב", כדברי השופט ברק בע"א 158/77 רבינאי נ' הכרת מן שקד

אין צריך לומר שלכל זה אין זכר בסעיף 8 לחוק המקרקעין. סעיף קצר זה איננו אומר שהמסמך צריך להיות שלם ולא נאמר בו דבר בענין מה שצריך להיכלל במסמך. התורה כולה איננה נובעת מן הסעיף אלא מן הקטגוריה אליה מיינה ההוראה – קטגוריית הדרישה המהותית. כתוצאה ממיון זה נדחו במקרים לא מעטים תביעות בענין רכישת מקרקעין המושגות על מסמכים כתובים. זאת, אף שכוללת היתה גמירות דעתם של הצדדים שהאמינו כי אכן חוזה מחייב בידיהם ואף ששולמו, לא אחת, כספים על יסוד הסכמים אלה.

מובן כי העדר התייחסות לפרטים, שניתן לצפות כי הצדדים יסדירו אותם במפורש, עשוי ללמד על כך כי שלב המשא ומתן עדיין לא הסתיים והצדדים לא "גמרו בדעתם" לכרות חוזה¹⁸. כמו כן עשוי ההסכם להיות חסר תוקף מכיוון שהצדדים לא הסכימו על חלק מן הפרטים הדרושים ואת החסר לא ניתן להשלים על-ידי בירור כוונתם של הצדדים או באמצעות נוהג או בהסתמך על הוראות חוק¹⁹. במקרה כזה ניתן לומר כי לא היתה ההצעה "מסויימת" כאמור בסעיף 2 לחוק החוזים, וכי ה"הסכם" בטל מחמת העדר פרטים. אולם אנו ננית, כפי שהניחו או קבעו בתי-המשפט במקרים רבים, כי למרות העדר הפרטים גמרו הצדדים בדעתם לכרות חוזה וכי האמינו שחוזה כזה אכן נכרת, וכי את הפרטים החסרים ניתן להשלים ממקורות אחרים בין אם אלו ראיות בכתב או בעל-פה לגבי כוונתם של הצדדים²⁰, לגבי נוהג או שקיימת הוראת חוק המאפשרות השלמה כזו.

דרישת הכתב החמורה, לגבי חוזה מקרקעין, רוככה בעקבות פסק דינו של השופט ויתקון בע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש²¹, המאפשר השלמת המסמך באמצעות הוראות חוק המסדירות את יחסי הצדדים. הלכה זו הינה בעלת חשיבות רבה לרקע החקיקה הישראלית המכילה הוראות מקיפות (רובן דיספוזיטיביות) המסדירות את יחסי הצדדים. ניתן, אמנם, למצוא דוגמאות לדחיית תביעה על יסוד מסמך שאיננו שלם מבלי שניסו לבחון אפשרות השלמתו באמצעות הוראות חוק²², עם זאת בולט הדבר כי גוברת, בנקודה זו, הגטיה המקילה²³. בכך עדיין לא באו על פתרונם כל קשיי תורת הכתב המהותי. שאלה נוספת

- בע"מ, פ"ד לג(2) 281. אולם נראה, שבדרך כלל, הניחו שהשלמת הפרטים הבלתי מהותיים תיעשה באמצעות הוראות חוק.
18. ראה למשל את פסק-דינו של השופט זוסמן בע"א 269/77 בוגנים ציציק בע"מ, לעיל הערה 16, כע' 205, וכן ע"א 471/76 גויטע נ' וייס, פ"ד לא(2) 178, 189–190.
19. ראה את פסק-דינו של השופט בייסקי בע"א 285/75 זינגר נ' קימלמן, פ"ד ל(1) 804, 810, שבו נדחתה התביעה לאחר שנפסק כי לא התמלאה דרישת הכתב, אך בית המשפט מצא גם כי חסרו פרטים חשובים, שלא ניתן להשליםם באמצעות הוראות חוק, וכי למעשה נדרש בית המשפט לערוך את ההסכם עבור הצדדים.
20. במסגרת זו אינני דן בשאלה כיצד ניתן להוכיח הסכם בעל-פה לאור קיומו של הסכם בכתב (ולפחות כאשר המסמך איננו נחוזה כשלם והראיה שבעל-פה איננה סותרת את תוכנו תהיה הראיה בעל-פה קבילה). השאלה אשר במרכז הדיון היא, האם, בהנחה שהדבר ניתן להוכחה מבחינת דיני הראיות, תהיה ראיה כזו רלבנטית לאור הדין המהותי.
21. פ"ד ל(1) 800.
22. ראה את פסק-הדין המוזכר בהערה 16 לעיל, אולם אפשר שבית-המשפט הניח שהמסמך שבפניו איננו ניתן להשלמה באמצעות הוראות החוק, אך הנקודה לא נבנתה במפורש.
23. ראה למשל את פסקי-הדין המוזכרים בהערות 17 ו-19 וכן ע"א 252/78, הערה 1 לעיל. למעשה,

שהתעוררה, ואשר למעשה ניצפתה מראש²⁴, היא שאלת דינו של הסכם כתוב, כאשר הצדדים הסכימו בעל-פה על הפרט החסר בו. כאשר ההסכם בין הצדדים תואם את ההוראה שבחוק (למשל, בדבר מועד התשלום) – אין קושי. אולם מה הדין כאשר ההסכם בעל-פה סוטה, ולו בנקודה משנית, מהוראה דיספוזיטיבית שבחקיקה? בענין זה פסק בית-המשפט העליון בע"א 258/78 ברון נ' מנדים טורס בע"מ²⁵ כי "השלמת הכתוב על-ידי הוכחה של הסכם בעל-פה עומדת בסתירה להלכה שבכתב מהותי". הלכה זו חלה לכאורה אפילו על פרט טפל. בית-המשפט, מפי השופטת בן-פורת, לא ניסה להבחין בין השלמה בפרט זה או אחר ולמעשה חשש כי אם יאפשר השלמה כלשהי "תותר הרצועה כולה". השופטת בן-פורת אף הדגישה כי סטייה קלה שבקלות בהסכם המשלים שבעל-פה, מן ההוראה החוקית, תגרור בטלות החוזה. הדוגמא המובאת היא הסכם בכתב למכירת מקרקעין שלא נקבע בו מועד ההעברה. פרט זה ניתן, כידוע, להשלמה על יסוד סעיף 9(א) לחוק המכר, תשכ"ח-1968, המורה על מסירה "זמן סביר" לאחר גמירת החוזה. אולם, מציינת השופטת בן-פורת, אם הוסכם בעל-פה על תאריך מסויים להעברת הנכס די בכך כדי להכשיל את העסקה. תאריך פלוני איננו שקול ל"זמן סביר", וסטייה בעל-פה מהוראת החוק היא פטאלית. האפשרות שהתובע יתן לצד השני ברירה לקיים לפי הוראות החוק או לפי המוסכם בעל-פה לא נשקלה²⁶.

ראוי, איפוא, לחזור לנקודת המוצא ולמה שנראה בעיני כליקוי העיקרי של ההתפתחות המשפטית בענין זה. ליקוי זה נעוץ, לדעתי, בהנחת היסוד כי השאלה הממשית היחידה היא שאלה של מיון. משנקבע כי דרישת הכתב היא מהותית, כוללת קביעה זו בחובה תשובה (על דרך החומרה) למכלול השאלות הכרוכות בדרישת הכתב.

אף באותם מקרים בהם נדחתה התביעה מחמת שנמצא כי דרישת הכתב לא קויימה, אלא הסתייגו מן ההלכה המקילה.

24. מ' דויטש "השלמת פרטים בחוזה מקרקעין" עמ"ש ז 248, 253.

25. הערה 1, בע' 441.

26. הכלל בדין האנגלי, לגבי תנאי שלא נכלל במסמך הכתוב, הוא שהתובע יכול לדרוש ביצוע תוך ויתור על התנאי. זאת כאשר התנאי הוא לטובת התובע ואיננו בעל חשיבות מרכזית. כאשר התנאי הוא לטובת הנתבע, יכול התובע לדרוש ביצוע, תוך נכונות לקיים את התנאי: Treitel, Statute of Frauds, ואף שהדרישה לפי חוק זה היא ראייתית בלבד, הרי היא פורשה, בדרך כלל, על דרך החומרה. מתן ברירה כאמור, יכול לשמש פתרון גם לחלק מן המקרים של העדר פרטים. כדוגמא יוכל לשמש הסכם מן הסוג שנדון, לא אחת, בפסיקה ובו מתחייב קבלן, תמורת מגרש, למסור דירה או דירות בבנין שיקים. כאשר מתוארת הדירה בלשון סתמית כגון "דירה בת 4 חדרים" יש ונפסק כי החוזה בטל בין מחמת העדר פרטים (ע"א 651/72 פסטרינג נ' יוסף לוי בע"מ, פ"ד כח(1) 617) ובין מחמת שלא קויימה דרישת הכתב (ע"א 269/77, הערה 16). כאשר התוצאה היא דחיית תביעתו של הקבלן נגד הלקוח אפשר לגרוס שאין זו תוצאה כה גרועה, שכן ניתן לצפות מן הקבלן שידאג לניסוח נאות של המסמכים. אולם אם התוצאה תהיה דחיית תביעתו של בעל המגרש הרי שאין היא משביעה רצון כלל. כמו כן דומה שיש להציב גבול לדרישת ההחמרה עם הקבלן. פתרון אפשרי הוא שימוש ברעיון הברירה. אם תובע הקבלן, יהא עליו כתנאי לביצוע לספק "דירה בת 4 חדרים" לפי בחירת הנתבע בבנין שיבנה (קומה, כיוון וכו), ואם יהיו בבנין דירות בנות 4 חדרים בגודל שונה, תינתן שוב הברירה לבעל המגרש). לעומת זאת אם תבע בעל המגרש – הברירה לנתבע. אשר לבסיס העיוני של שיטה זו, היא שיטת "האופציה הכפולה", ראה 92-93 (1963) Corbin On Contracts vol. 1.

הנחה כזו היתה, אולי, מוצדקת אילו אכן היתה לנו בישראל תורת כתב מהותי, שהופעלה בעבר ואשר לגביה הצטבר נסיון ממשי. נסיון כזה לא היה. דברי השופט אגרנט בענין דרישת הכתב המהותי בע"א 65/49 פרייזלר נ' ויים היו, כאמור, אימרת-אגב, שכל מטרתה היתה להבחין סוגיה זו מן הענין שבפניו. גם האנלוגיה לדרישת הכתב בסעיף 5 לחוק המתנה או לדרישת הכתב בקונטיננט²⁷ אינה מוסיפה הרבה. סוגיית המתנה שונה תכלית שינוי, ואין דומה ההגנה שיש להעניק לאינטרס של קונה מקרקעין להגנה שראוי להעניק לזה שמבטיחים לו מתנה²⁸. דרישת הצורה בעסקאות מקרקעין במדינות שונות בקונטיננט כוללת דרישה לאישור נוטריני²⁹. ההסתברות שהנוטריון יקפיד שהדרישות הפורמליות ימולאו גבוהה לאין ערוך מאשר בשיטתנו, שבה לא קיימת דרישה נוטריונית, שאיננה מתאימה לנו כלל. קטגוריית נוספות, שלגביהן קיימת בשיטתנו דרישת כתב מהותי, הן שטר וכן צוואה, אך גם בהן קשה למצוא סיוע לענייננו, שכן הן מעוררות שאלות שונות לחלוטין³⁰. וכאמור, בעיני, אין די בכך שלגבי כל הקטגוריות הללו נוקטים במונח זהה (כתב מהותי), על מנת להכתיב פתרון זהה.

יתרה מזאת, אין לנו עדיין תורה המרככת, במקרים מתאימים, את דרישת הכתב, למשל כאשר מטרת הכתב מולאה בדרך אחרת, כגון על-ידי זה שעיקר ההסכם קויים³¹, או כאשר עמידה על דרישת הכתב עומדת בניגוד לדרישת תום לב, או כאשר התובע שינה מצבו בהסתמך על התנהגות הנתבע³². אפשר שתורה כזו תתפתח ברבות הימים,

27. אלה נעשו בפסק-הדין המנחה בסוגיה זו המוזכר בהערה 10.

28. ד' פרידמן "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה" עמ"ס ג 153, 156.

29. ס' 313 ל-BGB וע"א 726/71, הערה 10, בע' 790.

30. צוואה היא פעולה משפטית חד-צדדית (להבדיל מחווה שהוא פרי הסכמת שני הצדדים), והדיון בה נערך שעה שמבצע הפעולה הלך לעולמו. בשטר נדרש המסמך על מנת שיהא חפץ הניתן להעברה, ענין שאיננו דרוש לגבי תווי מקרקעין. יתרה מזאת, בטלות השטר מחמת שניסוחו איננו ממלא אחר הדרישות, איננה שוללת אפשרות תביעה על-פי עיסקת היסוד. נניח ש"א ר"ב הסכימו בעל-פה על מכירת סחורה ר"ב התחייב ליתן שטר. אם השטר בטל משום שלא נערך כראוי, יכול א לתבוע על פי עיסקת היסוד ואפשר שהוא זכאי גם לדרוש שטר תקין. מעמדו של מי שערך הסכם לרכישת מקרקעין והסתבר שהכתב איננו עומד בדרישות שונה לחלוטין.

31. השווה לדוקטרינה האקוויטבילית של "part performance", טרייטל, לעיל הערה 26, בע' 117 ואילך.

32. פסיקה גרמנית שבה גברה תורת תום-הלב על דרישת הצורה נדונה ב" A. Sussman, "Forecast of Problems in the Law of Contract" (1976) 2 Tel Aviv Univ. Studies in Law, 17, 29-31. כן מוזכר פסק-דין שוויצרי שבו גברה טענת מרמה על דרישת הצורה (שם, בע' 30). ביקורתו של השופט זוסמן על השימוש ברעיון של "אשם בכריתת חוזה" בהקשר זה איננה משכנעת. אפילו אצלנו ניתן למצוא דוגמא לכך שנעזרו ברעיון הגלום בסעיף 12 לחוק החוזים למתן סעד שאיננו סעד של פיצויים. ראה ע"א 846/76 עטיה נ' אררט, פ"ד לא(2) 780. בארה"ב נעשה, לא אחת, שימוש ברעיון של "השתק שבהבטחה" במקרים בהם לא קוימו דרישות ה"Statute of Frauds". ראה Calamari & Perillo, Contracts (2d ed., 1977) 738. אפשרות זו נדחתה על ידי השופט בייסקי בע"א 285/75 זינגר נ' קימלמן, פ"ד ל(1) 804, 812-811, אך הועלתה אפשרות של פיתוח דוקטרינת השתק מקומית כהגנה. אפשר להבין את החשש פן הסתמכות על עקרונות דוגמת תום לב או השתק תרוקן את דרישת הכתב מתוכנה. מבחינה זו ברור כי עצם כריתת ההסכם איננה יכולה להביא להפעלת עקרונות אלה. עם זאת, עשויה להיות

ואפשר גם שבמקרים אחדים יוכל התובע להסתמך על סעיף 12 לחוק החוזים כלפי נתבע המתגונן בטענה שהמסמך איננו שלם. בכל אלה לא אדון ברשימה זו. לענייננו די להצביע על כך שמיון דרישת הכתב לקטגוריה מהותית פירושו לא היה שיבוץ הסוגיה לתביבה מלאה פתרונות אלא לתביבה הטעונה עדיין מילוי. משפסק השופט זוסמן כי דרישת הכתב בסעיף 8 הינה מהותית, הצביע, בין היתר, על דברי יו"ר ועדת חוק ומשפט באמרו כי הסעיף הוא חדש "אך הוא מתאים לנוהג הקיים"³³. הדברים בלי ספק נכונים, אך האמנם הנוהג הקיים היה לכלול את כל תנאי הסכם במסמך? כאמור, בסעיף 8 לחוק המקרקעין, כפי שנוסח, אין כל רמז לכוונה כזו או לכוונה להכניס חידוש בענין זה. לזכות פסק-הדין בענין גרוסמן את ק.ב.ק. נ' עזבון בידרמן ייאמר כי בית-המשפט אכן נזהר בציינו, כי את השאלה אם המסמך חייב לכלול את כל הפרטים, הוא משאיר בצריך עיון. אולם בהמשך ההתפתחות המשפטית הניחו כי מההלכה, לפיה הדרישה מהותית, נובע כי המסמך חייב להיות שלם או לפחות לכלול את כל הפרטים המהותיים. אולם, סבורני, כי את הפתרון לסוגיה זו אין לחפש בקונצפציית הכתב המהותי, אלא בבדיקת המטרה שלשמה נדרש הכתב שהיא לגבי מקרקעין "להרתיע אדם מלהתחייב בחפוץ ובקלות דעת משום חשיבות העיסקה"³⁴. אם זאת המטרה, ראוי לבחון אם הכתב, כפי שנערך, ממלא תפקיד זה. אם כך הדבר, ראוי ליתן לו ולכוונת הצדדים תוקף, ולא צריכה להיות נפקא מינא לשאלה אם פרט זה או אחר, החסר בו, ניתן למלא על יסוד הוראת חוק או על יסוד הסכם בין הצדדים. לדוגמא: התובע ערך הסכם עם חברה קבלנית לרכישת דירה ובמעמד החתימה שילם חלק מן המחיר, אלא שבהסכם הכתוב, לא נאמר דבר בקשר לצבע החרסינה במטבח. פרט לכך הכיל ההסכם את כל הפרטים הדרושים. קשה להעלות על הדעת שהדבר יפגום בחוזה, למרות שאין אולי הוראת חוק המשלימה במישרין "לאקונה" כזו. ברור בתכלית שהכתב מילא את מטרתו "המרתיעה". אפילו נניח כי יש חרסינה במחירים שונים, חלה חובת "קיום בבינוניות" (סעיף 45 לחוק החוזים). ואם באיכות בינונית יש מספר סוגי חרסינה בצבעים שונים, ניתן לגרוס כי קיימת ברירה בענין סוג וצבע. לכאורה, הברירה היא לחייב, בענייננו – הקבלן (השווה לסעיף 51 לחוק החוזים). אך אם אין הדבר מעלה מבחינתו ואיננו מוריד הייתי גורס שחובת תום-הלב מחייבת שיתן ברירה לקונה. כעת נניח שהצדדים הסכימו בעל-פה על חרסינה בצבע פלוני³⁵ וכי מחירה של חרסינה כזו עולה ב-10% על

הצדקה לשימוש בהם אם הצטרפו לכך נסיבות נוספות, ההופכות את העמידה על קיום דרישת הכתב לבלתי צודקת ביותר. עובדה היא כי שיטות משפט שונות דוגמת השיטה האמריקאית והשיטה הגרמנית ראו צורך לנהוג כך. כמו כן סבורני, כי ניתן להבחין בין העדר מוחלט של כתב לבין מקרים בהם הכתב איננו שלם. בעיני, לפחות, מקום שנערך הסכם כתוב שבו התחייב מי שהמכירה בתחום מקצועו (קבלן או חברה קבלנית) למכור מקרקעין לאדם פרטי (שאינו קניה בתחום עיסוקו), אין זה ראוי לטענה כי הכתב איננו ממלא את הדרישות. שני טעמים לדבר, ראשית לגבי מוכר "מקצועי" די בכתב כזה כדי למלא את הצורך "באזהרה". שנית, רשאי הלקוח לסמוך על המוכר המקצועי שיערוך מסמך שלא יכשיל את הלקוח.

33. ע"א 726/71, הערה 10, בע' 789.

34. ע"א 726/71, הערה 10, בע' 789, וראה גם א' מייטל, לעיל הערה 14.

35. שאלה היא כיצד ניתן להוכיח הסכם כזה נוכח קיומו של המסמך הכתוב, והאם יש צורך לשם הוכחתו בראיה, או בראשית ראיה בכתב (או בהודאת הנתבע). שאלות אלה חורגות מן הדיון הנוכחי, אולם אני מניח כי עקרונית יהיה בידי הצד הנוגע בדבר להוכיח זאת, אם מבחינת הדיון המהותי יותר לו הדבר.

מחיר מטיב בינוני, וההפרש במחיר הוא בסך הכול פחות מפרומיל אחד ממחיר העסקה כולה. לפי גישת בית-המשפט בע"א 252/78 ברזן נ' מנדים מורס בע"מ אפשר שדי בסטייה זו כדי להמית את החוזה. בעיני השאלה היא אם הכתב מילא מטרתו. בדוגמא שהובאה לעיל התשובה לכך היא חיובית. לכל היותר ניתן לגרוס כי הואיל ומדובר בתנאי לטובת הקונה, הרי מוטל עליו, אם הוא חפץ בביצוע, ליתן ברירה למוכר לבצע כמוסכם או לוותר על התנאי ולדרוש ביצוע החוזה כשהוא מושלם באמצעות הוראת החוק³⁶.

במילים אחרות, כאשר בפנינו מסמך שאיננו שלם, השאלה המכרעת צריכה להיות האם ניכר הדבר שמי שחתם על מסמך כזה הבין, או לפחות צריך היה להבין, את רצינות הענין. התשובה לשאלה זו איננה מותנית בכך אם ההשלמה הדרושה תעשה מכוח הוראת חוק או מכוח הסכם. כך, למשל, נניח שפלוני כתב "אני מוכר בזה את דירתי (והוסיף כתובת) לאלמוני" וחתם. מסמך כזה ניתן להשלמה על-ידי הוראות חוק, שהרי אצלנו אפילו המחיר ניתן להשלמה; יהא זה "המחיר הראוי" (סעיף 20 לחוק המכר)³⁷. אולם אפשר לגרוס כי מסמך כזה, שבו לא צויין המחיר, נראה סתמי, ואין בו כדי ללמד די הצורך על כך שהחתום הועמד על רצינות הענין. התשובה לכך איננה צריכה להחתך על-ידי השאלה אם המסמך ניתן להשלמה על-ידי הוראות החוק או על-ידי הסכם בעל-פה.

גישה כזו ניתן להחיל לגבי שורה של סוגיות הכרוכות במסמך הכתוב. כך למשל, נניח שנפלה טעות ברישום במסמך, באופן שהמסמך איננו משקף את המוסכם בין הצדדים. אם המסמך מילא את תפקידו "המרתיע" – אין כל סיבה שלא לתקנו כאמור בסעיף 16 לחוק החוזים (חלק כללי). דוגמא אחרת: נניח שהצדדים הסכימו על תנאי אחד הסותר את הכתוב או שאיננו נכלל בו, ואחת היא אם עשו זאת כדי להטעות צדדים שלישיים או מסיבה אחרת. התנהגות כזו עשויה לעורר שאלות דוגמת אי-חוקיות³⁸, אך בכל הנוגע לדרישת הכתב יש להציג את השאלה אם המסמך כפי שנחתם ממלא את תפקידו "המרתיע". אם התשובה חיובית – אין הפגם בכתב צריך להביא לכטלות העסקה. כמו כן נניח שהצדדים הסכימו במועד מאוחר יותר על שינוי בתנאי ההסכם³⁹. לפעמים יהא השינוי כה דרסטי עד אשר הוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין תחייב עריכת מסמך "המרתיע" בפני העסקה החדשה, כגון, כאשר עסקה, שהתייחסה לדירה אחת, הורחבה כדיבור בעל-פה לשתיים. אך זוהי, לדעתי, גם השאלה שיש להציג, היינו, האם מטרת "האזהרה" מחייבת מסמך כתוב. לאור שאלה זו יש לחתוך את דין השינוי, ואין

36. השווה הערה 26 לעיל וטכסט להערה זו.

37. ראה גם סעיף 46 לחוק החוזים (חלק כללי). אולם שתיקה בנקודה חיונית זו עשויה בהחלט ללמד שהצדדים עדיין לא גמרו בדעתם לכרות את החוזה. ראה טכסט להערה 18.

38. לדיון בשאלה זו, וכן בשאלת דרישת הצורה כאשר נקבו במחיר "למראית עין", ראה רשימתי "אי-חוקיות וחווה למראית עין", שתופיע בחוברת הבאה.

39. בע"א 680/66 (הערה 4) נתגלחה נטיה להחיל את הדין האנגלי בסוגיה זו. פסק-דין זה בוטל בדיון נוסף, אך מסיבה אחרת (הערה 6). ראה גם פסק-דינו של השופט לנדוי בע"א 138/56 דוידון נ' חברת בוני חיפה בע"מ, פ"ד יא 1474, שבו נכללה הפניה לפסק-דין אנגלי מנחה בסוגיה זו, אם כי השופט לנדוי ציין כי ההלכה האנגלית אינה מחייבת. לדיון בהלכות האנגליות ראה Cheshire The Law of Contract (9th ed., 1976) 534. (כן ראה הרשימה המוזכרת בהערה 5 לעיל, שם, בע' 65 הערה 34). אולם ההלכות האנגליות בסוגיה של שינוי מסמך, שקיימת לגבי דרישת כתב, אינן משביעות רצון וספק אם יש מקום לקלטן.

לעשות זאת לאור הקונצפציה לפיה המסמך הוא מהותי, קונצפציה העלולה לחייב לא רק את המסקנה כי כל שינוי בהסכם צריך שייערך בכתב דווקא, אלא גם כי הכתב צריך למלא אחר כל הדרישות המוצגות כאשר המסמך הוא כתוב. לכן, אם היה השינוי מישני, כגון שלאחר שנערך הסכם כתוב הסכימו הצדדים על שינוי צנוע במיפרט הטכני (למשל, התחייבות של הקבלן לספק ארונות מטבח מסוג אחר מזה שנקוב במיפרט) או אפילו על שינוי במועדי התשלום⁴⁰, אין סיבה שלא ינתן תוקף לכוונתם. זאת, אפילו לא התמלאו כל דרישות הכתב המהותי לגבי שינוי כאמור. קל וחומר שאין בכך כדי לגרור בטלות ההסכם המקורי⁴¹. אפשר שמבחינת הדין הרצוי ראוי היה לדרוש ראשית ראייה בכתב להוכחת שינוי כאמור, ונראה שראיה כזו תידרש אם יוכח ששינוי מסוג זה נהוג לעשות בכתב⁴². אך זו שאלה שונה, ומכל מקום כאשר השינוי הוא מישני בחשיבותו אין הצדקה לדרוש שהמסמך ימלא אחר כל דרישות הכתב המהותי הנדרשות כיום מן המסמך המקורי. הגישה האמורה, המבוססת על המטרה ההרתעתית שביסוד דרישת הכתב, תביא, במקרים רבים, לריכוך דרישת הכתב. אך ניתן לתאר גם מקרים הפוכים. כך, לפי הלכה שדומה כי נטו לקבלה בעבר, ניתן לבטל בעל-פה הסכם כתוב, אפילו אם דרישת הכתב היא מהותית⁴³. הדרישה המהותית חלה על יצירת החיוב אך לא על ביטולו המוחלט. ניתן לתמוך בפירוש זה על-ידי פירוש מילולי של סעיף 8 לחוק המקרקעין הקובע את דרישת הכתב לגבי התחייבות לעיסקה במקרקעין, וניתן לגרוס כי ביטול התחייבות איננו מהווה "התחייבות" ולכן איננו בגדר הסעיף. ובכל זאת, ביטול הסכם איננו פחות רציני מיצירתו. ואם טוען המוכר כי הקונה הסכים לביטול רכישת המקרקעין, ראוי היה לדרוש שימציא מסמך כתוב⁴⁴.

לאור הקשיים שהתעוררו עד היום בסוגיה זו והחשיבות הרבה שיש לבטחון המשפטי בתחום זה רצוי שתורת הכתב המהותי תובהר ותוגדר על-ידי המחוקק.

40. אם ניתנה דחיית תשלום הרי נראה כי לפי הדין האנגלי יחשב הדבר בגדר ויתור (להבדיל מ"שינוי") שכוחו יפה אף בהעדר כתב, ומכל מקום עשויה לחול הדוקטרינה של השתק, ראה צ'שייר ופיפוט, הערה 39, בע' 537 ואילך.

41. אף לפי הדין האנגלי אין להניח ששינוי קל ערך יגרור בטלות ההסכם המקורי. זה יעמוד בתוקפו, אך תביעה המושתתת על השינוי לא חתאפשר בהעדר כתב. ראה צ'שייר ופיפוט לעיל, בע' 537-535.

42. אולם ראה הערה 44 להלן.

43. ראה האסמכתאות המוזכרות בהערה 39 לעיל.

44. הכתב הנדרש לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין הוא כתבו של מקנה הזכות במקרקעין (במקרה של התחייבות למכר יהיה זה המוכר). אם תתקבל הדעה דלעיל לגבי ביטול, ידרש הכתב מצד מי שהביטול הביא לפקיעת זכותו במקרקעין (במקרה של ביטול ההתחייבות למכר יהיה זה הקונה). יצוין כי פסק-הדין בע"א 138/56 דוידון נ' כוני חיפה בע"מ (הערה 39) משקף גישה שונה. במקרה זה התיר בית-המשפט העליון עדות בעל-פה בענין ביטולו של הסכם כתוב. אין קושי בהלכה זו במקרה של הסכם שאין הדין מחייב עריכתו בכתב. הקושי מתעורר מקום שעריכת כתב נדרשת לצורך ראייה או לצורך מהותי. באותו ענין מדובר היה בהתחייבות לגבי מקרקעין שבאותו זמן נדרש כתב לגביה (בראשית ראייה) מכוח הרישאה של סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני, שכן היה זה הסכם שנהוג לעשותו בכתב. במקרה כזה, דומני כי עדיפה דעתו של השופט חשין בע"א 138/56 הנ"ל (שכנקודה זו חלק על דעת חבריו שישבו עמו בדין), ואשר לפיה גם הביטול טעון ראייה בכתב. ויתכן שתוצאה זו היתה מושגת אילו הוכח שמקובל ונהוג לערוך ביטול כזה בכתב.