

השלמה, בין שלום (سلام) לזרות (عجمي):¹ גבולות הביצוע האופטימלי בפסיקת עג'מי נ' נווה שלום

ברק אתיר*

اسال عن الجار قبل الدار وعن الرفيق قبل الطريق²

דרישת המסוימות כתנאי ליצירת יחסים חוזיים צומצמה עם השנים, בד בבד עם הרחבת מנגנוני ההשלמה, ובהם דוקטרינת הביצוע האופטימלי. מאמר זה טוען שבפסק הדין בעניין עג'מי נ' נווה שלום חרג בית המשפט העליון במידה ניכרת מן הגבולות שהוא עצמו הציב לדוקטרינת הביצוע האופטימלי, בקובעו שמסמך שהוא "סיכום ישיבה", שאינו מזהה את המגרשים הנמכרים, הוא הסכם מחייב למכר מקרקעין. בית המשפט השלים את החסר באמצעות נכונותו של התובע שאת זיהוי המגרשים הנמכרים יבצע הנתבע. עם זאת, הנכונות האמורה הייתה חלקית, היא הובעה לראשונה במהלך הערעור בבית המשפט העליון וסתרה את טענותיו בכתבי התביעה והערעור.

1 במילון בריטניקה, תרגומה של המילה عجمي הוא Persian, foreigner, non-Arab. ראו <https://arabic.britannicaenglish.com/en/%D8%B9%D8%AC%D9%85%D9%8A>.

* מרצה בכיר, המכללה האקדמית ספיר. בחינת פרשת עג'מי החלה בעקבות בקשת כתב העת "עיוני משפט" לכתיבת תגובת. כיוון שמתודולוגיית המחקר שבה אני משתמש במאמריי מתפתחת מלמטה למעלה (grassroots down up), לא יכולתי להגביל את בחינת הפרשה לעמודים ספורים. התחלתי בהיכרות ישירה עם נסיבות הסכסוך, כולל ראיונות עם הצדדים והיחשפות לעובדות בשטח והמשכתי בבחינת כתבי בית הדין, טענות הצדדים, חקירות העדים ופסיקת בתי המשפט. אלו הובילו למאמר זה. תודות לעורכת מערכת "מעשי משפט" מיתר שהם ולחברות המערכת רוני פרוקצ'יה, ירדן ועקנין ורוני ויקלמן על השקעתן ותורמתן הרבה לפיתוח המאמר וכן לסטודנטים היקרים ממכללת ספיר שסייעו לי במחקר, באסל אמארה וניסן אלקרינאווי.

2 תרגום משפט זה הוא "שאל על השכן לפני הבית ועל החבר (מלווה) לפני הדרך". לפי האמור במשפט זה, גודל הבית ופאָרוֹ כמו גם נוחותה ויופייה של הדרך חשובים פחות מהאנשים שבסמיכות למקום מגוריהם נחיה ושלצידם נצעד. ראו <https://inahj.org/shortresearchwisdomstring/>.

אף שניסוחה של הנמקת בית המשפט העליון בעניין עג'מי הוא שמרני, בחינת מכלול העובדות שעמדו לפני בית המשפט, לרבות אלו שאינן מצוינות בהחלטתו, מחזקת את התחושה שלסכסוך הלאומי היה תפקיד נכבד בהכרעה זו, במיוחד בשל המאפיינים המיוחדים של היישוב שבו התגלע הסכסוך ובשל העובדה שפסק הדין ניתן לאחר מתקפת ה-7 באוקטובר, בתקופה שבה המתח היהודי-פלסטיני נמצא בשיאו.

מבוא

בדומה לסכסוך הישראלי-פלסטיני, בלב המחלוקת החוזית בעניין עג'מי³ נמצאים שניים אשר טוענים כל האחד לבעלות קודמת על אותה חלקת האדמה.⁴ מצד אחד, היישוב הקהילתי נווה שלום (واحة السلام), יישוב שמחצית מתושביו ערבים ומחציתו האחרת היא יהודים, ואשר לפי הקבוע בתקנונו, הוא מחויב לשוויון ולחיים משותפים בין יהודים לערבים ולקידומו של השלום.⁵ מצד שני, משפחה בדואית, משפחת עג'מי (عجمي), אשר טוענת לבעלות בחלקה בת כ-12.7 דונם, הנמצאת בתחום מקרקעיו המוסדרים של היישוב. הבסיס לטענת הבעלות היא הבטחה בעל פה שניתנה לתובע מאת ראשי מנזר לטרון ב-1968, לפני שהמנזר העביר את הזכויות בקרקע, בשנת 1970, לנווה שלום.⁶

3 מאמר זה יתמקד בהחלטותיו של השופט עודד שחם בבית המשפט המחוזי ובהחלטתם של השופטים עופר גרוסקופף, דפנה ברק-ארז ורות רונן, בבית המשפט העליון. ת"א (מחוזי י-ם) 48984-07-16 עג'מי נ' ועד מקומי נווה שלום (נבו 29.12.2021) (להלן: עניין עג'מי – מחוזי); ע"א 1456-22 עג'מי נ' וואחת אל סאלם נווה שלום (ועד מקומי נווה שלום) (נבו 28.2.2024) (להלן: עניין עג'מי – עליון).

4 הגם שהיישוב נווה שלום, אשר מורכב מיהודים ומערבים, מצוי בסכסוך עם משפחה בדואית, במחאה שארגנה המשפחה, שכללה נשיאת ארון קבורה, כסמל למות השלום, היא ביקשה להציף קונפליקט זהותי רחב יותר. מאות המוחים הבהירו שהם "נגד מדיניות ההריסה והעקירה שהממסד הישראלי בכלל נוקט נגד אזרחים ערבים במדינה הזאת". ראו عطوة ابو خرمة "واحة السلام: مظاهرة ضد قرار ادارة واحة السلام، هدم مزرعة ابراهيم ابو عجمي" كنوز نت (9.7.2016) (להלן: Knooznet – 2016). קול זה של המשפחה מתיישב עם הזמנת נציגי המפלגות הערביות, שלימים הרכיבו את הרשימה המשותפת, ליישוב הסכסוך. פס' 39 לכתב הערעור בע"א 1456-22 עג'מי נ' וואחת אל סאלם נווה שלום (ועד מקומי נווה שלום) (נבו 27.2.2022). יש להניח כי חלקו היחסי של רכיב זהותי, כזה או אחר, בזהותה של קהילה מושפעת מהתקופה ומהתרבות, מגורמים גלובליים ומקומיים וכן מבחירותיו של הפרט. על השתקת זהותה הפלסטינית של הקהילה הבדואית כחלק מהמיעוט הערבי ראו ספא אבורביעה, "האומנם מושתקות? נשים ערביות בדואיות מספרות היסטוריה" מפגשים: היסטוריה ואנתרופולוגיה של המרחב הישראלי-פלסטיני 460, 463–464 (דפנה הירש עורכת 2019).

5 ס' 2 לתקנון האגודה השיתופית "וואחת אל סאלם – נווה שלום", כפר שיתופי בע"מ (2004).

6 לראש המשפחה, עלי עג'מי, היו שבעה ילדים, ובזמן ההבטחה הנטענת התובע, אחד מילדיו, היה בן תשע. עמ' 28, 86 לפרוטוקול הדיון מיום 4.4.2021 בת"א (מחוזי י-ם) 48984-07-16 עג'מי נ' ועד מקומי נווה שלום (להלן: פרוטוקול דיונים-מחוזי 4.4.2021).

בניסיון ליישב את הסכסוך קיימו נציגי היישוב והתובע משא ומתן שהוביל לחתימה על מסמך שכותרתו "סיכום ישיבה מיום 26 באוקטובר 2011".⁷ במסמך זה נקבע שהתובע יקבל ארבעה מגרשים ביישוב וחמישה דונם חכירה לתיירות ללא פירוט מיקומם ושטחיהם של המגרשים, תמורת העסקה ומועדיה. הזמן שנקבע במסמך זה לעריכת ההסכם ולחתימה עליו, באמצעות עורכי דין שהצדדים ימנו, הוגבל לשלושה חודשים. עם זאת בישיבת האספה הכללית של היישוב, מיום 4.1.2012, ושבה נדון המסמך, התקבלה ברוב קולות ההחלטה שלא לאשרו.⁸ בינתיים ננקטו הליכים נגד משפחת התובע בגין בנייה לא חוקית שהובילו להפגנות מצידה, שבהן טען התובע לנוכחות קודמת לנווה שלום בחלקה, וכי מאבקו הוא חלק ממאבק האוכלוסייה הערבית נגד מדיניות ההריסה והעקירה של השלטון הישראלי.⁹

ביום 31.7.2016, קרוב לחמש שנים ממועד סיכום הישיבה, הגיש התובע את תביעתו לבית משפט המחוזי לאכיפת ההסכם. כתב תביעה מתוקן, באישור בית המשפט, הוגש ביום 2.1.2018. לאחר הגשת התביעה לאכיפת "סיכום הישיבה" תבע היישוב נווה שלום, ביום 2.7.2017, את פינוי התובע והמבנים שהקים על מקרקעיה.¹⁰ בקשת הנתבע לעיכוב הליכים התקבלה ביום 7.5.2019, עד להכרעת בית המשפט בשאלת מעמדו המשפטי של סיכום הישיבה.¹¹ בבחינת תוקפו החוזי של "סיכום הישיבה" קבע בית המשפט המחוזי שהמסמך אינו מחייב, שכן הוא חסר גמירות דעת ואינו מסוים, בין השאר משום שחסרה בו זהות המגרשים, מיקומם ושטחם.¹² הערעור שהגיש מר עג'מי לבית המשפט העליון התקבל, בעיקר בהסתמך על דוקטרינת הביצוע האופטימלי, שלפיה במקרים שבהם הוכחה גמירת הדעת של הצדדים ונותר פרט מהותי חסר לקיום דרישת המסוימות, פרט זה ניתן להשלמה אם התובע את קיום החוזה מביע נכונות לביצוע הפרט החסר לפי העדפותיו המיטביות של הנתבע.¹³ שופטי בית המשפט העליון קבעו כי די בעובדה שבשלב הערעור, כאחת עשרה שנים ממועד עריכת מסמך הביניים, הביע התובע לראשונה את נכונותו שהיישוב יקצה את מיקום המגרשים לפי ראות עיניו, כדי שהדוקטרינה תחול ודרישת המסוימות תושלם.

- 7 יש לציין כי בזמן החתימה על הסיכום האמור לא הציג התובע ייפוי כוח לפעולה בשמו של ראש המשפחה, שנפטר רק לאחר מכן, בשנת 2013. טענתו הייתה שהוא שממשיך לקיים את החוזה ומתחזק אותה ולא אחיו. שם, בעמ' 97–98.
- 8 עניין עג'מי – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 3 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.
- 9 לפיכך הובהר כי יותר ממאבקה של משפחת עג'מי מדובר במאבקה של האוכלוסייה הערבית נגד מדיניות ההריסה והעקירה של השלטון הישראלי, Knooznet – 2016, לעיל ה"ש 4.
- 10 ת"א (שלום י-ם) 1016-07-17 וואחת אל סאלם נווה שלום – כפר שיתופי בע"מ נ' עג'מי (נבו 2.7.2017) (להלן: עניין עג'מי – פינוי).
- 11 בקשת הנתבע לעיכוב הליכים בתביעה זו התקבלה ביום 7.5.2019, ת"א (י-ם) 1016/07/17 וואחת אל סאלם נווה שלום – כפר שיתופי בע"מ נ' איברהים עג'מי (נבו 7.5.2019) (להלן: עניין עג'מי – עיכוב הליכי פינוי).
- 12 עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 23.
- 13 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 330 (מהדורה שנייה 2018) (להלן: פרידמן וכהן חוזים).

זאת אף שנכונות זו סתרה את טענותיו בכתבי התביעה והערעור.¹⁴ באשר לדחיית המסמך בהחלטה שנפלה באספת נווה שלום, נקבע כי מדובר בהתנערות חסרת תום לב ובהפרת החוזה שנכרת.¹⁵ הצדדים הופנו אפוא למנגנון ההשלמה הקבוע ב"סיכום הישיבה", קרי משא ומתן בן שלושה חודשים, ואם זה לא יניב הסכם מפורט, יוכל כל אחד מהם לפנות לבית המשפט קמא לאכיפת ההסכם, לרבות בדרך של מינוי כונס נכסים.¹⁶

מאמר זה יוצא נגד קביעות אלה של בית המשפט העליון והשפעתן על יסודות כריתת החוזה, גמירות הדעת והמסוימות כאחד,¹⁷ ואף ביתר שאת כשמדובר במשא ומתן לכריתתו של חוזה יחס שבו לתכונות הצדדים ולמאפייניהם ניתן משקל רב.¹⁸ מאמר זה אינו מתנגד לאפשרות השפעתם של שיקולים הנוגעים לשעת המלחמה שבה אנו מצויים ולסכסוך שמאיים לקרוע את החברה הישראלית,¹⁹ ואפילו מוצא טעם רב בדיון בשיקולי רוחב, גם בזמן מלחמה,²⁰ כדוגמת איחוי השסעים החברתיים, ריפוי עוולות העבר וקירובו של שלום. עם זאת ראוי שיישום שיקולים מסוג זה בכללי ההשלמה יהיה גלוי ויותאם למקרים מיוחדים שמצדיקים זאת ובשים לב לצמצום

- 14 התובע טען לפני בית המשפט קמא כי הצדדים הסכימו על מיקום המגרשים ועל שטחם, ושההסכמה בעניין זה נכללה בתשריט שנמסר לתובע סמוך לחתימה על "סיכום הישיבה". עניין **עג'מי** – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 16; וכן עניין **עג'מי** – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 15 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.
- 15 עניין **עג'מי** – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 33, 36 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.
- 16 שם, בפס' 37 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.
- 17 על השלכות צמצומה של דרישת המסוימות ועל הרחבת השימוש במנגנוני ההשלמה ראו יהודה אדר "מכאוס לעקיבות דיני המסוימות: מסוימות והשלמה מהותית – הילכו שתיים יחדיו?" **משפטים** נא 953 (2022) (כלל ההשלמה הנורמטיבית, גם כשהחסר נוגע בעניין מהותי, חותר תחת היסודות של דרישת המסוימות).
- 18 על מאפייני חוזה יחס ועל החשיבות של זהותם ומאפייניהם של הצדדים לחוזהם ראו IAN R. MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS* (1980); IAN MACNEIL, *THE RELATIONAL THEORY OF CONTRACT: SELECTED WORKS OF IAN MACNEIL* (David Campbell ed. 2001).
- 19 אומנם ניתן לטעון, כאמירתו של קיקרו, "silent enim leges inter arma" (כי בזמני לחימה המשפט דומם). CICERO PRO MILONE. IN PISONEM. PRO SCAURO. PRO FONTEIO. PRO RABIRIO. POSTUMO. PRO MARCELLO. PRO LIGARIO. PRO REGE DEIOTARO 16–17 (Jeffrey Henderson ed., N. H. Watts trans., 1979).
- 20 על אף נטיית המשפט להחריש בעיתות לחימה בשל היעדרה של תמיכה ציבורית. Thomas I. Emerson, *Freedom of Expression in Wartime*, 116(6) UNIV. PA. L. REV. 975, 975–1011 (1968); William J. Brennan, Jr., *The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties*, 18 ISR. Y.B. IN HUM. RTS. 11, 11–21 (1988); Joel B. Grossman, *The Japanese American Cases and the Vagaries of Constitutional Adjudication in Wartime: An Institutional Perspective*, 19 UNIV. HAW. L. REV. 649, 649–50 (1997); Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?* 112 YALE L.J. 1011, 1034–7 (2003).

מידת הפגיעה ביציבות הדוקטרינות המשפטיות.²¹ אם יינתנו משקל וערך לשיקולים חברתיים חשובים, אך זאת באופן סמוי וכשרטוריקת החלטתו של בית המשפט מצניעה את מורכבות המקרה ואת חדשנות החלטתו,²² תיווצר אי-תאימות בין הנמקת בית המשפט למערכת הנסיבתית הגלויה שהוצגה בהחלטתו של בית המשפט.²³ פער זה עשוי לפגוע בהבנת האופן שבו יש להחיל את נורמות המשפט על מערכות נסיבתיות משתנות, ובמקרים חריפים אף לפגוע באמינותו של בית המשפט. על זה יש להוסיף שמיזם החיים של היישוב נווה שלום צומח בפעולות יום-יומיות של פיוס, פשרה והכלה ובדיאלוג שוויוני שמקודם במרכז רוחני לפלורליזם, בבית הספר לשלום ובבית הספר הדו-לאומי, דו-לשוני ודו-תרבותי. על הליכים מורכבים אלו לבניית ארון בין יהודים לפלסטינים לא ניתן לדלג באמצעות הכאת פטיש או צו לשלום מלמעלה. צמצום המשא ומתן והקדמת שלב כריתת החוזה בין צדדים שמצויים בעימות חריף ואף אלים, עשויים להוביל דווקא לתוצאה הפוכה.

בפרק הראשון של המאמר אציג את עובדות פסק הדין עג'מי ואת השימוש שנעשה בו בדוקטרינת הביצוע האופטימלי. בפרק השני אבחן את תכלית צמצומה של דרישת המסוימות והיא מניעת התחמקויות חסרות תום לב מהתחייבויות חוזיות. בפרק השלישי אישש את התובנות מהפרקים הראשונים במקרה הקונקרטי, בהדגשת העובדה שהשימוש בדוקטרינה האמורה נעשה רק בשלב הערעור, יותר מאחת עשרה שנים מיום עריכת סיכום הישיבה ובסתירה לטענות הצדדים על אופן ניהול המשא ומתן. בפרק הרביעי אבחן את יישום דוקטרינת הביצוע האופטימלי בנסיבות שנוגעות לחיים משותפים של צדדים שמצויים בסכסוך פרטי חריף שיושב על קונפליקט לאומי ושהחל עוד לפני שלב המשא ומתן, ואף סביר שיימשך לאחר מכן. בחוזי יחס מסוג זה, כך יטען מאמר זה, לא ראוי להשתמש בדוקטרינת הביצוע האופטימלי עובר ליישוב הסכסוך או למיתונו בין הצדדים במהלך המשא ומתן. בפרק זה גם תחזק האפשרות שבפסיקתם של שופטי בית המשפט העליון בעניין עג'מי ניתן משקל גם

21 על החריגה מגבולות דוקטרינת הביצוע האופטימלי כפי שעוצבה בפסיקה שאלה מפנה בית המשפט בהחלטתו, ראו הדיון בכך להלן בפרק ג.

22 השופט גרוסקופף מעמיד בהחלטתו דווקא את חשיבות הוודאות החוזית לבחינת כריתת החוזה באומרו כי "האמת צריכה להיאמר, ולו כהערת אזהרה לעתיד – המטוטלת שבין הקוטב הפורמאלי לבין הקוטב המהותי נעה בפסיקתנו בצורה מופרזת לכיוון הקוטב המהותי. יתכן מאוד, כי בעתיד יהיה מקום למתן במידה משמעותית את תנודתה של המטוטלת... על מנת לתת לצדדים למשא ומתן יתר וודאות ביחס לנקודת הזמן אשר בה... נחצה רף ההתקשרות... על מנת לספק למתקשרים הגנה משפטית ראויה בפני בעיות העלולות להיווצר בעסקה כבדת משקל..." עניין עג'מי – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 26 לפסק הדין של השופט גרוסקופף. לעניין זה יש לציין גם את הביקורת של השופטת ברק-ארז על דבריו, ולפיה "יש מקום לחשוש גם מפני התנערות של צדדים מתחכמים מהסכמות ברורות, שלא זכו לעיגון פורמאלי מלא. ניתן להתרשם כי המקרה שבפנינו מהווה דוגמה טובה לחשש האחרון". שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

23 על הקשר שבין רטוריקה לאקטיביזם שיפוטי, הגם שמדובר בסוגיית הפרשנות התכליתית, ראו איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5 (2012).

לשיקולים לבר-חוזיים כתכלית היישוב נווה שלום והחרפת הסכסוך היהודי-פלסטיני לאחר מתקפת ה-7 באוקטובר.

פרק א. שכנות במחלוקת, נווה שלום ומשפחת עג'מי

א.1. מקור הסכסוך והניסיונות לניסוח הסכמה

על חלקה בת כ-12 דונם, שמצויה במקרקעיו המוסדרים של הכפר הקהילתי נווה שלום, חיה עשרות שנים, כך נטען, משפחתו של התובע, אברהם עג'מי, ובה תשעת ילדיו ועשרות נכדיו.²⁴ לפי טענתו, בשנת 1968, עובר להקמת הכפר נווה שלום, קיבלה המשפחה את החלקה האמורה ממנזר לטרון בהסכמה שבעל פה ועל בסיס חזון של דו-קיום יהודי-ערבי.²⁵ למשפחת עג'מי, כך הובהר, היו יחסים טובים עם הכפר ויש להם בו מכרים רבים, תומכים ואף קרובי משפחה.²⁶ היישוב גם סייע למשפחה להתחבר לחברת החשמל, למים ואף בתשלום הארנונה בעבור המקרקעין.²⁷ אולם לצד זאת עם השנים התערערו יחסי הצדדים. מחד נטען כי ילדי המשפחה הופלו ולא התקבלו לבית הספר בנווה שלום,²⁸ ולכן למדו בבתי ספר ברהט, ורק בסופי שבוע יכלו לחזור להוריהם ולחלקה האמורה בנווה שלום,²⁹ ומאידך נטען, מצד היישוב, כי המשפחה השתלטה בהדרגה על חלקים גדולים יותר במקרקעי היישוב והקימה כתשעה מבנים ללא היתר הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה מטה יהודה וללא הסכמת היישוב כבעל המקרקעין.³⁰ בנייה לא חוקית זו משתרעת על יותר מ-630 מ"ר.³¹ התובע הכיר בעדותו בהוספה הדרגתית זו של מבנים ללא היתר, אך טענתו גודל החלקה שמצויה בבעלות המשפחה לא השתנה.³² מחוות דעת מומחה ועל בסיס צילומי אוויר שנותחו בה, מרבית המבנים נבנו לאחר 1999,³³ לעומת שנת 1980, אז

24 פס' 26–29 לכתב התביעה המתוקן בת"א (מחוזי י-ם) 48984-07-16 עג'מי נ' ועד מקומי נווה שלום (2.1.2018) (להלן: כתב התביעה המתוקן).

25 שם. יש לציין כי לטענה זו אין תימוכין במרשם המקרקעין או בעדותו של גורם כלשהו ממנזר לטרון.

26 כך לדוגמה מצוין שם, בפס' 49 שמו של גיסו של התובע, אבדולסאלם נאג'ר, שהיה גם מזכיר וחבר הנהלת היישוב נווה שלום.

27 שם, בפס' 47.

28 פרוטוקול דיונים – מחוזי (4.4.2021), לעיל ה"ש 6, בעמ' 101–102.

29 בנו של התובע הבהיר זאת בעדותו כך: "היה לי חלום ללמוד ביישוב נווה שלום... ללמוד ולחזור להורים שלי. סירבו לקבל אותי. אז נאלצתי לעבור לדרום, ללמוד בדרום". שם, בעמ' 43.

30 פס' 14 לכתב ההגנה המתוקן בת"א (מחוזי י-ם) 48984/04/16 עג'מי נ' ועד מקומי נווה שלום (9.4.2018) (להלן: כתב ההגנה המתוקן).

31 שם, בפס' 14–15.

32 התובע ענה בעדותו לשאלת הוספת המבנים בשטחו כך: "המשפחה גדלה, אני הוספתי מבנים. אבל לא הוספתי את השטח". פרוטוקול דיונים – מחוזי (4.4.2021), לעיל ה"ש 6, בעמ' 134.

33 שם.

עמד רק מבנה אחד.³⁴ כל זאת בחלקה שהוחכרה בתחילה לנווה שלום ממנזר לטרון,³⁵ ובסוף שנת 1999 עברה לבעלותו המלאה.³⁶ בעקבות עבירות הבנייה האמורות הוגשו נגד התובע, לטענתו ביוזמת היישוב, כתבי אישום בגין שימוש במקרקעין ללא היתר לפי סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה.³⁷ בשל קבלת טענת בא כוחו של התובע כי דיני המדינה אינם חלים בענין זה, כיוון שמדובר בשטח מפורז,³⁸ בוטל כתב האישום הראשון,³⁹ אשר הוגש ביום 18.2.2007, ביום 40.2.7.2008 בשנת 2014 הוגש כתב האישום מחדש, אם כי בנוגע לתקופת שימוש שונה,⁴¹ בנימוק שדיני המדינה חלים במקום.⁴² גם כתב אישום זה בוטל, אך הפעם היה זה משום שניהולו מנוגד לעקרונות צדק והגינות משפטית בשל התנהלות התביעה והסתמכות הנאשם.⁴³ הגם שערעור על החלטה זאת התקבל,⁴⁴ הליכים אלו בוטלו שוב בשל הפגיעה בעקרונות הצדק וההגינות המשפטית,⁴⁵ בין היתר בשל הנחת בית המשפט כי אבי הנאשם בנה את המבנים האמורים כבר בשנת 1970.⁴⁶

עם השנים, גם בשל החלטת היישוב להקים שכונת מגורים חדשה, שהיה צפוי שתשתיתיה וכביש הגישה אליה יעברו בחלקת משפחת עג'מי,⁴⁷ ניסו הצדדים ליישב את המחלוקת ביניהם באמצעותם של הליכי גישור שונים. אחד מההליכים האמורים התקיים מול נציגו של ממנזר לטרון, ובו הציע היישוב למשפחת עג'מי, לטענת התובע,

- 34 עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 64.
- 35 שם, בפס' 54.
- 36 שם, בפס' 54–56.
- 37 כתב התביעה המתוקן, לעיל ה"ש 24, בפס' 42.
- 38 תר"ח (תכנון ובנייה שלום – בי"ש) 40689-03-14 מדינת ישראל נ' עג'מי, עמ' 2 (נבו) 27.3.2015 (להלן: בנייה ללא היתר – שלום 2015).
- 39 תר"ח (תכנון ובנייה שלום – בי"ש) 40689-03-14 מדינת ישראל נ' אברהם עגמי, עמ' 1–2 (נבו) 31.12.2018 (להלן: בנייה ללא היתר – שלום 2018).
- 40 באת כוחה של המאשימה קבעה כי "בשלב זה, מבקשים למחוק את כתב האישום". שם, בעמ' 4–5.
- 41 ע"פ (מחוזי י-ם) 19914-05-15 מדינת ישראל נ' עג'מי, עמ' 5 (1.6.2015) (להלן: בנייה ללא היתר – מחוזי 2015).
- 42 בנייה ללא היתר – שלום 2018, לעיל ה"ש 39, בעמ' 3.
- 43 שם, בעמ' 3.
- 44 בנייה ללא היתר – מחוזי 2015, לעיל ה"ש 41, בעמ' 7.
- 45 בנייה ללא היתר – שלום 2018, לעיל ה"ש 39, בעמ' 6–7.
- 46 שם. בית המשפט העליון הסתמך על נימוק זה, עניין עג'מי – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 4, 22 לפסק הדין של השופט גרוסקופף ובפס' 4 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז. יש לציין כי קביעת בית המשפט שהמבנים נבנו כבר ב-1970 סותרת את עדות התובע עצמו בתביעה שהגיש נגד היישוב לאכיפת סיכום הישיבה כמו גם את החלטת בית המשפט המחוזי. פרוטוקול דיונים – מחוזי (4.4.2021), לעיל ה"ש 6, בעמ' 134. ראו גם עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 64.
- 47 כתב התביעה המתוקן, לעיל ה"ש 24, בפס' 36.

פיצוי בסך 800,000 ₪ בעבור פינוי החלקה, והוא סירב לו מייד.⁴⁸ לאחר מכן התקיים הליך הגישור לפני ראש המועצה המקומית מטה יהודה, מר משה דדון, ובו נערך סיכום הישיבה האמור בין נציגי היישוב לתובע הגם שזה האחרון לא הציג ייפוי כוח מאביו, שהיה בחיים בשעת עריכתו, או אף מאחיו, לייצוג משפחתו.⁴⁹

א.2. "סיכום הישיבה" ותנאי כריתתו של חוזה

החזון לדור-קיום יהודי-ערבי, שמצוי בליבת מטרות היישוב נווה שלום, ושאיפת שני הצדדים למצוא פשרה ראויה למחלוקות שביניהם הובילו להליכי גישור רבים בין הצדדים.⁵⁰ בהליך הגישור, שנעשה לפני ראש מועצת מטה יהודה, מר משה דדון, חתמו נציגי היישוב נווה שלום ואיברהים עג'מי מהצד הנגדי ביום 26.10.2011 על "סיכום ישיבה". ביום 31.7.2016, קרוב לחמש שנים לאחר מועד עריכתו, הוגשה התביעה לאכיפתו שנמצאת במוקד מאמר זה.⁵¹ לצורך פשטות הדיון נציג את המסמך כלשוננו:

סיכום ישיבה מיום 26 באוקטובר 2011

בענין הסכמות בין הישוב נווה שלום ובין עג'מי איברהים

משתתפים:

....לאחר שהצדדים קיימו משא ומתן ביניהם הגיעו הצדדים להסכמות עקרוניות כפי שיופרט להלן

1. מר עג'מי יקבל 4 מגרשים בהרחבת היישוב נווה שלום וכן 5 דונם בהסכם חכירה לתיירות.

2. הסכמה זו הינה עקרונית, אולם אינה מהווה את ההסכם כולו על כלל פרטיו.

3. כל צד ימנה עו"ד מטעמו לצורך עריכת ההסכם כולו.

4. הצדדים מסכימים כי זמן הביצוע לעריכת ההסכם וחתמה עליו יערך 3 חודשים מהיום.

5. למען הסר ספק יובהר כי המועצה אינה צד להסכם בין הצדדים.

אנו הח"מ איאס שביטה ואיברהים חטיב מטעם הישוב נווה שלום, ועג'מי איברהים

48 שם, בפס' 37.

49 פרוטוקול דיונים מחוזי (4.4.2021), לעיל ה"ש 6, בעמ' 48, 97.

50 עניין עג'מי – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 1 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

51 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

מסכימים על העקרונות המפורטים לעיל ומתחייבים לעמוד בלוח הזמנים כפי שנקבע.

עג'מי איברהים
נווה שלום

איאס שביטה- איברהים חטיב
נווה שלום

השאלה המשפטית העיקרית שעמדה בפני בתי המשפט המחוזי והעליון הייתה אם סיכום הישיבה האמור עומד בדרישות הדין לכריתת חוזה, ולכן הוא מחייב את הצדדים.⁵² עם זאת ביישום תנאי הדין, גמירות הדעת והמסוימות ואף בהדגשת העובדות השונות שבבסיסם, היו ערכאות המשפט חלוקות ביניהן: בית המשפט המחוזי מצא כי תנאי גמירת הדעת והמסוימות אינם מקרימים, ואילו בית המשפט העליון קבע שניסוח המסמך האמור מלמד כי תנאי גמירות הדעת מתקיים.⁵³ באשר לדרישת המסוימות נקבע שהמסמך חסר פרטים מהותיים, אך אלו ניתנים להשלמה באמצעות הוראות החוק הדיספוזיטיביות ובאמצעות דוקטרינת הביצוע האופטימלי.⁵⁴ הגם שניתן לבקר את יישומו של תנאי גמירות הדעת, מאמר זה מתמקד כאמור בהשלמת המסוימות באמצעות דוקטרינת הביצוע האופטימלי, בשים לב שמדובר בחוזה יחס שבו נדרש שיתוף מוגבר בין הצדדים, ואף ביתר שאת כשמדובר במשפחה גדולה מצד אחד ובקהילה שיתופית מהצד האחר שמבקשים לחיות יחדיו באותו הכפר.⁵⁵ בנסיבות אלו למשא ומתן תפקיד חשוב במיוחד כמו גם להבעת רצונה של קהילת היישוב נווה שלום באמצעות הצבעתה של האספה הכללית. כיוון שמדובר בשתי קהילות, שיתוף חברי הקהילות במציאת דרך שתתאים לשני הצדדים אינה חוסר תום לב או הפרה, וייתכן שהיא אף תנאי בסיסי לגיטימיות המשא ומתן.⁵⁶ לעניין דרישת המסוימות, בית המשפט המחוזי מצא פגם מהותי בהיעדר התייחסות המסמך לזהות השטחים שאותם התובע אמור לקבל, הן באשר למיקומם של המגרשים האמורים והן באשר לשטחם.⁵⁷ גם בהיעדר התייחסות המסמך לתמורה שתינתן ליישוב בעבור המגרשים האמורים והקרקע שתוכר למטרת תיירות מצא בית המשפט

52 שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופט גרוסקופף; עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 6.

53 עניין עג'מי – עליון, שם, בפס' 31 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

54 שם, בפס' 33 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

55 התייחסות השופטת דפנה ברק-ארז לעובדה שמדובר בשכנים, בפסקה האחרונה להחלטתה, צופה פני עתיד בתקווה שהצדדים ישכילו להסדיר יחסיהם. עם זאת מאמר זה מציע שליחסים אלו יינתן משקל הולם ביישומם של כללי ההשלמה של יסוד המסוימות. שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

56 כאמור, בית המשפט העליון מצא בדחיית האספה הכללית של היישוב נווה שלום את שנקבע בסיכום הישיבה כהפרת חוזה. שם, בפס' 33 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

57 עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 23.

המחוזי פגם מהותי בדרישת המסוימות,⁵⁸ נוסף על היעדרם של לוחות זמנים לביצוע ההסכם.⁵⁹ על זה יש להוסיף כי בית המשפט המחוזי מציין את גרסתו העובדתית של הנתבע 3, נציג האגודה במשא ומתן, שלפיה הסיבה להיעדר ההתייחסות לפרטים מהותיים אלו בסיכום הישיבה היא שהצדדים היו מצויים במחלוקת הן בנוגע לתמורה שתשולם ליישוב בעבור המגרשים והן בנוגע למיקומם ולשטחם של המגרשים.⁶⁰ בנסיבות אלו לא ברור אם השתיקה בנוגע לזהות המגרשים היא לאקונה שדורשת השלמה נורמטיבית.⁶¹

לעומת קביעות אלו של בית המשפט המחוזי מצא בית המשפט העליון בנסיבות המקרה ראיות מוצקות לקיומו של יסוד גמירות הדעת במסמך האמור.⁶² יש לציין כי קביעה זו אינה ברורה דייה, מאחר שתנאי גמירות הדעת כולל גם את הבנות הצדדים בנוגע לפרטים המהותיים בעסקה וכן את התנהלותם לפני עריכת סיכום הישיבה ואחריו.⁶³ עם זאת, ומשעה שנקבע כי ניכר מהמסמך האמור שתנאי גמירות הדעת מתקיים, מנתח בית המשפט העליון את יסוד המסוימות, אותו רואה בית המשפט כ"מורכב יותר".⁶⁴ באשר לשאלת התמורה שתשולם בעבור המגרשים ושטחי התיירות קבע בית המשפט כי הצדדים הגיעו להליכי גישור בשל רצון היישוב להרחבה שהתנגשה עם החזקת המשפחה במקרקעין עשרות שנים. אף שהמסמך האמור אינו כולל כל סוג של ויתור מצד המשפחה או התובע, בית המשפט העליון קבע שתמורת ההסכם היא פינויים של משפחת עג'מי מהמקרקעין.⁶⁵ בית המשפט העליון סבר שעל כך אין מחלוקת בין הצדדים, בניגוד לגרסת נציג האגודה בהליך המשא ומתן, איברהים חטיב.⁶⁶ לעומת זאת בחסר שנוגע לזהות השטחים שאותם מקבל התובע לפי הסיכום האמור, נדרש בית המשפט העליון להשלמה מורכבת יותר.⁶⁷

מסמך סיכום הישיבה אינו קובע את שטח המגרשים או את מיקומם, ועם זאת קבע בית המשפט העליון שניתן להשלים פרטים אלו בשל נכונות התובע, לראשונה בהליך הערעור, לקיום הפרטים החסרים לפי העדפות היישוב. לפיכך חידד בית המשפט העליון כי התובע "אינו מתעקש על קבלת מגרשים ושטחים ספציפיים, אלא ברצונו

-
- 58 שם, בפס' 24.
 59 שם, בפס' 25.
 60 שם, בפס' 23.
 61 פרידמן וכהן **חוזים**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 307. ראו גם ת"א (מחוזי מר') 21280-10-18 **צעדי נ' לוי**, פס' 146 לפסק הדין של השופטת הלית סילש (נבו 11.1.2022).
 62 עניין **עג'מי** – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 31 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.
 63 ע"א 158-77 **רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק)**, פ"ד לג(2) 283, פס' 6 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ברק 283 (1979) (להלן: **עניין רבינאי**).
 64 עניין **עג'מי** – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 32.
 65 שם, בפס' 332 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.
 66 לגרסה זו מתייחס בית המשפט המחוזי בהחלטתו. עניין **עג'מי** – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 23.
 67 עניין **עג'מי** – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 332 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

לקבל את היקף השטח שעליו הוסכם בהרחבת היישוב.⁶⁸ יש לציין כי הגם שתיאור המגרשים אינו מתייחס למיקומם או לשטחם, ביקש בית המשפט העליון, בשונה מהחלטת המחוזי, להשלים באמצעות דוקטרינת הביצוע האופטימלי רק את שאלת מיקומם של המגרשים כפרט חסר, ואילו אשר לשטח המגרשים, הוא ככל הנראה קיבל את העדפות התובע, מבלי להסביר מדוע.⁶⁹

פרק ב. בין מסוימות ברורה לחשש מפני התחמקויות מחיובים חוזיים

ב.1. נחיצותה של ההשלמה הנורמטיבית

במעמד כריתתו של חוזה בעל היבטים מסחריים, כלכליים או חברתיים, לא ניתן, ככלל, לעגן בהסכמות הצדדים התייחסות מלאה לכל הפרטים הצפויים ולאילו שאינם.⁷⁰ יהיו בהכרח פרטים שייוותרו מחוץ למסגרות הסכמת הצדדים. דבר זה נובע לעיתים מהיסח הדעת או מאמונת הצדדים ביכולתם לשתף פעולה ולהתגבר על קשיים שונים בשלב ביצוע החוזה. במקרים אחרים הותרתם של פרטים מחוץ להסכמתם המפורשת של הצדדים נובעת מרצונם לקצר את שלב המשא ומתן ולהקטין את העלויות הפסיכולוגיות והכלכליות שכרוכות בו. השלמתו של חוזה שיש בו חסר היא אפוא חלק אינטגרלי מקיומם של חוזים מסחריים ואחרים, וזהו גם ההסבר השכיח לנחיצות הוראות ההשלמה הדיספוזיטיביות, גם בנוגע לפרטים מהותיים, בחוק החוזים,⁷¹ כמו גם ההשלמה באמצעותו של נוהג קיים בין הצדדים, ובמידת הצורך הנוהג המקובל בתחום.⁷² השלמתם ההכרחית של חסרים בדרכים אלו נתפסת כחלק מהסכמתם הקונסטרוקטיבית של צדדים במציאות שבה כריתתם של חוזים מתלווה כמעט תמיד בחסרים שדורשים השלמה.⁷³

כיוון שחוק החוזים מאפשר השלמתם של פרטים שוליים ומהותיים כאחד מבלי שחסרים אלו פוגמים בשאלת תוקפה החוזי של הסכמת הצדדים,⁷⁴ יש לתהות על משמעותה ועל היקפה של דרישת המסוימות לכריתת חוזה בדיון הישראלי.⁷⁵ לעניין

68 ש.ם.

69 ש.ם.

70 ע"א 431/82 חסיד נ' פרוזות, חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ, פ"ד לט (4) 451, 456 (1985).

71 ס' 45–46 לחוק החוזים (חלק כללי), התשמ"ג–1982.

72 ש.ם, בס' 26.

73 נילי כהן "צורת החוזה הפרקליט לח 383, 423 (1989). על העלויות הכרוכות בהסדרתו של חוזה שלם, על שלל התרחישים שביצעו יכול לכלול ועל יעילותם של כללי השלמה ראו עמרי בן שחר ויובל פרוקצ'יה "פרק ד: חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 153, 186–189 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

74 כותרתו של פרק ה' לחוק החוזים, שבו מצויים סעיפי השלמה רבים, הוא "קיום חוזה", ומכאן למדים שאין בחסרים מהותיים אלו לפגוע בתוקפה המחייב של הסכמת הצדדים.

75 ס' 2 לחוק החוזים.

זה מקובל לראות ביסוד המסוימות תנאי לכך שמפגש רצונות הצדדים יישען על הסכמתם לפרטיה החיוניים של העסקה, מתוך ההנחה שרצון מגובש להיקשר בקשר חוזי, ובמילים אחרות יסוד גמירות הדעת,⁷⁶ אינו יכול להתקיים ללא הסכמת הצדדים על מסגרת העסקה ועל תנאיה המרכזיים.⁷⁷ עם זאת הפרטים שייתפסו כמהותיים לצדדים לעסקה מסוימת משתנים, מטבע הדברים, מעניין לעניין,⁷⁸ ומכך גם אפשרות השלמתם הנורמטיבית של פרטים שהצדדים בחרו, אם בהיסח הדעת ואם במכוון, להותירם מחוץ למסגרת הסכמתם. יסוד גמירות הדעת, כמבחן אובייקטיבי ונפרד מיסוד המסוימות, נשען על קיומם של סממנים חיצוניים לרצונם המגובש של הצדדים, בנסיבות המסוימות,⁷⁹ להיקשר בקשר חוזי. מבחן אובייקטיבי זה שבו נבחנת התנהגותם החיצונית של הצדדים, כפי שאדם סביר היה מבין אותה, יכול להתקיים אף אם הם לא הסדירו את כלל הפרטים המהותיים להסכמתם.⁸⁰ לפי האמור לעיל, צדדים עשויים לרצות להיקשר בקשר חוזי, זה עם האחר, אף במקרים שבהם מסגרת הסכמתם חסרה פרטים מהותיים, על בסיס אפשרות השלמתם הנורמטיבית בהוראותיו הדיספוזיטיביות של החוק ושל הנוהג.⁸¹

ב.2. פיתוח במעמדה של דרישת המסוימות

לצד התגברות השימוש בהוראותיו הדיספוזיטיביות של החוק ושל הנוהג, פרטי או מקובל, להשלמת חסרים בפרטיה החיוניים של העסקה על בסיס קיומה של גמירות הדעת, חל עם השנים פיתוח במעמדה של דרישת המסוימות. ביטוי מובהק לכך קיים בשאלתו של הנשיא לשעבר ברק אם יש כלל צורך בהמשך קיומה של דרישת המסוימות.⁸² ביטויים נוספים מצויים בפסיקת בתי המשפט בשנים האחרונות אשר מקנה מעמד בכיר לגמירות הדעת בנוגע ליסוד המסוימות ומכירה בכרוסם בתפקיד המסוימות במשפט המודרני.⁸³ על זה יש להוסיף את קביעת בית המשפט שאין לאפשר לצדדים להתחמק מחיובים חוזיים שהצדדים גמרו בדעתם לקשור בטענות להיעדר מסוימות אם ניתן להשלים את החסרים במנגנוני ההשלמה שבחוק

76 שם, בס' 2 ו-5.

77 פרידמן וכהן חוזים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 267–268; ע"א 7193-08 עדני נ' דוד (נבו) (18.7.2010).

78 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 63, בפס' 7.

79 המבחן האובייקטיבי לגמירות הדעת נשען על מאפייניהם הסובייקטיביים של הצדדים למשא ומתן. ראו רע"א 4976-00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577, פס' 11 (2001).

80 זאת בעיקר כדי להגן על אינטרס ההסתמכות של הצד הנגדי. שם, בפס' 10.

81 שם.

82 בשפתו של הנשיא לשעבר ברק: "...עד כמה נלקחת דרישת המסוימות ברצינות. ייתכן שקיומה של דרישה זו אינו מוצדק. מדוע אין להסתפק בגמירות הדעת ובקיומו של 'בסיס ודאי' (reasonably certain basis) להענקתה של תרופה הולמת?" אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 148 (2001).

83 ראו את ההשוואה לפסקה (3) 204–2 ל-UCC בעניין בית הפסנתר, לעיל ה"ש 79, בפס' 12.

ובפסיקה.⁸⁴ כלומר, אם ניתן להבין מהתנהלות הצדדים כי הם ראו עצמם קשורים זה עם זה בקשר חוזי מחייב אין לאפשר להם להיאחז בתנאי המסוימות כדי לחמוק מהתחייבויותיהם הצפויות. לצד הוראות החוק והנוהג, פרטי או מקובל, פיתחה הפסיקה, על בסיס הכתיבה האקדמית בתחום, מנגנון השלמה נוסף – הוא דוקטרינת הביצוע האופטימלי.⁸⁵

הירידה בחשיבותו של תנאי המסוימות משתלבת עם הצורך להגדיל את השימוש במנגנוני השלמה חקיקתיים ופסיקתיים או אף לייצר מנגנונים חדשים לריפוי פגמים או חסרים בדרישת המסוימות. אלו מובילים לעיתים להקדמת שלב כריתת החוזה למועד עריכתו של מסמך ביניים עובר למעורבותם של עורכי הדין בניסוח ההסכמה החוזית. מגמה זו גררה ביקורת נוקבת בשיח האקדמי, בייחוד כשהיה מדובר בעסקאות מורכבות בעלות ערך כלכלי רב כעסקאות מקרקעין. כך, מנחם מאוטנר הבהיר כי מורכבות עסקאות המקרקעין, הן מבחינת רישום הזכויות בלשכת מרשם המקרקעין והן מבחינת נטלי המס, מחייבת עריכה מקצועית של פרטי החוזה הסופי בידי עורך דין מיומן, בשונה מעריכת סיכומי הצדדים בשלבים שונים במשא ומתן בידי מי שאינם משפטנים.⁸⁶ עורך דין מיומן יוכל לוודא שהפרטים המהותיים לצדדים יעוצבו לפי צורכיהם ולא על בסיסם של כללי ברירת הדין. מכאן נובע שלא ראוי להכיר בתוקפו החוזי של מסמך ביניים בעסקת מקרקעין שנחתם בידי צדדים שאינם מיוצגים, כדוגמת סיכום הישיבה בעניין עג'מי.⁸⁷ מלבד זאת, ומכיוון שדיני החוזים בישראל צמחו על גבה של עסקת המקרקעין,⁸⁸ יש בביקורת זו לחזק את דרישת המסוימות בכלל ולמנוע השלמתם של פרטים מהותיים חסרים במסמך ביניים בעסקה בעלת ערך רב שנערך על ידי הדיוטות בפרט.⁸⁹

לצד המגמה של הרחבת השימוש בכללי ההשלמה יש להוסיף את הפיחות בבחינת משמעות קיומן של מחלוקות בין הצדדים למשא ומתן על פרטי העסקה. דיני החוזים כדינים דיספוזיטיביים נסוגים כאשר נובע מהתנהלות הצדדים, במפורש או במשתמע, כי הם ביקשו לסייג את תחולתו של הדין הדיספוזיטיבי ולהסדיר בעצמם את מאפייני הפרט החסר. כך הוא כאשר הצדדים מצויים במחלוקת במהלכו של המשא ומתן

84 שם.

85 ע"א 3380-97 תמגר חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' גושן, פ"ד נב(4) 673, 682 (1998) (להלן: עניין תמגר); ע"א 692-12 פרידמן נ' שפירא (נבו 11.7.2013).

86 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 2021).

87 שם. ראו גם מנחם מאוטנר "זכרון דברים בעסקת מקרקעין: על הצורך לחזור לעידן שלפני רבינאי נ' מן שקד" ספר אליקים רובינשטיין 1675 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים 2021).

88 מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" עיוני משפט לד 527 (2011).

89 אדר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 989.

בעניין מאפייניו של פרט חיוני שהם אינם מצליחים להגיע לכדי הסכמה בעניינו.⁹⁰ יש לציין כי קיומה של מחלוקת במהלכו של המשא ומתן, כזאת שנובעת מהתנהלות תמת לב ועוסקת בהסדרת פרטיה המהותיים של העסקה, ראוי שישמש גם עדות חזקה להיעדר קיומה של דרישת גמירת הדעת. לכן אם בעקבותיה של מחלוקת אמיתית בנוגע למאפייניו של פרט מהותי מופסק המשא ומתן בין הצדדים, אין להשלים את הפרט החסר על אף הסכמת הצדדים על יתר הפרטים כמו גם רצונם לנהל משא ומתן שיוביל לקשירת קשר חוזי. הכרה בתוקפה החוזי של הסכמה באמצעות השלמתו של יסוד המסוימות על אף קיומן של מחלוקות אמיתיות בין הצדדים פוגעת במטרות ניהולו של המשא ומתן ובאוטונומיות הרצון הפרטי של הצדדים.

לעניין זה חשוב לחדד את העובדה שבהפעלתם של כללי ההשלמה בעניין עג'מי חסרה החלטת בית המשפט התייחסות למשמעות המחלוקות שנוצרו בין הצדדים במהלך המשא ומתן. כך, בית המשפט העליון לא בחן את הגרסאות העובדתיות שאליהן התייחס בית המשפט המחוזי שהציגו קיומן של מחלוקות בין הצדדים בנוגע לתמורה ולזהות המגרשים שהובילו להיעדרם ב"סיכום הישיבה",⁹¹ וביתר שאת כשטענת התובע הייתה שסוגיית מיקום המגרשים הייתה שיקול מרכזי בהסכמתו לחתום על סיכום הישיבה.⁹² בהמשך ישיר לכך, אין בהחלטתו של בית המשפט העליון כל התייחסות למשך הזמן הארוך – קרוב לחמש שנים ממועד עריכת סיכום הישיבה להגשת התביעה – כמו גם העובדה שהיא הוגשה רק לאחר ההתקדמות בהליכים נגד התובע בגין בנייה לא חוקית. היה ראוי שנתונים אלו ייבחנו כחלק מבחינת הפעולות שבוצעו או שלא בוצעו בידי הצדדים לאחר סיכום הישיבה כעדות לסיומו המוצלח של המשא ומתן מחד, או קיומן המתמשך של מחלוקות מהותיות מאידך.⁹³

פרק ג. דוקטרינת הביצוע האופטימלי, מתאוריה ליישום מעשי

ג.1. מהותה וגבולותיה של דוקטרינת הביצוע האופטימלי

כשהבנות שאליהן הגיעו צדדים למשא ומתן חסרות התייחסות לפרט שנתפס בנסיבות העניין כמהותי להתגבשות דעתם להתקשר בקשר החוזי הנדון, דרישת המסוימות אינה מתקיימת.⁹⁴ היות שמבחן גמירת הדעת כולל, מלבד בחינת התנהלות הצדדים, גם את תוכן ההסכמה שאליה הגיעו לצד ההשפעה ההדדית של תנאי כריתת

90 עניין עדני, לעיל ה"ש 77, בפס' 9 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) פוגלמן.

91 עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 23–24.

92 פרוטוקול דיונים – מחוזי (4.4.2021), לעיל ה"ש 6, בעמ' 81, 84.

93 להיותה של גמירות הדעת נבחנת גם על בסיס התנהלות הצדדים לאחר ניסוח המסמך ראו עניין רבינאי, לעיל ה"ש 63, בפס' 6.

94 ע"א 9247-10 רוזנברג נ' סבן, פס' 14 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (נבו) (24.7.2013).

החווה – מסוימות וגמירת הדעת – ניתן גם לטעון שדרישת גמירת הדעת אינה מקוימת.⁹⁵ עם זאת ייתכן שהצדדים הסכימו, במודע או שלא במודע, להשלמתו הנורמטיבית של פרט מהותי. בנסיבות שבהן יקבע בית המשפט שיסוד גמירות הדעת מתקיים, כך מסבירים דניאל פרידמן ונילי כהן, ניתן להשלים את הפרט החסר לפי העדפותיו המיטביות של הצד שמסרב להכיר בכריתת החווה אם התובע יביע נכונותו להסדר זה.⁹⁶ דוקטרינת הביצוע האופטימלי נתפסת כמנגנון עדיף על פני הוראותיו הדיספוזיטיביות של החוק או של הנוהג. לעומת ערוצי ההשלמה המסורתיים, הנשענים על חזקה פיקטיבית שלפיה ההסדר הקבוע בחוק או בנוהג הוא זה שהצדדים היו בוחרים לו היו משלימים את המשא ומתן ביניהם,⁹⁷ דוקטרינת הביצוע האופטימלי, כך נטען, נשענת "על הסכמתם הממשית של הצדדים", שכן ברור הוא שלהסדר "אופטימלי" מסוג זה ודאי היה הצד שמסרב להכיר בכריתת החווה מסכים בשלב המשא ומתן.⁹⁸

עם זאת מכתיבתם של דניאל פרידמן ונילי כהן לא ברור אם ניתן להשלים, באמצעותה של דוקטרינת הביצוע האופטימלי, גם פרט שהיה מצוי במחלוקת במהלכו של המשא ומתן.⁹⁹ על זה יש להוסיף כי הפסיקה שאליה מפנה החלטת עג'מי אינה מתיישבת עם יישום דוקטרינה זו בנסיבות שבהן הנכונות לביצוע אופטימלי של פרט חסר מוצגת לראשונה בהליכי הערעור,¹⁰⁰ וביתר שאת כשבכתב התביעה המתוקן ובערעור התובע דורש את קיום הפרט לפי ההסדר שאליו הגיעו לטענתו הצדדים במשא ומתן.¹⁰¹

95 בהתייחס לקשר שבין דרישות המסוימות לגמירת הדעת נקבע כי "שני התנאים המצטברים הנדרשים להתגבשות הסכם מחייב – גמירת דעת ומסוימות – הינם תנאים נפרדים אך קיימים ביניהם קשרי גומלין חזקים... לעיתים... היעדר מסוימות – בדגש על היעדר הסכמה לגבי פרט עיקרי – עשוי להעיד על פגם בגמירת דעתם של הצדדים". עניין עדני, לעיל ה"ש 77, בפס' 9 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) פוגלמן.

96 פרידמן וכהן חוזים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 330.

97 שם, בעמ' 331.

98 שם, בשפתם, "עקרון הביצוע המיטבי נשען על הסכמתם הממשית של הצדדים, שכן ברור שאלמלא הקרע המאוחר שבין הצדדים, היה הצד המסרב לקיים, מסכים להסדר המוצע לו, שלגביו אין טוב ממנו".

99 שם.

100 יש גם לתהות אם יישום דוקטרינה זו, שמסתמך על עובדת נכונות התובע בשלב הערעור, מתיישב אף עם תכלית הערעור, היא תיקון טעויות שיפוטיות. ראו יששכר רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים 442 (2021).

101 בהחלטת עג'מי מפנים להחלטת השופט עמית בעניין עדני, לעיל ה"ש 77 ולעניין שפירא לעיל ה"ש 85; עניין עג'מי – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 32 לפסק הדין של השופט גרוסקופף. בעניין עדני השופט עמית השלים פרט חסר, הוא מועדי התשלום, באמצעות דוקטרינת הביצוע האופטימלי. השלמה זו נעשתה על בסיס נכונות התובע, שהובעה כבר בשלב המשא ומתן, למועדים שיתאימו לנתבע. השופט עמית ציין גם כי בבית המשפט המחוזי הפקיד התובע את מלוא התמורה בחשבון נאמנות. עניין עדני, שם, בפס' 6–8 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) עמית. בעניין שפירא השופט דפנה ברק-ארז קבעה כי את הנכונות להשלמת הפרט החסר לפי

גבולות כללי ההשלמה, ובהם דוקטרינת הביצוע האופטימלי, בנוגע לפרט מהותי שנמצא במחלוקת במהלך המשא ומתן מובאים בהרחבה בפסיקה ובספרות. גבולות אלו אינם תואמים את פסיקת בית המשפט העליון בעניין עג'מי. סייג מקובל לתחולת כללי ההשלמה בכלל הוא כוונה משתמעת או מפורשת של הצדדים לשלילת השלמת החסר, כדוגמת קיומה של מחלוקת אמיתית בין הצדדים במהלכו של המשא ומתן בנוגע לאותו פרט.¹⁰² כפי שמבהיר השופט אור, השלמת פרטים חסרים "אפשרית, כל עוד אין משתמעת כוונה אחרת של הצדדים באשר לפרטים החסרים הנ"ל".¹⁰³ על פי זה יש לפרש מחלוקת חריפה בין הצדדים על סוגיה חשובה לכריתת החוזה ככוונה משתמעת השוללת השלמה. לכן הציב השופט מינץ סייג שלפיו "השלמת פרטים חיוניים מסוימים לפי הוראות הדין או הנוהג אינה אפשרית כשמדובר בתנאים מהותיים שהצדדים נחלקו לגביהם".¹⁰⁴ בהמשך לכך לא ראוי שכלל בסיסי זה ייסוג אם בהליכי המשפט התובע בוחר לוותר על "התעקשותו" במהלך הניסיונות במשא ומתן להגיע להסכמות בנוגע לפרט החיוני האמור. כפי שקבע השופט גרוניס לעניין זה, "לא ניתן להשלים את הפרטים המהותיים בחוזה בשלבים ובמועדים שונים לאורך ציר הזמן. זאת בפרט, כאשר הסכמת המשיב ניתנה לאחר שבין הצדדים החל כבר הליך משפטי".¹⁰⁵ נובע מזה, שקיומה של מחלוקת אמיתית במשא ומתן בנוגע לפרט מהותי לצדדים מעיד על היעדר קיומם של יסודות כריתת החוזה, גמירות הדעת והמסוימות כאחד.¹⁰⁶ השלמת פרט מהותי באמצעות נכונות אחד הצדדים ל"ויתור" שיהלום את העדפותיו של הצד הנגדי בהליך המשפטי אינה יכולה לרפא את המחלוקת ואת ההתעקשות בעניינו במהלך המשא ומתן.¹⁰⁷ השלמה כזאת סותרת את תנאי כריתת החוזה – דרישת גמירת הדעת והמסוימות – ומכאן גם את המסגרת המשפטית-עובדתית שמצדיקה את הפעלת דוקטרינת הביצוע האופטימלי. עם זאת החלטת בית המשפט העליון בעניין עג'מי לא בחנה כלל את הגרסה העובדתית שלפיה סוגיית זהות המגרשים הייתה שנויה במחלוקת במהלך המשא ומתן וחרגה אפוא מגבולות הדוקטרינה.¹⁰⁸

העדפותיו האופטימליות של הצד הנגדי יש להביע בזמן אמת, קרי בשלב המשא ומתן. עניין שפירא, שם, בפס' 34 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

102 הוסבר כי "מנגנון הביצוע האופטימלי לא יופעל בנסיבות שבהן משתמעת כוונה לשלול השלמה של הסוגיה שלא הוסדרה. כך, למשל, לא יחול מנגנון זה כאשר שררה בין הצדדים מחלוקת של ממש בעניינה של הסוגיה" גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 187 (מהדורה רביעית 2019).

103 עניין תמגר, לעיל ה"ש 85.

104 ע"א 7859-22 דורית חברה לבינוי ופיתוח בע"מ נ' המינהל האזרחי לאיזור יהודה ושומרון הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, פס' 35 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו 15.7.2024).

105 ע"א 10859-07 חברה קדישא שעל יד הרבנות הראשית והמועצה הדתית תל-אביב-יפו והמחוז (ע"ר) נ' לוי, פס' 18 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) גרוניס (נבו 22.1.2012).

106 שם.

107 שם.

108 עניין עג'מי – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 23–24 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

2.ג. נכונות לביצוע אופטימלי של פרטים המצויים במחלוקת

כאמור, הפרט המהותי שסיכום הישיבה שתק בעניינו הוא זהות המגרשים ומיקום שטחי התיירות. לעומת בית המשפט המחוזי, שראה בכך חסר הן של שטח המגרשים והן של מיקום המגרשים ושטחי התיירות, בית המשפט העליון ראה רק במיקום המגרשים ושטחי התיירות פרט מהותי חסר מבלי לבחון את משמעות היעדר התייחסותו של סיכום הישיבה לשטח המגרשים. גם ניתן להניח שבנוגע לשטח המגרשים אי אפשר היה להפעיל את דוקטרינת הביצוע האופטימלי, כי אילו היה אפשר, היה היישוב נווה שלום יכול לבחור במסגרתה במכירת מגרשים בעלי שטח שיאפשר בנייה מינימלית. בנוגע למיקום המגרשים הפעיל בית המשפט העליון את דוקטרינת הביצוע האופטימלי על בסיס נכונותו של התובע, רק בשלב הערעור, להסכים למיקום המגרשים שאותו יקבע היישוב נווה שלום, בתום לב, לפי העדפותיו. נותר אפוא לבחון אם שאלת מיקום המגרשים נבחנה בשלב המשא ומתן, ואם פרט זה היה שנוי במחלוקת אמיתית בין הצדדים. תשובה לכך, כך נראה, ניתן למצוא בסוגיית תשריטי התוכנית של הרחבת היישוב נווה שלום, שעלתה אך חלקית בבית המשפט העליון, לעומת הדיון הנרחב בה במחוזי.

לטענת התובע, משפחתו, המונה תשעה ילדים ועשרות נכדים, מתגוררת עימו בחלקה האמורה, בת כ-12.7 דונם, שאותה קיבלו ממנזר לטרון בשנת 1968.¹⁰⁹ מזה נובע שבביר ששאלת מיקומם ושטחם של המגרשים החלופיים שבהם תגור משפחתו תעמוד במרכז הליכי הגישור בין הצדדים. עם זאת בדיון קדם-המשפט השני, מיום 18.10.2017, לאחר הגשת כתב התביעה המקורי, העיר בית המשפט לב"כ התובע על הקשיים שקיימים בהכרה בתוקפו החוזי של "סיכום הישיבה" בשל היעדר התייחסותו לזהות המגרשים והשטחים שמיועדים לתובע.¹¹⁰ בעקבות הערות אלו הגיש התובע, ביום 2.11.2017, הודעה שאליה צורף העתק צבעוני של תשריט התוכנית של הרחבת היישוב (להלן התשריט).¹¹¹ להודעה זו צורף העתק מצולם של תשריט נוסף, אשר לטענתו צורף על ידי נווה שלום לתב"ע שהוגשה, ובו המגרשים אשר מיועדים לו ממורקרים (להלן תשריט התב"ע).¹¹² לטענתו, התשריט נמסר לו סמוך לחתימה על ההסכם מאת הנתבעים, ובתשריט מצוינים מיקומם ושטחיהם של המגרשים האמורים בסיכום הישיבה.¹¹³ למעשה, התובע מבהיר בעדותו כי רק בהסתמך על התשריט שנמסר לו מאת נווה שלום לפני הגישור, ובו מיקומם ושטחיהם של המגרשים, הוא הסכים לחתום על מסמך סיכום הישיבה.¹¹⁴ יוצא אפוא ששאלת זהות המגרשים,

109 כתב התביעה המתוקן, לעיל ה"ש 24, בפס' 26–28.

110 עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 16.

111 שם.

112 שם, בפס' 22.

113 שם.

114 פרוטוקול דיונים – מחוזי (4.4.2021), לעיל ה"ש 6, בעמ' 81, 84.

מיקומם ושטחם הייתה מהותית, וייתכן שאף הייתה לב העניין בהליכי הגישור שבין הצדדים.

על זה יש להוסיף שלשאלת מיקומם ושטחיהם של המגרשים השפעה ישירה על פינוי החלקה האמורה. כאמור, בית המשפט העליון קבע כי למרות החסר שקיים בסיכום הישיבה בנוגע לשאלת תמורת התובע, היה לצדדים ברור כי תמורת התובע בעבור המגרשים ושטחי התיירות היא פינוי המקרקעין שבהם חיה משפחתו,¹¹⁵ ובהם תשעה מבנים, חלקם מגורים, מחסנים ומכלאות צאן.¹¹⁶ צפוי שעלויות פינוי המבנים, כלכליות ופסיכולוגיות, יהיו ניכרות. יש להניח שלכן ביקשה משפחת התובע להפחית עלויות אלו, באמצעות בחירה במגרשים ובשטחים שימוקמו בשטח המקרקעין שבו הם חיו או לכל הפחות קרוב לכך. נובע מזה, שלזהות המגרשים, למיקומם ולשטחיהם השלכה ישירה על סוגיית הפינוי של שטח המקרקעין, ואי-בהירות האחד משליכה ישירות על האחר. זאת גם הסיבה שהתובע הבהיר שוב ושוב שהסיבה העיקרית לחתימה על סיכום הישיבה הייתה התשריט שנמסר לו ושבנוקבע כי ארבעת המגרשים, אחד לכל אחד מארבעת בניו,¹¹⁷ מצויים בשטח החלקה שבה משפחתו חיה.¹¹⁸ כלומר, מדובר בהסכמה שיש בה הפחתה ניכרת בעלויות הכלכליות והפסיכולוגיות שכרוכות בפינוי המקרקעין של משפחת התובע. עם זאת הסכמה מהותית זו איננה מצויה ב"סיכום הישיבה" ומוכחשת על ידי הנתבעים.

בנוגע להסכמה זו הבהיר בית המשפט המחוזי כי נווה שלום הכחישה את טענת התובע שהתשריט האמור הוצג במהלכו של המשא ומתן.¹¹⁹ לעומת זאת נטען כי בשל היעדר ההסכמה בדבר זהות המגרשים ההבנות בסיכום הישיבה הוגדרו כהסכמות עקרוניות בלבד.¹²⁰ אם בכך לא די, בית המשפט המחוזי ציין כי בסיכום הישיבה אין כל הפניה לתשריט,¹²¹ בתשריט אין כל סימן מצד הנתבעים לאישור טענות התובע,¹²² ונסיבות מסירת התשריטים האמורים לא הובהרו בידי התובע.¹²³ גם בית המשפט העליון לא ביקש לכפור בהיעדר ההסכמה על זהות המגרשים. עם זאת הוא מצא,

115 בשפת השופט גרוסקופף: "פשיטה כי התמורה בעבור קבלת המגרשים היא פינויים של מר עג'מי ובני משפחתו מהמקרקעין אותם החזיקו. עניין זה מתבקש מאליה, ולמעשה לא היה שנוי כלל במחלוקת של ממש לפנינו". עניין עג'מי – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 33 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

116 ראו הצגת העובדות, בבנייה ללא היתר – שלום 2018, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1–2.

117 כתב התביעה המתוקן, לעיל ה"ש 24, בפס' 39.

118 כאשר נשאל התובע על היעדר ההתייחסות בסיכום הישיבה לזהות המגרשים, ענה התובע כך: "הרחבה של נווה שלום, המגרשים שאני, הראו לי אותם, שחתמתי עליהם, הם בתוך החווה שלי, ובתוך השטח שהוא 12 דונם שלי, ארבעה מגרשים... על סמך התשריט, אני חתמתי". פרוטוקול דיונים – מחוזי (4.4.2021), לעיל ה"ש 6, בעמ' 111.

119 עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 21.

120 שם, בפס' 23.

121 שם, בפס' 19.

122 שם.

123 שם, בפס' 20.

בשונה מקביעת בית המשפט המחוזי, כי לתשריט האמור בכתב התביעה ובהודעה האמורה צורף תצהיר, ולכן היה אפשר להתייחס אליו כאל כל מסמך שצורף כראוי לכתב התביעה המתוקן כחלק מתיק בית המשפט.¹²⁴ עם זאת בית המשפט העליון לא בחן את משמעות טענות הצדדים בנושא זה. לו היה עושה כן, טענת התובע להסדרת זהות המגרשים כבר במשא ומתן והיעדר התייחסותו של סיכום הישיבה לכך היו מחייבים את בית המשפט לדון באפשרות קיומה של מחלוקת בנושא. לו היה בית המשפט מוצא שמדובר בפרט שאופן הסדרתו במשא ומתן היה שנוי במחלוקת בין הצדדים, היה מוטל עליו לדון בגלוי ביישומה החריג של דוקטרינת הביצוע האופטימלי והשלכותיו על מאפייניה כפי שאלו עוצבו בספרות ובפסיקה שעסקו בה עד כה.

פרק ד. יחסי עימות ודוקטרינת הביצוע האופטימלי

ד.1. נכונות לביצוע אופטימלי בנסיבות של עימות בחוזה יחס

כשלושה שבועות לאחר שהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 29.12.2021 דחתה את טענות התובע וקבעה כי "סיכום הישיבה" אינו עומד בדרישות החוק לכריתת חוזה, הוצתו משרדי נווה שלום, וידיעות על כך פורסמו בצנעה באתרי האינטרנט.¹²⁵ באחת הכותרות צוין ש"תושב רהט חשוד בהצתת מזכירות נווה שלום".¹²⁶ לפי הערכת המשטרה, הרקע לזה, כך נכתב, הוא "איומים בין המעורבים ואירועי אלימות" בשל מחלוקת הנוגעת לפינוי שטח ביישוב.¹²⁷ בהחלטה בבקשה למעצר עד תום ההליכים לחשודים ציין בית המשפט כי לפי הודעת חבר ועד היישוב נווה שלום, הרקע לכך הוא, ככל הנראה, סכסוך הקרקעות עם התובע.¹²⁸ יש להבהיר שאלו הם רק חשדות. עם זאת באירועים מסוג זה, אשר משתייכים לתחום הפלילי, יש להשליך גם על שאלת כריתת החוזה, בייחוד כשיש בהם להטיל מורא על צדדים למשא ומתן ולפגוע ביכולתם להאמין למילותיו ולמצגיו של הצד האחר, כמו גם לפגוע בהנחת כפיפותו לעקרון שלטון החוק.

אף שההצתה האמורה בוצעה רק לאחר החלטת בית המשפט המחוזי, יש בהתנהלות מאוחרת זו להעיד על יחסי הצדדים, על מאפייניהם, ולענייננו – על קיומו של חשד לגיטימי באשר למידת האמון שיש לתת בדברי האחר בשלב עריכת "סיכום הישיבה" וכך גם בשלב יישום מנגנון ההשלמה שבו על פי דרישת בית המשפט

124 עניין עג'מי – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 21.

125 "תושב רהט חשוד בהצתת מזכירות נווה שלום" בקיצור (23.3.2022) <https://www.m-y-net.co.il>. הכתבה התמקדה בפעולות החקירה והזיהוי הפלילי של המשטרה.

126 שם.

127 שם.

128 מ"ת (מחוזי י-ם) 40908-03-22 מדינת ישראל נ' אל הוזייל, פס' 5 (נבו 5.4.2022).

העליון.¹²⁹ החשש הנובע מיחסי העימות האמורים חריף יותר כשסיכום הישיבה האמור עוסק במגורים משותפים וארוכי טווח ביישוב קהילתי קטן. הסכמות בנסיבות אלו – שמשך ביצוען משתרע על פני זמן ממושך, בין צדדים שיידרשו למידת-מה של שיתוף פעולה ושל התאמות לתנאים משתנים – מכונות חוזי יחס.¹³⁰ בחוזים מסוג זה ליחסי הצדדים, לזהותם ולמאפייניהם חלק מרכזי בהסכמת הצדדים. נובע מזה שבנסיבות דנן ראוי שהכוחנות ביחסי הצדדים תפחית את המשקל שיינתן לנכונות לביצוע אופטימלי של הפרט החסר שתופע לאחר קיומו של משבר אמון ושאף תבטל כליל את אפשרות החלתה של הדוקטרינה. זאת, אף ביתר שאת, כשנכונות זו מובעת רק בשלב הדיון בערעור, ללא ערובה או בטוחה, כשהיא סותרת את טענות התובע בכתבי התביעה והערעור, וייתכן שגם מונעת מהחשש מהפסד בתיק ומתשלום ההוצאות לצד הנגדי.

מלבד החשש ממעשי אלימות וטענות היישוב להשתלטות על קרקעות והקמתן של גדרות, עובר לעריכת סיכום הישיבה, בהליכי המשפט עצמם, התעוררו לא מעט ספקות באשר למהימנותו וליושרתו של התובע, ולכן גם באשר למשקל שראוי שיעניק בית המשפט לנכונות האמורה, נוסף על הסתירות הגלויות שבינה לבין טענותיו הראשוניות. עם אלה ניתן לכלול את הפרטים האלה: נסיבות מסירת התשריטים,¹³¹ אי-הבהירות והסתירות בנוגע למועד מסירתם,¹³² טענתו כי יש בידיו חומרים נוספים שלא הגיש,¹³³ היעדר התאמת גילו של התובע לטענתו כי מנזר לטרון העניק לו את החלקה האמורה בשנת 1968,¹³⁴ היעדר ההתייחסות בתביעה לאביו הגם שבחקירתו של התובע נטען כי הזכויות בחלקה ניתנו לאביו,¹³⁵ ומכאן גם היעדר סמכותו בזמן עריכת סיכום הישיבה לחייב את אביו, שהיה בחיים באותה עת, או את אחיו, בהיעדרו

129 עניין עג'מי – עליון, לעיל ה"ש 3, בפס' 37 לפסק הדין של השופט גרוסקופף. יש לציין כי לאחר הפניית בית המשפט העליון את הצדדים למשא ומתן ולעניין יישומו נטען כי "אצל חברי היישוב קיימים חששות כבדים... נוכח ההיסטוריה בין הצדדים, אשר כללה גם אירועים אשר לכאורה מקושרים למבקש או מי מטעמו, לרבות השתלטות על קרקעות והקמת גדרות בשטחים המיועדים לתשתיות, הפרעות לביצוע עבודות פיתוח, ואף אירועי הצתה ביישוב". פס' 4 לתגובת ב"כ נווה שלום לבקשה לקביעת מועד הדיון בע"א 1456/22 עג'מי נ' וואחת אל סאלם נווה שלום (ועד מקומי נווה שלום) (10.6.2024).

130 IAN R. MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS (1980); IAN MACNEIL, THE RELATIONAL THEORY OF CONTRACT: SELECTED WORKS OF IAN MACNEIL (David Campbell ed. 2001).

131 בית המשפט ציין כי "גרסת התובע בדבר נסיבות מסירת התשריט לידי נותרה מעורפלת". עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 20.

132 שם.

133 שם, בפס' 17.

134 יש לציין כי לראש המשפחה, עלי עג'מי, היו שבעה ילדים, וכי בזמן ההבטחה הנטענת התובע, אחד מילדיו, היה בן תשע. פרוטוקול דיונים – מחוזי (4.4.2021), לעיל ה"ש 6, בעמ' 28, 86; ראו גם עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 53.

135 פרוטוקול דיונים – מחוזי (4.4.2021), שם, בעמ' 86.

של ייפוי כוח,¹³⁶ דרך הצגה לא נכונה של הבנייה ושל המגורים בחלקת התובע,¹³⁷ כמו גם טענתו, שנשללה, להיעדר תחולתו של הדין הישראלי על החלקה האמורה.¹³⁸ היה ראוי שהתמיהות באשר להתנהלות התובע שעליהן הצביע בית המשפט המחוזי, ואשר בגינן הוא קבע כי אין להתייחס לתשריט כאל מסמך אותנטי,¹³⁹ ישפיעו גם על אפשרות הפעלתה של דוקטרינת הביצוע האופטימלי. הסכמה לנכונות זו נשענת על משקל מילותיו של צד למשא ומתן, וכשהאמון שניתן במילותיו נפגע, האדם הסביר לא היה מעניק לה כל משקל, ולמצער יש לאפשר לצד הקונקרטי למשא ומתן להחליט בעצמו ולא באמצעותה של הנחה קונסטרוקטיבית. חששות אלו התאמתו כשהצדדים שבו למשא ומתן בעקבות הכרת בית המשפט העליון בתוקפו החוזי של מסמך הביניים. בשלב זה, כשנדרשו הצדדים לדון באופן קביעת מיקומם של המגרשים, החליט התובע לחזור בו מנכונות זו לביצוע אופטימלי ודרש שהמגרשים יהיו מחוברים יחדיו.¹⁴⁰

ד.2. מתקפת ה-7 באוקטובר ויחסי העימות בעניין עג'מי

כשצדדים מצויים ביחסי עימות והפרות חוק אשר כוללים כאמור בנייה לא חוקית, הצבת גדרות ופגיעה בשימוש במקרקעי היישוב, לא ראוי לחייבם לקבל נכונות מאוחרת של התובע להשלמתו של פרט חסר גם אם התובע יטען שפרט זה יקום לפי העדפותיו המיטביות של הנתבע. עם זאת ואף שהתנהלות זאת נעשתה במרביתה בגלוי, בכל צעד ושעל ביקשו ערכאות בתי המשפט השונות לנסות ולפשר בין הצדדים. כך, לאחר שלילת בית המשפט המחוזי את תוקפו החוזי של "סיכום הישיבה", הציע בית המשפט העליון לצדדים הצעת פשרה שתייתר את הדיון המשפטי בתנאי כריתת החוזה.

¹³⁶ דברים אלו מתחזקים בשל הניסיון לצרף את הסכמת משפחתו לייפוי כוחו לאחר עריכת סיכום הישיבה. עמ' 160 לפרוטוקול הדיון מיום 6.6.2021 בת"א (מחוזי י-ם) 48984-07-16 עג'מי נ' ועד מקומי נווה שלום.

¹³⁷ התובע טוען כי משפחתו מתגוררת בחלקה האמורה משנת 1970, אולם צילומים שנערכו במקום מעידים שבשנת 1980 היה אפשר למצוא במקרקעין רק חלק קטן מהיחידה המרכזית שבנויה במקום, וכי מרבית הבנייה במקום נוספה לאחר שנת 1999. עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 50, 64.

¹³⁸ בנייה ללא היתר – שלום 2015, לעיל ה"ש 38.

¹³⁹ בית המשפט המחוזי מבהיר כי "מדובר במסמך מהותי, אשר הופעתו לראשונה בשלב כה מאוחר מעוררת סימני שאלה של ממש, להם לא ניתן מענה העשוי להניח את הדעת. בנסיבות אלה, לא ניתן להתייחס אל התשריט כמסמך אותנטי ולהסתמך עליו לצורך קביעת ממצאים". עניין עג'מי – מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 18.

¹⁴⁰ לפיכך הבהיר התובע כי "עמדת התובע בנוגע לפרטים אותם יש להשלים" באשר למגרשי המגורים היא כי "התובע יקבל בבעלות 4 מגרשים למגורים, בחירת המגרשים תיעשה באופן שבו התובע יוכל להמשיך לגור ביחס ובסמוך לבני משפחתו, כפי שהיה עד היום... כך שארבעת המגרשים למגורים יהיו צמודים..." ראו עמ' 5 ל"התייחסות התובע להחלטת ביהמ"ש הנכבד מיום 28.5.24" בע"א 1456/22 עג'מי נ' וואחת אל סאלם נווה שלום (ועד מקומי נווה שלום) (1.6.2024).

לפי הצעה זו, מיום 18.5.2023, בתמורה לפינוי המקרקעין תקבל משפחת עג'מי ארבעה מגרשים, והפעם כשמיקום המגרשים ושטחם מפורטים בתשריט שמצורף להסכמה. נוסף על זה תקבל משפחת התובע אחת משתי אפשרויות לפי העדפת היישוב נווה שלום. האפשרות הראשונה היא פיצוי כספי שייקבע על בסיס שוויים של חמישה דונם ביעוד תיירותי, בהסתמך על חוות דעת מומחה בנושא. האפשרות השנייה, שלושה מגרשים נוספים, גם היא מפורטת בתשריט שמצורף.¹⁴¹ הצדדים דחו הצעה זו.

לכאורה היה אפשר לסבור כי ערכאות בתי המשפט יגלו קשיחות ביחסם כלפי מי שנטען שהוא משתלט על קרקעות ללא כל זכות ובונה ללא היתר בעלי המקרקעין או רשויות התכנון ואף אינו מכיר בתחולת הדין הישראלי במקום.¹⁴² עם זאת נדמה שזהותם הקהילתית של הצדדים המעורבים בסכסוך האמור הובילה לפתיחות מוגברת ולהכלה מצד ערכאות בתי המשפט. ההליכים המתמשכים והשנים הרבות שבהן קשורה משפחת התובע לחלקה האמורה גרמו תחושת עוול ואי-צדק. אלו קשרו בגלוי בתקשורת וברשתות האינטרנט את העוול שנטען שנעשה למשפחת עג'מי לגזענות ולמדיניות ההריסה והעקירה ביחס השלטון הישראלי כלפי החברה הפלסטינית בכלל וכלפי הקהילה הבדואית בפרט.¹⁴³ כמו מחאות משפחת עג'מי,¹⁴⁴ גם ערכאות בתי המשפט השונות הביעו פעמים רבות את תחושותיהם שנוסף על ההליכים המשפטיים ראוי הוא אם תימצא הדרך שבה הצדדים יגיעו להסכמות כוללות בנוגע למקרקעין ולמבנים שנבנו עליהם ללא היתר.¹⁴⁵

אין לכחד כי יחסי המדינה והקהילה הבדואית לאורך השנים הקשו על קהילה זו לתת אמון בשלטונות המדינה ובלגיטימיות הדין הישראלי. בשיח האקדמי נכתב בהרחבה על נישולה הנרחב של קהילה זו מזכויותיה הקנייניות בקרקעות הנגב¹⁴⁶ אף שהם החזיקו בקרקעות אלו ועיבדו אותן שנים רבות.¹⁴⁷ הקהילה הבדואית, כך נטען,

141 ראו החלטת בית המשפט להציע הסדר פשרה לסיום הסכסוך בע"א 1456/22 עג'מי נ' נווה שלום (18.5.2023).

142 כתב ההגנה המתוקן, לעיל ה"ש 30, בפס' 53, 61–65.

143 כך נטען שמדובר בגזענות שהיא חלק ממדיניות ההריסה. ראו: منى عرموش "عائلة أبو عجمي: قرار هدم مزرعتنا في واحة السلام أمر مجحف وظالم وسنتصدى له" *الناصرة* (21.6.16) <http://www.kul-alarab.com/Article/753892>.

144 לפיכך הובהר כי יותר ממאבקה של משפחת עג'מי מדובר במאבקם של האוכלוסייה הערבית נגד מדיניות ההריסה והעקירה של השלטון הישראלי, knooznet – 2016, לעיל ה"ש 4.

145 בנייה ללא היתר – מחוזי 2015, לעיל ה"ש 41, בעמ' 7.

146 מיכל טמיר וגרשון גונטובניק "אתגר המציאות הבדואית בנגב: הכרה בתורת ההכרה" *משפט מיעוט וסכסוך לאומי* 429 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים 2017).

147 רונן שמיר "מושעים במרחב: בידואים והמשטר המשפטי בישראל" *משפט והיסטוריה* 473 (דניאל גוטווין ומנחם מאוטנר עורכים 1999).

נאבקת בבתי המשפט עשרות שנים¹⁴⁸ נגד הפיכתם לפולשים באדמותיהם,¹⁴⁹ נגד ההרס השיטתי של הבתים שבנו¹⁵⁰ ונגד שלילת זכויותיהם הבסיסיות למים ולחשמל.¹⁵¹ כל אלה מתורגמים לפגיעה קשה ביכולתם לחיות בכבוד.¹⁵² יחסים אלו, כך נטען, עיצבו תודעה קולקטיבית של ניכור ודחייה¹⁵³ שבאים לעיתים לידי ביטוי במחאות עממיות רחבות היקף, כדוגמת המחאה העממית נגד תוכנית פרוואר.¹⁵⁴ לאלה, יש להניח, השלכה רבה על יחסה של משפחת עג'מי למשפט המדינה ולתחולת הדין הישראלי על החלקה שבה הם מצויים.¹⁵⁵ נדמה גם שערכאות המשפט מכירות בתחושות אלו, וייתכן שהן מבקשות לחזק את הלכידות החברתית באמצעות העדפתם של שיקולי צדק קולקטיביים, קרי ייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מודרות וקידום צורכיהן, כמקור לסעד שאינו מתיישב בהכרח עם הדין.¹⁵⁶

מצידו הנגדי של הסכסוך, היישוב נווה שלום הוא יישוב קהילתי ערבי-יהודי היחיד בארץ. תכלית הקמתו של יישוב זה היא קידומו של הדו-קיום בין יהודים לערבים, ומתיישביו שואפים להביא את השלום ומאמינים בניצחון האהבה על האיבה.¹⁵⁷ לפיכך מספר המשפחות היהודיות ביישוב שווה לזה של המשפחות הערביות, ומערכת החינוך ביישוב היא דו-לשונית, דו-לאומית ודו-תרבותית.¹⁵⁸ ביישוב הוקם בית הספר לשלום שבאמצעותו נערכים לאורך השנים מפגשי דיאלוג בין יהודים לערבים מישראל ומהשטחים, סדנאות ופעילויות בין בני נוער, בין משפטים ובין פסיכולוגים,¹⁵⁹ ואף קורסים באוניברסיטאות וסדנאות ברחבי

148 אלכסנדר (סנדי) קדר, אחמד אמארה ואורן יפתחאל "אמת מטרידה – 'הלכת הנגב המת' ונישול הבדואים: לאור מאמרה של רונית לוי – שנור 'לקראת פרידגמה חדשה: על הזכויות הקבוצתיות של הבדואים במקרקעין בנגב' בגיליון זה" **עיוני משפט** מג 731, 735 (2021).

149 לאופן שבו השימוש ב"הלכת הנגב המת" הפך בדואים שחיים באדמתם לפולשים, ראו שם.
150 על "הסיירת הירוקה", אשר הוקמה ביוזמתה של רשות שמורות הטבע, נטען ששימשה לדחיקת תנועתם של רועי צאן בדואים מהנגב באדמות המדינה. נעמן טל "בין נישול לדחיקה: הפעלת הסיירת הירוקה ויחסיה המתוחים עם החוק ועם המשפט, 1976–1980" **משפט חברה ותרבות** ד: משפט ומשטרה 107, 122 (2021).

151 אורן יפתחאל "אפרטהייד זוחל? משטר, מרחב ואזרחות בישראל/פלסטין" **המרחב הציבורי** 13, 139, 155 (2018).

152 אינסאף אבו שארב "החברה הבדואית בנגב – מה בינה לבין שקיפות ושולי ההדרה – אנחנו ואתם" **שקיפות, שחיתות ומה שביניהן** 49 (גילי ארד עורכת) (2021).

153 טמיר וגונטובניק, לעיל ה"ש 146.

154 אמל ג'מאל "תודעה כפולה והתנגדות מושהית: על הדילמות הפוליטיות של האזרחים הפלסטינים בישראל בצל האביב הערבי" **המרחב הציבורי** 13, 129 (2018).

155 לטענה כי הדין הישראלי אינו חל על החלקה ולשלילת הטענה האמורה ראו ת"ח (תכנון ובנייה מחוזי ב"ש) 40689-03-14 **מדינת ישראל נ' עגמי** (נבו 30.12.2015).

156 טמיר וגונטובניק, לעיל ה"ש 146, בעמ' 463–464.

157 כתב ההגנה המתוקן, לעיל ה"ש 30, בפס' 38–42.

158 שם.

159 שם, בפס' 47. לאופן בה תרומתו החינוכית של היישוב נגעה בעשרות אלפי בני נוער יהודים ופלסטינים, ראו דוד בריגל "סיפור ההצלחה של נווה שלום" **הארץ** (22.4.2013).

העולם.¹⁶⁰ בשל מאפיינים אלו יישוב זה נתפס בציבוריות הישראלית כמופת לדו-קיום ואף לנושא הדגל לחיים משותפים בין ערבים ליהודים.¹⁶¹ תכלית זו, שהיישוב מקדם, חשובה לאין ערוך בתקופה הנוכחית, שבה, לאחר מתקפת ה-7 באוקטובר והלחימה בלבנון ובעזה, נדמה שיחסי ציבורים אלו, הערבי והיהודי, נמצאים בנקודת הרתיחה הגבוהה ביותר מאז הקמת המדינה.

זהות הקהילה הבדואית כחלק מהמיעוט הערבי עוצבה עם הקמת המדינה בנסיבות של מלחמה, פינוי וכפייה.¹⁶² ככל שציבור זה הולך והופך דו-לשוני, דו-תרבותי ומשתמש ביתרונות החברה הישראלית ובדמוקרטיה למיגורה של האפליה ולקידומו של השוויון,¹⁶³ כך הולך הסכסוך הפנימי ומתמתן והשילוב בין הציבורים גדל.¹⁶⁴ לעומת זאת כשהסכסוך החיצוני בין מדינת ישראל לעם הפלסטיני ולמדינות ערב גדל, החרדות והמתחים בין הצדדים גוברים והחשש מהתלקחותו של עימות פנימי ואף מהפרדה גובר.¹⁶⁵ לנסיבות מתקפת ה-7 באוקטובר 2023, על החטיפות והאימה שהיו בה, אין אח ורע בהיסטוריה של מדינת ישראל. בעקבות זוועות המתקפה והמלחמות שנפתחו בעקבותיה בלבנון, ובייחוד בעזה, המתח והחרדות של חלקי החברה הישראלית, הערבי והיהודי, מצויים עתה בשיאם.¹⁶⁶ נדמה שבזמנים אלה לא היה בית המשפט יכול לאפשר ליישוב ערבי-יהודי שחרת על דגלו את פתרון הסכסוך היהודי-

<https://www.haaretz.co.il/literature/study/2013-04-22/ty-article/.premium/0000017f-f58d-d460-afff-ffefbcc20000>

160 כתב ההגנה המתוקן, שם.

161 על כך נאמר: "הגבעה הזו שייכת לשמאל השפוי. אם הוא לא יכול לפתור סכסוך אחד קטן, אז שיקפל את כל האשליות שלו לגבי הסכסוך הגדול". עפרה אידלמן "ביישוב שהיה מופת לדו-קיום, השלום לא מתחיל בבית" **הארץ** (1.4.2016) <https://www.haaretz.co.il/news/local/2016-04-01/ty-article/.premium/0000017f-e114-d7b2-a77f-e3176be40000>

162 סמי סמוחה לא שוברים את הכלים, **מדד יחסי ערבים-יהודים בישראל 2015** 19 (2017).

163 שם, בעמ' 22-24.

164 שם, למרבית הציבור הערבי בישראל שיפור במצבם הכלכלי חשוב יותר מפתרון הסכסוך הישראלי-פלסטיני. ראו יוסרי חייזראן ומוחמד חילאילה "החברה הערבית בישראל ו'האביב הערבי'" **המרחב הציבורי** 9, 14, 27-28 (2018).

165 סמוחה, שם, בעמ' 20-21. חייזראן וחילאילה, שם, בעמ' 17-18.

166 ראו לדוגמה ארי ליבסקר "כל ערבי שמביע דעה מתויג כתומך טרור" **כלכליסט** (30.1.2025) <https://www.calcalist.co.il/magazine/article/s1xsmxrojg>

פלסטיני, לפנות משפחה בדואית משטחו,¹⁶⁷ בלא קשר לקיומן או להיעדרן של זכויות קניין בחלקה, לתוקפו החוזי של מסמך הביניים או להיעדרו.¹⁶⁸

אפילוג

דוקטרינת הביצוע האופטימלי מציגה, לכאורה, מנגנון להשלמתו של פרט מהותי חסר בהסכמת הצדדים שהוא עדיף מהשלמתו באמצעות נוהג או הוראות החוק הדיספוזיטיביות. לפי דוקטרינה זו, במקרים שבהם יסוד גמירות הדעת מתקיים, אך ביסוד המסוימות חסר פרט מהותי להסכמת הצדדים, ניתן להשלים פרט זה אם אחד הצדדים הביע נכונותו לביצועו האופטימלי לפי העדפות הצד הנגדי. השלמה מסוג זה תואמת, כך נדמה, את העדפות הצדדים הפרטיקולריים – מי שהביע את הנכונות האמורה והצד הנגדי שזוכה לקיום הפרט החסר לפי העדפותיו. בעניין עג'מי נקטה דוקטרינה זו לצורך השלמתו של פרט מהותי חסר, הוא זהות המגרשים, בסיכום ישיבה שנערך בין היישוב נווה שלום למשפחה שמתגוררת בשטחו. בהליך הערעור הביע התובע את נכונותו לביצועו של הפרט החסר הגם שרק בנוגע למיקום המגרשים ולא לשטחם, לפי העדפותיו המיטביות של היישוב. משקבע בית המשפט העליון כי יסוד גמירת הדעת התקיים, היה בהשלמה חלקית זו לקיים את יסוד המסוימות, להכיר בתוקפו החוזי של סיכום הישיבה כמו גם בהפרת החוזה מצידו של היישוב נווה שלום. מאמר זה בוחן את האופן שבו יושמה דוקטרינה זו בהחלטת עג'מי ומבקר את הרחבת גבולותיה. נכונות התובע הועלתה לראשונה בהליכי הערעור, בסתירה לטענותיו בכתב התביעה המתוקן ובערעור ולצד עדויות חזקות לקיומה של מחלוקת בהסדרת הפרט האמור בשלב המשא ומתן. מלבד זאת, היה ראוי שהמשקל שניתן לנכונות האמורה יושפע מקיומם של יחסי עימות כוחני בין הצדדים כמו גם ממאפייניה הייחודיים של הסכמת הצדדים, שביקשה להסדיר את מגוריהם של חברי המשפחה ביישוב קהילתי קטן, הוא היישוב נווה שלום. מאמר זה מבהיר כי בחוזי יחס וביחסים מסוג זה יש להעניק משקל רב לשלב המשא ומתן וליכולתם של הצדדים להסדיר בעצמם את המחלוקת הנוגעת לפרטי ההסכמה המתגבשת. כשיחסי הצדדים מובילים להטלת ספק בקבלת התובע את עקרון שלטון החוק, וכשההחלטות הצדדים

¹⁶⁷ יש לציין כי הגם שיש הבדלים שמייחדים אותם, כדוגמת שרידי אורח החיים השבטי ותפיסת המרחב הקיומי, הערבים הבדואים הם בני הקהילה הערבית פלסטינית בישראל. ראו אילנה קופמן, 'אולה אבו בקר ועמליה סער החברה הערבית בישראל: פסיפס חברתי: עדה, משפחה, מגדר כרך ב' (2012); מוחמד ח'לאילה, אחמד בדראן ואריק רודנצקי שנתון החברה הערבית בישראל 12 (2023); ראויה אבורביעה בתוך החוק, מחוץ לצדק: פוליגמיה, אזהרות ממוגדרת וקולוניאליזם במשפט הישראלי 12 (חנה נוה וחנה הרצוג עורכות 2022).

¹⁶⁸ בבסיסה של הסוגיה החוזית בעניין עג'מי מצויה מחלוקת בנוגע לזכויות הצדדים באותה החלקה. גם במובן זה עניין עג'מי מהדהד את ליבת הסכסוך היהודי-פלסטיני. על קרקע, על מרחב ועל הסכסוך היהודי-פלסטיני ראו קמר משרקי-כאסעד ואלכסנדר (סנדי) קדר "כוח, משפט ומקום בצל הכיבוש" דין ודברים טז 177 (2022).

ומאפייניהם חשובים להסכמתם, אין די בנכונות התובע אשר מובעת בהליכי המשפט כך שתם כדי להביא להשלמתו של פרט מהותי חסר. לטענת מאמר זה, הרחבת דוקטרינת הביצוע האופטימלי בהחלטת בית המשפט העליון בעניין עג'מי שגויה, ואין היא מתיישבת עם מאפייני הדוקטרינה כפי שאלו עוצבו בספרות ובפסיקה שעסקו בה. מאמר זה מעלה אפוא את האפשרות שקיומם של שיקולים חיצוניים אשר היו כרוכים בזוהת הצדדים ובנסיבות ההסכמה השפיע על הרחבת דוקטרינת הביצוע האופטימלי. לפי תזה זו, זוהת היישוב נווה שלום, כמי ששם לו למטרה לקדם את השלום ואת הדו-קיום בין יהודים לערבים, בתקופה שבה הסכסוך היהודי-פלסטיני, לאחר מתקפת ה-7 באוקטובר והלחימה שפרצה בעקבותיו, נמצא בשיאו, הובילו להרחבת גבולותיה של הדוקטרינה. במילים אחרות, בית המשפט לא היה יכול לאפשר פינויה של משפחה בדואית מיישוב שעצם קיומו הושתת על קידומו של שלום בין יהודים לערבים בתקופה שבה הדו-קיום האמור מצוי בסיכון ממשי.

אכן, ראוי הוא שבתי המשפט ייתנו בהחלטותיהם משקל לקידומה של לכידות חברתית, לאיחוי השסעים החברתיים ולריפוי עוולות העבר. עם זאת, ועל אף הכמיהה לשלום ולאיחוי הקרעים בחברה הישראלית, לא ראוי להטיל על כתפיו של בית המשפט לבדו את תפקיד השכנת השלום. אין משכינים שלום מלמעלה, בהכאת פטיש או בהדבקת טלאים על מסמכי ביניים. כשמדובר בקהילות אשר מצויות בעימות אלים וחריף זו עם זו, על הצדדים לקבל על עצמם את הכפיפות לשלטון החוק, לנהל משא ומתן אמיץ שמוכן לפשרות ולבנות אמון הדדי שישמש בסיס לחיים משותפים על אותה חלקת אדמה. צו לשלום לא יביא לשיכון החרדות ותחושת חוסר האונים בשל מעשי אלימות. משא ומתן בהליכים חברתיים מסוג זה יכול לגבש את יחסי הצדדים, ולכן הוא חשוב מהמסמך הסופי. השכן חשוב מהבית. החבר חשוב מהדרך.