

מסוימות וגמירת דעת – הילכו שתיים בנפרד?

מאת

ד"ר יהודה אדר*

"כיוון שגמירת הדעת והמסוימות הן, בבסיסן, יסודות נדרשים עצמאיים, נדון בכל אחת מהן בנפרד... אף שלעיתים נקשה עלינו לתחום את גבולן ולקבוע היכן מסתיימת האחת ומתחילה האחרת."¹

מבוא. א. הנחת העצמאות: גמירת דעת ומסוימות – יסודות נפרדים. ב. גמירת דעת – סיפורה של הגדרה. 1. ההגדרה הראשונית: גמירת דעת ככוונה ליצירת יחסית משפטיים. 2. ההגדרה החדשה: רצון מגובש והחלטי להתקשר בחוזה. ג. **התאוריה: החפיפה הטבועה בין גמירת הדעת לבין המסוימות.** 1. תמצית הטיעון: רכיב ה"רצון המגובש" כנקודת החיבור בין יסודות החוזה. 2. הקשר הסמנטי בין רצון מגובש לבין קונקרטיזציה. 3. הקשר הסמנטי בין "גמירת דעת" לבין קונקרטיזציה. 4. המעגל נסגר: היסוד הקונקרטי משותף לשני יסודות החוזה. 5. הדגמת הטיעון. 6. סיכום ביניים. ד. **התייחסות לתאוריה – התנגדות ותמיכה.** 1. התנגדות לתאוריה: טיעון החיץ – הרעיוני והאנליטי. 2. רמזים להכרה בנכונות התאוריה. ה. **התאוריה במבחן המעשה – בדיקה אמפירית.** 1. אופיו של הפרק ותכליתו. 2. חומרי הגלם, שיטת הבדיקה והגדרת ה"אוכלוסיה" הנחקרת. 3. ההיפותזה המחקרית: הניבוי הנובע מהתאוריה. 4. היסקים אפשריים מהממצא האמפירי. 5. הממצאים ומשמעותם. ו. **נעילה: השלכות התאוריה ותרומותיה.** 1. המשמעות העיונית: זניחתה של הנחת העצמאות. 2. המשמעות המשפטית: המסוימות – יסוד מיותר? 3. המשמעות המתודולוגית: ערכה ההסברית של התאוריה. 4. המשמעות הפרקטית: שיפור בהבנת הדין ובחיזוי הכרעות שיפוטיות. 5. סוף דבר.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. זכות היוצרים על שם המאמר (בהיפוך) – לנביא עמוס: "הילכו שנים יחדו בלתי אם נועדו? הישאג אריה ביער וטרף אין לו?" (עמוס ג, פסוקים ג-ד). כאן המקום להכיר טובה ותודה לשלושה עוזרי מחקר מעולים שתורמו תרומה מכרעת לאיכותו ולבשלותו של מחקר זה: צביקה שוורץ פתח במלאכת המחקר ועמל על הכנת סקירות פסיקה וספרות מופלאות: מקיפות, מעמיקות וביקורתיות. דניאל סילברמן חידש את תנופת ההתקדמות במחקר, החל בבנייתו של מאגר הפסיקה, ובכוחו האינטלקטואלי עזר לי להבהיר ולחדד את מחשבותיי. אחרונה חביבה – רותם דונביץ, שליוותה אותי בנאמנות ובכישרון בביצוע הרובד האמפירי של המחקר. בסוף הדרך נהניתי מליווי טכני איכותי ומסור של נוי וידה ואריאל הראל – תודה גם לכם! המאמר הוצג בכינוס השנתי של הפורום הישראלי לדיני חוזים שהתקיים בירושלים (ב-30.3.17), בסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים בבר-אילן (ב-18.1.18) ובכנס המחקר השנתי של הפקולטה למשפטים בחיפה (ב-14.2.18). תודתי נתונה למשתתפים במסגרות אלה על הארות מפרות ומעודדות. תודה מיוחדת ועמוקה לד"ר אפי צמח, עמיתי וחברי המוכשר, שעזר לי ללבן ולחדד את הטיעון המרכזי, ולפרופ' משה גלברד שקרא את כתב היד והשיא לי, כתמיד, עצות מועילות. תודה וברכה גם למערכת כתב העת "משפטים" בעד הערות נהדרות, גמישות ופתיחות מחשבתית, וטיפול מסור (וסבלני!) בכתב היד. אחרונים חביבים – תלמידי בקורס היסוד דיני חוזים לדורותיהם: גם לכם חלק חשוב בגיבוש הרעיונות הכלולים במסה זו.

¹ דברי השופט דב לוין בע"א 133/89 **החברה לפיתוח חוף התכלת (תל-אביב-הרצליה) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה**, פ"ד מז(5) 689, פס' 21 (1993) (להלן: עניין חוף התכלת).

מבוא

המושגים "גמירת-דעת" ו"מסוימות" הם, במשפט הישראלי, אבני הבניין שמהן ייכון כל חוזה. בדיני הכריתה, שאליהם נחשפים תלמידי המשפט בשנתם הראשונה, אין לך מושגים מוכרים ובסיסיים יותר. אכן, כל פרח משפט יודע שלפי הדין בישראל הסכמה בין שני פרטים לא תוכל לשכלל חוזה אלא אם תעמוד בשתי דרישות מצטברות: גמירת דעת ומסוימות.² מושכל-יסוד זה מקפל בתוכו שתי הנחות יסוד: ראשית, שכל אחת משתי הדרישות היא חיונית, קרי תנאי-בל-יעבור לכינונו של חוזה (להלן: הנחת החיוניות); ושנית, שכל אחת משתיהן היא אוטונומית, כלומר עצמאית ונבדלת מרעותה מבחינת מהותה ותכליתה (להלן: הנחת העצמאות).

והנה, מתברר שגם כאן, כפי שיקרה לעתים בהקשרים אחרים, המושגים וכללי היסוד אינם נהירים די הצורך – אפילו לא לאנשי המשפט עצמם. טענה כללית זו לא תפתיע בוודאי את חוקרי המשפט ויודעי צפונותיו. אלא שכאן ארחיק לכת ואטען כי אי-הבהירות בשדה זה היא כה שורשית, עד שהיא מעמידה בספק את שני מושכלי היסוד שהזכרתי זה עתה. במה דברים אמורים?

עיון ארוך שנים בפסיקה העוסקת בדיני כריתת החוזה הביאני אל המסקנה כי תקפותה של כל אחת משתי הנחות היסוד האמורות – הנחת החיוניות והנחת העצמאות – נתונה בספק רב. הספק החל מתגנב לליבי כבר לפני שנים, כשהתחלתי להורות את דיני הכריתה לתלמידי קורס היסוד "דיני חוזים". עם השנים הלך הספק והתעצם, וסופו שהצמיח צמד מאמרים. כל אחד משניהם חושף ספק אחר, בוחן את מקורותיו ומשמעויותיו, ומציג המלצות באשר לאופן ההתמודדות הראוי עמו. שניהם מוקדשים באהבה למורתי, עמיתתי וחברתי היקרה, גבריאלה (גבי) שלו, אשר נטעה, זרעה והצמיחה את דיני החוזים בעמל רב, לאורך עשורים. זהו אות הוקרה צנוע למאמציה הכבירים – שנשא פרי – לנסח ולפתח דין חוזים בהיר ונהיר יותר, ואגב כך גם צודק ואפקטיבי יותר.³

המאמר האחד (שאינו המאמר הנוכחי) בוחן את הנחת החיוניות של הדרישה למסוימות, וטוען כי מתעורר ספק של ממש לגבי היותה תנאי חיוני לשכלול חוזה. מקור הספק נעוץ בכלל הלכת המכיר בסמכותם של בתי המשפט לבצע "השלמה מהותית", קרי השלמה נורמטיבית של הסכמים חסרים אפילו כשהחסר נוגע בעניין מהותי. המאמר טוען שכלל זה הצמיח דיסוננס אנליטי חמור בליבת דיני הכריתה, מצביע על הנזק שהמשך קיומו של הכלל מסב לוודאות המשפטית ולהתפתחותו התקינה של הדין, ומציע דרך מוצא מן הסבך המיותר שאליו נקלעו דיני הכריתה.⁴

² ראו להלן בפרק א.
³ בהקשר זה ראו גם את קובץ המאמרים המוקדש למפעל חייה של שלו בתחום החוזים: **ספר גבריאלה שלו** – **עיונים בתורת החוזה** (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, התש"פ) (להלן: **ספר גבריאלה שלו**).
⁴ יהודה אדר, "דיני המסוימות – מכאוס לעקיבות: מסוימות והשלמה מהותית – הילכו שתיים יחדיו?" (טרם פורסם). לוז הטוען במאמר הוא זה: בניגוד להנחת הרווחת של הפסיקה ושל הספרות, כלל ההשלמה המהותית אינו פועל אך להקלה בדרישה למסוימות: בפועל שקול אימוצו להתנערות מוחלטת מן המחויבות הרטרית המסורתית של החוק, הפסיקה והספרות המשפטית להנחת החיוניות. בליבת דיני הכריתה שלנו נוצר אפוא דיסוננס אנליטי חריף, המתבטא בכך שעל אותה סוגיה חולשים במשך עשורים שני כללי יסוד סותרים לחלוטין. המאמר בוחן את הגורמים להיווצרו של דיסוננס אנליטי זה, מצביע על נזקיו המתמשכים ומציע פתרון פשוט למצב המוזר שאליו נקלעו דיני הכריתה: התנערות מכלל ההשלמה המהותית ואימוץ פירוש מצמצם להוראות ההשלמה, שיאפשר השלמה נורמטיבית רק בנושאים בלתי מהותיים. פתרון זה מתיישב עם לשון החוק ועם תכליותיה של דרישת המסוימות, וצפונה בו תועלת רבה מבחינת היכולת לפתח ולשכלל בעתיד את דיני המסוימות.

במאמר השני, הנוכחי, לא הנחת החינויות היא העומדת לדיון כי אם רעותה – הנחת העצמאות.⁵ הנחה זו תעמוד כאן למבחן הביקורת – העיונית והאמפירית. האם המסוימות וגמירת הדעת הן באמת דרישות נפרדות כפי שהפסיקה והספרות שבות ומשמיעות באזנינו בעקביות מאז שנחקק חוק החוזים בשנת 1973? אם כן, באיזו מידה ובאיזה מובן? האם הפרדה זו היא פורמלית בלבד או הפרדה של מהות? האם מיושמת ההפרדה הלכה למעשה בפרקטיקה השיפוטית? במענה לקושיות אלה יציג המאמר תאוריה אנליטית-פרשנית, שתשפוך אור חדש על טיב הקשר בין שני יסודותיו הפורמליים של החוזה, תחשוף את שורשיו קשר זה, תדגיש את עצמתו ותבחן את השלכותיו האפשריות. נדבך חשוב בטיעון הוא המחקר האמפירי הבא לבחון באיזו מידה, אם בכלל, מאששת הפרקטיקה השיפוטית את התאוריה האנליטית שהמאמר מפתח.

ביתר פירוט, התאוריה שפורש המאמר גורסת כי בניגוד לעמדתן העקבית של הפסיקה ושל הספרות המשפטית – ולמעשה אף בניגוד לעמדת המחקר העולה מלשונו הברורה של סעיף 2 לחוק החוזים – לאמיתו של דבר אין כל אפשרות להפריד את דרישת המסוימות מן הדרישה לגמירת דעת. הסיבה פשוטה: יסוד המסוימות – התובע הסכמה על הפרטים המהותיים של העסקה – חופף את אחד משלושת רכיביה הפנימיים של הדרישה לגמירת דעת, שאותם יחשוף ויבאר המאמר. רכיב זה, שעד עתה לא זכה לעיון אקדמי או הלכתי, מכונה במאמר "רכיב הרצון המגובש". לזו הטיעון הוא שרכיב זה של גמירת הדעת חופף את יסוד המסוימות. תנאי המסוימות מעוגן אפוא ממילא בדרישה לגמירת דעת, במובנה המדויק והשלם.⁶

כאן המקום להדגיש את תרומותיו המקוות של הדיון במאמר ואת אופיו החדשני בהשוואה לדיונים קודמים בסוגיה שבה הוא עוסק. התרומה הראשונה היא בביאור המושג "גמירת דעת". מפתיע לגלות כי הדיון האקדמי במושג בסיסי זה ובהגדרתו היה עד היום דל למדי. המאמר מספק לראשונה עיון מעמיק בגלגוליה השונים של ההגדרה שניתנה למושג בפסיקה ובספרות המשפטית, ושופך אור על מורכבותה של גמירת הדעת כיסוד משפטי חיוני של כל חוזה. הטענה העיקרית בהקשר זה היא כי לא ניתן להבין את המושג לאשורו מבלי להבחין אנליטית בין שלושה יסודות משנה או רכיבים המקופלים בתוכו: כוונה משפטית, נחרצות, ורצון מגובש. המאמר מבאר את היחס בין שלושת הרכיבים וזאת כרקע לחשיפת תפקידו הייחודי של רכיב ה"רצון המגובש" בעיצוב הקשר בין יסודות החוזה.

ברם, תרומתו העיקרית של המאמר אינה בביאור המושג גמירת דעת כשלעצמו, אלא בפיתוחה של תאוריה בדבר יחסי הגומלין בין יסודות החוזה. בהקשר זה חשוב להדגיש את אופיה התיאורי (דיסקריפטיבי) של התאוריה: תכליתה לבאר את אופיו של הקשר המתקיים בפועל בין גמירת הדעת לבין המסוימות ולא לקבוע עמדה (נורמטיבית-פרסקריפטיבית) באשר לאופן שבו ראוי או רצוי

ברשות כתב העת "משפטים" יופיע המאמר גם בספר **גבראלה שלו**, לעיל ה"ש 3.
 5
 6 את תחושותי האינטואיטיבית שקיים קשר טבוע בין גמירת הדעת לבין יסוד המסוימות ניסחתי לראשונה לפני כעשור, אגב עיון ביקורתי בסוגיית ה"הסכמה להסכים": "...ההבחנה בין פרט מהותי לעניין המסוימות לבין פרט מהותי לצורך יסוד גמירת הדעת... נראית לי קשה. אכן, באיזה מובן עשוי עניין כזה או אחר להיות "מהותי וחיוני"? אם לא מבחינת חשיבותו היחסית לצדדים להתקשרות? ואם אכן זהו המבחן, האין זאת כי מהותיות הפרט משפיעה בהכרח על נחיצותו לצורך כינון של גמירת הדעת והמסוימות גם יחד? "יהודה אדר", "מגמות ותנועות בדין החוזים הכללי – ישראל 2010", **דין ודברים** 41, 53 (התש"ע). עמדתי כיום מגובשת ומשוכללת הרבה יותר. עם זאת, בסופו של דבר ממצאי המחקר שפורש מאמר זה מתיישבים במידה רבה עם אינטואיציה גולמית זו.

לתפוס קשר זה.⁷ בנוסף, ראוי לחדד כבר עתה את ההבדל הניכר בין התאוריה המוצעת במאמר לבין תיאורים קודמים של קשרי הגומלין בין יסודות החוזה.

הפסיקה והספרות הכירו זה מכבר בכך שחריף עצמאותם ונבדלותם עשויים יסודות החוזה לאצול זה על זה: מסוימות חזקה, כך מקובל לומר, עשויה לתמוך במסקנה שההסכם מעיד גם על גמירת דעת (ולהיפך – מסוימות חלשה עשויה לתמוך במסקנה ההפוכה); מנגד, כך נאמר לעתים, כאשר ההסכם מלמד על גמירת דעת ברורה, עשוי הדבר להצדיק הנמכה מסוימת של רף המסוימות הנדרש.⁸

הטיעון במאמר שונה מהותית מטענות מוכרות אלה. ראשית, הפסיקה והספרות לא סיפקו כל הסבר או נימוק לקשרי הגומלין שהניחו בין היסודות. האמירות השגורות בדבר קיומם של קשרים ביניהם היו לרוב לקוניות, לא בחנו את מקורם של הקשרים הנטענים ולא התוו את גבולותיהם. בדיונים הקיימים אין למצוא מענה ברור לשאלה, מדוע וכיצד מסוימות מתחזקות משפיעה לטובה על גמירת הדעת? מהו שורשו של קשר זה ובאילו נסיבות הוא צפוי להתקיים? אי הבהירות מתבטאת גם בכך שהמקורות הקיימים מציגים את הקשר כאפשרי מבלי להתחייב באופן כלשהו על אופיו, עצמתו או תדירות מופעיו. בדומה, אין למצוא בהם מענה לשאלה מדוע זה וכיצד ניתן להתפשר עם דרישת המסוימות ולרככה, רק משום שיסוד גמירת הדעת מתקיים. האין בגישה כזו כדי לכרסם במעמדה העצמאי של דרישת המסוימות? בניגוד לאמירות שגורות אלה, המותירות את אופי הקשר בין יסודות החוזה לוט בערפל, התאוריה שפורש המאמר מבקשת לשרטט אותו במדויק, לבאר את שורשיו, ולהתוות את גבולותיו.

שנית, אופי הקשר שלו אטען במאמר שונה מהותית מאופיו של הקשר המשתמע מן האמירות השגורות המושמעות חדשות לבקרים בפסיקה ובספרות. אמירות אלה יסודן ככל הנראה בקו מחשבה הרואה ברמת הפירוט של הסכמת הצדדים ראייה העשויה להיות רלבנטית גם להכרעה בשאלת גמירת הדעת. זוהי זיקה בעלת אופי ראייתי-קונטינגנטי, ובתור שכזו היא עשויה להתקיים בנסיבות נתונות ושלא להתקיים בנסיבות אחרות. טענתי שונה: הקשר בין היסודות אינו ראייתי גרידא אלא הוא קשר מהותי טבוע. לאמור: הסכמה על הפרטים המהותיים של העסקה אינה רק אינדיקציה ראייתית העשויה להיות רלבנטית לשאלת גמירת הדעת; בראש ובראשונה היא יסוד מכונן שבלעדיו לא תוכל גמירת דעת להיווצר לעולם. אמרו מעתה: למול הזיקה הראייתית שאותה מניחות (לרוב במובלע) הפסיקה והספרות, טוען המאמר לקיומה של זיקה טבועה והכרחית, ההופכת את המסוימות לחלק אינטגרלי של גמירת הדעת ולבשר מבשרה.

לבסוף, ייחודו ותורמתו של המחקר הנוכחי מתבטאים גם בנדבך האמפירי המרכזי המשולב בו. המאמר אינו מסתפק בהעלאת השערה תיאורטית באשר לטיב יחסי הגומלין בין גמירת הדעת לבין המסוימות, אלא מעמיד השערה זו למבחן אמפירי. תכליתו של המחקר האמפירי היא לבדוק באיזו מידה תומכת הפרקטיקה השיפוטית בניתוח העיוני המופשט.

⁷ ודייקן: איני מתכחש להיבטים הנורמטיביים המשתמעים מהטיעון התיאורי. נהפוך הוא: אני נכון להגן בשמחה על הטיעון (הנורמטיבי) הגורס כי מכיוון שהיחס בין יסודות החוזה הוא כפי שאני מציע, כך גם ראוי לתפוס אותו. אלא שעמדה נורמטיבית זו נשענת על טענתי התיאורית כי יסוד גמירת הדעת כולל כבר, כעניין שבמציאות המשפטית הנוהגת, את יסוד ההסכמה על הפרטים המהותיים. גם אין פירוש הדבר כי לטיעון התיאורי אין השלכות מעשיות. ההשלכות האפשריות של קבלת הטיעון נבחנות בפרק ו'.

⁸ תימוכין לאמירות שגורות אלה מרוכזים להלן בה"ש 22; לעיון ביקורתי בהן ראו להלן 3.ו (א) ו-3.ו (ב).

הדיון במאמר נבנה בכמה שלבים. בפרק א' תוצג הנחת העצמאות ויתואר אופן התבססותה בשיח המשפטי. פרק ב' כולל דיון עומק במהותו של המושג "גמירת דעת" ובתמורות שעברה ההגדרה ההלכתית של המושג. אגב כך מופנה הזרקור אל שלושת רכיביה הנבדלים של גמירת הדעת. פרק ג' מכיל את לב הטיעון במאמר. הפרק פורש תאוריה אנליטית-פרשנית (ומשך – תיאורית-דיסקריפטיבית) המבארת את אופיו ואת שורשיו של הקשר הטבוע המתקיים בין גמירת הדעת לבין המסוימות. על יסוד ניתוח סמנטי-בלשני של המושג "גמירת דעת" בשפה העברית, אטען כי תנאי חיוני להיווצרותה של גמירת דעת (לאו דווקא בהקשר המשפטי) הוא קיומו של רצון מגובש, כלומר רצון שהוא קונקרטי במידה מספקת. בהקשר המשפטי-חוזי מיתרגמת דרישה זו לתביעה כי הסכמתם של הצדדים תשקף את מודעותם (בפועל או לפחות בכוח) לעניינים המהותיים ביותר של העסקה – מודעות שבלעדיה לא תוכל דעתם להיחשב "גמורה". אם כך הדבר – הרי שמסתמנת חפיפה תכנית-מהותית בין המסוימות, שפורשה בפסיקה כדרישה להסכמה על פרטיה המהותיים ביותר של העסקה, לבין הדרישה לגמירת דעת, הכוללת מניה וביה רכיב של רצון קונקרטי (בלשונה של הפסיקה – "רצון מגובש").

פרק ד' בוחן התנגדויות אפשריות לתאוריה מחד גיסא, ורמזים לתמיכה בה מאידך גיסא. תחילה נבחנות שתי התנגדויות המבקשות להעמיד חץ רעיוני ואנליטי בין יסוד גמירת הדעת לבין יסוד המסוימות. בהמשך נבחנים ביטויים נדירים – לרוב מרומזים, מסוייגים ולקוניים – של הכרה בעצמתו הרבה של הקשר בין יסודות החוזה.

פרק ה' מעמיד את התאוריה האנליטית-פרשנית שהציע המאמר במבחנו של המחקר האמפירי. בפתחו מנוסחת היפותזה מחקרית, המבקשת לנבא את האופן המדויק שבו אמור להשתקף בפסיקה הקשר הטבוע אשר לו טוענת התאוריה. בחינתה של הפסיקה העליונה והמחוזית הרלבנטית מלמדת כי הממצא האמפירי תומך באופן ברור בתאוריה האנליטית שמציג המאמר. פרק ו' נועל את הדיון בסכמו את השלכותיה האפשריות – ותרומוהיה המקוות – של "תיאוריית הקשר" החדשה שמציע המאמר בין המסוימות לבין גמירת הדעת.

א. הנחת העצמאות: גמירת דעת ומסוימות – יסודות נפרדים

כה מושרשת בשיח המשפטי היא ההנחה ש"גמירת דעת" ו"מסוימות" הם יסודות נפרדים ועצמאיים (להלן: הנחת העצמאות), עד שנדמה כי בפנינו אקסיומה שאינה ניתנת לערעור ואינה צריכה ראיה. אף על פי כן, מאחר שמאמר זה מבקש לבקר הנחה אורתודוקסית זו של דין כריתת החוזה, מתבקשת הצגה קצרה של המקורות המעגנים ומבססים אותה. די בעיון חטוף במקורות אלה כדי ללמדנו שלהנחת העצמאות אחיזה מוצקה בלשונו של החוק, ברטוריקה ההלכתית ובדברי מלומדים.

נפתח בחוק. שילובם של הסעיפים 2 ו-5 לחוק החוזים מלמד ברורות כי על מנת לשכלל חוזה יש צורך להצביע על מפגש רצונות המקיים שני תנאים מהותיים: ראשית, מן ההכרח להראות שהבעות הרצון של המציע ושל הניצע מעידות על גמירת דעתו של כל אחד מהם; שנית, על ההסכמה (ההצעה שהתקבלה) להיות מסוימת במידה מספקת.⁹ מסקנה זו נתמכת בלשונו של החוק: זו

⁹ בלשונו של ס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973 (להלן: "החוק" או "חוק החוזים"): "והיא מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה".

מפרידה (בסעיף 2) באמצעות ו' החיבור בין שני התנאים המצטברים שבהיעדרם לא תיכון "הצעה" ובהתאם – גם לא ייכון חוזה ב"קיבולה".¹⁰

ואמנם, עד מהרה זכה פירוש טבעי ומתבקש זה של החוק לאישוש שיפוטי. בפרשת **זנדבנק**¹¹ זכו המושגים "גמירת-דעת" ו"מסוימות" לראשונה לעיון שיפוטי מעמיק. השופט (כתוארו אז) שמגר פתח את הילוכו בשאלה המשפטית שניצבה לפניו – אם נכרת חוזה במקרה הנדון – בקביעה כי "שתיים [הן] הנקודות המחייבות איפוא בחינה... והן עניין "גמירת הדעת" והשאלה אם היתה ההצעה מסוימת...".¹² נאמן להבחנה המושגית שיצר החוק בין שתי הדרישות עבר השופט שמגר לבחון בהרחבה יחסית – ובנפרד – את מהותה של כל אחת מהן ואת שאלת התקיימותה בנסיבות המקרה שלפניו.¹³

הנחת העצמאות זכתה בביסוס משמעותי שלוש שנים מאוחר יותר בפרשת **רבינאי**.¹⁴ באותה פרשה נקבע, בהסתמך על פסיקה שקדמה לחוק החוזים והתבססה על המשפט המקובל האנגלי, כי זכרון דברים עשוי להיחשב חוזה לכל דבר ועניין אם מתקיימים בו **במצטבר** שני תנאים אלה: ראשית, על הסכמת הצדדים לבטא את כוונתם להתחייב משפטית זה כלפי זה; שנית, עליה לכלול את הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה הנדונה.¹⁵

אף שהמושגים "גמירת-דעת" ו"מסוימות" אינם נזכרים כאן במפורש,¹⁶ הדרישות עצמן, מבחינת מהותן, נוכחות גם נוכחות: מבחן הכוונה ליצירת יחסים משפטיים חופף במדויק את גמירת הדעת כפי שהוגדרה בפרשת **זנדבנק**;¹⁷ ואילו הדרישה להכללת עיקרי ההתקשרות בהסכם אינה אלא הדרישה למסוימות.¹⁸

בדומה לפרשת **זנדבנק**, גם בפרשת **רבינאי** נבחנו ויושמו שתי הדרישות באופן נפרד.¹⁹ זאת ועוד: בדונו ביסוד המסוימות הדגיש השופט ברק (כתוארו אז) את עצמאותו ונפרדותו מיסוד גמירת הדעת:

זהו תנאי נפרד ועצמאי. אפילו מגלה מכלול העובדות של המקרה כוונה ליצור קשר משפטי מחייב... אין בכוונה זו כדי ליצור את הקשר המצופה,

¹⁰ גם דברי ההסבר להצעת החוק תומכים במסקנה זו: "הסעיף קובע שני תנאים להצעה: האחד – שתראה את כוונת המציע ליצור יחסים משפטיים מחייבים, והשני – שתהיה מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבולה." הצעת חוק החוזים (חלק כללי), ה"ח 126, 880, 129 (כ"ט בניסן תש"ל, 5.5.1970) (להלן: הצעת חוק החוזים).

¹¹ ע"א 158/77 **זנדבנק נ' דנציגר**, פ"ד (2) 260 (1976).

¹² שם, בפס' 5.א.

¹³ שם, בפס' 5.ב. ואילך.

¹⁴ ע"א 158/77 **רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ**, פ"ד (2) 281 (1979) (להלן: עניין **רבינאי**).

¹⁵ עניין **רבינאי**, שם, בפס' 5. בניגוד לסברה רווחת, המייחסת לפרשה זו את ההכרה בתוקפו המחייב של זכרון דברים, מתברר שהאפשרות שהסכם מוקדם (זכרון דברים) ייחשב חוזה לכל דבר הוכרה שנים רבות קודם לכן בהסתמך על ההלכה האנגלית. ראו לדוגמה: ע"א 118/53 **אגסי נ' קריבושי**, פ"ד ט 96, 98 (1955); ע"א 139/54 **גריינדל נ' הורוביץ**, פ"ד יא 57 (1957); ע"א 694/69 **מגידו נ' "דיור חן"**, פ"ד כד(2) 6 (1970). לביקורת על הגישה המרחיבה בסוגיית זכרון הדברים במקרקעין ראו לאחרונה: מנחם מאוטר, "זכרון דברים למכירת זכויות במקרקעין: על הצורך בחשיבה חדשה", בתוך: **ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה** (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, התש"פ).

¹⁶ הם נזכרים בהמשכו של פסק הדין.

¹⁷ לעיל ה"ש 11, בפס' 5.ב, וראו להלן בפרק ב.1.

¹⁸ עמד על כך השופט מלץ באחת הפרשות: "במבחנים אלו של השופט ברק [בפרשת **רבינאי**] יש למעשה התאמה – למקרה של הסכם מוקדם – של הבחינה הרגילה אם נכרת חוזה...". ע"א 342/89 **ז.א. רכסים בע"מ נ' גרופר** (מו"2) 724, פס' 14 (1992). ראו בדומה: גבריאלה שלו, **כריתת חוזה**, מסדרת **פירוש לחוק החוזים** 16 (גד טדסקי עורך, התשל"ח): "אין כאן [במבחן הכפול לתוקפו של זכרון דברים] אלא ניסוח אחר לתקפותה של הצעה, לאמור, גמירת-דעת ומסוימות." (להלן: שלו, **כריתת חוזה**). דא עקא, כפי שיובהר בפרק הבא, בהמשך הדרך אימצה הפסיקה הגדרה "עבה" יותר לגמירת הדעת, באופן המעמיד הקבלה אנליטית זו בספק.

¹⁹ עניין **רבינאי**, לעיל ה"ש 14, פס' 6 ו-7 בהתאמה.

אם הצדדים לא נתנו ביטוי בזכרון הדברים לפרטים החיוניים והמהותיים

של העסקה.²⁰

עצמאותו העיונית של יסוד המסוימות עולה באופן מפורש אף יותר מדברים שכתב השופט עציני בפרשה קודמת, ואשר השופט ברק ציטט בפסק דינו בפרשת רבינאי:

ציון התנאים ההכרחיים צריך לבוא גם כתוספת חיונית לכוונה בהנחה

שזו כבר הוכחה, כלומר, שלתנאים הללו קיום משפטי עצמאי ואין הם

בגדר אמצעי להוכחת כוונת הצדדים בלבד.²¹

מניסוחים נחרצים אלה משתמע שהסכם עשוי לקיים את דרישת המסוימות מבלי לקיים את הדרישה לגמירת דעת ולהיפך: הסכם עשוי להעיד על גמירת דעת אך להיכשל במבחן המסוימות. עיינו הרואות כי הנחת העצמאות שאומצה בפרשת **זנדבנק** לא חידשה אפוא כל חידוש מהותי בהשוואה לדין הקודם, אלא שימרה את ההבחנה העיונית ששררה בו בין שני המבחנים המצטברים לתוקפו החוזי של זכרון דברים. כך התבססה בפרשות **זנדבנק** ו**רבינאי** ובפרשות שבאו בעקבותיהן הגישה – השלטת בפסיקה עד היום – שלפיה יסוד המסוימות נבדל, פורמלית ומהותית, מיסוד גמירת הדעת.

חרף הניסיון להדגיש את חשיבותה של ההבחנה בין היסודות, עד מהרה הבחינו שופטי בית המשפט העליון בקשרי הגומלין ביניהם. ראשית, כמעט מייד החלה נשמעת הדעה שלפיה רמת פירוט גבוהה בהסכם נתון עשויה לתמוך במסקנה שההסכם מעיד על גמירת דעת (ולהיפך: מסוימות חלשה תקשה על הסקת מסקנה כזו). אל אמרה שיפוטית שגורה זו, שתכונה במאמר טענת ה"קשר הישר", הצטרפה בשלב מאוחר יותר גם טענה לקיומו של "קשר הפוך" בין היסודות: ככל שגמירת הדעת חזקה יותר, כך נאמר לעתים, יוכל בית המשפט להסתפק במסוימות בדרגה נמוכה יותר ובהתאם – יאות ביתר קלות להשלים את הפרטים החסרים בהסכם באופן נורמטיבי.²²

²⁰ שם, בפס' 7. באופן מפתיע, סמוך לאחר דברים אלה ניסח השופט ברק, לראשונה באופן ברור ונחרץ, את 'כלל ההשלמה המהותית', המסמך את בית המשפט להשלים נורמטיבית פרטים מהותיים החסרים בזכרון דברים המגלה גמירת דעת. בכך יצר השופט ברק דיסוננס אנליטי חריף בליבת דיני הכריתה, שהרי קביעה זו שקולה לכפירה בהנחה (שאותה ביסס שורות ספורות קודם לכן) כי מסוימות היא דרישה חיונית ועצמאית. מאמרי, הני"ל בה"ש 4, מוקדש לעיון בדיסוננס זה ובהשלכותיו.

²¹ ע"א 153/74 **אברהם נ' חבזה** פ"ד (1) 737, 741 (1975). הדגשות הטקסט (באמצעות גופן איטלי) לכל אורך המאמר הן שלי – אלא אם צויין אחרת. השופט עציני הסתמך שם על דברים שהשמיע בע"א 651/72 **פסטרנק נ' לוי**, פ"ד (1) 617, 620 (1974): "כדי שהסכם כזה יהיה הסכם מחייב צריך הוא, בנוסף לכוונה ברורה להתחייב בחוזה, לכלול את כל התנאים הברורים להתקשרות". המבחן הכפול לתוקפו של הסכם מוקדם (כוונה משפטית והסכמה על פרטים מהותיים) נוסח כנראה על ידי השופט עציני עוד קודם לכן בע"א 651/71. פסק הדין לא פורסם וחופשי אחריו העלו חרס, אך מספר ההליך והציטוט מתוך פסק הדין מופיעים בע"א 649/73 **קפולסקי נ' גני גולן**, פ"ד (2) 291, 296-295 (1974). ראו גם את דברי השופט זוסמן בע"א 267/77 **בוגנים צ'צ'ק חברה לבנין בע"מ נ' יורשי המנוח כץ**, פ"ד לב (2) 203, 205 (1978), שם אגב בירור מעמדו של זכרון דברים שנכרת לפני תחילת חוק החוזים נאמר: "שתי שאלות אלה... לכאורה שתי שאלות נפרדות זו מזו הן... זכרון-הדברים יכול שיהיה התקשרות מחייבת, אבל לא יהא בר-ביצוע, הואיל והמסמך אינו מכיל את כל הפרטים החיוניים... וגם היפוכו של דבר יתכן, דהיינו, זכרון-הדברים יכול שיכיל את כל הפרטים האמורים, אבל לא יהא לו תוקף של חוזה, מפני שלא נערך בכוונה לשמש אמצעי ליצור מיד יחסים חוזיים בין הצדדים...". כל פסקי הדין הנזכרים בהערה זו נפסקו על יסוד הדין הקודם. עיינו הרואות, כי בעוד שבפרשת **זנדבנק** ביסס השופט שמגר את הנחת העצמאות על פשט לשונו של החוק וראה אותה כמובנת כמעט מאלה, בפרשת **רבינאי** ביסס השופט ברק את הנחת העצמאות על ההלכות שקדמו לחוק החוזים, ואשר קבעו מבחן כפול לתוקפו של זכרון דברים.

²² ה"קשר הישר" בין היסודות הוכר בפסיקה כבר בשנות ה-70. לדוגמה, בפרשה אחת שהוכרעה לפי הדין שקדם לחוק החוזים ציין השופט זוסמן: "שתי השאלות הני"ל שאלות נפרדות הן, אך קיימת השפעת גומלין ביניהן. דרך משל: חוסר פרטים חיוניים... יכול שילמד שהצדדים לא הגיעו לשלב של גמירת-דעת, ולכן לא נעשה חוזה ביניהם." עניין **בוגנים**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 205. בשלב מאוחר יותר, ובד בבד עם מגמת הריכוך בדרישת המסוימות, הוכרה לעתים גם טענת ה"קשר ההפוך". למגוון אסמכתות המבססות את ההכרה ההלכתית בקשרים אלה ראו לדוגמה: ע"א 692/86 **יעקב בוטקובסקי ושות' חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת**, פ"ד מד (1) 57, פס' 9 (1989); עניין **חוף התכלת**, לעיל ה"ש 1, פס' 35 (השופט דב לוי); ע"א 1049/94 **דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן**, פ"ד נ (5) 820, פס' 7.

ברם – וכאן הנקודה החשובה – ההכרה בקיומם של קשרי גומלין בין יסודות החוזה לא לזותה מעולם בהטלת ספק בהנחת העצמאות. בעשורים שחלפו מאז נחקק חוק החוזים השתרשה הנחת העצמאות והתבססה הן בספרות המשפטית, הן ברטוריקה השיפוטית.²³

יתר על כן, המסקנה כי מהנחת העצמאות נגזרת האפשרות שאחד מן היסודות יתקיים בעוד שרעהו לא יתקיים הוכרה במפורש גם בפסקי דין מאוחרים. כך, לדוגמה, בפרשת **בית הפסנתר** אמרה השופטת דורנר דברים מפורשים אלה:

מסוימות וגמירת-דעת הם שני יסודות נפרדים... גמירת-דעת עשויה

להתקיים בו [בחוזה גמור] גם בהעדר מסוימות אף אם זו אינה מאפשרת

לשכלל את החוזה שהצדדים גמרו בדעתם לכרות אותו.²⁴

דברים דומים אמרה השופטת ביניש באותה פרשה, בצינה כי חרף ירידת קרנה של המסוימות עדיין ייתכנו מצבים שבהם:

ניתן לקבוע כי הצדדים התכוונו וגמרו בדעתם להתקשר בהתחייבות

חוזית, ואף-על-פי-כן... עלול העדר המסוימות להביא למסקנה כי לא

נכרת חוזה.²⁵

13 (1997) (השופט אור): "יסוד זה [המסוימות] אינו מנותק מיסוד גמירת הדעת. שני יסודות אלה שלובים זה בזה ומעידים זה על זה. כך, קיומה של מסוימות יש בה כדי להעיד, בדרך כלל, על גמירת הדעת של הצדדים להתקשר בהסכם... ואילו קיומה של גמירת-דעת עשוי לסייע בפנייה אל מנגנוני ההשלמה הקבועים בחוק, לעניין יסוד המסוימות". השופט אור חזר על דברים אלה בע"א 3380/97 **תמגר חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' גושן**, פ"ד נב(4) 673, פס' 10 (1998) (להלן: **עניין תמגר**). בעניין **בית הפסנתר**, לעיל ה"ש 24, בפס' 9, אמרה השופטת דורנר: "ככלל, העדר מסוימות עשוי להוות ראייה להעדר גמירת-דעת בהתקשרויות טרום-חוזיות, שאז העדר פרטים עשוי ללמד כי טרם נתגבשה הסכמה חוזית". ראו גם את דברי השופטת ביניש שם, בעמ' 591: "נכון הוא כי יש בהעדר המסוימות כדי ללמד על העדר גמירות-דעת לצורך התקשרויות חוזיות. גם ניתן להניח כי ככל שיסוד גמירות-הדעת ברור ומובהק, מתגבר הצורך לתת תוקף לכוונת הצדדים וניתן להסתפק ברמת מסוימות נמוכה יותר." ראו בדומה: ע"א 7193/08 **עדני נ' דוד** (18.07.2010) (פס' 9, השופט פוגלמן); ע"א 8430/06 **שבתאי נ' ספני** (3.11.08) (פס' 34, השופט דנציגר); ע"מ 10705/08 **בן חמו נ' פרזות חב' ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ**, (23.11.2010) (פס' 5, השופט הנדל); ע"א 692/12 **פרידמן נ' שפירא** (7.8.2013) (פס' 35, השופטת ברק-ארז); ע"א 9255/11 **דניאל נ' פלונית**, (11.8.2013) (פס' 19, השופטת ברק-ארז); ע"א 6235/15 **חלאק נ' כריים**, (15.2.17) (פס' 20, השופט ג'ובראן). בספרות ראו לדוגמה: גבריאלה שלו ואפי צמח, **דיני חוזים** 169-170 (מהדורה רביעית, התשע"ט) (יסודות גמירת הדעת והמסוימות נפרדים אך אוצלים ומשפיעים זה על זה); דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** 266 (כרך א', התשנ"א) (כנ"ל).

23 ראו לדוגמה: עניין **דור אנרגיה**, שם, בפס' 9 (השופט אור): "נותר להכריע בשאלה העיקרית והיא, האם נכרת בין הצדדים חוזה תקף ומחייב... לשם הכרעה בשאלה זו בחן בית-משפט שני מבחנים מצטברים... האם נתקיימו בטיטה ובסיכום הדברים יסודות גמירת הדעת וההתנאה על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה?"; ע"א 5332/03 **רמות ארזים חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' שירן**, פ"ד נט(1) 931, פס' 6 (2004) (השופטת ארבל); "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 (3.4.2006) (השופט ריבלין): "כדי שיוקנה למסמך כזה [הסכם מוקדם, זכרון דברים] תוקף חוזי עליו לקיים את דרישות היסוד המותוות בחוק החוזים, לאמור: גמירות דעת ומסוימות." אמירות ברוח זו מושמעות באין ספור מקרים, בכל הערכאות.

24 רע"א 4976/00 **בית הפסנתר נ' מור**, פ"ד נו(1) 577, פס' 9 (2001). אודה כי נקטת הדיבור "חוזה גמור" ביחס להסכם נעדר מסוימות אינה נהירה לי. במבט שטחי ניתן לטעון כי יש בה משום גילוי דעת שהסכם יכול שיהיה "חוזה גמור" אפילו בהעדרה של מסוימות. ברם, סביר יותר להניח שבמילים "חוזה גמור" לא התכוונה השופטת לרמוז שיתכן 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 מחייב וסופי, להבדילו מזכרון דברים). מכלל דבריה של השופטת ובפרט מהסיפא להם נראה שאלו דבריה דורגו אפילו מתקיימת בהסכם במובהק הדרישה לגמירת דעת, הרי שבהעדרה של מסוימות יהיה ההסכם נעדר תוקף משפטי (ולכן לא יהיה ראוי לתואר "חוזה גמור"). עמדת השופטת דורנר בפרשת **בית הפסנתר** נבחנת במאמרי הנ"ל בה"ש 4, בפרק ב.2.

25 שם, בעמ' 591-592. לגישה דומה, המניחה שגמירת דעת עשויה להתקיים גם בהעדר מסוימות, ראו דברים שנאמרו בע"א 1734/96 **כהן נ' כהן** (23.4.1998): "אכן יש שבית המשפט מסיק מחסרונן של תנאי חיוני להתקשרות, כי ההתקשרות לא קמה; היינו, שהעדר המסוימות מעיד על אי גמירות דעת להתקשר. אבל תהליך זה אינו מיכני או אוטומטי. בית המשפט נזקק לו רק כאשר שאלת קיומה של גמירות דעת מעוררת כשלעצמה ספק. לא כך הדבר, כאשר, כמו בענייננו, גמירות דעתם של הצדדים להתקשר נלמדת מן המצוי בחוזה ובנסיבות כריתתו ברמת הסתברות מספקת." השוו עוד לדברי השופט טירקל בע"א 9200/99 **חנוכה נ' האפורופוס הכללי**, פ"ד נו(3) 801, פס' 7 (2002), בהקשר לגמירת דעת ומסוימות כתנאים לתקפותה של צוואה: "עשיית צוואה היא אמנם פעולה

הנחת העצמאות משמשת נר לרגליהם של פוסקות ופוסקים בכל הערכאות וניכרת בראש ובראשונה במתודה השיפוטית. דיון שיפוטי טיפוסי בשאלה אם בין פלונית לאלמונית נכרת חוזה ייפתח לרוב בתזכורת כללית אודות שני תנאי היסוד הדרושים לשכלול חוזה וימשיך בבחינה – על פי רוב נפרדת ומובחנת, כרונולוגית וחזותית – של התקיימות כל אחד מהם בנסיבות המקרה. מתודה אנליטית זו נלמדת ומוטמעת מעשה יום ביומו גם בפקולטות ובבתי הספר למשפטים בקורסי המבוא לדיני חוזים. הנחת העצמאות התקבלה גם על דעתם של חוקרי המשפט ומבקריה והפכה, חרף ההכרה בהשפעות הגומלין בין יסודות החוזה, לאורתודוקסיה שאין עליה עוררין.²⁶ פרקיו הבאים של מאמר זה מציעים הרהור – ואף ערעור – על הנחה מושרשת זו.

ב. גמירת דעת – סיפורה של הגדרה

1. ההגדרה הראשונית: גמירת דעת ככוונה ליצירת יחסים משפטיים

א. התבססות מבחן ה"כוונה המשפטית"

גמירת הדעת, כמוה כמסוימות, לא זכתה בהגדרה חקיקתית. בדברי ההקדמה להצעת חוק החוזים ולדיונים בה צוין אמנם שהמושג "גמירת דעת" שאוב מן המשפט העברי, אך לא הוסבר ואף לא נרמז דבר באשר לתוכנו – במשפט העברי או בחוק המוצע.²⁷ עם זאת, מדברי ההסבר לסעיף 2 לחוק, המגדיר "הצעה", עולה בבירור שהמושג גמירת דעת זוהה על ידי מציעי החוק ומנסחיו עם הכוונה ליצירת יחסים משפטיים (להלן: "כוונה משפטית").²⁸

גישה זו אומצה סמוך לאחר חקיקת החוק בפרשת **זנדבנק**,²⁹ שאותה כבר הזכרנו. בית המשפט, מפי השופט שמגר (כתוארו אז) קבע, לאחר עיון השוואתי במקורות המשפט האנגלי והקונטיננטלי, כי במוקד המושג "גמירת דעת" ניצבת "הכוונה ליצירת יחסים משפטיים".³⁰ עוד נקבע, כי הגם ששורשיו של המושג נטועים במשפט העברי, אין בכך כדי לכבול את בית המשפט

משפטית חד-צדדית, אולם כמו לגבי חוזה, גם לגביה ניתן לקבוע שהייתה גמירת-דעת של המצווה אפילו לא הוגדר היסוד של המסוימות די צורכו.

²⁶ ראו לדוגמה: מיגל דויטש, "על מסוימות החוזה העסקי" **עיוני משפט** טז 337, 338 (התשנ"א): "אין ספק אם כן כי יסודות אלה עצמאיים, וכך נפסק פעמים רבות..."; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 175: "שני המבחנים, גמירת הדעת והמסוימות, הם נפרדים ועצמאיים..."; וכן שם, בעמ' 298: "גם אם החוזה חד-משמעי מבחינת היסוד של גמירת דעתם של הצדדים, עדיין צריך הוא לעמוד בדרישת המסוימות..."; ובעמ' 266: "הצדדים יכולים להצהיר כי הם גמרו בדעתם לכרות חוזה, אך אם אין הוא מפורט דיו, לא ייחשב לחוזה...". (המלומדים חוזרים על עמדה זו במהדורה החדשה של כך א' לחיבורם (מהדורה שנייה, התשע"ט) בעמ' 300; גבריאליה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי** 188-187 (התשס"ה) (להלן: שלו, מהדורה 3): "דרישות אלה [גמירת הדעת והמסוימות] הן מצטברות ורק פנייה היוצאת ידי חובת שתייהן הופכת להצעה ומקנה לניצע כוח קיבול..."; וראו לאחרונה: שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ' 169: "דרישת המסוימות... זוהי דרישה מצטברת, עצמאית ונפרדת מן הדרישה לגמירת דעת."

²⁷ הצעת חוק החוזים, לעיל ה"ש 10, בעמ' 126: "התנאי לתקפם של ההצעה וקיבולה הוא 'גמירת-דעתם' של הצדדים להתקשר בחוזה, מושג מהמשפט העברי..."; בדברי ההקדמה שלו לדיון בהצעה ציין שר המשפטים דאז יעקב שמשון שפירא (מי שכיחן גם כיועץ המשפטי הראשון לממשלת ישראל) ש"הדבר הנחוץ כדי להוות חוזה הוא שתהיה 'גמירת דעת', לפי הביטוי של המשפט העברי...". דברי הכנסת כג, 1761, 1763 (ישיבה מיום 18.5.1970). לדיון נרחב במשמעות המושג במקורות המשפט העברי ראו: סיני דויטש, "גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי", **שנתון המשפט העברי**, ו-ז, 71, 81-95 (התש"ס-התשמ"א) (להלן: סי' דויטש, גמירת דעת). ראו גם סיני דויטש "גמירות דעת בהתחייבויות במשפט העברי" **דיני ישראל** ג 207 (התשל"ב) (להלן: סי' דויטש, גמירות-דעת).

²⁸ ראו הציטוט לעיל בה"ש 10.

²⁹ לעיל ה"ש 11.

³⁰ "יש לראות בכוונה ליצור יחסים משפטיים תנאי לקיום החוזה, ותנאי זה בא לידי ביטוי במונח 'גמירת-דעת'." עניין **זנדבנק**, לעיל ה"ש 11, בפס' 5.ב.

בפרשנות החוק.³¹ חרף הביקורת האקדמית שנמתחה על הגדרה ראשונית זו, היא נקלטה במהירות והכתה שורש בפסיקה.³²

בהקשר זה מעניין לחדד את אופן השפעתו של הדין שקדם לחוק החוזים על הפרשנות שניתנה למושג "גמירת דעת" בפרשות **זנדבנק ו-רבינאי** – ושכאמור זיהתה אותו עם כוונה משפטית. פרשות אלה יצרו הקבלה מהותית בין התשתית החוקית החדשה שהציג חוק החוזים – שקבעה תנאי כפול של גמירת דעת ומסוימות – לבין המבחן הכפול שהיה כבר מושרש בפסיקה באותה עת (מבחן הכוונה המשפטית ומבחן הפרטים המהותיים).³³ יש להניח שהקבלה זו נראתה למעצבי החוק ולשופטי בית המשפט העליון שביקשו לפרשו אלגנטית ואף מועילה, מבחינת היכולת לשמר מידה של יציבות במעבר מן הדין הישן אל דין החוזים החדש. לאור ההקבלה הברורה בין יסוד המסוימות לבין מבחן הפרטים המהותיים, נראתה ההקבלה בין יסוד גמירת הדעת לבין מבחן הכוונה המשפטית כמתבקשת מאליה. דא עקא, כפי שיובהר בהמשכו של מאמר זה, בדיעבד מתברר כי מאמץ זה ליצירתה של הקבלה מושלמת ואלגנטית בין הדין הקודם לבין הדין החדש היה ניסיון בלתי צליח – שלא יכול היה להחזיק מעמד. זאת, בשל המטען הסמנטי והאטימולוגי שנושא בחובו הביטוי "גמירת דעת" – אשר לא חפץ כלל ועיקר את מושג ה"כוונה המשפטית" במשפט האנגלי.³⁴

ב. ביקורת אקדמית על ההגדרה הראשונית

ספרות המלומדים בישראל לא רוותה נחת מזיהויה של גמירת הדעת עם המאפיין של כוונה משפטית. ראשון המסתייגים מזיהוי כזה היה פרופ' זאב צלטנר, אשר בספרו, שראה אור בשנת 1974 (כשנתיים לפני פרשת **זנדבנק**) זיהה את הדרישה לגמירת דעת עם המושג "רצינות".³⁵ עם זאת, צלטנר לא הכחיש את הצורך בקיומה של כוונה משפטית כתנאי מוקדם להתקשרות בחוזה. לדעתו, בעוד שהמושג "גמירת-דעת" מגלם דרישה לרצינות מעגנות המילים "להתקשר בחוזה", המופיעות בסעיף 2 לחוק, את הדרישה שאותה כוונה רצינית תהיה מכוונת ליצירת יחס משפטי.³⁶

ראשון המבקרים את ההגדרה ההלכתית שזיהתה את גמירת הדעת עם הכוונה המשפטית היה סיני דויטש. במאמר מראשית שנות ה-80 שבו בחן בהרחבה את משמעויות המושג טען המחבר כי במשפט העברי הדרישה ל"גמירות-דעת" מתמקדת בהחלטיות ובאמיתיות הרצון – ולא באופיו המשפטי.³⁷ המחבר הוסיף וטען כי בדיני כריתת החוזה מבחן הכוונה המשפטית ממלא תפקיד משני

³¹ שם, בפס' 5.ב. מעניין להעיר כאן שבע"א 3933/09 **יאסין נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 10 (5.9.2012) עשה בית המשפט, מפי השופט סולברג, ניסיון 'להחזיר עטרה ליושנה', בקבעו שאת המושג 'גמירת-דעת' יש לפרש תוך הסתייגות במקורות המשפט העברי. עם זאת, פרט לאזכור אוהד של עמדת ס' דויטש, גמירת דעת, לעיל ה"ש 27, אין בפסק הדין הצעה קונקרטית לאימוץ מובן כזה או אחר למושג.

³² ראו לדוגמה: ע"א 62/78 **זימלר נ' חברת מהנדס א. יניצקי בע"מ**, פ"ד לב(3) 296, פס' 4 (1978); ע"א 51/83 **מרום נ' אוניברסיטת תל-אביב**, פ"ד לז(3) 518, פס' 4 (1983); ע"א 686/83 **אליסאן נ' חברת יעקב יהלומי בע"מ**, פ"ד מא(4) 160, פס' 5 (1987); ע"א 3829/91 **וואלס נ' גת**, פ"ד מח(1) 801, פס' 12 (1994).

³³ ראו לעיל בה"ש 21.

³⁴ על כך ראו בסעיפים שלהלן, ובעיקר בפרק ג' של המאמר.

³⁵ זאב צלטנר, **דיני מדינת ישראל** 55 (תשל"ד): "נראה כי הביטוי 'גמירת-דעת' הינו ביטוי נרדף למלה 'רצינות'". במקום אחר ציין צלטנר שהשימוש בביטוי "מעיד על הרצינות אשר הצדדים צריכים לייחס למימורותיהם..." (שם, בעמ' 28-27).

³⁶ צלטנר ציין כי בדומה לכל השיטות המערביות "חל אצלנו הכלל כי אין ליצור חוזה בלי רצון ליצור יחסים משפטיים, רעיון עליו מרמז החוק כשהוא קובע כאחד היסודות של ההצעה והקיבול את גמירת הדעת **להתקשר בחוזה**, ולא להתקשר סתם". שם, בעמ' 42. אע"פ, כי קשה ליישב בין עמדתו של צלטנר שיסוד הכוונה המשפטית הוא חיוני לשכלול החוזה לבין קביעתו (שם, בעמ' 28-27) שעיון יסוד זה במושג גמירת-דעת אינו רצוי מן הטעם שהדבר עלול לשלול מהדיוט ('פתי', כלשונו) את הכוח להתחייב בחוזה.

³⁷ ס' דויטש, גמירת דעת, לעיל ה"ש 27. יצוין, שהמחבר לא הציע במאמרו הגדרה למושג "גמירת-דעת". עם זאת, נעלה מספק שלהשקפתו ביסוד המושג עומד המרכיב של רצינות כוונת המתחייב, רעיון המודגש לכל אורך הדיון

בחשיבותו, לא רק במשפט העברי אלא גם במשפט האנגלי.³⁸ הטעם לכך הוא שכוונה משפטית מתקיימת תמיד במשא ומתן מסחרי, מה שאין כן לגבי גמירת הדעת (במובן של רצינות הכוונה) שמבחינה נועד לקבוע אם המשא ומתן הושלם או שטרם הושלם.³⁹ לאור זאת ביקר המחבר את אימוצו בפרשת **זנדבנק** של מבחן הכוונה המשפטית.⁴⁰

במהדורה הראשונה של חיבורה פורץ הדרך על דין החוזים הכללי, שראה אור ב-1990, הצטרפה גבריאלה שלו אל מחנה המבקרים וקבעה כי הכוונה המשפטית, אף שהיא הכרחית לשכלול של חוזים, אינה יסוד המעוגן בהוראות פרק א' לחוק החוזים אלא תנאי מוקדם לתחולתו של החוק.⁴¹ לשיטתה, יסוד גמירת הדעת אינו נוגע כלל בתנאי זה והוא מגלם דרישה אחרת: זוהי התביעה שרצונם של הצדדים להתקשר בחוזה יהיה מגובש, רציני והחלטי. כפי שנראה בהמשך, הגדרה חלופית זו זכתה להצלחה רבה והפכה עד מהרה להגדרה ההלכתית המקובלת של המושג "גמירת דעת".⁴²

חיבורם החשוב של דניאל פרידמן ונילי כהן, שפורסם לראשונה ב-1991, כולל התייחסות תמציתית בלבד לתוכן המושג גמירת דעת, ומתקבל הרושם כי עמדתם בנושא זה חצויה. מחד גיסא, נקבע בחיבור שהכוונה המשפטית אינה אלא "השער לתחולתו של חוק החוזים" ובהקשר זה מוזכרת עמדתה של גבריאלה שלו.⁴³ מאידך גיסא נכתב כי "יסוד גמירת הדעת דורש שצד לא יהיה קשור אלא אם ניתן להסיק... כי התכוון לקשור קשר משפטי מחייב".⁴⁴ ואילו במקום אחר, אגב הדיון ביסודות ה"קיבול" צוין ש"הקיבול צריך להעיד על רצונו המוחלט והחד-משמעי של הניצע לקשור חוזה...".⁴⁵ מדברים אלה משתמעת העמדה שגמירת הדעת כוללת בחובה, בצד היסוד של כוונה משפטית, גם יסוד ברור של החלטיות או נחרצות.

ספרות המלומדים לא המשיכה לעסוק באופן מעמיק בשאלת תוכנה של גמירת הדעת. במבט שטחי נראה היה כי הביקורת האקדמית לא השפיעה השפעה של ממש על גישת הפסיקה. גם בספרות המשפטית המשיכה ההגדרה הראשונית – המזהה בין גמירת דעת לכוונה משפטית – לקבל

במקורות המשפט העברי. האופן שבו תופס המחבר את מושג גמירת הדעת עולה בבירור גם מהמילים הפותחות את מאמרו: "המשפט אינו שואף לתפוס אדם בדיבורו בעלמא... כל שיטת משפט רוצה להיות בטוחה, עד כמה שאפשר, כי נותן ההבטחה התכוון ברצינות ובכבוד ראש למה שאמר, ולכל שיטת משפט אמות המידה לבחינת רצינות זו... יש צורך שיהיה ברור שהסכמת הצדדים היא אמיתית...". שם, בעמ' 73.

38 "...בעוד אשר המשפט העברי רואה בגמירת-דעת את הדרישה המרכזית ליצירת הסכם, רואה המשפט האנגלי במבחן הכוונה אלמנט משני ולעתים (בחוזים מסחריים) אף חסר חשיבות." שם, בעמ' 95.

39 שם, בעמ' 96-97.

40 מעניין לציין שבמאמר קודם שפרסם המחבר לאחר פרסום הצעת חוק החוזים אך לפני חקיקתו (ס' דויטש, גמירות-דעת, לעיל ה"ש 27) זיהה המחבר דווקא בין המושג גמירות-דעת (במשפט העברי) לבין הכוונה ליצור יחסים משפטיים (שם, בעמ' 208, 211). המאמר אף הוזכר בפרשת **זנדבנק**, לעיל ה"ש 11, ואין להוציא מכלל אפשרות כי השפיע על עמדתו של השופט שמגר, שציין כי עמדתו "מסתיעת, אגב, גם על-ידי ההתייחסות למשמעותו של המונח האמור לפי המשפט העברי" (שם, בפס' 5.5).

41 גבריאלה שלו, **דיני חוזים**, 91 (התש"ן) (להלן: שלו, מהדורה 1). עמדה זו לא השתנתה: ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ' 147. מעניין לציין כי גם פרופ' שלו שינתה בנקודה זו את עמדתה. בפירושה לחוק החוזים, שפורסם בשנת 1978, הביעה גבריאלה שלו דווקא את תמיכתה במבחן הכוונה המשפטית, שאומץ בפרשת **זנדבנק**. שלו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 10-8.

42 ראו להלן בטקסט לה"ש 47 ואילך.

43 שם, בעמ' 326, בטקסט להערה 25.

44 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 326. המחברים אף הטעימו כי "באופן פורמלי נלמד יסוד זה [הכוונה המשפטית] מדרישתו של חוק החוזים, שתהא לשני הצדדים גמירת דעת ליצור חוזה." שם, בעמ' 325.

45 שם, בעמ' 191.

ביטוי.⁴⁶ ברם, כפי שנראה מיד, עם השנים התחולל שינוי חשוב בהגדרה ההלכתית של גמירת הדעת, אשר נתן ביטוי חלקי לביקורת עליה.

2. ההגדרה החדשה: רצון מגובש והחלטי להתקשר בחוזה

א. הגדרתה של גבריאלה שלו ואימוצה בפסיקה

העיון בפסיקה מלמד כי בחלוף השנים החלה זו נפתחת לאפשרות שמבחן הכוונה המשפטית אינו ממצה את מגוון היבטיה של הדרישה לגמירת דעת. בעידודה של הספרות המשפטית שנסקרה לעיל, החלה מסתמנת נכונות הלכתית לעצב מחדש את הגדרת המושג ולהוסיף לה יסודות שלא נכללו בה קודם לכן – לפחות לא באופן מפורש.

מטעמים שיוסברו מיד, ראויה עמדתה של גבריאלה שלו לציון מיוחד. בחיבורה, לא הסתפקה שלו בביקורת על ההגדרה ההלכתית אלא, כפי שכבר צוין, הציעה הגדרה חלופית ברורה למושג גמירת דעת. וזה לשון ההגדרה:

לדעתי, טעון המונח גמירת-דעת פירוש צר ומדויק... גמירת-דעת היא

רצון מגובש, כוונה רצינית להתקשר בחוזה והחלטיות.⁴⁷

בטרם תיבחן הגדרה זו לעומקה, ראוי להבהיר את הסיבות לעניין הרב שאני מוצא בה. ראשית, כפי שנראה מיד, הגדרה זו אומצה באופן עקבי, ככתבה וכלשונה, על ידי בתי המשפט שלנו, ולמעשה תרמה לזניחתה הכמעט מוחלטת של הנוסחה ההלכתית המקורית שאומצה בפרשת **זנדבנק**. שנית, כפי שהדיון שלהלן יבהיר, הגדרה זו "כולאת" ומציפה בצורה מדויקת להפליא את מה שהם, לעניות דעתי, שלושת רכיביה החיוניים (והנבדלים) של גמירת הדעת. סבורני שקיים קשר ברור בין שתי העובדות הללו, במובן זה שהשנייה מאירה ומסבירה את הראשונה: אני משער שהסיבה להצלחה הסוחפת של ההגדרה החדשה נעוצה בכך שהיא כולאת בתוכה – בניסוח אלגנטי ומדויק – את מורכבותו של יסוד גמירת הדעת על שלל היבטיו.

נבחן עתה את ההבדלים בין ההגדרה שהציעה שלו לבין ההגדרה הראשונית שאימצה הפסיקה בראשית הדרך. ניכרים כאן במבט ראשון שלושה הבדלים: ראשית, ההגדרה מבקשת לנתק בין גמירת הדעת לבין מאפיין הכוונה המשפטית ואינה כוללת אותו בהגדרה, לפחות לא באופן מפורש ובולט.⁴⁸

שנית, ההגדרה המוצעת מזהה את גמירת הדעת בראש ובראשונה עם רצינותה והחלטיותה של **הכוונה** (וכאמור, לא עם אופיה המשפטי).⁴⁹ מאפיין זה, שיכונה במאמר **"רכיב הנחרצות"**

⁴⁶ לדוגמה, במאמר חשוב מראשית שנות ה-90 אומצה ההגדרה הראשונית באופן מלא: "דרישת ההעדה על גמירת דעת היא והערכה להשתקפות חיצונית (העדה) של כוונת הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב." שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כ"א 33, 44 (התשנ"א). מפתיע לגלות שחרף השינוי המשמעותי שעבר על הגדרת גמירת הדעת מאז שנות ה-90, שיתואר להלן, אומצה הגדרה זו כלשונה גם במאמר חדש יחסית: אור יהלום, "מסוימות בלתי מסוימת: שתי גישות על אודות אופייה הראוי של דרישת המסוימות בעקבות ע"א 10859/07 חברה קדישא גחש"א נ' לוי וע"א 9247/10 רוזנברג נ' סב"ר" משפטים מד 325, 329 (התשע"ד): "הדרישה להעדה על גמירת דעת היא הדרישה להשתקפות חיצונית של כוונה ליצור קשר חוזי מחייב".

⁴⁷ שם; וראו גם: גבריאלה שלו, **דיני חוזים**, 86 (מהדורה שניה, התש"ן) (להלן: שלו, מהדורה 2). במהדורה השלישית נשתנה הנוסח, ונקבע שגמירת-דעת היא: "הדרישה למפגש רצונות הצדדים והסכמתם ההדדית להתקשר בחוזה". גבריאלה שלו, **דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 172 (התשס"ה). לאחרונה, במהדורה הרביעית הושב על כנו הנוסח המקורי ועמו גם הביקורת על ההגדרה הראשונית של הפסיקה: שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ' 160.

⁴⁸ אך ראו הדיון להלן בסעיף ב'.

⁴⁹ הביטוי "רצינות" עשוי להתפרש כנרדף לביטוי "החלטיות" אך עשוי גם להתפרש כמגלם יסוד שונה, של אמינות או כנות הכוונה. לדוגמה, כאשר מתקיים מצג של רצון חזק ונחרץ להתקשר בחוזה, אך מצג זה אינו מבטא את כוונתו האמיתית של המציג, ניתן לכאורה לומר שהלה לא גמר בדעתו, משום שלא היתה לו כוונה "רצינית" לראות עצמו מחויב לפי דבריו, הגם שכלפי חוץ נחזים אלה כמבטאים החלטיות. אלא שלדעתי במצב של כוונה "לא

(determination, decisiveness), מתמקד בעצמת רצונו של המתקשר להתחייב לבצע את אשר עליו הוסכם, ולא בשאלה אם אותו רצון כולל בתוכו גם שאיפה שההתחייבות תישא אופי משפטי. כפי שראינו לעיל, מאפיין זה הוכר והודגש גם בדבריהם של מלומדים נוספים.

שלישית ולבסוף, אל תוך ההגדרה שאותה ניסחה והציעה, יצקה פרופ' שלו מאפיין חדש שלא הופיע בפסיקה או בספרות קודם לכן. כפי שיבואר בסמוך, בצמד המילים "רצון מגובש" קלעה שלו – במודע או שלא במודע – למאפיין חשוב של גמירת הדעת, אשר לדעתי אינו חופף את רכיב הכוונה המשפטית ואף לא את רכיב הנחרצות. מאפיין זה עומד במרכז של התזה שמציע מאמר זה ויכונה להלן "רכיב הרצון המגובש".

אזכור ראשון של ההגדרה שהציעה פרופ' שלו בשנת 1990 למושג גמירת דעת הופיע כבר בפסק דין משנת 1991, שם הביאה השופט מלץ כלשונה, תוך שציין כי מדובר ב"הגדרה ממצה" של המושג.⁵⁰ שנה מאוחר יותר אימץ הנשיא שמגר, אבי ההגדרה הראשונית שעוצבה בפרשת **זנדבנק**, את הגדרתה של פרופ' שלו ככתבה וכלשונה, ואף יישם אותה באופן שהביא לדחייתה של טענה לשינוי חוזה בדרך של התנהגות.⁵¹ הנשיא שב ואימץ את ההגדרה החדשה גם בפרשה חשובה אחרת.⁵²

האם בכך זנח הנשיא שמגר – ועימו הפסיקה כולה – את ההגדרה הראשונית שאימץ בית המשפט העליון בפרשת **זנדבנק**? את תשובתי לשאלה מתבקשת זו אבקש להשהות מעט. בשלב זה עיקר הוא להדגיש כי אזכורים אלה של ההגדרה החדשה, מבית מדרשה של פרופ' שלו, לא היו בגדר אפיזודה חולפת. לאור האהדה שזכתה לה בפסיקותיו של הנשיא שמגר ובפסיקות נוספות, המשיכה ההגדרה להכות שורש בפסיקה עד שהפכה להגדרה הרווחת והמקובלת של גמירת הדעת. ההגדרה החדשה נזכרת במאות פסקי דין בכל הערכאות, המצטטים מחיבוריה של פרופ' שלו או מפסיקה עליונה שאימצה את הגדרתה.⁵³ בד בבד, ההגדרה הראשונית, שזיהתה את גמירת הדעת

רצינית" במובן זה קשה לדבר מלכתחילה על כוונה כלשהי (להבדיל ממצג של כוונה), שהרי "כוונה" מניחה את קיומו של רצון אמיתי, סובייקטיבי. בשל כך אני מציע לראות בביטוי "רציניות" הנכלל בהגדרה ביטוי נרדף להחלטיות או נחרצות ולא ביטוי בעל ערך עצמאי, הראוי להיחשב רכיב נפרד של גמירת הדעת.
 ע"א 702/89 **אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אורים**, פ"ד מו(2) 811, פס' 7 (1991). מעניין לציין כי השופט מלץ הפנה בעת ובעונה אחת הן לחיבורה של שלו (שפורסם בשנת 1990) והן לפסק הדין בפרשת **זנדבנק**, לעיל ה"ש 11, וזאת חרף הניגוד הלכאורי בין העמדות. הנשיא שמגר, שכתב את פסק הדין בפרשת **זנדבנק**, צירף הסכמה כללית לפסק דינו של מלץ.

ע"א 4956/90 **פזגז חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ**, פ"ד מו(4) 35, פס' 8 (1992).
 ע"א 1932/90 **פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט**, פ"ד מז(1) 357, 367 (1993). בפרשה זו ניסח הנשיא שמגר – לראשונה באופן מדויק ושלם – את המבחן האובייקטיבי לאיתורה של גמירת דעת, תוך שהבהיר כי נקודת המבט הרלבנטית ליישומה אינה זו של אדם סביר המשקיף מן הצד על ההתקשרות, אלא של האדם הסביר **בנעליו של המתקשר השני**. באותה פרשה היה שמגר בדעת מיעוט, אך המבחן שקבע יושם והפך להלכה מחייבת בע"א 3601/96 **בראשי נ' עזבון בראשי**, פ"ד נב(2) 582, פס' 8 (1998).

למקבץ קטן של דוגמות מתוך מאות האזכורים המצויים במאגרי המידע המשפטיים ראו: עניין **שבתאי**, לעיל ה"ש 22, בפס' 33: "מונח גמירת הדעת... מוגדר כרצון המגובש של הצדדים להתקשר בחוזה, כוונה רצינית להתקשר בחוזה והחלטיות". עניין **יאסין**, לעיל ה"ש 31, בפס' 8: "תנאי לקיומו של חוזה הוא גמירות דעת המבטאת רצון מגובש, כוונה רצינית והחלטיות". ע"א (ת"א) 48205-10-13 **דיאמנט עו"ד נ' הלוי**, פס' 35 (14.10.2014): "גמירת דעת משמעה רצון מגובש של הצדדים להתקשר בחוזה המסוים"; ת"א (מחוזי-ת"א) 14380-10-10 **מיטרי נ' דוברונסקי עו"ד**, פס' 29 (5.1.2014): "גמירת דעת משמעה רצון מגובש של הצדדים להתקשר בחוזה, כוונה רצינית להתקשר בחוזה והחלטיות"; ת"א (שלום, י-ם) 24959/96 **אלעד משאבות בטון בע"מ נ' שוקי שמר בע"מ**, פס' 5 (19.6.2002) (כני"ל). אותותיה של ההגדרה ניכרים לעתים גם בספרות המשפטית. ראו לדוגמה את ההגדרה שהציע פבלו לרנר בספרו, **ההתחייבות החד-צדדית** 101 (התשס"א): "משמעות גמירת הדעת היא רצון מגובש, כוונה להגיע לידי הסכם".

עם הכוונה המשפטית ירדה באופן טבעי מגדולתה, ואינה מבטאת עוד את הגישה הרווחת בפסיקה.⁵⁴

ב. מעמדו של רכיב הכוונה המשפטית

השינוי הדרמטי שעליו עמדתי באופן שבו הגדירה הפסיקה החל משנות ה-90 את המושג גמירת דעת מעורר כמעט מאליו את שאלת השפעתה של ההגדרה החדשה על מעמדו של מבחן הכוונה המשפטית. האם אימוצה הגורף של ההגדרה שהציעה שלו לגמירת דעת משמיע זניחה של מבחן זה? על שאלה זו אוכל להשיב בתכלית הקיצור. העיון בפסיקה מלמד שרכיב הכוונה המשפטית לא נזנח והוא ממשיך להיות מוכר כתנאי חיוני ומרכזי – אם כי לא מספיק – לשכלולו של חוזה. הגם שהגדרתה של פרופ' שלו התקבלה באופן סוחף בפסיקה, גישתה שלפיה גמירת דעת אינה כוללת בחובה רכיב של כוונה משפטית – לא התקבלה.

ולא בכדי: לדעתי, אף שסביר להניח שלא לכך כיוונה פרופ' שלו, ההגדרה שהציעה אף היא קושרת על כרח – אם כי באופן מובלע ומוצנע – בין גמירת הדעת לבין רכיב הכוונה המשפטית. קישור זה נעשה בעצם האמירה כי גמירת הדעת היא רצון מגובש והחלטי "להתקשר בחוזה". צמד מילים אחרון זה – המופיע למעשה גם בחוק החוזים עצמו (בסעיף 2) – מלמד שמושג *החוזה* של גמירת הדעת הוא התקשרות בעלת אופי משפטי.⁵⁵ מכל מקום, אין כל ספק שהפסיקה המשיכה – וממשיכה עד היום – לראות ברכיב של "כוונה משפטית" חלק אינטגרלי של גמירת הדעת ומכל מקום דרישה המעוגנת בפרק א' לחוק החוזים ולא במקור משפטי העומד מעל לו או מחוצה לו.⁵⁶ בנסיבות אלה איני רואה הצדקה – עניינית-פרגמטית או אנליטית-מושגית – לנתק בין גמירת הדעת כיסוד מכונן של החוזה לבין רכיב הכוונה המשפטית.⁵⁷ לאורך המאמר אניח אפוא כי הרכיב או המאפיין של כוונה משפטית מהווה חלק אינטגרלי של יסוד גמירת הדעת.⁵⁸

⁵⁴ אם כי ניתן למצוא עדיין גם אזכורים של ההגדרה הישנה, בעיקר בערכאות הדיוניות: ע"א 6296/05 כהן נ' עזבון המנוחה בקשי כותן ז"ל, פס' חנ"ל (5.8.2007) (אזכור המבחן תוך הפניה לפרשת זנדבנק). בערכאות הנמוכות ראו לדוגמה: ת"א (שלום-נתניה) 482-03-10 יונה אברך בע"מ נ' נאג'י הובלות ומסחר בע"מ, פס' 24 (23.3.2015): "גמירות-דעת מבטאת את הכוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים..."; ת"פ (ת"א) 161/93 מדינת ישראל נ' שי, עמ' 8 (23.3.1994) (אזכור מבחן הכוונה המשפטית תוך הפניה לפרשת זנדבנק).

⁵⁵ כפי שראינו לעיל, זו היתה גם עמדתו הברורה של צלטנר.

⁵⁶ העובדה שלמחלוקת התיאורטית אין נפקות מעשית הוכרה בפסיקה. בעניין בראשי, לעיל ה"ש 52, בפס' 8, כתבה השופטת (כתוארה אז) ביניש: "בין שיש לזהות את גמירת הדעת עם הכוונה ליצור קשר משפטי מחייב... ובין שעדיפה התפיסה הרואה בכוונה ליצור יחסים משפטיים תנאי מוקדם לכניסה לתחום החוזים... אין חולק כי גמירת הדעת מגלמת רצון מגובש, כוונה רצינית והחלטית ליצור התחייבות." והשוו בפסיקה המחוזית: "...הכוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים [היא] אחד התנאים ליצירת חוזה תקף. לעניינו אין זה משנה אם רואים זאת כ"תנאי מהותי מוקדם וראשוני לכריתת חוזה" או שרואים את התנאי כחלק אינהרנטי בדרישה לגמירת הדעת של הצדדים לחוזה, שכן לכל הדעות מדובר בתנאי הכרחי ליצירת חוזה תקף." ע"א 83/94 אורבך נ' בנק איגוד לישראל בע"מ, פס' 7 (12.6.1994). השופט רובינשטיין ניסח בפרשה אחת לגשר בין הגישות, בקבעו שהסכמת הצדדים מקיימת בבירור את "גמירת הדעת הנדרשת, קרי, רצון מגובש, כוונה רצינית להתקשר בחוזה והחלטיות... הכולל ככלל כוונה ליצור יחסים משפטיים". ע"א 5511/06 אמינוף נ' א. לוי השקעות ובנין בע"מ, פס' יג (10.12.2008); השוו לע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נג' 743, פס' 6 (1999), שם תוארה הכוונה לקשירת קשר משפטי כתנאי נפרד ושונה מיסוד גמירת הדעת, הדורש בתורו רצון החלטי ומגובש להתקשר בחוזה.

⁵⁷ הגישה שלפיה גמירת הדעת מופרדת מיסוד הכוונה המשפטית מעוררת קושי גם מהיבט אחר. אם אכן כך הדבר, הרי שלכאורה מבחן ה"העדה" האובייקטיבי (המעוגן בסעיף 2 לחוק) אינו חל על יסוד הכוונה המשפטית, מה שמותיר את שאלת המבחן לאיתורה של כוונה משפטית פתוחה. ניתן אמנם להניח שהמצדדים בהפרדה מושגית זו ייטו להחיל גם כאן מבחן אובייקטיבי, אך הנחה זו טעונה הנמקה עצמאית.

⁵⁸ אמנם כן, כפי שיבואר בפרק הבא, בשפה העברית ניתן לדבר בגמירת דעת גם במנותק מכל הקשר משפטי. אלא שבהקשר שבו מופיע מושג זה בפרק א' של חוק החוזים אין כל ספק שהמושג אינו יכול שלא לכלול היבט של כוונה משפטית. העמדה המבקשת לנתק את גמירת הדעת מן הכוונה המשפטית ולהעמיד את זו האחרונה מחוץ לגדרו של פרק א' אינה מתיישבת לדעתי לא עם לשונו של סעיף 2 לחוק, ואף לא עם לשונו של סעיף 1, הקובע כי די בקיבולה של הצעה (הכוללת גמירת דעת ומסוימות) כדי לשכלל חוזה – ללא צורך בכל יסוד נוסף.

ג. החידוש בהגדרה החדשה: הבלטת רכיב הנחרצות וחשיפת רכיב הרצון המגובש
 בסעיף הקודם ראינו כי חרף הביקורת שספג, מבחן הכוונה המשפטית לא נזנח, אלא שהפורמולה המקורית שזיהתה בינו לבין גמירת הדעת הוחלפה בנוסחה חדשה ומשוכללת יותר. יוצא אפוא, שההבדל הראשון שאותו הזכרתי לעיל בין ההגדרה הראשונית להגדרה החדשה אינו כה חריף: שתיהן מקבלות – זו באופן מפורש ומובהק, זו באופן מוצנע ומובלע – את העובדה שגמירת הדעת חייבת להיות מכוונת ליצירה של קשר הסכמי בעל אופי משפטי.

נותרו אפוא שני ההבדלים האחרים שאותם תיארתי: ראשית, הבלטה של הרכיב שאותו כיניתי "רכיב הנחרצות" (המתבטא במילים "כוונה רצינית" ו"החלטיות"); שנית, חשיפה של רכיב חדש – רכיב ה"רצון המגובש". אעמוד בקצרה על חשיבותם היחסית של כל אחד משני חידושים אלה, תוך שאדגיש דווקא את חשיבותו של החידוש האחרון.

חשיבותו של החידוש הראשון מתבטאת בחידודה של ההבחנה האנליטית בין רכיב הכוונה המשפטית לבין רכיב הנחרצות. אמנם, אינה נראית לי העמדה שייחסה להגדרה המקורית שאימץ בית המשפט בפרשת **זנדבנק** כוונה להתעלם מרכיב הנחרצות או להמעיט בחשיבותו. אני סבור שהשופט שמגר, באמצעו את מבחן הכוונה המשפטית, ביקש להתכחש לדרישה הבסיסית והמובנת כל כך שקשירת חוזה מחייבת רצון נחרץ של כל אחד מהצדדים לחוזה לבצע את שעליו הסכים והתחייב. קביעתו של השופט שמגר בפרשת **זנדבנק** כי במילים גמירת דעת לא נתכוון המחוקק ל"רצינות הכוונה גרידא"⁵⁹ מעידה אמנם על הסתייגותו מן העמדה הרואה בנחרצות הכוונה את חזות הכל; אך אין ללמוד ממנה שלדעת שמגר אין הנחרצות רכיב חיוני של גמירת הדעת.⁶⁰ חיווק לסברה זו יש גם בעובדה שבפסיקות העתידיות לא הביע הנשיא שמגר כל הסתייגות מהכללת רכיב הנחרצות בהגדרה החדשה שהציעה שלו לגמירת הדעת – הגדרה שכפי שראינו הוא עצמו תרם להשתרשותה בשיח השיפוט.⁶¹

ועם כל זאת, חשיבותה של ההגדרה החדשה מתבטאת בהסרת הספק בנקודה זו, וביצירתה של הבחנה אנליטית חשובה בין שני מאפיינים שונים של כוונה, שכל אחד מהם חייב להתקיים בהסכמת הצדדים כדי שזו תבטא גמירת דעת: א) כוונה ורצון להתחייב בהתחייבות רצינית, החלטית ובלתי הדירה כלפי הזולת (בלשונו – רכיב של נחרצות); ב) כוונה ורצון שאותה התחייבות נחרצת שהצד הנוגע בדבר נטל על עצמו תהיה בעלת אופי משפטי, כלומר תזכה באכיפה משפטית במידת הצורך (בלשונו – רכיב של כוונה משפטית).

החידוש השני בהגדרה החדשה – ולדעתי החשוב והמשמעותי יותר – משתקף בהעמדת רכיב ה"רצון המגובש" כרכיב חיוני ונפרד של גמירת הדעת. בניגוד לרושם הראשוני העשוי להתקבל מעיון

⁵⁹ עניין **זנדבנק**, לעיל ה"ש 11, בפס' 5.ב.

⁶⁰ יתר על כן, בעת שיישם את מבחן הכוונה המשפטית, הסיק השופט שמגר כי יסוד גמירת הדעת התקיים בין היתר משום שההצעה "לא היתה בגדר פעולה ראשונה ופלאומית לעניין מכר המניות" (שם, בפס' 5.ג.). נימוק זה אינו קשור כלל לאופיה המשפטי של כוונת המציע אלא לרצינותה. היש ראייה טובה מזו לכך שהשופט שמגר לא ביקש לשלול את יסוד הנחרצות?

⁶¹ ראו לעיל בטקסט לה"ש 52-51. גם הפסיקה שקדמה לחוק החוזים לא נקטה בדרך כלל הבחנה ברורה בין כוונה משפטית לבין נחרצות, אך מניסוחי הפסיקה ניתן להבחין כי הנחת הכל היתה שאין די בכוונה משפטית כללית אלא נדרש כי זו תהא כוונה נחרצת והחלטית. ראו לדוגמה: ע"א 700/72 **אברמוב נ' כדר**, פ"ד כז(2) 498, 503 (1973) (פסק הדין ניתן לאחר פרסום חוק החוזים אך לפני כניסתו לתוקף) (השופט עציוני): "דבר אחד ברור, כי כדי לקשור את הצדדים קשר חוזי גם ללא צורך בחוזה פורמלי, כוונת הצדדים להתחייב זה כלפי זה צריכה להיות ברורה ומעלה מכל ספק ובית-המשפט צריך להשתכנע... שהם הגיעו כבר להסכם גמור ומוחלט." בית המשפט חזר על דברים אלה כלשונם בעניין **אברהם**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 741, ובע"א 868/75 **לנדמן נ' קפלן**, פ"ד לב(1) 146 (1977) (פס' 4, השופט שמגר).

בהגדרה החדשה, מושג ה"רצון המגובש" אינו מילה נרדפת לרצינות, החלטיות או נחרצות. אין הוא קישוט לשוני גרידא, שנועד להוסיף להגדרה נופך אסתטי. לדעתי, ביטוי זה שאותו בחרה פרופ' שלו לשלב בהגדרה שאותה הציעה, יוצק אל תוך המושג "גמירת דעת" מרכיב מהותי, עצמאי ונבדל. תובנה זו היא המפתח להבנת התאוריה שתיפרש בפני הקורא עתה.

ג. התאוריה: החפיפה הטבועה בין גמירת הדעת לבין המסוימות

1. תמצית הטיעון: רכיב ה"רצון המגובש" כנקודת החיבור בין יסודות החוזה

פרק זה מציג תאוריה אנליטית-פרשנית שנועדה לבאר ולהסביר את אופיו של הקשר בין שני יסודות החוזה במשפט הישראלי, את מקורו ואת עצמתו. הטענה שאליה יתכנס הדיון בסופו של יום היא שמסתמן בין שני היסודות קשר חזק וטבוע. קשר זה נובע ממהותם ומהגדרתם המשפטית של גמירת הדעת מזה ושל המסוימות מזה. אם לנקוט בדימוי מעולמה של הנדסת המישור, יסודות החוזה אינם עיגולים נפרדים אלא עיגולים המקיימים ביניהם חפיפה קבועה, בהיקף ובעצמה משמעותיים ביותר.⁶² לזו הטיעון הוא כי נקודת החיבור בין גמירת הדעת לבין המסוימות היא היסוד הקונקרטי המגולם וטבוע בשתייהן: שתייהן כאחת מותנות בהסכמת הצדדים להסכם על פרטיה המהותיים ביותר של העסקה שביקשו לרקום ביניהם.

2. הקשר הסמנטי בין רצון מגובש לבין קונקרטיות

הביטוי "רצון מגובש" מתאר, בשפה העברית, רצון חזק ובעל תוכן קונקרטי.⁶³ ממש כאותו גביש, שחוזקו נובע מכך שרכיביו הפנימיים אחוזים זה בזה ויוצרים גוף מוצק בעל צורה אחידה, קבועה וברורה (להבדיל מגוף נוזלי או מגו שצורתם דינמית), כך גם הרצון המגובש: כוחו בא לו מכך שיש לו סביב מה שיתגבש.⁶⁴ אותם נתונים ופרטים שהם מושא הרצון ושסביבם הוא מתגבש מעניקים לו צורה מוגדרת, קונקרטית ומוצקה ומבדילים אותו מרצון בלתי מגובש. בתמצית: רצון מגובש הוא רצון בעל מימד ברור של קונקרטיות. קונקרטיות זו היא שמקנה לו את חוסנו, עצמתו ועמידותו בפני שינויים.

בהקשר החוזי – רצון מגובש הוא רצון המאפשר לצדדים למשא ומתן להגיע להסכמה שאינה רק נחרצת – כלומר החלטית וסופית מבחינתו הפנימית-סובייקטיבית של כל מתקשר – אלא שמבחינה אובייקטיבית היא גם קונקרטית במידה מספקת.⁶⁵

חשוב להדגיש כי רצון מגובש הוא מושג שסתום, ובתור שכזה בעל רקמה פתוחה, שאינה מכתיבה רמה מוגדרת או אחידה של "מגובשות". רצון או כוונה עשויים להיות מגובשים בדרגות שונות: ככל שהרצון קונקרטי יותר, ניתן יהיה לקבוע ביתר קלות כי הוא מגובש; ולהיפך: ככל שהרצון כללי, מופשט, היולי ואמורפי יותר, ניתן יהיה לקבוע ביתר קלות כי הוא בלתי מגובש. ועם

⁶² מקור ההשראה לדימוי הנדסי זה הוא פסק דינו היפהפה של השופט מישאל חשין בע"א 3666/90 **מלון צוקים נ' עיריית נתניה**, פ"ד מו(4) 45, פס' 7 (1992).

⁶³ "מגובש": "מוגדר היטב ובבירור, מוצק, שצורתו הסופית מעוצבת." **רב-מילים, המילון השלם לעברית החדשה** (יעקב שוויקה עורך ראשי, התשנ"ז), כרך ד', בעמ' 930, נגיש גם ב: <https://morfix.co.il/>.

⁶⁴ "מגובש: בצורת גביש; קשה כגביש; מלוכד, מרוכז, יציב." **מילון עברי שלום** (התשנ"ד), כרך ב', בעמ' 744.

⁶⁵ להבחנה בין היסוד הסובייקטיבי לבין היסוד האובייקטיבי בגמירת הדעת ראו להלן בפרק ד.1.ג).

זאת המושג עצמו מניח, מעצם מהותו, רמה מינימלית של קונקרטיות שבלעדיה לא יוכלו רצונו או כוונתו של אדם להיחשב "מגובשים".

3. הקשר הסמנטי בין "גמירת דעת" לבין קונקרטיות

עד כאן הראיתי, אני מקווה, שמושג הרצון המגובש קשור בקשר סמנטי הדוק למושג הקונקרטיות. אך מהו הבסיס לסברה שבהעדרו של רצון מגובש, כלומר בהעדרה של כוונה בעלת אופי קונקרטי לא תיתכן גמירת דעת? מדוע מלכתחילה ראתה לנכון גבריאלה שלו להדגיש מימד זה בהגדרה שהציעה למושג גמירת הדעת, ומדוע זכתה ההגדרה לאימוץ כה סוחף בפסיקה? בשורות הבאות אטען שהסבר לכך נעוץ בהבנת התפקיד החשוב שממלא היסוד הקונקרטי, המגולם במילים "רצון מגובש", במסגרת המושג "גמירת דעת".⁶⁶

א. ההיבט העתי של תהליך גמירת הדעת

בשפה העברית המודרנית (בעיקר המליצית) הביטוי "גמר בדעתו" על צורותיו ונגזרותיו משמש לרוב לתיאורו של מצב נפשי-תודעתי מיוחד, המקדים קבלת החלטה. מאפיין ראשון של מצב תודעה זה מתבטא בכך שהוא תוצר של תהליך מתמשך של חשיבה ורצייה. מרכיב עתי זה משתקף בביורו בדימוי "גמרתי בדעתי". דימוי זה משמיע שרצונו של הגומר בדעתו לעולם אינו נוצר ברגע אחד חטוף, אלא מתחיל בנקודה אחת ומסתיים באחרת, כלומר הולך ומתהווה לאורך זמן. בתווך – בין תחילת התהליך לבין סופו – חוֹנָה המחליט תהליך של שקילה והתלבטות, שרק בסיומם מגיע שלב ההחלטה הסופית (ה"גמורה").

אין בכך כדי להמעיט מחשיבותו של יסוד סמנטי אחר המגולם בביטוי גמירת דעת – הוא יסוד הנחרצות. כפי שכבר ראינו, אין להעלות על הדעת גמירת דעת מבלי להניח רצון החלטי ונחרץ, והפסיקה הבהירה זאת באמצע בלא סייג את ההגדרה החדשה.⁶⁷ אלא שהמושג גמירת דעת הוא עשיר יותר. הוא משמיע דבר-מה לא רק לגבי נחישותה או נחרצותה של הבעת הרצון עצמה, אלא גם לגבי התהליך המחשבתי שקדם לה. תהליך זה הוא המאפשר לראות בהבעת הרצון הנחרצת החלטה רציונלית שהיא תוצר של הפעלת שיקול דעת; זאת במובחן מהחלטה חפזת הנובעת מתשוקה או חשק רגעיים, חזקים ככל שיהיו. ואמנם, מתברר שמאפיינים אלה עולים ממרבית ההגדרות המילוניות של המושג "גמירת דעת".⁶⁸

⁶⁶ ודייקו: איני טוען שכעניין היסטורי הכללת יסוד זה נעשתה – על ידי פרופ' שלו או על ידי מי מהפוסקים שאימצו את הגדרתה – מתוך הכרה מודעת בחשיבותו של רכיב הרצון המגובש. טענתי אינה אלא שקבלתו והנצחתו של ביטוי זה בהגדרה אינה מקרית. היא נובעת מהכרה (קרוב לודאי בלתי מודעת) בכך שקשה לדבר על גמירת דעת מבלי להניח קיומו של רצון מגובש.

⁶⁷ ועוד קודם לכן בדין הישן – ראו בטקסט לה"ש 61.

⁶⁸ ראו, לדוגמה, את ההגדרה שמציע אתר "מעו"ט": "כוונת התקשרות מתוך רצון חופשי ולאחר שיקול דעת או כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים..." http://www.maot.co.il/lex3/glossary/g_1117.asp. השו': מילון אריאל המקיף (התשס"ז-2007), בעמ' 157: "גמר בדעתו – חשב ובא לידי החלטה"; רב מילים, לעיל ה"ש 63, כרך א', בעמ' 283: "גמר בדעתו: בא לידי החלטה, החליט סופית (לרוב לאחר התחבטות והתלבטות)". ראו גם אליעזר בן-יהודה, מילון השפה העברית הישנה והחדשה (מהדורה שנייה, התש"ח-1948), כרך שני, בעמ' 804, המביא מנוסח המסורה (מנוה"מ, מו) את הציטוט הבא להמחשת השימוש בדיבור "גמר בדעתו": "לאחר זמן גמר רב ספרא בדעתו ליטול שמונה וכו' וגם הקונה גמר בדעתו ליתן עשרה". וראוי להזכיר גם את השימוש הנרדף במקורותינו בדיבור "גמר בליבו", המוגדר על ידי בן-יהודה כ"החליט כך או כך" ומודגם בהקשר להחלטה הנחרצת המיוחסת למי שקונה ירקות בשוק: "הלוקח ירק מן השוק הרי זה בורר כל היום ואינו חושש; משגמר בליבו הרי זה אסור להחזיר" (תוספתא דמאי ד' א') (וכן לעניין המבחן האובייקטיבי של גמירת-הדעת או גמירת-הלב: "גמר בליבו צריך שיוציא בשפתיו" (שבוע' כו)).

ב. הנתונים הנשקלים בתהליך גמירת הדעת

החלטה שקולה ורציונלית אינה יכולה להתקבל בלא מודעות לנתונים הרלבנטיים לקבלתה. מהם נתונים אלה? גמירת דעת אינה מחייבת תשומת לב לכל פרט רלבנטי, שהרי שום החלטה אינה מתקבלת בתנאים של מידע מלא לגמרי. נראה אפוא שמדובר בעניין של מידה ודרגה. עם זאת, דומני שניתן להסכים שגמירת דעת לא תתגבש אלא מתוך מודעות של המחליט להשלכות ההחלטה על האינטרס העצמי של המחליט – לפחות אלה המיידיות, הברורות והחשובות ביותר. מבלי להיות מודע להשלכות אלה – בפועל או לפחות בכוח – לא ניתן לראות בשום החלטה, הסכמה או התחייבות כאלה שהתקבלו או ניתנו באופן מושכל ומתוך שיקול דעת.⁶⁹

לטעמי, מושג הרצון המגובש קולע בדיוק לנקודה זו. כפי שכבר צוין, חוזקו של "רצון מגובש" נובע מהיותו קונקרטי, קרי בעל צורה ותוכן מוגדרים. גיבושו של רצון מחייב אפוא מודעות של בעל הרצון לאותם נתונים שמהם נגזרות השלכותיה המיידיות והברורות ביותר של ההחלטה שאותה הוא מבקש לקבל.

ג. מן השדה הבלשני – אל ההקשר המשפטי

כיצד מיתרגמות תובנות אלה להקשר המשפטי-חוזי? נראה לי שהתשובה כאן פשוטה ואינטואיטיבית: במסגרת דיני הכריתה, גמירת הדעת מתייחסת למצבו התודעתי של כל אחד מהצדדים להתקשרות בעת שהביע את רצונו הנחרץ לכתובל עצמו בחוזה. כמבואר, מצב תודעתי זה מחייב מודעות – בפועל או בכוח – להשלכות המיידיות, הברורות והחשובות ביותר של ההתחייבות החוזית. למעשה, כבר בפרשת רבינאי עמד על כך השופט ברק, באמרו:

גמירת דעת להתקשר בחוזה... פירושה הנכון הוא גילוי כוונה רצינית

להתקשר בחוזה והבנת התוצאות המשפטיות הנובעות מכך.⁷⁰

אך מהן אותן השלכות מיידיות, ברורות וחשובות שעל האדם הגומר בדעתו להכיר ולהבין אם לא אלה הנגזרות מנתוני העסקה המהותיים ביותר? פרטים אלה – זהות המתקשרים, סוג העסקה שבה הצדדים מבקשים לקשור עצמם (לרבות תיאור בסיסי של הנכס או השירות מושא העסקה) וכן התמורה העיקרית שמקבל כל צד בגין ביצוע חלקו בהסכם – מגדירים את בסיס העסקה ולכן גם מכתיבים את כדאיות ההתקשרות בה עבור כל אחד מהצדדים. בלי נגישות ומודעות לפרטים מהותיים אלה שום אדם סביר, בנעלי כל אחד מהצדדים לעסקה הנדונה, אינו יכול לגבש תמונה באשר לכדאיותה של העסקה.⁷¹ כדאיות זו נגזרת בתורה ממערך הנטלים והתועלות העיקריים הכרוכים בביצוע ההסכם. בהעדרה של תמונה כזו לא יוכל הרצון להתגבש, ולא יוכל להתרחש תהליך השקילה, שהוא כאמור חיוני לכינונה של "גמירת דעת".

⁶⁹ מעניין בהקשר זה להצביע על האנלוגיה למושג ה"הסכמה מדעת", התובע מודעות סבירה של החולה להשלכות הטיפול הרפואי. לעניין זה ראו גם בה"ש 106 להלן.

⁷⁰ עניין רבינאי, לעיל ה"ש 14, בפ"ס 8. ציטוט זה מובא בפסק הדין כמובאה מדברי בית המשפט קמא.

⁷¹ מובן כי פרט יכול שיהיה מהותי ועיקרי מנקודת המבט של אחד הצדדים, אך לא מבחינת רעהו. כך, לדוגמה, עבור חברה להשכרת רכב צבעה של מכונית, הדגם הספציפי שלה או מבנה המכונית (מספר דלתות, כו') עשוי להיות בלתי מהותי. לעומת זאת, עבור הקונה פרטים אלה עשויים להיות משמעותיים ביותר (וכך גם להיפך). מחירו של ממכר, לעומת זאת, יהיה לרוב מהותי עבור שני הצדדים כאחד, שכן התועלת למקבל התשלום מוחזקת כזוהה או לפחות דומה מאוד לנטל הכספי שמוטל על הצד המשלם. השאלה כיצד קובע בית המשפט – או כיצד ראוי שיקבע – מהו פרט מהותי, ובנעליו של מי מופעל מבחן זה נראית לי סבוכה למדי, ולא אוכל למצותה כאן. עם זאת, אוכל לקבוע כי המבחן למהותיות חייב שיהיה מבחן של סבירות אובייקטיבית. ראו להלן, טקסט לה"ש 105-106.

תובנה זו זכתה בתמיכה שיפוטית ברורה בפרשת **בן חמו**.⁷² באותו עניין נשלל תוקפו החוזי של סיכום בדבר רכישת דירה (במסגרת ה"דיוור הציבורי") מן הטעם שהמשא ומתן הופסק בשלב מוקדם, שבו טרם נקבע מחיר הדירה. החלטה זו הצדיק השופט הנדל בנימוק הבא:

קיים קושי לראות בזכאים, כולל המנוחה, כמי שגמרו אומר בדעתם להיקשר בעסקה מבלי לדעת את שומת הבית ומחירו הסופי לאחר ההנחה. המשיבים לא גיבשו את תנאי הרכישה של הדירה ואת המחיר הנדרש עבורה בתקופת חייה של המנוחה. ... לאי גיבוש מחיר עבור הדירה קיימת נפקות... לא הייתה בידי המנוחה היכולת לבחון האם תשלום המחיר הוא אפשרי מבחינתה או כדאי.⁷³

בדברים אלה של בית המשפט מוצא אני הכרה משתמעת בתאוריה האנליטית שהוצגה לעיל.

4. המעגל נסגר: היסוד הקונקרטי משותף לשני יסודות החוזה

כאן אנו מגיעים, בשעה טובה, אל נקודת החיבור והעיגון בין המושג "גמירת דעת" לבין יסוד המסוימות: כידוע לכל בר-ביר, דרישת המסוימות מחייבת שהסכמת הצדדים תכלול פירוט מינימלי של קווי המתאר היסודיים של העסקה, ובלשון הפסיקה "הפרטים המהותיים והחיוניים".⁷⁴ לעיל ראינו שלא ניתן לגבש גמירת דעת מבלי שרצון זה יתאפיין, בין היתר, במודעות לפרטיה המהותיים ביותר של העסקה. המסקנה הבלתי נמנעת היא שקונקרטיזציה בדרגה מינימלית של ההחלטה להתקשר בחוזה – כך שזו תשקף את פרטיה החשובים ביותר של העסקה – היא תנאי חיוני לשם כינון של המסוימות ושל גמירת הדעת כאחת.

בשולי הדברים, הערה המוקדשת לחובבי הבלשנות מבין הקוראים.⁷⁵ גם בלשן חובב, ואפילו מי שאינו בלשן אך העברית שגורה על פיו, יוכל לזהות בנקל את העובדה ששורשה של המילה "מסוימות" ("ס.י.מ.") ושורש אחותה, ה"גמירה" ("ג.מ.ר."), שורשים נרדפים הם.⁷⁶ אמת, נכון הדבר כי בשפתנו המודרנית קנה לעצמו הדיבור "מסוים" מובן שונה מן המובן שאנו מייחסים לפועל "סיים" או לפעולת ה"סיום" (במובן של גמירה). אלא שעיון בשורשי האטימולוגיים של הדיבור "מסוים" חושף קשר סמנטי עמוק בין "מסוים" במובן של ספציפי ומוגדר לבין "מסוים" במובן של גמור וסופי: דבר "מסוים" אינו אלא דבר שנגמרה המלאכה של סימון ותיחום גבוליו, ובתוך כך של הגדרת מהותו ותוכנו המדויק. ה"מסוים" הוא דבר (ויהא זה נכס פיזי או מושג מופשט) שהתקיים

⁷² לעיל ה"ש 22.

⁷³ שם, בפס' 5 ו-7. ביטוי מסוים לאותה תובנה ניתן גם בפרשה אחרת, שבה אגב דיון בסוגיית המסוימות נאמר: "השטח המבונה המותר הוא פרט חיוני בעסקה, ובלעדיו קשה לבחון עד כמה היא כדאית מבחינת הנתבעים." ת"א (ת"א) 4827-02-16 **דנינו נ' טרקוטה אופקים תעשיות חרס בע"מ** (1.11.18), בעמ' 11. הגם שהדיון נעשה במסגרת בחינת המסוימות, הנימוק להעדרה של המסוימות נוגע בצורך לבסס הבנה – אצל בית המשפט (או אצל הצדדים עצמם) – באשר לכדאיותה של העסקה מבחינת כל אחד מהצדדים לה.

⁷⁴ "דרישת המסוימות היא הדרישה, כי ההסכם בין הצדדים יכלול את כל הפרטים המהותיים, החיוניים להתקשרות ביניהם." שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" **משפטים** כ"א 33, 41 (תשנ"א); "על הצדדים לכלול בהסכם את כל הנתונים המהותיים, החיוניים להתקשרות." "שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ' 169. בפסיקה ראו לדוגמה: עניין **דור אנרגיה**, לעיל ה"ש 22, בפס' 15: "על-מנת שיתקיים בהסכם יסוד המסוימות, יש צורך בקיום הסכמה על הפרטים החיוניים לעסקה."; וכן, בדומה: פרשת **תמגור**, לעיל ה"ש 22, בפס' 10; דנ"א 5488/13 **רוזנברג נ' סבן**, פס' 14 (24.11.2013): "יסוד המסוימות מתקיים אם ניתן להסיק ממכלול הנסיבות כי חל מפגש רצונות ביחס לתנאים המהותיים והחיוניים של העסקה."; ע"א 2821/90 **שומרוני נ' רוזנבלום**, פ"ד מז(1) 201, פס' 7 (1993).

⁷⁵ פסקה זו מוקדשת לאבי היקר, חגי, שהקדיש שנים רבות מחייו למחקר הבלשני של השפות השמיות, להוראת הלשון, הדקדוק והספרות העברית, וכן להוראה ולמחקר של ספר התנ"ך. מאמר זה הוא במידה ידועה תוצר של אהבת הבלשנות שהנחלת לי, אבא.

⁷⁶ הראשון להעמידני על קשר זה – שאודה כי נעלם ממני בתחילת הדרך – היה עורך הדין צביקה שוורץ, ששימש בשעתו עוזר המחקר שלי (ראו לעיל בהערת הפתיחה של המאמר). האשראי נתון לו במלואו בנקודה זו.

לגביו – והסתיים – תהליך של תיחום, הגדרה וסימון גבולות שרק בסופו (סיומו) יכול הדבר להפוך "מסוים".⁷⁷ היש רָאִיָה יפה מזו לנפלאותיה של השפה ולכוחה הרב – הנסתר לעתים מן העין – מקשר עמוק זה בין המסוימות לבין אחותה הבכירה, גמירת הדעת?⁷⁸

נסכם. הניתוח הסמנטי של הביטוי "גמירת דעת" בשפה העברית מלמד שמדובר במושג מורכב ורב פנים, הצופן בחובו לפחות שני היבטים. הראשון שבהם נוגע בסופיות ההחלטה להתחייב ומתבטא בדרישה להבעת רצון נחרצת. ההיבט השני נוגע לקונקרטיזציה של ההחלטה להתחייב ומתבטא בדרישה של מודעות למשמעויות המיידיות והעיקריות של ההחלטה הנחרצת.⁷⁹ בהעדרה של הסכמה מודעת שכזו אין אדם סביר יכול להיות מוחזק כמי שהבין, או כמי שהיה צריך להבין, עובר לנטילת ההתחייבות, את משמעותה. לכן, דעתו של אדם כזה אינה יכולה להיחשב "גמורה". כך גם בהקשר המשפטי, של יצירת החוזה: המימד הקונקרטי של הרצון יוצר חיבור טבוע ובלתי נמנע בין התנאי המשפטי של "גמירת דעת" לבין תנאי ה"מסוימות": שניהם כאחד דורשים הסכמה (אובייקטיבית-חיצונית) על הנושאים המהותיים ביותר של העסקה, כלומר הגדרה של אותם עניינים שאדם סביר בנעליהם של הצדדים אינו יכול להיחשב כמי שהבין את משמעות העסקה שעשה מבלי להגדירם ולצייןם תחילה.⁸⁰

מתברר אם כן, שכאשר הכלילה גבראילה שלו בהגדרה החדשה שהציעה לגמירת הדעת את הביטוי "רצון מגובש", היא קלעה באופן מדויק להיבט סמנטי ייחודי הנעוץ עמוק במושג זה. בחירה מדויקת זו – בין שנעשתה במודע ובין אם לאו – מסבירה לדעתי את ההצלחה הסוחפת שנחלה ההגדרה החדשה, מבחינת המהירות וההיקף שבה הכתה שורש בשיח השיפוטי.⁸¹

5. הדגמת הטיעון

לשם המחשת הטיעון אציע לעיין בדוגמה הבאה. נניח כי במפגש בין שתי נשות עסקים פונה פלונית אל אלמונית במילים אלה: "הקשיבי, חשבתי על כך והחלטתי שאני מאוד מעוניינת לעשות אתך עסקים, ואני מוכנה להתחייב על כך שנעשה עסקים יחד." נניח עוד שעל פנייה זו של פלונית משיבה

⁷⁷ כך עולה מן האוצר הבלום (thesaurus) שחושף מילון אבן יהודה, לעיל ה"ש 68, כך שמייני, בעמ' 4022-4023, אשר בו נקבע כי המשמעות הראשונה והבסיסית של הפועל "סִים" אינה זו הנוהגת בשפתנו כיום (סיים במובן גמר) אלא זו: "שם ונתן דבר כדי להבדיל ולהכיר אותו, צִין וסָמָן". משמעות זו מדגים אבן-יהודה בסדרה של ציטוטים מן המקורות, שחלקם הניכר עוסק בסימון של מקרקעין, לצורך מכירתם התקפה, לדוגמה: "כל שדה ששָׁמִין אותה להקדש למכור אותה בדמיה מכריזין עליה... ומסיימין מצריה" (הוא, ערכין וחרמין 7 כז); וכן ראו: "ויש מי שאומר שכשם שהמוכר צריך לסיים הממכר ואם לא סיימו לא קנה, כך הוא הדין בנותן וכו', או שכתב לו כל נכסיי נתונים לך חוץ ממקצתם; הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואיזה דבר שלא נתן לו – לא חל הקניין על שום דבר" (לבוש, חו"מ מתנה רמא 7). עולה אפוא שגם במקורותינו הקדומים ממכר שלא סוים – או הסתיים – אינו ניתן להקניה – וזאת בהיעדר מסוימות!

⁷⁸ לסיום אביא כאן תגלית בלשנית אחרונה – לטעמי מרעיש לא פחות – העולה מן העיון במקורות. מתברר כי לא רק שקיים קשר סמנטי בין גמירה לבין סיום (במובן של סימון גבול והגדרה) אלא שהמושג "סיום" מופיע במקורות בצמידות למושג "דעת", ממש כשם שהמושג "גמירה" מופיע במקורות (ומשמש כיום, בדיני החוזים שלנו) בצמידות אל מושג זה. על כך מלמדות שתי דוגמות שהביא אבן יהודה במילונו, שם, בעמ' 4023: "רבי ירמיה בעי היה מסויים בדעתו כמי שהוא מסויים (ירוש', פאה ז א); "רבי יונה בעי ההך זית נטופה הואיל והוא מסויים על דעתיה דר' יוסי אפילו התחיל בו כמי שלא התחיל בו" (שם). עניינו הרואות שכשם שאדם מסיים ומגדיר נכס, כך הוא יכול לסיים (להגדיר ולתחום) את דעתו. אמרו מעתה: גמירת דעת – ומסוימות הדעת – היינו הך!

⁷⁹ כפי שראינו, בנוסף לשני רכיבים אלה, הנובעים במישרין מן המשמעות הסמנטית של המושג "גמירת דעת" בשפה העברית, דחסה הפסיקה אל תוך המושג "גמירת דעת" רכיב שלישי – הלא הוא מרכיב הכוונה המשפטית. ברם, מבחינה סמנטית הקשר בין יסוד זה לבין המושג גמירת דעת לבין רכיב זה נראה לי רופף למדי, שהרי מבחינה לשונית אין קושי לתאר כמי שגמר בדעתו גם אדם שהחליט החלטה נחרצת שאין לה כל נפקות משפטית. עובדה זו עשויה להסביר את התנגדותה הנחרצת של גבראילה שלו לראייתה של הכוונה המשפטית כחלק אינטגרלי של גמירת הדעת.

⁸⁰ ניתן לראות כי לשיטתי רכיב הרצון המגובש מחייב מבחן אובייקטיבי של סבירות. עניין זה מובהר ביתר פירוט להלן, בפרק ד.1.ג).

⁸¹ ראו לעיל ג.3.א).

אלמונית בזו הלשון: "מצוין, אם כך – העניין סגור". האם בפנינו חוזה? ביתר פירוט: האם בפנינו הסכם המקיים את הדרישה לגמירת דעת ולמסוימות?

בהעדרה של היכרות מוקדמת בין פלונית ואלמונית או ידיעה שלהן האחת על טיב עסקיה של השנייה, דומה שהתשובה חייבת להיות שלילית. אמנם לכאורה בפנינו מפגש רצונות המשקף במבט ראשון את סופיותה של החלטת הצדדים להיכנס לקשר עסקי – ולכן מעיד על רכיב הנחרצות. קיימת לכאורה גם העדה משתמעת על כוונה משפטית, שהרי עסקים נעשים לרוב במסגרתם של חוזים.⁸² חרף כך, קרוב לודאי שהסכם מעין זה לא ייאכף בשיטת המשפט שלנו. שני טעמים לדבר. ראשית, הצעתה של פלונית אינה מסוימת: אין היא כוללת התייחסות, ולו מינימלית, לקווי המתאר של אותם "עסקים" שפלונית רואה לנגד עיניה. במילים אחרות: היא אינה משקפת את פרטיה המהותיים של עסקה קונקרטית שאותה ביקשו פלונית ואלמונית לרקום ביניהן שעה שהסכימו, לכאורה באופן החלטי ונחרץ, "לעשות עסקים".

אלא שהעדר המסוימות, קרי העדרה של התייחסות מינימלית לפרטי אותם "עסקים" שהצדדים ראו לנגד עיניהם בהביעם את רצונם להתחייב הדדית שולל גם את גמירת דעתם. זאת, לא משום שכוונת ההתקשרות של פלונית ואלמונית אינה נחרצת דיה, ולא משום שהצדדים לא ביקשו ליתן להתחייבות הנדונה אופי משפטי, אלא משום שרצונם אינו יכול להיחשב "רצון מגובש". מכיוון שכך, לשיטתי, אפילו נניח שפלונית ואלמונית ביטאו בבירור את רצונן להיות כבולות משפטית בהסכם לעשיית עסקים, אין גילוי דעת זה מספיק כדי להעיד על "גמירת דעת" במובן שדיני החוזים מייחסים למושג זה.⁸³ הנה כי כן, העדרה של הסכמה על קווי המתאר הבסיסיים ביותר של העסקה שוללת בעת ובעונה אחת לא רק את המסוימות אלא גם את גמירת הדעת.

הבה נניח עתה, כי לפנייתה לאלמונית הוסיפה פלונית את רצונה למכור לאלמונית "מכונית". עתה הפכה הצהרתה הכללית של פלונית על רצונה "לעשות עסקים" עם אלמונית לבעלת גוון קונקרטי יותר. עליה משמעותית זו ברמת הפרטנות של הבעת הרצון נובעת מהתייחסות הצדדים לעניין הנראה מהותי ביותר (קביעת סוג העסקה ומושאיה) והיא מחזקת במידה משמעותית את רמת המסוימות של ההסכם. בד בבד, עליה זו ברמת הפירוט של העסקה מגדילה את האפשרות לראות בהסכם כזה המגלם גמירת דעת. מדוע? ראשית, משום שבעצם השימוש בביטוי "למכור", שהוא בעל קונוטציה משפטית ברורה, מתחזק רכיב ה"כוונה המשפטית". שנית, והוא עיקר, הבהרת מהות העסקה (מכירה-רכישה) מאפשרת עתה לשרטט בקווים כלליים את התוכן והמהות של מפגש הרצונות בין פלונית ואלמונית. אגב כך מתבהרים הנטל העיקרי שיוטל על פלונית מכוח ההסכם (העברת הבעלות במכונית) והתועלת העיקרית העתידה לצמוח לאלמונית מקיום העסקה (זכייה בבעלות על מכונית). כתוצאה מכך חל חיזוק ברמת הגיבוש של רצון הצדדים ולכן מתחזקת גם גמירת דעתם.

⁸² אם כי ייתכן גם שכוונת הצדדים היתה לעשות עסקים במסגרת מה שמכונה "הסכם שבכבוד". למעמד של הסכמים שבכבוד ראו גבריאלה שלו, "הסכמים גינטלמניים – שם זמני" **משפטים** לב 3 (התשס"ב).

⁸³ השאלה אם הסכמה להסכים בעתיד על פרטי המסוימות החסרים עשויה להיחשב מסוימת מספיק כשהיא עומדת לעצמה היא קושיה מעניינת שבירורה חורג ממאמר זה. מרבית שיטות המשפט נוטות שלא להעניק אכיפות להתחייבות כזו, משום שמסקנה אחרת פירושה שביטוי המשפט ייאלץ לכפות את ניהולם של משאים ומתנים. נראה שכפייה כזו מנוגדת לרציונלים המוסריים והכלכליים של דיני החוזים, וכי בתי המשפט יאותו להפעילה רק במקרים חריגים. אצלנו ניתן להשיג תוצאה כזו באמצעות מתן סעד מכוחו של סעיף 12 לחוק החוזים. בעניין זה ראו ע"א 8143/14 חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (2017).

חרף כך, גם בדוגמה זו קשה לייחס לצדדים גמירת דעת. הממכר ("מכונית") תואר בהסכם בקווים כלליים בלבד, בלא כל התייחסות לזהות ה"מכונית" או אפילו לסוגה. תיאור כללי כזה אינו מאפשר לקבוע שאדם סביר בנעילה של פלונית היה יכול להבין, ולו באופן מקורב, מהו הנטל הכלכלי הנובע מהסכמתה למכור "מכונית". מאותה סיבה לא ניתן גם לייחס לאלמונית מודעות בכוח לתועלת המיידית העשויה לצמוח לה מביצוע ההסכם.⁸⁴

יתר על כן, אפילו בהתעלם מקושי זה ניצב בפנינו קושי נוסף, הנובע מכך שלא סוכמה התמורה הכספית שתשולם לפלונית על ידי אלמונית (קרי המחיר). בהעדר התייחסות כלשהי למחיר שבו תימכר (ותירכש) מכוניתה של פלונית, רצונה הנחרץ למכרה – כמוהו כרצונה הנחרץ של אלמונית לרכשה – הוא רצון בלתי מגובש ולכן אינו יכול לבטא גמירת דעת. זאת משום שאותו רצון נחרץ להתחייב משפטית לא הועמד במבחן המודעות – מודעות בפועל או לפחות בכוח – לנטלים ולתועלות המידיים והעיקריים הכרוכים בביצוע ההסכם. בד בבד, חורצים פגמים אלה ברמת הקונקרטיים של ההסכם גם את דינו של יסוד המסוימות: בהעדרה של הסכמה על קווי המתאר הבסיסיים והמהותיים ביותר של עסקת המכר – ובהם זהות הממכר ומחירו – אין הסכם המכר עומד בדרישה זן.⁸⁵

אמרו אפוא: מאותו טעם עצמו – העדר הסכמה על הפרטים המהותיים של העסקה – לא מתקיימת בעסקה בין פלונית לאלמונית לא הדרישה למסוימות ולא הדרישה לגמירת דעת.⁸⁶

6. סיכום ביניים

המסקנות העיקריות העולות מהתאוריה שנפרשה בפרק זה הן אלה:

- (1) **גמירת דעת** במובנה השלם דורשת את התקיימותם במצטבר של שלושה רכיבים שונים: נחרצות (של הרצון לקיים את ההסדר המוסכם); כוונה משפטית (קרי רצון להיכבל משפטית להסדר המוסכם) ורצון מגובש.
- (2) **"רצון מגובש"** פירושו **רצון קונקרטי** במידה מינימלית.
- (3) רמת הקונקרטיים המינימלית הנדרשת לשם כינונו של "רצון מגובש" תתקיים כאשר רצונו של כל אחד מהמתקשרים מבטא את **מודעותו** (בפועל או בכוח) **ולכן גם את הסכמתו המשתמעת** לקווי המתאר הבסיסיים ביותר של העסקה שהצדדים ביקשו לרקום ביניהם, קרי הסכמה על **העניינים המהותיים** והחשובים ביותר בעסקה (להלן: **"פרטים מהותיים"**).
- (4) **פרט מהותי בעסקה** הוא עניין העשוי להשפיע **במישרין ובבירור** על **כדאיות העסקה** מבחינתו של כל אדם סביר שהיה נתון בנעליהם של המתקשרים.
- (5) **הסכמה על הפרטים (או העניינים) המהותיים** של עסקה נתונה היא **תנאי הכרחי הן לשם כינונה של גמירת דעת** (שלא תיכון בהעדר "רצון מגובש") **והן לשם כינונה של מסוימות**. הסכמה כזו היא **גם תנאי מספיק** למילוי אחר דרישת המסוימות.

⁸⁴ על קושי זה ניתן להתגבר כאשר אין ספק לגבי זהותה של המכונית שבה מדובר (בפרט כשאין מדובר בעסקת מקרקעין, שבה זהות הממכר חייבת לקבל ביטוי בכתב). מנגד, אם קיים ספק לגבי מושא החוזה (לדוגמה, משום שלאמונית מספר מכוניות העומדות למכירה) ימנע החסר השתכללות חוזה בין פלונית לאלמונית.

⁸⁵ לעניין זהות הנכס כמרכיב מהותי בעסקת מכר ראו לדוגמה את עניין **חוף התכלת**, לעיל ה"ש 1, בפס' 22; לעניין המחיר כפרט מהותי ראו לדוגמה: עניין **זימלר**, לעיל ה"ש 32, בפס' 10; עניין **רבינאי**, לעיל ה"ש 14, בפס' 7.

⁸⁶ להשפעת היעדרו של מחיר על המסוימות מזה ועל גמירת הדעת מזה ראו גם להלן ד.2(א)2.

הנה כי כן, מכוח הגדרתה של גמירת הדעת כ"רצון מגובש והחלטי להתקשר בחוזה", ועל פי הפירוש שהצעתי כאן לרכיב הרצון המגובש, נוצר קשר חזק, טבוע ובלתי נמנע בין דרישת המסוימות מזה לבין הדרישה לגמירת דעת מזה: קָזו כן זו תלויות בקיומה של הסכמה על פרטיה המהותיים ביותר של העסקה שאותה ראו הצדדים לנגד עיניהם בעת שהביעו את כוונתם המשפטית הנחרצת להתחייב בה.⁸⁷

⁸⁷ מתבקשת כאן הערת הבהרה: איני טוען כאן שמבחינה עיונית טהורה אין להעלות על הדעת פער כלשהו בין "מהותיות" של פרט בגדרה של גמירת הדעת (קרי, המהותיות הדרושה לשם גיבוש הרצון) לבין "מהותיות" של פרט לצורך עמידה בדרישת המסוימות. כך, לדוגמה, נראה שבגדרו של רכיב ה"רצון המגובש" המבחן למהותיות חייב להבחין מנקודת המבט של אנשים סבירים בנעלי הצדדים הספציפיים לסכסוך; זאת בשעה שבגדרי דרישת המסוימות ניתן להעלות על הדעת גם אפשרות אחרת (לדוגמה, מבחן כללי יותר שנקבע לפי סוג העסקה שבה מדובר). זאת ועוד, ניתן לגרוס כי בגדרי גמירת הדעת על מבחני המהותיות לשרת רציונלים "חוזיים" בלבד (לדוגמה, קידום חופש ההתקשרות או חופש העיצוב של הצדדים להסכם) בשעה שבגדרי המסוימות כדרישה עצמאית בית המשפט חופשי לשקול גם שיקולי מדיניות רחבים יותר (לדוגמה, שיקולים מוסדיים או שיקולי יעילות). עיון מעמיק באפשרויות אלה אינו אפשרי בגדרה של היריעה הנוכחית. אסתפק כאן בהערכה כי הגם שאין לשלול לחלוטין הבדלים עיוניים אלה, בפרקטיקה ספק רב אם יהיה להם ביטוי מעשי. ראשית, בפסיקה הובהר חזר ובהבהר שמהותיותו של פרט לעניינה של המסוימות נבחנת ונקבעת לאור הנסיבות הקונקרטיות של העסקה הנדונה, ולא באופן כללי או גורף (ראו להלן בה"ש 197), כך שההבדל הראשון מתבטל. שנית, הרטוריקה הרווחת בפסיקה העוסקת בדיני הכריתה נוטה להדגיש את משקלם של שיקולים חוזיים (פנימיים) וממעיתה "להקריבם" על מזבחם של שיקולים לבר-חוזיים סותרים, כך שגם ההבדל השני מצטמצם מאוד (לעניין זה ראו גם להלן בה"ש 203). שלישית, והוא עיקר: במושג "פרט מהותי" טבועה גמישות כה רבה, עד שספק אם בכוחן של הבחנות עיוניות דקות מעין אלה שהצעתי כאן להציב הגבלה של ממש על שיקול הדעת השיפוטי. בית משפט שמרן המבקש לצמצם במתן אכיפות להסכמים חסרים יוכל בנקל (במודע או שלא במודע) לייצר הרמוניה בין הממצא השיפוטי לעניין המסוימות כדרישה עצמאית לבין הממצא השיפוטי לעניינו של רכיב הרצון המגובש, באמצעות קביעה שבהעדר הסכמה על פרט מהותי נשללת גם גמירת הדעת (ולא רק המסוימות). סביר להניח שבית המשפט ייטה לעשות כן כדי להצניע את המתח בין עמדתו השמרנית לבין העמדה הליברלית, או בין הערך הלב-חוזי התומך בשלילת תוקף ההסכם לבין רצונם המשווער של הצדדים (לעניין זה ראו גם להלן בה"ש 106 ו-197).

ד. התייחסות לתאוריה – התנגדות ותמיכה

1. התנגדות לתאוריה: טיעון החיץ – הרעיוני והאנליטי

בשורות הבאות אבקש לדון בשתי התנגדויות שניתן לנסח כנגד התאוריה שהוצגה בפרק הקודם. ביסוד התנגדויות אפשריות אלה עומד מכנה משותף אחד: הכחשה עקרונית של הטענה לקיומו של בסיס משותף – מושגי או רעיוני – לשני יסודות החוזה.

א. טיעון החיץ הרעיוני: חופש התקשרות מול חופש עיצוב
הבסיס הברור ביותר לטיעון החיץ הרעיוני מצוי במאמרו של מיגל דויטש, שעסק בהרחבה ובעמקות בדרישת המסוימות בחוזים עסקיים.⁸⁸

במאמר זה ניסה המחבר להציע הבחנה ברורה בין יסוד גמירת הדעת לבין יסוד המסוימות. לשיטתו, בעוד שגמירת הדעת עוסקת בשאלה כיצד מתחייבים, המסוימות עוסקת בשאלה על מה מתחייבים. יתר על כן: לשיטתו של דויטש קיים בין היסודות "מתח טבעי". חרף היותם מעידים לעתים האחד על השני, מדובר ביסודות עצמאיים ונפרדים מבחינה עיונית ורעיונית. כל אחד משניהם מבטא פן אחר של עקרון חופש החוזים: הדרישה לגמירת דעת מבטאת את חופש ההתקשרות, ואילו דרישת המסוימות מבטאת את חופש העיצוב. ביתר פירוט: גמירת הדעת מבטיחה כי הצדדים לא ייפבלו בחוזה אלא אם הביעו את רצונם הברור בכך, והיא מחייבת אותם לקיים התחייבויות שנטלו מתוך רצון כזה; ואילו המסוימות מבטיחה כי הצדדים יוכלו לעצב את תוכן החוזה כרצונם, ויהיו חופשיים מפני התערבות שיפוטית מופרזת בתוכנו.⁸⁹

מדברים אלה משתמעת התנגדות לתאוריה המוצעת במאמר זה. טיעון החיץ הרעיוני שולל (במשתמע) את האפשרות שגמירת הדעת כוללת יסוד של קונקרטיות, שעניינו בתוכן ההסכמה. בתפיסה זו, גמירת הדעת אינה עוסקת כלל בשאלת הקונקרטיות של הרצון, אלא אך בשאלת נחרצותה של הכוונה המשפטית להתחייב. כוונה משפטית נחרצת לקשור קשר חוזי מחייב עשויה ללמד על גמירת דעת, אפילו היא כללית ואמורפית.⁹⁰

ב. טיעון החיץ האנליטי: ההיבט הסובייקטיבי מול ההיבט האובייקטיבי
טיעון חיץ אחר, שלא נוסח בספרות, אך מתיישב עם טיעון החיץ הרעיוני וכמו נמשך ממנו, עשוי לגרוס כי דרישות המסוימות וגמירת הדעת נבדלות אנליטית זו מזו משום שהן עוסקות בהיבטים שונים לחלוטין של רצון המתקשרים: גמירת הדעת מתמקדת בהיבט הסובייקטיבי של הרצון ומבקשת לברר (בסיוע מבחן אובייקטיבי)⁹¹ את מצבו הנפשי-חפצי של כל אחד מהצדדים. המסוימות, לעומת זאת, מתמקדת ביסוד אובייקטיבי לחלוטין: היא נוגעת אך ורק בתוכן ההסדר המוסכם, במנותק מהיסוד הפסיכולוגי-סובייקטיבי, קרי במנותק מיחסו החפצי של כל צד כלפי אותו הסדר מוסכם. בניסוח אחר, בעוד שגמירת הדעת מתמקדת ביחסו החפצי של הצדדים עצמם (הסובייקטים) אל יצירתם המשותפת, המסוימות מתמקדת ביצירה עצמה (האובייקט).

⁸⁸ דויטש, מסוימות, לעיל ה"ש 26. רמז ראשון לטיעון החיץ האנליטי מצוי גם במאמר מוקדם יותר של המחבר: מיגל דויטש "השלמת פרטים בחוזה מקרקעין" **עיוני משפט** ז' 248, 250 (1979).

⁸⁹ שם, בעמ' 337-339.

⁹⁰ "כאשר הצדדים מצהירים בעליל כי ההתקשרות הושלמה, כך שהתקיים יסוד גמירות-הדעת, אך יסוד המסוימות נמצא בלתי-מסופק... נאלץ הדין לומר לצדדים כי חפצם בחוזה לא התממש, שכן, אין הדין יודע באיזה חוזה חפצו." שם, בעמ' 338 [ההדגשה במקור].

⁹¹ ראו לדוגמה בה"ש 52.

אם טענה זו נכונה, הרי שלא קיים קשר מושגי טבוע בין שני יסודות החוזה. גמירת הדעת אינה מתעניינת כלל ביסוד הקונקרטי, המגולם בדרישת המסוימות, אלא ככל שיש בו כדי ללמד על היסוד החפצי-סובייקטיבי האמור. הקשר בין היסודות, ככל שהוא קיים, הוא בעל אופי ראיתי-קונטינגנטי. קשר זה עשוי להתקיים, לדוגמה, במקרי גבול שבהם יחסם החפצי של הצדדים אל ההסכם (קרי גמירת דעתם) אינו ברור, אלא שהשקעתם המרובה בעיצוב פרטי העסקה (הנלמדת מרמת מסוימותה) תומכת במסקנה שביקשו לראות עצמם כבולים בחוזה. במצבים אלה רשאי בית המשפט להסתייע בהנחה שאין זה מדרכם של אנשים סבירים להשקיע השקעה מרובה בעיצוב פרטיו של הסכם שאין בכוונתם להתחייב על-פיו. ברם, בתפיסה זו אין מדובר בהעדה (אינדיקציה) ישירה המכוננת את גמירת הדעת עצמה, אלא בהעדה עקיפה (נסיבתית) בלבד. העדה כזו אינה תנאי הכרחי לשם שכלולה של גמירת הדעת, אף שהיא עשויה לעתים לסייע בהכרעה בשאלת התקיימותה (או אי-התקיימותה).

ביטוי נדיר להכרה שיפוטית בהבחנה העיונית שהצעתו כאן – בין ההיבט הסובייקטיבי להיבט האובייקטיבי של החוזה – מצאתי בפרשת **אברמוב**.⁹² באותה פרשה הביא השופט עציוני, בהסכמה, מדברי השופט בנימין הכהן, אשר בערכאה הראשונה אמר דברים אלה:

"השאלה המהותית אם משא ומתן הבשיל חוזה, דורשת תשובה בשני מישורים: הסובייקטיבי מחד והאובייקטיבי מאידך. במישור הסובייקטיבי אין חוזה אלא אם שני הצדדים סברו שגמרו; ואם סברו שהגמירו. במישור האובייקטיבי צריך שהגמירה כיסתה את הנושאים העיקריים לפחות."⁹³

ג. התייחסות לטיעוני החיץ – הרעיוני והאנליטי
אפתח ואומר כי שני טיעוני החיץ שהוצגו לעיל מחדדים הבחנות עיוניות חשובות ומסייעים בכך להבנת מורכבותם של דיני הכריתה. ברם, כפי שניתן לשער, את הטיעונים גופם אין לי אלא לדחות בשתי ידיים.

נפתח במישור הרעיוני. אם אכן – כפי שמצהירה הפסיקה שלנו מזה כשלושה עשורים – כוללת גמירת הדעת גם רכיב של רצון מגובש; ואם מקבלים את טענתי שרצון מגובש ורצון קונקרטי חד המה, הרי שהניסיון לנתק את הערך של חופש העיצוב מתוך יסוד גמירת הדעת – ולזהותה רק עם הערך בדבר חופש ההתקשרות – הוא ניסיון בלתי-צליל. באמצעה את רכיב ה"רצון המגובש" כחלק אינטגרלי מהגדרת המושג גמירת דעת, שברה הפסיקה למעשה את אותו החיץ שטיעון החיץ הרעיוני מבקש להציב בין גמירת הדעת לבין המסוימות. חיץ כזה היה קיים אמנם בדין הקודם, שהתבסס על המשפט המקובל האנגלי: מבחן הכוונה המשפטית עיגן אז את הערך בדבר חופש ההתקשרות, ומבחן הפרטים המהותיים – את הערך בדבר חופש עיצוב. אלא שבדין החדש, שנטש מושגים אלה והמיר את מבחן הכוונה המשפטית במושג גמירת דעת, מן הנמנע היה לשמר הפרדה מושגית ורעיונית כזאת.

⁹² לעיל ה"ש 61.

⁹³ שם, בעמ' 503. השופט עציוני ביקש להבהיר כי "סברת הצדדים" שגמרו" משמעותה – ששני הצדדים ראו את עצמם כקשורים בהסכם מחייב."

אמרו מעתה, בניגוד למה שטיעון החיץ הרעיוני מנסה לצייר, בפועל אין קיימת בדין החוזים הפרדה רעיונית חדה ומוחלטת בין יסוד המסוימות לבין יסוד גמירת הדעת. מאחר שהיסודות מקיימים ביניהם חפיפה מושגית-אנליטית (שמקורה ברכיב הרצון המגובש), הם מקיימים ביניהם גם חפיפה רעיונית.

אמת, עד לכתיבת שורות אלה לא עסקו הפסיקה והספרות בטיבו של רכיב הרצון המגובש, שאותו אימצה הפסיקה באופן סוחף אל תוך הגדרת המושג "גמירת דעת", ולא בחנו את תכליתו. ברם, כפי שממחיש המחקר האמפירי שממצאו יוצגו בפרק ה', האופן שבו מיושמת הדרישה לגמירת דעת בפועל תומך במסקנה שפוסקות ופוסקים אכן רואים ברצון מגובש רכיב מכונן של גמירת דעת ולא רק אינדיקציה ראייתית העשויה ללמד לעתים על התקיימות שני רכיביה האחרים (כוונה משפטית ונחרצות). גם ממצא אמפירי זה תומך בטענה כי גמירת הדעת והמסוימות חולקים בסיס רעיוני משותף: הגנה על הערך בדבר חופש עיצוב, ועל התכליות החברתיות הנוספות ששמירה על חופש עיצוב עשויה לקדם.⁹⁴

קריסת החיץ הרעיוני בין יסודות החוזה גוררת גם את קריסת החץ האנליטי ביניהם. אם אכן גמירת הדעת אינה מסתפקת בקיומה של כוונה פנימית סובייקטיבית של הצדדים להתחייב משפטית זה כלפי זה באופן סופי ונחרץ אלא תובעת גם כי רצון זה יהיה מגובש, הרי שהיא כוללת בחובה, בצד יסודותיה הסובייקטיביים, גם יסוד נפרד, אובייקטיבי. כפי שכבר ציינתי אגב הדיון במשמעותו ותוכנו של יסוד זה, התקיימותו תלויה בהסכמה על אותם עניינים מהותיים שכל אדם סביר בנעלי הצדדים היה חייב להיות מודע אליהם כדי להבין את משמעותה הכלכלית של התחייבותו.⁹⁵ פירוש הדבר הוא שהמבחן להתקיימותו של רכיב הרצון המגובש הוא מבחן אובייקטיבי, המשיב על שאלת גיבוש הרצון מנקודת מבט חיצונית לצדדים עצמם, ולא מנקודת מבטם הסובייקטיבית.

ולא בכדי: אימוץ מבחן סובייקטיבי בהקשר זה היה עלול לסכל את תכליותיו של רכיב הרצון המגובש. תכליות אלה עניינן במניעת מצב שבו שיטת המשפט תימצא כופה על אדם קשר חוזי מבלי שאותו אדם יכול היה, כאדם סביר, להבין את משמעות העסקה שאלה נכנס (שכן פרטיה המהותיים של העסקה טרם נקבעו במעמד יצירת ההתחייבות). כפייה כזו אינה מתיישבת עם ערך היסוד בדבר חופש העיצוב. לעומת זאת, מבחן אובייקטיבי מאפשר לבית המשפט להגן על הצדדים מפני החלטה פזיזה שלהם עצמם להיכבל משפטית מבלי לתת את הדעת לנטלים ולתועלות הנראים לבית המשפט (ולא לצדדים עצמם!) כנטלים וכתועלות הבסיסיים ביותר הכרוכים בביצוע ההסכם.⁹⁶ אגב כך נמנע מצב בלתי רצוי שבו בית המשפט נדרש 'לכרות חוזה עבור הצדדים', תוך פגיעה קשה בחופש העיצוב שלהם, רק משום שהצדדים עצמם סברו (סובייקטיבית) שרצונם היה מגובש דיו (או משום שהניחו שאין הכרח שיהיה מגובש לשם יצירת החוזה).

שנית, המבחן האובייקטיבי מאפשר לבית המשפט לשלול תוקף חוזי מהסכם שרמת הפירוט שלו נמוכה מכדי להצדיק השקעה חברתית בהשלמתו ובאכיפתו. זאת, בין משיקולי הכוונה

⁹⁴ לעיון במגוון תכליותיה ובהצדקותיה של דרישת המסוימות ראו במאמרי הנ"ל בה"ש 4, בפרק ד.2. תכליות אלה חופפות מטבע הדברים את תכליותיו של רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת, שכפי שנטען בפרק הקודם חופף מהותית את יסוד המסוימות.

⁹⁵ לעיל בטקסט לה"ש 71.

⁹⁶ זוהי תכלית פטרנליסטית. לדיון קלסי במעמדם של שיקולים פטרנליסטיים במסגרתו של דין החוזים ראו: Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, 84 Virginia L. Rev. 229 (1998).

התנהגות של מתקשרים עתידיים, ובין מטעמים מוסדיים כגון מניעת התדיינות וחסכון בזמן שיפוטי. בניגוד לתכליות הקודמות, המקדמות אינטרסים "פנימיים" של הצדדים הקונקרטיים להסכם, כאן ענייננו בשיקולים חברתיים רחבים יותר.⁹⁷

כדי לממש תכליות אלה ולהבטיח כי הדרישה לגמירת דעת אכן מתקיימת במלואה, מן ההכרח שההכרעה בשאלת קיומו של "רצון מגובש" תופקד בידי בית המשפט. לשם כך דרוש, מטבע הדברים, מבחן אובייקטיבי, שתוצאות יישומו אינן מוכתבות על פי עמדתם ורצונותיהם של הצדדים. מאותם טעמים ממש אין גם להעלות על הדעת מבחן סובייקטיבי טהור לבחינת התקיימותה של דרישת המסוימות: מאחר שגם דרישה זו מיועדת לשמר מידה מזערית של חופש עיצוב בידי הצדדים עצמם ולמנוע מצב של כפיית קשר חוזי על צדדים שלא יכלו להבין את משמעותה הכלכלית של העסקה שעשו, גם בהקשר אליה מתבקש אימוצו של מבחן אובייקטיבי.⁹⁸ ואמנם, אף שהנושא טרם נדון בפסיקה, קיימים רמזים לתמיכה הלכתית בסברה שמבחנה של המסוימות הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי.⁹⁹

כאן יש לדייק ולחדד הבחנה חשובה: כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים להתקשרות היא רלבנטית, ואף מכרעת, במסגרת בדיקת שני יסודות המשנה האחרים של גמירת הדעת – רכיב הכוונה המשפטית ורכיב הנחרצות. בעניינים אלה כוונתם הסובייקטיבית (המשותפת) של הצדדים היא ורק היא שתכריע, ובית המשפט מנוע מלהפעיל מבחן שאינו מתיישב עם כוונה זו (כפי שהיא משתקפת בהצהרת הרצון החיצונית של הצדדים זה כלפי זה).¹⁰⁰ הטעם הענייני לכך הוא שאימוץ מבחן אובייקטיבי עלול להביא לפגיעה קשה ובלתי מידתית בחופש ההתקשרות של הצדדים (שהוא גם זכות חוקתית) ובמושכל היסוד הבסיסי ביותר של דין החוזים – שהסכם לא יוכר כחוזה אלא אם הצדדים הנוגעים בדבר הביעו את רצונם בכך.

לא זו אף זאת: כוונתם הסובייקטיבית (המשותפת) של הצדדים להתקשרות היא רלבנטית וחשובה גם בעת ההכרעה בשאלה מהו סוג העסקה שבה ביקשו הצדדים להתקשר. אכן, כל עוד הצדדים פועלים בגבולות האפשר על פי הדין, סוג העסקה שהם מבקשים לכרות נתון באופן בלעדי לבחירתם, ובחירה זו מחייבת את בית המשפט. מסקנה זו נובעת אף היא מן הזכות לחופש התקשרות. גם כאן חולש המימד הסובייקטיבי ומכתיב את התוצאה.¹⁰¹

⁹⁷ ההבחנה בין הרציונלים ה"פנימיים" של דרישת המסוימות לבין הרציונלים ה"חיצוניים" שלה נדונה במאמרי הנ"ל בה"ש 4, בפרק ד.2.

⁹⁸ הגיונו של המבחן האובייקטיבי והטעמים השוללים אימוץ מבחן סובייקטיבי בהקשר לדרישת המסוימות נדונים בהרחבה במאמרי הנ"ל בה"ש 4, בפרק ד.3. דיון זה ישים באותה מידה לרכיב ה"רצון המגובש" בגדרה של גמירת הדעת, שכמבואר לעיל מקיים חפיפה מהותית עם יסוד המסוימות.

⁹⁹ התמיכה הברורה ביותר בטענתי זו נמצאה לי בדברי השופט דניצ'גר בעניין **שבתאי**, לעיל ה"ש 22: "יסוד גמירת הדעת איננו נבחן על פי תחושותיהם הסובייקטיביות של הצדדים והוא נלמד על פי מבחן חיצוני של הצהרה... באופן דומה בוחן בית המשפט האם מתקיים יסוד המסוימות... מבחן אשר מחיל אמות מידה אובייקטיביות... (שם, בפס" 36). ראו גם את דברי השופט בך בע"א 536/89 **פז חברת נפט בע"מ נ' לויטין**, פ"ד מו(3) 617, פס" 6 (1989): "אף אחד מן הצדדים אינו טוען שלא היה בכוונתו להתקשר בחוזה מחייב עם הצד השני... עם זאת יודגש, שאין די בכך שהצדדים הצהירו שהיה בכוונתם להתקשר בחוזה כלשהו, אלא יש לבדוק, אם כוונת אלה לבשו צורה, כך שניתן יהיה להבין ממנה מהו אותו חוזה ומה משמעותו. כאמור, הדברים המובאים בהערה זו נאמרו בהקשר ליסוד המסוימות, אך הם יפים בה במידה לעניין רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת, אשר מאמר זה טוען לחפיפה בינו לבין יסוד המסוימות.

¹⁰⁰ לעיגונו בפסיקה של מבחן ההצהרה החיצונית, האובייקטיבית, שבו נעשה שימוש לשם איתור הכוונה הפנימית, הסובייקטיבית, ראו לעיל בה"ש 52.

¹⁰¹ כך, לדוגמה, לא יעלה על הדעת שרצונם (הברור) של הצדדים הוא להתקשר בחוזה שכירות, ובית המשפט יקשור ביניהם חוזה שאילה (או חוזה מכר) בניגוד לרצונם. לפרשה שבה התעורר ספק באשר לסיווג העסקה, ובית המשפט הבחיר כי כוונת הצדדים (האמיתית, העולה ממכלול הנסיבות ולא דווקא מלשון ההסכם) היא שתכריע ראו ע"א 347/90 **סודה-גל בע"מ נ' ספילמן**, פ"ד מז(3) 459 (1993).

על רקע דברים אלה מעניין לשוב ולבחון את דברי התמיכה השיפוטית בהבחנה בין היסוד הסובייקטיבי לבין היסוד האובייקטיבי של החוזה, שאותם הבאתי לעיל.¹⁰² ההבחנה האנליטית שהציע השופט בנימין כהן בין יסודות החוזה היתה אמנם מבריקה, אך אין היא בגדר "תנא דמסייע" לטיעון החיץ האנליטי (או הרעיוני). הטעם פשוט: הדברים נכתבו בהתייחס לדין הקודם, שחל טרם חקיקתו של חוק החוזים.¹⁰³ בתקופה זו ניתן היה בלא כל קושי ליצור הקבלה מושלמת בין ההבחנה האנליטית האמורה לבין שני המבחנים שנקבעו בדין הקודם כתנאים מצטברים לתוקפו החוזי של זכרון דברים: היסוד האובייקטיבי נתפס אז ברשתו של מבחן ההסכמה על הפרטים המהותיים, ואילו היסוד הסובייקטיבי נתפס ברשתו של מבחן הכוונה המשפטית.¹⁰⁴ ברם, לאחר חקיקת החוק השתנו פני הדברים: היסוד הסובייקטיבי נלכד עתה ברשתה של הדרישה לגמירת דעת, אך היסוד האובייקטיבי נלכד בשתי רשתות: רשתה של המסוימות, ורשתה של גמירת הדעת, אשר במובנה השלם כללה, בצד רכיביה הסובייקטיביים, רכיב אובייקטיבי של רצון מגובש. נסכם. רצונם הסובייקטיבי של הצדדים לכתוב עצמם במסגרתו של הסכם אכיף (קרי חוזה) הוא תנאי מוקדם להכרה בהסכם כחוזה. עם זאת, בשום שיטת משפט אין הוא יכול להיות תנאי מספיק. ההכרעה השיפוטית בשאלה אם בנסיבות נתונות נכרת חוזה היא לעולם שילוב של יסוד סובייקטיבי זה (המגולם ברכיבי הנחרצות והכוונה המשפטית) עם היסוד האובייקטיבי הנוגע לרמת הפירוט הנדרשת של העסקה.¹⁰⁵ טיעון החיץ האנליטי, כמוהו כטיעון החיץ הרעיוני, חייב להידחות, משום שגם גמירת הדעת, ממש כאחותה המסוימות, כוללת בתוכה – בצד רכיביה הסובייקטיביים – רכיב אובייקטיבי שאינו תלוי ברצון הצדדים, בכוונתם או בשאיפותיהם.¹⁰⁶

בויכוח על מושגים קשה "לנצח". כך הדבר בפרט כאשר מועלית תאוריה מושגית חדשה. אזכיר כאן אפוא, לסיום, רק שני מקורות נוספים המקשים על קבלת טיעוני החיץ שנבחנו לעיל. ראשית, טיעונים אלה אינם מתיישבים עם ההכרה המשתמעת הנרחבת יחסית של הפסיקה והספרות בעצמתם של קשרי הגומלין בין גמירת הדעת לבין המסוימות. אמנם, כפי שכבר נאמר, מרבית המקורות מכירים בקשרים אלה מבלי להתחייב על טיבם, עצמתם ושכיחותם, מה שמלמד במשתמע על הכרה בזיקה בעלת אופי ראייתי גרידא בין היסודות. ברם, כפי שאראה בחלקו השני של פרק זה,

¹⁰² בטקסט לה"ש 90.

¹⁰³ פסק הדין **אברמוב**, לעיל ה"ש 61, נפסק בשנת 1973, לפני כניסתו של חוק החוזים, הכריע בסכסוך שנדון בו על יסוד הדין הקודם, ואין בו אזכור כלשהו של המושגים "גמירת דעת" או "מסוימות".

¹⁰⁴ לעניין זה ראו גם לעיל בטקסט לה"ש 33-34.

¹⁰⁵ הדרישה לקונקרטיות מעוגנת בשיטות שונות במושגים שונים. לסקירה השוואתית ראו במאמרי הנ"ל בה"ש 4, בפרק ד.5. בצד דרישה זו קיימים גם תנאים נוספים לתקפם של חוזים, ובעיקר: כשרות משפטיות, עמידה בדרישות צורה ולבנטיות, וחוקיות (סעיפים 23 ו-30 לחוק החוזים).

¹⁰⁶ חרף כך, לעיתים עשוי בית המשפט להסתייע במבחן סובייקטיבי וזאת בין כמבחן עזר ראייתי (המסייע באיתור הסטנדרט האובייקטיבי) ובין כאמצעי רטורי, שנועד להקל על הצדקת הדין בפני המתדיין שטענתו נדחת תוך הסוואת הנימוק האובייקטיבי. שימוש מהסוג האחרון מודגם יפה בע"א 431/82 **חסיד נ' פרוזת**, פ"ד (לט) 456 (1985). באותו מקרה נעשה שימוש ברטוריקה סובייקטיבית כדי לדחות טענה של בעל מכרז ששתיקת המכרז לעניין מועד תחילת העבודה שללה את מסוימות ההסכם בינו לבין הזוכה במכרז. אף שבמבט ראשון עניין כזה נראה חשוב למדי, בית המשפט הסיק שם משתיקתו של בעל המכרז שהמועד לא היה מהותי מבחינתו הסובייקטיבית, ונימוק זה הצדיק את אכיפת ההסכם עליו. ספק אם רטוריקה סובייקטיבית כזו משקפת את הנימוק האמיתי של בית המשפט, שהיה נימוק מדיניות אובייקטיבי. השיקול היה ככל הנראה שגם בהעדר מועד לתחילת העבודה מתווה העסקה ברור למדי, ואי ההסכמה על מועד מדויק לתחילת העבודות אינה הופכת את רצון הצדדים לבלתי מגובש. בהעדר הסכמה אחרת עבודות במכרז אמורות להתחיל בתוך זמן סביר מהודעת הקיבול של בעל המכרז, כמצוותו של סעיף 41 לחוק החוזים, שבו נעשה שימוש בנסיבות הפרשה. בעזרת הרטוריקה הסובייקטיבית, בית המשפט בפרשת **חסיד** הטיל למעשה על בעל המכרז – הצד החזק שניסח את החוזה – את האחריות לתוצאה הבלתי רצויה מבחינתו, לאמור: "לו קבעת או רמזת לכך שמדובר בפרט מהותי מבחינתך, לא הייתי מהסס לאמץ את עמדתך; אך מכיוון ששתקת – אני מאמץ את עמדת יריבך." (השוו ליכלל הפירוש נגד הנסח).

קיימים בפסיקה ובספרות גם רמזים לא מעטים להכרה בזיקה חזקה יותר, טבועה או כמעט טבועה, בין היסודות. הכרה כזו אינה מתיישבת עם הסברה שבין היסודות קיים חיץ רעיוני ואנליטי חד וברור.

שנית, וחשוב מכך: גם ממצאי המחקר האמפירי שיוצג בפרק ה' אינם מתיישבים עם הנחת העצמאות ועם טיעוני החיץ הנגזרים ממנה. ממצאים אלה מצביעים על קיומו של קשר עמוק, טבוע וקבוע בין שני יסודותיו הפורמליים של החוזה.

2. רמזים להכרה בנכונות התאוריה

א. הערה לתכלית הדיון

למיטב ידיעתי, הספרות והפסיקה לא הכירו עדיין בקשר הסמנטי-אטימולוגי העמוק והקרוב שהאירה התאוריה האנליטית-פרשנית שהוצגה לעיל. פרט לאמירות אגב כלליות המושמעות חזר וְשָׁנָה,¹⁰⁷ אין למצוא אמירה הלכתית או אקדמית ברורה באשר לטיבם המדויק של קשרי הגומלין בין גמירת הדעת לבין המסוימות, מקורותיהם והשלכותיהם האפשריות. גם בספרות המשפטית שעסקה בדיני הכריתה – לא אחת בהרחבה ובעמקות – קשה למצוא דיון מעמיק ושיטתי בשאלה. כתוצאה מכך גם לא נשמע עד היום ערעור או הרהור רציני על ההנחה האורתודוקסית שלפיה גמירת הדעת והמסוימות הן דרישות נפרדות ועצמאיות. אם ישנו מכנה משותף לאמירות ולסברות השונות שהושמעו בסוגיה דנן, הריהו אי-הנכונות להתחייב על טיבו ואופיו המדויק של הקשר בין יסודות החוזה.

אף על פי כן, לשם העמדת התמונה השלמה ראוי להביא כאן כמה אמירות נדירות שמהן עולה הכרה גלויה באופיו החזק וההדוק של קשר הגומלין בין גמירת הדעת לבין המסוימות. העיון בביטויים אלה יפעל בשני כיוונים: ראשית, יהיה בו כדי ללמד שטענתי לקשר טבוע בין היסודות מהדהדת – אם גם במרוכך ובמרום – בדבריהם של פוסקים חדי-עין ועתירי נסיון (ובמידת מה גם בדברי מלומדים); שנית, הדיון יחדד את היחס בין העמדה העולה ממקורות אלה לבין התאוריה שפורש המאמר.

ב. הכרה מרומזת בקשר הטבוע בין יסודות החוזה – הפסיקה

כפי שכבר צוין, בשנים הראשונות לאחר חקיקת חוק החוזים, עשתה הפסיקה מאמץ ליצור הקבלה אנליטית בין שני התנאים החדשים שקבע החוק – גמירת הדעת והמסוימות – לבין התנאים שהוכרו בדין הקודם כתנאי לתוקפו של הסכם מוקדם (כוונה משפטית והסכמה על הפרטים המהותיים).¹⁰⁸ אף על פי כן, מרגע שנזרק לחלל האוויר המושג "גמירת דעת" בהקשר החוזי, כך נדמה, החלה משמעותו הסמנטית העמוקה מפעילה לחץ בכיוון הנגדי – זה של קירוב ומזיגה בינו לבין מושג המסוימות.¹⁰⁹

¹⁰⁷ ראו לעיל בטקסט לה"ש 22.

¹⁰⁸ ראו לעיל בטקסט לה"ש 33.

¹⁰⁹ המושג "גמירת דעת" הופיע בפסיקתו של בית המשפט העליון כבר בשנותיה הראשונות של המדינה, לרוב אגב דיון בתוקפן של צוואות. בהקשר זה השאלה הטיפוסית העומדת לדיון היא אם הצוואה שיקפה בעת יצירתה את גמירת דעתו של המצווה (המנוח). ראו לדוגמה ע"א 88/57 רוזנברג נ' קרמרז', פ"ד יב 1096, פסי' 10 (1958), שם כתב השופט זלמן שניאור חשין: "הכל מודים כי אין צוואה, אלא אם כן היתה גמירת-דעת, כלומר שהדברים נאמרו על ידי השכיב-מרע בכוונה להקנות לנהנה באמרי פיו את הדברים אשר ביקש לתת לו במתנה." המושג "גמירה" חדר גם לחקיקה האזרחית שלנו עם חקיקת חוק המכר וחוק המתנה, שעשו שימוש במושג "גמירת החוזה" כביטוי

בהקשר זה מעניין להצביע על סדרה של פסקי דין שניתנו בבית המשפט העליון זמן קצר לאחר שניתן פסק הדין המנחה בפרשת **זנדבנק**.¹¹⁰ בפסקי דין אלה, עוד בטרם יבש הדיו על ההגדרה שעוצבה שם לגמירת הדעת (ושזיהתה אותה עם כוונה משפטית), ניתן למצוא רגליים לסברה שקיומה של גמירת דעת (במובן של כוונה משפטית) מותנה בהסכמה על פרטיה המהותיים של העסקה. כך, לדוגמה, בפרשה אחת תיאר השופט ברנזון את הקשר האמיץ בין שני היסודות כך:

כדי שההסכם המוקדם ישמש עדות ראשונה לפחות על כוונה ליצור קשר חוזי מחייב, הוא צריך כגיל להכיל... את כל התנאים החיוניים לקיום חוזה מכר"... [העדרם של] **פרטים מהותיים וחשובים – יכול להעיד על העדר כוונה רצינית ליצור קשר מוגמר ומוחלט, כי אם להשאיר כל זאת**

למועד חתימת החוזה הסופי.¹¹¹

עולה מהדברים, שהמסוימות אמנם אינה זהה לגמירת הדעת, אך לרוב תהווה תנאי מוקדם לביסוס המסקנה בדבר קיומה של זו.¹¹²

הכרה בקשר החזק בין שני היסודות עולה בבהירות רבה עוד יותר מדברים שכתב השופט לנדוי בפרשת **פלוגי**.¹¹³ באותו עניין נדונה שאלת תוקפו של הסכם להינשא בין אישה יהודיה לבין גבר נוצרי. בהסכם לא קבעו הצדדים את המקום ואת האופן שבו יינשאו (טקס דתי, אזרחי, בישראל או מחוצה לה). השופט לנדוי קבע כי בהסכם הספציפי שבו דובר "הדרך שבה יבוצע הדבר הוא מרכיב חיוני של עצם ההסכם" והוסיף כי לדעתו "בלעדיו אין אותה גמירת-דעת, דהיינו דעה גמורה ביניהם, ואין אותה "הצעה מסוימת" הדרושה לפי סעיף 2 של החוק".¹¹⁴ עינינו הרואות, כי לשיטתו של לנדוי העדר הסכמה על פרט מהותי שוללת לא רק את המסוימות אלא גם – ואולי אף בראש ובראשונה – את גמירת הדעת.¹¹⁵

רמז נוסף להכרת הפסיקה המוקדמת בקשר ההדוק בין רמת הקונקרטיות של הסכמת הצדדים לבין גמירת דעתם מצינו בדברי השופט שמגר (כתוארו אז), אביר 'מבחן הכוונה המשפטית', בפרשה משנת 1978:

נרדף ל"כריתת החוזה" (סעיפים 9, 10 לחוק המכר, התשכ"ח-1968; סעיף 5 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968). ברם, השימוש במושג לתיאור מצב תודעתי של מתקשרים בחוזה השתמש רק לאחר חקיקת חוק החוזים.

לעיל ה"ש 11.

ע"א 471/76 **גויטע נ' וייס** פ"ד לא(2) 187, 189-190 (31.1.1977). פסק הדין נפסק אמנם על יסוד הדין הקודם, אך זאת בחלוף כארבע שנים מחקיקת החוק, כשהמושגים החדשים כבר היו מוכרים.

גם בעניין **פסטורנק**, לעיל ה"ש 15, (שאף הוא נפסק על יסוד הדין הקודם) נשלל תוקפו החוזי של זכרון דברים בשל כך שלא נכללו בו הפרטים המהותיים הדרושים. אף שהפסק אינו מתייחס במפורש לשאלת התקיימותו של יסוד הכוונה המשפטית, דברי השופט מני, שכתב את פסק הדין העיקרי, עשויים ללמד שלדעתו כוונה זו היתה פגומה כתוצאה מהעדר המסוימות של ההסכם: "כל אלה הם תנאים חשובים ועיקריים שהיו צריכים להיקבע על דעת שני הצדדים ובהעדר קביעה כזו, לא ניתן לומר בשום פנים ואופן כי אכן נקשר בין הצדדים הסכם גמור ומחייב למכירת החלקה." (שם, בעמ' 620).

ע"א 545/77 **פלוגי נ' פלוגית**, פ"ד לב(2) 393 (1978).

שם, בעמ' 398.

פסק הדין בעניין **פלוגי** הוא מעניין משום שניתן לראות בו גם ביטוי לעמדה שונה – זו המשקפת תפיסה צרה של גמירת הדעת, שאינה כוללת את רכיב הרצון המגובש. עמדה כזו עולה מפסק דינו של השופט לוי, שהצטרף לתוצאת פסק דינו של לנדוי מן הטעם של העדר מסוימות, אך ציין שהוא "מוכן להניח שבמקרה דנן היתה "גמירת-דעת" מצד המערער... לשאת את המשיבה" (עם זאת, הדבר לא נקבע כממצא החלטתי). יצוין, שהשופט לוי שב וביטא תפיסה צרה כזו של גמירת הדעת מקץ שנים רבות בע"א 2143/00 **לוי נ' שולר**, פ"ד נו(3) 193, פס" 4 (2003) שיידון להלן, בה"ש 190. להשלמת התמונה אזכיר כי בעניין **פלוגי** סבר השופט חיים כהן, בדעת מיעוט, שהפרט החסר אינו מהותי כלל ולכן קבע שמתקיימות בהסכם מסוימות וגמירת דעת כאחת. עמדתו, כמוה כעמדת השופט לנדוי, מתיישבת עם התאוריה שמציג מאמר זה. שתיקן ממחישות את האופן שבו אפילו בתקופה שבה שלט כיפה מבחן "כוונה המשפטית" כבר פעל את פועלו הקשר הטבוע בין יסודות החוזה והשפיע על התודעה השיפוטית בכיוון הנגדי לזה שסימנה פרשת **זנדבנק**.

השאלה המרכזית הניצבת לפנינו היא, כאמור, אם ניתן לראות בזכרונות-
הדברים שלפנינו הסכם מחייב אשר בו העלו הצדדים על הכתב את
מרכיביה החיוניים של עסקה במקרקעין... או שמא אין לפנינו אלא...
ראשי פרקים, המותירים נקודות בלתי מוסכמות ואשר אין בהם על-כן
ביטוי לגמירת-דעת... לא אחת ניתן להסיק על גמירת הדעת רק מן הנוסח
ומקיומם של המרכיבים החיוניים.¹¹⁶

דברים נכוחים אלה מבטאים היטב את הזרימה הטבעית בין רמת הקונקרטיות שבהסכם לבין
היכולת לזהות בו גמירת דעת. לא נותר לי אלא להסתייג מהנוסח הזהיר המתבטא במילים "לא
אחת": אם אכן נכונה התאוריה שהציג מאמר זה, הקשר המתואר על ידי השופט שמגר אינו רק
מצב בלתי נדיר, ואף אינו רק מצב שכיח: זהו מצב דברים קבוע וטבוע, המתקיים דרך קבע מכוח
הגדרתן של גמירת הדעת מזה ושל המסוימות מזה.¹¹⁷

ג. הכרה בעצמת הקשר בין יסודות החוזה – הספרות

1. הכרה באופיה הקונקרטי של גמירת הדעת

תמיכה מרומזת בתאוריה האנליטית שהצעתי במאמר זה מצאתי בדברים שכתבה אמה-הורחה של
ההגדרה המקובלת היום בפסיקה למושג גמירת-דעת – פרופ' גבריאלה שלו. ראשית, נזכיר כי שלו
ראתה לנכון לפתוח את ההגדרה במילים "רצון מגובש", וייתכן שיש בכך כדי ללמד במרומז על
הכרתה המשתמעת במרכזיותו של היסוד הקונקרטי. יתר על כן: בצמידות לנוסח ההגדרה שהציעה
מצאה פרופ' שלו לנכון להדגיש מאפיין נוסף המבדיל לדעתה בין גמירת הדעת לבין הכוונה ליצירת
יחסים משפטיים, והיוצר ביניהן ריחוק מושגי-אנליטי:

בניגוד לכוונה ליצור יחסים משפטיים שהיא מופשטת וכללית, גמירת

הדעת היא מוגדרת וצריכה להיות מכוונת להתקשרות מסוימת עם צד

מסוים.¹¹⁸

התמיכה המרומזת בתזה שמעמיד מאמר זה ניכרת כאן בשניים אלה: ראשית, הדברים
מבטאים הכרה ברורה בכך שמושאה של גמירת הדעת חייב להיות ספציפי, כלומר, קונקרטי ומוגדר.

¹¹⁶ עניין זימלר, לעיל ה"ש 32, בפס' 4. דברים ברוח דומה נאמרו על ידי השופט שמגר בפרשת **לנדמן**, לעיל ה"ש
שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת, בפס' 4: "לצורך בחינתה של שאלה זו, היינו אם הצדדים גמרו בדעתם לערוך
עסקה מחייבת, מן הנכון... לבדוק אם... הצדדים נתכוונו לכריתת חוזה, על כל יסודותיו ומשמעויותיו. לשם כך
יש לתת את הדעת לשאלה אם במסמך... כלולים כל היסודות החיוניים... אשר בלעדיהם אין המסמך הופך להסכם
מחייב." משתמעת מהדברים, לכאורה, העמדה שלפיה לא ניתן לגמור דעת בהעדרה של מסוימות.

¹¹⁷ הכרה ברורה בהכרחיות הקשר בין המסוימות לבין גמירת הדעת עולה גם מדברים שנאמרו בה"פ (מחוזי ת"א)
6751-03-16 **צדוק נ' כהנא** (4.4.18), בעמ' 11: "ברי, שבהעדר התייחסות לסוגיות מהותיות שהצדדים לא הסכימו
עליהם, לא ניתן לקבוע, שהצדדים אכן גמרו בדעתם להתקשר בהסכם מחייב והסכימו ביניהם על כל תנאיו."
טשטוש הגבולות בין המסוימות לבין גמירת הדעת הוכר גם מחוץ להקשר החוזי הטהור. לדוגמה, בהקשר לצוואה
(על-פה) של שכיר מרע, קבעה הפסיקה כי נדרשת הוכחה של גמירת דעת מצד המצווה. תוקפה של צוואה כזו נשלל
בעניין **חנוכה** (לעיל ה"ש 25) בשל העדר גמירת דעת, שנלמד בתורו מהעדר מסוימותה של הצוואה (מבחינת זהות
היורשים). שופט המיעוט, יעקב טירקל, סבר שהתקיימה גמירת דעת, משום שזהות היורש היתה ברורה, אך אגב
אורחא ציין שגמירת דעת עשויה להתקיים גם בהעדר מסוימות (ראו לעיל בה"ש 25). גם בהקשר להבטחה מינהלית
עמד בית המשפט העליון על הקרבה בין היסודות בצינו: "הבטחה שפרטיה אינם מגובשים ואין מוכחת מתוכה
כוונה לתת לה תוקף משפטי, לא ניתן לחייב את הרשות לקיימה. במקרה דנן... נותרה ה"הבטחה" בגדר הצהרת
כוונות בלבד. ניתן לומר שההבטחה חסרה "מסוימות" ולכן לא הגיעה לכלל "גמירות-דעת". ע"א 2019/92 **משרד
הבינוי והשיכון ואח' נ' זיסר**, פ"ד נב(3) 208, 221 (1998). כלומר: בהעדר מסוימות לא תיכון גמירת דעת גם
בהבטחה שלטונית חד-צדדית.

¹¹⁸ שלו, מהדורה 1, לעיל ה"ש 47, בעמ' 91; שלו, מהדורה 2, לעיל ה"ש 47, בעמ' 86; שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ'
160.

שנית, הגם שפרופ' שלו אינה מזהה במפורש את הרכיב הקונקרטי שבגמירת הדעת (קרי רכיב ה"רצון המגובש") עם יסוד המסוימות,¹¹⁹ סבורני שאין מרחק רב בין עמדתה לבין טענתי כי הרכיב הקונקרטי בגמירת הדעת חופף את יסוד המסוימות. אכן, באיזה מובן יכולה התקשרות להיות "התקשרות מסוימת", אם לא במובן זה שפרטיה הבסיסיים ביותר כבר הוגדרו ונקבעו בידי המתקשרים?

מעניין להעיר, שזרימה זו, הנראית לי טבעית, מן ההכרה ברובד הקונקרטי של גמירת הדעת לעבר ההכרה המתבקשת בחפיפה בינה לבין יסוד המסוימות, לא זוהתה בפסיקה ובספרות. זאת, חרף כך שפסקה זו מופיעה בצמוד להגדרה המוכרת, ואף צוטטה כלשונה בעשרות הזדמנויות.¹²⁰ יוצא מכלל זה מקרה אחד, שבו כתב השופט אור דברים אלה:

הכוונה [במושג גמירת-דעת] אינה לרצון מופשט להיקשר בהסכם כלשהו.

נדרשת כוונה להיקשר בהסכם מוגדר, בתנאים מוגדרים, עם צד

מסוים.¹²¹

דברים אלה ובפרט צמד המילים "בתנאים מוגדרים", מבליעים הכרה בכך שהקונקרטיות של גמירת הדעת מתבטאת לא רק בהיותה מכוונת לעסקה ספציפית (קונקרטיות במובן החלש), אלא בהיותה מכוונת לעסקה מגובשת (קונקרטיות במובן החזק). לסיכום, אם לא בדברי שלו עצמם, הרי לפחות בדברי השופט אור שפירשם, ישנה לדעתי הכרה משתמעת ועם זאת ברורה בקשר הטבוע בין יסודות החוזה.

באחרונה ראתה אור מהדורה חדשה, רביעית, של החיבור המונומנטלי "דיני חוזים".¹²² שמחתי לראות כי במהדורה זו, בעקבות שיח שקיימתי עם המחברים, אומצה העמדה שלפיה קיים קשר חזק ביותר, שכמעט אינו ניתן לניתוק, בין יסודות החוזה. העמדה המובעת כעת היא שהעדרו של פרט מהותי שולל לא רק את המסוימות אלא פוגם בראש ובראשונה בגמירת הדעת.¹²³ ניתן גם ביטוי מפורש להבנה – העומדת ביסוד התאוריה שהצגתי – שההפרדה העיונית בין החופש להתקשר בחוזה לבין החופש לעצבו קשה ליישום. זאת מכיוון שרצון מגובש להתקשר בחוזה אינו יכול להיווצר ללא מודעות לתוכנה של העסקה המתהווה.¹²⁴

2. הכרה בהעדר מחיר כפגם בגמירת הדעת

בחיבורם החשוב על דין החוזים קבעו דניאל פרידמן ונילי כהן, שחרף קשרי הגומלין בין המסוימות לבין גמירת הדעת, מדובר ביסודות נפרדים.¹²⁵ ברם במקום אחד בספרם ציינו המחברים – מבלי

¹¹⁹ לכאורה, היסוד הקונקרטי מתבטא, לשיטתה של שלו, רק בכך שכוונת הצדדים להתקשר בחוזה אינה אמורפית וכללית אלא מכוונת אל עסקה ספציפית ("התקשרות מסוימת עם צד מסוים").

¹²⁰ לפי בדיקה במאגר נבו, מדובר בשבעים ושלושה אזכורים, שלושה מתוכם בבית המשפט העליון.

¹²¹ ע"א 5997/92 מלך נ' מנהל עיזבון הרב דויטש פ"ד נא(5) 1, פס' 10 (1997). דבריו של השופט אור צוטטו לאחרונה, כלשונם, בת"א (מחוזי-י-ס) 35587-03-15 צעירי אגודת חב"ד נ' מנהל עיזבון המנוח אגיאיר, פס' 15 (4.11.2018).

¹²² שלו וצמח, לעיל ה"ש 22.

¹²³ "חסרונו של עניין עיקרי לא גורע רק ממסוימות ההסכמה, אלא עשוי להעיד על כך שהצדדים לא גמרו בדעתם להתקשר בחוזה. אכן, ברוב המקרים קשה יהיה להניח קיומה של גמירת דעת אם הצדדים לא הסכימו בענייניו של נתון יסודי של העסקה. חסרונו של נתון כזה עשוי אפוא להכשיל את יצירת החוזה, בראש ובראשונה בשל העדר גמירת דעת... נראה שרק במקרים חריגים ייחשף נגוד בין דרישת גמירת הדעת ודרישת המסוימות במצב שבו חסר בהסכמה נתון מהותי... נטייתו הטבעית של בית המשפט... היא לתאר חסרונו של נתון מהותי בהסכמה כמעיד (גם) על העדר גמירת דעת." שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ' 181.

¹²⁴ שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ' 21: "במקרים רבים מתמזגים שני ההיבטים של חופש החוזים... רק לאחר התבוננות מקיפה בחוזה מסוים, על תוכנו ותניותיו, ניתן לקבוע את סוגו ולגבש רצון ההתקשרות".

¹²⁵ ראו לעיל בה"ש 22.

להרחיב או לבסס קביעה זו – כי בסוגיית ההסכמים המוקדמים "קשה לנתק בין היסוד של גמירת הדעת לבין זה של המסוימות. יסודות אלה שלובים וכרוכים וכמעט שאין להפריד ביניהם..."¹²⁶. זוהי ההכרה החזקה ביותר שאיתרתי בספרות או בפסיקה, בעצמת הקשר בין שני יסודות החוזה. למרבה הצער, אין המחברים מבארים טענה זו, ואינם מסבירים מדוע מוגבלת עצמתו של הקשר לסוגיית ההסכמים המוקדמים דווקא.

עם זאת, בסוגיה נקודתית אחרת עומדים המחברים ביתר הרחבה על הקשר בין גמירת הדעת למסוימות. אגב הדיון בשאלה, אם בהעדרו של מחיר מוסמך בית המשפט להשלימו באופן נורמטיבי, מעירים המחברים כי הגם ש"תיאורטית אפשר להשלים גם את יסוד המחיר... במקרים רבים יהיה קשה להניח כי הצדדים גמרו בדעתם לכרות חוזה, אם לא הסכימו על המחיר, שהוא אחד הפריטים המרכזיים של העסקה."¹²⁷

דברים אלה, אף שנוסחו בזהירות, מצביעים על כך שלפחות בהקשר לפרט מהותי כדוגמת המחיר, מכירים המחברים בקיומו של קשר טבוע והכרחי-כמעט בין שני יסודות החוזה: מקום שלא נקבע המחיר, ובהינתן שמדובר בפרט מהותי, תוטל בספק העמידה בשתי הדרישות גם יחד. אף שגם כאן אין המחברים מרחיבים את היריעה, את החסר תוכל להשלים בנקל התאוריה שהצעתי: מאחר שמחיר הוא פרט מהותי, קרי פרט שבהעדר הסכמה עליו קווי המתאר הבסיסיים של העסקה אינם ברורים כל צרכם, לא ניתן לקבוע שרצונם של הצדדים לעסקה נטולת המחיר הוא רצון מגובש. מכיוון שכך – בד בבד עם שלילתה של המסוימות נשללת גם גמירת הדעת.¹²⁸

דברים נכוחים אלה אציע להרחיב ולחזק: הגיונו של הטיעון – הרואה חסר במחיר כפגם בגמירת הדעת – חל לשיטתי במידה שווה על כל חסר הנוגע לעניין מהותי להסכם, ולא רק על חסר הנוגע במחיר. בהעדר הסכמה על עניין מהותי, כלומר עניין שאדם סביר בנעלי כל הצדדים לא היה יכול לגבש גמירת דעת מבלי להיות מודע אליו (בפועל או בכוח) יישללו בעת ובעונה אחת – ובהכרח – הן גמירת הדעת, הן המסוימות.¹²⁹

3. "מסוימות סובייקטיבית" וגמירת דעת

במאמר שכתב אור יהלום¹³⁰ נטען כי בפסק הדין בעניין **רוזנברג**¹³¹ אימץ בית המשפט העליון מבחן מקל וליברלי לדרישת המסוימות, אשר לפיו יש להראות שנכללו בהסכם הפרטים שהצדדים עצמם החשיבו מהותיים. פירוש הדבר כי הקביעה אם פרט הוא מהותי אם לאו נתונה בידי הצדדים עצמם, ובית המשפט מחויב לכאורה לאמץ את עמדתם.¹³² בשולי הדברים נטען במאמר שאימוץ גישה כזו מביא לבליעתה של המסוימות בגמירת הדעת, משום שנוצרת לכאורה זהות בין הפרטים שהצדדים

¹²⁶ פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 292.

¹²⁷ שם, בעמ' 284.

¹²⁸ לעניין זה ראו גם את דברי השופט הנדל בפרשת **בן חמו**, שהובאו לעיל בטקסט לה"ש 73. הפסיקה בישראל טרם הכריעה בשאלה אם יסוד המסוימות עשוי לבוא על סיפוקו גם בהעדר הסכמה על התמורה (על פי רוב הכספית) שתינתן בעבור ההתחייבות (על פי רוב, הלא-כספית) של צד להסכם. עיקר הקושי נעוץ בקיומן של הוראות השלמה המתירות לכאורה השלמה של פרט זה (סעיף 46 לחוק החוזים; סעיף 20 לחוק המכר, התשכ"ח-1968; סעיף 13(ב) לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971). הבעיה נדונה בהרחבה במאמרי הנ"ל בה"ש 4.

¹²⁹ מסקנה זו נתמכת גם במחקר האמפירי שממצאיו מובאים בפרק ה'.

¹³⁰ יהלום, לעיל ה"ש 46.

¹³¹ לעיל ה"ש 74.

¹³² שם, בעמ' 348-349.

מחשיבים מהותיים (להלן: "מסוימות סובייקטיבית") לבין הפרטים החיוניים להיווצרותה של גמירת דעת.¹³³

טענות אלה קשות בעיניי. ראשית, אין זה ברור מנין מוסקת הזהות הנטענת בין הפרטים שהצדדים להסכם מחשיבים מהותיים לבין אלה שהסכמה עליהם מכוננת את גמירת הדעת. ייתכן שזיהוי זה נובע מקו מחשבה הרואה בגמירת הדעת יסוד סובייקטיבי טהור, שהתקיימותו תלויה באופן בלעדי ברצון הצדדים, כך שנוצרת זהות רעיונית בין שתי הדרישות.¹³⁴ ברם, אם מקבלים את קביעתי שאין גמירת דעת בלי רצון מגובש, קרי הסכמה משותפת (אובייקטיבית) על גרעין העסקה,¹³⁵ הרי שזהות רעיונית בין גמירת הדעת לבין המסוימות לא היתה יכולה להתקיים אפילו ניתן היה להניח שמבחנה של זו האחרונה הוא סובייקטיבי. לכן, אפילו הנחנו שבפרשת **רוזנברג** אומץ מבחן סובייקטיבי לדרישת המסוימות (וכפי שיבואר מיד הנחה זו אינה סבירה בעיניי), לא היה בכך כדי לייצר חפיפה הכרחית עם רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת, שמבחנו כאמור אובייקטיבי.

שנית, הניסיון לייחס לבית המשפט העליון אימוץ של מבחן סובייקטיבי לדרישת המסוימות הוא מלכתחילה בעייתי, משום שאין מקום לייחס משקל רב לרטוריקה הסובייקטיבית המופיעה בפסק הדין.¹³⁶ הטעם הוא שברטוריקה זו נעשה שימוש בהקשר לסוגיית ה"הסכמה להסכים" – ולא בהקשר לסוגיית המסוימות. לשון אחרת: הדברים שנאמרו בפרשת **רוזנברג** לא לעניינה של המסוימות באופן כללי נאמרו, אלא לעניינה של סוגיית ההסכמה להסכים. לעניין המסוימות אציע לראות בדברים אלה הערת אגב גרידא, שלא יושמה בפסק הדין.¹³⁷

אמנם, נקל לטשטש הבחנה חשובה זו, משום שבשתי הסוגיות משמשת ההבחנה בין פרט מהותי לשאינו מהותי.¹³⁸ עם זאת, תכליתו של מבחן הפרטים המהותיים שונה בשני ההקשרים: בסוגיית המסוימות המבחן מסייע להכרעה בשאלה אם התקיים היסוד הקונקרטי (האובייקטיבי) הדרוש לשם הכרה בהסכם, ואילו בסוגיית ההסכמה להסכים ההבחנה מסייעת לבית המשפט להבין אם התקיים היסוד החפצי (הסובייקטיבי).¹³⁹ בהקשר אחרון זה היא מסייעת לבית המשפט לקבוע אם חרף "הסכמתם להסכים" בעתיד על עניינים מסוימים, ייתכן שהצדדים רצו עדיין שההסכם המוקדם יכבול אותם משפטית.¹⁴⁰ לכן, אין להסיק ממה שנעשה בהקשר האחד (סוגיית ההסכמה להסכים) על עמדתו של בית המשפט בהקשר השני (סוגיית המסוימות).¹⁴¹

¹³³ שם, בעמ' 349, בטקסט שלפני הערה 95.

¹³⁴ עדיין, נותרת בעינה השאלה, מדוע לשם כינונה של גמירת דעת יש הכרח בהסכמה על כל הפרטים שהצדדים מחשיבים מהותיים, ומדוע אין די בהסכמה על פרטים שאינם מהותיים לדעת הצדדים?

¹³⁵ ראו לעיל ד. 1. (ג), בטקסט העוקב את ה"ש 94.

¹³⁶ רטוריקה כזאת אכן מופיעה בפס' 14, 18 ו-20 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

¹³⁷ העיון בפס' 18 ו-20 לפסק הדין מעיד על כך בברור: יושם שם המבחן הסובייקטיבי במצב המיוחד של "הסכמה להסכים" ולא במצב הרגיל של הסכמה סתם (שאין נלוות אליה "הסכמה להסכים").

¹³⁸ בסוגיית ה"הסכמה להסכים" אימצה הפסיקה בישראל עמדה גמישה שלפיה תוקפו החוזי של הסכם ביניים יישלל רק אם הפרט שלגביו היתה "הסכמה להסכים" היה מהותי. לעיון בהלכה זו ובהתפתחות שחלה בה ראו אדר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 48-54.

¹³⁹ היסוד החפצי-סובייקטיבי של החוזה מעוגן, כזכור, בשניים מבין שלושת רכיביה של גמירת הדעת: יסוד הנחרצות ויסוד הכוונה המשפטית. העניין הובהר לעיל, בשתי הפסקות המקדימות את ה"ש 101.

¹⁴⁰ זאת על יסוד החזקה, שאם ההסכמה העתידית נוגעת לעניין שהצדדים ראו כמ עניין בעל חשיבות משנית, ניתן עדיין לייחס להם רצון להיכבל משפטית. לעומת זאת, עם מדובר בעניין שהיה מרכזי בעבורם, ההיפך הוא הנכון.

¹⁴¹ אף שביסוס מלא של ההבחנה בין המצב הרגיל של הסכמה חסרה לבין המצב המיוחד של "הסכמה להסכים" אינו אפשרי כאן, אנסה לחדד כאן את עמדתי: בסוגיית המסוימות (או הרצון המגובש) השאלה אינה אם היתה לצדדים כוונת התקשרות נחרצת, אלא אם רמת הפירוט של ההסכם מספיקה מבחינה אובייקטיבית. בנושא זה אין כל מנדט לעמדתם של הצדדים באשר למהותיות הפרט החסר, והמבחן הוא אובייקטיבי. לעומת זאת, בהקשר

אציע אפוא לראות במה שנאמר בפרשת **רוזנברג** לעניין המסוימות לא יותר מאשר אמרת אגב שלא היתה צריכה להכרעה. זאת, כאמור, משום שהדברים נאמרו בהקשר להכרעה בסוגיית ההסכמה להסכים ולא בסוגיית המסוימות. אכן, איני מעלה בדעתי שבית המשפט ביקש להפקיד את שאלת העמידה בדרישת המסוימות – המציבה דרישת מינימום אובייקטיבית וכופה – בידיהם הבלעדיות של צדדים להסכם. מסתברת יותר המסקנה שהדברים הוצאו מהקשרם ונתפרשו שלא כהלכה.

יהיו הדברים אשר יהיו, חשוב להדגיש כי אין לזהות את התאוריה הניצבת בלב המחקר הנוכחי עם גישה של "מסוימות סובייקטיבית". החפיפה בין יסודות החוזה אינה נובעת מאימוץ מבחן סובייקטיבי לדרישת המסוימות ואינה תלויה בכך כלל ועיקר. היא נובעת ממקור אחר ועמוק יותר: זוהי הזהות המהותית-תכנית בין מושג המסוימות עצמו לבין מושג הרצון המגובש המהווה רכיב אינטגרלי של גמירת הדעת. הסברה שבפרשת **רוזנברג** אימצה בית המשפט גישה של "מסוימות סובייקטיבית" שיישומה יביא לבליעת המסוימות בגמירת הדעת היא אפוא השערה בעייתית, שלא בוססה, ושבינה לבין התאוריה דנן פעורה תהום עמוקה.

ה. התאוריה במבחן המעשה – בדיקה אמפירית

1. אופיו של הפרק ותכליתו

דרך מקובלת להעריך את תקפותה של תאוריה מדעית היא לבדוק אם המציאות העובדתית-אמפירית מאששת את הנחותיה או השערותיה של התאוריה, או שמא דווקא מפריכה אותן.¹⁴² עולה השאלה, אם מבחן זה רלבנטי גם להערכתה של תאוריה משפטית. נראה שהתשובה תלויה במטרת ההערכה וליתר דיוק, בקריטריון ההערכה. כאשר הקריטריון הוא זה של הצדקה ערכית-נורמטיבית (justification), מידת התאמתה של התאוריה לפרקטיקה היא לכאורה בלתי רלבנטית ולמצער אינה שיקול מכריע.¹⁴³ שונה המצב אם קריטריון ההערכה הוא זה של התאמה (fit). במקרה כזה לבדיקה האמפירית חשיבות קריטית, שכן בכוחה לאשש או להפריך את התאוריה.¹⁴⁴

המיוחד של "הסכמה להסכים" השאלה אינה אם ההסכם עומד בדרישת המסוימות (זוהי שאלה מקדמית, למעשה). השאלה כאן היא אם ניתן ללמוד מההסכמה להסכים על העדר רצון להתחייב משפטית (וזאת בין אם ההסכם עצמו מסוים ובין אם לאו). בהקשר זה מתבקשת החלה של מבחן סובייקטיבי, משום שאם הצדדים להסכם סברו שהפרט שעליו ביקשו להסכים בעתיד מהותי **עבורם**, קיים חשש ממשי שכוונת ההתקשרות שלהם אינה נחרצת דיה. כלומר: בעוד שבמצב הרגיל (הסכם מוקדם שאינו כולל "הסכמה להסכים") המבחן ל"מהותיות" הפרט החסר הוא אובייקטיבי, הרי שבמצב של "הסכמה להסכים" המבחן הוא משולב: בשלב הראשון תישאל השאלה אם ההסכם מסוים (או מגובש) דיו ויחל מבחן אובייקטיבי שתכליתו לקבוע אם הפרטים החסרים מהותיים (בעיני בית המשפט!); בשלב השני, בהנחה שההסכם עמד במבחן האובייקטיבי, יוחל מבחן סובייקטיבי, כדי להבטיח שלא ייאכף הסכם (מסוים/מגובש) שהצדדים לא רצו להיכבל אליו.

¹⁴² העמדה שלפיה תאוריה שלא ניתן להפריך אינה תאוריה מדעית מיוחסת לקרל פופר. ראו למשל: Karl Popper, *CONJECTURES AND REFUTATIONS – THE GROWTH OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE* 37 (Routledge, 1963).

¹⁴³ ("The criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability"). הקריטריון של התאמה לפרקטיקה יכול שיהיה רלבנטי, משום שמידת מושרותה של הפרקטיקה יכולה להשפיע על סיכוייה של התאוריה המשפטית להשפיע על המציאות. מבחינה זו, תאוריה המתיישרת עם פרקטיקה מושרשת עשויה להיחשב מוצלחת יותר מכזו שאין לה שום בסיס בפרקטיקות נוהגות או כזו שסותרת אותן, ולו משום שסיכוייה לשנות את העולם גבוהים יותר.

¹⁴⁴ הבחנה בין קריטריון ההצדקה לקריטריון ההתאמה כאבני בוחן לזיהוי של דוקטרינה משפטית ראויה מיוחסת לרוב לרונלד דבורקין: Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 Harv. L. Rev. 1057 (1975). עשויים להתמקד בדרגת השקיפות (transparency) של התאוריה או הדוקטרינה המשפטית ובמידת עקיבותה עם דוקטרינות או עם תיאוריות מקובלות אחרות (consistency). להרחבה ראו: Stephen Smith, *CONTRACT THEORY*, 11-13, 24-32 (2004).

כך הוא בענייננו. מידת ההתאמה (או אי-ההתאמה) בין התאוריה שפרש המאמר לבין המציאות המשפטית הנוהגת 'בשטח' חשובה במיוחד לאור העובדה שמדובר בתאוריה תיאורית (דיסקריפטיבית), להבדילה מתאוריה נורמטיבית (פרסקריפטיבית).¹⁴⁵ האם יש בפסיקת בתי המשפט הלכה למעשה ביטוי לחפיפה הנטענת בין יסוד המסוימות לבין רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת?

המענה על שאלה זו חשוב משני טעמים שונים. ראשית, אם יימצא כי לחפיפה המושגית הנטענת ביטוי מעשי ברור בפסיקה, עשוי הדבר לחזק את התאוריה האנליטית-פרשנית. מנגד, אם יימצא כי התשובה שלילית עלול להתעורר החשד כי התאוריה עצמה שגויה, שכן אין היא מתארת נכונה את היחס הלשוני-סמנטי בין המושגים "מסוימות" ו"גמירת דעת".¹⁴⁶

אכן, ככל תאוריה משפטית המתיימרת לתאר ולהסביר את הדין הנוהג, גם התאוריה דנן שואבת את כוחה הן ממקורותיו הפורמליים של הדין והן מן הפרקטיקה השיפוטית. שילוב זה של ניתוח ה'דין' על ספרי' (law in the books) עם ניתוח הפרקטיקה השיפוטית (law in the courts) תורם לגיבוש תמונה טובה ומלאה של המציאות המשפטית בכל הקשר, לרבות בהקשרנו אנו.¹⁴⁷ המחקר האמפירי שתוצאותיו מובאות בפרק זה נועד לבחון באורח שיטתי מהו היקפה ומהי דמותה של ההתאמה בין הממצא השיפוטי הנוגע לגמירת דעת לבין זה הנוגע למסוימות. זאת, במטרה לראות אם ניתן לחלץ מהנתונים מסקנה מבוססת מדעית באשר לאופיים של קשרי הגומלין בין שני יסודותיו הפורמליים של החוזה במשפט הישראלי.

2. חומרי הגלם, שיטת הבדיקה והגדרת ה"אוכלוסיה" הנחקרת

מלאכת התייחוס של 'חומרי הגלם' – פסקי הדין שמתוכם, לאחר מיון, תחולץ ה"אוכלוסיה" הרלבנטית למחקר – הציבה בפנינו אתגר לא פשוט. היקף הליטיגציה סביב השאלה, אם נכרת חוזה בין צדדים ניצים, הוא אדיר. כמעט בכל סכסוך חוזי (מסחרי, צרכני או אחר) עומדת שאלה זו ברקע ההתדיינות, גם שאין היא ניצבת במרכזה. השאלה הראשונה שדרשה מענה היתה, אפוא, באיזה אופן יש להגדיר ולתחום את אוכלוסיית פסקי הדין הנחקרת.

מאחר שתכליתו של המחקר האמפירי היתה לזהות את היחס בין ממצא המסוימות לבין ממצא גמירת הדעת, נקודת המוצא היתה כי יש להתמקד אך ורק בפסקי דין שבהם נדונו שני היסודות גם יחד (להבדילם מפסקי דין שבהם נדון רק אחד מן היסודות). נוסף על כך, כדי שניתן יהיה לייחס משקל לקביעותיו של בית המשפט בסוגיה דנן, היה ברור שעלינו להתמקד אך ורק בפסקי דין שבהם קביעת הממצאים בשאלת המסוימות ובשאלת גמירת הדעת היתה דרושה לשם הכרעה בסכסוך, וזאת במובחן ממקרים שבהם נעשתה אגב אורחא. לבסוף, כדי שניתן יהיה להבין

¹⁴⁵ בעניין זה ראו לעיל את האמור בה"ש 7.

¹⁴⁶ אמנם, לטעון פרשני-בלשני עשוי להיות כוח משכנע גם בלי תלות בשאלת עיגונו ואחיזתו בפרקטיקה (הלשונית או המשפטית). ברם, תאוריה פרשנית שאינה זוכה לביטוי מעשי בפרקטיקה מעוררת שני קשיים: ראשית, מתעורר לגביה החשד שמא אחת או יותר מהנחותיה הלשוניות-בלשוניות שגויה. שנית, תאוריה תיאורית (דיסקריפטיבית) נטולת בסיס בפרקטיקה המשפטית תתקשה מאוד להיקלט ולהשפיע על פרקטיקה זו. מנגד, אם לתאוריה ישנה כבר אחיזה של ממש בפרקטיקה השיפוטית, מודעות אליה עשויה להגביר את הסיכוי שאותה תאוריה תרחיב עוד יותר את השפעתה על הפרקטיקה שאלה היא מתייחסת. זוהי אחת מתרומותיו המקוות של מאמר זה.

¹⁴⁷ דוגמה מאלפת למחקר עומק שבחן את המצב המשפטי בתחום האחריות ברשלנות של רשויות ציבור בישראל באמצעות "מדד משולב" המשקלל רטוריקה ופרקטיקה ניתן למצוא בספרו של ישראל גלעד, **דיני נזיקין – גבולות האחריות** 1108-1140 (התשע"ב).

את פשרן של ההחלטות, יהיה עלינו להתמקד רק בפסקי דין שבהן קביעת הממצא לעניין התקיימות (או אי התקיימות) כל אחד מהיסודות נעשתה באופן מפורש ומנומק.

מימוש מטרות אלה הציב בפנינו מספר קשיים. ראשית, היה ברור שמלאכת הסינון והאיתור של ההחלטות הרלבנטיות מתוך כלל התוצאות שיתקבלו בשלב הראשוני של החיפוש, תהא קשה ותובענית. כדי לוודא אם פסק דין או החלטה נתונים אכן ראויים להיכלל באוכלוסיית המחקר, לא יהיה די להסתפק באיתור פסקי דין שבהם הופיעו מילות החיפוש בתוך ההחלטה, אלא יהיה צורך להתרשם מן ההקשר שבו נאמרו הדברים, להבין את מקומם ומשקלם במסכת הכוללת של פסק הדין, לזהות באופן מדויק את ההנמקה השיפוטית הנוגעת לכל אחד מהיסודות, ולהחליט אם אמנם היתה זו נחוצה להכרעה. בתמצית, כדי להגיע לתוצאות "כמותיות", יהיה צורך גם במחקר איכותני מדוקדק.

שנית, ולאור הבנה זאת, היה ברור כי תידרש הגדרה מושכלת של מילות החיפוש וקריטריון החיפוש, כזו שמחד גיסא תגביל ותמקד את אוכלוסיית המחקר, ועם זאת תציף נתח משמעותי של הפסיקה הרלבנטית, שיוכל לשקף היטב את הפרקטיקה השיפוטית הנוהגת.

במיוחד הטרידה אותי השאלה, אם עדיפה שיטת חיפוש שתדרוש התייחסות מפורשת למושגים "גמירת דעת" ו"מסוימות" כלשונם ובאורח מדויק (להלן: שיטת החיפוש המדויק), או שמא עדיפה שיטת חיפוש רחבה וגמישה יותר – שיטת החיפוש ה"מורפולוגי המורחב".¹⁴⁸ יתרונו של החיפוש המורחב הוא בהיקף הרחב של מאגר התוצאות שהוא מנביע,¹⁴⁹ אלא שבכך נעוץ גם חסרונו.¹⁵⁰

התלבטות נוספת נגעה לשאלה, בפסיקותיהן של אילו ערכאות ראוי להתמקד. מחד גיסא, מובן כי לפסיקותיו של בית המשפט העליון משקל רב יותר, הן בשל סמכותו הבלעדית לקבוע הלכה, הן בשל המשקל הסגולי של החלטותיו, מבחינת הליך החשיבה שהצמיחן. בד בבד, חפצנו להתרשם לפחות במידת מה גם מן הנעשה בערכאות הדיוניות, שבהן נבחנים יסודות החוזה בפעם הראשונה (ולרוב – גם האחרונה).

¹⁴⁸ בשיטה זו כוללות תוצאות החיפוש את כל ההטיות הלשוניות של הביטוי הנדון וכן מילים נרדפות או בעלות משמעות סמנטית או משפטית קרובה (לפי הגדרת המאגר). לדוגמה, הגדרת חיפוש מורפולוגי מורחב למושג "מסוימות" במאגר המידע של חברת "נבו" תציף תוצאות שבהן נכלל המושג במדויק, אך גם מושגים קרובים מבחינה לשונית או סמנטית כגון: מסוים, קונקרטי, ספציפי, מוגדר, וכו'. בחיפוש המורפולוגי ניתן להכליל גם הפכים, אך במסגרת החיפוש לא עשינו שימוש בפונקציה זו, שנראתה לנו בלתי רלבנטית לתכליות המחקר.

¹⁴⁹ לדוגמה, פסק דין שבו מופיע הביטוי "מסוימות" (או "מסוימות") בהתייחס להצעה, או הביטוי "מסוים" (או מסוים) בהתייחס להסכם הנדון, עלול שלא לעלות בחיפוש המדויק, אם המילה "מסוימות" אינה מופיעה בו כלשונה. יתרונו של החיפוש המורפולוגי מתבטא גם בהקשר לעסקות מקרקעין, שבהן לעתים מזומנות מוסט הדיון במסוימות לעבר זירה משפטית קרובה – זו של דרישת הכתב. לפי ההלכה, דרישת הכתב מתמלאת בהינתן הסכמה כתובה על פרטיה המהותיים של העסקה (כלומר, בהינתן "מסוימות כתובה"). מיזוג זה בין הדיון בדרישת המסוימות לבין הדיון בדרישת הכתב הוא טבעי, שכן השאלה הנשאלת היא כמעט זהה בשני המקרים: לעניין המסוימות השאלה היא, אם הצדדים הסכימו (בכל דרך) על הפרטים המהותיים של העסקה, ואילו לעניין הכתב השאלה היא אם הסכמתם האמורה עוגנה בכתב. הדיון בדרישת הכתב חופף אפוא במידה רבה את הדיון בסוגיית המסוימות, אך מבחינה פורמלית לא אחת "מדלגים" בתי המשפט (לעתים בעידודם של באי כוח הצדדים) על סוגיית המסוימות ומתמקדים בסוגיית הכתב. חרף כך חשוב להדגיש שהחפיפה בין הסוגיות אינה מלאה. ייתכן, לדוגמה, שהצדדים הסכימו על-פה על פרט מסוים (או שאחד מהם טוען שכן הוסכם) אלא שהכתב אינו מבטא הסכמה זו. במקרה כזה בית המשפט עשוי לקבוע ממצא שלילי לעניינה של דרישת הכתב מבלי יהיה לראות בכך משום קביעת ממצא שלילי החלטי לעניינה של המסוימות. דוגמה לכך ניתן להביא מפרשת **אליסאן**, לעיל ה"ש 32, מפרשת **לוי**, לעיל ה"ש 115, ומע"א 285/75 **זינגר נ' קימלמן**, פ"ד ל(1) 804 (1976). בפסקי דין אלה לא נקבע ממצא החלטי לגבי מה שהוסכם על-פה לגבי הפרט החסר, אך תוקף החוזה נשלל בהעדר ביטוי בכתב לאותו עניין. לא ניתן אפוא לראות בהכרעות אלה דוגמות לקביעת ממצא מסוימות שלילי, ולכן לא כללתי אותן באוכלוסיית המחקר הנוכחי.

¹⁵⁰ החיפוש בשיטה זו הציף בפנינו מאות ואף אלפי תוצאות, בחלקן הניכר בלתי רלבנטיות, שסינוןן לא היה אפשרי במסגרת משאבי המחקר המוגבלים.

לאחר שקלול השיקולים הנזכרים ובדיקות ראשוניות שערכנו בשתי שיטות החיפוש שתוארו לעיל הגעתי למסקנה כי אין מנוס מלשלב את שתייהן, כפי שיפורש להלן.

במאגר הפסיקות של בית המשפט העליון, צומצמה הבדיקה המורפולוגית המורחבת לפסקי דין מ-11 השנים האחרונות (השנים 2008-2019).¹⁵¹ הגדרת החיפוש דרשה שילוב בפסק הדין (או בהחלטה) בין הביטוי "גמירת דעת" (או "גמירות דעת")¹⁵² על מגוון צורותיהם לבין הביטוי "מסוימות" (או "מסוימות") לצורותיו.¹⁵³ בדיקה ראשונית זו העלתה בחכתנו 415 פסקי דין והחלטות.¹⁵⁴

בנוסף, כדי שלא להתעלם לחלוטין מן הפסיקה העליונה שהצטברה במאגרי המידע בשנים שקדמו לתקופה שלגביה נערכה הבדיקה המקיפה, בחנו גם את הפסיקה בשנים שבין 1991 (השנה שבה נקלטה בפסיקה ההגדרה החדשה לגמירת דעת) ועד לשנת 2007. עם זאת, אילוצי זמן ומשאבים אילצונו להסתפק כאן בבדיקה ממוקדת יותר, שאותה ערכנו בשיטת החיפוש המדויק שתוארה לעיל. בדיקה ראשונית זו העלתה בחכתנו 58 פסקי דין והחלטות,¹⁵⁵ שבהם נזכרו המושגים הרלבנטיים ("גמירת דעת" או "גמירות דעת" וגם "מסוימות" או "מסוימות") כלשונם.

באשר לערכאות הדיוניות – לאור היקפה העצום של הליטיגציה הרלבנטית, צומצם החיפוש לפסיקה המחוזית העדכנית ביותר שהתקבלה ב-3 השנים האחרונות (2016-2019). כמו כן, מאחר שאפילו בתקופה מוגבלת זו הציף החיפוש בשיטה המקיפה מאות רבות של פסקי דין,¹⁵⁶ פעלנו גם כאן בשיטת החיפוש המדויק – חיפוש שהציף 128 פסקי דין והחלטות.¹⁵⁷

את פסקי הדין וההחלטות שהתקבלו בשתי שיטות החיפוש השונות (ובשתי הערכאות) סיננו סינון איכותני, כדי לבדוד את אוכלוסיית פסקי הדין הנחקרת מתוך כלל ההחלטות שהתקבלו בחיפוש הראשוני. מלאכת הסינון בוצעה על פי ההנחיה הבאה: באוכלוסייה שתיכלל בסופו של דבר במחקר ייכללו רק החלטות ופסקי דין המקיימים את שלושת הקריטריונים הבאים גם יחד:

1) שאלת כריתת החוזה היתה **שאלה מרכזית בפסק הדין**, והעיון בה נדרש לשם הכרעה בו.

כלומר: ההתייחסות להעדרן או לקיומן של גמירת הדעת ושל המסוימות לא נעשה אגב אורחא ולא לשם בירורה של סוגיה צדדית, אלא היה דרוש להכרעה, כך שהקביעה שימשה

כחלק מטעם הפסק;¹⁵⁸

¹⁵¹ ליתר דיוק: תקופת החיפוש התפרשה בין התאריכים 1.1.2008 ו-19.12.2019. במקור נקבעה תקופת החיפוש לעשור שקדם להגשת המאמר לשיפוט, אך בשל חלוף הזמן סברתי כי יהיה זה ראוי לבחון גם את הפסיקה שהצטברה בשנת 2019.

¹⁵² מתברר כי במושג זה נעשה בפסיקה (בכל הערכאות) שימוש שכיח למדי, בצד המושג "גמירת דעת".
¹⁵³ לגבי המושג "גמירת דעת" נתבקש חיפוש מורפולוגי מורחב "לפי הסדר" ו"במרחק של עד 3 מילים" (בין צורה מורפולוגית אחת לרעותה). ואילו באשר ל"מסוימות", שהיא מילה יחידה, הגדרנו בתיבת החיפוש "בסדר כלשהו" ו"בכל המסמך".

¹⁵⁴ 281 פסקי דין, 134 החלטות.

¹⁵⁵ 47 פסקי דין, 11 החלטות.

¹⁵⁶ ליתר דיוק: 649 פסקי דין והחלטות, נכון לתאריך 19.12.19.

¹⁵⁷ 115 פסקי דין, 13 החלטות.

¹⁵⁸ ראו לדוגמה ע"א 4857/16 **מנשה נ' יוז'ין אייר בע"מ** (24.4.18), שבו שאלת כריתתו של ההסכם הועלתה במסגרת הערעור אך לא נדונה בערעור לגופה, אף שנזכרו טענות הצדדים לגביה (שם, בפסי' 13 ו-15). בערכאה הדיונית, לעומת זאת, התקיים בשאלה דיון ונקבעו ממצאים מנומקים (פסק הדין מופיע בטבלה ג' להלן). השוו לת"א (חיי) 46648-03-16 **עסאף נ' מדינת ישראל** (8.8.19), שם נקבע ששאלת המסוימות וגמירת הדעת לא היתה במחלוקת אמיתית בין הצדדים, ולפיכך התייחס בית המשפט לשאלת כריתת החוזה רק בכמה שורות ומבלי להכריע בה.

- 2) פסק הדין קובע **ממצא שיפוטי ברור ביחס לכל אחד מיסודות החוזה**, כלומר הן לעניינה של גמירת הדעת והן לעניינה של המסוימות. זאת, במובחן מפסקי דין (והם לא מעטים) שבהם נקבע ממצא מחייב רק לגבי אחד מהיסודות (או לגבי אף אחד מהם).¹⁵⁹
- 3) פסק הדין כלל **הנמקה מפורשת וברורה** בשאלת הכריתה, להבדילה מדחייה (או קבלה) של טענות הצדדים על הסף, בלא הנמקה של ממש, או בנימוקים שלא נוסחו ככאלה המעוגנים בדרישות גמירת הדעת והמסוימות.¹⁶⁰
- בסופו של תהליך המיון והסינון, שבו הושקעו ימי מחקר ארוכים ורבים, התקבלו בידנו שלוש קבוצות של אוכלוסיות מחקר רלבנטיות:¹⁶¹
- א) קבוצת מחקר א' – פסיקה עליונה שהתקבלה בשיטת החיפוש המורפולוגי (מן השנים 2008-2019); לאחר מלאכת הסינון כללה אוכלוסייה זו 23 פסקי דין מבין 415 התוצאות שנתקבלו בחיפוש הראשוני.¹⁶²
- ב) קבוצת מחקר ב' – פסיקה עליונה שהתקבלה בשיטת החיפוש המדויק (מן השנים 1991-2008); לאחר מלאכת הסינון כללה אוכלוסייה זו 9 פסקי דין בלבד מבין 58 התוצאות שהציף החיפוש הראשוני.¹⁶³
- ג) קבוצת מחקר ג' – פסיקה מחוזית שהתקבלה בשיטת החיפוש המדויק (מן השנים 2016-2019). לאחר מלאכת הסינון כללה אוכלוסייה זו 60 פסקי דין מבין 128 התוצאות שנתקבלו בחיפוש הראשוני.¹⁶⁴ רובם המכריע של פסקי הדין הללו ניתן במסגרת דיון בערכאה ראשונה, ורק מיעוטם (3) ניתן במסגרת הליך של ערעור.¹⁶⁵

¹⁵⁹ לדוגמה, בעניין **רמות ארזים**, לעיל ה"ש 23, בפס' 6, הניח בית המשפט העליון (השופטת ארבל, בדעת רוב) כי דרישת המסוימות התקיימה ולכן ודן רק במחלוקת שנגעה לגמירת הדעת. בע"א 9648/16 **אוריהיטק ג'ס בע"מ נ' חן אביטן משרד עורכי דין** (28.2.18) הועלה ונדחה ערעור על ממצא גמירת דעת שלילי (שם, בפס' 46-47), בעוד ששאלת המסוימות לא הועלתה ולא נדונה כלל במסגרת הערעור. בה"פ (מחוזי ת"א) 28358/10-15 **לוי נ' רם** (25.12.2016) נדון יסוד המסוימות בלבד, אך לא נקבע לגביו ממצא, משום שנפסק שאין צורך בכך לאור הממצא השלילי שנקבע לעניין גמירת הדעת. ראו גם ה"פ (בי"ש) 51644-06-18 **שטרית נ' כץ** (3.10.19), שבו נשלל התוקף החוזי מהסכם בלתי חתום בשל העדרה של גמירת דעת, תוך שסוגיית המסוימות נזכרה בשולי הדברים ולא הוכרעה; והשוו לת"א (ת"א) 13533-04-14 **Dragon Ventures Mentures Management Inc נ' קיימא ביו אגריטק בע"מ** (21.5.19), שם נדחתה הטענה להסכם מחייב על יסוד ניתוח גמירת הדעת בלבד. השוו לת"א (מרכז) 44026-02-17 **בן אור נ' גזיאל את אבנר (2007) בע"מ** (4.6.19), שם נדחתה תביעה חוזית משום שלא הוכח כי התובעת התקשרה בחוזה, אך הנימוקים לדחיית הטענה לא נוסחו במושגים של גמירת דעת ומסוימות, כך שלא ניתן לראותו כקובע ממצא הנוגע לדרישות אלה.

¹⁶⁰ לדוגמה, בע"א 3137/15 **עיריית חיפה נ' קהילת ציון אמריקאית (בפירוק)** (21.5.18), נדחתה טענת העירייה לשימוש במקרקעי התובעת מכוח חוזה. הטענה לקיומו של חוזה נדחתה (שם, בפס' 13-16) משום שהעירייה לא הצביעה על מפגש רצונות כלשהו, כלומר הצדדים לא הגיעו לשום הסכם. מסיבה זו, לא נותחה שאלת גמירת הדעת והמסוימות בהסכם (שלא נערך). חרף כך, בדחותו את נסיונה של העירייה להסתמך על "זעקת הגינות" מכוח הלכת **קלמר** קבע בית המשפט כי אין תחולה להלכה זו, שכן לא היו גמירת דעת ומסוימות (שם, בפס' 17). לא מדובר אפוא בקביעת ממצאים מנומקת ולכן אין הפסק נכלל באוכלוסייה הנחקרת. בע"א 11173/02 **אלוניאל בע"מ נ' זאב בר בנין ופיתוח 1994 בע"מ** (3.4.06) אומצו, בלא דיון ובלא הנמקה ממצאיו של בית המשפט קמא (שם, בפס' 5). גם מקרים מסוג זה אינם נכללים באוכלוסיית המחקר, משום שאין לראות בהם נקיטת עמדה מודעת של ערכאת הערעור בסוגיות המסוימות וגמירת הדעת.

¹⁶¹ אלא אם צוין אחרת, תוצאות החיפוש והנתונים שיוצגו להלן נשאבו ממאגר המידע של חברת "נבו" והם נכונים ומעודכנים לתאריך 19.12.19.

¹⁶² לרשימת פסקי הדין בקבוצה זו ראו "נספח א" למאמר.

¹⁶³ לרשימת פסקי הדין בקבוצה זו ראו "נספח ב" למאמר.

¹⁶⁴ לאזכור המלא של 60 פסקי הדין בקבוצה זו ראו "נספח ג" למאמר. יצוין כי לא התגלתה חפיפה בין תוצאות החיפוש בבית המשפט המחוזי לבין תוצאות החיפוש בבית המשפט העליון, לאמור: אף אחד מפסקי הדין שניתנו בית המשפט העליון לא דן בערעור על פרשה שנדונה בבית המשפט המחוזי. מכל מקום, אפילו היתה מתגלית חפיפה כזו, לא היה בכך כדי להפוך את פסק הדין המחוזי לבלתי רלבנטי, שכן התאוריה המוצעת מתיימרת להסביר את הלך המחשבה של שופט יחיד (בכל ערכאה) ולא לצפות את ההכרעה הסופית בתיקים.

¹⁶⁵ יצוין כי לא נתגלו בחיפוש פסקי דין שנדונו בגלגול נוסף בבית המשפט העליון.

יודגש: כל אחד מפסקי הדין הנכללים בכל אחת משלוש קבוצות המחקר עונה לקריטריון הסינון המשולש שהוגדר לעיל. כלומר: פסק הדין או ההחלטה כוללים ממצא שיפוטי כפול (לעניין המסוימות ולעניין גמירת הדעת) שהיה חיוני להכרעה, וכן כוללים הנמקה מפורשת וברורה המצדיקה את אותו ממצא כפול.

אוכלוסיית המחקר הכוללת שנמצאה עונה על הקריטריון המשולש שהוגדר לעיל עמדה אפוא על 92 פסקי דין (32 עליונים, ו-60 מחוזיים).

3. ההיפותזה המחקרית: הניבוי הנובע מהתאוריה

בהנחה שהתאוריה האנליטית-פרשנית שהציג המאמר מתארת נכונה את הקשר הסמנטי בין מושג המסוימות לבין מושג גמירת הדעת, כיצד עשוי הדבר לבוא לידי ביטוי בפסיקתם של בתי המשפט? היש לצפות להתאמה בין קביעת הממצא השיפוטי לעניינה של המסוימות לבין הממצא השיפוטי לעניינה של גמירת דעת? אם כן – מהו אופיה של התאמה זו, ובאיזו שכיחות יש לצפות להתקיימותה?

בשורות הבאות אבקש להשיב על שאלות אלה. בשלב הראשון תוצג ההיפותזה המחקרית עצמה – רצף ההנחות, ההשערות והניבויים שהבדיקה האמפירית נועדה לאשש או להפריך. בהמשך תידון השאלה באיזו מידה עשויים ממצאי הבדיקה לאשש או להפריך את ההיפותזה.

א. השערות המחקר

ההשערה הראשית שלאורה ניגשנו לביצוע המחקר היתה, כי ניתן לצפות שפסקי הדין הנחקרים יגלו קשר גומלין שיטתי ומובהק – להבדילו מקשר של התאמה ספורדית ואקראית – בין הממצא השיפוטי הנוגע לכל אחד משניהם. אך מה טיבו המשוער של קשר גומלין זה, וכיצד ניתן לצפות שהוא ישתקף באוכלוסיית פסקי הדין הנחקרת? סבורני שמאימוץ התאוריה שהצעתי בפרק ד' נובעים ארבעה ניבויים ספציפיים – שניים חיוביים (כלומר, בעלי אופי פוזיטיבי) ושניים שליליים (כלומר, ניבויים באשר למופעים שאינם אמורים להתגלות בתוצאות החיפוש). נבהיר.

ראשית, אם התאוריה האנליטית שהציג המאמר נכונה, כלומר אם מתקיימת חפיפה בין יסוד המסוימות לבין רכיב הרצון המגובש, הרי שבפסקי דין שבהם נקבע ממצא גמירת דעת חיובי (ממצא $G+$), יש לצפות גם לממצא מסוימות חיובי (ממצא $M+$ כזה יסומן להלן $M+$). לשון אחר, במקרים שבהם ייקבע שהסכמת הצדדים מבטאת את גמירת דעתם להתקשר בחוזה, כלומר היתה לצדדים כוונה משפטית נחרצת ומגובשת, ייקבע כי גם יסוד המסוימות התקיים.

מאחורי השערה זו עומד הטעם הבא: כזכור, התאוריה היא שקיימת חפיפה מהותית-תכנית בין דרישת המסוימות כיסוד עצמאי לבין רכיב ה"רצון המגובש" (המהווה, לפי הנטען, חלק אינטגרלי מגמירת הדעת). אם אכן כך הדבר, ניתן לצפות שקביעה שיפוטית שהסכם נתון מקיים גמירת דעת תכלול בחובה הכרה (לכל הפחות משתמעת) בכך שההסכם כולל התייחסות למכלול הפרטים המהותיים של העסקה – שאם לא כן אין ההסכם מבטא "רצון מגובש". על רקע הנחה זו קשה להעלות על הדעת מצב שבו, בצד ממצא גמירת דעת חיובי ייקבע ממצא מסוימות שלילי.

ממצא כזה פירושו כי ההסכם אינו כולל את פרטי העסקה המהותיים, וקביעה זו סותרת את הקביעה כי ההסכם מבטא את גמירת דעתם של הצדדים.¹⁶⁶

בצד הניבוי החיובי הראשון שתואר זה עתה כוללת ההיפותזה המחקרית גם ניבוי חיובי נוסף: במקרים שבהם נקבע ממצא מסוימות שלילי (ממצא כזה יסומן להלן $M-$), יש לצפות לקיומו של ממצא גמירת דעת שלילי (ממצא כזה יסומן להלן $G-$). לשון אחר, במקרים שבהם ייקבע כי הסכמת הצדדים אינה מקיימת את דרישת המסוימות, ייקבע כי גם יסוד גמירת הדעת אינו מתקיים. הבסיס לניבוי זה זהה לזה של הניבוי הראשון: בהנחה שיסוד המסוימות אכן נתפס בקרב פוסקים כמרכיב חיוני של הדרישה לגמירת-דעת, שבלעדיו זו אינה שלמה, הרי שממצא מסוימות שלילי משמיע שלדעת הפוסק או הפוסקת גם יסוד גמירת הדעת אינו יכול להתקיים בהסכם. את צמד הניבויים החיוביים שהמחקר מצפה לזהות בפרקטיקה השיפוטית ניתן לנסח, באופן פורמלי, כך:

I	אם $G+$	אז $M+$
II	אם $M-$	אז $G-$

מצמד ניבויים זה נובע צמד ניבויים שליליים, שאותם ניתן להציג באופן הבא:

III	אם $G+$	אז לא $M-$
VI	אם $M-$	אז לא $G+$

הבסיס הרציונלי לצמד הניבויים השליליים משותף להם ולצמד הניבויים החיוביים שאותו ניסחתי לעיל. ארבעתם נובעים מן ההנחה שקיימת חפיפה סמנטית-תכנית מלאה בין רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת לבין יסוד המסוימות. ברם, בעוד ששני הניבויים הראשונים מדגישים את קשרי הגומלין החיוביים הנובעים מהנחה זו (קרי: שני המופעים השכיחים שקשרי גומלין אלה אמורים להנביע בפסיקה), מדגישים הניבויים השליליים קשרי-גומלין הפוכים, קרי מופעים שאינם אמורים להתגלות בפסיקה כלל (או, למצער, אמורים להיות נדירים ביותר).

שני הניבויים השליליים אינם אלא שתי דרכים לתאר את אי ההיתכנות של מצב אחד ויחיד – מצב שבו ממצא מסוימות שלילי מלווה בממצא גמירת דעת חיובי (להלן: הניבוי השלילי). כפי שיובהר בסעיף הבא, לניבוי שלילי זה חשיבות רבה יותר מאשר לניבויים החיוביים, מבחינת היכולת לאשש או להפריך את התאוריה האנליטית.¹⁶⁷

¹⁶⁶ בהקשר זה עלתה שאלה כיצד לסווג מצבים שבהם, חרף היעדרה של מסוימות, ייעתר בית המשפט לבקשה להשלים את הפרטים החסרים ויערוך "השלמה נורמטיבית" של פרטים אלה. לאמור: האם במקרים כאלה ממצא המסוימות ייחשב שלילי, או חיובי? מתברר, באופן לא מפתיע, שפסקי דין כאלה כמעט ואינם קיימים. זאת, חרף העובדה שכלל השלמה המהותית, שבו עוסק מאמרי התאום (הנ"ל בה"ש 4) מתיר לכאורה השלמה נורמטיבית גם בהעדר מסוימות (מבלי לקבוע זאת "שחור על גבי לבן"). יש לשער כי הסיבה לנדירותם של מצבים אלה היא אחת משתיים: או שבתי המשפט אינם משלימים פרטים מהותיים ולכן אינם נדרשים להשלמה אלא בהתקיים מסוימות; או שבתי המשפט משלימים פרטים מהותיים אך אינם "מרשים לעצמם" לקבוע באופן מפורש כי הם עושים כן חרף פגם במסוימות. רק במקרה אחד נחשפה לכאורה נכונות מסוג זה: בפרשת עזני, לעיל ה"ש 22, קבע השופט עמית, בדעת מיעוט, כי חרף היעדר המסוימות בהסכם (שנעדרה ממנו הסכמה על פרט מהותי – מועדי התשלום בעסקת מקרקעין), אין מניעה עקרונית מלהשלים את החסר באופן נורמטיבי, ואף הציע לחבריו לעשות כן (שם, בפס' 2). אלא שעיון בהמשך פסק הדין מלמד בבירור שלטעמו של השופט עמית דווקא בנקודה זו לא היתה כל מחלוקת בין הצדדים, לאמור, היעדר המסוימות התקיימה רק לכאורה, שכן תנאי התשלום לא היוו בשום שלב סלע מחלוקת, הצדדים ככל הנראה הגיעו להסכמה לגביהם ו"העסקה לא יצאה אל הפועל אך לא בשל היעדר מסוימות" (שם, בפס' 6-8). מכל מקום, בהיותו פסק מיעוט לא נכלל הפסק בממצאי פרק זה. ראוי, עם זאת, להדגיש כי מבחינה מהותית תבניתו תואמת את ההיפותזה שמציע המאמר: בסופו של דבר נקבע ממצא חיובי הן בסוגיית גמירת הדעת, הן בסוגיית המסוימות (הגם שכאמור בשלב הראשון של הניתוח נראתה המסוימות לשופט עמית כפגומה).

¹⁶⁷ ראו להלן ה.4.

בהקשר זה מתבקשות שתי הבהרות. ראשית, חשוב להבהיר שההיפותזה, על כלל ניבוייה, מתייחסת אך ורק לממצאים הצפויים להתגלות בתוך פסק דין של שופטת יחידה או של שופט יחיד. אין היא מתייחסת לתוצאת פסק הדין כולו. פסק דין יחיד עשוי, כמובן, להיות מאומץ (במלואו או בחלקו) על ידי כל שופטי ההרכב, או על ידי רובם. אך אין לגזור מהתאוריה האנליטית שהציע המאמר ציפייה לאחידות בין פסקי דין של שופטים שונים החולקים מותב אחד, ואפילו לא ציפייה לאחידות בין שופטי רוב. זאת משום שהסכמה על תוצאתו האופרטיבית של פסק דין אינה מלמדת בהכרח על עמדה אחידה בשאלת התקיימותם של יסודות החוזה. לפיכך, הכלל שקבענו לעצמנו הוא שרק ממצא שנקבע בדעת רוב יוצג כחלק מממצאי המחקר.¹⁶⁸

שנית, מאחורי כל השערות המחקר שנוסחו כאן עומדת הנחה מקדמית הנראית לי הגיונית, ועם זאת בלתי ניתנת להוכחה. אני מניח כאן ששופטת או שופט מקצועיים ישאפו להימנע ככל שניתן מפסיקה בלתי עקיבה. לפיכך אין לצפות ששופטת יחידה תקבע שני ממצאים סותרים – עובדתיים או משפטיים. לענייננו: שופטת, שאגב דיון במסוימות קבעה (במודע) ממצא חיובי או שלילי בשאלת ההסכמה על הפרטים המהותיים של העסקה, אינה אמורה לסטות מעמדתה כשאותה השאלה עצמה שבה ועולה (במודע או שלא במודע) אגב הדיון בגמירת הדעת.¹⁶⁹ זאת, הגם שסביר להניח שבהקשר האחרון תוכרע השאלה באורח פחות מודע מאשר בהקשר הראשון.¹⁷⁰

להמחשת המשמעות של ניבויי המחקר שנוסחו לעיל ושל היחס ביניהם, אציע לשוב לרגע אל דוגמת המשא ומתן שהתנהל בין פלונית לבין אלמונית, ואשר כלל "הצעה" למכר מכונית (מבלי לציין באיזו מכונית מדובר ומבלי לנקוב במחירה).¹⁷¹ נניח כי במסגרת התדיינות משפטית בין פלונית לאלמונית נדרש בית המשפט לשאלה, אם ההסכם ביניהן מקיים את דרישות גמירת הדעת והמסוימות. החלטת ההיפותזה המחקרית על מקרה זה מנביעה מספר ניבויים:

הניבוי הראשון (החיובי) הוא זה: אם ייקבע בפסק הדין ממצא גמירת דעת חיובי – שמשמעו כי ההסכם מבטא כוונה משפטית נחרצת ומגובשת הן מצדה של פלונית והן מצדה של אלמונית –

¹⁶⁸ אם כי מבחינה מעשית מחלוקת בין שופטי רוב היושבים בערעור לעניין התקיימות יסודות החוזה היא עניין נדיר למדי. מחלוקת כזו נתגלעה בין השופטים בפרשת פלוני, שנדונה לעיל בטקסט לה"ש 113-115, ושבה כל אחד מהשופטים קבע ממצא אחר לגבי יסודות החוזה, כך שלא התגבשה דעת רוב רלבנטית לעניינו של מחקר זה (ומכל מקום הפסק לא עלה בחיפוש שערכנו לפסיקה מתקופה זו). גם בפרשת עדני, לעיל ה"ש 22, התגלעה מחלוקת בין השופטים, אולם הן עמדת הרוב, שתוצג בממצאי המחקר והן עמדת המיעוט (שאליה התייחסתי לעיל בה"ש 166) מתיישבות עם ההיפותזה המחקרית.

¹⁶⁹ דוגמה נדירה לחוסר עקיבות מן הסוג הנדון ניתן להביא מפרשת שומרוני, לעיל ה"ש 74. מקריאת פסק הדין בערעור (פס' 3-6) עולה שהשופט בערכאה קמא למד על קיומה של גמירת דעת מכך שזכרון הדברים כלל את "עיקרי יסודות העסקה" (מחיר, שמות הצדדים, מהות הנכס ומהות העסקה). ברם, באותה נשימה קבע השופט שדרישת המסוימות לא התקיימה, מאחר שמועדי התשלום לא הוסכמו, ואלה היו בגדר פרט מהותי שהצדדים רצו להסכים עליו בעצמם (ראו שם, בפס' 5 לערעור) וכן משום שהיתה מחלוקת לעניין זכויות הבנייה בנכס. חוסר העקיבות כאן בולט לעין: בית המשפט קמא לומד על קיומה של גמירת דעת מכך שעיקרי העסקה נקבעו בהסכם, ובה בעת שולל את קיומה של מסוימות משום שפרטים מהותיים נעדרו ממנו. הערעור על פסק הדין נדחה, אך בית המשפט העליון רומז (בצדק, לאור הנמקת בית המשפט קמא עצמו) כי ייתכן שבניגוד לקביעת הערכאה קמא גם יסוד גמירת הדעת לא התקיים (שם, בפס' 8). אציין שמאמצי לאתר את פסק הדין קמא העלו חרס, ואני מסתמך כאן על התיאור המופיע בפסק הדין בערעור. שאיפתם – המודעת והלא מודעת – של מקבלי החלטות ובכללם שופטים לפסוק באופן עקיב, כלומר להימנע מהסתמכות על סיפור, עדות, או טיעון הסובל מסתירות פנימיות, נדונה בהרחבה בספרות. ראו לדוגמה איל זמיר ודורון טייכמן, "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות: הישגים ואתגרים", **משפט ועסקים** יט 57, 63-67 (התשע"ו) והמקורות המובאים שם מן הספרות העוסקת בפסיכולוגיה של תהליכי קבלת החלטות.

¹⁷⁰ אחת התרומות המקורות של מאמר זה היא בהעלאת רמת המודעות השיפוטית למורכבותה של ההכרעה בשאלת גמירת הדעת, ולחשיבותה של ההבחנה – המודעת והמושללת – בין שלושת מרכיביה השונים.

¹⁷¹ לעיל ג.5.

צפוי הדבר לגרור גם ממצא מסוימות חיובי, כלומר קביעה שההסכם כולל את הפרטים המהותיים של עסקת המכר.

הניבוי השני (החיובי) הוא זה: אם בגדרי פסק הדין ייקבע ממצא מסוימות שלילי (כלומר, חסר בהסכם פרט מהותי שאינו ניתן להשלמה) צפוי הדבר לגרור גם ממצא גמירת דעת שלילי, כלומר קביעה שפלוגית ואלמונית לא גמרו בדעתם להתקשר בחוזה.

לבסוף, הניבוי השלילי משמיע כי בשום מקרה אין לצפות שפסק הדין, שיכריע בסכסוך בין פלוגית לאלמונית, יקבע שההסכם לא קיים את דרישת המסוימות ועם זאת יקבע שההסכם מבטא גמירת דעת.

ב. ניבויים שאינם נכללים בהיפותזה המחקרית

בצד ניסוח ההיפותזה המחקרית, ראוייה תשומת הלב שתינתן גם להשערות וניבויים אפשריים שאינם חלק ממנה. הדבר נדרש על מנת להבהיר את גבולותיה של ההיפותזה ולהוציא מגדרה השערות העשויות להיראות – במבט שטחי – מתבקשות ממנה.

כפי שצוין במבוא למאמר, בפסיקה ובספרות מושמעת תדיר הטענה שלפיה חיזוק ברמת המסוימות יגרור לעתים קרובות גם חיזוק ביסוד גמירת הדעת (ולהיפך – החלשה במסוימות תגרור החלשה של גמירת הדעת). טענה זו, שתכונה במאמר "טענת הקשר הישר", תידון ותיבחן בפרק הבא.¹⁷² היא עשויה במבט ראשון להיראות כבסיס אפשרי להשערה שלפיה ממצא מסוימות חיובי צפוי להצמיח ממצא גמירת דעת חיובי. דא עקא, שהשערה כזו אינה חלק ממערך השערות המחקר. כפי שראינו, פרט למרכיב הרצון המגובש – שהוא החופף את יסוד המסוימות – כוללת גמירת הדעת גם את מרכיבי הנחרצות והכוונה המשפטית. מכאן, שהסכמה על פרטיה המהותיים של העסקה אינה ערובה להתקיימותה של גמירת דעת. זו עשויה להישלל, לדוגמה, משום שהצדדים, אף שהסכימו על קווי המתאר של העסקה (ולכן עמדו ברף המסוימות הדרוש), טרם החליטו סופית על רצונם להתחייב זה כלפי זה (פגם ברכיב הנחרצות).¹⁷³ לחלופין, עשויה גמירת הדעת להישלל משום שהתחייבויות הצדדים, אפילו היו מגובשות ואפילו הובעו באופן נחרץ, לא נשאו אופי משפטי.¹⁷⁴

השערה נוספת שאינה נובעת מהתאוריה האנליטית שהציג המאמר היא שקביעת ממצא שלילי לגבי גמירת הדעת צפויה לגרור אחריה גם ממצא מסוימות שלילי. כמבואר זה עתה, העדרה של גמירת דעת עשוי לנבוע לא מהעדר רצון מגובש אלא מהעדרן של נחרצות או של כוונה משפטית. לכן, כשם שקיומה של מסוימות אינו ערובה לקיומה של גמירת הדעת, כך גם אין לגזור מהעדרה של גמירת דעת ממצא מסוימות שלילי.

לסיכום, ובניסוח פורמלי: ההיפותזה המחקרית אינה כוללת שני ניבויים אלה:

¹⁷² להלן 3.ו (א).

¹⁷³ דוגמה מובהקת להסכם מגובש (מסוים) אך נטול גמירת דעת היא משא ומתן המסתיים בהסכמה על נוסח מוסכם שהצדדים טרם הביעו את רצונם הנחרץ להתחייב לפיו. הוא הדין במכרזים, בפרט בשלב שלאחר הגשת הצעות המשתתפים במכרז. בשלב זה תוכן ההסכם (העשוי להיכרת) כבר ידוע, גמירת הדעת של המציעים נוכחת, אלא שנדרשת עדיין גמירת דעתו של בעל המכרז (בדמות "קיבול" ההצעה). דוגמה שלישית הם, כמובן, חוזים אחידים. העובדה שנוסח החוזה אינו נתון למשא ומתן ותכנון קבוע מראש אינה מבטיחה, כמובן, גמירת דעת להתקשר בו. דוגמה יפה לפיצול בין רכיב הרצון המגובש לבין יסוד הנחרצות ניתן להביא מפרשת כהן, לעיל ה"ש 56. באותו מקרה הסכימו הצדדים על כל הפרטים המהותיים של עסקת החכירה, אך השתכללות החוזה הותנתה באישור הנהלת המינהל. משזה לא ניתן, נקבע שההסכם אינו בגדר חוזה וזאת בהעדר גמירת דעת. גם בפרשת רמות ארזים, לעיל ה"ש 23, חרף קיומה של מסוימות בזכרון הדברים, סברה דעת הרוב כי ההסכם לא שיקף את גמירת הדעת של הצדדים, שהתכוונו להמשיך בניהול משא ומתן בטרם יתחייבו סופית זה כלפי זה (שם, בפס" 8-6).

¹⁷⁴ לדוגמה, במסגרת מה שמכונה "הסכם שבכבוד" (או "הסכם גינטלמני"). לדיון בהסכמים אלה ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, פרק 5, וכן מאמרה של שלו הנ"ל בה"ש 82.

V	אם M^+ אז G^+
VI	אם G^- אז M^-

ודייקו: אין פירוש הדבר, שאין לצפות לקיומם של פסקי דין הכוללים ממצא חיובי כפול או ממצא שלילי כפול. גם אין פירוש הדבר כי אין לייחס חשיבות לעצם קיומם של פסקי דין מסוג זה או לרמת שכיחותם בקרב אוכלוסיית פסקי הדין הנחקרת. כפי שאראה בסמוך, שאלת הרלבנטיות שראוי לייחס לרמת שכיחותם של פסקי דין שבהם מתקיימת התאמה בין ממצא המסוימות לבין ממצא גמירת הדעת היא שאלה מורכבת. יהא עניין אחרון זה כאשר יהא, יש להדגיש כי ההיפותזה המחקרית אינה כוללת אף לא אחד משני הניבויים שנוסחו לעיל.

4. היסקים אפשריים מהממצא האמפירי

א. תכלית הדיון

עד כה נוסחו והוסברו ניבויי המחקר, ושני ניבויים נוספים שאינם נכללים בגדרה של היפותזה המחקר. תכלית הדיון הקצר שלהלן היא לחבר בין ניבויי המחקר לבין התוצאות העשויות להתקבל בבדיקה האמפירית. במילים אחרות, המטרה היא לדון במשמעויות האפשריות של הממצאים העשויים להתקבל בבדיקה האמפירית. כיצד עשוי ממצא כזה או אחר שיעלה מניתוח הפסיקה לאשש או להפריך את היפותזה המחקר ואת ניבוייו? הבהרת משמעויות אלה בשלב הנוכחי היא הכנה מועילה לעיון בממצאים עצמם בהמשך הפרק.

כזכור, אוכלוסיית המחקר – כלומר פסקי הדין שהתקבלו בסוף הליך החיפוש והסינון – כוללת פסקי דין שבהם נדונה והוכרעה באופן מפורש וברור שאלת התקיימותם של יסודות גמירת הדעת והמסוימות גם יחד. פירוש הדבר, כי בכל פסקי הדין הללו נכללים שני ממצאים שיפוטניים: ממצא לעניין המסוימות וממצא לעניינה של גמירת הדעת. מסתמנות אפוא ארבע קטגוריות או קבוצות שאליהן ניתן יהיה לסווג את האוכלוסיה הנחקרת של פסקי הדין:

(1) פסקי דין שבהם נקבע ממצא חיובי כפול $[G^+; M^+]$, קרי ממצא חיובי הן לעניין המסוימות והן לעניין גמירת דעת (להלן: קבוצה A).

(2) פסקי דין שבהם נקבע ממצא שלילי כפול $[G^-; M^-]$, קרי ממצא מסוימות שלילי וממצא גמירת דעת שלילי (להלן: קבוצה B).

(3) פסקי דין שבהם נקבע ממצא מסוימות חיובי וממצא גמירת דעת שלילי $[G^-; M^+]$ (להלן: קבוצה C).

(4) פסקי דין שבהם נקבע ממצא מסוימות שלילי וממצא גמירת דעת חיובי $[G^+; M^-]$ (להלן: קבוצה D).

נשאלת השאלה איזו משמעות, אם בכלל, ניתן לייחס לאופן ההתפלגות של אוכלוסיית פסקי הדין הנחקרת בין ארבע הקבוצות השונות? האם אופן ההתפלגות בין הקבוצות השונות רלבנטי מבחינת יכולתו לאשש או להפריך את היפותזה המחקר על שלל ניבוייה? תכלית הדיון בשורות הבאות היא להציע מענה לשאלה זו.

ב. קבוצות ההתאמה: משמעות פסקי הדין בקטגוריות A ו-B

כאמור, לקבוצות אלה משתייכים פסקי דין שבהם נקבע ממצא חיובי כפול $[G^+; M^+]$ או ממצא שלילי כפול $[G^-; M^-]$. בשתי הקבוצות מתקיימת התאמה בין ממצא המסוימות לבין ממצא גמירת הדעת, ולפיכך אכנה אותן "קבוצות ההתאמה". בהקשר זה עולות שתי שאלות. ראשית, נשאלת השאלה איזו מסקנה, אם בכלל, ניתן לגזור מעצם השתייכותו של פסק דין כלשהו לאחת מקבוצות

ההתאמה, או מרמת השכיחות היחסית (הגבוהה או הנמוכה) של השתייכות לקבוצה מקבוצות ההתאמה (בהשוואה להיקף ההשתייכות לקבוצות אי-ההתאמה).

על השאלה הראשונה אשיב כי עצם קיומם של פסקי דין הנופלים לגדרן של קבוצות ההתאמה אינו מאתגר את ההיפותזה המחקרית משום בחינה, משום שממצא כזה לא יסתור את הנחות היסוד של עליה היא נשענת או את מי מניבויה. ההיפך הוא הנכון: הטענה לקיומה של חפיפה בין יסודות החוזה מקימה יסוד לשער שבמקרים רבים – אם כי כפי שיובהר להלן לא בהכרח תמיד ואף לא בהכרח ברוב המקרים – תתקיים התאמה בין ממצא המסוימות לבין ממצא גמירת הדעת. מכל מקום, עצם קיומם של פסקי דין בקטגוריות A ו-B לא תעמוד בסתירה להיפותזה המחקרית.

התשובה לשאלת השכיחות מורכבת מעט יותר. במבט ראשון נראה שהשתייכות שכיחה לקבוצות ההתאמה עשויה לאשש את שני הניבויים החיוביים של היפותזת המחקר, לתמוך בתאוריה ולהעמיד בספק את הנחת העצמאות – המשמיעה כי בשל נפרדותם העיונית של יסודות החוזה נוכחות האחד אינה אמורה בהכרח להעיד על קיומו של האחר. כך גם להיפך: השתייכות נדירה לקבוצות ההתאמה (והשתייכות שכיחה לקבוצות אי-ההתאמה) מצביעה לכאורה על קשר חלש בין היסודות ויש בה לכאורה כדי לחזק את הנחת העצמאות – ולערער את התאוריה מושא המאמר.

אלא שהיסק כזה עלול להיות פזיז. כפי שראינו, חרף נאמנותן להנחת העצמאות, הפסיקה והספרות הכירו בקיומה של זיקה ראייתית בין רמת המסוימות לבין רמת גמירת הדעת בהסכם נתון (להלן – טענת ה"קשר הישר").¹⁷⁵ מהכרה זו נובע לכאורה שההסתברות לממצא גמירת דעת חיובי אמורה לעלות בד בבד עם העליה ברמת המסוימות של ההסכם (ולהיפך). מכאן ניתן לגזור השערה שלפיה ניתן לצפות להתאמה שכיחה בין הממצא הנוגע למסוימות לבין הממצא הנוגע לגמירת דעת. אם כך הדבר, הרי שמתעורר קושי לייחס את שכיחותם היחסית של מצבי ההתאמה (ככל שיתברר שאלה אכן שכיחים) דווקא לגורם שאליו מופנה הזרקור במאמר זה – החפיפה המהותית בין המסוימות לגמירת הדעת.

על קושי זה ניתן להשיב כי זיקה ראייתית כללית ואמורפית זו שבה הכירו הפסיקה והספרות צפויה להצמיח רמת התאמה נמוכה יותר מרמת ההתאמה שצפויה להצמיח זיקה מהותית מן הסוג שלו טוען מאמר זה – זיקה המנוסחת באופן מחייב ומדויק הרבה יותר. אכן, בניגוד לטענה המועלית במאמרנו, טענת הקשר הישר אינה גורסת כי עמידה ברף המסוימות מבטיחה עמידה בדרישה לגמירת דעת או להיפך (כי העדר מסוימות שולל אפשרות לעמוד בדרישה לגמירת דעת. עדיין, יש להודות שקשה לנסח את האופן שבו אמור להשתקף בפרקטיקה הבדל זה. כך, בין היתר משום הכלליות והעמימות הרבה המאפיינת את טענת הקשר הישר על גרסותיה השונות, ניסוחיה השונים, ודרגות העצמה השונות של הזיקה הראייתית שאת קיומה מניחה כל גרסה.

חשוב מכך: כפי שכבר הוסבר, התאוריה שמציע מאמרנו אינה שוללת את האפשרות שממצא מסוימות חיובי ילווה בממצא גמירת דעת שלילי. כלומר, התרחיש $[M+; G-]$ הוא תרחיש אפשרי בהחלט. מאחר שהיפותזת המחקר – כמוה כטענת הקשר הישר השגורה – אינה כוללת השערה לגבי

¹⁷⁵ טענת ה"קשר הישר" תיבחן ביתר הרחבה להלן 3.ו(א).

שכיחותם של מצבים כאלה (הנופלים לגדרה של קבוצה C), אין אפשרות לגזור ממנה ניבוי נחרץ שלפיו פסקי דין בקבוצה C יהיו נדירים יותר מפסקי דין בקבוצות ההתאמה (A ו-B).
נסכם: הגם שהשתייכות שכיחה לקבוצות ההתאמה (בהשוואה להשתייכות לקבוצות אי-ההתאמה) מחזקת לכאורה את התאוריה, חיזוק זה אינו בעל משמעות רבה, משום שהתאוריה אינה כוללת ניבוי חד-משמעי לעניין זה. זאת ועוד, אפילו יתברר כי שכיחות ההשתייכות לקבוצות ההתאמה היא גבוהה, ואפילו גבוהה מאוד, עדיין יהיה קושי לייחס שכיחות זו דווקא לזיקה המהותית שעליה הצביע המאמר, במובחן מן הזיקה הראייתית שהוכרה במקורות זה מכבר.

ג. קבוצות אי-ההתאמה: משמעות פסקי הדין בקטגוריות C ו-D

מהי המשמעות העשויה להיוודע לעצם ההיכללות בקבוצות אלה או לשכיחותה? האם הדברים שנאמרו לעיל לגבי היקף ההשתייכות לקבוצות ההתאמה יפים גם לעניין זה?
במענה לשאלה זו מסתמנת הבחנה קריטית בין קטגוריה C לבין קטגוריה D. באשר לקטגוריה הראשונה, שבה מתקיים $[M+; G-]$, צריכה המסקנה בשלב זה להיות ברורה: כמבואר, עצם ההשתייכות לקבוצה C אינה מנוגדת להיפותזת המחקר ונצפתה כאפשרות סבירה בהחלט. מכאן נובע ששכיחות ההשתייכות לקבוצה C היא נתון חסר חשיבות – לפחות מבחינת יכולתו לאשש או להפריך את התאוריה האנליטית העומדת למבחן.

ברם, בכל הנוגע לקטגוריה D, המצב שונה בתכלית. כפי שיובהר מיד, הנתונים הנוגעים לקטגוריה זו, שבה מתקיים $[M-; G+]$, הם החשובים והרלבנטיים ביותר לאישושה או להפרכתה של התאוריה מושא המאמר. כפי שראינו, בצד שני הניבויים החיוביים כללה היפותזת המחקר גם צמד ניבויים שליליים. משותפת לשניהם שלילת היתכנותו של המצב המגדיר את קטגוריה D, קרי מצב שבו ממצא מסוימות שלילי דר בכפיפה אחת עם ממצא גמירת דעת חיובי. בניסוח אחר, השערת המחקר היא שקטגוריה D תהיה ריקה. נזכיר את הסיבה לכך: אם אכן, כפי שטוענת התאוריה, יסוד המסוימות חופף את רכיב הרצון המגובש המהווה רכיב חיוני של גמירת הדעת, הרי שבהעדרה של מסוימות תישלל בהכרח גם גמירת הדעת.

מכאן עולה ששכיחות ההשתייכות לקטגוריה D היא נתון קריטי להערכת תקפותה של התאוריה: אם אכן יתברר כי מדובר בקטגוריה ריקה, יתמוך הדבר בתאוריה, ולהיפך: כל פריט (החלטה או פסק דין) שיפול לגדרה של קטגוריה D יפגע בכוחה המשכנע ויעורר ספק בדבר תקפותה. זאת משום שכל פסק דין כזה הוא עדות מוחשית להכרה שיפוטית (משתמעת) באפשרות שגמירת דעת תתקיים גם בהעדר מסוימות.

חשיבותו של הניבוי השלילי הנדון כאן – הצופה שקטגוריה D תיוותר ריקה – רבה גם משום שהוא מבדל בבירור את התאוריה דגן משתי תיאוריות אחרות: ראשית, זו העומדת ביסוד הנחת העצמאות (הרואה במסוימות ובגמירת הדעת יסודות נפרדים לחלוטין); ושנית, זו העומדת (ככל הנראה) מאחורי טענת הקשר הישר (המכירה בהשפעת גומלין בין היסודות). לפי כל אחת מתיאוריות אלה אין כל יסוד להשערה שקטגוריה D צפויה להיות ריקה. אכן, בפסיקה ובספרות מעולם לא נשמעה עמדה הגורסת כי ממצא מסוימות שלילי אמור לגרור אחריו בהכרח ממצא

גמירת דעת שלילי. נהפוך הוא: כפי שראינו, הפסיקה והספרות הכירו במפורש באפשרות העקרונית שגמירת דעת תתקיים גם בהעדרה של מסוימות.¹⁷⁶

אמנם, נכון הדבר כי אפילו יתממש הניבוי השלילי הנוגע לקטגוריה D, תמיד תוכל להישמע הטענה שזהו ממצא מקרי בלבד או כי ממצא זה נובע מזיקה ראייתית ולא מזיקה מהותית-תכנית שבין מסוימות לבין גמירת הדעת. יש להודות כי טענות מעין אלו אינן ניתנות להפרכה באופן מוחלט, משום שאין לשלול אפשרות שפסיקה עתידית (או פסיקה קיימת שלא נכללה בבדיקה האמפירית) תחשוף פסקי דין שיפלו לגדרה של קטגוריה D. חרף כך, בהינתן שהבדיקה מתייחסת לנתח משמעותי של הפסיקה, מצב שבו קטגוריה D היא קטגוריה ריקה מעמיד בספק רב את הנחת העצמאות. זאת ועוד, מטענת הקשר הישר – על גרסותיה השונות הפזורות במרחבי הפסיקה והספרות הקיימות – לא ניתן לגזור כל ניבוי ברור באשר לגודלה של קטגוריה D (ובוודאי שאין לגזור ממנה ניבוי שתהיה זו קטגוריה ריקה). ניבוי ברור כזה נגזר רק מהתאוריה שמציג מאמר זה. יש להודות: זהו ניבוי יומרני למדי, שכן לכאורה די בפריט אחד (פסק דין אחד) שיפול לקטגוריה D כדי להפריכו. דווקא משום כך, סבורני שיש ליחס משקל רב להתממשותו של ניבוי זה (ככל שאכן יתממש).

5. הממצאים ומשמעותם

א. הממצאים היבשים: בית המשפט העליון (2008-2019)
כאמור לעיל, אוכלוסיית פסקי הדין הרלבנטיים שנפסקו בבית המשפט העליון בתקופה זו, ואשר התקבלה בידינו לאחר מלאכת הסינון, עומדת על 23 פסקי דין. הממצאים העולים מהעיון בפסקי דין אלה מרוכזים בטבלה א' שלהלן:

טבלה א' – פסיקה עליונה – 2008-2019				
מס"ד	שמות הצדדים ושנת הפרסום	קבוצות ההתאמה ¹⁷⁷ סימן V – ממצא חיובי כפול [G+; M+] סימן X – ממצא שלילי כפול [G-; M-]	קבוצות אי-ההתאמה ¹⁷⁸ או [G-; M+] [G+; M-]	
			מסוימות	גמירת דעת
1.	ילינק נ' אורנשטיין (2017)	X		
2.	חלילה נ' מוחמד (2017)	X		
3.	חלאק נ' כריים (2017)	V		
4.	פלונים נ' פלונית (2016)	V		
5.	מזרחי נ' אבני (2015)	V		
6.	איש חירם בע"מ נ' בנק הפועלים (2014)	X		
7.	דניאל נ' פלונית (2013)	X		
8.	פרידמן נ' שפירא (2013)	V		

¹⁷⁶ ראו המקורות הנ"ל בה"ש 24, 25 ו-26.

¹⁷⁷ פסקי הדין המופיעים בעמודה זו כללו התאמה בין הממצא (שלילי או חיובי) שנקבע לעניין גמירת הדעת לבין ממצא המסוימות.

¹⁷⁸ בפסקי הדין המופיעים בעמודה זו קיימת אי-התאמה בין הממצא (שלילי או חיובי) שנקבע לעניין גמירת הדעת לבין ממצא המסוימות. אי התאמה כזו מוליכה, מטבע הדברים, למסקנה כי לא נכרת חוזה.

		V	9. רוזנברג נ' סבן (2013)
		X	10. חברה קדישא נ' לוי (2012)
		X	11. באשה נ' מדינת ישראל (2011)
-	+		12. אלחדד נ' שמיר (2011)
		V	13. שאשא נ' ירוק בע"מ (2011)
		V	14. נתיבי איילון בע"מ נ' עיריית חולון (2011)
		X	15. עדני נ' דוד (2010)
		X	16. בן חמו נ' פרזות בע"מ (2010)
		X	17. אגריפרס בע"מ נ' מאירסון (2010)
		X	18. שדה נ' ממ"י (2010)
		V	19. ואני נ' ארמלי (2009)
		X	20. מזר נ' גאון בע"מ (2009)
		V	21. אמינוף נ' לוי בע"מ (2008)
		X	22. שבתאי נ' ספני (2008)
		V	23. סויסה נ' חברת זאגא בע"מ (2008)

הממצאים העיקריים העולים מהטבלה הם אלה :

ראשית, ניתן לראות כי פסקי הדין הנכללים באחת משתי קבוצות ההתאמה (קטגוריות A או B) מהווים רוב מכריע בקרב כלל האוכלוסיה הנחקרת: ב-22 מבין 23 פסקי הדין הרלבנטיים (כ-96%) התקיימה התאמה בין הממצא השיפוטי (שלילי או חיובי) שנקבע לעניין גמירת הדעת לבין הממצא שנקבע לעניין המסוימות. ב-10 מבין 22 פסקי הדין הללו נקבע ממצא חיובי כפול [G+; M+] (כלומר, נקבע שנכרת חוזה בין הצדדים), וב-12 פסקי הדין הנותרים נקבע ממצא שלילי כפול [G-; M-] (כלומר, נקבע שלא נכרת חוזה).

שנית, בקבוצות אי ההתאמה (קטגוריות C או D) נכלל פסק דין אחד בלבד מבין 23 פסקי הדין הרלבנטיים (כ-4%).¹⁷⁹ בפסק דין יחיד זה נקבע ממצא שלילי לעניינה של גמירת הדעת וממצא חיובי לעניינה של המסוימות, ולכן הוא נופל לגדרה של קטגוריה C [G-; M+].¹⁸⁰ קטגוריה D נותרה ריקה.

ב. הממצאים היבשים: בית המשפט העליון (1991-2007)
 כאמור, אוכלוסיית פסקי הדין שנפסקו בבית המשפט העליון בתקופה זו, ושהתקבלה בשיטת "החיפוש המדויק" ולאחר סינון איכותני, כללה 9 פסקי דין בלבד. הממצאים העולים מהעיון בפסקי דין אלה מרוכזים בטבלה ב' שלהלן:

טבלה ב' – פסיקה עליונה – 1991-2007				
מס"ד	שמות הצדדים ושנת הפרסום ¹⁸¹	קבוצות ההתאמה ¹⁸² סימן V – ממצא חיובי כפול [G+; M+] סימן X – ממצא שלילי כפול [G-; M-]	קבוצות אי-ההתאמה ¹⁸³ או [G-; M+] או [G+; M-]	
			מסוימות	גמירת דעת
1.	בית הפסנתר נ' מור (2001)	V		
2.	טרבלסי נ' טרבלסי (1999)	V		
3.	אלחג' נ' אבו עקל (1999)	X		
4.	תמגר חברה לבנייה ופיתוח בע"מ נ' גושן (1998)	V		
5.	דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן (1997)	V		
6.	כהן נ' כהן (1996)	V		
7.	החברה לפיתוח חוף התכלת (תל-אביב-הרצליה) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה, פ"ד מז(5) 968 (1993)	V		
8.	ג.ז. רכסים בע"מ נ' גרופר (1992)	V		
9.	אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אורים (1991)	V		

הממצאים העיקריים העולים מהטבלה הם אלה:

ראשית, ניתן לראות כי 100% של אוכלוסיית פסקי הדין שנחקרה נכללים באחת משתי קבוצות ההתאמה (קטגוריות A או B). ב-8 מבין 9 פסקי הדין הללו נקבע ממצא חיובי כפול [G+; M+]

¹⁷⁹ זהו ע"א 8320/09 אלחדד נ' שמיר (29.3.2011).

¹⁸⁰ בנסיבות המקרה קבע בית המשפט העליון כי חרף רמת הפירוט המספקת של זכרון הדברים שערכו הצדדים, שמילאה אחר דרישת המסוימות, הוא אינו עולה כדי חוזה וזאת בהעדרה של גמירת דעת. את מקור הפגם ייחס בית המשפט לעובדה שההסכם לא נחתם ולעובדה ש"נוסחת הקשר" שנכללה בו היתה מעורפלת. שם, בפס' 8-9.

¹⁸¹ אזכור מלא של פסקי הדין הנכללים בטבלה זו מופיע בנספח "ב" למאמר.

¹⁸² פסקי הדין המופיעים בעמודה זו כללו התאמה בין הממצא (שלילי או חיובי) שנקבע לעניין גמירת הדעת לבין ממצא המסוימות.

¹⁸³ בפסקי הדין המופיעים בעמודה זו קיימת אי-התאמה בין הממצא (שלילי או חיובי) שנקבע לעניין גמירת הדעת לבין ממצא המסוימות. אי התאמה כזו מוליכה, מטבע הדברים, למסקנה כי לא נכרת חוזה.

(כלומר, נקבע שנכרת חוזה בין הצדדים), ובפסק הדין הנותר נקבע ממצא שלילי כפול [G-; M-] (כלומר, נקבע שלא נכרת חוזה). שנית, קבוצות אי-ההתאמה (קטגוריות C או D) נותרו ריקות.

ג. הממצאים היבשים: בית המשפט המחוזי (2016-2019)

כאמור לעיל, אוכלוסיית פסקי הדין שנפסקו בבית המשפט המחוזי, ושהתקבלה בידינו לאחר מלאכת הסינון, כללה 60 פסקי דין והחלטות. הממצאים העולים מהעיון בפסקי דין אלה מרוכזים בטבלה ג' (בשל אורכה, הטבלה עצמה מובאת בסוף המאמר כ"נספח ד").

הממצאים העולים מהטבלה הם אלה:

ראשית, בבית המשפט המחוזי מהווים פסקי הדין הנכללים בקבוצות ההתאמה (A ו-B) רוב ברור מקרב האוכלוסייה הנחקרת: ב-54 מתוך 60 (90%) מתוכם התקיימה התאמה בין ממצא גמירת הדעת לבין ממצא המסוימות. ב-22 מבין 54 פסקי הדין הללו נקבע ממצא חיובי כפול [G+; M+] (ולכן נקבע שנכרת חוזה בין הצדדים), וב-32 פסקי הדין הנותרים נקבע ממצא שלילי כפול [G-; M-] (כלומר נקבע שלא נכרת חוזה).

שנית, בבית המשפט המחוזי נכללו בקבוצות אי-ההתאמה (C ו-D) 6 פסקי דין מבין 60 פסקי הדין הרלבנטיים (10%). בכל פסקי הדין האמורים נבעה אי-ההתאמה מקביעת ממצא שלילי לעניינה של גמירת הדעת בצד קביעת ממצא מסוימות חיובי (קבוצה C). קבוצה D נותרה ריקה.

ד. משמעות הממצאים

סבורני שהממצאים שהוצגו לעיל מספקים תמיכה משמעותית בתאוריה האנליטית שהציג המאמר. זאת משום שממצאים אלה עולים בקנה אחד – באופן מלא – עם ההיפותזה המחקרית על מכלול ניבוייה – החיוביים והשליליים.

בטרם יובהר עניין זה מן הראוי להזכיר כאן כי עצם שכיחותם של פסקי דין בקבוצות ההתאמה, כשהיא לעצמה, אינה מספקת תימוכין לתקופתה של התאוריה מושא המאמר. זאת מאחר שכמבואר לעיל, התאוריה אינה שוללת אפשרות של אי-התאמה, אפילו שכיחה, בין יסודות החוזה.¹⁸⁴ ועם כל זאת, גודלן היחסי של קבוצות ההתאמה בקרב אוכלוסיית פסקי הדין הכוללת (96% בקבוצה א'; 100% בקבוצה ב'; 90% בקבוצה ג') עשוי בהחלט לספק תמיכה מסוימת ב"תיאוריית הקשר" המוצעת במאמר. בהנחה שקיים פיזור טבעי סביר בין פסקי הדין שעלו בחיפוש הממוקד, סביר להניח שאחוז כה משמעותי של התאמה מוסבר טוב יותר על ידי זיקה מהותית בין היסודות, מאשר על ידי זיקה ראייתית תלויה נסיבות – שהיא תיאוריית הקשר הרווחת בפסיקה ובספרות.¹⁸⁵

לכן, הנתון העיקרי שאליו ראוי למקד את תשומת הלב אינו גודלן היחסי של קבוצות ההתאמה כשהוא לעצמו, אלא השאלה אם הממצא האמפירי מתיישב עם הניבויים הספציפיים הנכללים בהיפותזת המחקר, ובאיזו מידה. כזכור, היפותזת המחקר כללה שני ניבויים חיוביים, וניבוי שלילי אחד הנובע מהם ומהווה ביחס אליהם את "צידו השני של המטבע".

¹⁸⁴ ראו לעיל בפרק זה, 4.ב.
¹⁸⁵ להרחבה בנקודה זו ראו להלן 3.ו(א).

הניבוי החיובי הראשון צפה כי ממצא חיובי לעניין גמירת הדעת ילווה תמיד (או לפחות ברוב ברור של המקרים) בממצא חיובי לעניין המסוימות.¹⁸⁶ ניתן לראות שממצא זה זוכה לאישוש ברור: בכל המקרים (18 בסה"כ) שבהם קבע בית המשפט העליון ממצא חיובי לגבי גמירת הדעת [מצב G+] נקבע גם ממצא חיובי לעניין המסוימות [מצב M+]. המצב אינו שונה לגבי הכרעות שניתנו בבתי המשפט המחוזיים: גם כאן מלמד העיון בטבלה שבכל 22 פסקי הדין שבהם נקבע ממצא גמירת דעת חיובי, נקבע גם ממצא מסוימות חיובי.

גם הניבוי החיובי השני שנכלל בהיפותזה זכה לאישוש ברור. ניבוי זה צפה כי ממצא מסוימות שלילי [M-] ילווה תמיד (או לפחות ברוב ברור של המקרים) בממצא גמירת דעת שלילי [G-]. ואמנם, גם ממצא זה זכה לאישוש ברור.¹⁸⁷

לבסוף, באשר לניבוי השלילי, הנגזר למעשה משני הניבויים החיוביים ומדגיש את חשיבותה של קטגוריה D, גם ניבוי זה התממש באופן מוחלט. בין כל 32 פסקי הדין הרלבנטיים שעלו בחיפוש ואשר בהם, בין השנים 1991-2019, דן בית המשפט העליון והכריע בשאלת תוקפו החוזי של הסכם על יסוד קביעת ממצא שיפוטי ברור לגבי שני יסודות החוזה, אין למצוא ולו פסק דין אחד שבו נקבע ממצא שלילי לעניינה של המסוימות וממצא חיובי לעניינה של גמירת הדעת.¹⁸⁸

הוא הדין לגבי המצב בבתי המשפט המחוזיים: בין 60 פסקי הדין המהווים את האוכלוסיה הנחקרת אין למצוא ולו אחד המשתיך לקטגוריה D [M-; G+].

הממצאים העולים מהבדיקה האמפירית עולים אפוא בקנה אחד עם מכלול ניבוייה של היפותזת המחקר, ותומכים לפיכך באופן ברור בתאוריה שהציג מאמר זה. התאוריה טענה לחפיפה מהותית ותכנית בין יסוד המסוימות לבין יסוד גמירת הדעת, המביאה לכך שלא תיתכן גמירת דעת בהעדרה של מסוימות, המהווה מרכיב חיוני בתוכה. ממצאי הבדיקה תומכים בסברה כי תיאור זה של היחסים בין יסודות החוזה משקף במידה רבה של דיוק את האופן שבו שופטות ושופטים שהתעמקו בסוגיות אלה ויישמו את דיני הכריתה – תופסים – אם כי לא בהכרח באופן מודע – את היחס בין היסודות. מבחינה זאת המחקר האמפירי שערכתי במאמר מדגים באופן מובהק את התופעה המוכרת של פער בין רטוריקה שיפוטית – שבהקשר דנן משלמת מס שפתיים להנחת העצמאות ובהתאם בוחנת "על כורחה" את היסודות באופן נפרד – לבין הפרקטיקה השיפוטית. זו מלמדת אותנו על מה פוסקות ופוסקים "חושבים באמת" (אם לאו דווקא במודע!) על היחס בין היסודות בשעה שהם מיישמים את הדין הלכה למעשה, והוא – שדרישת המסוימות כלולה וגלומה בתוך הדרישה לגמירת דעת.

ודייקו: איני מתיימר לטעון כי לא היה ולא יהיה פסק דין שבו ייקבע ממצא שיפוטי הסותר את התאוריה שהציג המאמר. ראשית, כפי שכבר הוסבר, עד לשנות ה-90 שלטה בכיפה הגדרה צרה של המושג גמירת דעת, שזיהתה אותו עם הכוונה המשפטית ליצירת קשר משפטי. כל עוד שלטה תפיסה זו בכיפה, ניתן היה ביתר קלות לבודד את יסוד גמירת הדעת מיסוד המסוימות. בתקופה זו

¹⁸⁶ לעיל בפרק זה, 3.א.

¹⁸⁷ לאמור: בכל המקרים (13 במספר) שבהם קבע בית המשפט העליון ממצא שלילי לגבי המסוימות [מצב M-], נקבע גם ממצא שלילי לעניינה של גמירת הדעת [מצב G-]. המצב אינו שונה לגבי הכרעות שניתנו בבתי המשפט המחוזיים: גם כאן מלמד העיון בטבלה שבכל פסקי הדין (31 במספר) שבהם נקבע ממצא מסוימות שלילי, נקבע גם ממצא גמירת דעת שלילי.

¹⁸⁸ כאמור, קיים פסק דין (יחיד) שבו התגלתה אי-התאמה בין היסודות, אולם מדובר בפסק דין המשותיך לקטגוריה C. כפי שהסברתי, אי-התאמה כזו נצפתה על ידי התאוריה האנליטית ואין בו כדי לערער אותה כמלוא הנימה.

טבעי יותר לצפות לפסיקה (בכל הערכאות) שלא תתיישב עם השערות המחקר.¹⁸⁹ הימצאותה של פסיקה מסוג זה – ככל שתתגלה באותן תקופות – לא תסתור את הערכת המחקר כי במציאות המשפטית שהתהוותה אצלנו בעשורים האחרונים (החל משנות ה-90 המוקדמות, ועם אימוץ ההגדרה החדשה לגמירת דעת), פסיקה כזו אמורה להיות חריגה ביותר.¹⁹⁰

יתר על כן, איני טוען כי בידודה של גמירת הדעת מיסוד המסוימות אינו אפשרי גם היום. טענתי אינה אלא שבידוד כזה צפוי להיות חריג ביותר, משום שהוא כרוך במידה רבה של מלאכותיות, ואינו מתיישב עם המשמעות הטבעית של המושג גמירת דעת בשפת היום ויום ובשפה המשפטית.

1. נעילה: השלכות התאוריה ותרומותיה

אם נכונה התאוריה האנליטית-פרשנית שלפיה קיים קשר טבוע והכרחי של חפיפה תכנית-מהותית בין המסוימות לבין גמירת הדעת, מהן ההשלכות העשויות לנבוע מכך? בפרק אחרון זה אעמוד על השלכות ותרומות אפשריות של התאוריה שפרש מאמר זה.

¹⁸⁹ במהלך המחקר נתקלתי בשלושה פסקי דין שבהם לכאורה נקבע ממצא גמירת דעת חיובי בצמוד לממצא מסוימות שלילי. בעניין **אליסאן**, לעיל ה"ש 32 (שנפסק בשנת 1987), נשלל תוקפו של זכרון דברים למכר דירה בשל מחלוקת בין הצדדים באשר לזיהוי המדויק של הדירה בבניין שבו היתה אמורה להיבנות. בבית המשפט המחוזי נקבע כי חסר זה שולל את המסוימות ואת גמירת הדעת גם יחד. בערעור, הנשיא שמגר קבע כי הוא "מוכן לקבל" את טענת המערער שגמירת דעת היתה בזכרון הדברים, בין היתר בשל "ההסכמה המפורטת למדי בין הצדדים לגבי יסודות העיסקה" (שם, בפס' 5). חרף כך, קבע שמגר כי דרישת הכתב לא התקיימה משום שזהות הממכר – שהיתה שנויה במחלוקת – לא הוגדרה בו. לטעמי, אין לראות בקביעה זו ממצא מסוימות שלילי. בית המשפט אינו שולל כאן את האפשרות שגובשה הסכמה על-פה לגבי הדירה, אלא רק מציין כי אין ראיה ברורה על הסכמה כזו, וכי בהינתן המחלוקת לא ניתן לערוך השלמה נורמטיבית של הפרט המהותי החסר. מכל מקום, הניתוח בפרשת **אליסאן** נעשה לפני שגובשה ההגדרה החדשה והמלאה של גמירת הדעת, עת זו זוהתה עם הכוונה המשפטית (שם, בפס' 5). תפיסה צרה לגמירת הדעת, שאינה כוללת את יסוד המסוימות, ניכרת גם בפסק דינו של השופט שלמה לויין בעניין **פלוני**, שנפסק בשנת 1978 ושנדון לעיל בטקסט לה"ש 113-115. המקרה השלישי שבו יושמה התפיסה הצרה של גמירת הדעת נזכר בעניין **חסידי**, לעיל ה"ש 106. השופט בד מציין שם, שבית המשפט קמא קבע ממצא גמירת דעת חיובי אך שלל את תוקף החוזה (שנכרת בדרך של מכרז) בשל העדר מסוימות. ממצא זה לא נשאר אמנם על כנו, משום שבית המשפט העליון הפך את התוצאה בקבעו כי ההסכם עמד בדרישת המסוימות (לא נערך דיון ביסוד גמירת הדעת, שבית המשפט הניח שהתקיים). עם זאת, מפסק הדין המחוזי (שבוטל) עולה גישה צרה, המתיישרת עם ההגדרה הישנה והצרה לגמירת הדעת (פסק הדין לא אותר במאגרי המידע של "נבו" ושל "תקדין"). בשולי הדברים יצוין, כי בחיפוש מדויק שערכתי במאגר הפסיקה העליונה של נבו המתאריך לשנים 1973-1991, לא מצאתי ולו מקרה אחד שבו נקבע במפורש ממצא מסוימות שלילי בצירוף לממצא גמירת דעת חיובי. אוכלוסיית פסקי הדין הרלבנטיים, העומדים בקריטריון המשולש שהוגדר לעיל, היא קטנה מאוד, ועומדת על 6 פסקי דין בלבד, ובכולם נמצאה התאמה בין ממצא המסוימות לבין ממצא גמירת הדעת. אלו הם: ע"א 705/88 **אינקומר בע"מ נ' צוקר** (פורסם בנבו, ללא תאריך); ע"א 108/84 **סתם נ' מרקוביץ**, פ"ד מב(1) 757 (1988); ע"א 458/83 **בייטרה נ' ספיר**, פ"ד מ(2) 421 (1986); ע"א 532/82 **גרדוס נ' גרדוס**, פ"ד לט(3) 617 (1985); ע"א 520/80 **רוזנברג נ' רובינשטיין**, פ"ד לח(1) 85 (1984). יצוין כי בעניין **בייטרה** הממצא נקבע בפסק דינו של שופט המיעוט (פסק הרוב לא כלל התייחסות ליסוד המסוימות).

¹⁹⁰ במהלך המחקר נתקלתי בשלושה מקרים שנפסקו בתקופה שמשנות ה-90 ואילך, ושבהם אומצה לכאורה תפיסה צרה של גמירת דעת, שאינה מתיישרת עם התאוריה שהציג המאמר. בפרשת **לויין**, לעיל ה"ש 115, שנפסקה בשנת 2003, שלל בית המשפט העליון תוקף חוזה מזכרון דברים שלא כלל הסכמה על מחיר הדירה, עניין שלגביו השמינו הצדדים גרסות סותרות. השופט לויין הסיק מכך שהצדדים החלו לקיים את העסקה חרף חוסר הוודאות לגבי המחיר, שלא היה ספק ממשי לגבי גמירת דעתם, אך סרב להשלים את המחיר החסר באופן נורמטיבי, בשל כך שהיה שנוי במחלוקת. גם במקרה זה, כמו בפרשות אחרות שבהן נבחן תוקפו של זכרון דברים במקרקעין, לא נקבע במפורש ממצא מסוימות שלילי, משום שדי היה בקביעה שדרישת הכתב אינה מתקיימת כדי לשלול מזכרון הדברים את תוקפו המחייב. ברם, אילו היה נקבע באורח פוזיטיבי שהצדדים לא הגיעו להסכמה על המחיר, כך שיסוד המסוימות היה פגום, ניתן היה לראות את פסק הדין כסותר את התאוריה מושא מאמרנו. שני המקרים האחרים הם פסקי דין מחוזיים שאוזכרו בפסקי דין של בית המשפט העליון, אך לא אותרו על ידי במאגרי המידע. הראשון ביניהם הוא פסק הדין המחוזי שעליו נסב הערעור בפרשת **שומרוני**, לעיל ה"ש 74, שחוסר עקיבותו תוארה לעיל, בה"ש 169. השני הוא פסק הדין המחוזי שעליו נסב הערעור בפרשת **תמגר**, לעיל ה"ש 22. מדברי השופט אור בערעור עולה שבית המשפט המחוזי קבע ממצא גמירת דעת חיובי וממצא מסוימות שלילי לגבי שתי העסקות שנדונו שם. בערעור נהפכה הקערה, ובית המשפט קבע כי דרישת המסוימות התקיימה אף היא.

1. המשמעות העיונית: זניחתה של הנחת העצמאות

ההשלכה הראשונה והמיידיית ביותר של התאוריה שהצעתי מצויה במישור העיוני הטהור: במישור זה מתבקשת המסקנה הבאה: אם אכן יסוד המסוימות ורכיב הרצון המגובש המקופל בתוך יסוד גמירת הדעת חופפים האחד את השני – בבחינת "אותה גברת בשינוי אדרת" – הרי שהמסוימות אינה יסוד נפרד ואוטונומי מגמירת הדעת. אם אכן כך הדבר – והממצא האמפירי מחזק מסקנה זו – הרי שבניגוד לרטוריקה ולמתודיקה השולטות בפסיקה ובספרות,¹⁹¹ דרישת המסוימות אינה אלא 'שכפול' של דרישה הטבועה כבר ממילא בעצם הדרישה לגמירת-דעת.

ראוי לשוב ולהדגיש: הטענה אינה לקיומה של חפיפה מלאה ומושלמת בין המסוימות לבין גמירת הדעת, אלא לחפיפה חלקית בלבד. אכן, אחת התרומות המקוות של מאמר זה היא בהעלאת המודעות למורכבותו של המושג גמירת דעת, ולחשיבות ההבחנה בין שלושת יסודות המשנה החיוניים הגלומים בו: רכיב הכוונה המשפטית, רכיב הנחרצות ורכיב הרצון המגובש. החפיפה עם יסוד המסוימות מוגבלת לרכיב שלישי זה. הסכמה על פרטי העסקה המהותיים – אף שהיא חיונית לשם כינונה של גמירת דעת, אינה תנאי מספיק לשם כך. בהעדר ביטוי לנחרצות הרצון של הצדדים ולכוונה שלהם שרצון נחרץ זה יחייבם משפטית, רצונם המשותף, אפילו היה מגובש, לא יבטא את גמירת דעתם.

אף על פי כן, די בקיומה של חפיפה חלקית זו בין היסודות כדי לערער את הנחת העצמאות. כפי שראינו, הרטוריקה הרווחת בפסיקה ובספרות המשפטית מכירה בקיומן של השפעות הדדיות בין שתי הדרישות, אך בד בבד מדגישה כי מדובר בשתי דרישות נפרדות בעלות קיום עצמאי ותוכן עצמאי, ומכאן שיש לבחון את התקיימותן בנפרד. קבלתה של התאוריה המוצעת כאן, לעומת זאת, שקולה להבנה כי "עצמאות" זו של יסוד המסוימות היא מדומה בלבד. הגם שהחוק – ובעקבותיו ההלכה – מדברים בשני תנאים או שני יסודות נפרדים המכוננים את החוזה, מבחינה מהותית אין כאן שני יסודות כלל: בפנינו יסוד אחד (גמירת דעת) הכולל מניה וביה את היסוד השני (המסוימות).¹⁹²

2. המשמעות המשפטית: המסוימות – יסוד מיותר?

לאימוצה של התאוריה דלעיל השלכה ישירה על מעמדה של דרישת המסוימות ועל נחיצותה כיסוד פורמלי נפרד במסגרת המערך של דיני כריתת החוזה במשפטנו. אם אכן נכון תיאור זה של היחס בין היסודות, מסתמנת האפשרות שאין עוד כל צורך וטעם בקיומה של דרישת המסוימות כדרישה משפטית נפרדת ונוספת על הדרישה לגמירת דעת.

בטוחני שחלק מהקוראים עשוי 'להרים גבה' למשמע מסקנה זו, שעשויה להיראות בעיניהם מרחיקת לכת. אודה ואתוודה: זוהי אכן מסקנה מרחיקת לכת. היא מטילה צל כבד על רטוריקה שיפוטית ארוכת שנים ועל מתודולוגיה מקובלת ומושרשת שבמסגרתה יסוד המסוימות מוצג ואף

¹⁹¹ ראו לעיל בפרק ב'.
¹⁹² מתבקשת כאן הערה מסייגת: איני טוען שמן הבחינה העיונית הטהורה אין כל אפשרות לבדל את רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת מיסוד המסוימות. תהליך כזה עשוי היה להתרחש אילו בחרה הפסיקה לצקת אל המושג "פרט מהותי של העסקה" תוכן אחד כשהוא מופיע (במודע) בגדרה של דרישת המסוימות, ותוכן אחר כשמבחן ההסכמה על הפרטים המהותיים משמש (לרוב בלא-מודע) בגדרו של רכיב הרצון המגובש. אלא שברמה המעשית אין אפילו רמז קל שבקלים לכך שהפסיקה נוטה בכיוון זה. נהפוך הוא: ממצאי המחקר האמפירי שערכנו מלמדים שבפרקטיקה השיפוטית אין אפילו מקרה אחד העשוי לתמוך בסברה שיסוד המסוימות הוא יסוד עצמאי. בעניין זה ראו גם את האמור לעיל בהערה 87.

נבחן בנפרד מן היסוד של גמירת הדעת. אף על פי כן, אם אכן קיים קשר טבוע והכרחי מהסוג שתואר לעיל בין יסודות החוזה, אין מנוס מן המסקנה כי במארג הכולל של דיני הכריתה בישראל דרישת המסוימות היא, לכאורה, דרישה מיותרת.¹⁹³

בל נטעה: אין באמור כדי לרמוז שמן הבחינה העניינית-מהותית דרישת המסוימות אינה חיונית. נהפוך הוא: מדובר על דרישה חיונית המשרתת תכליות חברתיות חשובות ביותר. מה שלאור התאוריה שהצגתי מתחוור כמיותר אינו הצורך ביסוד של מסוימות, אלא אך ורק הצורך לעגן יסוד זה בתנאי משפטי פורמלי – נפרד מן התנאי הפורמלי של "גמירת דעת" ונוסף עליו.

אכן, אם תכליתה של דרישת המסוימות היא להבטיח שהסכם לא יוכר כחוזה בהעדר פירוט מינימלי של התחייבויות הצדדים, הרי שתכלית זאת מוגשמת כבר במסגרת הדרישה לגמירת-דעת. כפי שראינו, דרישה זו לא תיכון בהעדרו של רצון מגובש, וזה בתורו לא ייכון בהעדר הסכמה (המשמיעה בהכרח גם מודעות, לפחות בכוח) על פרטיה המהותיים ביותר של העסקה. מבחן ה"פרטים המהותיים" הוא מבחן שסתום (אובייקטיבי) גמיש ביותר, והוא כשיר לשאת על כתפיו בלא קושי מיוחד את מימוש מגוון תכליותיה של דרישת המסוימות.¹⁹⁴

האם לאור תובנה זו מן הראוי לתקן את סעיף 2 לחוק החוזים ולגרוע ממנו את הדרישה למסוימות? מחד גיסא, נראה שהצעה כזאת עשויה לפשט במידה רבה את דיני כריתת החוזה ולארגנם בצורה קוהרנטית יותר, ונטיית לבי הראשונה היתה להמליץ על עריכת תיקון כזה בחוק החוזים.¹⁹⁵

מאידך גיסא, ניתן להעלות שני טיעונים נגד מהלך חקיקתי כזה. ראשית, ייתכן שטעמים מתודולוגיים-חינוכיים מצדיקים את שימורה של המסוימות כיסוד פורמלי נבדל. הפיצול שעורך החוק בין היסודות מחדד אצל צרכני דין החוזים – מתקשרים בכוח, עורכי דין ושופטים – את ההבנה, כי בנוסף לביטוי רצונם להיכבל משפטית, צדדים המבקשים לתת אכיפות להסכם שעשו נדרשים לתת ביטוי קונקרטי ומפורט ('מסוים') לתכניתם העסקית המשותפת. העמדת המסוימות כיסוד נפרד מדגישה גם את המימד האובייקטיבי של דרישה חשובה זו. קיים חשש שבהעדר בידוד פורמלי של יסוד המסוימות מיסוד גמירת הדעת, הבנה חשובה זו עלולה להיטשטש ולהישחק. זאת, בין היתר משום שכיום נתפס המושג גמירת דעת עדיין כמושג סובייקטיבי בעיקרו. יש לשער שתפיסה מושרשת זו תמשיך לחלוש על התודעה המשפטית, לפחות עד שההבנה שגמירת הדעת משלבת יסודות סובייקטיביים ואובייקטיביים תופנם ותוטמע בחשיבה המשפטית.

שנית, חרף החפיפה הטבועה שבין מושג המסוימות לבין רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת, אין לשלול אפשרות שפסיקה עתידית תבקש לבדלם זה מזה במידת מה. כך, לדוגמה, גישה שמרנית ומחמירה כלפי ההכרה באכיפותם של הסכמים עשויה לבקש להעלות את רף המסוימות, תוך התחשבות בשיקולי מדיניות כלליים כגון מניעת התדיינויות והקלת העומס מעל בתי המשפט.¹⁹⁶

¹⁹³ ודייקו: העובדה שבהקשר הישראלי הדרישה למסוימות מיותרת, אינה מלמדת שכל הדבר גם בהקשרן של שיטות משפט אחרות, שבהן אין משמש בדיני הכריתה מושג בעל מטען סמנטי זהה לזה של המושג "גמירת דעת".

¹⁹⁴ לעניין זה ראו גם את האמור לעיל בה"ש 87.

¹⁹⁵ לדוגמה, ניתן היה לקבוע, בסעיף 2 לחוק, כי "פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה אם היא מלמדת על גמירת דעתו; בסעיף זה "גמירת דעת" – רצון מגובש והחלטי של אדם להתחייב כלפי רעהו במסגרת הסכם בעל תוקף משפטי".

¹⁹⁶ לגישה כזו ישנו יותר מהד בפסק דינו השמרני של השופט גרוניס בע"א 10859/07 **חברה קדישא גחש"א נ' לוי**, פס' Yehuda Adar, *Law of Contracts*, Ch. 4 *in* 22.1.2012; לדיון בפסק הדין ובהשלכותיו האפשריות ראו

השימוש ברכיב ה"רצון המגובש" כאכסניה לשקילת שיקולים אלה עשוי להיות מלאכותי מעט, משום שמושג זה מזמין מטבעו התמקדות בשיקולים הנוגעים למאפייני העסקה הקונקרטית שרקמו הצדדים ולמצבם התודעתי (הנבחן אובייקטיבי). זאת, בשעה שמושג המסוימות הוא לכאורה נייטרלי יותר.¹⁹⁷

מסיבות אלה, והגם שלטעמי קיימת חפיפה מלאה בין רכיב הרצון המגובש לבין יסוד המסוימות, סבורני שאין הכרח להסיר את מושג המסוימות מספר החוקים. בד בבד, חשוב להבין – וכדאי להורות זאת ללומדים ולעוסקים בתחום כריתת החוזים – כי לפחות בטווח הנראה לעין דרישת המסוימות היא אכן דרישה פורמלית מיותרת, בהיותה משכפלת שלא לצורך רכיב המקופל ממילא בדרישה לגמירת דעת.

3. המשמעות המתודולוגית: ערכה ההסברתי של התאוריה

להכרה בקשר הטבוע בין שני היסודות הפורמליים של החוזה במשפטנו חשיבות רבה מבחינה מתודולוגית ומבחינת היכולת להבין את הדין הנוהג. התאוריה מאפשרת להבין ולהעריך – להצדיק או לבקר – אמירות שפוסקים ומלומדים משמיעים חדשות לבקרים באשר לקיומם של קשרי גומלין כאלה או אחרים בין המסוימות לבין גמירת הדעת. נבחן כאן שלוש אמירות כאלה.

א. טענת ה"קשר הישר" – הערכה ביקורתית

נפתח בטענת ה"קשר הישר" – היא האמירה השגורה שאותה כבר הזכרנו, ואשר לפיה מסוימות חזקה עשויה לחזק גם את גמירת הדעת, ולהיפך: מסוימות חלשה עשויה להחלישה.¹⁹⁸ מתברר כי פוסקים ומלומדים המזכירים אמירה שגורה זו אינם טורחים לתמכה בהסבר או בנימוק כלשהם. הסבר כזה מתבקש לכאורה, שכן לאור הנחת העצמאות זרימה מסוג זה בין היסודות כלל אינה מובנת מאליה: אם, כפי שהפסיקה והספרות מקפידות להזכיר, יסוד המסוימות הוא בעל קיום עצמאי, כיצד קורה הדבר שהתחזקותו מחזקת גם את יסוד גמירת הדעת, שלכאורה נבדל ממנו מבחינה אנליטית? סתמו המקורות ולא פירשו. גם השאלה באילו נסיבות יגרור חיזוק במסוימות גם חיזוק בגמירת הדעת נותרה בלא מענה.

התאוריה שהצגתי מספקת לחידה פתרון פשוט. מכיוון שיסוד המסוימות חופף את רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת, הרי שחיזוקו של רכיב זה פועל באופן אוטומטי גם לחיזוקה של גמירת הדעת. ביתר פירוט: ככל שהצדדים מרחיבים את שטח ההסכמה שלהם ומכלילים בו פרטים רלבנטיים נוספים, הופך רצונם מפורט ומגובש יותר – מה שמשפיע לטובה הן על גמירת הדעת, הן

THE ISRAELI LEGAL SYSTEM, 69, 74-77 (Nomos) (B. Medina, C. Walter, L. Scholz & H.B. Wabnitz eds., Hart Publishing, Baden-Baden, Germany, 2019).

¹⁹⁷ דא עקא, בפסיקה השתרשה הגישה שלפיה רף המסוימות משתנה ממקרה למקרה בהתאם לחשיבותו היחסית של הפרט החסר בעסקה הקונקרטית שערכו הצדדים, תוך התחשבות גם בכוונתם המשוערת (להתבססות גישה זו ראו לדוגמה שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ' 177, והאסמכתות המפורטות שם בהערה 79). כל עוד לא תיזנח גישה זו, יתקשו בתי המשפט להתחשב בגלוי בשיקולי רוחב מוסדיים גם במסגרת דרישת המסוימות. לעניין זה ראו גם לעיל בה"ש 87. מעניין לציין, שגם בפרשת **חברה קדישא**, שם, שבה ניתן ביטוי לשיקולי מדיניות כלליים, לא הועמד פסק הדין על שיקוליים אלה באופן בלעדי, אלא גם על שיקולים "חוזיים", הנוגעים לכוונת הצדדים (שיקולי "גמירת דעת" במובן הצר).

¹⁹⁸ אסמכתות לטענת הקשר הישר מרוכזות לעיל, בה"ש 22.

על המסוימות. כך גם להיפך: בסיס הסכמה מצומצם פוגם בעת ובעונה אחת בשני היסודות הפורמליים כאחד.¹⁹⁹

התאוריה שהוצגה לעיל מבארת עניין נוסף שלא הוסבר במקורות – העובדה שהקשר הישר בין יסודות החוזה הוא חד-כיווני. אכן, הפסיקה לא הכירה מעולם באפשרות שחיזוק ביסוד גמירת הדעת יגרור חיזוק ביסוד המסוימות. ניתן להקשות ולשאול – מדוע? אם אכן, כפי שטוענים המקורות, שני היסודות "אוצלים זה על זה", מדוע אין הזיקה משפיעה גם בכיוון הנגדי? גם כאן מספקת התאוריה דן הסבר פשוט. מאחר שיסוד גמירת הדעת כולל שלושה יסודות משנה, שרק אחד מהם חופף את יסוד המסוימות, אין כל הכרח שהתחזקות ביסוד גמירת הדעת תבטא במקביל התחזקות ברמת המסוימות. כך, לדוגמה, הוספת הצהרות חגיגיות להסכם, עיגונה בכתב של הסכמה על-פה, או פנייה לייעוץ משפטי, תחזק בדרך כלל את גמירת הדעת, אך לא את המסוימות. הטעם הוא שתוספות כאלה משפיעות על דרגת הנחרצות של רצון הצדדים ועל אופיו המשפטי, אך לא אינן הופכות את רצון המתקשרים "מגובש" יותר.

טענת הקשר הישר מבוססת אפוא על אינטואיציה נכונה. עם זאת, הטענה מנוסחת כמעט תמיד באופן זהיר ומסויג. הניסוחים הרווחים יוצרים את התחושה שהקשר הישר בין המסוימות לבין גמירת הדעת אינו קשר הכרחי, אלא כזה העשוי להתקיים לעתים, אולי אף לעתים קרובות, אך בוודאי שלא תמיד ולא בהכרח, וייתכן שאפילו לא במרבית המקרים.²⁰⁰ זהו הבדל משמעותי בין עמדתם של הפסיקה ושל הספרות לבין "תיאוריית הקשר" שמציג מאמר זה. זו אינה מסתפקת בטענה לקשר קונטינגנטי שאין להתחייב על שכיחותו אלא טוענת לקשר הכרחי הנובע מן החפיפה המהותית הטבועה בין יסודות החוזה.

נסכם: התאוריה המוצעת במאמר מספקת פשר לטענת הקשר הישר על שני היבטים: ראשית, היא מסבירה מדוע חיזוק ביסוד המסוימות כרוך בהכרח ולעולם (ולא רק לעתים, כפי שמקובל לטעון) בחיזוקו של יסוד גמירת הדעת; שנית, היא מסבירה מדוע בכיוון ההפוך השפעה זו (של רמת גמירת הדעת על רמת המסוימות) היא חלשה וספקולטיבית הרבה יותר.

ב. טענת "הקשר ההפוך" – הערכה ביקורתית

תרומתה המתודולוגית של התאוריה ניכרת גם בהקשר לטענה שגורה אחרת המושמעת תדיר בפסיקה. זוהי טענת ה"קשר ההפוך", שלפיה גמירת דעת ברורה מצדיקה הנמכה של 'רף המסוימות', בהשוואה לזה שהיה נדרש אלמלא היתה גמירת הדעת מובהקת.²⁰¹ גם טענה זו, כקודמתה, אינה מובנת מאליה, טעונה הסבר ואף מעוררת קושי. היא מבליעה מסר שלפיו גמירת הדעת נמצאת במעמד היררכי גבוה מזה של המסוימות, וכי היא חשובה יותר מבחינה נורמטיבית. בניגוד לטענת הקשר הישר, המצביעה על זרימה טבעית בין היסודות, טענת הקשר ההפוך מרמזת על מתח ביניהם – מתח שבית המשפט מוסמך ליישב על ידי מתן הבכורה לגמירת הדעת תוך

¹⁹⁹ אעיר, כי לא כל פרט המיתוסף לעסקה מחזק את גמירת הדעת (ואת המסוימות) באותה מידה. החיזוק המשמעותי יותר יתרחש כשהפירוט הנוסף מתייחס למערך החיובים הראשוניים של הצדדים, קרי חיובי הביצוע. במקרה כזה ללא ספק תתחזק המסוימות, ויתחזק גם רכיב הרצון המגובש. מנגד, ישנן הסכמות שהוספתן תחזק רק או בעיקר את יסודות הנחרצות והכוונה המשפטית. לדוגמה, הוספת ניסוחים חגיגיים או נחרצים יותר להסכם, תניות שיפוט, סנקציות חוזיות, בטוחות לקיום ההסכם (כגון רישום הערת אזהרה או שעבודים) וכדומה "הוראות משניות", משפיעות בבירור על גמירת הדעת, אף שאינן נוגעות במישרין לביצוע ההסכם ולכן משפיעות רק בשוליים על רמת המסוימות (וה"מגובשות") של רצון הצדדים.

²⁰⁰ למדגם מייצג של הניסוחים המקובלים ראו לעיל בה"ש 22.

²⁰¹ אסמכתות לטענת הקשר ההפוך מרוכזות לעיל, בה"ש 22 (משולבות באסמכתות לטענת הקשר הישר).

"הקרבתה" של המסוימות על מזבחה של זו. ואמנם, בספרות המשפטית ניתן למצוא אמירות מפורשות ברוח זו, המעמידות את המסוימות כדרישה נחותה בחשיבותה בהשוואה לגמירת הדעת.²⁰²

נקל לראות שגישה כזו מכרסמת בהנחת העצמאות, הרואה במסוימות כדרישה אוטונומית ועצמאית. אם המסוימות היא דרישה עצמאית ונפרדת, מה יכול להיות מקור הלגיטימציה "להקריב" אותה על מזבחה של גמירת הדעת?²⁰³ טענת הקשר ההפוך יוצרת לכאורה מתח בלתי ניתן ליישוב בין ראיית המסוימות כדרישה עצמאית, לבין ראייתה כספיח טפל לגמירת הדעת, מבחן עזר גרידא, שאינו תנאי חיוני לשכלול החוזה.²⁰⁴

למתח זה מציע המאמר הנוכחי את אחד משני הפתרונות הבאים. ככל שטענת הקשר ההפוך משמיעה שרצון ברור של הצדדים להיכבל משפטית מצדיק ויתור על דרישת המסוימות או התפשרות עם דרישת המינימום שהיא מציבה, הרי שמדובר בעמדה בעייתית שאין להסכים לה. אכן, כשם שלא ניתן לוותר על הדרישה להבעת רצון נחרצת ולכוונה משפטית רק משום שהמסוימות בהסכם מובהקת, כך לא ניתן להתפשר עם דרישת המסוימות רק משום שכוונת ההתקשרות של הצדדים מובהקת.²⁰⁵

אלא שניתן לפרש את טענת הקשר ההפוך גם באופן אחר, המאפשר להצדיקה. כך יהיה, אם נפרש את הדרישה לא כנכונות לוותר על היסוד האובייקטיבי-קונקרטי של החוזה לטובת היסוד הסובייקטיבי-חפצי שבו, אלא כהכרה בכך שהרף המינימלי של כל אחד משלושת רכיביה של גמירת הדעת – שעימו אין להתפשר – נקבע לא במנותק משני הרכיבים האחרים, אלא תוך שקלולם יחד. אם, לדוגמה, רצונם של הצדדים לכבול עצמם משפטית ברור ונחרץ, יאפשר הדבר הקלה מסוימת – עד רף מינימום שאין לחצותו – ברמת הפירוט הנדרשת. לעומת זאת, אם הרכיבים הסובייקטיביים (של כוונה משפטית ונחרצות) אינם מתקיימים בבירור – תידרש דווקא החמרה ברף המסוימות, שיוצב במקום גבוה יותר. תיאור זה אינו סותר את התאוריה האנליטית שהצעת. נהפוך הוא: דווקא משום שהמסוימות (או "הרצון המגובש") הם מרכיב חיוני בתמהיל היוצר את גמירת הדעת, ישנו היגיון רב להסמיק את בית המשפט לקבוע את המינון הנכון של כל מרכיב

²⁰² ראו לדוגמה דברים שכותבים שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ' 191-192, אגב הדיון במבחנים לתוקפו של זכרון דברים: "הדרישה הראשונה והעליונה היא הדרישה לגמירת דעת... הדרישה השנייה היא הדרישה למסוימות; דרישה זו היא משנית לעומת הדרישה לגמירת דעת...".

²⁰³ ההכרה במתחים בין שני יסודות החוזה, ובירידת קרנה של המסוימות לא החלו בפרשת **בית הפסנתר** המפורסמת (לעיל ה"ש 24) והם זהו כבר בראשית שנות ה-90. בספרות, ראו מאמרה של רנר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 41; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 284; בפסיקה ראו את דברי השופט דב לוין בפרשת **חוף התכלת**, לעיל ה"ש 1, בפס' 32, שהזכיר כבר בשנת 1993 את "המגמה החדשה, המקובלת בבית משפט זה, ולפיה יש לגלות גמישות בכל הנוגע למסוימות החוזה ולהעביר את מרכז הכובד לשאלת גמירת דעתם של הצדדים...". על תפקידו המרכזי של כלל ההשלמה המהותית בביסוס מגמה זו אני עומד בהרחבה במאמרי התאום, לעיל ה"ש 1. בין היתר, אני מראה שם שדברי השופט דורנר בפרשת **בית הפסנתר**, לעיל ה"ש 24, שבה ראו רבים קריאה לביטולו של יסוד המסוימות, היא הערת אגב שלא נקלטה בפסיקה, ושהכרסום האמיתי בדרישת המסוימות החל שנים רבות קודם לכן בפרשת **רבינאי**, לעיל ה"ש 14.

²⁰⁴ האמביוולנטיות באשר לטיבה של המסוימות – מבחן עזר לאיתור גמירת דעת או מבחן מהותי עצמאי – משתקפת היטב בדברי השופט הנדל בפרשת **בן חמו**, לעיל ה"ש 22, בפס' 5: "מסוימות של חוזה מהווה דרישה בפני עצמה להצעה ואף יכולה לשמש מבחן עזר לגמירת דעת."

²⁰⁵ נניח, לדוגמה, כי בעסקה נתונה המסוימות מחייבת הסכמה על שלושה נושאים מהותיים, וכי בפועל הסכימו הצדדים רק על שניים מתוכם. האם העובדה שכוונת ההתקשרות של הצדדים מובהקת (לדוגמה, משום שהם מצהירים על כך בנוכחות עורך דין) מצדיקה הקלה או החלשה ברף המסוימות המינימלי שבית המשפט סבור שמתאים לאותה עסקה? גישה כזו פוגעת ברציונלים החשובים של דרישת המסוימות, ואין להסכין לה. אני מבסס עמדה זו ביתר הרחבה בפרק ד' של מאמרי הנ"ל בה"ש 2.

בתמהיל תוך התחשבות במינון של הרכיב האחר (כאמור, עד "רצפה" מסוימת, שאין לרדת אל מתחת לה).

לסיכום, ההנחיה השיפוטית המגולמת בטענת הקשר ההפוך, ואשר לאור הנחת העצמאות נחזית כ"ערבוב" מין בשאינו מינו והתפשרות תמוהה על דרישה חיונית שקובע החוק הופכת, לאורה של התאוריה המוצעת כאן, להנחיה הגיונית ומתקבלת על הדעת.

ג. גמירת דעת אפשרית בהעדר מסוימות – הערכה ביקורתית

לאור האמור עד כה, כיצד יש להעריך את אותן אמירות המושמעות מעת לעת בפסיקה ובספרות כחלק מהגישה האורתודוקסית, המדגישות כי גם בהינתן גמירת-דעת עשוי יסוד המסוימות שלא להתקיים, כך שהחווה לא ישתכלל?²⁰⁶

גם הפעם התשובה פשוטה: קבלת התאוריה שהצעתי מחייבת לדחות קביעות אלה משום שהן עומדות בסתירה להנחות היסוד שלה. אם מקבלים את טענתי שהמסוימות היא חלק חיוני מגמירת הדעת, ברי שאין כל אפשרות מושגית שתתקיים גמירת דעת מבלי שתתקיים מסוימות.

אכן, אין לשלול אפשרות שאמרות אגב שיפוטיות אלה, יותר משבאו להדגיש את עצמאותן של שתי הדרישות זו מזו, נועדו להבליט דווקא את חיוניותו של יסוד המסוימות. כדי להעצים את חשיבותה של המסוימות, מסתייעת הדוברת בהנחת העצמאות וגוזרת ממנה מסקנה שלפיה מאחר שכל יסוד הוא נבדל ונפרד, הרי שחשוב להקפיד ולבחון את דרישת המסוימות גם כאשר נראה שגמירת הדעת התקיימה בבירור.

דא עקא, כפי שראינו, המסקנה שהתקיימות כל אחד משני היסודות אינה מבטיחה את התקיימות רעהו נכונה רק לגבי יסוד המסוימות: זה יכול שיתקיים מבלי שיהא בכך בהכרח כדי לקיים את יסוד גמירת הדעת. ברם, ביחס לגמירת הדעת הקביעה שגויה: עצם העמידה בדרישה לגמירת דעת כרוכה בהכרח גם במילוי דרישת המסוימות. כאן בהחלט ניתן ללמוד מהתקיימותו של יסוד אחד על התקיימות רעהו.

נבהיר: איני טוען שקביעות ברוח זו היו תמיד אמרות אגב גרידא ולא שיקפו מעולם את עמדת הפסיקה. בתפיסה צרה או "רזה" יותר של גמירת-דעת, שאינה כוללת בתוכה את מרכיב הרצון המגובש, קביעות אלה עשויות היו להיחשב נכונות, כלומר לתאר היטב את הדין הנוהג. ברם, כפי שהראה המאמר, תפיסה צרה כזו נזנחה מזה כשלושה עשורים ואין היא משקפת עוד את עמדתה של הפסיקה – לא מבחינה רטורית ובוודאי שלא מבחינת הפרקטיקה השיפוטית.

4. המשמעות הפרקטית: שיפור בהבנת הדין ובחיזוי הכרעות שיפוטיות

בפתח המאמר הבהרתי כי תרומתו העיקרית נמצאת במישור התיאורי: ביאור והנהרה של מורכבות המושג "גמירת דעת" ושל יחסי הגומלין בינו לבין יסוד המסוימות. התרומה העיקרית של ה"תגליות" השונות שהציעה התאוריה שניסח המאמר ערוכות אפוא במישור העיוני והמתודולוגי, ולא במישור הנורמטיבי. ברם, אין פירוש הדבר כי התאוריה נטולת השפעה מעשית. לדעתי, ההיפך נכון: התאוריה המוצעת עשויה להועיל לעוסקים במלאכת המשפט – שופטים, פרקליטים, מורי המשפט ותלמידיו – להבינו, ולכן גם ליישמו בצורה טובה יותר.

²⁰⁶ ראו לדוגמה את דבריהן של השופטות דורנר וביניש בפרשת **בית הפסנתר**, שהובאו לעיל בה"ש 24 ו-25 בהתאמה, ואת דברי המלומדים שהובאו לעיל בה"ש 26.

ראשית, אם תתקבל על דעתם של מורי המשפט ומלמדיו, תוכל התאוריה המוצעת להקל את מלאכת ההוראה והלימוד של דיני הכריתה ולהיטיב עימה.²⁰⁷ הבנת שורשיו של הקשר הטבוע בין היסודות בכוחה לתת פשר לאמירות שונות – לעתים סותרות – המושמעות בפסיקה בנוגע למעמדן של גמירת הדעת ושל המסוימות ובנוגע ליחס ביניהן.

שנית, מודעות לקשר הטבוע שבין המסוימות לגמירת הדעת עשויה להיות בעלת חשיבות מעשית לכל העוסקים הלכה למעשה בהכנת חוזים או במתן ייעוץ משפטי בסוגיות דנן. התאוריה מעמידה בידי היועץ המשפטי או הפוסק, המבקש לדעת (מראש או בדיעבד) אם הסכמה פלונית עולה כדי חוזה, שיטת עבודה נוחה ופשוטה. על פי שיטה זו, היסוד היחיד הנדרש תמיד לשם שכלולו של חוזה הוא גמירת הדעת ההדדית של הצדדים להסכם.²⁰⁸ זו תתגבש ברגע שבו ניתן להצביע על הסכמה המקיימת, בעת ובעונה אחת, את שלושת רכיביה של גמירת הדעת: כוונה משפטית, נחרצות, ורצון מגובש (או: "מסוים").²⁰⁹

שלישית, התאוריה מאפשרת להבין טוב יותר את הפרקטיקה השיפוטית ואף לצפותה מראש. כפי שראינו, היא נתמכת באופן שבו מכריעים בתי המשפט בפועל בסכסוכים שעניינם בכריתת חוזה. ראינו שקיים קשר גומלין מורכב – אך ברור וניתן לצפייה מראש – בין ההכרעה בשאלת המסוימות לבין ההכרעה בשאלת התקיימותה של גמירת דעת. מודעות לקשר הטבוע בין שני היסודות הפורמליים של החוזה במשפטנו מאפשרת אפוא לחזות מראש את מבנה ההכרעה בסוגיות המסוימות וגמירת הדעת. מודעות כזו עשויה לסייע לפרקליטים לבחון בעין ביקורתית הכרעות שיפוטיות החורגות ממבנה ההכרעה הצפוי – לדוגמה, הכרעה המשלבת ממצא גמירת דעת חיובי עם ממצא מסוימות שלילי.²¹⁰

5. סוף דבר

לכתיבה אקדמית נודעת לרוב השפעה מוגבלת למדי על המציאות. בניגוד לדברי חקיקה, להלכות פסוקות ולאמרות אגב של שופטים בכירים, למאמר אקדמי אין מעמד נורמטיבי מחייב. השפעתו של טיעון אקדמי מקורה בכוח השכנוע שלו ולא במקור סמכותו של הטיעון או של הטוען. מאמר זה ניסה לחשוף בפני הקורא את אי-הבהירות העמוקה השוררת בליבת דיני כריתת החוזה במשפט הישראלי בשאלת מהותה של "גמירת דעת" ובשאלת היחס בינה לבין יסוד המסוימות. הדיון נפתח בביסוסה של הנחת העצמאות, שהיא נקודת מוצא לכל דיון בדיני הכריתה. הנחה זו הועמדה למבחן הביקורת באמצעות ניתוח בלשני של המושג גמירת-דעת, והארת הקשר הסמנטי הטבוע בינו לבין מושג המסוימות. בהמשך בחנתי התנגדויות אפשריות לתאוריה אנליטית-פרשנית זו ומנגד הצבעתי על רמזים להכרה שיפוטית ואקדמית בה. בשלב השלישי הוצגו ממצאיו של מחקר אמפירי אשר לעניות דעתי תומכים תמיכה משמעותית בטיעוני המאמר. לבסוף, הצבעתי על תרומות אפשריות של התאוריה במישור העיוני, המתודי והפרקטי.

²⁰⁷ המתח החמור ביותר בדיני הכריתה נובע ממיטוס ההשלמה המהותית, שנדון בהרחבה במאמרי הנ"ל בה"ש 4.
²⁰⁸ כמובן שעשויות להתעורר שאלות נוספות, הנוגעות בדרישות שאינן מעוגנות בפרק א' לחוק החוזים, ובעיקר: כשרות המשפטית, צורה (כשהיא תנאי לתוקף החוזה לפי דין או הסכם) וכן הדרישה להעדר פסלות (לפי סעיף 30 לחוק החוזים).

²⁰⁹ יש יסוד להניח שגם מרצים בקורס היסוד "דיני חוזים", עוזרי ההוראה שלהם, ותלמידיהם, עשויים להפיק תועלת משיטת הניתוח החדשה.

²¹⁰ דוגמה להכרעה בלתי עקיבה מסוג זה נדונה לעיל בה"ש 74.

שלוש הערות מסכמות ראויות להישמע בטרם יונח קולמוסי. ראשית, טענתי במאמר לא היתה שאין להעלות על הדעת שום אפשרות תיאורטית לבדד את יסוד המסוימות מיסוד גמירת הדעת. הטענה לא היתה אלא זו: הזיקה הסמנטית הקיימת בשפה העברית בין המושג "גמירת דעת" לבין היסוד הקונקרטי של ההסכמה החוזית היא כה חזקה, עד שכל ניסיון לייצר (בחקיקה) ולשמר (בפסיקה) בידוד מושגי כזה בין שני היסודות אינו יכול אלא להיכשל. תולדות ההגדרה של גמירת הדעת מצד אחד והבדיקה האמפירית המקיפה מצד שני מאששות השערה זו.

שנית, חשוב להבהיר שקריאת התגר של המאמר על הנחת העצמאות אינה אמורה להשפיע – לכאן או לכאן – על היקף ההכרה השיפוטית בהסכמים כחוזים. שופטים הנוטים להעניק משקל רב ליסודות הסובייקטיביים של החוזה (המגולמים ברכיב הנחרצות וברכיב הכוונה המשפטית), ימשיכו ליישם גישה מקילה בכל הנוגע ליסודו האובייקטיבי (שעניינו ברמת הקונקרטיות של ההסכם). עמיתיהם, הרואים חשיבות בגיבוש הסכמה מפורטת כתנאי למתן אכיפות, ימשיכו לתת ביטוי לגישה מחמירה יותר – בין בהעלאת רף המסוימות ובין בהעלאת הרף הנדרש לשם עמידה בדרישה לגמירת דעת (הכוללת ממילא את רכיב הרצון המגובש). כך או כך, מאמר זה טען כי הבנה מלאה של ליבת דיני כריתת החוזה מחייבת הכרה בקשר הטבוע והבלתי ניתן לניתוק בין יסוד גמירת הדעת לבין יסוד המסוימות.

לבסוף: ההבנה שהמסוימות היא רכיב המכונן את גמירת הדעת נושאת עמה גם לקח או מסר נורמטיבי חשוב. בניגוד לרושם המתקבל מהכרתן הגורפת של הפסיקה ושל הספרות בסמכות להשלים פרטים מהותיים על יסוד הוראות חוק משלימות, מחדדת התאוריה האנליטית שנפרשה במאמר זה את ההבנה שהסכמה הדדית (פוזיטיבית ואקטיבית) על מכלול הפרטים המהותיים של העסקה היא תנאי שאין בלתו לשכלול חוזה.²¹¹ כך, לא רק משום שויתור על דרישת המסוימות מנוגד ללשון החוק ולעמדת הפסיקה, אלא משום שויתור כזה פירושו כרסום מהותי בדרישה לגמירת דעת עצמה – הכוללת מניה וביה את הדרישה להסכמה על מכלול הפרטים המהותיים. יש לקוות שמסר זה יחלחל לתודעתם של פוסקים, יועצים, עורכי דין, תלמידי משפט וכל מי שעוסקים או מתעניינים במלאכת היצירה של חוזים במשפט הישראלי.

יהיו הדברים כאשר יהיו, תקוותי היא שקוראיי המאמר השתכנעו שגרעין דיני כריתת החוזה במשפט הישראלי מורכב יותר ממה שמקובל להניח, ושהמאמץ לפשטו ולהנגישו הוא כדאי ומפרה – ואולי אפילו מהנה.

* * *

²¹¹ נושא זה עומד במרכזו של מאמרי התאום, הנ"ל בה"ש 4, אך עלה גם אגב הדיון בטענת ה"קשר ההפוך", לעיל 3.1(ב).

נספח א'**רשימת פסיקה – בית המשפט העליון (2008-2019)**

1. ע"א 7021/14 ילינק נ' אורנשטיין (31.10.2017).
2. ע"א 7424/15 חלילה נ' מוחמד (11.09.2017).
3. ע"א 6235/15 חלאק נ' כריים (15.02.2017).
4. ע"א 7591/13 פלוניס נ' פלונית (25.01.2016).
5. ע"א 1790/15 מזרחי נ' אבני (16.08.2015).
6. ע"א 4921/12 איש חירם חברה קבלנית לבניה והשקעות בע"מ נ' בנק הפועלים (16.12.2014).
7. ע"א 9255/11 דניאל נ' פלונית (11.08.2013).
8. ע"א 692/12 פרידמן נ' שפירא (07.08.2013).
9. ע"א 9247/10 רוזנברג נ' סבן (24.07.2013).
10. ע"א 10859/07 חברה קדישא נ' לוי (22.01.2012).
11. בג"ץ 634/11 באשה נ' מדינת ישראל (27.07.2011).
12. ע"א 8320/09 אלחדד נ' שמיר (29.03.2011).
13. ע"א 8505/09 שאשא נ' ירוק בעיר הנעה בגז בע"מ (23.03.2011).
14. ע"א 1194/09 נתיבי איילון בע"מ נ' עיריית חולון (16.02.2011).
15. ע"א 7193/08 עדני נ' דוד (18.07.2010).
16. ע"א 10705/08 בן חמו נ' פרזות חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ (23.11.2010).
17. ע"א 8728/07 אגריפרם אינטרשניונל בע"מ נ' מאירסון (15.07.2010).
18. ע"א 6051/07 שדה נ' מנהל מקרקעי ישראל – מדינת ישראל (25.04.2010).
19. ע"א 5472/04 ואני נ' ארמלי (13.12.2009).
20. ע"א 3160/08 מזר נ' גאון חברה לבנין והשקעות בע"מ, (28.06.2009).
21. ע"א 5511/06 אמינוף נ' לוי השקעות ובניין בע"מ (10.12.2008).
22. ע"א 8430/06 שבתאי נ' ספני (03.11.2008).
23. ע"א 2469/06 סויסה נ' חברת זאגא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ (14.08.2008).

נספח ב'**רשימת פסיקה – בית המשפט העליון (1991-2007)**

1. רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577 (2001).
2. ע"א 2036/94 טרבלסי נ' טרבלסי, פ"ד נג(1) 457 (1999).
3. ע"א 6490/97 אלחג' נ' אבו עקל, פ"ד נג(2) 49 (1999).
4. ע"א 3380/97 תמגר חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' גושן, פ"ד נב(4) 673 (1998).
5. ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5) 820 (1997).
6. ע"א 3102/95 כהן נ' כהן, פ"ד מט(5) 739 (1996).
7. ע"א 133/89 החברה לפיתוח חוף התכלת (תל-אביב-הרצליה) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה, פ"ד מז(5) 689 (1993).
8. ע"א 342/89 ג.ז. רכסים בע"מ נ' גרופר, מו(2) 724 (1992).
9. ע"א 702/89 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אורים, פ"ד מה(2) 811 (1991).

נספח ג'**רשימת פסיקה – בתי המשפט המחוזיים (2016-2019)**

1. ה"פ (מחוזי ב"ש) 51644-06-18 שטרית נ' כץ (10.11.2019).
2. ת"א (מחוזי ת"א) 37947-11-17 סרדניוף נ' מואיז (24.07.2019).
3. ת"א (מחוזי ת"א) 35872-05-15 טלר נ' קדם (06.05.2019).
4. ת"א (מחוזי מרכז) 36140-09-17 מיזן נ' פרידמן (12.02.2019).
5. עמ"ש (מחוזי ת"א) 26328-10-17 א.כ. נ' ח.ר. (10.02.2019).
6. ת"א (מחוזי נצ') 69726-11-16 ישפה נ' אדרעי (26.11.2018).
7. ת"א (מחוזי מרכז) 37934-11-15 דישראל נ' זיו (05.11.2018).
8. ת"א (מחוזי י-ם) 35587-03-15 צעירי אגודת חב"ד נ' ארנון – מנהל עיזבון המנוח גומא לאנדרו אגיאר (04.11.2018).
9. ת"א (מחוזי י-ם) 1947-09-17 זמט נ' מינס (2.11.2018).
10. ת"א (מחוזי ת"א) 4827-02-16 דנינו נ' טרקוטה אופקים תעשיות חרס בע"מ (01.11.2018).
11. פ"ק (ב"ש) 57855-01-18 דקור רהיט (2000) 1989 בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (15.8.18).
12. ה"פ (מחוזי חי') 69381-09-16 ציוני נ' שגיא (06.08.18).
13. ה"פ (מחוזי מרכז) 9335-04-17 בירנבאום נ' צברי (13.07.2018).
14. ת"א (מחוזי מרכז) 18217-05-16 שחר ברק יזמות נדל"ן בע"מ נ' גזית (29.05.2018).
15. ת"א (מחוזי מרכז) 44966-09-14 עזאמי נ' עזאמי (15.05.2018).
16. ת"א (מחוזי מרכז) 29538-12-14 ע.ד.מ מתחם רוטשילד בע"מ מוסאצ'ו (08.05.2018).
17. ה"פ (מחוזי ת"א) 6751-03-16 צדוק נ' כהנא (04.04.2018).
18. ה"פ (מחוזי חי') 44411-02-16 שלום נ' אלטשולר (25.03.2018).
19. ה"פ (מחוזי ת"א) זיידה נ' דגמי (13.03.2018).
20. ת"א (מחוזי נצ') 17668-01-14 ג'ין נ' בוחניק (01.03.2018).
21. ה"פ (מחוזי חי') 20201-02-17 בנבנישתי נ' מרקוס (27.02.2018).
22. ת"א (מחוזי ת"א) 2352/08 יער אדריכלים ומתכנני ערים (2001) בע"מ נ' העיר החדשה טי.א.ל.וי בע"מ (19.02.2018).
23. ת"א (מחוזי חי') 2710-11-14 פרסון נ' וינר (31.12.2017).
24. ת"א (מחוזי ת"א) 37336-06-12 טכנולוגיות סטארוויז בע"מ נ' אלביט מערכות יבשה ותקשוב בע"מ (27.12.2017).
25. ת"א (מחוזי ת"א) 9470-02-15 סב בע"מ נ' פורהורצר (27.12.2017).
26. ת"א (מחוזי ב"ש) 42577-11-12 אלעורג'אן נ' מדינת ישראל (19.12.2017).
27. ת"א (מחוזי ת"א) 57736-07-13 שגיא נ' צלצינסקי (29.10.2017).
28. ת"א (מחוזי מרכז) 20517-11-13 דגל ראובן נ' דגל ראובן בע"מ (18.10.2017).
29. ת"א (מחוזי חי') 7086-01-17 שבח (15.10.2017).
30. ה"פ (מחוזי ת"א) 43744-02-17 מימון נ' זאבי (28.08.2017).
31. ת"א (מחוזי מרכז) 41804-08-15 שי נ' רשות שדות התעופה (03.08.2017).

32. ה"פ (מחוזי מרכז) 5577-03-16 סי-מון ניהול מקרקעין ויזמות בע"מ נ' רשות הפיתוח (31.07.2017).
33. ע"א (מחוזי ת"א) 27353-03-16 ב.ה.לוי בע"מ נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (19.07.2017).
34. ה"פ (מחוזי מרכז) 19158-11-16 קירת חברה קבלנית לבניה בע"מ נ' יואבי (05.07.2017).
35. ת"א (מחוזי ת"א) 44303-06-14 פלדמן נ' חדד (25.06.2017).
36. ה"פ (מחוזי ת"א) 46707-09-16 באוהאוס בע"מ נ' גלעדי (15.6.2017).
37. ת"א (מחוזי י-ם) 55627-01-13 אגודת "ישיבת דחסידי בעלזא" נ' א.ר. רותם השקעות בע"מ (11.06.2017).
38. ת"א (מחוזי ת"א) 36997-07-14 בוטיק הוטל ים המלח בע"מ נ' גרין (03.05.2017).
39. ת"א (מחוזי חי') 28877-03-16 ברבר נ' עמור (20.4.2017).
40. ת"א (מחוזי ת"א) 1778-09 ג'רני הפקות בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (07.02.2017).
41. ע"א (מחוזי ת"א) 64389-12-15 לייפוייב בע"מ נ' אינובייט בע"מ (29.12.2016).
42. ה"פ (מחוזי ת"א) 28358-10-15 לוי נ' רם (25.12.2016).
43. פש"ר (מחוזי ת"א) 1710-09 ברוך חכים (נאמן) נ' אשיש דיאמונדס בע"מ (11.12.2016).
44. ת"א (מחוזי חי') 45641-03-14 אגמון יזום ובניה בע"מ נ' דנגור (30.10.2016).
45. ת"א (מחוזי ב"ש) 20855-01-10 עזבון המנוח שלמה אמזלג נ' מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל (13.10.2016).
46. ת"א (מחוזי ת"א) 2238/08 אברהם נ' לורנס-דופלקס חב' לבניין והשקעות בע"מ (29.09.2016).
47. ת"א (מחוזי י-ם) 47765-11-11 דהן נ' רמי לוי שיווק השיקמה תקשורת בע"מ (23.08.2016).
48. ו"ע (מנהליים ת"א) 32809-08-10 עוגן נדל"ן מניב בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין תל אביב (19.07.2016).
49. ת"א (מחוזי ת"א) 3303-12-10 י.ד.מ.ש. בע"מ נ' ניסקו (30.6.2016).
50. ת"א (מחוזי מרכז) 46006-07-13 שאבי נ' עגיב (26.06.2016).
51. ת"א (מחוזי חי') 10458-04-14 קוזלי נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון (08.06.2016).
52. ת"א (מחוזי חי') 52051-12-13 עובד נ' לונדון (31.05.2016).
53. ה"פ (מחוזי נצ') 44320-06-15 מוסך דיזל חסן שהואן בע"מ (08.05.2016).
54. תני"ג (כלכלית) 26814-12-14 מנשה נ' יוויזן אייר בע"מ (03.05.2016).
55. ת"א (מחוזי מרכז) 51555-05-13 אורגניקה סחר ישראל בע"מ נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ (02.05.2016).
56. ת"א (מחוזי חי') 23914-09-11 דקואר נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (01.05.2016).
57. ת"א (מחוזי ת"א) 32070-05-10 אקרשטיין צבי בע"מ נ' חברת מבני תעשייה בע"מ (01.05.2016).
58. פש"ר (מחוזי ב"ש) 39707-02-11 סבג נ' סבג (23.02.2016).
59. ת"א (מחוזי חי') 5010-12-10 פלקסר נ' בר (12.02.2016).
60. ה"פ (מחוזי מרכז) 61824-12-14 קדוש נ' סויד (11.02.2016).

נספח ד'**ריכוז ממצאי הבדיקה האמפירית – פסיקת בתי המשפט המחוזיים (2016-2019)**

טבלה ג' – פסיקה מחוזית – 2016-2019				
מס'ד	שמות הצדדים ושנת הפרסום ²¹²	קבוצת ההתאמה ²¹³ סימן V – ממצא חיובי כפול [G+; M+] סימן X – ממצא שלילי כפול [G-; M-]	קבוצות אי-ההתאמה ²¹⁴ או [G-; M+] [G+; M-]	
			מסוימות	גמירת דעת
1.	שטרית נ' כץ (2019)	X		
2.	טרדניוף נ' מואיז (2019)	X		
3.	טלר נ' קדם (2019)	X		
4.	מיון נ' פרידמן (2019)	X		
5.	א.כ.נ' ח.ר. (2019)	V		
6.	ישפה נ' אדרעי (2018)	V		
7.	דישראלי נ' זיו (2018)	X		
8.	צעירי אגודת חב"ד נ' ארנון – מנהל עיזבון המנוח גומא לאנדרו אניאר (2018)	X		
9.	זמט נ' מינס (2018)	X		
10.	דנינו נ' טרקוטה אופקים תעשיות חרס בע"מ (2018)	X		
11.	דקור רהיט (2000) 1989 בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (2018)	X		
12.	ציוני נ' שגיא (2018)	X		
13.	בירנבאום נ' צברי (2018)	V		
14.	שחר ברק יזמות נדל"ן בע"מ נ' גזית (2018)	X		
15.	עזאמי נ' עזאמי (2018)	V		
16.	ע.ד.מ. מתחם רוטשילד בע"מ מוסאצ'ו (2018)	X		
17.	צדוק נ' כהנא (2018)	X		
18.	שלום נ' אלטשולר (2018)	X		
19.	זיידה נ' דגמי (2018)	V		
20.	ג'ין נ' בוחניק (2018)	V		
21.	בנבנישתי נ' מרקוס (2018)	X		

²¹² אזכור מלא של פסקי הדין הנכללים בטבלה זו מופיע לעיל בנספח "ג".²¹³ פסקי הדין המופיעים בעמודה זו כללו התאמה בין הממצא (שלילי או חיובי) שנקבע לעניין גמירת הדעת לבין ממצא המסוימות.²¹⁴ בפסקי הדין המופיעים בעמודה זו קיימת אי-התאמה בין הממצא (שלילי או חיובי) שנקבע לעניין גמירת הדעת לבין ממצא המסוימות. אי התאמה כזו מוליכה, מטבע הדברים, למסקנה כי לא נכרת חוזה.

		X	יער אדריכלים ומתכנני ערים (2001) בע"מ נ' העיר החדשה טי.א.ל.וי בע"מ (2018)	.22
		V	פרטון נ' וינר (2017)	.23
		X	טכנולוגיות סטארטאפ בע"מ נ' אלביט מערכות יבשה ותקשוב בע"מ (2017)	.24
		V	גל-סב בע"מ נ' פורהורצר (2017)	.25
		V	אלעורג'אן נ' מדינת ישראל (2017)	.26
		X	שגי'א נ' צלצ'נסקי (2017)	.27
		X	דגל ראובן נ' דגל ראובן בע"מ (2017)	.28
		V	חבקוק נ' שבח (2017)	.29
		X	מימון נ' זאבי (2017)	.30
		X	שי נ' רשות שדות התעופה (2017)	.31
		V	סי-מון ניהול מקרקעין ויזמות בע"מ נ' רשות הפיתוח (2017)	.32
		X	ב.ה. לוי בע"מ נ' הפניקס חברה לביטוח בעמ (2017)	.33
		V	קידת חברה קבלנית לבניה בע"מ נ' יואבי (2017)	.34
		V	פלדמן נ' חדד (2017)	.35
-	+		באוהאוס בע"מ נ' גלעדי (2017)	.36
		X	אגודת "ישיבת דחסידי בעלזא" נ' א.ר. רותם השקעות בע"מ (2017)	.37
		V	בוטיק הוטל ים המלח בע"מ נ' גרין (2017)	.38
		V	ברבר נ' עמור (2017)	.39
		X	ג'רני הפקות בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (2017)	.40
		V	לייפוייב בע"מ נ' אינובייט בע"מ (2016)	.41
-	+		לוי נ' רם (2016)	.42
		V	חכים (נאמן) נ' אשיש דיאמונדס בע"מ (2016)	.43
		V	אגמון יזום ובניה בע"מ נ' דנגור (2016)	.44
		V	עזבון המנוח אמלג נ' מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל (2016)	.45
-	+		אברהם נ' לורנס-דופלקס חב' לבניין והשקעות בע"מ (2016)	.46
		V	דהן נ' רמי לוי שיווק השיקמה תקשורת בע"מ (2016)	.47
		X	עוגן נדל"ן מניב בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין תל אביב (2016)	.48
-	+		י.ד.מ.ש. בע"מ נ' ניסקו חשמל ואלקטרוניקה בע"מ (2016)	.49
		X	שאבי נ' עגיב (2016)	.50
		X	קחזי נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון (2016)	.51
		X	עובד נ' לונדון (2016)	.52
		X	אלקבץ נ' מוסך דיזל חסן שהואן בע"מ (2016)	.53

		X	מנשה נ' יויד'ן אייר בע"מ (2016)	.54
-	+		אורגניקה סחר ישראל בע"מ נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ (2016)	.55
		X	דקואר נ' בנק דיסקונט (2016)	.56
-	+		אקדשטיין צבי בע"מ נ' חברת מבני תעשייה בע"מ (2016)	.57
		V	סבג נ' סבג (2016)	.58
		V	פלקסר נ' בר (2016)	.59
		X	קדוש נ' סויד (2016)	.60