

מסוימות וגמירת דעת – הילכו שתיים בנפרד?

מאת

יהודה אדר*

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

כל פרח משפט יודע שלפי הדין בישראל הסכמה בין שני פרטים לא תשכלל חוזה אלא אם תעמוד בשתי דרישות מצטברות: גמירת דעת ומסוימות. מושכל יסוד זה מקפל בתוכו שתי הנחות: ראשית, שכל אחת משתי הדרישות היא חיונית ושנית, שכל אחת משתייהן היא אוטונומית, כלומר עצמאית ונבדלת מרעותה מבחינת מהותה ותכליתה. הנחה אחרונה זו היא העומדת לבחינה ביקורתית – עיונית ואמפירית – במאמר זה. האם המסוימות וגמירת הדעת הן באמת דרישות נפרדות כפי שהפסיקה והספרות שבות ומשמיעות באוזנינו בעקביות מאז שנחקק חוק החוזים בשנת 1973? אם כן, באיזו מידה ובאיזה מובן? האם הפרדה זו היא פורמלית בלבד או הפרדה של מהות, ובאיזו מידה היא מיושמת הלכה למעשה? במענה לקושיות אלה מציג המאמר תאוריה אנליטית-פרשנית חדשה, הגורסת כי בניגוד לעמדתן העקבית של הפסיקה ושל הספרות המשפטית – ולמעשה אף בניגוד לעמדה העולה מלשון החוק – לאמיתו של דבר אין כל אפשרות להפריד את דרישת המסוימות מן

* 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 3-4). כאן המקום להכיר טובה ותודה לשלושה עוזרי מחקר מעולים שתרמו 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 דונוביץ, שליוותה אותי בנאמנות ובכשרון בביצוע הרובד האמפירי של המחקר. בסוף הדרך נהנית מליוי טכני איכותי ומסור של נוי וידה ואריאל הראל – תודה גם לכם! המאמר הוצג בכינוס השנתי של הפורום הישראלי לדיני חוזים שהתקיים בירושלים (ב-30.3.2017), בסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים בבר-אילן (ב-18.1.2018) ובכנס המחקר השנתי של הפקולטה למשפטים בחיפה (ב-14.2.2018). 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 גמישות ופתיחות מחשבתית ובעד טיפול מסור (וסבלני!) בכתב היד. אחרונים חביבים – תלמידי בקורס היסוד דיני חוזים לדורותיהם: גם לכם חלק חשוב בגיבוש הרעיונות הכלולים במסה זו. ההדגשות לכל אורך המאמר הן שלי – אלא אם צוין אחרת.

1 ע"א 133/89 החברה לפיתוח חוף התכלת (תל-אביב-הרצליה) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה, פ"ד מז(5) 689, פס' 20 לפסק דינו של השופט לוי (1993).

הדרישה לגמירת דעת. הסיבה פשוטה: כשפה העברית, המושג גמירת דעת כולל בחובו מרכיב חיוני של "רצון מגובש", החופף את יסוד המסוימות. תנאי המסוימות מעוגן אפוא ממילא בדרישה לגמירת דעת, במובנה המדויק והשלם. מכאן שהמסוימות כיסוד פורמלי נפרד – מתייתרת. ממצאי המחקר האמפירי המקיף שמציג המאמר מאשרים את התיאוריה האנליטית האמורה. הם מצביעים על כך שכוחה הסמוי של השפה הוא כה רב, עד שבכוחה לגבור לא רק על רטוריקה הלכתית ואקדמית מושרשת, אלא אפילו על מצוות המחקר.

מבוא. א. הנחת העצמאות: גמירת דעת ומסוימות – יסודות נפרדים. ב. גמירת דעת – סיפורה של הגדרה. 1. ההגדרה הראשונית: גמירת דעת ככוונה ליצירת יחסים משפטיים. 2. ההגדרה החדשה: רצון מגובש והחלטי להתקשר בחוזה. **ג. התאוריה: החפיפה הטבועה בין גמירת הדעת לבין המסוימות.** 1. תמצית הטיעון: רכיב הרצון המגובש כנקודת החיבור בין יסודות החוזה. 2. הקשר הסמנטי בין רצון מגובש לבין קונקרטיזם. 3. הקשר הסמנטי בין גמירת דעת לבין קונקרטיזם. 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"אוכלוסייה" 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 ובחזויו הכרעות שיפוטיות. 5. סוף דבר. **ז. נספחים.**

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 מאלה. 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); שנית, שכל אחת משתיהן היא אוטונומית, כלומר עצמאית ונבדלת מרעותה מבחינת מהותה ותכליתה (להלן: הנחת העצמאות).

והנה, מתברר שגם כאן, כפי שיקרה לעיתים 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?

2 ראו להלן בפרק א.

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 ומשמעותיותו ומציג המלצות באשר לאופן ההתמודדות הראוי עימו. שניהם מוקדשים באהבה למורת, עמיתתי וחברתי היקרה גבריאלה (גבי) שָׁלוֹ, אשר נטעה, זרעה והצמיחה את דיני החוזים בעמל רב, לאורך עשורים. זהו אות הוקרה צנוע למאמציה הכבירים – שנשאו 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 באשר להיותה תנאי חיוני לשכלול חוזה. מקור הספק נעוץ בכלל הלכתי 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

במאמר השני, הנוכחי, לא הנחת החיוניות 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 באוזנינו 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 של קשר זה, תדגיש את עוצמתו ותבחן את השלכותיו האפשריות. נדבך חשוב

3 בהקשר זה ראו גם את קובץ המאמרים המוקדש למפעל חייה של שלו בתחום החוזים, אשר מאמר זה יראה בו אור במקביל, ברשות כתב העת: **ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה** 995 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021) (להלן: **ספר גבריאלה שלו**).

4 יהודה אדר "מכאוס לעקיבות בדיני המסוימות: מסוימות והשלמה מהותית – הילכו שתיים יחדיו?" **משפטים** נא (צפוי להתפרסם ב-2021) (להלן: אדר "דיני המסוימות"). לזו הטענה במאמר הוא זה: בניגוד להנחתן הרווחת של הפסיקה ושל הספרות, כלל ההשלמה המהותית אינו פועל אך להקלה בדרישה למסוימות: בפועל שקול אימוצו להתנערות מוחלטת מן המחויבות הרטורית 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 לא מהותיים. פתרון זה מתיישב עם לשון החוק ועם תכליתיה של דרישת המסוימות, וצפונה בו תועלת רבה מבחינת היכולת לפתח ולשכלל בעתיד את דיני המסוימות.

5 ראו לעיל ה"ש 3.

בטיעון הוא המחקר האמפירי הבא לבחון באיזו מידה, אם בכלל, מאששת הפרקטיקה השיפוטית את התאוריה האנליטית שהמאמר מפתח.

ביתר פירוט, התאוריה שפורסם המאמר גורסת כי בניגוד לעמדתן העקבית של הפסיקה ושל הספרות המשפטית – ולמעשה אף בניגוד לעמדת המחוקק 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". לוז 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 לעומת דיונים 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", "נחיצות" ו"רצון מגובש". המאמר מבאר את היחס בין שלושת הרכיבים, כרקע לחשיפת תפקידו הייחודי של רכיב הרצון המגובש בעיצוב הקשר שבין 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 אופייה התיאורי (דיסקריפטיבי) של התאוריה: תכליתה לבאר את אופיו של הקשר המתקיים בפועל בין גמירת הדעת לבין המסוימות ולא לקבוע עמדה (נורמטיבית-פרסקריפטיבית) באשר לתפיסה הראויה או הרצויה של קשר זה.⁷ בצד זאת ראוי לחדד כבר עתה את ההבדל הניכר בין התאוריה המוצעת במאמר לבין תיאורים קודמים של קשרי הגומלין בין יסודות החוזה.

6 את תחושת האינטואיטיבית שקיים קשר טבוע בין גמירת הדעת לבין יסוד המסוימות ניסחתי לראשונה לפני כעשור, אגב עיון ביקורתי בסוגיית ה"הסכמה להסכים". ראו יהודה אדר "מגמות ותנודות בדיון החוזים הכללי – ישראל 2010" **דין ודברים** 1 ו 41, 53, ה"ש 27 (2011) (להלן: אדר "מגמות ותנודות"): "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?". עמדתי כיום מגובשת ומשוכללת הרבה יותר. עם זאת, בסופו של דבר ממצאי המחקר שפורסם מאמר זה מתיישבים במידה רבה עם אינטואיציה גולמית זו.

7 ודייקו: איני מתכחש להיבטים הנורמטיביים המשתמעים מהטיעון התיאורי. נהפוך הוא: אני נכון להגן בשמחה על הטיעון (הנורמטיבי) שלפיו מכיוון שהיחס בין יסודות החוזה הוא כפי שאני מציע, כך ראוי גם לתפוס אותו. אלא שעמדה נורמטיבית זו נשענת על טענותי התיאורית כי יסוד גמירת הדעת כולל כבר, כעניין שבמצאות המשפטית הנוהגת, את יסוד ההסכמה על הפרטים המהותיים. גם אין פירוש הדבר כי לטיעון התיאורי אין השלכות מעשיות. ההשלכות האפשריות של קבלת הטיעון נבחנות להלן בפרק 1.

הפסיקה והספרות הכירו זה מכבר בכך שחרף עצמאותם ונבדלותם עשויים יסודות החוזה לאצול זה על זה: מסוימות חזקה, כך מקובל לומר, עשויה לתמוך במסקנה שההסכם מעיד גם על גמירת דעת (ולחפך – מסוימות חלשה עשויה לתמוך במסקנה ההפוכה); מנגד, כך נאמר לעיתים, 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, על עוצמתו או על תדירות מופעיו. גם 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 שפורסם המאמר מבקשת לסרטט 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. אמרות אלה יסודן ככל הנראה בקו מחשבה הרואה ברמת הפירוט של הסכמת הצדדים ראיה העשויה להיות רלוונטית 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 רלוונטית 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 מגמירת הדעת ולבשר מבשרה.

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

הדיון במאמר נבנה בכמה שלבים: בפרק א תוצג הנחת העצמאות ויתואר אופן התבססותה בשיח המשפטי.

8 תימוכין לאמירות שגורות אלה מרוכזים להלן בה"ש 22; לעיון ביקורתי בהן ראו להלן פרקים 3.1(א)-(ב).

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 פורס תאוריה אנליטית-פרשנית (ומשכך – 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 תוכנית-מהותית בין המסוימות, שפורשה בפסיקה כדרישה להסכמה על פרטיה המהותיים ביותר של העסקה, לבין הדרישה לגמירת דעת, הכוללת מנייה 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 חיץ רעיוני ואנליטי בין יסוד גמירת הדעת לבין יסוד המסוימות. בהמשך נבחנים ביטויים נדירים – לרוב מרומזים, מסויגים ולקוניים – של הכרה בעוצמתו 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 כיצד צפוי להשתקף בפסיקה הקשר הטבוע אשר לו טוענת התאוריה. בחינתה של הפסיקה העליונה והמחוזית הרלוונטית מלמדת כי הממצא האמפירי תומך בכיורור בתאוריה האנליטית שמציג המאמר.

פרק ו נועל את הדיון בסכמו את השלכותיה האפשריות – ואת תרומותיה המקוות – של "תאוריית הקשר" החדשה שמציע המאמר בין המסוימות לבין גמירת הדעת.

א. הנחת העצמאות: גמירת דעת ומסוימות – יסודות נפרדים

ההנחה שגמירת דעת ומסוימות הם יסודות נפרדים ועצמאיים (להלן: הנחת העצמאות) מושרשת בשיח המשפטי במידה כזו שנדמה כי לפנינו אקסיומה שאינה ניתנת לערעור ואף אינה צריכה ראייה. 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 סעיף 2 לחוק: זו מבחינה – באמצעות ו' החיבור – בין שני התנאים המצטברים שבהיעדרם לא תיכון "הצעה", ולכן גם לא ייכון חוזה ב"קיבולה".¹⁰ ואומנם, עד מהרה זכה פירוש טבעי ומתבקש זה של החוק לאישוש שיפוטי. בפרשת **זנדבנק** זכו המושגים "גמירת דעת" ו"מסוימות" לראשונה לעיון שיפוטי מעמיק.¹¹ 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 לביסוס איתן 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

- 9 בלשונו של ס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 (להלן: החוק): "והיא מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה".
- 10 גם דברי ההסבר להצעת החוק תומכים במסקנה זו. ראו הצעת חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ל–1970, ס"ח 126, 880, 129 (להלן: הצעת חוק החוזים): "הסעיף קובע שני תנאים להצעה: האחד – שתראה את כוונת המציע ליצור יחסים משפטיים מחייבים, והשני – שתהיה מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבולה".
- 11 ע"א 440/75 **זנדבנק נ' דנציגר**, פ"ד ל(2) 260 (1976).
- 12 שם, פס"א לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר.
- 13 שם, פס"ב ואלך.
- 14 ע"א 158/77 **רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק)**, פ"ד לג(2) 281 (1979).
- 15 שם, פס" 5 לפסק הדין. 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 **גריידל נ' הורוביץ**, פ"ד יא 57 (1957); ע"א 694/69 **מגידו נ' דיור חן**, **חברה קבלנית לבנין בע"מ**, פ"ד כד(2) 6 (1970). לביקורת על הגישה המרחיבה בסוגיית זכרון הדברים במקרקעין ראו לאחרונה מנחם מאוטנר "רק החוזה המקצועי, ולא זכרון דברים, צריך ליצור זכויות וחייבים בעסקאות מקרקעין" **ספר גבריאלה שלו**, לעיל ה"ש 3, 303.
- 16 הם נזכרים בהמשכו של פסק הדין.
- 17 עניין **זנדבנק**, לעיל ה"ש 11, פס"ב. כן ראו להלן פרק ב.1.
- 18 עמד על כך השופט מלץ באחת הפרשות: "במבחינים אלו של השופט ברק [בפרשת **רבינאי**] יש למעשה התאמה – למקרה של הסכם מוקדם – של הבחינה הרגילה אם נכרת חוזה [...]". (ראו ע"א 342/89 **ג.ו. רכסים בע"מ נ' גרופר**, פ"ד מו(2) 724, פס" 14 לפסק דינו (1992)). ראו בדומה גבריאלה שלו **כריתת**

בדומה לפרשת זנדבנק, גם בפרשת רבינאי נבחנו ויושמו שתי הדרישות בנפרד.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, אם הצדדים לא נתנו ביטוי בזכרון הדברים לפרטים החיוניים והמהותיים של העסקה.²⁰

עצמאותו העיונית של יסוד המסוימות עולה במפורש אף יותר מדברים שכתב השופט עציוני 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

חווה 16 (פירוש לחוקי החוזים, מיסודו של ג' טרסקי, התשל"ח): "אין כאן [במבחן הכפול לתוקפו של זכרון דברים] אלא ניסוח אחר לתקפותה של הצעה, לאמור, גמירת-דעת ומסוימות". דא עקא, כפי שיובהר בפרק הבא, בהמשך הדרך אימצה הפסיקה הגדרה "עבה" יותר לגמירת הדעת, ובכך העמידה הקבלה אנליטית זו בספק.

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

20 שם, פס' 7. במפתיע, סמוך לאחר דברים אלה ניסח השופט (כתוארו אז) ברק, לראשונה בבכורו ובנחרצות, 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 (אדר "דיני המסוימות", לעיל ה"ש 4), מוקדש לעיון בדיסוננס זה ובהשלכותיו.

21 ראו ע"א 153/74 אברהם נ' חבוה, פ"ד כט(1) 737, 741 (1975), שם השופט עציוני הסתמך על דברים שהשמיע בע"א 651/72 פסטונק נ' לוי, פ"ד כח(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 בידי השופט עציוני עוד קודם לכן בע"א 651/71. פסק הדין לא פורסם וחיפושיי אחריו העלו חרס, אך מספר ההליך והציטוט מתוך פסק הדין מופיעים בע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן, פ"ד כח(2) 291, 295–296 (1974). ראו גם את דברי השופט זוסמן בע"א 267/77 בוגנים ציצ'ק חברה לבנין בע"מ נ' יורשי 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. עינינו הרואות כי בעוד שבפרשת זנדבנק (לעיל ה"ש 11) ביסס השופט שמגר את הנחת העצמאות על פשט לשונו של החוק וראה אותה כמוכנת כמעט מאליה, הרי שבפרשת רבינאי (לעיל ה"ש 14) ביסס השופט ברק את הנחת העצמאות על ההלכות שקדמו לחוק החוזים, ואשר קבעו מבחן כפול לתוקפו של זכרון דברים.

מניסוחים נחרצים אלה משתמע שהסכם עשוי לקיים את דרישת המסוימות מבלי לקיים את הדרישה לגמירת דעת ולהפך: הסכם עשוי להעיד על גמירת דעת אך להיכשל במבחן המסוימות. עינינו הרואות כי הנחת העצמאות שאומצה בפרשת **זנדבנק** לא חידשה אפוא כל חידוש מהותי לעומת הדין הקודם, אלא שימרה את ההבחנה העיונית ששררה בו בין שני המבחנים המצטברים לתוקפו החוזי של זכרון דברים. כך התבססה בפרשות **זנדבנק ורבינאי** 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 שהסכם מעיד על גמירת דעת (ולהפך: מסוימות חלשה תקשה על הסקת מסקנה כזו). אל אמרה שיפוטית שגורה זו, שתכונה במאמר טענת "הקשר הישר", הצטרפה בשלב מאוחר יותר גם טענה לקיומו של "קשר הפוך" בין היסודות: ככל שגמירת הדעת חזקה יותר, כך נאמר לעיתים, יוכל בית המשפט להסתפק במסוימות בדרגה נמוכה יותר ולפיכך יאות ביתר קלות להשלים את הפרטים החסרים בהסכם "השלמה נורמטיבית".²²

22 "הקשר הישר" בין היסודות הוכר בפסיקה כבר בשנות השבעים. לדוגמה, בפרשה אחת שהוכרעה לפי הדין שקדם לחוק החוזים, ציין השופט זוסמן כי: "שתי השאלות הנ"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 21, בעמ' 205). בשלב מאוחר יותר, ובד בבד עם מגמת הריכוך בדרישת המסוימות, הוכרה לעיתים גם טענה בדבר "קשר הפוך". 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 לפסק דינו של השופט מצא (1989); עניין **חוף התכלת**, לעיל ה"ש 1, פס' 35 לפסק דינו של השופט דב לוי; ע"א 1049/94 **דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן**, פ"ד נ(5) 820, פס' 13 לפסק דינו של השופט אור (1997): "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 לפסק דינו (1998). ברע"א 4976/00 **בית הפסנתר נ' מור**, פ"ד נו(1) 577 (2001), 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" (שם, פס' 9). 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". בדומה ראו ע"א 7193/08 **עדני נ' דוד**, פס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 18.7.2010); ע"א 8430/06 **שבתאי נ' ספני**, פס' 34 לפסק דינו של השופט דניציגר (נבו 3.11.2008); ע"מ 10705/08 **בן חמו נ' פרוזת – חב' ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ**, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 23.11.2010); ע"א 9255/11 **פרידמן נ' שפירא**, פס' 35 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 7.8.2013); ע"א 6235/15 **חלאק נ' דניאל נ' פלונית**, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 11.8.2013); ע"א 15.2.2017 **כריים**, פס' 20 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (נבו 15.2.2017). בספרות ראו לדוגמה גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 169–170 (מהדורה רביעית, 2019) (יסודות גמירת הדעת

ברם – וכאן הנקודה החשובה – ההכרה בקיומם של קשרי גומלין בין יסודות החוזה לא לזוהי 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, בציינה 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

והמסוימות נפרדים אך אוצלים ומשפיעים זה על זה; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים 266 כרך א (1991) (כנ"ל).

23 ראו לדוגמה עניין **דור אנרגיה**, לעיל ה"ש 22, פס' 9 לפסק דינו של השופט אור: "נותר להכריע בשאלה העיקרית והיא, האם נכרת בין הצדדים חוזה תקף ומחייב [...] לשם הכרעה בשאלה זו בחן בית-משפט שני מבחנים מצטברים [...] האם נתקיימו בטיטה ובסיכום הדברים יסודות גמירת הדעת וההתנאה על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה?"; ע"א 5332/03 **רמות ארזים – חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' שירן**, פ"ד נט(1) 931, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל (2004): "על-מנת שזיכרון-הדברים יהיה מחייב וסופי, עליו למלא את דרישות חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 – קיום יסודות של גמירות-הדעת והמסוימות – וכאשר מדובר במקרקעין, עליו לעמוד גם בדרישת הכתב [...]"; ע"א 11173/02 **אלוניאל בע"מ נ' זאב בר בנין ופיתוח 1994 בע"מ**, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (נבו 3.4.2006): "כדי שיוקנה למסמך כזה [הסכם מוקדם, זכרון דברים] תוקף חוזי עליו לקיים את דרישות היסוד המותוות בחוק החוזים, לאמור: גמירות דעת ומסוימות". אמירות ברוח זו מושמעות באין-ספור מקרים, בכל הערכאות.

24 ראו פרשת **בית הפסנתר**, לעיל ה"ש 22. אודה כי נקיטת הדיבור "חוזה גמור" בנוגע להסכם נעדר-מסוימות אינה נהירה לי. במבט שטחי ניתן לטעון כי יש בה משום גילוי דעת שהסכם יכול שיהיה "חוזה גמור" אפילו בהיעדרה של מסוימות. ברם סביר יותר להניח שבמילים "חוזה גמור" לא התכוונה השופטת לרמוז שייחכן 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 ובייחוד מהסיפא להם נראה שאליבא דדורנר אפילו מתקיימת בהסכם במובהק הדרישה לגמירת דעת, הרי שבהיעדרה של מסוימות יהיה ההסכם נעדר תוקף משפטי (ולכן לא יהיה ראוי לתואר "חוזה גמור"). עמדת השופטת דורנר בפרשת **בית הפסנתר** נבחנת במאמרי "דיני המסוימות", לעיל בה"ש 4, בפרק ב.2.

25 פרשת **בית הפסנתר**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 592. לגישה דומה, המניחה שגמירת דעת עשויה להתקיים גם בהיעדר מסוימות ראו את הדברים שנאמרו בע"א 1734/96 **כהן נ' כהן** (נבו 23.4.1998): "אכן יש שבת המשפט מסיק מחסרונו 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

הנחת העצמאות משמשת נר לרגליהם של פוסקות ופוסקים בכל הערכאות והיא ניכרת בראש ובראשונה במתודה השיפוטית. דיון שיפוטי טיפוסי בשאלה אם בין פלונית לאלמונית נכרת חוזה ייפתח לרוב בתזכורת כללית בדבר 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 "הכוונה המשפטית"

גמירת הדעת, כמוה כמסוימות, לא זכתה בהגדרה חקיקתית. אומנם בדברי ההקדמה להצעת חוק החוזים ולדיונים בה צוין 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

כאשר שאלת קיומה של גמירות דעת מעוררת כשלעצמה ספק. לא כך הדבר, כאשר, כמו בענייננו, גמירות דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה ובנסיבות כריתתו ברמת הסתברות מספקת". השוו עוד לדברי השופט טירקל בע"א 9200/99 חנוכה נ' האפורטופוס הכללי, פ"ד נו(3) 801, פס' 7 לפסק דינו (2002), בהקשר של גמירת דעת ומסוימות כתנאים לתקפותה של צוואה ("עשיית צוואה היא אמנם פעולה 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 (1991) (להלן: דויטש "על מסוימות") ("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"), 298–299 ("גם אם החוזה חד-משמעי מבחינת היסוד של גמירת דעתם של הצדדים, עדיין צריך הוא לעמוד בדרישת המסוימות"), 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 כרך א לחיבורם, ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 300 (מהדורה שנייה, 2018); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 187–188 (2005) (להלן: שלו מהדורה 3) ("דרישות אלה [גמירת הדעת והמסוימות] הן מצטברות, ורק פנייה היוצאת ידי חובת שתיהן 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 ראו 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 זאת, ציין שר המשפטים דאז יעקב שמשון שפירא (מי שכהן גם כיועץ המשפטי הראשון לממשלת ישראל), כי: "הדבר הנחוץ כדי להיות חוזה הוא שתהיה 'גמירת דעת', לפי הביטוי של המשפט העברי [...]". (ראו ד"כ 23, 1763 (התש"ל) (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-1, 71, 81–95 (התש"ם–התש"א) (להלן:

ההסבר לסעיף 2 לחוק, המגדיר "הצעה", עולה בבירור שהמושג "גמירת דעת" זוהה בידי 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 בפרשנות החוק.³¹ חרף הביקורת האקדמית שנמתחה על הגדרה ראשונית זו, היא נקלטה במהירות והכתה שורש בפסיקה.³²

בהקשר זה מעניין לחדד את 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 שכבר היה מורש 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. בשל 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 צליל – שלא היה יכול להחזיק מעמד. זאת בשל המטען הסמנטי והאטימולוגי שנושא בחובו הביטוי "גמירת דעת" – אשר לא חפף כלל ועיקר את היסוד של "כוונה משפטית" במשפט האנגלי.³⁴

- דויטש "גמירת דעת"). ראו גם סיני דויטש "גמירות דעת בהתחייבויות במשפט העברי" דיני ישראל ג 207 (התשל"ב) (להלן: דויטש "גמירות דעת בהתחייבויות").
- 28 ראו הציטוט לעיל בה"ש 10.
- 29 ראו 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, פס' 5.ב).
- 31 שם, פס' 5.ב. אעיר כאן כי מעניין שבע"א 3933/09 **יאסין נ' מינהל מקרקעי ישראל** (נבו 5.9.2012) עשה בית המשפט, מפי השופט סולברג, ניסיון "להחזיר עטרה ליושנה", בקובעו שאת המושג "גמירת דעת" יש לפרש בסיוע מקורות המשפט העברי (שם, פס' 10). עם זאת לבד מאזכור אוהד של עמדת 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 ה"ש 21.
- 34 על כך ראו בסעיפים שלהלן, ובעיקר בפרק ג.

(ב) ביקורת אקדמית על ההגדרה הראשונית

ספרות המלומדים בישראל לא רווחה 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, המונח "גמירת-דעת" מגלם דרישה לרצינות ואילו המילים "להתקשר בחוזה", המופיעות בסעיף 2 לחוק, מעגנות 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 השמונים, שבו בחן בהרחבה את משמעויות המושג, טען המחבר כי במשפט העברי הדרישה ל"גמירות דעת" מתמקדת בהחלטיות הרצון ובאמיתותו – ולא באופיו המשפטי.³⁷ המחבר הוסיף וטען כי בדיני כריתת החוזה מבחן הכוונה המשפטית ממלא תפקיד משני בחשיבותו לא רק במשפט העברי אלא גם במשפט האנגלי.³⁸ הטעם לכך הוא שכוונה משפטית תמיד קיימת במשא ומתן מסחרי, מה שאין כן כשמדובר בגמירת הדעת (במובן של רצינות הכוונה), שמבחנה נועד לקבוע אם המשא ומתן הושלם או טרם הושלם.³⁹ לאור זאת ביקר המחבר את אימוצו בפרשת זנדבנק של מבחן הכוונה המשפטית.⁴⁰

35 זאב צלטנר **דיני חוזים של מדינת ישראל** 56 (1974): "נראה כי הביטוי 'גמירת-דעת' הינו ביטוי נרדף למלה 'רצינות'". במקום אחר ציין צלטנר שהשימוש בביטוי "מעיד על הרצינות אשר הצדדים צריכים לייחס למימרותיהם" (שם, בעמ' 37–38).

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). אעיר כי קשה ליישב בין עמדתו של צלטנר שיסוד הכוונה המשפטית הוא חיוני לשכלול החוזה, לבין קביעתו שעיגון יסוד זה במושג "גמירת דעת" אינו רצוי מן הטעם שהדבר עלול לשלול מהדיוט ("פתי", כלשונו) את הכוח להתחייב בחוזה (שם, בעמ' 56).

37 דויטש "גמירת דעת", לעיל ה"ש 27. יצוין שהמחבר לא הציע במאמרו הגדרה למושג "גמירת דעת". עם זאת נעלה מספק שלהשקפתו ביסודו קיים המרכיב של רצינות כוונת המתחייב, רעיון המודגש לכל אורך הדיון במקורות המשפט העברי. תפיסתו של המחבר את מושג "גמירת הדעת" עולה בברור 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 ובכובד ראש** למה שאמר, ולכל שיטת משפט אמות המידה לבחינת **רצינות** זו [...] יש צורך שיהיה ברור שהסכמת הצדדים היא **אמיתית** [...] (שם, בעמ' 73).

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

39 שם, בעמ' 96–97.

40 מעניין שבמאמר קודם שפרסם המחבר לאחר פרסום הצעת חוק החוזים אך לפני חקיקתו, זיהה המחבר דווקא את המושג "גמירות דעת" (במשפט העברי) עם הכוונה ליצור יחסים משפטיים (דויטש "גמירות-דעת בהתחייבות", לעיל ה"ש 27, 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 "מסתייעת, אגב, גם על-ידי ההתייחסות למשמעותו של המונח האמור לפי המשפט העברי" (שם, פס' ב.5).

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 לשכלולם 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 המונח "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 ומאידך 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 משמע 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 לעומק בשאלת תוכנה של גמירת הדעת. במבט שטחי נראָה כי הביקורת האקדמית לא השפיעה השפעה של ממש על גישת הפסיקה. גם בספרות המשפטית הוסיפה ההגדרה הראשונית – המזוהה גמירת דעת עם כוונה משפטית – לקבל ביטוי.⁴⁶ ברם, כפי שנראה מייד, עם השנים התחולל שינוי חשוב בהגדרה ההלכתית של גמירת הדעת, אשר נתן ביטוי חלקי לביקורת עליה.

41 גבריאלה שלו **דיני חוזים** 91 (1990) (להלן: שלו **מהדורה** 1). עמדה זו לא השתנתה, ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ' 147. מעניין 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** (שם). ראו שלו **כריתת חוזה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 8-10.

42 ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 47 ואילך.

43 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 326 (בטקסט הסמוך לה"ש 25).

44 שם, 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.

46 לדוגמה, במאמר חשוב מראשית שנות התשעים אומצה ההגדרה הראשונית במלואה: "דרישת ההעדה על גמירת דעת היא הדרישה להשתקפות חיצונית (העדה) של כוונת הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב". ראו שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" **משפטים** כא 33, 44 (1991). מפתיע לגלות שחרף השינוי הגדול שעבר על הגדרת גמירת הדעת מאז שנות התשעים, שיתואר להלן, אומצה הגדרה זו כלשונה גם במאמר חדש יחסית. ראו 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' סבן" **משפטים** מד 325, 329 (2015): "הדרישה להעדה על גמירת דעת היא הדרישה להשתקפות חיצונית של כוונה ליצור קשר חוזי מחייב".

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 במפורש.

מטעמים שיוסברו מייד, ראויה עמדתה של גבריאלה שלו לציון מיוחד. שלו לא הסתפקה בחיבורה 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 מייד, הגדרה זו אומצה ויושמה בפסיקה באופן עקבי ולמעשה תרמה לזניחתה הכמעט מוחלטת של הנוסחה ההלכתית המקורית שאומצה בפרשת **זנדבנק**; שנית, כפי שהדיון שלהלן יבהיר, הגדרה זו "כולאת" ומציפה בדיוק מפליא 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 כוללת 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 במפורש ובמודגש.⁴⁸

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

47 שלו מהדורה 1, לעיל ה"ש 41, בעמ' 91; גבריאלה שלו **דיני חוזים** 86 (מהדורה שנייה, 1995) (להלן: שלו מהדורה 2). במהדורה השלישית נשתנה הנוסח, ונקבע שגמירת דעת היא "הדרישה למפגש רצונות הצדדים והסכמתם ההדדית להתקשר בחוזה". ראו גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 172 (2005). לאחרונה, במהדורה הרביעית, הושב על כנו הנוסח המקורי ועימו גם הביקורת על ההגדרה הראשונית של הפסיקה. ראו 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 להתפרש גם 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 הייתה לו כוונה "רצינית" לראות עצמו מחויב לפי דבריו, הגם שכלפי חוץ נחזים אלה כמבטאים החלטיות. אלא שלדעתי במצב של כוונה "לא רצינית" במובן זה קשה לדבר מלכתחילה על כוונה כלשהי (בשונה ממצג של כוונה), שהרי "כוונה" מניחה את קיומו של רצון אמיתי, סובייקטיבי. בשל כך

"רכיב הנחרצות" (determination, decisiveness), מתמקד בעוצמת רצונו של המתקשר להתחייב לבצע את אשר עליו הוסכם ולא בשאלה אם אותו רצון כולל בתוכו גם שאיפה שהתחייבות 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, בצינו 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 אוהדים אלה של ההגדרה החדשה, מבית מדרשה של פרופ' שלו, לא היו בגדר אפיזודה חולפת. בעקבות 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 ירדה ההגדרה הראשונית, שזיהתה את גמירת הדעת עם הכוונה המשפטית, מגדולתה, והיא אינה מבטאת עוד את הגישה הרווחת בפסיקה.⁵⁴

אני מציע לראות בביטוי "רצינות" הנכלל בהגדרה ביטוי נרדף להחלטיות או לנחרצות ולא ביטוי בעל ערך עצמאי, הראוי להיחשב רכיב נפרד של גמירת הדעת.

50 ע"א 702/89 **אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אורים**, פ"ד מה(2) 811, פס' 7 (1991). מעניין שהשופט מלץ הפנה בעת ובעונה אחת הן לחיבורה של שלו (שפורסם בשנת 1990) והן לפסק הדין בפרשת **זנדבנק** (לעיל ה"ש 11), חרף הניגוד הלכאורי בין העמדות. הנשיא שמגר, שכתב את פסק הדין בפרשת **זנדבנק**, צירף הסכמה כללית לפסק דינו של מלץ.

51 ע"א 4956/90 **פזגו חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ**, פ"ד מו(4) 35, פס' 8 (1992).

52 ע"א 1932/90 **פרץ בוני הנגב – אחים פרץ בע"מ נ' בוחבוט**, פ"ד מז(1) 357, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1993). בפרשה זו ניסח הנשיא שמגר – לראשונה במדויק ובשלמות – את המבחן האובייקטיבי לאיתורה של גמירת דעת, בהבהירו כי נקודת המבט הרלוונטית 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).

53 למקבץ קטן של דוגמות מתוך מאות האזכורים המצויים במאגרי המידע המשפטיים ראו עניין **שבתאי**, לעיל ה"ש 22, פס' 33 ("מונח גמירת הדעת [...] מוגדר כרצון המגובש של הצדדים להתקשר בחוזה, כוונה רצינית להתקשר בחוזה והחלטיות"); עניין **יאסין**, לעיל ה"ש 31, פס' 8 ("תנאי לקיומו של חוזה

(ב) מעמדו של רכיב הכוונה המשפטית

השינוי הדרמטי שעליו עמדתי בהגדרתה של הפסיקה למן משנות התשעים 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 כוונה פרופ' שלו, ההגדרה שהציעה אף היא קושרת על כורחה – אם כי במובלע ובמוצנע – בין גמירת הדעת לבין רכיב הכוונה המשפטית. קישור זה נעשה בעצם האמירה כי גמירת הדעת היא רצון מגובש והחלטי "להתקשר בחוזה". צמד מילים זה – המופיע למעשה גם בחוק החוזים עצמו (בסעיף 2) – מלמד שמושאה 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 מגמירת הדעת, ומכל מקום דרישה המעוגנת בפרק א' לחוק החוזים ולא במקור משפטי העומד מעל לו או מחוצה לו.⁵⁶ בנסיבות אלה איני רואה הצדקה –

הוא גמירות דעת המבטאת רצון מגובש, כוונה רצינית והחלטיות [...]"; ע"א (מחוזי ת"א) 48205-10-13 דיאמנט נ' הלוי, פס' 35 (נבו 14.10.2014) ("גמירת דעת משמעה רצון מגובש של הצדדים להתקשר בחוזה המסוים"); ת"א (מחוזי ת"א) 14380-10-10 מיטרי נ' דוברונסקי, פס' 29 (א) (נבו 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 (נבו 19.6.2002) (כנ"ל). אותותיה של ההגדרה ניכרים לעיתים גם בספרות המשפטית. ראו לדוגמה את ההגדרה שהציע פבלו לרנר בספרו ההתחייבות החד-צדדית 101 (2001): "משמעות גמירת הדעת היא רצון מגובש, כוונה להגיע לידי הסכם".

54 אם כי עדיין ניתן למצוא אזכורים גם של ההגדרה הישנה, בעיקר בערכאות הדיוניות. ראו ע"א 6296/05 כהן נ' עזבון בקשי, פס' ח(5) (נבו 5.8.2007) (אזכור המבחן אגב הפניה לפרשת זנדבנק, לעיל ה"ש 11). בערכאות הנמוכות ראו לדוגמה ת"א (שלום נת) 482-03-10 יונה אברך בע"מ נ' נאג'י הובלות ומסחר בע"מ, פס' 24 (נבו 23.3.2015) ("גמירות-דעת מבטאת את הכוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים [...]"); ת"פ (מחוזי ת"א) 161/93 מדינת ישראל נ' שי, פס' 5 (נבו 23.3.1994) (אזכור מבחן הכוונה המשפטית אגב הפניה לפרשת זנדבנק, שם).

55 כפי שראינו לעיל (בטקסט הסמוך לה"ש 36), זו הייתה גם עמדתו הברורה של צלטנר.

56 העובדה שלמחלוקת התאורטית אין נפקות מעשית הוכרה בפסיקה. בעניין בראשי (לעיל ה"ש 52, פס' 8), כתבה השופטת (כתוארה אז) ביניש, כך: "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, בע"א (מחוזי י-ם) 83/94 אורבך נ' בנק איגוד לישראל בע"מ, פס' 7 (נבו 12.5.1994): "הכוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים [היא] אחד התנאים ליצירת חוזה תקף. לענייננו אין זה משנה אם רואים זאת כ'תנאי מהותי מוקדם וראשוני לכריתת חוזה' [...] או שרואים את התנאי כחלק אינהרנטי בדרישה לגמירות הדעת של הצדדים לחוזה, שכן לכל הדעות מדובר בתנאי הכרחי ליצירת חוזה תקף". השופט רובינשטיין (כתוארו אז) ניסה בפרשה אחת לגשר בין הגישות, בקובעו שהסכמת הצדדים מקיימת בביור את "גמירת הדעת הנדרשת, קרי, 'רצון מגובש, כוונה רצינית

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 הוא חלק אינטגרלי מיסוד גמירת הדעת.⁵⁸

(ג) החידוש בהגדרה החדשה: הבלטת רכיב הנחרצות וחשיפת רכיב הרצון המגובש
 בסעיף הקודם ראינו כי חרף הביקורת שספג לא נזנח מבחן הכוונה המשפטית, אלא שהפורמולה המקורית שזיהתה אותו עם גמירת הדעת הוחלפה בנוסחה חדשה ומשוכללת יותר. יוצא אפוא שההבדל הראשון שאותו הזכרתי לעיל בין ההגדרה הראשונית להגדרה החדשה אינו כה חריף: שתייהן מקבלות – זו במפורש ובמובהק, וזו במוצנע ובמובלע – 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 הרצון המגובש. אעמוד בקצרה על חשיבותם היחסית של כל אחד משני חידושים אלה, ואדגיש דווקא את חשיבותו של החידוש האחרון.

חשיבותו של החידוש הראשון מתבטא בחידודה של ההבחנה האנליטית בין רכיב הכוונה המשפטית לבין רכיב הנחרצות. אומנם, אין נראית לי העמדה שייחסה להגדרה המקורית שאימץ בית המשפט בפרשת **זנדבנק** כוונה להתעלם מרכיב הנחרצות או להמעיט בחשיבותו. איני 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 אומנם על הסתייגותו מן העמדה הרואה בנחרצות הכוונה את חזות הכול, אך אין ללמוד ממנה שלדעת שמגר אין הנחרצות רכיב חיוני של גמירת הדעת.⁶⁰ חיזוק לסברה זו יש גם בעובדה

להתקשר בחוזה והחלטיות' [...] הכולל ככלל כוונה ליצור יחסים משפטיים". ראו ע"א 5511/06 **אמינוף נ' א. לוי השקעות ובנין בע"מ**, פס' יג לפסק דינו (נבו 10.12.2008). והשוו לע"א 5042/96 **כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל – מחוז ירושלים**, פ"ד נג(1) 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 בס' 2 לחוק) אינו חל על יסוד הכוונה המשפטית, מה שמותיר את שאלת המבחן לאיתורה של כוונה משפטית פתוחה. אומנם ניתן להניח שהמצדדים בהפרדה מושגית זו ייטו להחיל גם כאן מבחן אובייקטיבי, אך הנחה זו טעונה הנמקה עצמאית.

58 אומנם 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 הכוונה המשפטית מחוץ לגדרו של פרק א' אינה מתיישבת לדעתי לא עם לשונו של ס' 2 לחוק, ואף לא עם לשונו של ס' 1, הקובע כי די בקיבולה של הצעה (הכוללת גמירת דעת ומסוימות) כדי לשכלל חוזה – ללא צורך בכל יסוד נוסף.

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

60 יתר על כן, בעת שיישם את מבחן הכוונה המשפטית הסיק השופט שמגר כי יסוד גמירת הדעת התקיים בין היתר משום שהצעה "לא היתה בגדר פעולה ראשונה ופתאומית לענין מכר המניות" (שם, פס' 5).

שבפסיקותיו העתידיות לא הביע הנשיא שמגר כל הסתייגות מהכללת רכיב הנחרצות בהגדרה החדשה שהציעה שלו לגמירת הדעת – הגדרה שכפי שראינו הוא עצמו תרם להשתרשותה בשיח השיפוטי.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 (בלשונונו – רכיב של נחרצות); ב) כוונה ורצון שאותה התחייבות נחרצת שהצד הנוגע בדבר קיבל עליו תהיה בעלת אופי משפטי, כלומר תזכה באכיפה משפטית במידת הצורך (בלשונונו – רכיב של כוונה משפטית).

החידוש השני בהגדרה החדשה – ולדעתי החשוב יותר – משתקף בהעמדת רכיב הרצון המגובש כרכיב חיוני ונפרד של גמירת הדעת. בניגוד לרושם הראשוני העשוי להתקבל מעיון בהגדרה החדשה, "רצון מגובש" 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 שתפרסם לפני הקורא עתה.

ג. התאוריה: החפיפה הטבועה בין גמירת הדעת לבין המסוימות

1. תמצית הטיעון: רכיב הרצון 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 עוצמתו. הטענה שאליה יתכנס הדיון בסופו של דבר היא שמסתמן בין שני היסודות קשר חזק וטבוע. קשר זה נובע ממהותם ומהגדרתם המשפטית של גמירת הדעת מזה ושל המסוימות מזה. אם לנקוט דימוי מעולמה של הנדסת המישור, יסודות החוזה אינם עיגולים נפרדים אלא עיגולים המקיימים ביניהם חפיפה קבועה, רחבה וחזקה.⁶² לזו הטיעון הוא כי נקודת החיבור בין גמירת הדעת לבין

5.ג. נמוק זה אינו קשור כלל לאופייה המשפטי של כוונת המציע אלא לרצינותה. היש ראייה טובה מזו לכך שהשופט שמגר לא ביקש לשלול את יסוד הנחרצות?

61 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 51-52. גם הפסיקה שקדמה לחוק החוזים לא נקטה בדרך כלל הבחנה ברורה בין כוונה משפטית לבין נחרצות, אך מניסוחי הפסיקה ניתן להבין כי הנחת הכול הייתה 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): "דבר אחד ברור, כי כדי לקשור את הצדדים קשר חוזי גם ללא צורך בחוזה פורמלי, כוונת הצדדים להתחייב זה כלפי זה צריכה להיות ברורה ונעלה מכל ספק ובית-המשפט צריך להשתכנע [...] שהם הגיעו כבר להסכם גמור ומוחלט" (פסק דינו של השופט עציוני). 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, פס' 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר (1977).

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

המסוימות היא היסוד הקונקרטי המגולם וטבוע בשתיהן: שתיהן 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 (בשונה מגוף נוזלי או מגז 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 ומבחינים אותו מרצון לא מגובש. בתמצית: רצון מגובש הוא רצון בעל ממד ברור של קונקרטיות. קונקרטיות זו היא שמקנה לו את חוסנו, את עוצמתו ואת עמידותו בפני שינויים.

בהקשר החזוי – 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 מכתובה רמה מוגדרת או אחידה של "מגובשות". רצון או כוונה עשויים להיות מגובשים בדרגות שונות: ככל שהרצון קונקרטי יותר, יהיה אפשר לקבוע ביתר קלות כי הוא מגובש, ולהפך: ככל שהרצון כללי, מופשט, היולי ואמורפי יותר, יהיה אפשר לקבוע ביתר קלות כי הוא טרם התגבש. ועם 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, שהמונח "רצון מגובש" קשור בקשר סמנטי הדוק למושג ה"קונקרטיות". אך מהו הבסיס לסברה שבהיעדרו של רצון מגובש, כלומר בהיעדרה של כוונה בעלת אופי קונקרטי, לא תיתכן גמירת דעת? מדוע מלכתחילה ראתה לנכון גבריאלה שלו להדגיש ממד זה בהגדרה שהציעה למושג גמירת דעת, 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

63 "מגובש": מוגדר היטב ובבירור, מוצק, שצורתו הסופית מעוצבת". ראו רב-מילים, המילון השלם לעברית החדשה ד 930 (יעקב שוויקה עורך ראשי, התשנ"ז), tinyurl.com/y6m2e5nx.

64 "מגובש: בצורת גבישים; קשה כגביש; מלוכד, מרוכז, יציב". ראו ראובן אלקלעי מילון עברי שלום כרך ב 744 (התשנ"ד).

65 להבחנה בין היסוד הסובייקטיבי לבין היסוד האובייקטיבי בגמירת הדעת ראו להלן פרק 1.1.1. (ג).

66 ודייקו: איני טוען שכעניין היסטורי הכללת יסוד זה נעשתה – בידי פרופ' שלו או בידי 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 לוודאי לא מודעת) בכך שקשה לדבר על גמירת דעת מבלי להניח קיומו של רצון מגובש.

(א) ההיבט העיתי של תהליך גמירת הדעת

בשפה העברית המודרנית (בעיקר המליצית) הביטוי "גמר בדעתו" על צורותיו ונגזרותיו משמש לרוב לתיאורו של מצב נפשית-תודעתית מיוחד, המקדים קבלת החלטה. מאפיין ראשון של מצב תודעה זה מתבטא בכך שהוא **תוצר של תהליך מתמשך של חשיבה ורצייה**. מרכיב עיתי זה משתקף בבירור 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 – חוזה המחליט תהליך של שקילה והתלבטות, שרק בסיומם מגיע שלב ההחלטה הסופית (ה"גמורה"). אין בכך כדי להמעט 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 באמצעה בלא סייג את ההגדרה החדשה.⁶⁷ אלא שהמושג "גמירת דעת" הוא עשיר יותר. הוא משמיע דבר-מה לא רק אודות נחישותה או נחרצותה של הבעת הרצון עצמה, אלא גם אודות התהליך המחשבתי שקדם לה. תהליך זה הוא המאפשר לראות בהבעת הרצון הנחרצת החלטה רציונלית שהיא תוצר של הפעלת שיקול דעת, במובחן מהחלטה חפוזה הנובעת מתשוקה או מחשק רגעיים, חזקים ככל שיהיו. ואומנם, מתברר שמאפיינים אלה עולים ממרבית ההגדרות המילוניות של המושג "גמירת דעת".⁶⁸

(ב) הנתונים הנשקלים בתהליך גמירת הדעת

החלטה שקולה ורציונלית אינה יכולה להתקבל בלא מודעות לנתונים הרלוונטיים לקבלתה. מהם נתונים אלה? גמירת דעת אינה מחייבת תשומת לב לכל פרט רלוונטי, 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 –

67 ועוד קודם לכן בדין הישן – ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 61.

68 ראו לדוגמה את ההגדרה שמציע אתר "מעזת" למונח זה: "כוונת התקשרות מתוך רצון **חופשי ולאחר שיקול דעת**, או כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים [...]". tinyurl.com/y365e3ho (ביקור אחרון ביום 29.9.2020). השוו: **מילון אריאל המקיף** 157 (התשס"ז): "גמר בדעתו – חשב ובא לידי החלטה"; **רב מילים** כרך א, לעיל ה"ש 63, בעמ' 283: "גמר בדעתו: בא לידי החלטה, החליט סופית (לרוב **לאחר התחבטות והתלבטות**)". ראו גם אליעזר בן-יהודה **מילון הלשון העברית הישנה והחדשה** ב 804 (התש"ח) (להלן: **מילון בן יהודה**), 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", שאותו מתאר בן-יהודה: "החליט כך או כך" ומדגים בהקשר של החלטה הנחרצת המיוחסת למי שקונה ירקות בשוק: "הלוקח ירק מן השוק הרי זה בורר כל היום ואינו חושש; משגמר בליבו הרי זה אסור להחזיר" (ראו תוספתא, דמאי ד, א) (וכן לעניין המבחן האובייקטיבי של גמירת הדעת או גמירת הלב: "גמר בליבו צריך שיוציא בשפתיו" (ראו בבלי, שבועות כו, ע"ב)).

לא ניתן לראות בשום החלטה, הסכמה או התחייבות כאלה שהתקבלו או ניתנו בשום שכל ומתוך שיקול דעת.⁶⁹

לטעמי, המושג "רצון מגובש" נוגע בדיוק בנקודה 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 לכבול 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, באומר:

גמירת דעת להתקשר בחוזה [...] פירושה הנכון הוא גילוי כוונה רצינית להתקשר בחוזה והכנת 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 משפיעים במישרין על כדאיות ההתקשרות בה עבור כל אחד מהצדדים. בלי גישה ומודעות לפרטים מהותיים אלה שום אדם סביר, בנעלי כל אחד מהצדדים לעסקה הנדונה, אינו יכול לגבש תמונה באשר לכדאיותה.⁷¹ כדאיות זו נגזרת בתורה ממערך הנטלים והתועלות העיקריים הכרוכים בביצוע ההסכם. בהיעדרה של תמונה כזו לא יוכל הרצון להתגבש, ולא יוכל להתרחש תהליך השקילה, שהוא כאמור חיוני לכינונה של גמירת דעת.

69 מעניינת בהקשר זה האנלוגיה למושג "הסכמה מדעת", התובע מודעות סבירה של החולה להשלכות הטיפול הרפואי (לעניין זה ראו גם להלן ה"ש 106).

70 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 14, פס' 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, אפשר שמבחינתה של חברה להשכרת רכב צבעה של מכונית, הדגם הספציפי שלה או מבנה המכונית (מספר דלתות, כו') יהיו לא מהותיים. לעומת זאת, מבחינת הקונה פרטים אלה עשויים להיות חשובים ביותר (וכך גם להפך). לעומת פרטים אלה, מחירו של ממכר יהיה לרוב מהותי לשני הצדדים כאחד, שכן התועלת למקבל התשלום מוחזקת כזוהי או לפחות דומה מאוד לנטל הכספי שמוטל על הצד המשלם. השאלה כיצד בית המשפט קובע – 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 הטקסט הסמוך 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 כך:

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

דברים 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 בירב, דרישת המסוימות מחייבת שהסכמת הצדדים תכלול פירוט מינימלי של קווי המתאר היסודיים של העסקה, ובלשון הפסקה: "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 – תשקף את פרטיה החשובים ביותר של העסקה – היא תנאי חיוני לשם כינון של המסוימות ושל גמירת הדעת כאחת.

72 ראו עניין **בן חמו**, לעיל ה"ש 22.

73 שם, פס' 5, 7. ביטוי מסוים לאותה תובנה ניתן גם בפרשה אחרת, שבה אגב דיון בסוגיית המסוימות נאמר כך: "השטח המבונה המותר הוא פרט חיוני בעסקה, ובלעדיו קשה לבחון עד כמה היא כדאית מבחינת הנתבעים". ראו ת"א (מחוזי ת"א) 4827-02-16 **דנינו נ' טרקוטה אופקים תעשיות חרס בע"מ**, פס' 7 (נבו 1.11.2018). הגם שהדיון נעשה במסגרת בחינת המסוימות, הנימוק להיעדרה 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" (ראו שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" **משפטים** כא 33, 41 (1991)); "על הצדדים לכלול בהסכם את **כל הנתונים המהותיים, החיוניים להתקשרות**" (ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ' 169). בפסיקה ראו לדוגמה עניין **דור אנרגיה**, לעיל ה"ש 22, פס' 15: "על-מנת שיתקיים בהסכם יסוד המסוימות, יש צורך בקיום **הסכמה על הפרטים החיוניים לעסקה**". בדומה ראו פרשת **תמגר**, לעיל ה"ש 22, פס' 10; דנ"א 5488/13 **רוזנברג נ' סבן**, פס' 14 (נבו 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 **שומרני נ' רוזנבלום**, פ"ד מז(1) 201, פס' 7 (1993).

בשולי הדברים, הערה המוקדשת לחובכי 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 "מסויים" מובן שונה מן המובן שאנו מייחסים לפועל "סיים" או לפעולת ה"סיום" (במובן של גמירה). אלא שעיון בשורשיו האטימולוגיים של הדיבור "מסויים" חושף קשר סמנטי עמוק בין "מסויים" במובן של ספציפי ומוגדר לבין "מסויים" במובן של גמור וסופי: דבר "מסויים" אינו אלא דבר שנגמרה המלאכה של סימון ותיחום גבוליו, ובתוך כך של הגדרת מהותו ותוכנו המדויק. ה"מסויים" הוא דבר (ויהא זה נכס פיזי או מושג מופשט) שהתקיים בו – והסתיים – תהליך של תיחום, הגדרה וסימון גבולות שרק בסופו (סיומו) יכול הדבר להפוך "מסויים".⁷⁷ היש ראייה יפה מזו לנפלאותיה של השפה ולכוחה הרב – הנסתר לעיתים 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 שני היבטים לפחות: 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

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 נתן לו במלואו בנקודה זו.

77 כך עולה מן האוצר הבלום (thesaurus) שחושף מילון בן יהודה, לעיל ה"ש 68, כרך שמיני (התש"ח), בעמ' 4022–4023, אשר בו נקבע כי המשמעות הראשונה והבסיסית של הפועל "סיים" אינה זו הנוהגת בשפתנו כיום (סיים במובן גמר) אלא זו: "שם ונתן דבר כדי להבדיל ולהכיר אותו, וְצִין וְסָמַן". משמעות זו מדגים בן-יהודה בסדרה של ציטוטים מן המקורות, שחלקם הניכר עוסק בסימון של מקרקעין, לצורך מכירתם התקפה, לדוגמה: "כל שדה ששָׁמַן אותה להקדש למכור אותה בדמיה מכריזין עליה [...]. ומסיימין מְצָרִיה [...] (ראו משנה תורה, ערכין וחרמין, פרק ד, הלכה כז). כן 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" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רמא, סעיף ד). עולה אפוא שגם במקורותינו הקדומים ממכר שלא סיים – או הסתיים – אינו ניתן להקניה – וזאת בהיעדר מסוימות!

78 לסיום אביא כאן תגלית בלשנית אחרונה – לטעמי מרעישת 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 בן-יהודה במילונו (שם, בעמ' 4023): "רבי ירמיה בעי היה מסויים בדעתו כמי שהוא מסויים (ירוש', פאה ז א)"; "רבי יונה בעי ההן זית נטופה הואיל והוא מסויים על דעתיה דר' יוסי אפילו התחיל בו כמי שלא התחיל בו (שם)". עינינו הרואות שכשם שאדם מסיים ומגדיר נכס, כך הוא יכול לסיים (להגדיר ולתחום) את דעתו. אמרו מעתה: גמירת דעת – ומסוימות הדעת – היינו הך!

ההחלטה הנחרצת.⁷⁹ בהיעדרה 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: הממד הקונקרטי של הרצון יוצר חיבור טבוע ובלתי נמנע בין התנאי המשפטי של גמירת דעת לבין תנאי המסוימות: 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 למי שהבין את משמעות העסקה שעשה מבלי להגדירם ולצייןם תחילה.⁸⁰

מתברר אפוא שכאשר הכלילה גבריאלה שלו בהגדרה החדשה שהציעה לגמירת הדעת את הביטוי "רצון מגובש", היא קלעה במדויק להיבט סמנטי ייחודי הנעוץ עמוק במושג זה. בחירה מדויקת זו – בין שנעשתה במודע ובין שלא – 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 שלהלן: נניח כי במפגש בין שתי נשות עסקים פונה פלונית אל אלמונית במילים אלה: "הקשיבי, חשבתי על כך והחלטתי שאני מאוד מעוניינת לעשות איתך עסקים, ואני מוכנה להתחייב שנעשה עסקים יחד". נניח עוד שעל פנייה זו של פלונית משיבה אלמונית בזו הלשון: "מצוין, אם כך – העניין סגור". האם לפנינו חוזה? ביתר פירוט: האם לפנינו הסכם המקיים את הדרישה לגמירת דעת ולמסוימות?

בהיעדרה של היכרות מוקדמת בין פלונית לאלמונית או ידיעה שלהן האחת על טיב עסקיה של האחרת, דומה שהתשובה חייבת להיות שלילית. אומנם לכאורה לפנינו 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 לוודאי 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

79 כפי שראינו, נוסף על שני 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 גבריאלה שלו לראות בכוונה המשפטית חלק אינטגרלי מגמירת הדעת.

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

81 ראו לעיל פרק 3.ג.א).

82 אם כי ייתכן גם שכונת הצדדים הייתה לעשות עסקים במסגרת מה שמכונה "הסכם שבכבוד". למעמדם של הסכמים שבכבוד, ראו גבריאלה שלו "הסכמים ג'נטלמניים – שם זמני" משפטים לב 3 (2001).

משקפת את פרטיה המהותיים של עסקה קונקרטיה שאותה ביקשו פלונית ואלמונית לרקום ביניהן שעה שהסכימו, באופן החלטי ונחרץ לכאורה, "לעשות עסקים". אלא שהיעדר המסוימות, קרי היעדרה של התייחסות מינימלית לפרטי אותם "עסקים" שהצדדים ראו לנגד עיניהם בהביעם את רצונם להתחייב הדדית, שולל גם את גמירת דעתם. כל זאת לא משום שכוונת ההתקשרות של פלונית ואלמונית אינה נחרצת דיה, וגם לא 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, היעדרה 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 "מכונת". עתה הפכה הצהרתה הכללית של פלונית על רצונה "לעשות עסקים" עם אלמונית לבעלת גוון קונקרטי יותר. עלייה ניכרת זו ברמת הפרטנות של הבעת הרצון נובעת מהתייחסות הצדדים לעניין הנראה מהותי ביותר (קביעת סוג העסקה ומושאה) והיא מחזקת במידה רבה את רמת המסוימות של ההסכם. בד בבד, עלייה 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 הרכיב של "כוונה משפטית". שנית, והוא עיקר, הבהרת מהות העסקה (מכירה רכישת) מאפשרת עתה לסרטט בקווים כלליים את התוכן והמהות של מפגש הרצונות בין פלונית ואלמונית. אגב כך מתבהרים הנטל העיקרי שיוטל על פלונית מכוח ההסכם (העברת הבעלות במכונת) והתועלת העיקרית העתידה לצמוח לאלמונית מקיום העסקה (זכייה בבעלות על מכונת). עקב כך חל חיזוק ברמת הגיבוש של רצון הצדדים וכך בכך מתחזקת גם גמירת דעתם. חרף זאת גם בדוגמה זו קשה לייחס לצדדים גמירת דעת. הממכר ("מכונת") תואר בהסכם בקווים כלליים בלבד, בלא כל התייחסות לזהות ה"מכונת" או אפילו לסוגה. תיאור כללי כזה אינו מאפשר לקבוע שאדם סביר בנעליה של פלונית היה יכול להבין, ולו במקורב, מהו הנטל הכלכלי הנובע מהסכמתה למכור "מכונת". מאותה סיבה גם לא ניתן לייחס לאלמונית מודעות בכוח לתועלת המיידית העשויה לצמוח לה מביצוע ההסכם.⁸⁴

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 שבית המשפט יאלץ 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 ס' 12 לחוק החוזים. בעניין זה ראו ע"א 8143/14 חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (נבו 29.1.2017).

84 על קושי זה ניתן להתגבר כאשר אין ספק בנוגע לזהותה של המכונת שבה מדובר (בייחוד כשאין מדובר בעסקת מקרקעין, שבה זהות הממכר חייבת לקבל ביטוי בכתב). מנגד, אם קיים ספק בנוגע למושא החוזה (לדוגמה, משום שלאמונית כמה מכונות העומדות למכירה) ימנע החסר השתכללות חוזה בין פלונית לאלמונית.

יתר על כן, אפילו בהתעלם מקושי זה ניצב בפנינו קושי נוסף, הנובע מכך שלא סוכמה התמורה הכספית שתשלם אלמונית לפלונית (קרי המחיר). בהיעדר התייחסות כלשהי למחיר שבו תימכר (ותירכש) מכוניתה של פלונית, רצונה הנחרץ למוכרה – כמוהו כרצונה הנחרץ של אלמונית לרוכשה – הוא רצון לא 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 המיידיים והעיקריים הכרוכים בביצוע ההסכם. בד בבד, חורצים פגמים אלה ברמת הקונקרטיביות של ההסכם גם את דינו של יסוד המסוימות: בהיעדרה של הסכמה על קווי המתאר הבסיסיים והמהותיים ביותר של עסקת המכר – ובהם זהות הממכר ומחירו – אין הסכם המכר עומד בדרישה זו.⁸⁵

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

6. סיכום ביניים

המסקנות העיקריות העולות מהתאוריה שנפרסה 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 הקונקרטיביות 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 בהיעדר "רצון מגובש") **והן לשם כינונה של מסוימות**. הסכמה כזו היא גם **תנאי מספיק** למילוי אחר דרישת המסוימות.

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: פְּזוּ כֵן זו – שתייהן תלויות בקיומה

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

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

של הסכמה על פרטיה המהותיים ביותר של העסקה שאותה ראו הצדדים לנגד עיניהם בעת שהביעו את כוונתם המשפטית הנחרצת להתחייב בה.⁸⁷

ד. התייחסות לתאוריה – התנגדות ותמיכה

1. התנגדות לתאוריה: טיעון החיץ – הרעיוני והאנליטי

בשורות הבאות אבקש לרונן בשתי התנגדויות שניתן לנסח נגד התאוריה שהוצגה בפרק הקודם. ביסוד התנגדויות אפשריות אלה ניצב 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, בשעה שגמירת הדעת נסבה על השאלה כיצד מתחייבים, עוסקת המסוימות בשאלה על מה מתחייבים. יתר על כן, לשיטתו של דויטש קיים בין היסודות

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 הרצון המגובש המבחן למהותיות חייב להיבחן מנקודת המבט של אנשים סבירים בנעלי הצדדים הספציפיים לסכסוך. לעומת זאת, בגדרי 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), ואילו בגדרי 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 חוזר ובהר שמהותיותו של פרט לעניינה של המסוימות נבחנת ונקבעת לפי הנסיבות הקונקרטיות של העסקה הנדונה, ושלא על פי מבחן כללי או גורף (ראו להלן ה"ש 198) ולכן ההבדל הראשון מתבטל. שנית, הרטוריקה הרווחת בפסיקה העוסקת בדיני הכריתה נוטה להדגיש את משקלם של שיקולים חוזיים (פנימיים) וממעיטה "להקריבם" על מזבחם של שיקולים לבר-חוזיים סותרים. לכן, גם ההבדל השני מצטמצם מאוד (לעניין זה ראו גם להלן ה"ש 204); שלישית, והוא עיקר: במושג "פרט מהותי" טבועה גמישות כה רבה, עד שספק אם בכוחן של הבחנות עיוניות דקות מעין אלה שהצעת 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 לעניינה של רכיב הרצון המגובש, באמצעות קביעה שבהיעדר הסכמה על פרט מהותי נשללת גם גמירת הדעת (ולא רק המסוימות). סביר להניח שבית המשפט יטה לעשות כן כדי להצניע את המתח בין עמדתו השמרנית לבין העמדה הליברלית, או בין הערך הבר-חוזי התומך בשלילת תוקף ההסכם לבין רצונם המשוער של הצדדים (לעניין זה ראו גם להלן ה"ש 106, 198).

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

"מתח טבעי". חרף היותם מעידים לעיתים זה על זה, מדובר ביסודות עצמאיים ונפרדים מבחינה עיונית ורעיונית. כל אחד משניהם מבטא פן אחר של עקרון חופש החושים: 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 ברור בכך, והיא מחייבת אותם לקיים התחייבויות שקיבלו עליהם מתוך רצון כזה. המסוימות, לעומת זאת, מבטיחה כי הצדדים יוכלו לעצב את תוכן החוזה כרצונם, ויהיו מוגנים מהתערבות שיפוטית מופרזת בתוכנו.⁸⁹

מדברים אלה משתמעת התנגדות לתאוריה המוצעת במאמר זה. טיעון החיץ הרעיוני שולל (במשתמע) את האפשרות שגמירת הדעת כוללת יסוד של קונקרטיזציה, שעניינו בתוכן ההסכמה. לפי תפיסה זו, גמירת הדעת אינה עוסקת כלל בשאלת הקונקרטיזציה של הרצון אלא אך בשאלת נחרצותה של הכוונה המשפטית להתחייב. מכאן, שכוונה 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. לעומת זאת המסוימות 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, גמירת הדעת מתמקדת ביחסו החפצי של הצדדים עצמם (הסובייקטים) אל יצירתם המשותפת, ואילו המסוימות מתמקדת ביצירה עצמה (האובייקט).

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 הוא אפוא בעל אופי **ראייתי-קונטינגנטי**. קשר זה עשוי להתקיים, לדוגמה, במקרי גבול שבהם יחסו החפצי של הצדדים אל ההסכם (קרי גמירת דעתם) אינו ברור, אלא שהשקעתם המרובה בעיצוב פרטי העסקה (הנלמדת מרמת מסוימותה) תומכת במסקנה שביקשו לראות את עצמם כבולים בחוזה. במצבים אלה רשאי בית המשפט להסתייע בהנחה שאין זה מדרגם של אנשים סבירים להשקיע השקעה מרובה בעיצוב פרטי של הסכם שאין בכוונתם להתחייב על פיו. ברם לפי תפיסה 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

89 דויטש "על מסוימות", לעיל ה"ש 26, בעמ' 337-339.

90 ראו שם, בעמ' 338 ("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") (ההדגשה במקור).

91 ראו לעיל ה"ש 52.

הדעת אף שהיא עשויה לעיתים לסייע בהכרעה בשאלת התקיימותה (או אי-התקיימותה). הגם שטיעון זה לא נוסח עד היום במדויק, אני משער שהוא משקף את קו המחשבה שמאחורי ההכרה הנרחבת בקשרי הגומלין שבין יסודות החוזה. ביטוי נדיר להכרה שיפוטית בהבחנה העיונית שהצעתי 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 שגמרו הרי שבמישור 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 זה 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 לא צלית. באמצע את רכיב הרצון המגובש כחלק אינטגרלי מהגדרת המושג "גמירת דעת", שברה הפסיקה למעשה את אותו החיץ שטיעון החיץ הרעיוני מבקש להציב בין גמירת הדעת לבין המסוימות. אומנם חיץ כזה היה קיים 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. 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 אימוץ סוחף אל תוך הגדרת המושג "גמירת דעת", ולא בחנו את תכליתו. ברם כפי שממחיש המחקר האמפירי שממצאיו יוצגו בפרק ה, האופן שבו מיושמת הדרישה לגמירת דעת בפועל תומך במסקנה שפוסקות ופוסקים אכן רואים ברצון מגובש רכיב מכונן של גמירת הדעת ולא רק העדה (אינדיקציה) ראייתית העשויה ללמד

92 ראו עניין **אברמוב**, 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".

לעיתים על התקיימות שני רכיביה האחרים (כוונה משפטית ונחרצות). ממצא אמפירי זה תומך בטענה כי גמירת הדעת והמסוימות חולקות 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 החיץ האנליטי ביניהם. אם אכן גמירת הדעת אינה מסתפקת בקיומה של כוונה פנימית סובייקטיבית של הצדדים להתחייב משפטית זה כלפי זה התחייבות סופית ונחרצת אלא תובעת גם כי רצון זה יהיה מגובש, הרי שהיא כוללת בחובה, בצד יסודותיה הסובייקטיביים, יסוד נוסף, אובייקטיבי. כפי שכבר ציינתי אגב הדיון במשמעותו ובתוכנו של יסוד זה, התקיימותו תלויה בהסכמה על אותם עניינים מהותיים שכל אדם סביר בנעליו של צד להסכם חייב להיות מודע אליהם כדי להבין את משמעותה הכלכלית של הכניסה לאותו הסכם.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 היה יכול, כאדם סביר, להבין את משמעות העסקה שאליה נכנס (שכן פרטיה המהותיים של העסקה טרם נקבעו במעמד יצירת ההתחייבות). כפייה כזו אינה מתיישבת עם ערך היסוד בדבר חופש העיצוב. המבחן האובייקטיבי מאפשר אפוא 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 לא רצוי שבו בית המשפט נדרש "לכרות חוזה עבור הצדדים" ובתוך כך פוגע 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).

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

94 לעיון במגוון תכליותיה ובהצדקותיה של דרישת המסוימות ראו במאמרי "דיני מסוימות", לעיל ה"ש 4, בפרק ד. 2. תכליות אלה חופפות במידה רבה את תכליותיו של רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת, שכפי שנטען בפרק הקודם חופף מהותית את יסוד המסוימות (אך ראו את האמור לעיל בה"ש 87).

95 ראו לעיל הטקסט הסמוך 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 VA. L. REV. 229 (1998).

97 ההבחנה בין הרציונלים ה"פנימיים" של דרישת המסוימות לבין הרציונלים ה"חיצוניים" שלה נדונה במאמרי "דיני המסוימות", לעיל ה"ש 4, בפרק ד. 2. הבחנה זו יפה, לטעמי, גם לעניינו של רכיב הרצון המגובש.

כדי לממש תכליות אלה ולהבטיח כי הדרישה לגמירת דעת אכן מתקיימת במלואה, מן ההכרח שההכרעה בשאלת קיומו של רצון מגובש תופקד בידיו של בית המשפט. לשם כך דרוש, מטבע הדברים, מבחן אובייקטיבי, שתוצאות יישומו אינן נקבעות על פי עמדתם ורצונותיהם של הצדדים. מאותם טעמים ממש גם אין 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 בקשר אליה מתבקש אימוצו של מבחן אובייקטיבי.⁹⁸

ואומנם, 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 רלוונטית, ואף מכרעת, בבדיקת 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 ולא מידתית בחופש ההתקשרות של הצדדים (שהוא גם זכות חוקתית) ובמושכל היסוד הבסיסי ביותר של דין החוזים – שהסכם לא יוכר כחווה אלא אם הצדדים הנוגעים בדבר הביעו את רצונם בכך.

לא זו אף זאת, כוונתם הסובייקטיבית (המשותפת) של הצדדים להתקשרות היא רלוונטית 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 בלעדית לבחירתם, ובחירה זו מחייבת את בית המשפט. מסקנה זו נובעת אף היא מן הזכות לחופש התקשרות. גם כאן חולש הממד הסובייקטיבי וקובע את התוצאה.¹⁰¹

98 הגיונו של המבחן האובייקטיבי והטעמים השוללים אימוץ מבחן סובייקטיבי בהקשר של דרישת המסוימות נדונים בהרחבה במאמרי הנ"ל (שם, בפרק ד.3).

99 התמיכה הברורה ביותר בטענתי זו נמצאה לי בדברי השופט דנציגר בעניין **שבתאי**, לעיל ה"ש 22, פס' 36: "יסוד גמירת הדעת אינו נבחן על פי תחושותיהם הסובייקטיביות של הצדדים והוא נלמד על פי מבחן חיצוני של הצהרה [...] באופן דומה בוחר בית המשפט האם מתקיים יסוד המסוימות [...] מבחן אשר מחיל אמות מידה אובייקטיביות [...]". ראו גם את דברי השופט כץ בע"א 536/89 **פז חברת נפט בע"מ נ' לויטין**, פ"ד מו(3) 617, פס' 6 (1992): "אף אחד מן הצדדים אינו טוען שלא היה כוונתו להתקשר בחווה מחייב עם הצד השני [...] עם זאת יודגש, שאין די בכך שהצדדים הצהירו שהיה כוונתם להתקשר בחווה כלשהו, אלא יש לבדוק, אם כוונות אלה לבשו צורה, כך שניתן יהיה להבין ממנה מהו אותו חווה ומה משמעותו". כאמור, הדברים המובאים בהערה זו נאמרו בהקשר של יסוד 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 ה"ש 52.

101 כך, לדוגמה, לא יעלה על הדעת שרצונם (הברור) של הצדדים הוא להתקשר בחווה שכירות, ובית המשפט יקשור ביניהם חווה שאילה (או חווה מכר) בניגוד לרצונם. לפרשה שבה התעורר ספק באשר

על רקע דברים אלה מעניין לשוב ולבחון את דברי התמיכה השיפוטית בהבחנה בין היסוד הסובייקטיבי לבין היסוד האובייקטיבי של החוזה, שהובאו לעיל.¹⁰² אומנם ההבחנה האנליטית שהציע השופט בנימין כהן בין יסודות החוזה הייתה הבחנה מבריקה, אך אין היא בגדר "תנא דמסייע" לטיעון החיץ האנליטי (או הרעיוני). הטעם פשוט: הדברים כווננו לדין הקודם, שחל טרם חקיקתו של חוק החוזים.¹⁰³ בתקופה זו היה אפשר 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 ברשתה של הדרישה לגמירת דעת, אך היסוד האובייקטיבי נלכד מעתה 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 לכבול עצמם בהסכם 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

לסיווג העסקה, ובית המשפט הבהיר כי כוונת הצדדים (האמיתית, העולה ממכלול הנסיבות ולא דווקא מלשון ההסכם) היא שתכריע. ראו ע"א 347/90 **סודהגל בע"מ נ' ספילמן**, פ"ד מז(3) 459 (1993).

102 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 93.

103 פסק הדין בעניין **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 הטקסט הסמוך לה"ש 33–34.

105 הדרישה לקונקרטיזציה מעוגנת בשיטות שונות במושגים שונים. לסקירה השוואתית ראו במאמרי "דיני מסוימות", לעיל ה"ש 4, בפרק ד.5. בצד דרישה זו קיימים תנאים נוספים לתוקפם של חוזים, ובעיקר: כשרות משפטית, עמידה בדרישות צורה רלוונטיות וחוקיות (ס' 23, 30 לחוק החוזים).

106 חרף זאת לעיתים בית המשפט עשוי להסתייע במבחן סובייקטיבי, בין כמבחן עזר ראייתי (המסייע באיתור הסטנדרט האובייקטיבי) ובין כאמצעי רטורי שנועד להקל את הצדקת הדין בפני המתדיין שטענתו נדחת בתוך כדי הסוואת הנימוק האובייקטיבי. שימוש במבחן הסובייקטיבי כאמצעי רטורי מודגם יפה בע"א 431/82 **חסיד נ' פרוזות – חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ**, פ"ד לט(4) 451 (1985). באותו מקרה נעשה שימוש ברטוריקה סובייקטיבית כדי לדחות טענה של בעל מכרז לפיה שתיקת 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 בהיעדר מועד לתחילת העבודה מתווה העסקה ברור למדי, ואי-ההסכמה על מועד מדויק לתחילת העבודות אינה הופכת את רצון הצדדים ללא מגובש. בהיעדר

בוויכוח על מושגים קשה "לנצח". כך הדבר בייחוד כאשר מועלית תאוריה מושגית חדשה. אזכיר כאן אפוא לסיום רק שני מקורות נוספים, המערערים את טיעוני החיץ שנבחנו לעיל. ראשית, טיעונים אלה אינם מתיישבים עם ההכרה המשתמעת הנרחבת יחסית של הפסיקה והספרות בעוצמתם של קשרי הגומלין בין גמירת הדעת לבין המסוימות. אומנם, כפי שכבר נאמר, מרבית המקורות מכירים בקשרים אלה מבלי להתחייב על טיבם, על עוצמתם ועל שכיחותם, מה שעשוי ללמד על הכרה בזיקה בעלת אופי ראיתי גרידא בין היסודות, ברם כפי שאראה בחלקו השני של פרק זה, 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: 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 עדיין לא הכירו בקשר הסמנטי-אטימולוגי העמוק והקרוב שהאירה התאוריה האנליטית-פרשנית שהוצגה לעיל. פרט לאמרות אגב כלליות המושמעות חזור ושנה,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.

בהתאם לכך גם לא נשמע עד היום ערעור או הרהור רציני על ההנחה האורתודוקסית שלפיה גמירת הדעת והמסוימות הן דרישות נפרדות ועצמאיות. אם יש מכנה משותף לאמרות ולסברות השונות שהושמעו בסוגיה דנן, הריהו זה: אי-נכונות 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 ובמרומז – בדבריהם של פוסקים חדי עין ועיתרי ניסיון (ובמידת מה גם בדברי מלומדים); שנית, הדיון יחדד את היחס בין העמדה העולה ממקורות אלה לבין התאוריה שפורס המאמר.

הסכמה אחרת, עבודות במכרז אמורות להתחיל בתוך זמן סביר מהודעת הקיבול של בעל המכרז, כמצוותו של ס' 41 לחוק החוזים, שבו נעשה שימוש בנסיבות הפרשה. בעזרת הרטוריקה הסובייקטיבית, הטיל למעשה בית המשפט בפרשת חסיד (שם) על בעל המכרז – הצד החזק שניסח את החוזה – את האחריות לתוצאה הלא 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 ל"כלל הפירוש נגד הנסח").

107 ראו לעיל הטקסט לה"ש 22.

(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, כך נדמה, מרגע שנזרק לחלל האוויר המושג "גמירת דעת" בהקשר החוזי החלה משמעותו הסמנטית העמוקה מפעילה לחץ בכיוון הנגדי – זה של קירוב ומזיגה בינו לבין מושג ה"מסוימות".¹⁰⁹

בהקשר זה מעניין לבחון מספר 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 ימשש עדות ראשונה לפחות ע[ל] כוונה ליצור קשר חוזי מחייב, הוא צריך **כרגיל** להכיל [...] "את כל התנאים החיוניים לקיום חוזה מכר" [...] [היעדרם של] פרטים מהותיים וחשובים – יכול להעיד על העדר כוונה רצינית ליצור קשר מוגמר ומו[ח]לט, כי אם להשאיר כל זאת למועד חתימת החוזה הסופי.¹¹¹

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

108 ראו לעיל הטקסט 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, פס"ד 10 (1958), שם כתב השופט זלמן שניאור חשין כך: "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". המונח "גמירה" חדר גם לחקיקה האזרחית שלנו עם חקיקת חוק המכר, התשכ"ח-1968 וחוק המתנה, התשכ"ח-1968 שהשתמשו במונח "גמירת החוזה" כביטוי נרדף ל"כריתת החוזה" (ס' 9, 10 לחוק המכר; והשוו ס' 2 לחוק המתנה, הקובע מתי "מתנה נגמרת"). ברם השימוש במושג לתיאור מצב תודעתי של מתקשרים בחוזה השרש רק לאחר חקיקת חוק החוזים.

110 ראו עניין **זנדבנק**, לעיל ה"ש 11.

111 ע"א 471/76 **גויטע נ' וייס**, פ"ד לא(2) 187, 189-190 (1977). אומנם פסק הדין נפסק על יסוד הדין הקודם, אך זאת בחלוף כארבע שנים מחקיקת החוק, כשהמושגים החדשים כבר היו מוכרים.

112 גם בעניין **פסטרנק** (לעיל ה"ש 21) – שאף הוא נפסק על יסוד הדין הקודם – נשלל תוקפו החוזי של זכרון דברים משום 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 הייתה פגומה בשל היעדר 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).

הכרה בקשר החזק בין שני היסודות עולה בבהירות רבה עוד יותר מדברים שכתב השופט לנדוי בפרשת פלוני.¹¹³ באותו עניין נדונה שאלת תוקפו של הסכם להינשא בין אישה יהודייה 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 מסויימת', הדרושות לפי סעיף 2 של [ה]חוק [...]".¹¹⁴ עניינו הרואות, כי לשיטתו של השופט לנדוי היעדר הסכמה על פרט מהותי שולל לא רק את המסוימות אלא – עוד קודם לכן – את גמירת הדעת.¹¹⁵

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

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-כך 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 הקונקרטיזם 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 שמתאר השופט שמגר אינו רק

113 ע"א 545/77 פלוני נ' פלונית, פ"ד לב(2) 393 (1978) (להלן: עניין פלוני).

114 שם, בעמ' 398.

115 פסק הדין בעניין פלוני (שם) 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 היעדר מסוימות, אך ציין (שם, בעמ' 400) 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 נז(3) 183, פס" 4 (2003) שיידון להלן בה"ש 191. להשלמת התמונה אזכיר כי בעניין פלוני (שם) 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. שתיהן ממחישות את האופן שבו אפילו בתקופה שבה שלט בכיפה מבחן הכוונה המשפטית כבר פעל את פועלו הקשר הטבוע בין יסודות החוזה והשפיע על התודעה השיפוטית בכיוון הנגדי לזה שסימנה פרשת זנדבנק (לעיל ה"ש 11).

116 עניין זימלר, לעיל ה"ש 32, פס" 4. דברים ברוח דומה אמר השופט שמגר בפרשת לנדמן, לעיל ה"ש 61, פס" 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 ומשמעותיותו. 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 בהיעדרה של מסוימות.

מצב לא נדיר, ואף אינו רק מצב שכיח: זהו מצב דברים המתקיים דרך קבע והנובע מעצם מהותן של גמירת הדעת מזה ושל המסוימות מזה.¹¹⁷

(ג) הכרה בעוצמת הקשר בין יסודות החוזה – הספרות

(1) הכרה באופייה הקונקרטי של גמירת הדעת תמיכה מרומזת בתאוריה האנליטית שהצעתי במאמר זה מצאתי בדברים שכתבה אימה הורטה 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. שנית, הגם שפרופ' שלו אינה מזהה במפורש את הרכיב הקונקרטי שבגמירת הדעת (קרי רכיב הרצון 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?

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** (נבו 4.4.2018): "ברי, שבהעדר התייחסות לסוגיות מהותיות שהצדדים לא הסכימו עליהם, לא ניתן לקבוע, שהצדדים אכן גמרו בדעתם להתקשר בהסכם מחייב והסכימו ביניהם על כל תנאיו" (שם, בעמ' 11). טשטוש הגבולות בין המסוימות לבין גמירת הדעת הוכר גם מחוץ להקשר החוזי הטהור. לדוגמה, כאשר לצוואה (על-פה) של שכיב מרע קבעה הפסיקה כי נדרשת הוכחה של גמירת דעת מצד המצווה. תוקפה של צוואה כזו נשלל בעניין **חנוכה** (לעיל ה"ש 25) בשל היעדר גמירת דעת, שנלמד בתורו מהיעדר מסוימותה של הצוואה (מבחינת זהות היורשים). שופט המיעוט יעקב טירקל סבר שהתקיימה גמירת דעת, משום שזהות היורש הייתה ברורה, אך אגב אורחא ציין שגמירת דעת עשויה להתקיים גם בהיעדר מסוימות (שם). גם כאשר להבטחה מנהלית עמד בית המשפט העליון על הקרבה בין היסודות, בציינו: "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'". ראו ע"א 2019/92 **משרד הבינוי והשיכון נ' זיסר**, פ"ד נב(3) 208, 221 (1998). כלומר: בהיעדר 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.

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

מעניין להעיר שזרימה זו, הנראית לי טבעית, מן ההכרה ברובד הקונקרטי של גמירת הדעת לעבר ההכרה המתבקשת בחפיפה בינה לבין יסוד המסוימות, לא זוהתה בפסקה ובספרות אף שהפסקה שצוטטה מופיעה בצמוד להגדרה המוכרת, ואף הובאה 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, ובייחוד 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, יש לדעתי הכרה משתמעת ועם זאת ברורה בקשר הטבוע בין יסודות החוזה.

לאחרונה 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 שהיעדרו של פרט מהותי לא רק שולל את המסוימות אלא פוגם בראש ובראשונה בגמירת הדעת.¹²³ ניתן גם ביטוי מפורש להבנה – העולה מן התאוריה שהצגתי – שההפרדה העיונית בין החופש להתקשר בחוזה לבין החופש לעצבו קשה ליישום, שכן רצון מגובש להתקשר בחוזה אינו יכול להיווצר ללא מודעות לתוכנה של העסקה המתהווה.¹²⁴

2. הכרה בהיעדר 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 להרחיב או לבסס קביעה זו – כי בסוגיית ההסכמים המוקדמים "קשה לנתק בין היסוד של גמירת הדעת לבין זה של המסוימות. יסודות אלה שלובים וכרוכים

120 לפי בדיקה במאגר נבו, מדובר בשבעים ושלושה אזכורים, שלושה מתוכם בבית המשפט העליון.
121 ע"א 5997/92 מלך נ' מנהל עיזבון דויטש, פ"ד נא(5) 1, פס' 10 (1997). דבריו של השופט אור צוטטו לאחרונה, כלשונם, בת"א (מחוזי-י) 35587-03-15 צעירי אגודת חב"ד נ' מנהל עיזבון אגאר, פס' 15 (נבו 4.11.2018).

122 שלו וצמח, לעיל ה"ש 22.

123 שם, בעמ' 181: "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 יישוף ניגוד 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."

124 שם, בעמ' 21: "במקרים רבים מתמזגים שני ההיבטים של חופש החוזים [...] רק לאחר התבוננות מקיפה בחוזה מסוים, על תוכנו ותנייתיו, ניתן לקבוע את סוגו ולגבש רצון ההתקשרות."

125 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 22.

וכמעט שאין להפריד ביניהם [...]”¹²⁶. זוהי ההכרה החזקה ביותר שאיתרתי בספרות או בפסיקה בעוצמת הקשר שבין שני יסודות החוזה. למרבה הצער, אין המחברים מבארים טענה זו ואינם מסבירים מדוע מוגבלת עוצמתו 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 בהיעדרו של מחיר מוסמך בית המשפט להשלימו נורמטיבית, 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, מעידים שלפחות באשר לפרט מהותי, כדוגמת המחיר, מכירים המחברים בקיומו של קשר טבוע והכרחי-כמעט בין שני יסודות החוזה: מקום שלא נקבע המחיר, ומדובר בפרט מהותי, תוטל בספק העמידה בשתי הדרישות גם יחד. אף שגם כאן אין המחברים מרחיבים את היריעה, את החסר תוכל להשלים בנקל התאוריה שהצעת: מאחר שמחיר הוא פרט מהותי, קרי פרט שבהיעדר הסכמה עליו קווי המתאר הבסיסיים של העסקה אינם ברורים כל צורכם, לא ניתן לקבוע שרצונם של הצדדים להתקשר בעסקה 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. בהיעדר הסכמה על עניין מהותי, כלומר עניין שאדם סביר בנעלי כל אחד מהצדדים לא היה יכול לגבש גמירת דעת מבלי להיות מודע אליו (בפועל או בכוח), נשללות בעת ובעונה אחת – ובהכרח – הן גמירת הדעת הן המסוימות.¹²⁹

3. “מסוימות סובייקטיבית” וגמירת דעת

במאמר שכתב אור יהלום¹³⁰ נטען כי בפסק הדין בעניין רונברג אימץ בית המשפט העליון מבחן מקל וליברלי לדרישת המסוימות,¹³¹ אשר לפיו יש להראות שנכללו בהסכם הפרטים שהצדדים עצמם החשיבו מהותיים. פירוש הדבר כי הקביעה אם פרט הוא מהותי אם לאו

126 שם, בעמ' 292.

127 שם, בעמ' 284.

128 לעניין זה ראו גם את דברי השופט הנדל בפרשת **בן חמו**, שהובאו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 73. הפסיקה בישראל טרם הכריעה בשאלה אם יסוד המסוימות עשוי לבוא על סיפוקו גם בהיעדר 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 (ראו ס' 46 לחוק החוזים; ס' 20 לחוק המכר; ס' 13(ב) לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971). הבעיה נדונה בהרחבה במאמרי “דיני המסוימות”, לעיל ה"ש 4.

129 מסקנה זו נתמכת גם במחקר האמפירי שמצאיו מובאים להלן בפרק ה.

130 יהלום, לעיל ה"ש 46.

131 עניין רונברג, לעיל ה"ש 74.

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

טענות אלה קשות בעיניי. ראשית, לא ברור מניין 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 בלעדית 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 הייתה יכולה להתקיים אפילו היה אפשר להניח שמבחנה של זו האחרונה הוא סובייקטיבי. לכן אפילו הנחנו שבפרשת **רוזנברג** אומץ מבחן סובייקטיבי לדרישת המסוימות (וכפי שיבואר מייד הנחה זו אינה סבירה בעיניי), לא היה בכך כדי לייצר חפיפה הכרחית עם רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת, שמבחנו כאמור אובייקטיבי.

שנית, הניסיון ליחס לבית המשפט העליון אימוץ של מבחן סובייקטיבי לדרישת המסוימות הוא מלכתחילה בעייתי, משום שאין מקום ליחס משקל רב לרטוריקה הסובייקטיבית המופיעה בפסק הדין.¹³⁶ הטעם הוא שברטוריקה זו נעשה שימוש בסוגיית ה"הסכמה להסכים" – ולא בסוגיית המסוימות. לשון אחרת: הדברים שנאמרו בפרשת **רוזנברג** לא לעניינה של המסוימות ככלל נאמרו אלא לעניינה של סוגיית ההסכמה להסכים.

לעניין המסוימות אציע לראות בדברים אלה הערת אגב גרידא, שלא יושמה בפסק הדין.¹³⁷ אומנם 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 לקבוע אם חרף "הסכמתם להסכים" בעתיד על עניינים מסוימים, בכל זאת

132 יהלום, לעיל ה"ש 46, בעמ' 348–349.

133 שם, בעמ' 349 (בטקסט שלפני ה"ש 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 פרק ד.1. (ג), בטקסט העוקב את ה"ש 94.

136 רטוריקה כזאת אכן מופיעה בעניין **רוזנברג**, לעיל ה"ש 74, פס' 14, 18, 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

137 עיון בפס' 18, 20 לפסק הדין (שם) מעיד על כך בבירור: יושם שם המבחן הסובייקטיבי במצב המיוחד של "הסכמה להסכים" ולא במצב הרגיל של הסכמה סתם (שאינן נלווית אליה "הסכמה להסכים").

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

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

רצו הצדדים שהסכם 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 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-תוכנית בין מושג ה"מסוימות" עצמו לבין מושג "הרצון המגובש", שהוא רכיב אינטגרלי בגמירת הדעת. הסברה שבפרשת רונברג אימץ בית המשפט גישה של מסוימות סובייקטיבית שישומה יביא לבליעת המסוימות בגמירת הדעת היא אפוא השערה בעייתית, שלא בוססה, ושבינה לבין התאוריה דגן 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 את השערותיה, או שמא דווקא מפריכה אותן.¹⁴² עולה השאלה אם מבחן זה רלוונטי גם להערכתה של תאוריה משפטית. נראה

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

141 אף שביסוס מלא של ההבחנה בין המצב הרגיל של הסכמה חסרה לבין המצב המיוחד של "הסכמה להסכים" אינו אפשרי כאן, אנסה לתמצת את עמדתי: בסוגיית המסוימות (או הרצון המגובש) השאלה אינה אם הייתה 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 המיוחד של "הסכמה להסכים" השאלה אינה אם ההסכם עומד בדרישת המסוימות (זוהי שאלה מקדמית, למעשה). השאלה כאן היא אם ניתן ללמוד מההסכמה להסכים על היעדר רצון להתחייב משפטית (בין שההסכם עצמו מסוים ובין שלא). בהקשר זה מתבקשת החלה של מבחן סובייקטיבי, משום שאם הצדדים להסכם סברו שהפרט שעליו ביקשו להסכים בעתיד מהותי **מבחינתם**, קיים חשש ממשי שכוונת ההתקשרות שלהם אינה נחרצת דיה, כלומר: במצב הרגיל (הסכם מוקדם שאינו כולל "הסכמה להסכים") המבחן ל"מהותיות" הפרט החסר הוא אובייקטיבי, ואילו במצב של "הסכמה להסכים" המבחן הוא משולב: בשלב הראשון תישאל השאלה אם ההסכם מסוים (או מגובש) דיו, ויוחל 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 את העמדה שלפיה תאוריה שלא ניתן להפריך אינה תאוריה מדעית מקובלת לייחס לקרל פופר. ראו KARL POPPER, CONJECTURES AND REFUTATIONS – THE GROWTH OF SCIENTIFIC

שהתשובה תלויה במטרת ההערכה, וליתר דיוק – בקריטריון ההערכה. כאשר הקריטריון הוא קריטריון של הצדקה (justification), מידת התאמתה של התאוריה לפרקטיקה היא לכאורה לא רלוונטית, ולמצער אינה שיקול מכריע.¹⁴³ שונה המצב אם קריטריון ההערכה הוא קריטריון של התאמה (fit). במקרה כזה לבדיקה האמפירית חשיבות קריטית, שכן בכוחה לאשש את התאוריה או להפריכה.¹⁴⁴

כך הוא בענייננו. מידת ההתאמה (או אי-ההתאמה) בין התאוריה שפרס המאמר לבין המציאות המשפטית הנוהגת "בשטח" חשובה במיוחד משום 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 ימצא כי לחפיפה המושגית הנטענת ביטוי מעשי ברור בפסיקה, עשוי הדבר לחזק את התאוריה האנליטית-פרשנית. מנגד, אם ימצא כי התשובה שלילית, עלול להתעורר החשד כי התאוריה עצמה שגויה.¹⁴⁶ אכן, ככל תאוריה משפטית המתיימרת לתאר ולהסביר את הדין הנוהג, גם התאוריה דן שואבת את כוחה הן ממקורותיו הפורמליים של הדין והן מן הפרקטיקה השיפוטית. שילוב זה של ניתוח ה"דין עלי ספר" (law in the books) עם ניתוח הפרקטיקה השיפוטית (law in the courts) תורם לגיבוש תמונה טובה ומלאה של המציאות המשפטית בכל הקשר, לרבות בהקשרנו שלנו.¹⁴⁷

KNOWLEDGE 37 (Routledge, 1963). ("The criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability")

143 הקריטריון של התאמה לפרקטיקה יכול שיהיה רלוונטי, משום שמידת מושרותה של הפרקטיקה יכולה להשפיע על סיכוייה של התאוריה המשפטית להשפיע על המציאות. מבחינה זו, תאוריה המתיישבת עם פרקטיקה מושרשת עשויה להיחשב מוצלחת מזו שאין לה שום בסיס בפרקטיקות נוהגות או מזו שסותרת אותן, ולו משום שסיכוייה לשנות את העולם גבוהים יותר.

144 את ההבחנה בין קריטריון ההצדקה לקריטריון ההתאמה כאבני בוחן להערכתה של דוקטרינה משפטית מקובל לייחס לרונלד דבורקין. ראו Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 HARV. L. REV. 1057 (1975). קריטריונים נוספים עשויים להתמקד בדרגת השקיפות (transparency) של התאוריה או של הדוקטרינה המשפטית ובמידת עקיבותה עם דוקטרינות או עם תאוריות מקובלות אחרות (consistency). להרחבה בעניין זה ראו STEPHEN SMITH, *CONTRACT THEORY* 11–13, 24–32 (2004).

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

146 אומנם לטיעון 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 החשד שמא אחת או יותר מהנחותיה הלשוניות-בלשוניות שגויה; שנית, תאוריה תיאורית (דיסקריפטיבית) נטולת בסיס בפרקטיקה המשפטית תקשה מאוד להיקלט ולהשפיע על פרקטיקה זו. מנגד, אם לתאוריה כבר יש אחיזה של ממש בפרקטיקה השיפוטית, מודעות אליה עשויה להגביר את הסיכוי שאותה תאוריה תרחיב עוד יותר את השפעתה על הפרקטיקה שאליה 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 (2012).

המחקר האמפירי שתוצאותיו מובאות בפרק זה נועד לבחון באורח מדעי-שיטתי מהו היקפה ומהי דמותה של ההתאמה בין הממצא השיפוטי הנוגע לגמירת דעת לבין זה הנוגע למסוימות, כדי 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"אוכלוסייה" הנחקרת

מלאכת התייחסות של "חומרי הגלם" – פסקי הדין שמתוכם, לאחר מיון, תחולץ ה"אוכלוסייה" הרלוונטית למחקר – הציבה בפניי 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 הייתה אפוא כיצד להגדיר ולתחום את אוכלוסיית פסקי הדין הנחקרת.

מאחר שתכליתו של המחקר האמפירי הייתה לזהות את היחס בין ממצא המסוימות לבין ממצא גמירת הדעת, נקודת המוצא הייתה כי יש להתמקד אך ורק בפסקי דין שבהם נדונו שני היסודות גם יחד (להבדילם מפסקי דין שבהם נדון רק אחד מן היסודות). בנוסף, כדי שיהיה אפשר לייחס משקל לקביעותיו של בית המשפט בסוגיה דנן, היה ברור שעלינו להתמקד אך ורק בפסקי דין שבהם קביעת הממצאים בשאלת המסוימות ובשאלת גמירת הדעת הייתה דרושה לשם הכרעה בסכסוך, במובחן ממקרים שבהם נעשתה הקביעה אגב אורחא. לבסוף, כדי שניתן יהיה להבין את פשרן של ההחלטות, יהיה עלינו להתמקד רק בפסקי דין שבהם קביעת הממצא לעניין התקיימות (או אי-התקיימות) כל אחד מהיסודות היתה מפורשת ומנומקת.

מימוש מטרת אלה הציב בפנינו כמה קשיים: ראשית, היה ברור שמלאכת הסינון והאיתור של ההחלטות הרלוונטיות 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 במדויק את ההנמקה השיפוטית הנוגעת לכל אחד מהיסודות ולהחליט אם אומנם הייתה 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 ושל קריטריון החיפוש, כזו שמחד גיסא תגביל ותמקד את אוכלוסיית המחקר, ועם זאת תציף נתח ניכר של הפסיקה הרלוונטית, שיוכל לשקף היטב את הפרקטיקה השיפוטית הנוהגת. במיוחד הטרידה אותי השאלה אם עדיפה שיטת חיפוש שתדרוש התייחסות מפורשת למושגים "גמירת דעת" ו"מסוימות" כלשונם ובמדויק (להלן: שיטת החיפוש המדויק), או שמא עדיפה שיטת חיפוש רחבה וגמישה יותר – שיטת החיפוש "המורפולוגי המורחב".¹⁴⁸

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

יתרונו של החיפוש המורחב הוא בהיקפו 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).

לאחר שקלול השיקולים הנזכרים ובדיקות ראשוניות שעוזריי ואני ערכנו בשתי שיטות החיפוש שתוארו לעיל, הגעתי למסקנה כי אין מנוס מלשלב את שתיהן, כפי שאפרט 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) של הביטוי "גמירת דעת" (או "גמירות דעת")¹⁵² על מגוון

המורפולוגי ניתן להכליל גם הפכים, אך לא השתמשנו בפונקצייה זו בחיפוש כי היא נראתה לנו לא רלוונטית לתכליות המחקר.

149 לדוגמה, פסק דין שבו מופיע הביטוי "מסויימת" (או "מסוימת") בהתייחס להצעה, או הביטוי "מסויים" (או "מסויים") בהתייחס להסכם הנדון, עלול שלא לעלות בחיפוש המדויק אם המילה "מסוימות" אינה מופיעה בו כלשונה. יתרונו של החיפוש המורפולוגי מתבטא גם בהקשר של עסקות מקרקעין, שבהן לעיתים 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 (לעיתים בעידודם של באי כוח הצדדים) על סוגיית המסוימות ומתמקדים בסוגיית הכתב. חרף האמור חשוב להדגיש שהחפיפה בין הסוגיות אינה מלאה. ייתכן, לדוגמה, שהצדדים הסכימו על פה על פרט מסוים (או שאחד מהם טוען שכן היה) אלא שהכתב אינו מבטא הסכמה זו. במקרה כזה בית המשפט עשוי לקבוע ממצא שלילי לעניינה של דרישת הכתב מבלי שיהיה אפשר לראות בכך משום קביעת ממצא שלילי החלטי לעניינה של המסוימות. דוגמה לכך ניתן להביא מפרשת **אליסיאן** (לעיל ה"ש 32), מפרשת **לויין** (לעיל ה"ש 115) ומע"א 285/75 **זינגר נ' קימלמן**, פ"ד (1) 804 (1976). בפסקי דין אלה לא נקבע ממצא החלטי באשר למה שהוסכם על פה בנוגע לפרט החסר, אך תוקף החוזה נשלל בהיעדר 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 לפנינו מאות ואף אלפי תוצאות, בחלקן הניכר לא רלוונטיות, שסינונן לא היה אפשרי במסגרת משאבי המחקר המוגבלים.

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

152 מתברר כי במושג זה נעשה בפסיקה (בכל הערכאות) שימוש שכיח למדי, לצד המושג "גמירת דעת".

צורותיו עם הביטוי "מסוימות" (או "מסוימות") לצורותיו.¹⁵³ בדיקה ראשונית זו העלתה בחכתנו 415 פסקי דין והחלטות.¹⁵⁴

נוסף על זה, כדי שלא להתעלם לחלוטין מן הפסיקה העליונה שהצטברה במאגרי המידע בשנים שקדמו לתקופה מושא 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 שבהם נזכרו המושגים הרלוונטיים ("גמירת דעת" או "גמירות דעת" וגם "מסוימות" או "מסוימות") כלשונם.¹⁵⁵

באשר לערכאות הדיוניות – בשל היקפה העצום של הליטיגציה הרלוונטית, צומצם החיפוש לפסיקה המחוזית העדכנית ביותר שהתקבלה בשלוש 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 (ובשתי הערכאות) סיננו סינון איכותני, כדי לבודד את אוכלוסיית פסקי הדין הנחקרת מתוך כלל ההחלטות שהתקבלו בחיפוש הראשוני. מלאכת הסינון בוצעה על פי ההנחיה הזאת: באוכלוסייה שתיכלל בסופו של דבר במחקר ייכללו רק החלטות ופסקי דין המקיימים את שלושת הקריטריונים האלה גם יחד:

- (1) שאלת כריתת החוזה הייתה **שאלה מרכזית בפסק הדין**, והעיון בה נדרש לשם הכרעה בו. כלומר: ההתייחסות להיעדרן או לקיומן של גמירת הדעת ושל המסוימות לא נעשתה אגב אורחא ולא לשם בירורה של סוגיה צדדית, אלא היתה דרושה להכרעה, כך שהקביעה בנושאים אלה שימשה חלק מטעם הפסק.¹⁵⁸
- (2) פסק הדין קובע **ממצא שיפוטי ברור בנוגע לכל אחד מיסודות החוזה**, כלומר הן לעניינה של גמירת הדעת והן לעניינה של המסוימות, במובחן מפסקי דין (והם לא

153 אשר למונח "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 ו-134 החלטות.

155 47 פסקי דין ו-11 החלטות.

156 ליתר דיוק: 649 פסקי דין והחלטות, נכון לתאריך 19.12.2019.

157 115 פסקי דין ו-13 החלטות.

158 ראו לדוגמה ע"א 4857/16 **מנשה נ' יווחין אייר בע"מ**, פס' 13, 15 (נבו 2018.4.24), שבו שאלת כריתתו של ההסכם הועלתה בערעור אך לא נדונה לגופה, אף שזו נזכרה טענות הצדדים בעניינה. לעומת זאת, בערכאה הדיונית התקיים בשאלה דיון ונקבעו ממצאים מנומקים (פסק הדין מופיע בטבלה ג, הכלולה להלן בנספח ד). השוו לת"א (מחוזי חי') 16-03-46648 **עסאף נ' מדינת ישראל**, פס' 72 (נבו 2019.8.8), שם נקבע ששאלת המסוימות וגמירת הדעת לא הייתה במחלוקת אמיתית בין הצדדים, ולפיכך הניח בית המשפט כי החוזה נכרת מבלי לקבוע ממצאים באשר להתקיימות יסודותיו.

- מעטים) שבהם נקבע ממצא ברור רק כאשר לאחד מהיסודות (או שלא נקבע ממצא באשר לאף 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, שהושקעו בו ימי מחקר ארוכים ורבים, התקבלו בידינו שלוש קבוצות רלוונטיות של אוכלוסיית מחקר:¹⁶¹
- (1) קבוצת מחקר א – פסיקה עליונה שהתקבלה בשיטת החיפוש המורפולוגי המורחב (מן השנים 2008–2019); לאחר מלאכת הסינון כללה אוכלוסייה זו 23 פסקי דין מתוך 415 התוצאות שנתקבלו בחיפוש הראשוני.¹⁶²
- (2) קבוצת מחקר ב – פסיקה עליונה שהתקבלה בשיטת החיפוש המדויק (מן השנים 1991–2008); לאחר מלאכת הסינון כללה אוכלוסייה זו 9 פסקי דין בלבד מתוך 58 התוצאות שהציף החיפוש הראשוני.¹⁶³
- (3) קבוצת מחקר ג – פסיקה מחוזית שהתקבלה בשיטת החיפוש המדויק (מן השנים 2016–2019); לאחר מלאכת הסינון כללה אוכלוסייה זו 60 פסקי דין מתוך 128

159 לדוגמה בעניין **רמות ארזים** (לעיל ה"ש 23, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל), הניח בית המשפט העליון (ברעת רוב) כי דרישת המסוימות התקיימה, ולכן דן רק במחלוקת שנגעה לגמירת הדעת. בע"א 9648/16 אורחייטק GIS בע"מ נ' חן אביטן משרד עורכי דין, פס' 46–47 (נבו 28.2.2018) הועלה ונדחה ערעור על ממצא גמירת דעת שלילי, ואילו שאלת המסוימות לא הועלתה ולא נדונה כלל. בה"פ (מחוזי ת"א) 28358/10/15 לוי נ' רם, פס' 14–28 (נבו 25.12.2016) נדון יסוד המסוימות בלבד, אך לא נקבע ממצא, משום שנפסק שאין צורך בכך לאור העובדה שנקבע הממצא שלילי לעניין גמירת הדעת; והשוו ת"א (מחוזי ת"א) 13533-04-14 Dragon Ventures Mentures Management Inc. נ' קיימא ביו אגריטק בע"מ (נבו 21.5.2019), שם נדחתה הטענה להסכם מחייב על יסוד ניתוח גמירת הדעת בלבד; ת"א (מחוזי מר') 44026-02-17 בן אור נ' גויאל את אבנר (2007) בע"מ (נבו 4.6.2019), שם נדחתה תביעה חוזית משום שלא הוכח כי התובעת התקשרה בחוזה, אך הנימוקים לדחיית הטענה לא נוסחו במושגים של "גמירת דעת" ו"מסוימות", כך שלא ניתן לראות בפסיקה זו משום קביעת ממצא ברור בנוגע לדרישות אלה.

160 לדוגמה בע"א 3137/15 עיריית חיפה נ' קהילת ציון אמריקאית (בפירוק), פס' 13–16 (נבו 21.5.2018) נדחתה טענת העירייה לשימוש במקרקעי התובעת מכוח חוזה. הטענה לקיומו של חוזה נדחתה משום שהעירייה לא הצביעה על מפגש רצונות כלשהו, כלומר הצדדים לא הגיעו לשום הסכם (שם). מסיבה זו לא נותחו גמירת הדעת והמסוימות בהסכם (שלא נערך). אומנם בדחותו את ניסיונה של העירייה להסתמך על "זעקת הגינות" מכוח הלכת קלמר (ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996)) קבע בית המשפט כי אין תחולה להלכה זו, שכן לא היו גמירת דעת ומסוימות (שם, פס' 17). אך אין מדובר בקביעת ממצאים מנומקת, ולכן אין הפסק נכלל באוכלוסייה הנחקרת. בע"א 11173/02 אלונאל בע"מ נ' זאב בר בנין ופיתוח 1994 בע"מ, פס' 5 (נבו 3.4.2006) אומצו, בלא דיון ובלא הנמקה, ממצאיו של בית המשפט קמא. 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 19.12.2019.

162 לאזכור המלא של פסקי הדין בקבוצה זו ראו להלן נספח א.

163 לאזכור המלא של פסקי הדין בקבוצה זו ראו להלן נספח ב.

התוצאות שנתקבלו בחיפוש הראשוני.¹⁶⁴ רובם המכריע של פסקי הדין הללו ניתן בדיון בערכאה ראשונה, ורק מיעוטם (3) ניתן בהליך של ערעור.¹⁶⁵ יודגש: כל אחד מפסקי הדין הנכללים בכל אחת משלוש קבוצות המחקר עומד בקריטריון הסינון המשולש שהוגדר לעיל. כלומר: פסק הדין או ההחלטה כוללים ממצא שיפוטי כפול (לעניין המסוימות ולעניין גמירת הדעת) שהיה חיוני להכרעה ולוה בהנמקה מפורשת וברורה המצדיקה את אותו ממצא כפול. אוכלוסיית המחקר שנמצאה עומדת בקריטריון המשולש שהוגדר לעיל כללה אפוא בסך הכל 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 המושג "מסוימות" לבין המושג "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 אופייה 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 את ההיפותזה או להפריכה.

(א) השערות המחקר

ההשערה הראשית שלאורה ניגשתי לביצוע המחקר הייתה כי ניתן לצפות שפסקי הדין הנחקרים יגלו קשר גומלין שיטתי ומובהק – להבדילו מקשר של התאמה ספורדית ואקראית – בין הממצא השיפוטי הנוגע לכל אחד משניהם. ברם השאלה העיקרית והמעניינת היתה שאלת טיבו המשוער של קשר גומלין זה, והאופן שבו הוא צפוי להשתקף באוכלוסיית פסקי הדין הנחקרת. במענה לשאלה זו ניסחתי ארבעה ניבויים ספציפיים הנובעים מהתיאוריה שהצגתי בפרק ד – שניים חיוביים (כלומר בעלי אופי פוזיטיבי) ושניים שליליים (כלומר ניבויים באשר למופעים שאינם אמורים להתגלות בתוצאות החיפוש). אבהיר: 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 כזה יסומן להלן G+), יש לצפות גם לממצא מסוימות חיובי (ממצא כזה

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

165 כאמור, לא נתגלו בחיפוש פסקי דין שנדונו בגלגול נוסף בבית המשפט העליון.

יסומן להלן M+). לשון אחר, במקרים שבהם ייקבע שהסכמת הצדדים מבטאת את גמירת דעתם להתקשר בחוזה, כלומר הייתה לצדדים כוונה משפטית נחרצת ומגובשת, ייקבע כי גם יסוד המסוימות התקיים.

מאחורי השערה זו עומד טעם זה: כזכור, התאוריה היא שקיימת חפיפה מהותית-תוכנית בין דרישת המסוימות כיסוד עצמאי לבין רכיב הרצון המגובש (שהוא, 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 לצד 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 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.

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, שלא במפתיע, שפסקי דין כאלה כמעט אינם קיימים חרף העובדה שכלל ההשלמה המהותית, שבו עוסק מאמרי התאום ("דיני המסוימות", לעיל ה"ש 4), מתיר לכאורה השלמה נורמטיבית גם בהיעדר 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 במפורש כי הם עושים כן חרף פגם במסוימות. רק במקרה אחד נחשפה לכאורה נכונות מסוג זה: בפרשת **עדני** (לעיל ה"ש 22, פס' 2), 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 השלמה נורמטיבית, ואף הציע לחבריו לעשות כן. אלא שעיון בהמשך פסק הדין מלמד בבירור שלטעמו של השופט עמית דווקא בנקודה זו לא הייתה כל מחלוקת בין הצדדים, לאמור: הפגם במסוימות התקיים רק לכאורה, שכן תנאי התשלום לא היו בשום שלב סלע מחלוקת, הצדדים ככל הנראה הגיעו להסכמה בעניינם, ו"העסקה לא יצאה אל הפועל אך לא בשל היעדר מסוימות" (שם, פס' 6–8). מכל מקום, בהיותו פסק מיעוט לא נכלל הפסק בממצאי פרק זה. עם זאת ראוי 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).

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 כך:

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-תוכנית מלאה בין רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת לבין יסוד המסוימות, ברם בשעה ששני הניבויים הראשונים מדגישים את קשרי הגומלין החיוביים הנובעים מהנחה זו (קרי שני המופעים השכיחים שקשרי גומלין אלה אמורים להנביע בפסיקה), הניבויים השליליים מדגישים 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 – שבו ממצא מסוימות שלילי מלווה בממצא גמירת דעת חיובי (להלן: הניבוי השלילי). כפי שיובהר בסעיף הבא, לניבוי שלילי זה חשיבות רבה מזו של הניבויים החיוביים, מבחינת היכולת לאשש את התאוריה האנליטית המוצעת או להפריכה.¹⁶⁷ 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 מתיימרת להסביר או לצפות את התוצאה האופרטיבית של פסק הדין כולו. כמובן אפשר שכל שופטי ההרכב או רובם יאמצו פסק דין יחיד (במלווא או בחלקו). במקרה כזה יקבל הגיונו של פסק הדין היחיד ביטוי מעשי בהכרעה (והפוך ל"רציו"). ברם אין לגזור מהתאוריה האנליטית שהציע המאמר ציפייה לאחידות בין פסקי דין של שופטים שונים החולקים מותב אחד, ואפילו לא ציפייה לאחידות בין שופטי רוב, משום שהסכמה על תוצאתו האופרטיבית של פסק דין אינה מלמדת בהכרח על עמדה אחידה בשאלת התקיימותם של יסודות החוזה. ברם, כיוון שמעשית לא התגלו באוכלוסייה הנחקרת פסקי דין שבהם נתגלעה מחלוקת בין שופטי רוב בשאלת הממצא הנוגע לגמירת הדעת או למסוימות, ממצאי המחקר מבטאים בכל המקרים שנבחנו את עמדת בית המשפט בנושאים אלה (שניתנה בדעת יחיד, פה אחד או בדעת רוב).¹⁶⁸

167 ראו להלן פרק ה.4.

168 כלומר, עמדות המיעוט בנושאים אלה לא נכללו בממצאי המחקר. עם זאת, אוכל להפיס את דעתם של הקוראים שמבחינה מעשית מחלוקת בין שופטים היושבים בערעור לעניין התקיימות יסודות החוזה היא עניין נדיר למדי. מחלוקת כזו נתגלעה בין השופטים בפרשת פלוני (שנדונה לעיל בטקסט הסמוך לה"ש

שנית, מאחורי כל השערות המחקר שנוסחו כאן מסתרת הנחה מקדמית הנראית לי הגיונית, ועם זאת בלתי ניתנת להוכחה. אני מניח כאן ששופטת או שופט מקצועיים ישאפו להימנע ככל שניתן מפסיקה לא 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 ונבחנת (במודע או שלא במודע) אגב בחינתה של גמירת הדעת,¹⁶⁹ הגם שסביר להניח שבהקשר האחרון תוכרע השאלה במידת מודעות פחותה 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 בהתדיינות משפטית בין פלונית לאלמונית נדרש בית המשפט לשאלה אם ההסכם ביניהן מקיים את דרישות גמירת הדעת והמסוימות. החלת ההיפותזה המחקרית על מקרה זה מנביעה כמה ניבויים:

הניבוי הראשון (החיובי) הוא זה: אם ייקבע בפסק הדין ממצא גמירת דעת חיובי – שמשמעו כי ההסכם מבטא כוונה משפטית נחרצת ומגובשת הן מצידה של פלונית והן מצידה של אלמונית – צפוי הדבר לגרור גם ממצא מסוימות חיובי, כלומר קביעה שההסכם כולל את הפרטים המהותיים של עסקת המכר.

113–115), ושבה כל אחד מהשופטים קבע ממצא אחר באשר ליסודות החוזה, ולכן לא התגבשה הסכמה בנושא זה אפילו בין שופטי הרוב (מכל מקום הפסק לא נכלל באוכלוסיית המחקר כך שלא נדרשתי לשאלת סיווגו ותיאורו הנכון). גם בפרשת **עדני** (לעיל ה"ש 22), התגלעה מחלוקת בין השופטים, אולם במקרה זה שופטי הרוב אימצו עמדה אחידה (שתוצג בממצאי המחקר) ואילו עמדת המיעוט (שאליה התייחסתי לעיל בה"ש 166) אימצה עמדה שונה. שתי העמדות מתיישבות עם ההיפותזה המחקרית.

169 דוגמה נדירה לחוסר עקיבות מן הסוג הנדון ניתן להביא מפרשת **שומרוני** (לעיל ה"ש 74). מקריאת פסק הדין בערעור (שם, 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 (שם, פס' 5), וכן משום שהייתה 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, לפי הנמקת בית המשפט קמא עצמו) כי ייתכן שבניגוד לקביעת הערכאה קמא גם יסוד גמירת הדעת לא התקיים (שם, פס' 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 פסיקה עקיבה, 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 (2015) 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 והמושכלת – בין שלושת רכיביה.

171 ראו לעיל פרק ג.5.

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 שפלונת ואלמונית לא גמרו בדעתן להתקשר בחוזה. לבסוף, הניבוי השלילי משמיע כי בשום מקרה אין לצפות שפסק הדין שיכריע בסכסוך בין פלונת 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 ראוי שתניתן תשומת הלב גם להשערות ולניבויים 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 שחיזוק ברמת המסוימות יגרור לעיתים קרובות חיזוק גם ביסוד גמירת הדעת (ולחפך – החלשה במסוימות תגרור החלשה של גמירת הדעת). טענה זו, שתכונה במאמר טענת "הקשר הישר", תידון ותיבחן ביקורתית בפרק הבא.¹⁷² במבט ראשון היא עשויה 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, מלבד רכיב הרצון המגובש – שהוא החופף את יסוד המסוימות – כוללת גמירת הדעת גם את רכיבי 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 נחרצות, לא נשאו אופי משפטי.¹⁷⁴

השערה נוספת שאינה נובעת מהתאוריה האנליטית שהציג המאמר היא **שקביעת ממצא שלילי באשר לגמירת הדעת צפויה לגרור אחריה גם ממצא מסוימות שלילי**. כמבואר זה

172 ראו להלן פרק 3.1(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, בייחוד בשלב שלאחר הגשת הצעות המשתתפים במכרז. בשלב זה תוכן ההסכם (העשוי להיכרת) כבר ידוע, גמירת הדעת של המציעים נוכחת, אלא שעדיין נדרשת גמירת דעתו של בעל המכרז (בדמות "קיבול" ההצעה). דוגמה שלישית היא כמובן חוזים אחידים. העובדה שנוסח החוזה אינו נתון למשא ומתן ותוכנו 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 המנהל. משזה לא ניתן, נקבע שההסכם אינו בגדר חוזה בהיעדר 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, פס' 6-8).

174 לדוגמה, במסגרת מה שמכונה "הסכם שבכבוד" (או "הסכם ג'נטלמני"). לדיון בהסכמים אלה ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בפרק 5; שלו "הסכמים ג'נטלמניים – שם זמני", לעיל ה"ש 82.

עתה, היעדרה של גמירת דעת עשוי לנבוע לא מהיעדר רצון מגובש אלא מהיעדרן של נחרצות או של כוונה משפטית. לכן כשם שקיומה של מסוימות אינו ערובה לקיומה של גמירת הדעת, כך גם אין לגזור מהיעדרה של גמירת דעת ממצא מסוימות שלילי. לסיכום, ובניסוח פורמלי: ההיפותזה המחקרית אינה כוללת שני ניבויים אלה:

G+ א M+ V
M- א G- VI

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 הרלוונטיות שראוי לייחס לרמת שכיחותם של פסקי דין שבהם מתקיימת התאמה בין ממצא המסוימות לבין ממצא גמירת הדעת היא שאלה מורכבת. היא 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 הדין

עד כה נוסחו והוסברו ניבויי המחקר ושני ניבויים נוספים שאינם נכללים בגדרה של היפותזת המחקר. תכלית הדין 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 את היפותזת המחקר ואת ניבוייו או להפריכם? 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 במפורש ובבירור 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 יהיה אפשר לסווג את האוכלוסייה 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 רלוונטי מבחינת יכולתו לאשש או להפריך את היפותזת 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 איזו מסקנה, אם בכלל, ניתן לגזור מעצם השתייכותו של פסק דין כלשהו לאחת מקבוצות ההתאמה. שנית, נשאלת השאלה איזו מסקנה ניתן לגזור מהשכיחות היחסית (גבוהה או נמוכה) של ההשתייכות לקבוצה מקבוצות ההתאמה (לעומת שכיחות ההשתייכות לקבוצות אי-ההתאמה).

על השאלה הראשונה אשיב כי עצם קיומם של פסקי דין הנופלים בגדרן של קבוצות ההתאמה אינו מאתגר את ההיפותזה המחקרית משום בחינה, משום שממצא כזה לא יסתור את הנחות היסוד שעליה היא נשענת או את מי מניבוייה. ההפך הוא הנכון: הטענה לקיומה של חפיפה בין יסודות החוזה מקימה יסוד להשערה 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 בודאי שלא יסתור את ההיפותזה המחקרית.

התשובה לשאלה השנייה 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 נוכחות האחר. כך גם להפך: השתייכות נדירה לקבוצות ההתאמה (והשתייכות שכיחה לקבוצות אי-ההתאמה) מצביעה לכאורה על קשר רופף 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 הכירו הפסיקה והספרות בקיומה של זיקה ראייתית בין רמת המסוימות לבין רמת גמירת הדעת בהסכם נתון (להלן: טענת "הקשר הישר").¹⁷⁵ מהכרה זו נובע לכאורה שההסתברות לממצא גמירת דעת חיובי אמורה לעלות בד בבד עם העלייה ברמת המסוימות של ההסכם (ולהפך). 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 (אם יתברר 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 מזו שצפויה להצמיח זיקה מהותית מן הסוג

175 טענת "הקשר הישר" תיבחן ביתר הרחבה להלן בפרק 3.1.(א).

שלו טוען מאמר זה – זיקה שניסוחה מחייב ומדויק הרבה יותר. אכן, בניגוד לטענה המועלית במאמר, טענת הקשר הישר אינה גורסת כי עמידה ברף המסוימות מביטיחה עמידה בדרישה לגמירת דעת או להפך (כי היעדר מסוימות שולל אפשרות לעמוד בדרישה לגמירת דעת). עדיין יש להודות שקשה לקבוע במדויק כיצד ישתקף הבדל זה בפרקטיקה, בין היתר משום הכלליות והעמימות הרבה המאפיינת את טענת הקשר הישר על גרסותיה השונות, ניסוחיה השונים ודרגות העוצמה השונות של הזיקה (הראייתית) שאת קיומה מניחה כל גרסה.

חשוב מזה, כפי שכבר הוסבר, התאוריה שמציע מאמרנו אינה שוללת את האפשרות שממצא מסוימות חיובי ילווה בממצא גמירת דעת שלילי. כלומר, התרחיש [M+; G-] אפשרי בהחלט. מאחר שהיפותזת המחקר – כמוה כטענת הקשר הישר השגורה והמוכרת – אינה כוללת השערה בדבר שכיחותם של מצבים כאלה (הנופלים בגדרה של קבוצה C), אין אפשרות לגזור ממנה ניבוי נחרץ שלפיו פסקי דין בקבוצה C יהיו נדירים מפסקי דין בקבוצות ההתאמה (A ו-B).

נסכם: הגם שהשתייכות שכיחה לקבוצות ההתאמה (לעומת ההשתייכות לקבוצות אי-ההתאמה) מחזקת לכאורה את התאוריה, חיזוק זה אינו בעל משמעות רבה, משום שהתאוריה אינה כוללת ניבוי חד-משמעי לעניין זה ומשום שגם השתייכות שכיחה כאמור עשויה לכאורה להיות מיוחסת לזיקה הראייתית שהוכרה במקורות זה מכבר.¹⁷⁶

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

מהי המשמעות העשויה להיודע לעצם ההיכללות בקבוצות אלה או לשכיחותה? האם הדברים שנאמרו לעיל על 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 את התאוריה האנליטית העומדת למבחן או להפריכה. ברם בכל הנוגע לקטגוריה D, המצב שונה בתכלית. כפי שיובהר מייד, הנתונים הנוגעים לקטגוריה זו, שבה מתקיים [M-; G+], הם החשובים והרלוונטיים 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 שהוא רכיב חיוני של גמירת הדעת, הרי שבהיעדרה של מסוימות תישלל בהכרח גם גמירת הדעת.

176 אך ראו את האמור להלן בטקסט הסמוך לה"ש 186.

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

חשיבותו של הניבוי השלילי הנדון כאן – הצופה שקטגוריה D תיותר ריקה – רבה גם משום שהוא מבדל בבירור את התאוריה דנן משתי תאוריות אחרות: ראשית, זו שביסוד הנחת העצמאות (הרואה במסוימות ובגמירת הדעת יסודות נפרדים לחלוטין); שנית, זו שמאחורי טענת הקשר הישר (המכירה בהשפעת גומלין בין היסודות). לפי כל אחת מתאוריות אלה אין כל יסוד לשער שקטגוריה D תישאר 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 בהיעדרה של מסוימות.¹⁷⁷

אומנם 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-תוכנית המתקיימת בין המסוימות לבין גמירת הדעת. יש להודות כי טענות מעין אלו אינן ניתנות להפרכה מוחלטת, משום שאין לשלול אפשרות שפסיקה עתידית (או פסיקה קיימת שלא נכללה בבדיקה האמפירית) תחשוף פסקי דין שייפלו בגדרה של קטגוריה D. חרף זאת היות שהבדיקה מתייחסת לנתח נרחב מן הפסיקה, מצב שבו קטגוריה D תישאר ריקה לחלוטין 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 (וודאי שאין לגזור ממנה ניבוי שתהיה זו קטגוריה ריקה). ניבוי ברור כזה נגזר רק מהתאוריה שמציג מאמר זה. יש להודות שזהו ניבוי יומרני למדי, שכן לכאורה די בפריט אחד (פסק דין אחד) שייפול בקטגוריה D כדי להפריך את התאוריה או לפחות להחלישה. דווקא משום כך סבורני שיש לייחס משקל רב למידת התממשותו של ניבוי זה.

5. הממצאים ומשמעותם

(א) הממצאים היבשים: בית המשפט העליון (2008–2019)

כאמור לעיל, שיעור אוכלוסיית פסקי הדין הרלוונטיים שנפסקו בבית המשפט העליון בתקופה זו, ואשר התקבל בידינו בשיטת החיפוש המורפולוגי המורחב לאחר הסינון האיכותני, הוא 23 פסקי דין. הממצאים העולים מהעיון המעמיק בפסקי דין אלה מרוכזים בטבלה א שלהלן:

177 ראו המקורות עיל בה"ש 24, 25, 26.

טבלה א – פסיקה עליונה – 2019–2008			
מס"ד	שמות הצדדים ושנת הפרסום	קבוצות ההתאמה ¹⁷⁸ סימן V – ממצא חיובי כפול [G+; M+] סימן X – ממצא שלילי כפול [G-; M-]	קבוצות אי- ההתאמה ¹⁷⁹ 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	
9.	רוזנברג נ' סבן (2013)	V	
10.	חברה קדישא נ' לוי (2012)	X	
11.	באשה נ' מדינת ישראל (2011)	X	
12.	אלחדד נ' שמיר (2011)		+
13.	שאשא נ' ירוק בע"מ (2011)	V	
14.	נתיבי איילון בע"מ נ' עיריית חולון (2011)	V	
15.	עדני נ' דוד (2010)	X	
16.	בן חמו נ' פרזות בע"מ (2010)	X	
17.	אגריפרם בע"מ נ' מאירסון (2010)	X	
18.	שדה נ' מ"י (2010)	X	
19.	ואני נ' ארמלי (2009)	V	
20.	מזר נ' גאון בע"מ (2009)	X	
21.	אמינוף נ' לוי בע"מ (2008)	V	
22.	שבתאי נ' ספני (2008)	X	
23.	סויסה נ' חברת זאגא בע"מ (2008)	V	

הממצאים העיקריים העולים מהטבלה הם אלה:

ראשית, ניתן לראות כי פסקי הדין הנכללים באחת משתי קבוצות ההתאמה (קטגוריות A או B) הם רוב מכריע בקרב כלל האוכלוסייה הנחקרת: ב-22 מתוך 23 פסקי הדין הרלוונטיים (כ-96%) הייתה התאמה בין הממצא השיפוטי (שלילי או חיובי) שנקבע לעניין גמירת הדעת לבין הממצא שנקבע לעניין המסוימות. ב-10 מתוך 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).

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

179 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.

שנית, בקבוצות אי-ההתאמה (קטגוריות C או D) נכלל פסק דין אחד בלבד מ-23 פסקי הדין הרלוונטיים (כ-4%).¹⁸⁰ בפסק דין יחיד זה נקבע ממצא שלילי לעניינה של גמירת הדעת וממצא חיובי לעניינה של המסוימות, ולכן הוא נופל בגדרה של קטגוריה C [G-; M+].¹⁸¹ 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" לאחר סינון איכותני, כללה 9 פסקי דין בלבד. הממצאים העולים מהעיון בפסקי דין אלה מרוכזים בטבלה ב שלהלן:

טבלה ב – פסיקה עליונה – 2007–1991				
מס"ד	שמות הצדדים ושנת הפרסום ¹⁸²	קבוצות ההתאמה ¹⁸³ סימן V – ממצא חיובי כפול [G+; M+] סימן X – ממצא שלילי כפול [G-; M-]	קבוצות אי-ההתאמה ¹⁸⁴ [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 (1993)	V		
8.	ג.ז. רכסים בע"מ נ' גרופר (1992)	V		
9.	אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אורים (1991)	V		

180 זהו ע"א 8320/09 אלחרד נ' שמיר (נבר 29.3.2011).

181 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 בהיעדרה של גמירת דעת. את מקור הפגם ייחס בית המשפט לעוברת שההסכם לא נחתם ולעוברת ש"נוסחת הקשר" שנכללה בו הייתה מעורפלת (שם, פס' 8–9).

182 אזכור מלא של פסקי הדין הנכללים בטבלה זו מופיע להלן בנספח ב.

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

184 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.

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 מ-9 פסקי הדין הללו נקבע ממצא חיובי כפול [G+; M+] (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 ו-D) נותרו ריקות.

(ג) הממצאים היבשים: בית המשפט המחוזי (2016–2019)

כאמור לעיל, אוכלוסיית פסקי הדין שנפסקו בבית המשפט המחוזי, ושהתקבלה בידינו בשיטת "החיפוש המדויק" לאחר סינון איכותני, כללה 60 פסקי דין והחלטות. הממצאים העולים מהעיון בפסקי דין אלה מרוכזים בטבלה ג (בשל אורכה הטבלה מובאת בסוף המאמר כנספח ד).

הממצאים העולים מהטבלה הם אלה:

ראשית, בבית המשפט המחוזי פסקי הדין הנכללים בקבוצות ההתאמה (A ו-B) הם רוב ברור מקרב האוכלוסייה הנחקרת: ב-54 מתוך 60 (90%) הייתה התאמה בין ממצא גמירת הדעת לבין ממצא המסוימות. ב-22 מתוך 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 (קטגוריות C ו-D) 6 מתוך 60 פסקי הדין הרלוונטיים (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 תומכים תמיכה של ממש בתאוריה האנליטית שהציג המאמר, משום שממצאים אלה עולים בקנה אחד – במלואם – עם ההיפותזה המחקרית על מכלול ניבוייה – החיוביים והשליליים.

בטרם יובהר עניין זה ראוי להזכיר כאן כי עצם שכיחותם של פסקי דין בקבוצות ההתאמה, כשהיא לעצמה, אינה מספקת תימוכין לתקפות התאוריה מושא המאמר מאחר שכמבואר לעיל, התאוריה אינה שוללת אפשרות של אי-התאמה, אפילו שכיחה, בין יסודות החוזה.¹⁸⁵ ועם כל זאת גודלן היחסי של קבוצות ההתאמה בקרב אוכלוסיית פסקי הדין הכוללת (96% בקבוצה א; 100% בקבוצה ב; 90% בקבוצה ג) עשוי במידה רבה לספק תמיכה מסוימת ב"תאוריית הקשר" המוצעת במאמר. בהנחה שקיים פיזור טבעי סביר בין פסקי הדין שעלו בחיפוש הממוקד, סביר להניח ששיעור כה גדול של התאמה מוסבר בזיקה מהותית בין היסודות טוב יותר משהוא מוסבר בזיקה ראייתית תלוית-נסיבות – שהיא תאוריית הקשר הרווחת בפסיקה ובספרות.¹⁸⁶

¹⁸⁵ ראו לעיל פרק 4.ב.

¹⁸⁶ ראו גם להלן פרק 3.1.א).

לכן הנתון העיקרי שבו 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, ואם כן – באיזו מידה. כזכור, היפותזת המחקר כללה שני ניבויים חיוביים וניבוי שלילי אחד הנובע מהם וביחס אליהם הוא "צדו השני של המטבע".

הניבוי החיובי הראשון צפה כי ממצא חיובי לעניין גמירת הדעת ילווה תמיד (או לפחות ברוב ברור של המקרים) בממצא חיובי לעניין המסוימות.¹⁸⁷ ניתן לראות שממצא זה זוכה לאישוש ברור: בכל המקרים (18 בסה"כ) שבהם קבע בית המשפט העליון ממצא חיובי בדבר גמירת הדעת [מצב G+] נקבע גם ממצא חיובי לעניין המסוימות [מצב M+]. המצב אינו שונה בהכרעות 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-]. ואומנם, גם ממצא זה זכה לאישוש ברור.¹⁸⁸

לבסוף, באשר לניבוי השלילי, הנגזר למעשה משני הניבויים החיוביים ומדגיש את חשיבותה של קטגוריה D, גם ניבוי זה התממש במלואו. בכל 32 פסקי הדין הרלוונטיים שעלו בחיפוש ואשר בהם דן, בשנים 1991–2019, בית המשפט העליון והכריע בשאלת תוקפו החוזי של הסכם על יסוד קביעת ממצא שיפוטי ברור באשר לשני יסודות החוזה, אין למצוא ולו פסק דין אחד שבו נקבע ממצא שלילי לעניינה של המסוימות וממצא חיובי לעניינה של גמירת הדעת.¹⁸⁹

הוא הדין באשר למצב בבתי המשפט המחוזיים: בכל 60 פסקי הדין המהווים את האוכלוסייה הנחקרת אין למצוא ולו אחד המשתייך לקטגוריה D [M-; G+].

הממצאים העולים מהבדיקה האמפירית עולים אפוא בקנה אחד עם מכלול ניבוייה של היפותזת המחקר, ולפיכך תומכים בבירור בתאוריה שהציג מאמר זה. התאוריה טענה לחפיפה מהותית ותוכנית בין יסוד המסוימות לבין יסוד גמירת הדעת שבגללה לא תיתכן גמירת דעת בהיעדרה של מסוימות, שהיא מרכיב חיוני בתוכה. ממצאי הבדיקה תומכים בסברה כי תיאור זה של היחסים בין יסודות החוזה משקף במידה רבה של דיוק את תפיסתם – אם כי לא בהכרח המודעת – של שופטות ושופטים שהתעמקו בסוגיות אלה את היחס שבין היסודות. מבחינה זאת המחקר האמפירי שערכתי במאמר מספק דוגמה מובהקת לתופעה המוכרת של פער בין רטוריקה שיפוטית – שבהקשר דגן משלמת מס שפתיים להנחת העצמאות ובהתאם בוחנת אפוא "על כורחה" את כל אחד מהיסודות בנפרד – לבין

187 ראו לעיל פרק 3.א.

188 לאמור: בכל המקרים (13 במספר) שבהם קבע בית המשפט העליון ממצא מסוימות שלילי [מצב M-] נקבע גם ממצא שלילי לעניינה של גמירת הדעת [מצב G-]. המצב אינו שונה כשמדובר בהכרעות 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.

189 כאמור, קיים פסק דין (יחיד) שבו התגלתה אי-התאמה בין היסודות, אולם מדובר בפסק דין המשתייך לקטגוריה C. כפי שהסברתי, התאוריה האנליטית צפתה אי-התאמה כזו, ואין בה כדי לערער אותה כמלוא הנימה.

הפרקטיקה השיפוטית. זו מלמדת אותנו על מה פוסקות ופוסקים "חושבים באמת" (אם כי לאו דווקא במודע!) על היחס שבין היסודות, קרי – שדרישת המסוימות כלולה וגלומה ממילא 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 התשעים שלטה בכיפה הגדרה צרה של המושג "גמירת דעת", שזיהתה אותו עם הכוונה המשפטית ליצירת קשר משפטי. כל עוד שלטה תפיסה זו בכיפה, היה אפשר לבודד ביתר קלות את יסוד גמירת הדעת מיסוד המסוימות. בתקופה זו טבעי יותר לצפות לפסיקה (בכל הערכאות) שלא תתיישב עם השערות המחקר.¹⁹⁰ הימצאותה של פסיקה מסוג זה – אם תתגלה באותן תקופות – לא תסתור את הערכת המחקר כי במציאות המשפטית שהתהוותה אצלנו בעשורים האחרונים (למן שנות התשעים המוקדמות, ועם אימוץ ההגדרה החדשה לגמירת דעת), פסיקה כזו אמורה להיות חריגה ביותר.¹⁹¹

190 בחיפוש מדויק שערכתי במאגר הפסיקה העליונה של נבו המתייחס לשנים 1973–1991 לא מצאתי ולו מקרה אחד שבו נקבע במפורש ממצא מסוימות שלילי בצירוף לממצא גמירת דעת חיובי. אוכלוסיית פסקי הדין הרלוונטיים, העומדים בקריטריון המשולש שהוגדר לעיל, היא קטנה מאוד, וכוללת 6 פסקי דין בלבד שבכולם נמצאה התאמה בין ממצא המסוימות לבין ממצא גמירת הדעת. אלו הם: ע"א 705/88 אינקומר בע"מ נ' צוקר (נבו ללא תאריך); ע"א 108/84 סחם נ' אברהם מרקוביץ – חברה לבניין ולהשקעות בע"מ, 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 הנ"ל הממצא נקבע בפסק דינו של שופט המיעוט (פסק הרוב לא כלל התייחסות ליסוד המסוימות). עם זאת, נתגלגלו לידיי במהלך שנות המחקר שלושה פסקי דין מהתקופה האמורה, שבהם במבט ראשון דומה שנקבע 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 הייתה אמורה להיבנות. בבית המשפט המחוזי נקבע כי חסר זה שולל את המסוימות ואת גמירת הדעת גם יחד. הנשיא שמגר קבע בערעור כי הוא "מוכן לקבל" את טענת המערער שגמירת דעת הייתה בזכרון הדברים, בין היתר בשל "ההסכמה המפורטת למדי בין הצדדים לגבי יסודות העיסקה" (שם, פס' 5). חרף זאת קבע שמגר כי דרישת הכתב לא התקיימה משום שזהות הממכר – שהייתה שנויה במחלוקת – לא הוגדרה בו. לטעמי, אין לראות בקביעה זו ממצא מסוימות שלילי. בית המשפט אינו שולל כאן את האפשרות שגובשה הסכמה על פה בנוגע לדירה, אלא רק מציין כי אין ראיה ברורה על הסכמה כזו, וכי בהתחשב במחלוקת לא ניתן לערוך השלמה נורמטיבית של הפרט המהותי החסר כדי לרפא את הפגם בדרישת הכתב. מכל מקום, כאמור, הניתוח בפרשת אליסאן נעשה לפני שגובשה ההגדרה החדשה והמלאה של גמירת הדעת עת זו זוהתה עם הכוונה המשפטית (שם, פס' 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 הסמוך לה"ש 113–115. המקרה השלישי שבו יושמה התפיסה הצרה של גמירת הדעת נזכר בעניין חסיד, לעיל ה"ש 106. השופט בך ציין שם שבית המשפט קמא קבע ממצא גמירת דעת חיובי אך שלל את תוקף החוזה (שנכרת בדרך של מכרז) בשל היעדר מסוימות. אומנם ממצא זה לא נשאר על כנו, משום שבית המשפט העליון הפך את התוצאה בקובעו כי ההסכם עמד בדרישת המסוימות (לא נערך דיון ביסוד גמירת הדעת, שבית המשפט הניח שהתקיים). עם זאת מפסק הדין המחוזי (שבוטל) עולה גישה צרה, המתיישבת עם ההגדרה הישנה והצרה לגמירת הדעת (פסק הדין לא אותר במאגרי המידע של "נבו" ושל "תקדין").

191 במהלך המחקר נודמנו לידיי שלושה מקרים שנפסקו בתקופה שמשנות התשעים ואילך, ושבהם אומצה לכאורה תפיסה צרה של גמירת דעת, שאינה מתיישבת עם התאוריה שהציג המאמר. בפרשת לויין (לעיל

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-יום ובשפה המשפטית כאחת.

1. נעילה: השלכות התאוריה ותרומותיה

אם נכונה התאוריה האנליטית-פרשנית שלפיה קיימת חפיפה תוכנית-מהותית טבועה בין המסוימות לבין גמירת הדעת, אילו השלכות עשויות להיות לה? בפרק אחרון זה אעמוד על השלכות ותרומות אפשריות של התאוריה שפרס מאמר זה.

1. המשמעות העיונית: זניחתה של הנחת העצמאות

ההשלכה הראשונה והמיידית ביותר של התאוריה שהצעתי מצויה במישור העיוני הטהור: במישור זה מתבקשת המסקנה הזאת: אם אכן יסוד המסוימות ורכיב הרצון המגובש המקופל בתוך יסוד גמירת הדעת חופפים זה את זה – בבחינת "אותה גברת בשינוי אדרת" – הרי שהמסוימות אינה יסוד נפרד ואוטונומי מגמירת הדעת. אם אכן כך הדבר – והמצא האמפירי מחזק מסקנה זו – הרי שבניגוד לרטוריקה ולמתודיקה השולטות בפסיקה ובספרות המשפטית,¹⁹² דרישת המסוימות אינה אלא "שכפול" של דרישה הטבועה 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

ה"ש 115), שנפסקה בשנת 2003, שלל בית המשפט העליון תוקף חוזי מזכרון דברים שלא כלל הסכמה על מחיר הדירה, עניין שהצדדים השמיעו עליו גרסות סותרות. השופט לוין הסיק מכך שהצדדים החלו לקיים את העסקה חרף חוסר הוודאות באשר למחיר, שלא היה ספק ממשי בדבר גמירת דעתם, אך סירב (בדעת רוב) להשלים את המחיר החסר השלמה נורמטיבית, משום 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 נקבע קביעה פוזיטיבית שהצדדים לא הגיעו להסכמה על המחיר, ולכן היה יסוד המסוימות פגום, היה אפשר לראות בפסק הדין כסותר את התאוריה מושא מאמרנו. שני המקרים האחרים הם פסקי דין מחוזיים שאוזכרו בפסקי דין של בית המשפט העליון, אך לא איתרתי אותם במאגרי המידע. הראשון שבהם 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 באשר לשתי העסקות שנדונו שם. בערעור נהפכה הקערה, ובית המשפט קבע כי דרישת המסוימות התקיימה אף היא.

192 ראו לעיל פרק ב.

פרטי העסקה המהותיים – אף שהיא חיונית לשם כינונה של גמירת דעת – אינה תנאי מספיק לשם כך. בהיעדר 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. לעומת זאת קבלתה של התאוריה המוצעת כאן 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: לפנינו יסוד אחד (גמירת דעת) הכולל מניה וביה את היסוד השני (המסוימות).¹⁹³

2. המשמעות המשפטית: המסוימות – יסוד מיותר?

לאימוצה של התאוריה דלעיל השלכה ישירה על מעמדה של דרישת המסוימות ועל נחיצותה כיסוד פורמלי נפרד במערך 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, שאולי תיראה בעיניהם מרחיקת לכת. אודה ואתוודה: זוהי אכן מסקנה מרחיקת לכת. היא מטילה צל כבד על רטוריקה שיפוטית ארוכת שנים ועל מתודולוגיה מקובלת ומושרשת שבה יסוד המסוימות מוצג ואף 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.¹⁹⁴

בל נטעה: אין באמור כדי לרמוז שמן הבחינה העניינית-מהותית דרישת המסוימות אינה חיונית. נהפוך הוא: לדעתי מדובר על דרישה חיונית המשרתת תכליות חברתיות חשובות ביותר. מה שלאור התאוריה שהצגתי מתחוויר כמיותר אינו הצורך ביסוד של מסוימות, אלא אך ורק הצורך לעגן יסוד זה בתנאי משפטי נפרד מן התנאי הפורמלי של גמירת דעת. אכן, אם תכליתה של דרישת המסוימות היא להבטיח שהסכם לא יוכר כחוזה בהיעדר פירוט מינימלי של התחייבויות הצדדים, הרי שתכלית זאת מוגשמת כבר במסגרת הדרישה

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

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

לגמירת דעת. כפי שראינו, דרישה זו לא תיכון בהיעדרו של רצון מגובש, וזה בתורו לא ייכון בהיעדר הסכמה (המשמיעה בהכרח גם מודעות, לפחות בכוח) על העניינים המהותיים ביותר הנוגעים לעסקה. מבחן "הפרטים המהותיים" הוא מבחן שסתום (אובייקטיבי) גמיש ביותר, והוא כשיר לשאת על כתפיו בלא קושי מיוחד את מימוש מגוון תכליותיה של דרישת המסוימות.¹⁹⁵

האם מתבונה זו נובע שראוי 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, ואומנם נטיית ליבי הראשונית הייתה להמליץ על עריכת תיקון כזה בחוק החוזים.¹⁹⁶

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 נוסף על ביטוי רצונם הנחרץ להיכבל משפטית, צדדים המבקשים לתת אכיפות להסכם שעשו נדרשים לתת ביטוי קונקרטי ומפורט (מסוים) לתוכניתם העסקית המשותפת. העמדת המסוימות כיסוד נפרד מדגישה גם את הממד האובייקטיבי של דרישה חשובה זו. קיים חשש שבהיעדר בידוד פורמלי של יסוד המסוימות מיסוד גמירת הדעת הבנה חשובה זו עלולה להיטשטש ולהישחק, בין היתר משום שכיום עדיין נתפס המושג "גמירת דעת" 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 ה"מסוימות" לבין רכיב הרצון המגובש שבגמירת הדעת, אין לשלול אפשרות שפסיקה עתידית תבקש לבדלם זה מזה במידת מה. לדוגמה, גישה שמרנית ומחמירה כלפי ההכרה באכיפותם של הסכמים עשויה לבקש להעלות את רף המסוימות אגב התחשבות בשיקולי מדיניות כלליים כגון מניעת התדיינויות והקלת העומס מעל בתי המשפט.¹⁹⁷ השימוש ברכיב הרצון המגובש כאכנסיה לשקילת שיקולים אלה עשוי להיות מלאכותי מעט, משום שמושג זה מזמין מטבעו התמקדות בשיקולים הנוגעים למאפייני העסקה הקונקרטית שרקמו הצדדים ולמצבם התודעתי (הנבחן

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

196 לדוגמה, היה אפשר לקבוע, בס' 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 להתקשר עם רעהו בבהסכם בעל תוקף משפטי".

197 לגישה כזו יש יותר מהד בפסק דינו השמרני של השופט גרוניס בע"א 10859/07 **חברה קדישא גח"ש א שעל יד הרבנות הראשית והמועצה הדתית תל-אביב-יפו והמחוז (ע"ר) נ' לוי**, פס' 15–16 (נבו 22.1.2012). לדיון בפסק הדין ובהשלכותיו האפשריות ראו Yehuda Adar, *Law of Contracts*, in THE ISRAELI LEGAL SYSTEM 69, 74–77 (Christian Walter, Barak Medina, Lothar Scholz & Heinz-Bernd Wabnitz eds., 2019).

אובייקטיבית). מושג ה"מסוימות", לעומת זאת, הוא לכאורה ניטרלי יותר ולכן בעל היקף תחולה רחב יותר.¹⁹⁸

מסיבות אלה, והגם שלטעמי כיום קיימת חפיפה מלאה בין רכיב הרצון המגובש לבין יסוד המסוימות, סבורני שאין הכרח להסיר את מושג ה"מסוימות" 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 "הקשר הישר" – הערכה ביקורתית

נפתח בטענת "הקשר הישר" – היא האמירה השגורה שכבר הזכרנו, ואשר לפיה מסוימות חזקה עשויה לחזק גם את גמירת הדעת, ולהפך: מסוימות חלשה עשויה להחלישה.¹⁹⁹ מתברר כי פוסקים ומלומדים המזכירים אמירה שגורה זו אינם טורחים לתומכה בהסבר או בנימוק כלשהם. הסבר כזה מתבקש לכאורה, שכן לפי הנחת העצמאות זרימה מסוג זה בין היסודות אינה מובנת כלל 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 באורח אוטומטי ובלתי נמנע גם לחיזוקה של גמירת הדעת. ביתר פירוט: ככל שהצדדים מרחיבים את שטח ההסכמה שלהם ומכלילים בו פרטים רלוונטיים נוספים, הופך רצונם מפורט ומגובש יותר – מה שמשפיע לטובה הן על גמירת הדעת (בהיבט של הדרישה לרצון מגובש) הן על

198 דא עקא, בפסיקה השתרשה הגישה שלפיה רף המסוימות משתנה ממקרה למקרה לפי חשיבותו היחסית של הפרט החסר בעסקה הקונקרטית שערכו הצדדים אגב התחשבות גם בכוונתם המשוערת (להתבססות גישה זו ראו לדוגמה שלו וצמח, לעיל ה"ש 22, בעמ' 177, והאסמכתות המפורטות שם בה"ש 79). כל עוד לא תיזנח גישה זו, יתקשו בתי המשפט להתחשב בגלוי בשיקולי רוחב מוסדיים גם במסגרת דרישת המסוימות. לעניין זה, ראו גם ה"ש 87 לעיל. מעניין שגם בפרשת **חברה קדישא** (שם), שבה ניתן ביטוי לשיקולי מדיניות כלליים, לא הועמד פסק הדין על שיקולים אלה בלבד אלא גם על שיקולים "חוזיים" במובן הצר, הנוגע לגמירת הדעת.

199 אסמכתות לטענת הקשר הישר מרוכזות לעיל בה"ש 22.

המסוימות (באותו היבט ממש). כך גם להפך: בסיס הסכמה מצומצם פוגם בעת ובעונה אחת בשני היסודות הפורמליים כאחד.²⁰⁰

התאוריה שהוצגה לעיל מבארת עניין נוסף שלא הוסבר במקורות – העובדה שהקשר הישר בין יסודות החוזה הוא חד-כיווני. אכן, הפסיקה לא הכירה מעולם באפשרות שחיוק ביסוד גמירת הדעת יגרור חיוק ביסוד המסוימות. ניתן להקשות ולשאול – מדוע? אם אכן, כפי שטוענים המקורות, שני היסודות "אוצלים זה על זה", מדוע אין האצילה מתרחשת גם בכיוון הנגדי?

גם כאן מספקת התאוריה דנן הסבר פשוט: מאחר שיסוד גמירת הדעת כולל שלושה רכיבים שרק אחד מהם חופף את יסוד המסוימות, אין כל הכרח שהתחזקות ביסוד גמירת הדעת תבטא בה בעת התחזקות ברמת המסוימות. לדוגמה, הוספת הצהרות חגיגיות להסכם, עיגונה בכתב של הסכמה על פה או פנייה ליעוץ 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 אינן הופכות את רצון המתקשרים "מגובש" יותר.

טענת הקשר הישר מבוססת אפוא על אינטואיציה נכונה. עם זאת הטענה מנוסחת כמעט תמיד ניסוח זהיר ומסויג. הניסוחים הרווחים יוצרים את התחושה שהקשר הישר בין המסוימות לבין גמירת הדעת אינו קשר הכרחי, אלא כזה העשוי להתקיים לעיתים, אולי אף לעיתים קרובות, אך ודאי שלא תמיד ולא בהכרח, וייתכן שאפילו לא במרבית המקרים.²⁰¹ זהו הבדל ניכר בין עמדתן של הפסיקה ושל הספרות לבין "תאוריית הקשר" שהצגתי. זו אינה מסתפקת בטענה לקשר קונטינגנטי-ראייתי שאין להתחייב על טיבו ועצמתו 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 חיוק ביסוד המסוימות כרוך בהכרח ולעולם (ולא רק לעיתים כפי שמקובל לומר) בחיוקו של יסוד גמירת הדעת; שנית היא מסבירה מדוע בכיוון ההפוך השפעה זו (של רמת גמירת הדעת על רמת המסוימות) היא רופפת וספקולטיבית הרבה יותר.

(ב) טענת "הקשר ההפוך" – הערכה ביקורתית

תרומתה המתודולוגית של התאוריה ניכרת גם בהקשר של טענה שגורה אחרת המושמעת תדיר בפסיקה. זוהי טענת "הקשר ההפוך", שלפיה גמירת דעת ברורה מצדיקה הנמכה של "רף המסוימות" לעומת זה שהיה נדרש אלמלא הייתה גמירת הדעת מובהקת.²⁰² גם טענה זו, כקודמתה, אינה מובנת מאליה, טענה הסבר ואף מעוררת קושי. היא מבליעה מסר

200 אעיר כי לא כל פרט המיתוסף לעסקה מחזק את גמירת הדעת (ואת המסוימות) באותה מידה. החיוק יתרחש במובהק כשהפירוט הנוסף מתייחס למערך החיובים הראשוניים של הצדדים, קרי חיובי הביצוע. במקרה כזה ללא ספק תתחזק המסוימות, ויתחזק גם רכיב הרצון המגובש. מנגד, יש 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) וכהנה "הוראות משניות", משפיעות בבירור על גמירת הדעת, אף שאינן נוגעות במישורין לביצוע ההסכם ולכן משפיעות רק בשוליים על רמת המסוימות (וה"מגובשות") של רצון הצדדים.

201 למדגם מייצג של הניסוחים המקובלים ראו לעיל ה"ש 22.

202 אסמכתות לטענת הקשר ההפוך מרוכזות ראו שם (משולבות באסמכתות לטענת הקשר הישר).

שלפיו גמירת הדעת נמצאת במעמד הייררכי גבוה מזה של המסוימות, וכי היא חשובה יותר מבחינה נורמטיבית. בניגוד לטענת הקשר הישר, המצביעה על זרימה טבעית בין היסודות, טענת הקשר ההפוך מרמזת דווקא על מתח ביניהם – מתח שבית המשפט מוסמך ליישב במתן הבכורה לגמירת הדעת ו"הקרבתה" של המסוימות על מזבחה. ואומנם, בספרות המשפטית ניתן למצוא אמירות מפורשות ברוח זו, המעמידות את המסוימות כדרישה נחותה בחשיבותה יחסית לגמירת הדעת.²⁰³

נקל לראות שגישה כזו מכרסמת בהנחת העצמאות, הרואה במסוימות דרישה אוטונומית ועצמאית. אם המסוימות היא דרישה עצמאית ונפרדת, מה יכול להיות מקור הלגיטימציה "להקריב" אותה על מזבחה של גמירת הדעת?²⁰⁴ טענת הקשר ההפוך יוצרת לכאורה מתח בלתי ניתן ליישוב בין הגישה הרואה במסוימות דרישה עצמאית לבין זו הרואה בה ספיח טפל לגמירת הדעת, מבחן עזר ראייתי, שהתקיימותו אינה בגדר תנאי חיוני לשכלול החוזה.²⁰⁵

למתח זה מציע המאמר הנוכחי את אחד משני הפתרונות האלה: אם טענת 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 להסכין עימה. 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 ונחרצת.²⁰⁶

אלא שניתן לפרש את טענת הקשר ההפוך גם אחרת, פירוש המאפשר להצדיקה. כך יהיה אם נפרש את הדרישה לא כנכונות לוותר על היסוד האובייקטיבי־קונקרטי של החוזה

203 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 [...]".

204 ההכרה במתחים בין שני יסודות החוזה ובירידת קרנה של המסוימות לא החלו בפרשת בית הפסנתר המפורסמת (לעיל ה"ש 24) והם זוהו כבר בראשית שנות התשעים. 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, פס' 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 "דיני המסוימות", לעיל ה"ש 4. בין היתר אני מראה שם שדברי השופט דורנר בפרשת **בית הפסנתר** (שם), שבה ראו רבים קריאה לביטולו של יסוד המסוימות, היא הערת אגב שלא נקלטת בפסיקה, ושהכרסום האמיתי בדרישת המסוימות החל שנים רבות קודם לכן בפרשת **רבינאי** (לעיל ה"ש 14).

205 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, פס' 5): "מסוימות של חוזה מהווה דרישה בפני עצמה להצעה ואף יכולה לשמש מבחן עזר לגמירת דעת".

206 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 הנמכה של רף המסוימות המינימלי שבית המשפט סבור שמתאים לאותה עסקה? גישה כזו פוגעת ברצינוליס החשובים של דרישת המסוימות, ואין להסכין עימה. אני מבסס עמדה זו ביתר הרחבה בפרק ד של מאמרי "דיני המסוימות", לעיל ה"ש 4.

לטובת היסוד הסובייקטיבי-חפצי שבו אלא כהכרה בכך שהרף המינימלי של כל אחד משלושת רכיביה של גמירת הדעת – שעיימו אין להתפשר – נקבע בשקלולם יחד של שני הרכיבים האחרים ולא במנותק מהם. 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, יש היגיון רב להסמיך את בית המשפט לקבוע את המינון הנכון של כל מרכיב בתמהיל בהתחשב במינון של הרכיב האחר. כל זאת, כאמור, עד ל"רצפה" מסוימת שאל מתחת לה אין לרדת. לסיכום, ההנחיה השיפוטית המגולמת בטענת הקשר ההפוך, ואשר לפי הנחת העצמאות נחזית כ"ערבוב" מין בשאינו מינו וכהתפשרות תמוהה על דרישה חיונית שקובע החוק, הופכת על פי התאוריה המוצעת כאן, להנחיה הגיונית ומתקבלת על הדעת.

(ג) גמירת דעת אפשרית בהיעדר 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, והחווה אפוא לא ישתכלל?²⁰⁷ גם הפעם התשובה פשוטה: קבלת התאוריה שהצעתי מחייבת לדחות קביעות אלה משום שהן סותרות את הנחות 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 ונפרדותן 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 ליסוד המסוימות: זה יכול שיתקיים מבלי שיהא בכך בהכרח כדי לקיים את יסוד גמירת הדעת. ברם אשר לגמירת הדעת הקביעה שגויה: עצם העמידה בדרישה לגמירת דעת כרוכה בהכרח גם במילוי דרישת המסוימות. כאן ניתן בהחלט 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.²⁰⁸ ברם כפי שהראה המאמר, תפיסה צרה כזו נזנחה לפני כשלושה עשורים,

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

208 בעניין זה ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 190.

ואין היא משקפת עוד את הפרקטיקה השיפוטית, ולמעשה גם לא את הרטוריקה השיפוטית במלואה – שהרי הפסיקה אימצה את רכיב הרצון המגובש כחלק אינטגרלי מהגדרתה של גמירת הדעת.

4. המשמעות הפרקטית: שיפור בהבנת הדין ובחיזוי הכרעות שיפוטיות

בפתח המאמר הבהרתי כי תרומתו העיקרית היא במישור התיאורי: ביאור והנהרה של מורכבות המושג "גמירת דעת" ושל יחסי הגומלין שבינו לבין יסוד המסוימות. התרומה העיקרית של ה"תגליות" השונות שהציעה התאוריה שניסח המאמר ערוכות אפוא במישור העיוני וזהמתודולוגי ולא במישור הנורמטיבי. ברם אין פירוש הדבר כי התאוריה נטולת השפעה מעשית. לדעתי, ההפך נכון: התאוריה המוצעת עשויה לסייע לעוסקים במלאכת המשפט – שופטים, פרקליטים, מורי המשפט ותלמידיו – להבינו ולכן גם ליישמו טוב יותר. ראשית, אם תתקבל על דעתם של מורי המשפט ומלמדיו, תוכל התאוריה המוצעת להקל את מלאכת ההוראה והלימוד של דיני הכריתה ולהיטיב עימה.²⁰⁹ הבנת שורשיו של הקשר הטבוע בין היסודות בכוחה לתת פשר לאמירות שונות – לעיתים סותרות – המושמעות בפסיקה בנוגע למעמדן של גמירת הדעת ושל המסוימות ובנוגע ליחס שביניהן.

שנית, מודעות לקשר הטבוע שבין המסוימות לגמירת הדעת עשויה להועיל לכל העוסקים הלכה למעשה בהכנת חוזים או במתן ייעוץ משפטי בסוגיות דנן. התאוריה מעמידה בידי הפוסקת או היועץ המשפטי המבקשים לדעת (מראש או בדיעבד) אם הסכמה פלונית עולה כדי חוזה, שיטת עבודה נוחה ופשוטה. על פי שיטה זו, היסוד היחיד הנדרש לשם שכלולו של כל חוזה הוא גמירת הדעת ההדדית של הצדדים להסכם.²¹⁰ 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").²¹¹

שלישית, התאוריה מאפשרת להבין טוב יותר את הפרקטיקה השיפוטית ואף לצפותה מראש. כפי שראינו, היא נתמכת בממצאים שאליהם מגיעים בתי המשפט בהכרעים 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 ה"נכון" בסוגיות המסוימות וגמירת הדעת. מודעות כזו עשויה לסייע לפרקליטים לבחון בעין ביקורתית הכרעות שיפוטיות החורגות ממבנה

209 עם זאת, יש להודות כי המתח החמור ביותר המתקיים בדיני הכריתה נובע ממתוס ההשלמה המהותית, שנדון בהרחבה במאמרי "דיני המסוימות", לעיל ה"ש 4.

210 מובן שאפשר שתתעוררנה שאלות נוספות בנוגע לדרישות שאינן מעוגנות בפרק א' לחוק החוזים, ובעיקר: כשרות משפטית, צורה (כשהיא תנאי לתוקף החוזה לפי דין או הסכם) וכן הדרישה להיעדר פסלות (לפי ס' 30 לחוק החוזים).

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

ההכרעה הצפוי. לדוגמה, הכרעה המשלבת ממצא גמירת דעת חיובי עם ממצא מסוימות שלילי צריך שתיבחן בחשדנות, בהיותה מעידה לכאורה על העדר עקיבות.²¹²

5. סוף דבר

לכתיבה אקדמית נודעת לרוב השפעה מוגבלת למדי על המציאות. שלא כדברי חקיקה, הלכות פסוקות ואפילו אמרות 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 לפני הקורא את אי-הבהירות העמוקה השוררת בליבת דיני כריתת החוזה במשפט הישראלי בשאלת מהותה של גמירת דעת ובשאלת היחס שבינה לבין יסוד המסוימות. פתחתי את הדיון 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 המושג "מסוימות". בהמשך בחנתי התנגדויות אפשריות לתאוריה אנליטית-פרשנית זו ומנגד הצבעתי על רמזים להכרה שיפוטית ואקדמית בה. בשלב השלישי הצגתי את ממצאיו של מחקר אמפירי רחב היקף, אשר לעניות דעתי תומכים בטיעוני המאמר. לבסוף הצבעתי על תרומות אפשריות של התאוריה במישור העיוני, המתודי והפרקטי.

שלוש הערות מסכמות ראויות להישמע בטרם יונח קולמוסי. ראשית, טענתי במאמר לא הייתה שאין להעלות על הדעת שום אפשרות תאורטית לבודד את יסוד המסוימות מיסוד גמירת הדעת. הטענה לא הייתה 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 ובספרות) בידוד מושגי כזה בין שני היסודות אינו יכול אלא להיכשל. תולדות ההגדרה של גמירת הדעת מצד אחד והבדיקה האמפירית המקיפה מצד אחר מאששות השערה זו.

שנית, חשוב להבהיר שקריאת התיגר 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 ברכיבי הנחרצות והכוונה המשפטית) ימשיכו ליישם גישה מקילה בכל הנוגע ליסוד האובייקטיבי שלו (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 גמירת הדעת לבין המסוימות.

לבסוף, ההבנה שהמסוימות היא רכיב המכונן את גמירת הדעת נושאת עימה 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 על האנליטית שנפרסה במאמר זה את ההבנה שהסכמה הדדית (פוזיטיבית ואקטיבית) על

212 דוגמה להכרעה לא עקיבה מסוג זה הבאתי לעיל בה"ש 164, מתוך פסק דינו של בית המשפט קמא בעניין שומרוני (לעיל ה"ש 74).

מכלול הפרטים המהותיים של העסקה היא תנאי שאין בלתו לשכלול חוזה.²¹³ כך, לא רק משום שוויתור על דרישת המסוימות מנוגד ללשון החוק ולעמדת הפסיקה, אלא גם משום שוויתור כזה פירושו כרסום מהותי בדרישה לגמירת דעת עצמה – הכוללת מניה וביה את הדרישה להסכמה על מכלול העניינים המהותיים לעסקה שבה ביקשו הצדדים להתקשר. 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 שקוראי המאמר השתכנעו שגרעין דיני כריתת החוזה במשפט הישראלי מורכב יותר ממה שמקובל להניח, ושהמאמץ לפשטו ולהנגישו הוא כדאי ומפורה – ואולי אפילו מהנה.

ז. נספחים

א. רשימת פסיקה – בית המשפט העליון (2019–2008)

1. ע"א 7021/14 ילינק נ' אורנשטיין (31.10.2017).
2. ע"א 7424/15 חלילה נ' מוחמד (11.9.2017).
3. ע"א 6235/15 חלאק נ' כריים (15.2.2017).
4. ע"א 7591/13 פלונים נ' פלונית (25.1.2016).
5. ע"א 1790/15 מזרחי נ' אבני (16.8.2015).
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 (11.8.2013).
8. ע"א 692/12 פרידמן נ' שפירא (7.8.2013).
9. ע"א 9247/10 רוזנברג נ' סבן (24.7.2013).
10. ע"א 10859/07 חברה קדישא נ' לוי (22.1.2012).
11. בג"ץ 634/11 באשה נ' מדינת ישראל (27.7.2011).
12. ע"א 8320/09 אלחדד נ' שמיר (29.3.2011).
13. ע"א 8505/09 שאשא נ' ירוק בעיר הנעה בגז בע"מ (23.3.2011).
14. ע"א 1194/09 נתיבי איילון בע"מ נ' עיריית חולון (16.2.2011).
15. ע"א 7193/08 עדני נ' דוד (18.7.2010).
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 (15.7.2010).
18. ע"א 6051/07 שדה נ' מנהל מקרקעי ישראל – מדינת ישראל (25.4.2010).
19. ע"א 5472/04 ואני נ' ארמלי (13.12.2009).
20. ע"א 3160/08 מזר נ' גאון חברה לבנין והשקעות בע"מ, (28.6.2009).

213 נושא זה עומד במרכזו של מאמרי התאום "דיני המסוימות" (לעיל בה"ש 4), אך עלה גם אגב הדיון בטענת "הקשר ההפוך", לעיל בפרק 3.1(ב).

21. ע"א 5511/06 אמינוף נ' לוי השקעות ובניין בע"מ (10.12.2008).
22. ע"א 8430/06 שבתאי נ' ספני (3.11.2008).
23. ע"א 2469/06 סויסה נ' חברת זאגא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ (14.8.2008).

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 טרבליסי נ' טרבליסי, פ"ד נג(1) 457 (1999).
3. ע"א 6490/97 אלחגי 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' חמדון, 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, פ"ד מו(2) 724 (1992).
9. ע"א 702/89 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אורים, פ"ד מה(2) 811 (1991).

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 מיון נ' פרידמן (12.02.2019).
5. עמ"ש (מחוזי ת"א) 26328-10-17 א.כ. נ' חר. (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 דישראלי נ' זיו (05.11.2018).
8. ת"א (מחוזי י-ם) 35587-03-15 צעירי אגודת חב"ד נ' ארנון – מנהל עיזבון אגיאר (4.11.2018).
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 (1.11.2018).
11. פר"ק (מחוזי ב"ש) 57855-01-18 דקור רהיט (2000) בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (15.8.2018).
12. ה"פ (מחוזי חי') 69381-09-16 ציוני נ' שגיא (6.8.2018).
13. ה"פ (מחוזי מר') 9335-04-17 בירנבאום נ' צברי (13.7.2018).
14. ת"א (מחוזי מר') 18217-05-16 שחר ברק יזמות נדל"ן בע"מ נ' גזית (29.5.2018).
15. ת"א (מחוזי מר') 44966-09-14 עזאמי נ' עזאמי (15.5.2018).
16. ת"א (מחוזי מר') 29538-12-14 ע.ד.מ מתחם רוטשילד בע"מ מוסאצ'ו (8.5.2018).
17. ה"פ (מחוזי ת"א) 6751-03-16 צדוק נ' כהנא (4.4.2018).
18. ה"פ (מחוזי חי') 44411-02-16 שלום נ' אלטשולר (25.3.2018).
19. ה"פ (מחוזי ת"א) זיידה נ' דגמי (13.3.2018).

20. ת"א (מחוזי נצ') 17668-01-14 ג'יין נ' בוחניק (1.3.2018).
21. ה"פ (מחוזי חי') 20201-02-17 בנבנישתי נ' מרקוס (27.2.2018).
22. ת"א (מחוזי ת"א) 2352/08 יער אדריכלים ומתכנני ערים (2001) בע"מ נ' העיר החדשה טי.אל.וי בע"מ (19.2.2018).
23. ת"א (מחוזי חי') 2710-11-14 פרסון נ' וינר (31.12.2017).
24. ת"א (מחוזי ת"א) 37336-06-12 טכנולוגיות סטאררויז בע"מ נ' אלביט מערכות יבשה ותקשוב בע"מ (27.12.2017).
25. ת"א (מחוזי ת"א) 9470-02-15 גל-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 מר') 20517-11-13 דגל נ' דגל ראובן בע"מ (18.10.2017).
29. ת"א (מחוזי חי') 7086-01-17 חבקוק נ' שבח (15.10.2017).
30. ה"פ (מחוזי ת"א) 43744-02-17 מימון נ' זאבי (28.8.2017).
31. ת"א (מחוזי מר') 41804-08-15 שי נ' רשות שדות התעופה (3.8.2017).
32. ה"פ (מחוזי מר') 5577-03-16 סי-מון ניהול מקרקעין ויזמות בע"מ נ' רשות הפיתוח (31.7.2017).
33. ע"א (מחוזי ת"א) 27353-03-16 ב.ה.לוי בע"מ נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (19.7.2017).
34. ה"פ (מחוזי מר') 19158-11-16 קירת חברה קבלנית לבניה בע"מ נ' יואבי (5.7.2017).
35. ת"א (מחוזי ת"א) 44303-06-14 פלדמן נ' חדר (25.6.2017).
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 (11.6.2017).
38. ת"א (מחוזי ת"א) 36997-07-14 בוטיק הוטל ים המלח בע"מ נ' גריין (3.5.2017).
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 (7.2.2017).
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 חכים 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 עזובון 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 (29.9.2016).
47. ת"א (מחוזי י-ם) 47765-11-11 דהן נ' רמי לוי שיווק השיקמה תקשורת בע"מ (23.8.2016).
48. ו"ע (מנהלי ת"א) 32809-08-10 עוגן נדל"ן מניב בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין תל אביב (19.7.2016).
49. ת"א (מחוזי ת"א) 3303-12-10 י.ד.מ.ש. בע"מ נ' ניסקו (30.6.2016).

50. ת"א (מחוזי מר') 46006-07-13 **שאבי נ' עגיב** (26.6.2016).
51. ת"א (מחוזי חי') 10458-04-14 **קוזלי נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון** (8.6.2016).
52. ת"א (מחוזי חי') 52051-12-13 **עובד נ' לונדון** (31.5.2016).
53. ה"פ (מחוזי נצי") 44320-06-15 **אלקבץ נ' מוסך דיזל חסן שהואן בע"מ** (8.5.2016).
54. תנ"ג (כלכלית ת"א) 26814-12-14 **מנשה נ' יוריזין אייר בע"מ** (3.5.2016).
55. ת"א (מחוזי מר') 51555-05-13 **אורגניקה סחר ישראל בע"מ נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ** (2.5.2016).
56. ת"א (מחוזי חי') 23914-09-11 **דקואר נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ** (1.5.2016).
57. ת"א (מחוזי ת"א) 32070-05-10 **אקרשטיין צבי בע"מ נ' חברת מבני תעשייה בע"מ** (1.5.2016).
58. פש"ר (מחוזי ב"ש) 39707-02-11 **סבג נ' סבג** (23.2.2016).
59. ת"א (מחוזי חי') 5010-12-10 **פלקסר נ' בר** (12.2.2016).
60. ה"פ (מחוזי מר') 61824-12-14 **קדוש נ' סויד** (11.2.2016).

ד. ריכוז ממצאי הבדיקה האמפירית – פסיקת בתי המשפט המחוזיים (2019–2016)

טבלה ג – פסיקה מחוזית – 2019–2016			
מס'ד	שמות הצדדים ושנת הפרסום ²¹⁴	קבוצת ההתאמה ²¹⁵	קבוצות אי-ההתאמה ²¹⁶
		סימן V – ממצא חיובי כפול [G+; M+] סימן X – ממצא שלילי כפול [G-; M-]	[G-; M+] או [G+; M-] גמירת דעת מסוימות
1.	שטרית נ' כץ (2019)	X	
2.	סרדניוף נ' מואיז (2019)	X	
3.	טלר נ' קדם (2019)	X	
4.	מיזן נ' פרידמן (2019)	X	
5.	א.כ.נ' חר. (2019)	V	
6.	ישפה נ' ארעזי (2018)	V	
7.	דישראלי נ' זיו (2018)	X	
8.	צעירי אגודת חב"ד נ' ארנון – מנהל עיזבון אגיאר (2018)	X	
9.	זמט נ' מינס (2018)	X	

214 אזכור מלא של פסקי הדין הנכללים בטבלה זו מופיע לעיל בנספח ג.

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

216 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	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)
		V	13. בירנבאום נ' צברי (2018)
		X	14. שחר ברק יזמות נדל"ן בע"מ נ' גזית (2018)
		V	15. עזאמי נ' עזאמי (2018)
		X	16. ע.ד.מ מתחם רוטשילד בע"מ מוסאצ'ו (2018)
		X	17. צדוק נ' כהנא (2018)
		X	18. שלום נ' אלטשולר (2018)
		V	19. זיידה נ' דגמי (2018)
		V	20. ג'ין נ' בוחניק (2018)
		X	21. בבנישתי נ' מרקוס (2018)
		X	22. יער אדריכלים ומתכנני ערים (2001) בע"מ נ' העיר החדשה טי.אל.וי בע"מ (2018)
		V	23. פרסון נ' וינר (2017)
		X	24. טכנולוגיות סטארווז בע"מ נ' אלביט מערכות יבשה ותקשוב בע"מ (2017)
		V	25. גל-סב בע"מ נ' פורהורצר (2017)
		V	26. אלעורג'אן נ' מדינת ישראל (2017)
		X	27. שגיא נ' צלצינסקי (2017)
		X	28. דגל נ' דגל ראובן בע"מ (2017)
		V	29. חבקוק נ' שבח (2017)
		X	30. מימון נ' זאבי (2017)
		X	31. שי נ' רשות שדות התעופה (2017)
		V	32. סי-מון ניהול מקרקעין ויזמות בע"מ נ' רשות הפיתוח (2017)
		X	33. ב.ה. לוי בע"מ נ' הפניקס חברה לביטוח בעמ (2017)
		V	34. קירת חברה קבלנית לבניה בע"מ נ' יואבי (2017)
		V	35. פלדמן נ' חדר (2017)
-	+		36. באוהאוס בע"מ נ' גלעדי (2017)
		X	37. אגודת "ישיבת דחסידי בעלזא" נ' א.ר. רותם השקעות בע"מ (2017)
		V	38. בוטיק הוטל ים המלח בע"מ נ' גריץ (2017)
		V	39. ברבר נ' עמור (2017)
		X	40. ג'רני הפקות בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (2017)
		V	41. לייפוייב בע"מ נ' אינובייט בע"מ (2016)
-	+		42. לוי נ' רם (2016)
		V	43. חכים נ' איש דיאמונדס בע"מ (2016)
		V	44. אגמון יזום ובניה בע"מ נ' דנגור (2016)
		V	45. עזבון אמולג נ' מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל (2016)
-	+		46. אברהם נ' לורנס-דופלקס חב' לבניין והשקעות בע"מ (2016)

		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	קוזלי 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' יוויז'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
-	+		אקרשטיין 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