

## עבודה במסגרת "נוער שוחר משפט עברי"

**נושא העבודה: "זיכרון דברים"**  
**במשפט העברי ובמשפט הישראלי**

במסגרת העסוק בתחום המשפט העברי, עבודה זו בוחנת את סוגיית **זיכרון הדברים כפי שמתקפת במשפט העברי ובמשפט הישראלי**. שאלת אופן הקליטה וההטמעה של המשפט העברי במשפט הישראלי בזמנים המשפטיים המודרניים הינה שאלה מעניינת מכיוון שהמשפט העברי משתייך ונקשר לימים עתיקים יותר, תקופות ישנות ושונות מהתקופה בה אנו חיים. הוא נשען על עקרונות הדת היהודית, מקורותיו נעוצים במקרא, במשנה ובתלמוד והוא משמש ככלי לבחינת חוקי הלכה, ובנויי על ההיסטוריה של עם ישראל ומחשבת ישראל, כל אילו - מאפיינים שרחוקים לחלוטין מהחיים המודרניים בכלל ומחיי המקוונים ומהמציאות הווירטואלית המתקדמת בפרט ולכן מעניינים מבחינתי. סוגיית "זיכרון הדברים" תשמש כאבן בוחן, באמצעותה ניתן יהיה להבין באיזו מידה משולב המשפט העברי במשפט הישראלי, כמה כוח משפטי אמתי נתון בידי ואיזו תמונה מתקבלת בעת השימוש בו.

על הרקע הזה מעניין בעיניי לבחון כמה כוח ומשמעות יש לסוג משפט זה בימינו ואיזה תוקף משפטי מחייב הוא מכיל ומספק בעוד העולם מתמודד עם דילמות קשות בין דת ומדינה ובין משפט לדת.

4		מבוא
4-16	רקע כללי	פרק א'
4-5	"זיכרון דברים" – הגדרות ומהות	
5-9	"זיכרון דברים" במשפט עברי- רקע ויסודות	
9-13	"זיכרון דברים" במשפט ישראלי- הגדרות ועקרונות	
13-16	יישום חוק החוזים	
17-19	השוואה ודיון	פרק ב'
20		סיכום
21		ביבליוגרפיה

בעבודה זו אני מבקש לבחון את כלי זיכרון הדברים, מהותו ותוקפו ככלי משפטי כפי שבא לידי ביטוי במשפט העברי ובמשפט הישראלי. בעבודה יוצגו שני סוגי המשפט ותיערך השוואה בין השניים כאשר זיכרון הדברים והיכולת לאכוף אותו נגזרת מההקשר וממספר אלמנטים בסיסיים בהם גמירת הדעת, מסויימות ותום לב. השאלה המשפטית הינה: מהו תוקפו של כלי זיכרון הדברים כפי שבא לידי ביטוי בהווייה המשפטית במדינת ישראל, במשפט העברי ובמשפט הישראלי? מהם ההבדלים ואילו מכנים משותפים יש ביניהם. בעבודה אביא דוגמאות לפסקי דין, כיצד יושמו הכלים המשפטיים ועקרונות היסוד, מה היו התוצאות ומהן המסקנות.

העבודה מחולקת למספר פרקים. פרק א' יספק את כל חומרי הרקע ובנוסף ידון במתח המתקיים בין שני סוגי המשפט בישראל ובאופן הטמעתו של המשפט העברי כמו גם בעקרונות זיכרון הדברים ובאבני היסוד המגדירות אותו. כמו כן יוצגו גם פסקי דין הקשורים לנושא. הפרק לאחר מכן, פרק ב', יהיה פרק ההשוואה והדיון בו אציג עמדות שונות בנוגע לשני סוגי המשפט ובאופן התייחסותם לסוגיית זיכרון הדברים. אסיים עם פרק הסיכום, שיציג את המסקנות השונות לגבי מעמדו של זיכרון הדברים בימים אילו כפי שאני מבין אותן.

### "זיכרון דברים" – הגדרות ומהות

יהלום (תשע"ד, עמ' 329) מגדיר את זיכרון הדברים כ"פרקטיקה שלפיה צדדים למשא ומתן עורכים הסכם מקדמי בטרם חתימתם על חוזה פורמלי מלא ומפורט". הסכמים מקדמיים אלה נערכים תדיר אם בשל רצונם של הצדדים ליצור מסגרת שלדית שבה מותווים הקווים העקרוניים של העסקה כדי למנוע מחלוקות עתידיות ואם בשל רצונם ליצור תחושת מחויבות הדדית כבר בתחילתו של הקשר העסקי. והמחלוקות לגבי תוקפן המשפטי נובעות בשל הפן "המקדמי" הגלום בהם.<sup>1</sup>

לצורך הדיון בעבודה זו, אתבסס על הנחתו של יהלום כי "לכאורה עולה כי דין זיכרון דברים כדין חוזה פורמלי".<sup>2</sup> זיכרון דברים יהיה תקף אך אם תתקיים גמירת דעת ומסויימות ואולם בשל אופיים של הסכמים מקדמיים אלו, המחילים מטבעם הסכמה מצומצמת מזו שקיימת בחוזה שלם ומפורט, נדרשת מידה של הקלה בשתי הדרישות האמורות. בהמשך אבחן כיצד הדברים באים לידי ביטוי. אבל קודם אגדיר את מושגי היסוד האלה ואת המשמעות שלהם:<sup>3</sup>

#### • גמירות דעת

תנאי יסודי לשכלול חוזה הנו, כי הצדדים גמרו בדעתם לכרות ביניהם חוזה מסוים. **גמירת הדעת מוגדרת כרצון המגובש של הצדדים להתקשר בחוזה.** גמירת הדעת צריכה להיות מכוונת להתקשרות עם צד מסוים, והמבחן להתקיימותה, הגם שכלולים בו גם מרכיבים סובייקטיביים, **הנו מבחן אובייקטיבי - הביטוי החיצוני של בעל הדין להגשמת רצונו להתקשר בהסכם, שעליו מסתמך הצד השני.** גמירת דעתם של הצדדים נלמדת ונבחנת על פי אמות המידה של האדם הסביר. בדיקת נסיבות העניין, התנהגות הצדדים, דברים שאמרו לפני כריתת החוזה ולאחריו ותוכן החוזה, הם הנתונים שעל פיהם יבדוק האדם הסביר (בית המשפט) את קיומה או העדרה של גמירת הדעת.

#### • מסויימות

הצעה הינה הצעה מסוימת אם היא "מלאה ומדויקת במידה מספקת עד שניתן יהיה לראות באמור בה עם קיבולה, חוזה מלא ובר ביצוע, ללא צורך במו"מ משלים נוסף כלומר, על מנת לבסס את יסוד המסויימות בחוזה יש צורך בפירוט והסכמה על הפרטים החיוניים בעסקה.

הגדרת שתי אבני הבניין האלה מבהירה את הבעייתיות בקבלת החלטה ובהבנה של מקרה המוצג מזווית ראייה סובייקטיבית לחלוטין של שני צדדים. חשוב לציין גם כי ההבחנה בין שלב המשא ומתן המקדמי לעצם קיומו של חוזה היא בעייתית וחלק גדול מן העסוק בנושא הוא בלהבדיל בין השלבים.

<sup>1</sup> יהלום, אור, מסויימות בלתי מסוימת: שתי גישות על אודות אופייה הראוי של דרישת המסויימות, משפטים מד, תשע"ד, עמ' 329.

<sup>2</sup> (שם, שם).

<sup>3</sup> ירון בר אל, ביטול הסכם בשל פגמים בכריתתו, 22.3.10.

סעיף 12 לחוק החוזים התשל"ג - 1973 מתייחס לאלמנט נוסף הוא תום לב במשא ומתן :  
12. (א) במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.  
(ב) צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים ...

שלו<sup>4</sup> מציינת כי : בהיותו מושג יחסי ודינמי אין "תום הלב" ניתן להגדרה עצמאית, או לרדוקציה בכללים נוקשים, אלא הוא רוכש תוכנו באמצעות המקרים בהם יופעל והוא פושט צורה ולובש צורה ממקרה פרטי אחד למשנהו...". לדעתה של שלו, אין זהות, בין תום לב "משפטי" ובין תום לב "מוסרי". ולפיכך, מתקיים קישור ישיר לעולם המשפט העברי ומושגיו כפי שיוצג בהמשך. תום הלב האמור בחוק החוזים מעניק גמישות לחיובים החוזים, תוך מתן תוקף לערכי מוסר, כמו יושר והגינות, והקניית סמכות לבית-המשפט למנוע תוצאות בלתי צודקות. בהקשר חוזי רוכש המונח "צדק" משמעות מיוחדת : איזון האינטרסים של הצדדים לחוזה. שלו מציעה לפרש את מושג "תום הלב" כמושג סובייקטיבי-נפשי. תום לב פירושו יושר והגינות ומשמעותו זהות בין כוונה והתנהגות. פעולה או התנהגות בתום לב הינה, על כן, פעולה המונחית על-ידי שכנוע פנימי ואמונה של הפועל בהגינותה של פעולתו לאו דווקא ולא בהכרח פעולה המתיישבת עם נורמה אובייקטיבית חיצונית. בנוסף, המונח "תום לב" מופיע בחוקי החוזים החדשים תמיד בסמוך למונח "דרך מקובלת". שלו סבורה כי שני המונחים "דרך מקובלת" ו"תום לב" קובעים אמת מידה אחת, יחידה ואחידה. אמנם החיוב לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב הינו חיוב דו-אנפי, בעל צד חיצוני-אובייקטיבי (דרך מקובלת) וצד פנימי-סובייקטיבי (תום לב), אולם שני פניו של החיוב אינם ניתנים להפרדה בהיותם אוצלים האחד על משנהו ותוחמים זה את זה : הדרך המקובלת מגדירה את הגבולות בהם יש לפעול בתום לב, ותום הלב קובע מהי דרך מקובלת נאותה. בחלק הבא אסקור כיצד באים עקרונות היסוד האלה לידי ביטוי בסוגיית זיכרון הדברים במשפט העברי.

### "זיכרון דברים" במשפט עברי - רקע ויסודות

בסקירתו את מקורות המשפט העברי מציין אלון כי "ההיסטוריה של המשפט העברי משתרעת על פני תקופה של למעלה מ – 3,000 שנה."<sup>5</sup> תקופה זו נמשכת מתקופת התורה שבעל פה, דרך חתימת התלמוד ועד ימינו אנו. אלון מצהיר גם כי "מן המפורסמות הוא, שכשם שהתורה שבכתב מצווה על היחיד ועל העם ציוויים בעלי אופי משפטי מובהק כך היא מצווה - באותה מידה של החלטיות - על ציוויים המקובלים עלינו שהם מתחום המוסר והמידות."<sup>6</sup> בבחינת עניין זיכרון הדברים, ממשיך הכהן את חוט המחשבה הזו, בהתייחסותו לנושא **ההבטחה** במשפט העברי ובמקורותיו.<sup>7</sup> הכהן (תשס"ח) מצהיר כי השילוב בין אתיקה לבין מוסר ומשפט הוא

<sup>4</sup> שלו, גברילה, "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן", משפטים ז', 119, תשל"ו.

<http://www.pador.co.il/PadorGSA/DocumentDisplay/ShowDocument.aspx?mode=simple&docID=220299&sessionID=1&type=default&name=undefined.txt>

<sup>5</sup> אלון, מנחם, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, כרכים א – ג, הוצאת הספרים על שם מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשמ"ח, עמ' 36.

<sup>6</sup> שם, עמ' 126.

<sup>7</sup> הכהן, אביעד, על קיום הבטחות בין משפט למוסר, פרשת בלק, תשס"ח, גיליון 322.

<http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/322-2.htm>

מאבני היסוד של המשפט העברי. והשפעתו גם על חובת מילוי הבטחות חורגת הרבה מעבר לשורת הדין. טענתו היא כי לצד החובה המשפטית לקיים הסכמים, המשפט העברי מדגיש גם את חובתו המוסרית של האדם לעמוד בדיבורו. הכהן מתייחס למספר תכונות ומאפיינים אשר מעוגנים היטב במקורות הכתובים של המשפט העברי ומבהירים כיצד על אדם לנהוג, לדוגמא:

תכונת היסוד של "נאמנות" ומילוי הבטחה בכל תנאי באה לידי ביטוי בתפילת שחרית "ברוך אומר ועושה, ברוך גוזר ומקיים" זאת מסגרת כללית ויצובה המחייבת אדם ולא משנה באיזה עולם הוא מתפקד לעמוד במילתו, להיות נאמן, לא לחזור בו או לשקר, לא להבטיח ולא לקיים.

ובהתייחסות יותר ספציפית לקיום ציוויים אלה בעולם המסחר, מציין הכהן כי חובת האמונים "מעוגנת בקשת רחבה של ציוויים, אך רק מקצתם נמצאים בגבולות המשפט הנורמטיבי הצרופ, ורובם מבטאים עקרונות אתיקה ומוסר... למשנת התנאים, האומרת שהעיסוק בתורה מכשיר את לומדה להיות צדיק, חסיד, ישר ונאמן, מונחים הנטועים בעולמו של מוסר. והוא מוסיף: "ונאמר במדרש ההלכה של התנאים: **"כל מי שנושא ונותן באמונה ורוח הבריות נוחה הימנו, מעלין עליו כאילו קיים כל התורה כולה"**.

דוגמא נוספת נותן הכהן בהתייחסו לדיני מתנות כאשר הוא שואל מה דין מי שהבטיח לתת מתנה לחברו והתחרט לפני שמסרה לו? והוא מציג את תשובת התלמוד:

**רבי אבהו בשם רבי יוחנן: אמר ליתן מתנה לחבירו - מותר לחזור בו. ואם אמר לו: "בדעת גמורה אני אומר לך" - אין לו לחזור בו. ובמתנה מרובה עסקינן, דאפילו מתנה מרובה, אם אמר לו: "בדעת גמורה אני אומר לך" - אסור לחזור בו. ואם בא להימלך בבית דין, אומרים לו: "אסור לך". אבל אם הוא רוצה לחזור בו - אין כוח ביד בית דין למחות בידו, אלא שהוא [אסור בכל זאת] משום: "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב".**

כלומר, ניתן להסיק כי המשפט העברי מותיר את הברירות בידי האדם עצמו והוא מניח את ההחלטות לשיקול דעתו תוך אספקת מסגרת מחייבת וברורה אשר מכתובה את כללי המוסר והאתיקה, כלומר אם התחייבת אז תקיים. גם אם אין יכולת לאכיפה משפטית של ממש. ההמלצה בגדול, היא להימנע מלעשות עוולה בדין, גם כשמערכת החוקים הרגילה אינה יכולה לתת מענה הולם שיש בו גם צדק ולא רק דין.

ורפהטיג בוחן גם הוא את נושא הסכם הדברים במשפט העברי וטוען כי התנאי על גמירת דעתם של הצדדים לתקפו של הסכם דברים הוא אמנם ברוח המשפט העברי אך לפי המשפט העברי אין הסכם דברים כשלעצמו מראה על גמירת דעתם של הצדדים, אין הוא מספיק כדי להוכיח על רצינות הסכמתם להתקשרות של הצדדים.<sup>8</sup> וכדי להעניק להסכם תוקף חוקי צריך שהוא יהיה מלווה על ידי פעולה פורמלית, פעולה הידועה בתלמוד בשמה – הקניין. לפי התנייה זו הסכם ללא קניין, נקרא בספרות התלמודית "דברים" או "אמירה" אין לו תוקף חוקי וכל אחד מהצדדים יכול לחזור בו. כלומר להסכם מקדמי כזה שנשען על דיבורים בלבד אין תוקף משפטי מחייב. ורפהטיג נותן דוגמא מעניינת:

<sup>8</sup> ורפהטיג, שילם, הסכם דברים, סדר מחקרים וסקירות במשפט העברי, ירושלים, תשל"א, ינואר 1971, עמ' 1.

**"מעשה בר' יוחנן בן מתאי שאמר לבנו: צא שכור לנו פועלין. הלך ופסק להם מזונות וכשבא אצל אביו אמר לו: בני אפילו אם אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו לא יצאת ידי חובתך עמהן...עד שלא יתחילו במלאכה..."**

הוא ממשיך ומחזק עם רש"י: עש שלא התחילו במלאכה, דאין כאן אלא דברים... דאילו משהתחילו לא תוכל לחזור..."<sup>9</sup>

והפטיג מציג גם דוגמא הפוכה לזו שהוצגה לעיל בהתייחסו לנושא המתנה בגמרא:

**"אמר רבי בר חנה אמר רבי יוחנן האומר לחברו: מתנה אני נותן לך, יכול לחזור בו..."**

**מושך המתנה לא משך אותה, כלומר לא עשה קניין משיכה ואין בית הדין לכופפו לקיים את דיבורו."**

והפטיג ממשיך ומבהיר כי "אנו רואים שאין בדברים של הצעת המוכר וקבלת הלוקח אלא משום הסכמה בלבד, שאחריה צריכים לעשות את הקניין, לפי שאין בדברים משום קניין כלל.<sup>10</sup> ואולם הוא מדגיש כי אם אמנם הסכם דברים אין לו תוצאות משפטיות הרי יש לו תוצאות מוסריות והוא מציין נקודות מן ההלכה ומדברי הרמב"ם:

**"הנושא ונותן בדברים בלבד (בלי פעולת קניין) הרי זה ראוי לעמוד לו בדיבורו ... וכל החוזר בו**

**הרי זה ממחוסרי האמונה ואין רוח חכמים נוחה הימנו..."**

והשיקול המוסרי מחוזק בציטוטים נוספים, ביניהם:<sup>11</sup>

רש"י – "כלומר כשאתה מדבר הן או לאו, קיים דברך והצדק אותם."

צפניה ג', יג' – "שארית ישראל לא יעשו עוולה ולא ידברו כזב."

בהתייחס לעקרונות היותר משפטיים, בסקירה רחבה של סוגיית "גמירת דעת" מציין דויטש באופן כללי כי "המשפט אינו שואף לתפוס אדם בדיבורו בעלמא ואף משתדל להימנע מכך"<sup>12</sup> עוד הוא מוסיף כי שיטת המשפט רוצה להיות בטוחה... כי **נותן ההבטחה** התכוון ברצינות ובכובד ראש למה שאמר... ולבסוף הוא מציין כי הסיבה שבגינה דורשים משהו נוסף כדי שיהא **להבטחה** תוקף משפטי היא שיש צורך שיהיה ברור שהסכמת הצדדים היא אמיתית... דויטש מציין כי קיימות דרישות מיוחדות לכל שיטת משפט ולפי המשפט העברי הדגש הוא על גמירת דעת ומעשה קניין. היסודות הנדרשים לשם כריתת חוזה באים להבטיח:

הסכמה אמיתית ליצירת הסכם משפטי בין הצדדים; **להבחין בין השלב של משא ומתן הקודם לחוזה לבין רגע יצירת החוזה**; לגלות לצד שלישי שאכן מדובר הקשר משפטי; לחסוך מהמשפט התערבות בעניינים שאינם רציניים ואינם מצדיקים את התערבותו. הוא ממשיך ומציין כי בבחינת מרכזיות ומשניות העקרונות במשפט העברי ניתן לציין את דרישת גמירת הדעת כדרישה מרכזית במשפט העברי, כפי שקבע "החזון איש" בספרו "כלל גדול יהיה לך בקניינים דעיקר הקניין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר לחברו, וחברו יסמוך על דעתו".

<sup>9</sup> שם, שם.

<sup>10</sup> שם, עמ' 4.

<sup>11</sup> שם, עמ' 6.

<sup>12</sup> דויטש, סיני, גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים ביני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי, שנתון המשפט הישראלי, כרך ז, עמ' 71 - 104, ירושלים, 1981, עמ' 81.



גם דויטש טוען כי גמירת דעתם של הצדדים אינה מספקת כדי לתת תוקף להתקשרות אלא יש צורך באלמנט נוסף הוא אלמנט "מעשה קניין". הבנה זו מושתתת על המשך ההבהרה בדברי החזון איש: "ויש דברים שקיים להו לחז"ל שבדיבור בעלמא גומר בליבו להקנות לחברו ויש שאינו גמר בלבו אלא על ידי הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל...".<sup>13</sup> דויטש ממשיך ומפרט כי מתקיים הבדל בין מקרים בהם יש צורך בקניין ובאילו בהם אין צורך שכזה. עוד הוא מדגיש כי יש להבחין בין "גמירת הדעת" לדרישת "מעשה קניין". בעוד שלא ניתן ליצור חוזה ללא גמירת דעת, חוזים תקפים בהעדר "מעשה קניין". מכאן שהדרישה המרכזית הינה "גמירת דעת".  
דויטש סוקר את עמדותיהם של הוגים נוספים<sup>14</sup>:

- א' גולאק – "גמירת דעת הנושאים והנותנים היא עיקר מחליט בעסק המשא והמתן". גולאק רואה בגמירת הדעת יסוד עיקרי ביצירת הסכם והעדרו פוגם בכריתת חוזה. והדרישה ל"מעשה קניין" באה ל"הראות על גמירת דעת הבעלים". כך, לדעתו של גולאק "מעשה קניין" הוא נספח לדרישת גמירת הדעת.
- הרב הרצוג גם הוא מייחס לגמירת הדעת מקום מרכזי בכריתת הסכם במשפט העברי. לדעתו "מעשה קניין" הוא דרישת צורה ואילו גמירת הדעת מצביעה על הסכמה אמיתית. דרישת הצורה באה בנוסף לדרישת ההסכמה. לדעתו לא תושלם עסקה ללא גמירת דעת אך לעתים ניתן יהיה ליצור חיוב ללא מילוי דרישות צורה.
- ש' אלבק מדגיש במיוחד את חשיבות "גמירת הדעת" "גמירת הדעת בלבד בלי מעשה קניין מועילה וגומרת את הקניין, ואילו מעשה קניין ללא "גמירת דעת" אינו מועיל ואינו גומר את הקניין. בנוסף, הוא טוען כי יש מקרים בהם די בגילוי גמירת הדעת על ידי דיבור, אלא מאחר שבני אדם רגילים לגמור דעתם במעשה השתמשו גם במקרים אלה בקניין.
- ורהפטינג סבור כי על מנת לתת להסכם תוקף מחייב צריך שהוא יהיה מלווה בפעולה פורמלית – "קניין". לדעתו "גמירת הדעת אינה שלמה ומוגמרת בהסכמת הצדדים בלבד אלא אם היא באה לידי גילוי נוסף על ידי פעולת הקניין. הקניין הוא חלק אינטגרלי של גמירת דעת.

**לפי השקפות אלה להסכם דברים יש רק תוקף מוסרי ולא תוקף משפטי מחייב.**<sup>15</sup> כלומר רק פעולה אקטיבית, פיזית נותנת מוציאה את ההסכם שהסתכם באמירות עד אז אל הפועל. דויטש<sup>16</sup> מוסיף כי קיימים מספר כלים נוספים בהם ניתן לעשות שימוש על מנת להוכיח גמירת דעת:

1. תמורה וטובת הנאה – נהוג לתת תמורה בסגירת העסקה כראייה לרצינות העסקה.
2. חזקה בנכס – מסירת הנכס.
3. התחייבות פומבית – "התחייבות של ציבור מחייבת אף אם הייתה באמירה בלבד וזאת בשל אופי המבטיח: הציבור".
4. מנהג הסוחרים – רישום סימון על גבי המקח.

<sup>13</sup> שם, עמ' 82.

<sup>14</sup> שם, עמ' 83.

<sup>15</sup> שם, עמ' 84.

<sup>16</sup> שם, עמ' 91.

מן הסקירה הקצרה שהוצגה לעיל ניתן להסיק כי המשפט העברי בהתייחסו לסוגיית הסכס הדברים בפרק וחווה בכלל לוקח בחשבון את אבני הבניין המשפטיות ומבקש לחזק אותן בפעולת הקניין וכן בפעולות נוספות על מנת להוכיח "גמירת דעת" ולתת תוקף משפטי מחייב להסכם שמטבעו עד קיום העסקה הינו הסכם מקדמי. בשל כך ניתן לדעת לומר כי הסכם או זיכרון הדברים אכן אין לו תוקף מחייב הוא סובייקטיבי, בבחינת "אמירה" שלא ברור מהי מידת הרצינות שלה לפני קיום ההסכם בפועל ולכן אין לו הרבה כוח ברמה המשפטית גרידא, יש לו הרבה כוח בעולם המוסרי בו ברור על פי ציווי תורה כי אדם צריך לדבר אמת ולכבד הסכמים. בחלק הבא אציג כיצד נתפס הסכם הדברים במשפט הישראלי.

### **"זיכרון דברים" במשפט ישראלי - הגדרות ועקרונות**

במשפט הישראלי, בדיון על הסכמים והסכמים מקדמיים נשענים בצורה ברורה על חוק החוזים. סעיף 1 לחוק החוזים הכללי התשל"ג - 1973 קובע: חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה. הצעה וקיבול הן הצהרות רצון עוקבות של צדדים שמפגשן יוצר חוזה. כדי שהצהרות רצון אלה אכן יהיו הצעה וקיבול כמשמעותן בחוק עליהן לעמוד בשתי דרישות מצטברות: גמירת דעת ומסויימות.<sup>17</sup> מתייחס לגמירת דעת ולמסויימות והוא מוסיף נדבך חשוב נוסף הוא ההשלמה הנורמטיבית.

יהלום טוען כי עד אמצע שנות השבעים הגישה הרווחת בפסיקה ביחס לדרישת המסויימות דרשה מהצדדים להגיע להסכמה בנוגע למספר רב של פרטים וסירבה להשלים את החסר. בהעדר הסכמה שכזו לא נכרת ביניהם חוזה, בשל היעדר מסויימות וגמירת דעת. לפיכך רוב המחלוקות שהגיעו לבית המשפט באשר לתוקפם המחייב של הסכמים מקדמיים נסתיימו בהכרעה כי אילו נעדרים תוקף משפטי מחייב. אולם החל מאמצע שנות השבעים, סמוך לחקיקתם של חוק החוזים הכללי וחוקי החוזים הספציפיים שציידו את בית המשפט בהוראות השלמה חקוקות, חל שינוי בגישתו של בית המשפט כלפי אפשרות זו של השלמה שיפוטית. בית המשפט החל להשתמש שימוש הולך וגובר בהוראות ההשלמה שבחוק לצורך השלמת פרטי מסויימות חסרים והדבר הוביל להכרה הולכת וגוברת בתוקפת המחייב של הסכמים מקדמיים שהחילו הסכמה מצומצמת למדי.

תחילתו של תהליך זה משתקף בפסק הדין של השופט שמגר זדנבק<sup>18</sup> שם ציין כי סעיפי ההשלמה שבחוק משמיעים כי אין צורך שההצעה תכלול את כל הפרטים הנצרכים לעניין כדי למלא אחר דרישת המסויימות ודי בכך שניתן להסיק ממנה על מהותה ותחומה של העסקה. דוגמא טובה נוספת הינה פסיקתו של השופט ברק בעניין רבינאי<sup>19</sup>, שקובע במפורש כי אם קיימת גמירת דעת של הצדדים ליצור קשר משפטי מחייב, הרי שאין הכרח כי כל היסודות המהותיים החיוניים יוסכמו בגוף זיכרון הדברים עצמו, שכן פרטים חיוניים חסרים ניתנים להשלמה על ידי הוראות ההשלמה שבחוק. יהלום מציין גם את פסק דין בעניין בית הפסנתר<sup>20</sup> בו פסקה השופטת בייניש בצורה רשמית וברורה:

<sup>17</sup> יהלום, אור, מסויימות בלתי מסוימות: שתי גישות על אודות אופייה הראוי של דרישת המסויימות, משפטים מד, תשע"ד, עמ' 329.

<sup>18</sup> ע"א 440/75 זדנבק נ' דנציגר, פ"ד ל(2) 260, 269 (1976).

<sup>19</sup> ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק) פ"ד לג(2) 281 (1978).

<sup>20</sup> רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577 (2001).

”במשפט המודרני דרישת המסויימות איבדה מחשיבותה. לעתים דרישה זו אף אינה נזכרת, ותחתיה נקבעים קני מידה גמישים יותר המתמקדים בצורך להשלים את החוזה שנכרת, ככל שהוא חסר... במשפטנו הכלל הוא שהיעדר מסויימות לא ישמש עילה לצד לחוזה להשתחרר מחיוב שנטל על עצמו מתוך גמירת דעת אם ניתן לתת חיוב פירוש נאות המאפשר לקיימו, ובאי אפשרות כזו, אם ניתן להשלימו על ידי מנגנוני השלמה הקבועים בחוק ובפסיקה.”.

השופטת בייניש מחדדת: ”ככל שיסוד גמירת הדעת ברור ומובהק, מתגבר הצורך לתת תוקף לכוונת הצדדים וניתן להסתפק ברמת מסויימות נמוכה יותר.

יהלום<sup>21</sup> מסכם כי באמירה כי פרשנותו של בית המשפט לתנאים הקבועים בחוק יצרה דיני כריתה בלתי פורמליים, במובן זה שאפשרה גמישות רבה. בית המשפט הקל בדרישת גמירת דעת ומסויימות בצמצמו את היקף ההסכמה שלה נדרשו הצדדים והשתמש שימוש נרחב בהוראות השלמה חקוקות. ולכן נראה כי מודל ההצעה והקיבול המסורתי כפי שמופיע בחוק נזנח במידה רבה על ידי הפסיקה.

ברנר בוחנת את מגמות ההקלה בכניסה לתחום החבות כפי שמתקיימים במשפט הישראלי ובכפוף לחוק החוזים. לדבריה מגמת ההקלה בכניסה אל תחום החבות החוזי באה לידי ביטוי גם בסוגיית זיכרון-הדברים.<sup>22</sup>

היא נוגעת בדרישות גמירת הדעת והמסויימות:

בעניין גמירת הדעת ברנר טוענת - חוזה פורמלי מהווה בעצם קיומו אינדיקציה מכרעת המעידה על גמירת דעת להתחייב בחוזה. הסכם מוקדם או זיכרון-דברים אינו מספק אינדיקציה מסוג זה. גם היא מצביעה על שינוי מגמה בתחום זה ואומרת ”נראה כי בעוד שבעבר אופיינה הפסיקה בהדגשת החזקה על-פיה לא התכוונו הצדדים להתחייב באמצעות ההסכם המוקדם, הפסיקה נוטה כיום לאימוץ הנחה ניטרלית בדבר קיומה של כוונת התחייבות”. ברנר מציינת את עניין החתימה על זיכרון הדברים כעניין מרכזי - עד כמה קיומה או היעדרה של חתימה מהווה אינדיקציה לקיומה או להיעדרה של גמירת-דעת. והיא מציגה מספר דוגמאות:

- בפסק-הדין בעניין דירות מקסים בע”מ נ’ גירבי משנת 1983 נקבע, כי היעדרה של חתימה על הסכם מוקדם תהא בדרך-כלל משום הוכחה להיעדר גמירת-דעת.
- בפרשת נוה עם ברמת גן בע”מ משנת 1989 נאמר: ”גמירת דעת לא בהכרח על ידי מסמך חתום ניתן להוכיחה, הגם שבהיעדר מסמך חתום דרכי ההוכחה הן קשות יותר”.
- בפסק-הדין בפרשת בוטקובסקי נ’ גת, שניתן בסמוך לאחר הלכת נוה עם נאמר כי חתימה מהווה ראיה חזקה אולי מכל ראיה אחרת לקיומה של גמירת-דעת, ואולם יש לנקוט ”נימה פחות חד-משמעית ונחרצת בהדגשת דלות סיכוייו של המסתמך על חוזה שלא נחתם בידי זולתו”.

<sup>21</sup> יהלום, אור, מסויימות בלתי מסוימת: שתי גישות על אודות אופייה הראוי של דרישת המסויימות, משפטים מד, תשע”ד, עמ’ 337.

<sup>22</sup> ברנר, שירלי, דיני חוזים - מגמות והערכה, משפטים כ”א, 33 תשנ”א

ולגבי דרישת המסויימות. ברנר מציינת כי דרישת המסויימות היא הדרישה, כי ההסכם בין הצדדים יכלול את כל הפרטים המהותיים, החיוניים להתקשרות ביניהם. לחוזה פורמלי עשוי להיות "יתרון עובדתי" על פני הסכם מוקדם במובן זה, שברוב המקרים יפרט החוזה הפורמלי מספר רב יותר של פרטים מהותיים הנוגעים לעסקה מאשר הסכם מוקדם.

תחת המגבלה הזו ניתן לומר כי הסכמים מוקדמים הם לא חוזה. אבל היא מציינת כי בית המשפט בחר באפשרות שלישית הסתמכות על הוראות ההשלמה החקוקות לצורך השלמת הפרטים המהותיים לעסקה, הוראות אשר מופיעות בסעיפי חוק רלבנטיים לעסקה, זאת בהתאם לסוג ולכמות הפרטים החסרים בהסכם המקדמי.

ברנר מביאה מספר דוגמאות לחשיבות ההגדרה של פרט כמהותי או כלא-מהותי בהקשר של אפשרות ההשלמה. היא מציגה את סוגיית המפרט הטכני שמשויך לנושא תיאור הנכס:

- בפסק-הדין בעניין פסטרנק נ' חברת יוסף לוי משנת 1974 סירב בית-המשפט להכיר בתוקפו של זיכרון-דברים שנשואו עסקת קומבינציה, בעיקר מהטעם כי זיכרון-הדברים נעדר מפרט טכני. המפרט הטכני הוגדר באותו פסק-דין כפרט חשוב ועיקרי ביצירת ההסכם.
- בפסק-הדין בעניין זימלר נ' יניצקי, שניתן בשנת 1978, כלל זיכרון-הדברים מספר פרטים הנוגעים לתיאור הדירות, ואולם "תיאור טכני" שנזכר בזיכרון-הדברים כמצורף להסכם נעדר ממנו. בית-המשפט קבע, כי בנסיבות אותו מקרה אין באי-צרופו של מפרט טכני כשלעצמו כדי לשלול את תוקפו של זיכרון-הדברים.
- בפרשת רובינשטיין נ' לויס הכריע בית-המשפט, כי המפרט הטכני של דירת-מגורים, ודירה בתהליך בנייה בכלל זה, אינו מן הפרטים המהותיים והחיוניים לעסקה.
- בפרשת סתם נ' מרקוביץ אישר בית-המשפט את ההלכה על-פיה המפרט הטכני אינו מן הפרטים המהותיים הנכללים במסגרת דרישת המסויימות. קביעה זו אפשרה לבית-המשפט להכיר בתוקפו של זיכרון-דברים שנעדר מפרט טכני, על-אף שנאמר בו במפורש כי "מוסכם בין הצדדים כי ישבו יחדיו ויסכמו את פרטי המפרט שיצורף לחוזה".

ברנר מסכמת כי בין שתי הדרישות להיווצרות חוזה - גמירת-דעת ומסויימות - יש להעדיף במקרה של התנגשות את הראשונה. במלים אחרות: מקום שמוכחת כוונת התקשרות, יפעל בית-המשפט להגשמת כוונה זו תוך הקלה בדרישה השנייה הנוגעת לפרטי ההתקשרות.

שלו סוקרת את סוגיית זיכרון הדברים ותום הלב כפי שבא לידי ביטוי בפסק דין

(ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו, פ"ד מב (2) 278).<sup>23</sup>

עובדות המקרה - בין בני-הזוג זונשטיין (הקונים) ובין האחים גבסו בע"מ (המוכרים) נחתם זיכרון-דברים. בזיכרון-דברים זה התחייבו המוכרים למכור לקונים דירה ואף קבעו את מחירה הסופי. כחודש לאחר מועד החתימה על זיכרון-הדברים נפגשו הצדדים לשם חתימה על חוזה מפורט. במעמד זה "התפוצצה" העסקה. במועד מאוחר יותר נמכרה הדירה לצד שלישי, והקונים תבעו את המוכרים בגין הפרת חוזה

<sup>23</sup> גבריאלה שלו "זכרון-דברים ותום-לב: ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו, פ"ד מב (2) 278" משפטים יט (1990)457.

בבית-המשפט המחוזי נדחתה התביעה. נפסק שם כי זיכרון-הדברים מהווה אמנם חוזה מחייב, אולם - מפאת העדר התנאי של מועדי התשלום - אין הוא עומד בדרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (סעיף 8 - התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב).

בבית-המשפט העליון נדחה הערעור ברוב דעות. שופטי-הרוב פסקו כי זיכרון-הדברים אינו מהווה חוזה מחייב ואף אינו ממלא אחר דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין למסקנה כפולה זו הגיעו שופטי-הרוב בגלל היעדרו של הסדר חוזי בדבר מועדי התשלום.

השופט ברק, בדעת המיעוט התייחס לאלמנטים של אי חוקיות ותום לב וביקש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי שבו אם תוכח גרסת הקונים, שלפיה הסתיים המשא-ומתן בין הצדדים בהסכם בעל-פה, ולאחר-מכן הועלתה על-ידי המוכרים דרישה לרשום בחוזה מחיר נמוך מן המחיר האמתי - יש להכיר בקיומו של חוזה ולקבל את תביעת הקונים על-פיו. שלו מציינת כי ברק נשען על גרסתם העובדתית של הקונים. מגרסה זו השופט יוצא כדי להגיע לתוצאה הסופית : קיום חוזה בין הצדדים. בדרכו השופט ברק מניח זה על-גבי זה ארבעה נדבכים משפטיים, שכל אחד מהם חיוני להתקדמותו בדרך אל החוזה, ואלה הם :

(1) הדרישה לרישום כוזב בחוזה היא בלתי-חוקית.

(2) העלאת דרישה בלתי-חוקית במהלך משא-ומתן מהווה חוסר תום-לב.

(3) חוסר תום-לב במשא-ומתן יכול להביא לידי שכלול החוזה.

(4) דרישת תום-הלב גוברת על דרישת הכתב המהותי בסעיף 8 לחוק המקרקעין. נבחן עתה נדבכים רעיוניים אלה על-פי הסדר : אי-חוקיות, חוסר תום-לב, תוצאות חוסר תום-לב והתגברות תום-הלב על דרישת הכתב.

ברק מחזיר את הדיון לנושא אי החוקיות והשלכותיו על תום הלב בתהליך החוזי אבל הוא כאמור, במיעוט. אבל הוא מבהיר כי דרישת תום הלב עולה על דרישת הכתב ולפיכך לדעתו יש לבחון את כל הפרטים מחדש.

שלו מציינת כי פסקי-הדין הרבים בסוגיית תוקפו של זיכרון-דברים מדברים על :

- "מבחנים מצטברים" - המבחן האחד הוא כוונתם של הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב ביניהם עם ההסכמה על זיכרון הדברים ; המבחן השני הוא קיומה ;
- "מבחן כפול" - האם על-פי דין החוזים הכללי נכרת חוזה בין הצדדים והאם החוזה שנכרת בין הצדדים מקיים את דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969
- מבחן אובייקטיבי ומבחן סובייקטיבי – האם המסמך כולל את התנאים הדרושים בחוק (אובייקטיבי) וכוונת הצדדים (סובייקטיבי).

שלו מסכמת כי הפסיקה בנושא תוקפו של זיכרון-דברים אינה אחידה ואינה עקיבה. בעיקר חסרה בהירות בהבחנה בין המבחנים השונים וכלל לא ברור היחס בין דרישת המסויימות, שמקורה בדיני החוזים, ובין דרישת הכתב הצורנית, שמקורה בסעיף 8 לחוק המקרקעין.

לדעתה של שלו , צריכות להתקיים הדרישות הבאות :

הדרישה הראשונה והעליונה היא הדרישה לגמירת-דעת: החוזה צריך להעיד על רצונם של שני הצדדים להתקשר בו, וזה עם זה. הדרישה השנייה היא הדרישה למסויימות. דרישה זו היא משנית לעומת הדרישה לגמירת-דעת, ומכל-מקום אין לפרשה רק כדרישה לפירוט מרבי. דרישת

המסויימות תבוא על סיפוקה גם כאשר ניתן החוזה להשלמה חיצונית. השלמה "חיצונית" כזו היא חיצונית לזיכרון-הדברים ויכולה לנבוע מרצון הצדדים מן החוק או מן הנוהג. הדרישה השלישית אף היא, במובן מסוים, דרישה חוזית, בהיות מקורה סעיף 23 לחוק החוזים, התובע צורה מסוימת באותם מקרים שבהם החוק רואה את הצורה כתנאי תוקף. מכיוון שסעיף 8 לחוק המקרקעין פורש כמצבי דרישה מהותית, ניתן לראות את הדרישה הצורנית שבו כחלק מן הדרישות החוזיות.

ג. טדסקי<sup>24</sup> מספק נקודת השקפה נוספת בדיון בסוגיות התיווך והשליחות כפי שבאות לידי ביטוי בתהליך זיכרון הדברים בפסק דין ע"א 166/77, דדון נ' אברהם.

א' הזמין מתווך למצוא לו דירה לשם רכישה. המתווך הציע לו דירה מסוימת ומשמצאה דירה זו חן בעיני א', ערך זיכרון דברים שבו כתב, בין היתר, כי ב', המוכר, הוא בעל הדירה הבלעדי וכי הצדדים רואים בזיכרון הדברים הנדון הסכם מחייב וסופי. הצדדים חתמו על זיכרון הדברים. למחרת התברר כי המוכר אינו בעל הדירה הבלעדי וכי אשתו, השותפה בבעלות על הדירה, מסרבת לחתום על חוזה פורמלי למכירה. המוכר השיב לקונה את הסכומים שקיבל ממנו במעמד החתימה על זיכרון הדברים.

המתווך דרש דמי תיווך מאת הקונה ומשום שזה סירב לשלם תבע אותו לדין. בית משפט השלום בבת-ים דחה את תביעתו, אך בית המשפט המחוזי בתל-אביב קיבל ברוב דעות את ערעורו. בית המשפט העליון קבל את החלטת בית משפט השלום.

טדסקי מציין כי תהליך ההנמקה בבית המשפט העליון נשען על טענת המתווך כי על סמך "זיכרון הדברים" דלעיל, יכול היה א', לכל הפחות לתבוע פיצויים מב', כיוון שנכרת למעשה "חוזה מחייב" - שהוא המבחן המקובל על הפסיקה להכרעת השאלה אם מגיעים למתווך דמי-תיווך. שופטי בית המשפט העליון דחו טענה זו וקבעו השופטים כי לא לשם קבלת דמי פיצויים התקשר הקונה עם המתווך. ובנוסף הסחורה אותה הזמין א' לא סופקה; כלומר, א' לא קיבל התחייבות מאת הבעלים לנכס מסוג הנכס שהוא ביקש. טדסקי טוען כי השופט אלון סבר כי כנגד התחייבות המזמין לשלם דמי תיווך במקרה שיצליח התיווך, צריכה להתקיים התחייבות המתווך להשיג את ההיצע המתאים לביקוש המזמין. כלומר, להבנתי, א' לא קיבל את התמורה אליה כיוון ולכן גם אם יש חוזה מחייב והסכם תיווך הוא אינו אמור לשלם למתווך.

<sup>24</sup> טדסקי, ג', תיווך ושליחות, הפרקליט לג' 336, תשמ"א.

אופן היישום של חוק החוזים הוא כאמור גמיש ומגוון. כהן מבקשת לעמוד על ההבדל בין זיכרון דברים להסכם וטוענת כי הסוגיה "מהווה הד בולט לשאלה מה התשתית הרעיונית של דיני חוזים, והאם ראוי לפעול על פי הכללים הפורמליים או על פי סטנדרטים של תום לב".<sup>25</sup> לדעתה של כהן, ההכרעה בשאלה אם זיכרון דברים הוא משא ומתן או חוזה מחייב היא הכרעה פרשנית. אבל כאשר הנסיבות הן עמומות, או שהפרשן סובר שהן עמומות, מביא עמו הפרשן את מטענו האידיאולוגי לזירה. העמדה הרואה בזיכרון דברים חלק מן המשא ומתן משקפת את דיני החוזים הקלאסיים, והיא מעוגנת ברעיון החופש החוזי. עמדה זו שיקפה את המשפט האנגלי ואת עמדת בתי המשפט בארץ עד קרוב לסוף שנות השבעים של המאה הקודמת. הפסיקה קבעה לרוב שזיכרון הדברים אינו מחייב, וכי על הטוען אחרת הנטל לסתור זאת. עמדה זו השתנתה עם פסק הדין ע"א 158/77 רבינאי נ' מן שקד, שהמריץ תהליך שבעקבותיו ניתן ברוב המקרים תוקף מחייב לזיכרון דברים. העמדה השנייה, שלפיה מדובר בחוזה, מעוגנת ברעיון המוסרי שהבטחות יש לקיים אפילו הן ניתנו במהלך המשא ומתן, וכי על בית המשפט לעשות כל מאמץ כדי לשוות להן אופי מחייב. פסק הדין ע"א 7193/08 עדני נ' ידוד משקף כיוון שונה בסוגיה זו. במקרה זה בין מוכר חנות לקונה נחתם זיכרון דברים, שנערך על ידי עורך דין, ואשר קבע שהצדדים יסכימו על תנאי התשלום במסמך, וכי עד מועד מסוים ייחתם ביניהם הסכם מפורט. בין הצדדים לא נחתם לא מסמך הנוגע לתנאי התשלומים, אף לא חוזה מפורט. בית המשפט המחוזי קבע שההסכם אינו מחייב, ודחה את תביעת הקונה. בבית המשפט העליון נחלקו הדעות. שופט הרוב, קבע שנוכח העובדה שלא סוכם בכתב על תנאי התשלום, לא נתמלא התנאי לחיובם החוזי של הצדדים. ואילו שופט המיעוט, עשה כל מאמץ להשלים את החסר, בין השאר על ידי ניתוח עובדתי מפורט של התנהגות הצדדים, שהעידה לדעתו על כך שבפועל לא הייתה מחלוקת ביניהם בעניין זה, וקיבל את תביעת הקונה. כהן מסכמת כי פסק הדין ראוי לציון מיוחד: "הוא חושף את ההתנגשות החזיתית בנוגע לפרשנותו של זיכרון דברים. הוא מעלה על נס את מקומה המרכזי של כוונת הצדדים בפרשנות המסמך. הוא מסמן גבולות ברורים בשאלה מתי נכרת חוזה, והוא מצמצם את גזרת האחריות במשא ומתן".

בפסקי דין נוספים עלו הנימוקים והתוצאות הבאות:

**פדאור 11 (87) 196, פובלוצקי איגור נ' טפלובודסקי אסיה ואח', ת"א 5242-08:**

בפסק דין זה מדובר בתביעה על רקע הפרה של זיכרון דברים עבור עסקת מקרקעין – קניית דירה. המוכרת מבקשת לחזור בה ממכירת הדירה על רקע בעיות שונות בהסדרת כל נושאי המכירה – קבלת אישור מן הגרוש, אישורים על צו ירושה של האם שנפטרה, הבנה כי זיכרון הדברים נחתם תחת איום ואי בהירות לגבי עניין ההסכמה ההדדית הכללית. בוחן מספר סוגיות וקובע כי "חוזה הופר". כלומר, זיכרון הדברים מחייב. הסוגיות אליהן מתייחס בית המשפט בקביעה:

- מה הייתה כוונתם של התובע והנתבעת בחתימה על זיכרון הדברים והאם מבטא זיכרון הדברים גמירות דעתם להתקשר בעסקה מחייבת? על כוונתם של אלה יש ללמוד על-פי

<sup>25</sup> כהן, נילי, בין זיכרון לחוזה, עורך הדין, גיליון 10, ינואר 2011, עמ' 51.

אמות המידה של האדם הסביר, מהתנהגותם של הצדדים לפני, בשעת ולאחר ההסכמה על זיכרון הדברים ומתוכן זיכרון הדברים עצמו ובמקרה זה ניתן היה להסיק כי הייתה גמירת דעת של הצדדים:

○ "נוסחת הקשר", במקום שהצדדים קבעו את עיקרי היסודות לעסקה שביניהם בזיכרון הדברים עצמו, ניתן להניח כי כוונתם הייתה להגיע לכדי קשר משפטי מחייב ואין להניח כי התכוונו רק לשלב ביניים במשא ובמתן שביניהם: הוסכם בין הצדדים כי ההסכם הוא חוזה בעל תוקף, מחייב לכל דבר. כוונת הצדדים הייתה להגיע לקשר מחייב ולא דובר אך בשלב ביניים במשא ומתן שביניהם.

- זיכרון הדברים כולל את כל הפרטים הנדרשים לרבות: זהות הצדדים, פירוט הנכס הנמכר, התמורה, מועדי התשלום, התחייבויות כל אחד מן הצדדים לעסקה, פיצוי מוסכם במקרה של הפרה וחתימות הצדדים – כלומר כאן גם קיימת דרישת המסויימות (גם אם רוככה כדי להשלים חלק מן הפרטים).
- ולבסוף, האם יש לאכוף את זיכרון הדברים? בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 נקבע בסעיפים 2 ו-3 כדלהלן: **הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות.**

**בפסק דין פדאור 08 (10) 397, משה לויטץ נ' אוזי יהודה פולק, א 1523/04** התוצאה הייתה שונה:

השאלה בתיק היא: האם זיכרון דברים למכירת דירה שנכרת בין הצדדים הוא בגדר חוזה מחייב או שמא רק שלב במשא ומתן שהתנהל ביניהם. השופטת קבעה כי משהוברר שלא הייתה גמירת דעת של הצדדים להתקשר בחוזה מחייב, אין עוד מקום לברר אם וכיצד ניתן להשלים את אותם פרטים שחסרים בזיכרון הדברים. אי ההסכמה וגמירת הדעת באה לידי ביטוי במאפיינים רבים של העסקה:

- למקרא זיכרון הדברים שכשהוא לעצמו, לא נמצא כי הצדדים נקטו בו לשון ברורה ומפורשת שממנה ניתן להבין כי הם רואים במסמך זה מקור לזכויות ולחובות ביניהם בנוגע לעסקת מכר הבית או שמא הם רואים בזיכרון הדברים שלב במשא ומתן.
- אוזן [המתווך] בעדותו אמר כי היה ברור לו ולצדדים שזיכרון הדברים אינו אלא "מסמך ראשוני" כלשונו, וכי הוא "מותנה בהסכמות עורכי הדין משני הצדדים, כלומר אם אין חוזה חתום אצל עורכי הדין אז אין עסקה".
- אין מחלוקת כי לא שולמו דמי תיווך וכך לדבריו של אוזן משום שהתשלום היה מותנה בקשירת עסקה מחייבת וכזו לא נכרתה.
- על כך שהצדדים לא התכוונו לראות בזיכרון הדברים משום חוזה מכר מחייב, ניתן ללמוד מן העובדה שבעת חתימתו לא שולמה על ידי התובעים מקדמה כלשהי על חשבון התמורה, וגם לא לאחר מכן.
- גם התנהלות הצדדים לאחר החתימה על זיכרון הדברים תומכת בעמדת הנתבעים כי בעת שחתמו על מסמך זה לא הייתה כל גמירת דעת של מי מהצדדים להתקשר בחוזה על כל התוצאות המשפטיות המתלוות לכך.
- ולסיכום דבריו של עורך הדין של הנתבעים:



”במהלך כל המו”מ לא ראינו (ב”כ הצדדים- ע.ב.) בזיכרון הדברים כמסמך מחייב ולא התייחסנו אליו במהלך המו”מ, אלא שניסינו לקדם את העסקה. הוספנו הרבה דברים שלא היו בזיכרון הדברים.” (עמ’ 46, ש’ 14-16).

שני פסקי הדין האחרונים מצביעים לדעתי על שהתשתיות המשפטיות ברורות והסטנדרטים המשפטיים בהם על זיכרון דברים לעמוד הם קיימים וברורים יחסית. יחסית מכיוון שכוונות הצדדים צריכות להיות מוכחות, ובעיקר צריכות להתקבל אינדיקציות לקיומן של גמירת דעת, מסויימות ותום לב. הדוגמאות מבהירות כי ניתן לפסוק לכאן או לכאן בהתאם לעמידה בעקרונות המשפטיים. הפרשנויות יגעו בעיקר בעניין ההסכמה של הצדדים, קיומו של תהליך תום לב וכן החלטה בנוגע למסויימות בדבר היותם של פרטים, הינם פרטים מהותיים או לא. הבנתו של היושב בדין את המושגים שחלקם הינם סובייקטיביים לחלוטין גם היא עלולה להיות שונה אך תמיד מנומקת בהקשר החוקי השרירותי. כעת אעבור לפרק השוואה.

בהתייחס לשאלה המשפטית אשר הוצגה במבוא לעבודה זו: מהו תוקפו של כלי זיכרון הדברים כפי שבא לידי ביטוי בהווייה המשפטית במדינת ישראל, במשפט העברי ובמשפט הישראלי? רציתי לסקור את ההבדלים והמכנים המשותפים שיש ביניהם. בהתייחס לסקירה הקצרה שהוצגה לעיל לדעתי, שתי התורות/ הגישות הינן מאד דומות אך שונות:

אבני הבניין של שתי הגישות הן משותפות. בהתייחס לגמירת דעת, מציין דויטש<sup>26</sup> אחד השינויים החשובים בחוק החוזים תשל"ג, 1973, היה קליטת העיקרון של גמירת דעת כיסוד ביצירת חוזה במקום דרישת התמורה האנגלית והעילה הקונטיננטלית. בדברי המבוא להצעת החוק צוין מפורשות שמקור המונח גמירת דעת הוא בדין העברי<sup>27</sup>. ושל מציינת כי סעיף תום הלב בחוק החוזים זה "מביא אל עולם החוזים, הממוסד והטכני, מונח השאול מתורת המוסר והמידות"<sup>27</sup>. ההגדרות אם כן, הן הגדרות עבריות המושגות על ערכים ומוסר דברים שמתקשרים לתקופות פחות מודרניות, יותר סובייקטיביות ופתוחות לפרשנות. אבל יותר מכל מחוברות לדרישה של האדם להיות הוגן ולצורך ליישם גם את עקרון הצדק ולא רק את העיקרון המשפטי.

בשתי הגישות "גמירת הדעת" היא קריטית והכרחית והיא המכריעה בבחינת התוקף של זיכרון הדברים או ההסכם המקדמי. צריכה להיות הסכמה של שני הצדדים והבנה כי ההסכם הוא הסכם רציני ומחייב. אבל יש הבדל משמעותי בין שני סוגי המשפט. המשפט העברי מחייב לעגן את גמירת הדעת באקט אמתי, פיזי המתבטא בעניין הקניין או מתן תוקף פורמלי בעזרת מבחנים אחרים כגון: "ציבוריות", חזקה, סימון וכו'. כלומר משהו שיהיה מעבר לאמירה. המשפט הישראלי נשען על הבנות מסוג שונה ואצלו מספיק כי יסתבר כי הצדדים חתמו על הסכם שלהבנתם היה הסכם מחייב ובעל תוקף של חוזה. במקביל, המשפט העברי טוען כי לאמירה, לכוונה, לרצינות כוונות של אדם יש משקל רב בהקשר הדתי - תכונת האמונים, לא תעשה עוולה, אדם חייב לעמוד בדיבורו, יש להן משקל ומשמעות עד כדי ש: בשעה שמכניסים אדם לדין [בבית דין של מעלה], אומרים לו: **נשאת ונתת באמונה**? קבעת עתים לתורה? עסקת בפריה ורביה? צפית לישועה? פלפלת בחכמה? הבנת דבר מתוך דבר?"<sup>28</sup>

הדרישה למסוימות הינה קצת שונה, במשפט הישראלי יש דרישה שהכל יהיה מפורט וברור כבר בהסכם המקדמי ואולם בגלל שמדובר בהסכם מקדמי המחוקק הגמיש את הדרישות בתקופה האחרונה על ידי רשימה של הוראות השלמה חקוקות אשר נחקקו על מנת לאפשר השלמת החסר במקרים בהם יש חוסר האינפורמציה ובמידה לא מבוטלת קידמו את מעמדו של ההסכם המקדמי בשל פתיחת האפשרות הזו. יחד עם זאת, ניכר כי במשפט הישראלי יש הרבה מקום לפרשנות - מספר המבחנים הוא רב ומאירים בצורה רבה יותר את עניין הסובייקטיביות והבנתו של השופט.

<sup>26</sup> דויטש, סיני, גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי, שנתון המשפט הישראלי, כרך ו - ז, עמ' 71 - 104, ירושלים, 1981, עמ' 97.

<sup>27</sup> שלו, גברילה, "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן", משפטים ז', 119, תשל"ו.  
<http://www.pador.co.il/PadorGSA/DocumentDisplay/ShowDocument.aspx?mode=simple&docID=220299&sessionID=1&type=default&name=undefined.txt>

<sup>28</sup> הכהן, אביעד, על קיום הבטחות בין משפט למוסר, פרשת בלק, תשס"ח, גיליון 322.  
<http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/322-2.htm>

מלבד זו יש גמישות בשימוש בהוראות החקוקות ובבחינת נושא תום הלב ולכן יש יותר מרחב תמרון וגמישות כללית. דוגמאות המפרט הטכני ושאלת החתימה בכתב על ההסכם מבהירות כי קיימים יש מקום לפרשנות בדבר היותו של פרט מהותי או לא מהותי והאפשרות להשלמתו.

עניין נוסף, שעלה בסקירת הספרות הוא חוסר האינטראקציה של המשפט הישראלי עם המשפט העברי ולהיפך, כלומר המשפט העברי מתנהל בערכאות "דתיות", מדבר וכותב בשפה מסוימת בעוד המשפט הישראלי מתנהל במגרש אחר לגמרי הוא אינו מפנה למקורות ולא משתמש בשפה שאינה מודרנית (לפחות לא במספר המקרים אותם בחנתי). המשפט הישראלי הינו משפט מודרני לחלוטין כל ההפניות והדיונים שנתקלתי בהם והצגתי לעיל נאחזים בעקרונות המשפטיים ובסעיפי חוק בלבד ובוחנים את המעשים והכוונות של האנשים ואיך ניתן לאבחן אותם לפי עקרונות המשפט ופחות לפי ערכי מוסר והמידות.

המשפט העברי והמשפט הישראלי, שזורים ושלובים זה בזה בכל הנוגע לשאלת תוקפו של זיכרון הדברים. בעקרון, המחוקקים, טוענים כי יש לו תוקף של הסכם מחייב וברמה זו הוא דומה לחוזה ואולם הוא כפוף לוידוא אינדיקציות שונות ומגוונות בהן אלמנט של גמירת דעת, מסויימות בתום לב ומסגרת חוקית וכל אחד מאלה הוא מורכב מאד.

בשל המורכבות, לדעתי לבית המשפט ולשופטים יש מרחב תמרון בכל הנוגע להבנותיהם את המקרים ואת עמדות הצדדים כך נמצא כי פורומים של שופטים חלוקים בדעותיהם וטענות שני הצדדים כפי שהוצגו כאן נשמעות הגיוניות ואובייקטיביות וכך ההחלטות שמתקבלות מהוות תקדים, מחדשות או מחזירות אותנו לאחור. האלמנט של הסובייקטיביות מרוסן ומאוזן בעזרת מערכת של הבנות וחוקים ואולם הפרשנויות משתנות. בנוסף, המשפט העברי ובעקבותיו גם המשפט הישראלי כן משאיר המון מקום לצדק בנוסף לעשיית דין בהתייחסותו למונחים האלה של גמירת דעת ותום לב. כלומר עקרונות הבסיס והמסגרת הכללית היא דומה ונשענת על אותם ערכים וכוונות.

עבודה זו עסקה רק בזיכרון דברים ולפיכך בדיני חוזים בלבד, מעניין מאד לראות מה קורה כאשר מדובר בדיני משפחה, נישואין וגירושין, נזיקין ועוד כאשר שם יש משקל רב יותר לדין העברי העתיק בזמנים המודרניים שלנו.

סיני, יובל, יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל, כרך ראשון, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תל אביב, 2009.

אלון, מנחם, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, כרכים א – ג, הוצאת הספרים על שם מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשמ"ח,

עמ' 1349 – 1350.

נילי כהן, בין זיכרון לחוזה, עורך הדין, גיליון 10, ינואר 2011, עמ' 51

הלום, אור, מסויימות בלתי מסוימת: שתי גישות על אודות אופייה הראוי של דרישת המסויימות, משפטים מד, תשע"ד, עמ' 329.

ביטול הסכם בשל פגמים בכריתתו, מאת: ירון בר אל, עו"ד, תאריך פרסום 22/03/2010 :

<http://www.psakdin.co.il/Document/%D7%91%D7%99%D7%98%D7%95%D7%9C-%D7%94%D7%A1%D7%9B%D7%9D-%D7%91%D7%A9%D7%9C-%D7%A4%D7%92%D7%9E%D7%99%D7%9D-%D7%91%D7%9B%D7%A8%D7%99%D7%AA%D7%AA%D7%95#.WEvCrNlrLIU>

שלו, גבריאלה, סעיף 12 לחוק החוזים, משפטים ז 118, תשל"ו.

הכהן, אביעד, על קיום הבטחות בין משפט למוסר, פרשת בלק, תשס"ח, גיליון 322

הלינק בקובץ ששלחת לי - <http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/322-2.htm>

ברנר, שירלי, דיני חוזים - מגמות והערכה, משפטים כ"א, 33 תשנ"א

<http://www.pador.co.il/PadorGSA/DocumentDisplay/ShowDocument.aspx?mod=simple&docID=185544&sessionID=1&type=default&name=undefined.txt>

שלו, גבריאלה, זיכרון דברים ותום לב, משפטים יט 457, ינואר 1990.

טדסקי, ג', תיווך ושליחות, הפרקליט לג' 336, תשמ"א.

ורהפטיג, שילם, הסכם דברים, סדר מחקרים וסקירות במשפט העברי, ירושלים, תשל"א, ינואר 1971.