

מאמרים

תם ומושלם - על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר

מאת
עלי בוקשפן*

- א. הקדמה
- ב. אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים
 1. אמון
 2. אמון ודיני החוזים
 3. אמון, דיני החוזים ועקרון תום-הלב
 - (א) עקרון תום-הלב כנורמה משפטית קוגנטית
 - (ב) עקרון תום-הלב כסטנדרט משפטי
 - (ג) עקרון תום-הלב ומימד שיתוף-הפעולה הטמון בו
- ג. התיאוריה בראי פסיקתו של הנשיא שמגר
 1. אמון, הדדיות והגנה על הציפייה הסבירה כרעיון-על במסגרת החוזית והטרומ-חוזית
 - (א) עניין Eximin
 - (ב) עניין פנידר
 - (ג) עניין בית יולס
 - (ד) עניין ג'רבי
 - (ה) עניין מוטה
 2. שימוש בעקרון תום-הלב כבעיקרון משלים להשבת אמון למערכת היחסים החוזית מקום בו ההבטחה החוזית נכשלת בכך
 - (א) עניין אדמיר
 - (ב) עניין טרוצקי
 - (ג) עניין הס
 3. שימוש בעקרון תום-הלב לשם ביסוס אמון הפרט והציבור ביחסים חוזיים בלתי-שקולים
 - (א) עניין ישר

* מרצה, הפקולטה למשפטים המרכז הבין תחומי, הרצליה. תודות להן יהודאי בסיוע מחקרי וביקורתי, אורית אפעל-גבאי ועל בוקשפן. תודות גם למערכת עיוני משפט, ובמיוחד לשוקי שגב ואפי ברק על הערותיהם המועילות ועבודתם המסורה.

(כ) עניין צבאח**(ג) עניין גד**

4. הדגמת הזיקה בין עקרון תום-הלב, דיני החוזים ורעיון האמון באמצעות יישומים טיפוסיים של עקרון תום-הלב בפסיקתו של שמגר (חתירה לכנות, לאי-ניצול היסחה-הדעת, לגילוי ולהענקת פיצויים על ציפייה שנכזבה) (א) עקרון תום-הלב במסגרת הטרומס-חוזית

(1) עניין ס.ג.פ.

(2) עניין קסלר

(3) עניין כהן

(4) עניין פסקל

(5) עניין דליה תל אביב

(6) עניין זמרן

(7) עניין מייזליש

(8) עניין זילברמן

(ב) עקרון תום-הלב במסגרת החוזית

(1) עניין וינוגרד

(2) עניין אמאץ אמקור

(3) עניין פזג

(4) עניין Credit Lyonnais

(5) עניין עמר

(6) עניין קליר

(7) עניין שפירא

(8) עניין סיטין

ד. סוף-דבר

"...אם, ורק אם, יפעלו בעלי הדירות והדיירים, איש כלפי רעהו, בתום לב ובהגינות, יוכל הבית המשותף להתנהל בצורה תקינה, לרווחתם המשותפת של יושביו."

(הנשיא שמגר בע"א 2896/90 טרוצקי נ' דיין, פ"ד מו(5) 454, 459)

"דעלך סני לחברך לא תעביד - זו היא כל התורה כולה, ואידך פירושה הוא זיל גמור." = מה ששנאוי עליך לא תעשה לחברך - זו היא כל התורה כולה, והשאר פירוש הוא - לך למד.

(תלמוד, מסכת שבת, לא, ע"א)

א. הקדמה

עם חקיקת חוק החוזים, בשנת 1973, והוספת עקרון תום-הלב לסעיפיו, התעבה הדיון בעיקרון זה ובמשמעותו. בספרות האקדמית, כמו גם בדיון המשפטי המקובל בקהילת עורכי-הדין, קו דומיננטי מדגיש את ה"מטמורפוזה" וה"שינוי בפילוסופיה החוזית של המחוקק" שחלו בדיון החוזים בעקבות הוספת העיקרון,¹ המקריב או לפחות מקטין את יסוד הצפיות והביטחון בעסקות חוזיות² ומעומת עם הדפוסים והעקרונות המסורתיים של דיני החוזים.³ עקרון תום-הלב הושווה ל"סוס פרא" שהינו עיקרון שיוורי חריג, מעין יוצא מן הכלל הבא לפתור תוצאות קשות הנובעות מהחלה רגילה של הדין הפורמלי, מערפל את הוראות החוזה ו"מתנגש" בצורך בוודאות משפטית.⁴ וכך ניכרים – לעין ובמספר – המאמרים המנסים להתמודד עם עמימותו של המושג תום-לב ולהציע כללים ומצבים טיפוסיים ליישומו של העיקרון.⁵

מאמר זה בא "לפייס" בין עקרון תום-הלב לבין יתר הכללים המכונים דיני החוזים. ברוח אחת ממשמעויותיה האטימולוגיות של המלה "תום" – שלמות, מטרתי היא להציע נקודת-מבט הרמונית הרואה את עקרון תום-הלב כנובע ושואב את חיותו ותכניו מאותו רעיון הצדקה בסיסי, תיאוריית-העל, המהות האחת הניצבת במרום הפירמידה ומקרינה

- 1 ג' שלו "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן" משפטים ז (1976) 118. גם בהוצאת הפתיחה בכנס שחוברת זו מוקדשת לתיעודו, הביע פרופסור פרידמן את הדעה שבין המגמות החדשות שחוק החוזים הישראלי הביא עימו ניכר השינוי המגולם בעקרון תום-הלב, הפועל, בין היתר, להרחבת אחריות וביטול דרישות פורמליות. בדומה לכך הביעה ד"ר דפנה ברק-ארו את דעתה כי תום-הלב הכניס תפנית מחשבתית לדיני החוזים. שלו, שם, בע' 121.
- 2 ג' כהן "דפוסים החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו (1986) 13. גם בפסיקה ניתן למצוא גישה ברוח זו. ראו, למשל, הנשיא לנדוי בע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231 (להלן: עניין ספקטור), המוהיר מפני נהייה גלהבת אחרי מושגים של תום-לב, בשל החשש שהתערבות שיפוטית יתרה בשם ההגינות עלולה לפגוע יותר מדי באוטונומיה של הפרט ולשבש את דיני החוזים תוך אי-דיוק מחשבתי, "ובמלים אחרות יש גבול לתפקיד האפוסטרופוס שביהמ"ש יכול למלא עבור אנשים מבוגרים ובני דעת אשר התקשרו בעסקות לתועלתם המסחרית", שם, בע' 244.
- 3 מ' דויטש "תום-לב בשימוש בזכויות 'קווים אדומים' לתחולת העיקרון?" עיוני משפט יח(1) (1993) 261.
- 4 דויטש, שם, בע' 277, מאתר כללים וקווים אדומים לעקרון תום-הלב העשויים "לספק 'איים של ודאות' במסגרתו של תחום עמום זה, ובכך לתרום לשיפור הודאות החוזית וכושר ההסתמכות על החוזה"; כהן, לעיל הערה 3, בע' 13; שלו, לעיל הערה 1, בע' 118; ס' דויטש "סעיף 12 לחוק החוזים: האומנם תרופה לכל מכאוב?" מחקרי משפט ד (1985) 39, המבקש לצמצם את סעדי סעיף 12 לחוק החוזים, התשל"ג-1973; ג' פרוקצ'יה "קווים לתורת תום-הלב" עיוני משפט יג (1988) 41.

על דיני החוזים בכללותם – הוא רעיון ה"אמון". הכרה בכך כי הן עקרון תום-הלב והן דיני החוזים (ואולי אף המשפט כולו) נובעים מ-Axis ("ציר") אחד של רעיון ה"אמון" עשויה לעזור בויהוי עקרון תום-הלב כחלק משלם וככלי משלים להשגת אמון כאשר זה מתערער במערכת הטרומ-חוזית או החוזית.⁶ הכרה כזו עשויה לתרום לעקבות ביישומן של חוק החוזים, על מגוון כליו וכלליו, על-ידי עורכי-הדין ובתי-המשפט, וממילא להביא לידי יציבות וודאות.⁷ נוסף לוודאות ויציבות הכרוכים ביישום משפטי עקבי של חוק החוזים ועקרון תום-הלב, יש לאמון תפקיד מכריע בביסוס יכולת ההסתמכות והציפייה. מאחר שאמון הינו חיוני בשעה שהפרט מהרהר, בטרם מעשה, אם להתחייב לפעולה שתוצאתה מותנית בביצוע ובשיתוף-פעולה מצד הזולת, ועיתוי ביצועה הינו בעתיד, רצוי קיומו של סטנדרט משלים ומתקן בידי המערכת המשפטית המאפשר שמירה על האמון במצבים שלא נצפו על-ידו. בכך תתרום המערכת המשפטית להיווצרותה של תרבות אמון בהקשר של דיני החוזים, שתרגיע ותבסס את רמת בטחונו, נינותו ויכולת תכנונו והסתמכותו של הפרט על אותה אינטראקציה ומחויבות.⁸

ברקע הדברים עומדת הטענה כי אמון הדדי נחוץ כנשמת-אפה של חברה אנושית (מלשון Human ו-Humane), חברתית וכלכלית. לכך תותרים דיני החוזים בהגינם על ההבטחה הטמונה בחוזה, ולכך נועד עקרון תום-הלב מקום בו דיני החוזים ה"קונוונציונליים" נכשלים. אין באמור כדי לדגול בביטול האינטרס העצמי ובהטלה גורפת של חובות אלטרואיסטיות על המתקשר החוזי. כניסתו של האדם לקשר חוזי נובעת מרצון להגשים את האינטרס שלו עצמו, ולא את של זולתו, אך אל לו לעשות כן בצורה

6 מלבד אמונם של הצדדים הישירים לחוזה ומימוש ציפיותם להתגשמות ההבטחה שניתנה להם, מיועד עקרון תום-הלב גם לקידומו של האמון הנורמטיבי במוסד החוזי בכללותו וכערך חברתי, אף אם יש בכך כדי להקריב לעיתים הבטחה המקובלת באופן סובייקטיבי על הצדדים הישירים לחוזה. ברומה לכך ראו גם קיומה של הגישה הרואה בחוזה כלי משפטי שניתן להכפיפו במקרים מסוימים לנורמות מתחום המשפט הציבורי אף אם הן זרות להסכמת הצדדים (ע"א 239/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (להלן: עניין קסטנבאום), במקביל למגמה הפרשנית התותרת לחשיפת כוונתם הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים לחוזה, אם קיימת כזו (ע"א 4628/93 מ"י נ' אפרוסים, פ"ד מט(2) 265 (להלן: עניין אפרוסים)).

7 השוו דבריו של הנשיא ברק בבג"צ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ (טרם פורסם) בפסקה 13 (להלן: עניין קונטרם): "הבסיס העיוני של ההסדר המשפטי חשוב לקביעת תוכנו וגבולותיו. הבסיס העיוני קובע את דרכי התפתחותו של ההסדר. התאוריה קובעת את הפרקטיקה." ודבריו בבג"צ 547/84 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת-יישי, פ"ד מ(1) 113, 143-144: "אנו מחפשים את התפיסה העקרונית ולא את היישום האינדיבידואלי. אנו מחפשים את ההפשטה, העיקרון, המדיניות והתכלית..."

8 לעניין זה נשמעה גם במסגרת הכנס שחוברת זו עוסקת בו עמדה הרואה בדין כלי מחנך. במילים אחרות, הנורמות שמשדר בית-המשפט, גם אם במספר מצומצם של תקדימים, משפיעות ומחלחלות לתוך התרבות העסקית והחברתית המתנהלות לאורו של הדין.

המפירה את האמון שהזולת נותן בו.⁹ ייחודה של טענתי הוא בכך שבניגוד למגמה רווחת בספרות המשפטית, לפיה יש לראות את עקרון תום-הלב כהריג לדיני החוזים, שיש להיזהר בו, לצמצמו ולתחמו, הצעתי היא להשקיף על סעיפי תום-הלב כעל חלק הרמוני מדיני החוזים, שאין להציב להם גבולות אדומים כל עוד המהות המנחה נשמרת; ולפיה ייעשה שימוש בסעיפים אלה כל אימת שהאמון (אשר יוגדר בשלב זה כתחושת הציפייה הסבירה של המתקשר החוזי בפועל ובכוח) נפגע או מתערער. ובניסוח משפטי של אותו רעיון, כאשר התנהגות הצדדים בשלב המשא-ומתן או הקצאת הסיכונים הבסיסית בחוזה יוצרת או אינה צופה סיטואציה שהאמון מתערער בה, יש ליישם את עקרון תום-הלב להשבת ציפיותם הסבירה של הצדדים כתגיה מכללא היפותטית הנגזרת מפתרון של אמון והמתבקשת מהצדקת-העל של דיני החוזים.¹⁰

9 השוו דבריו של הנשיא ברק בעניין קונטרס, לעיל הערה 7, בפסקה 5: "חובות אלה [חובת תום-הלב והאיטור על ניצול לרעה של זכות - ע' ב'], עם כל השיבות, אינן מטילות חובה לאלטרואיזם. הן אינן מטילות על הפרט את החובה להתעלם מהאינטרס העצמי שלו. אם נפנה לחוזה, אין חובת תום הלב מחייבת צד לחוזה לוותר על העניין העצמי שיש לו בחוזה ובהגשמתו. חובת תום הלב מטילה על צד לחוזה את החובה להתחשב באינטרס המשותף שיש לו ולצד האחר בחוזה. חובת תום הלב מחייבת את בעלי החוזה לפעול להגשמתה של כוונתם המשותפת, תוך מסירות למטרה המשותפת שעמדה לנגד עיניהם ותוך עקביות בהגשמת ציפיותם המשותפת... תום הלב מניח, כנקודת מוצא, שהפרט דואג לאינטרס של עצמו. תום הלב מבקש להבטיח כי דאגה זו תיעשה באופן ראוי ותוך התחשבות בציפיות המוצדקות של הצד השני. תום הלב אינו מבוסס על ההנחה כי כל צד חייב לדאוג לאינטרס של זולתו על השבון האינטרסים של הבטחת עצמו. תום הלב מבוסס על ההנחה כי כל צד לחוזה דואג לאינטרס של עצמו, אך הוא מבקש להבטיח כי דאגה זו תיעשה ביושר, תוך הבטחת המשימה המשותפת של הצדדים כיאה לחברה תרבותית... תום הלב קובע, איפוא, כללים של משחק הוגן בין 'יריבים'. בהמשך ברק מבחין בין עקרון תום-הלב (הקובע, כאמור, כללים של משחק הוגן בין 'יריבים') לבין 'חובת ההגינות' הקובעת כללים של משחק הוגן בין 'ידידים' (דוגמת יחסי שלוח-שולח, דירקטור-חברה, אפוטרופוס-והנתון לפיקוחו). החובה האחרונה לשיטתו של ברק קובעת חובה "כבדה" יותר מחובת תום-הלב. לדידי, המדובר בסמנטיקה בלבד, שכן גם לחובת תום-הלב החוית צבעים ועוצמות שונות התלויות במערכת היחסים הקונקרטיים שמדובר בה - כל מערכת יחסים חוית ומינן הציפייה והאמון הניתן בה. למרות האמור, אין לכחד כי בהכניסה מימד של התחשבות בציפיית הזולת, חובת תום-הלב מעוררת את הצורך בחידוד המינן הראוי והאיוון בין אנוכיות (ואגוצנטריות) ואלטרואיזם: דרישה מוגזמת להתחשבות בציפיית הזולת עשויה לערער את רעיון האמון בשל החשש להקרבת ציפיית המתקשר החוזי, ועל-כן היסוסו להיכנס למערכת יחסים חוית, כעוד שעירוד אנוכיות וניכור לציפיית הזולת עשוי לערער את תחושת האמון ולהגביר את החשדנות.

10 כהתאם לרצונו המשוער של המתקשר החוזי הסביר המצוי מאחורי "מסך הבערות" הרולטיאני ברוח אמרתו הידועה של הלל המצוטטת בפתח מאמר זה.

ועוד מלה מקדימה על מתודת המאמר הקשורה ללקחו. יש ששיגו על התיזה (או שמא סיגתיזה) המוצגת להלן כמערכת בתוכה מידה לא־מבוטלת של "תמימות", ומחליפה מושג עמום אחד ("תום־לב") במושג עמום אחר ("אמון"), הנתון, כיתר הסטנדרטים, כתומר ביד היוצר בידי השופט הדין במקרה, על מבנה עולמו, אישיותו וערכיו הסובייקטיביים. גישה תמימה, ולעיתים פשטנית, אכן מלווה את טיעוני, אך נחמתי היא כי בכך טמון ולו חלק מהמסר. יש להדגיש כי "תום־הלב" הינו הכללי, בעוד "אמון" הוא המטרה, ובהמשך אנסה להראות כי זה המעוניין בעקביות וצפיות ליישום ex ante של עקרון תום־הלב יצטרך להצטייד בנקודת־מבט אנושית, "שלמה", "תמימה", "פשטנית", "חסרת ערמומיות",¹¹ ביחסיו הטרום־תזויים או התזויים, באופן המתיישב עם תחושות־יסוד אנושיות ותברתיות. נקודת־מבט כזו תחסן מפני הפתעות ואי־ודאות ביישום העיקרון; נקודת־מבט כזו תתרום ממילא לבניית האמון ולהיעדר החשש מלכתחילה בדבר הצורך בהתערבות ליישום עקרון תום־הלב.

נושא המאמר משיק לשני גושאי מחקר הראויים להרחבה והעמקה. האחד הינו רעיון האמון והשלכותיו הכלל־משפטיות,¹² והאחר הינו דרך הפסיקה המייתדת את הנשיא שמגר. הנושאים האמורים נבחנים בזה אך בהקשרם של דיני החוזים. כך, בתלק השלישי אנסה לבסס את הטיעון כי עקרון האמון מהווה הצדקת־על לדיני החוזים, אך גם את הטענה כי עקרון תום־הלב הינו עיקרון אינטגרלי לדיני החוזים – המשמש ככלי משלים לשמירה על אמון באינטראקציה החוזית או הטרום־חוזית – בעזרת קריאה אינדוקטיבית של פסקי־הדין בהם יישם שמגר את עקרון תום־הלב. נוסף על כך אטען כי עקרון תום־הלב יכול להיות מופעל בעקביות ובאופן מגובש, וצפוי לשמירת האמון בעזרת ראייה כנה, נטולת התחכמות ואנושית (במובן Humane). תחושת־האישיות, במיוחד כמתמחה לשעבר של הנשיא שמגר, לגבי אופן התירתו למהות הדברים, שכלו־הישר, אנושיותו והשקפתו החברתית המגובשת בדבר חשיבות האמון בין הבריות, אינה מבטיחה אובייקטיביות מדעית צרופה. עם זאת מצאתי כי עמוד־שדרה אינטואיטיבי, המצטייד תוך כדי קריאה שיטתית בפסקי־דינו של שמגר, אינו בהכרח אמצעי פסול, ואולי אף מועיל ככל שהמדובר ביצירת "חוש המומחיות של המשפטן" לגבי רעיון האמון והמצבים בהם ייושם עקרון תום־הלב.¹³

11 מהגדרת "תום" במילון אבן־שושן.

12 לניסיון התמודדות שיטתית עם רעיון האמון ותחולתו הכלל־משפטית ראו: T. Frankel, "Fiduciary Law" 71 Calif. L. Rev. (1983) 795.

13 דומה כי על עמוד־שדרה זה עמד גם השופט חשין בדברים שנשא עם פרישת הנשיא שמגר לגמלאות: "כל ימינו נתפלל כי תימצא לנו אכן החכמים: שנחפון אותה בכפנו, שתפקה את עינינו, שתפתח את לבבנו, וידענו להבחין בין טוב לרע, בין אמת לשקר, בין צדק לעוול, בין נביא־אמת לנביא־שקר. וגם אם קשה היא הדרך, וגם אם מתגנב חשש אל־לב שמא תעינו, שמא לא קראנו נכונה את המצפן שבליבנו, שמא שגינו בהבנת האותות, לא נלאה מלכת בדרךנו וכאשר יורנו לבכנו. לא אדע היכן היא האבן; לא אדע אם יום יבוא ונגיע עדיה. ואולם בלבי אדע שמאיר שמגר יודע היכן היא שוכנת."

לצורך הנמקת הדברים ובחינת יישומם, המאמר מאורגן בסדר הבא:
 החלק השני יעסוק בהצגת הקשר המוצע בין רעיון האמון לבין המשפט בכלל ודיני החוזים ועקרון תום-הלב בפרט. לפיכך, חלק זה פותח בדיון כללי ברעיון האמון, ממשיך בהסבר מדוע יש לראות ברעיון האמון את תיאוריית-העל הדסקריפטיבית והפרספקטיבית של דיני החוזים בכללותם, ומסיים בשילובו של עקרון תום-הלב במסגרת זו. החלק השלישי מוקדש לבחינת התיזה שהוצגה בראי פסיקתו של הנשיא שמגר, וזאת באמצעות ניתוח הרטוריקה בה השתמש כאשר דן ביצעים של דיני החוזים ובעקרון תום-הלב, ובאמצעות סיווג פסקי-הדין בהם יישם שמגר את עקרון תום-הלב לקבוצות המייצגות מצבים טיפוסיים של רעיון האמון והגנה על ציפיותם הסבירה של המעורבים בקשר החוזי והטרומי-חוזי. אשלים את הדברים בסיכום שיובא בחלק הרביעי.

ב. אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים

1. אמון

אף-על-פי שמאמר זה אינו מתיימר להגדיר באופן ישיר את משמעותו של רעיון האמון, הוא מניח קיומה של הסכמה בינתחומית רחבה בדבר חשיבות האמון כדבק אנושי, חברתי וכלכלי המשמש גורם המדרבן בני-אדם לשתף-פעולה.¹⁴ מלבד נחיצותו ה"קיומית", המושג "אמון" נתפס כמשפר ביצועים בחברה האנושית ובפירמה הכלכלית.¹⁵ בעיה "אקסיומטית" היא הגדרת האמון. פרופסור מאוטנר, לדוגמא, מתרכז ברעיון האמון כמאפשר ציפייה והסתמכות המשמשות תחליף לידיעה, ומתאר אמון כמתקיים ב"מקום שפרט מניח, כי פרט אחר או מוסד, שהתנהגותם עשויה להשפיע עליו, ינהגו

האותות שהיא שולחת אליו הינם קרובים וחזקים." (מ' חשין "מאיר שמגר – נשיא של שופטים – שופט ואדם" משפטים כו (1995) 203, 208.)

14 לניסיון מקיף להתמודדות מדעית עם רעיון האמון והשלכותיו, ראו למשל: Barbara A. Misztal *Trust in Modern Societies – The Search for the Bases of Social Order* (Polity Press, Cambridge, 1996); D. Gambetta (ed.) *Trust* (New York, 1988). גישות שונות מתייחסות לרעיון האמון כאל רעיון המשמש בבסיסו. כך לוק, מאבות הליברליזם הפוליטי, המניח את רעיון האמון בבסיס הקשר המוביל לקיום בני-הארץ בחברה אנושית; הפרדיגמה הריאליסטית, הרואה ברעיון האמון גורם רצוי בחברה לאור מצב הטבע. הובס, למשל, שתפס את מצב הטבע כמלחמת הכל בכל, שחוסר אמון שורר בו, ומכאן החיוניות של יצירת "הלווייתן"; הכלכלה ותורת-המשחקים מכירות גם הן בצורך החיוני של האמון בחברה, כאשר הן נוטות לטשטש את הגבול בין המושג "אמון" למושג "שיתוף-פעולה", ובדרך-כלל מזהות ביניהם.

15 ראו למשל: R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer and R.W. Vishny *Trust in Large Organizations* (NBER Working Paper 5864, December, 1996).

באופן שניתן לצפות בסבירות שינהגו בו אנשים או מוסדות מסוגם".¹⁶ בדומה לכך ראו גם תיאור מצב של אמון שהובא בקובץ המאמרים שערך Gambetta:

"Trust (or, symmetrically, distrust) is a particular level of the subjective probability with which an agent assesses that another agent or group of agents will perform a particular action, both before he can monitor such action (or independently of his capacity ever to be able to monitor it) and in a context in which it affects his own action... [W]hen we say we trust someone or that someone is trustworthy, we implicitly mean that the probability that he will perform an action that is beneficial or at least not detrimental to us is high enough for us to consider engaging in some form of cooperation with him."¹⁷

אף מאמר זה קושר באופן הדוק בין רעיון האמון ורעיון הציפייה, ומכוון ברעיון האמון ליכולתו של הפרט לצפות באופן סביר ומוצדק התנהגות מצד זולתו באופן המעודד אותו לרצות לשתף עימו פעולה *ex ante*. ואם בציפייה כמוקדו של רעיון האמון עסקינן, לא למותר להדגיש כי רעיון ה"ציפייה" הוא האינטרס המוגן בדיני החוזים בכלל ובדיני הסעדים בגין הפרת חוזה בפרט. בהתאם, אתרכו בזווית המצדיקה התערבות משפטית החותרת להגשמתה של אווירת אמון, מאחר שזו יוצרת ומעודדת אפשרות לציפייה סבירה להתנהגות אנושית, חברתית וכלכלית, תוך ביסוס יכולת ההסתמכות על הבטחות הזולת ויבנות לשתף פעולה עימו.¹⁸

בהגדרת הרעיון "אמון" כקונספציה חברתית וכתחושה קמאית ופסיכולוגית של כבוד הדדי המאפשרות ביסוסה והגשמתה של ציפייתו הסבירה והמוצדקת של האדם, אין כדי לכוון ישירות לחובות האמון במובנם המשפטי הצר. יחד עם זאת, רעיון על זה חולש באופן כללי על כל תחומי המשפט ומקבל בהם ביטוי קונקרטי.¹⁹ כך, מקובלת תחולתו

16 מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993) 57.

17 Gambetta, *supra* note 14, at p. 217.

18 נוסף על כך, ולא בלי קשר, כוונתי גם לזיקה בין רעיון האמון וכבוד האדם. כבוד האדם משמעו גם כבוד הדדי של אדם לזולתו. משהוכר כבוד האדם כזכות יסוד על-חוקית במסגרתו של סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התחדדו הזיקה והמשותף בין חופש החוזים במשפט הפרטי, המוגן במסגרת ערך כבוד האדם, לבין המשפט החוקתי-הציבורי, ששניהם נעים סביב ההצדקה החברתית לכבוד ולאמון הדדי.

19 מובן שקיימת זיקה הדוקה בין רעיון האמון כרעיון על לבין חובות אמון במובן המשפטי, שנועדו להגשמתו של רעיון האמון החברתי בקטיגוריות משפטיות מוגדרות. (ראו גם הגדרתו המשפטית של המוסד "Trust" בסעיף 2 ל-*Restatement, (Second) of Trust (1959)*). לעניין אחידותה של תחושת האמון וציפייתם הסבירה של הפרטים בקרב חברה נתונה, הנוצרות בשל קיומם של כוחות הדוחפים לקונסנזוס יחסי של ערכים בתקופה ובחברה נתונות, ראו: E. Bukspan "CLS and 'Liberal' Jurisprudence – Two

הכלל-משפטי של רעיון האמון בכל מגזר בו מתקיימים יחסי כוח-כפיפות ("עקרון האמון הוא בעל תחולה רחבה, הוא חל בכל מקום שבו נתונה לאחד כח ושליטה על זולתו").²⁰ לתחולה פרטנית ומפורשת של חובות האמון ראו, למשל, חובות האמון המוטלות על נושאי-משרה בחברות מכוח סעיף 254 לחוק החברות, התשנ"ט-1999; סעיף 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; סעיף 10 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, מגמת ההרחבה של העבירות הפליליות שעניינן אמון הציבור בניציגי הציבור (דוגמת עבירת השוחד) לעבר תאגידים עסקיים מסוימים;²¹ תחולתו של עקרון תום-הלב החוזי בכל שיטת המשפט מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים, התשל"ג-1973; חובות האמון המוטלות מכוח המשפט הציבורי על נציגי הציבור כלפי הציבור שהם משמשים כנאמניו.²²

דוגמאות אלה ואחרות מהוות ביטוי לאותה הרמוניה כללית המנסה לראות בכל הגורמים הקיימים ומשפיעים בחברה "היות חברתיות" שאינן מתפקדות בהלל ריק משלהן.²³ אכן, שוו בגופשכם חברה בה היה אמון (מעין אפליקציה מודרנית לדבריו של הלל הזקן, "רעלך סני לחברך לא תעביד" = מה ששנאו עליך לא תעשה לחברך) מתקיים באופן רצוני. במדינה דוגמת זו, המשפט כולו, על דיני החוזים ועקרון תום-הלב שבו, היה מיותר.

'Right' Theories" (Harvard Law School, unpublished paper submitted in the Jurisprudence Course, 1992). כן ראו ג' פרוקצ'יה "הערות בדבר שינוי תוכנם של ערכי-היסוד במשפט" עיוני משפט טו(2) (1990) 377.

20 ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק פריכטוונגר, פ"ד לח(3) 253, 277 (להלן: עניין קוסוי). בפסק-דין זה, שקדם אף לחקיקת חובת האמון בנוגע לנושאי-משרה בחברה, בוטלה עסקה של מכירת מניות שליטה בחברה לגורם מזיק. בעסקה זו מימשו אומנם בעלי מניות השליטה את זכותם הקניינית, אך בהחלטתם זו השפיעו לרעה ופגעו בצפייתם הסבירה של יתר המשתתפים הסבילים בחברה הכפופים להחלטותיהם ומעשיהם של הראשונים. בהחלטתם למכור את השליטה לגורם "חובל", פעלו בעלי הכוח בשם עניינם הם בלבד, תוך התעלמות מכך שאחרים מושפעים לרעה מהחלטותיהם, בבחינת "אחרי המבול", ושהם יפגעו בכך באינטרס של זולתם. להוקעת הפרה כזו לא נזקק השופט ברק להוראת-חוק מפורשת, ופנה לרעיון האמון העומד בבסיס כל.

21 ע"פ 8710/96 הלדשטיין נ' מ"י (טרם פורסם). לעניין זה ראו גם את הרציונל העומד מאחורי חוק ניירות-ערך, תשכ"ח-1968, המטיל חובות גילוי על חברות הנסחרות בבורסה לניירות-ערך, בין היתר לצורך ביסוס האמון של ציבור המשקיעים בשוק ההון (ע' בוקשפן "הערות על הקשר בין בעיית היסוד בדיני התאגידים, חקיקה צרכנית וחוזים אחידים" הפרקליט מד(ב) (1999) 314).

22 בג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פ"ד לד(2) 566.

23 כך ניתן להסביר גם את מגמת החלחול של נורמות מתחום המשפט הציבורי לתחום המשפט הפרטי, המטילות אחריות "קהילתית" על הפרט, השוו עניין קסטנבאום, לעיל הערה 6.

2. אמון ודיני החוזים

עיסוק יתר במשפטיות, הכחנות, סיווגים ומיונים מרחיקים אותנו פעמים רבות מאותה מהות שאנו חותרים לקיומה. כך הוא הדין גם ביישום גידוש ושגרת של כללי החוזים. יישומם של כללים משפטיים המערב שיקול-דעת רק במעט, כמו כל פעולה מכנית אחרת, אכן מייעל, עוזר ב"האצת ההליך השיפוטי"²⁴ וחוסך פנייה בלתי-פוסקת לעקרונות העל של האמון. עם זאת, יישום כזה עלול להקהות את התחושה ה"קיומית" של דיני החוזים ו"What contract law is all about".

התיזה המובאת בזה מצטרפת לגישתו של פרופסור מאוטנר, המזהה בין המושג "אמון" (trust) הסוציולוגי לבין המושג "תום-לב" המשפטי,²⁵ אך מתדדת זהות זו לדיני החוזים כולם. לא סעיפי תום-לב הם אלה שחידשו בראיית רעיון האמון תיאוריית-על של דיני החוזים.²⁶ לדידי, אין צורך בסעיפים שבעקבותיהם ייווצרו יחסי אמון, שכן רעיון האמון משמש ממילא כרעיון המתאר ומצדיק את ההגנה על האקט החוזי ושוכן בדיני החוזים באופן אינהרנטי.

מאמרי מצדד בראיית רעיון ה"אמון" כתיאוריית-על דסקריפטיבית ופרספקטיבית, המתאימה לדיני החוזים ומצדיקה אותם. רעיון האמון הינו בעל תפקיד מכריע בעיצובה וקיומה של איכות היים אנושית, חברתית וכלכלית, ותחירה להגשמתו תביא ממילא ובמישרין לידי יציבות וודאות המבוקשים כל-כך בתחום המשפט בכלל ובדיני החוזים בפרט. ראשית, רעיון האמון מובלע כבר בהצדקות אחרות לדיני החוזים, ולפחות מבסס את קיומן.²⁷ שנית, מערכת היחסים הרצונית הנוסדת עם המשא-ומתן המקדים את החוזה ומתלווה לכריתתו וביצועו הינה מערכת היחסים המובהקת והשכיחה ביותר מבחינה

24 כהן, לעיל הערה 3.

25 מאוטנר, לעיל הערה 16, בע' 56 ואילך, ראו במיוחד בע' 58; ראו גם השופט ד"ר יואל זוסמן: "תום-לב" בדיני חוזים הויקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו (1979) 485, 486.

26 ובניסוחו של הנשיא ברק: "אכן, לולא היו הביטויים 'אמון', 'אמונה', ו'נאמנות' תפוסים, ניתן היה לתאר את מערכת היחסים הנוצרת בין בעלי חוזה בעקבות סעיף 39 לחוק החוזים כיתסי נאמנות, כאשר בעל חוזה חייב לבצע את החוזה באמונה תוך הגשמת האמון, שהצד האחר נתן בו" [ההדגשה שלי - ע' ב'] - בג"צ 59/80 שרותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 834.

27 ההצדקות לחובה המוסרית לקיים הבטחות מגוונות ומקיפות את רעיון ההסתמכות על ההבטחה כמקור מוסרי לקיומה, מוסד ההבטחה כממקסם תועלת, מוסד ההבטחה ככלי לביטוי אוטונומיית הפרט ומוסד ההבטחה כמגביר אמון בין בני-אדם - לסקירת הגישות, ראו א' פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (1997) 123. רעיון האמון אינו סותר הצדקות אלה לדיני החוזים. אדרבא, הוא מתיישב עימם ומאפשר את מימושם. השוו פסק-דינו של שמגר בע"א 3912/90 Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64.

חברתית וכלכלית, המעוררת את ציפיותו ומזמינה את אמונו של האדם בזולתו. במובן זה ניתן לדאות כל חוזה כ"מיקרוקוסמוס" המבצר את האמנה החברתית במובנה הרחב יותר ויונק ממנה.²⁸ בהתאמה, הגנה על ערך האמון כאמצעות דיני החוזים משקפת את ליבת ההתייחסות של המשפט לרעיון האמון. שלישית, רעיון האמון הוא העומד מאחורי ההגנה על ההבטחה ואינטרס הציפייה בדיני החוזים.²⁹ אכיפת ההבטחה הגלומה בחוזה והגנה על אינטרס הציפייה (ובמיוחד בעזרת סעד האכיפה, שהינו הסעד המרכזי בשיטתנו), כמו גם הרחבת התפרשותם של דיני החוזים על הבטחות שאינן עסקיות מטבען (כהסכם פונדקאות והסכמים קואליציוניים), מבטאות את ההבנה כי הציפייה הנוסדת בעקבות ההבטחה הגלומה בחוזה – ואשר נותנת לאמון, ברגיל, את ביטויו המובהק ביותר – היא היא המהות המוגנת בדיני החוזים.³⁰ רביעית, הזיקה ההדוקה בין חוזים ורעיון האמון נלמדת גם מהיחסים ה"תחליפיים" ביניהם: לו היינו יכולים לצפות, לנסח ולקיים חוזים מפורטים המתמודדים עם כל המצבים וההתפתחויות, וזאת ללא עלויות עסקה, לא היה האמון נדרש כלל, ומאידך גיסא, בעולם בו קיים אמון טוטלי בין האנשים, אין החוזים דרושים כלל.³¹ מסקנה אפשרית מכך היא כי התופעה של חוזים מפורטים, פנייה לבית-המשפט בכלל ושימוש שכוח בעקרון תום-הלב בפרט אינם מנביעים בהכרח היעדר יציבות, ודאות ואמון,

28 גם שורש המלה "אמנה" ככינוי לחוזה הכללי-חברתי יכול לעורר מחשבות בדבר הקשר בין אמון וחוזים. תופעת חלחול המשפט הציבורי לדיני החוזים מבטאת את התפיסה כי הפרטים, גם בשעה שהינם כורתים ביניהם חוזה, משמשים סוכנים חברתיים, ואינם חיים בחלל ריק פרטי משלהם. אדרבא, במעשיהם ובאכיפת התחייבויותיהם יש כדי להשליך על צדדים שלישיים ועל דמותה של החברה בכללותה (עניין קסטנבאום, לעיל הערה 6). למשמעות המונח "אמנה חברתית" ופירוט הגישות השונות לו, ראו ק' קליין "על האמנה החברתית בפני בג"צ" המשפט 9 (אפריל 1999) 14. הגישה המובאת במאמר זה אינה מתייחסת במישרין לתפיסות האינדיווידואליסטיות או הקולקטיביסטיות העשויות להיות מיוחסות לאמנה החברתית.

29 סעיף 344 לריסטיטוט השני; וראו גם ע"א 156/80 ליפקין נ' דור הזהב, פ"ד לט(3) 85; ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו, פ"ד מב(1) 221 (להלן: עניין אדרס); ע"א 3666/90 מלון צוקים נ' עירית נתניה, פ"ד מו(4) 45. בעוד אינטרס ההסתמכות ואינטרס אי-עשיית עושר ולא במשפט מוגנים במערכות דינים נפרדות (דיני הנויקן ודיני עשיית העושר ולא במשפט בהתאמה), כל הרבותא וההצדקה לקיומה של מערכת דיני החוזים מוצדקת בשם ההגנה על אינטרס הציפייה.

30 C. Fried *Contract as Promise* (Harvard University Press, 1981). בהתאמה, מוצדקת גם השתייכות של סעיף המסדיר את השלב הטרנס-חוזי (סעיף 12 לחוק החוזים וחלק כללי), התשל"ג-1973 לחוק החוזים עצמו, שכן גם בשלב זה האדם מוזמן לתת אמון בזולתו.

31 השוו לחיצת היד ואמירת "מזל וברכה" כתחליף לחוזה מפורט בקרב קהיליית היהלומנים. אין באמור כדי לייתר את הצורך בחוקים וחוזים, באשר אלה מקדמים את האמון בדרך של צמצום רצוני והדדי של חירותו ואפשרויותיו של האחר.

אלא ייתכן שהם נובעים דווקא ממצב בו ערכים אלה חסרים.³² חמישית, חוזה, כבר בהגדרתו, אינו מעשה עצמאי, אלא מפגש רצונות בו כוונת שני צדדים או יותר מתמזגים כביכול וכך ביסודם של דיני כריתת החוזה וכך ביסודם של דיני הפרשנות המכוונים לחשוף את כוונת הצדדים ומטרתם המשותפת. החוזה, מעצם מהותו, הינו רצון הדדי בתליפין ובשיתוף פעולה, וככזה הוא יוצר יחסי כוח-כפיפות הדדיים, המוכרים במשפט כמקיימים יחסי אמון.³³ לבסוף, ראיית האמון כתיאוריית על לדיני החוזים יכולה לשמש ככלי מסביר עקבי לקיומה של חקיקה צרכנית קוגנטית בדיני החוזים, הנתפסים כדינים מרשים בדרך כלל. התעצמותם של גופים כלכליים וניכורם למתקשר הנחות מהם מבהינה מידעית וכלכלית מסבירים את הצורך בהתערבות קוגנטית (שהרי גם התנאה עליה חשודה בניצול ובהיעדר הסכמה מלאה), הממירה את הכלל של "ייוזר הקונה" בכלל המטיל את הסיכון על המוכר בשם הרעיון של שמירת האמון והגשמת הציפייה במצבים חוזיים שהתמריץ בהם לניצולם והפרתם גדול.³⁴

אף-על-פי שכל הנקודות שהובאו לעיל מדגישות את הויקה בין רעיון האמון ודיני החוזים, נראה כי המשכנעת מכולן היא זו המזכירה כי דיני החוזים הינם מערכת הדינים העוסקת באופן ישיר בהחלפת הבטחות ובמערכות יחסים המערבות אינטראקציה ושיתוף פעולה רצוני בין הפרטים המרכיבים את החברה. אכן, גישה מקובלת רואה בדיני החוזים

32 מאוטנר, לעיל הערה 16, בע' 120, קושר את הדגשת מעמדה של חובת תום-הלב עם ירידתה של מערכת הערכים המסורתית, שבמרכזה ערך הסולידריות.

33 כל צד לחוזה חובש בריזמנית את כובע ה"נציג" ואת כובע ה"כפוף". במעמדו כ"חייב", צד לחוזה מהווה בעל כוח ושליטה ביחס לחיובים שעליו להעביר לזולתו על-פי החוזה, אך גם "כפוף" לכוחו של הצד האחר במעמדו כ"נושה". במובן זה, עצם הכפיפות יוצרת ציפייה סבירה מצידו של הכפוף, בתלות בכוחותיהם היחסיים וטיב העסקה ביניהם, לקיומם של חובות מסוימות מצד בעל הכוח. (ראו בהמשך התייחסות לפסקי-הדין הטובאים במסגרת התת-חלק השלישי, בחלקו השלישי של המאמר.) לעניין תחולתו הכלל-משפטית של רעיון האמון בכל מגור בו מתקיימים יחסי כוח-כפיפות, ראו עניין קוסרי, לעיל הערה 20, בע' 278 ("עקרונות האמון הוא בעל תחולה רחבה, הוא חל בכל מקום שבו נתונה לאחד כח ושליטה על זולתו"); לתחולה פרטנית ומפורשת של חובות אמון ביחסי "נציגות", ראו, למשל, חובות האמון המוטלות על נושאי-משרה ובעלי כוח השפעה בחברות מכוח סעיפים 193 ו-254 לחוק החברות, התשנ"ט-1999; סעיף 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; סעיף 10 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979.

34 החקיקה הצרכנית עניינה בעיקר איוון העוצמה, הידע והניסיון המעניקים יתרון לצד אחד לחוזה. כך, ראו לדוגמא חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; חוק הבנקאות (שרות ללקוח), תשמ"א-1981; חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982; חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973; חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974; חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981; וחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968. לעניין זה ראו גם בוקשפן, לעיל הערה 21, בע' 314.

מערכת דינים המגינה על הבטחות,³⁵ מהטעם שההבטחה הינה הכלי המקנה לאמון את צורתו המובהקת ביותר.³⁶ בהיות ההבטחה מעוררת את אמון הזולת וציפייתו הסבירה באשר למעשיו העתידיים של המבטיח יש כדי להצדיק את אכיפתה אף ללא הסתמכות או טובת הנאה שהועברה בעקבות ההבטחה. בהבטחה הגלומה בחוזה ואף במשא-ומתן שקדם לו יש שימוש בבן-אדם אחר והזמנתו לתת אמון בזולתו, לפתח ציפייה וליטול סיכון. אי-קיום ההבטחה כמוהו כשקר ופגיעה בכבוד הדדי. לפיכך, במימוש ההבטחה – שהינה ביטוי אוטונומי רצוני של חירות האדם להגביל עצמו בעתיד – כמו גם במימוש ציפיית הנבטה, יש כדי לתרום להסרת חשדנות ומיסוד תרבות אנושית ועסקית בה הפרט מגשים את רצונותיו וכבודו העצמי בצורה אופטימלית, תוך כיבוד הזולת. איפיונים אלה פועלים באופן ישיר ומקרינים על יציבותם, איכותם ויעילותם של החיים האנושיים, החברתיים והכלכליים. לא למותר לשוב ולציין כי חופש החוזים והגשמת רצונו וציפייתו הלגיטימית של הפרט מבטאים רכיבים ברורים של כבוד האדם וחירותו, המוכרים כיום כערך חוקתי הקבוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ברוח זו מקובלת ההגנה על אינטרס הציפייה בדיני החוזים, ובהתאמה, נקבעה תרופת האכיפה כסעד העיקרי בדיני החוזים בשיטת המשפט הישראלית, מהטעם ש"בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם".³⁷

- 35 הגדרת סעיף 1 ל-"Restatement, (second) of Contracts (1981), המגדיר חוזה כהבטחה או מערכת הבטחות שהדין מעניק סעד בגין הפרתן או שהדין מכיר בכך שקיומן הוא בגדר חובה "Contract Defined – A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law (in some way recognizes as a duty" Fried, *supra* note 30, at p. 33. וראו גם:
- 36 Fried, *ibid*, at p. 8 ("The device that gives trust its sharpest, most paplable form .is promise")
- 37 עניין אדרס, לעיל הערה 29, בע' 278, וכפי שמנסח זאת השופט ברק באותו פסק-דין: "על-פי גישתנו שלנו, כאשר נעשה חוזה למכירת סוס, רוכש הקונה זכות לקבלת סוס ולא זכות לפיצויים בגין אי קבלת הסוס." שם, בע' 277. וראו לאחרונה פסק-דין המיעוט של השופט טירקל בע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, מנהל ההרכשה והייצור (טרם פורסם), בו איון השופט טירקל בין יכולתו של פרט להתכחש להסדר חוזי שעשה, גם אם הינו הסדר כובל כמובנו בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, לבין הפגיעה בתחרות החופשית כתוצאה מהכשרתו של הסדר כזה ("כאשר מניחים על כף המאזניים האחת את מניעת הפגיעה בתחרות החופשית, שמטרתה לפתח את המשק הלאומי, ועל כף המאזניים השנייה ערכים מוסריים שעליהם אנו מבקשים להשתית את התברה שבה אנו חיים [בעניין זה, יכולתו של צד להסדר כובל לטעון כי ההסדר אינו חוקי, ועל-כן להימנע מלקיימו - ע' ב'], אין לי ספק שהכף השנייה מכריעה את הראשונה. אם הברירה היא בין חברה עשירה, אך חסרת ערכים, לבין חברה דלה, שערכים על דגלה, אני בוחר בשניה, אם עומדת התחרות מול אמיתו של החוזה, אמת עדיפה". ראו גם, לאחרונה, איוון דומה במסגרת רע"א 2059/98 וולטה יצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S. מדיטרניין בע"מ, תק"על (2)98. 276.

3. אמון, דיני החוזים ועקרון תום-הלב

כאמור, הטענה היא כי הן עקרון תום-הלב והן דיני החוזים, על דפוסיהם ופרטיהם, נובעים ומוצדקים בשם רעיון האמון ומיועדים לקיומו ולקידומו, דהיינו, להגשמת ציפיותם הסבירה של המתקשרים החוזיים בפועל או בכוח, וממילא לקידום יציבות וודאות.³⁸ המתודה היישומית-המשפטית לפתרון מחלוקת חוזה או טרום-חוזית באמצעות הכללים החוזיים המסורתיים, מחד גיסא, אינה זהה לזו הנעזרת בעקרון תום-הלב, מאידך גיסא, אך המעיין ממנו שתי דרכים משפטיות אלה נובעות – חד הוא.

למול גישה זו ניצבות הגישות המשקיפות על עקרון תום-הלב כעל עיקרון חריג שחולל שינוי בפילוסופיה החוזית של המחוקק עם הכנסתו בשנת 1973 למסגרתו של חוק החוזים. גישות אחרונות אלה ניתן לעגן בשלושה מישורים. ראשית, אופיו הקוגנטי של עקרון תום-הלב מנוגד לתפיסה הדיספוזיטיבית העומדת בבסיס דיני החוזים והמיועדת לתת תוקף ליכולת ההתנאה ולכוונתם של הצדדים לחוזה. שנית, ניסוח עקרון תום-הלב כ"סטנדרט" משפטי, להבדיל מ"כלל" משפטי, מבטא חריגה מהרעיון כי על המשפט בכלל ועל דיני החוזים בפרט לקדם ודאות, יציבות ויכולת ניבוי ex ante לעניין תחולתה של הנורמה. שלישית, עקרון תום-הלב מחדש ומייבא לדיני החוזים רעיון קואופרטיבי המחייב התחשבות בציפיותו של הזולת. בעוד שתי הטענות הראשונות נגד עקרון תום-הלב מתבססות על מעמדו המשפטי ואופן ניסוחו (ותקפות על-כן לעקרונות נוספים בדיני החוזים, כגון "תקנת הציבור" או "צדק"), טענת הנגד השלישית מיוחסת לכאורה אך לעקרון תום-הלב ותוכנו.

על טענות אלה ניתן להשיב כי אין הן מבססות בהכרח את הניכור בין דיני החוזים ועקרון תום-הלב. אדרבא, שלושת איפיוניו המתוארים לעיל של עקרון תום-הלב הינם אינטגרליים, ופועלים במשולב עם דיני החוזים בכללותם לקידום רעיון האמון:

(א) עקרון תום-הלב כנורמה משפטית קוגנטית

בכל הנוגע במעמדו הקוגנטי, ניתן לגרוס כי עקרון תום-הלב מנוגד למטרת דיני החוזים ליתן תוקף אך לכוונת הצדדים ולהגשמת אוטונומיית הרצון הפרטי.³⁹ עם זאת,

38 לקשר בין ההגנה על הציפייה (המוצדקת) ועקרון תום-הלב ראו גם את הערה a לסעיף 205 ל-"Restatement, (second) of Contracts (1981), הקובע את חובת תום-הלב. וכך נכתב בהערה האמורה: "a. Meanings of 'good faith'... The phrase 'good faith' is used in a variety of contexts, and its meaning varies somewhat with the context. Good faith performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party..."

39 במיוחד הדברים אמורים לנוכח העובדה שתופש החוזים נחשב כיום למעוגן גם במסגרתו של סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992, ראו א' ברק פרשנות במשפט (ג) (תשנ"ד) 420-426.

לשם הגשמת היעדים האמורים, הכרחית לעיתים התערבות קוגנטית שנועדה למנוע כשל ואיבוד עצמי לדעת.⁴⁰ בדומה לכך, אין על דיני החוזים, המכוונים להגשמה אמיתית של רצונותיהם וציפיותיהם הסבירות של הפרטים המתקשרים ביניהם, להכיר בתוקפה של הבטחה אם אינה משקפת רצון חופשי וכוונה אמיתית, ואם יש בקיומה כדי לפגוע באגון הפרטי והכללי-חברתי. במילים אחרות, ניתן להשקיף על ההצדקה לאופיו הקוגנטי של עקרון תום-הלב כנובעת מהרצון להגן על כללי המסגרת וממטרתם של דיני החוזים, החותרים לאיתור, שכלול ומימוש רצונם האמיתי של הפרטים בחוזה הקונקרטי, כמו גם להגשמת ציפיותם הסבירה מהמוסד החוזי בכללותו.

עקרון תום-הלב ככלל קוגנטי (שהתנאה עליו אסורה, שכן גם זו עשויה ללקות בכשלים המנויים לעיל) מהווה כלל שהצדדים המצויים מאחורי מסך הבערות היו מנסחים ממילא במשאומתן רציונלי ביניהם. כיצורים חברתיים החיים בקהילה אורחית, אין הצדדים לחוזה פועלים בתוך חלל ריק, וניתן להניח כי מאחורי מסך הבערות היו הצדדים לחוזה מעוניינים בשימור כללים המבטיחים יכולת ציפיה והסתמכות על המוסד החוזי בכללותו. בכל הליכי כריתתו, קיומו והפרתו של החוזה יש כדי להקדין על יכולת הציפיה וההסתמכות של הצדדים הישירים לחוזה, יתר המתקשרים החוזיים ודמותה של הקהילה כולה. ליצירתה של אוירה כזו נועדו דיני החוזים כולם, ה"מפריטים" לחיי היומיום את רעיון האמנה החברתית, העומד בבסיס הקיום החברתי במובנו הרחב ביותר, ולכך נועד גם עקרון תום-הלב כעיקרון המשלים את ההגנה על רעיון זה במערכת החוזית והטרומ-חוזית בפרט ובמערכת המשפטית בכלל לאורו של סעיף 61(ב) לחוק החוזים, התשל"ג-1973.

(ב) עקרון תום-הלב כסטנדרט משפטי

ניסוח עקרון תום-הלב כסטנדרט משפטי מותיר לבית-המשפט פתח לשיקול-דעת נרחב באשר לתחומי ההתפרשות של העיקרון. עם זאת, בשימוש עקבי בשיקול-דעת זה אין כדי לפגוע בוודאות וביציבות המשפטית; נהפוך הוא. אכן, במצב דהיום, בו נהוג למיין "כללים" משפטיים לצד אחד ו"סטנדרטים" משפטיים, דוגמת עקרון תום-הלב, לצד אחר, תחושת הקיטוב וההסתייגות מעקרון תום-הלב עשויה להתחזק. במצב דברים כזה נראה כי השופט, בהפעילו סטנדרט משפטי, להבדיל מכלל משפטי, מפעיל שיקול-דעת והנמקה משפטית בעלת אופי שונה ("ערכי" מול "פורמלי", "מהותי" מול "צורני" וכיוצא באלה מידורים). עם זאת יש לזכור כי הכללים והסטנדרטים המונחים על שולחן הניתוח המשפטי הינם אך חומרים, אינסטרומנטליים ונחותים, להוצאתה לפועל של המהות האחת. זיהוי המהות לשמה נועדו הכללים והסטנדרטים כאחד תוליך ליישום עקבי של הגורמה

40 כך, למשל, ברוח הצורך להגביל את חופש הפרט לצורך הבטחת קיומו, הוגבלה במקרים מסוימים הזכות הדמוקרטית להיבחר של מפלגות השוללות את אופיה של מדינת-ישראל כמדינה דמוקרטית, מאחר ש"אין הדמוקרטיה חייבת לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה" – ע"ב 2/84 ניימן נ' יז"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 315.

המשפטית אף אם היא מנוסחת כנורמה "פתוחה", כסטנדרט משפטי. בצורה כזו ניתן להסביר את אחדות התוצאה המשפטית בפסקי-דין רבים שיצאו לאחרונה מבית-המדרשו של בית-המשפט העליון למרות קיומם של חילוקי-דעות בין השופטים לעניין תחולתיהן של נורמות משפטיות שונות.⁴¹ הא ראייה שקיומה של מהות אחת, ולא אופן הניסוח של הנורמה המשפטית וקיומו של מגוון דרכים משפטיות, הוא שהוביל לתוצאה אחידה וצפויה.⁴²

כאמור, עקרון תום-הלב בא להתמודד עם אותם מצבים טרום-חוזיים וחוזיים, ברובם בלתי-צפויים, בהם נמצא האמון מתערער. לפיכך, אין העיקרון צריך ויכול להיות מנוסח בדרך של כלל המונה רשימה סגורה של מצבים. לא זו אף זו, האם נורמות משפטיות אחרות בדיני החוזים, דוגמת סעיפי הפגמים ברצון, מבטיחים ודאות ויכולת ניבוי "טכנית" בנוגע לאופי יישומם?⁴³ עד כמה ניתן ממילא להניח כי מלה או נורמה משפטית הינן ברורות ומתוחמות כשלעצמן, עד כי ניתן ליישמן באופן אוטומטי וטכני מבלי שים-לב לתכליתם ולנסיבות האופפות את יישומם?⁴⁴ אכן, עקרון תום-הלב מנוסח כ"סטנדרט", אשר בהגדרה, גבולותיו אינם ברורים. זהו

41 ראו, למשל, דעותיהם של השופטים זמיר וברק בע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד (נ1) 185; השופטים אנגלרד וטירקל בע"א 1381/93 אגד וקרן הגמלאות של חברי אגד נ' יעקב (טרס פורסס) (להלן: עניין אגד); השופטים זמיר וברק בעניין קונטרס, לעיל הערה 7; והשופטים חשין ושמגר בע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד (מח)5705.

42 השוו לדבריו המפוכחים של השופט חשין בעניין אגד, שם, בפסקה 12 לפסקי-דינו: "בראותנו כי מסקנתם של חבריי מסקנה אחת היא, נוסף ונשאל את עצמנו - על דרך ההילוך לאחור: האם אך מקריות היא שזימנה את חבריי לאותה הצר, או שמא לא הייתה זו מקריות? ומתוך שכל אחד מהם הילך בדרך משלו - אף שלסופן נצטלבו הדרכים והשניים נאספו יחדיו להלכם יד-ביד - מתחייבת כמו מאליה שאלה: מה הם החילוקים ביניהם לאמיתם? מה בין רע אחד לרע אחר? מה בין 'תנאי מקפח' לבין 'תנאי הנוגד את תקנת הצבור'? האמנם שונים הם השניים זה מזה? היש 'תנאי מקפח' שאינו נוגד את תקנת הצבור, או שמא יש תנאי הנוגד את תקנת הצבור ו'תנאי מקפח' אין הוא? ואם יש פער בין השניים - מה הוא אותו פער? היש תנאי מקפח שהכרי השופט אנגלרד יפסול אותו בהיותו נוגד את חוק החוזים האחידים - ואילו חברי השופט טירקל ישאיר אותו על כנו - כתנאי שאינו נוגד את תקנת הצבור? זו שעת האמת, ובה ניבחן." ובפסקה 14 לפסקי-דינו: "כשאני לעצמי אומר, שנתקשיתי להבדיל בין סמכות לסמכות, בין מגל לחרמש, בין כלי מבער רע מימין לבין כלי מבער רע משמאל. אליבא דידך, ההבדל בין השניים - ככל שהוא בנמצא - הברל דק-מן-הדק הוא; ובהיותו מה שהוא, שאלה היא אם ראוי לנו שנדוק ונרדק."

43 השוו, למשל, התחבטויות השופטים ביחס להתפרשותן ויישומן של עילות הסעות וההטעיה בעניין פנידר, להלן הערה 49.

44 השוו פסקי-דינו של ברק בעניין אפרופים, לעיל הערה 6.

איפיונו התיאורי של כל סטנדרט, בניגוד לכלל או "דפוס" משפטי.⁴⁵ ברובם המכריע של המקרים, שימוש בכללים החוזיים מקדם ממילא את ערך האמון, שהרי אכיפת ההבטחה המגולמת בחוזה, ובהתאם, מימוש הציפייה הסבירה שנוצרה בעקבות ההבטחה, הינה הכלי המקנה לאמון את צורתו הברורה ביותר. ברם, לעיתים, במסגרת האינטראקציה הטרומ-חוזית, או החוזית, מתערער האמון, עד כי נמצאת מטרת דיני החוזים מסוכלת במידה המצריכה התערבות משלימה, שלא בדרך יישום כללים המיועדים לסיטואציות מוגדרות, לצורך מניעת ערעורו של האמון. כל עוד ניתן לקדם את ערך-העל של אמון באמצעות שימוש (המערב מטבעו רק מעט שיקול-דעת) בכללים ודפוסים, עדיף לעשות כך, שכן לטכניקה כזו יש היתרון האינהרנטי של ודאות ויכולת הסתמכות לגבי אופן יישומם. עם זאת, לא תמיד יספיק יישום דווקני של הכללים המרכיבים את דיני החוזים ולא תמיד יוביל לוודאות וליכולת הסתמכות על כך שערך האמון מקיים, ואלה הרי הוודאות, ההסתמכות והציפייה הנחוצות במסגרת האינטראקציה החברתית והחוזית.⁴⁶

קידוש המטרה עצמה (אמון) יועיל ממילא לשמירה על מטרות-המשנה (ודאות ויציבות), שהינן, כשלעצמן, אינסטרומנטליות ונועדו לאותה מטרה עצמה. חתירה רעיון האמון מוקיקה ניסוח פרטני של כללים וקריאה לוודאות ויציבות, אך בה בעת טעונה כלי משלים ובלתי-מתוחם מראש (גם אם אבסטרקטי), שישמור על האמון הפרטי והחברתי במצבים בהם זה מתערער. במידה שביודעין או מסיבה בלתי-צפויה נכשל רעיון האמון במערכת היחסים המובהקת ביותר אשר לצרכיה הוא נועד ובה הוא נבחן ונבנה, אין דיני החוזים צריכים להתאבד כדי להוכיח את היותם ולהיות מוגבלים אך לפתרונות המוכתבים

R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, Cambridge, 1977), 22–28. מ' מאוסנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האורחית החדשה – לשאלת

תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז (1987) 321.

46 יתר עליכן, לצד חתירתו לזיהוי רעיון האמון כתיאוריית-העל של דיני החוזים, עשויה נקודת-ההשקפה שביסוד דברי להקל גם על אופן היישום של עקרון תום-הלב. עקרון תום-הלב, כמו יתר הסעיפים של חוק החוזים, נשאב מהתימה הבסיסית של דיני החוזים – הוא רעיון האמון במובנו הרחב. בדומה ל"פעולת המטוטלת" שנוסחה על-ידי הנשיא ברק בעניין אפרופים, בהקשר שונה אך דומה, פנייה משלימה לעקרון תום-הלב ולדפוס חוק החוזים על-ידי שופט שתחושותיו ויעדיו גובעים ממרום הפירמידה של הערך/המדיניות/המטרה של הגשמת האמון וציפייתם הסבירה של הצדדים, תנביע עקביות, צפיות, ודאות ויכולת הסתמכות על דרך יישום העיקרון. אם נשקיף על עקרון תום-הלב מנקודת מבט המנסה לשרטט את היער (החוזי) כולו, ולא מנקודת-מבט הממוקמת בינות לעצים, תתאפשר יצירת תמונת-עולם אחידה, נקודת-המוצא תנבע ממקום מגובש ועקבי, וממילא ייצאו היציבות והוודאות נשכרים. עם זאת, יישום קאוואיסטי של עקרון תום-הלב, הנובע מבסיס הפירמידה ומקורותיה ה"פורמליים" בלבד ונעדר תימה מרכזית אחת, אכן יחשוף חוסר עקביות, מבוים סתומים ותוצאות מאולצות הזועקות ל"ריכוך". לפיכך, חשיפה ונאמנות למהות העומדת מאחורי עקרון תום-הלב, ולא אופן ניסוחו, הן שיסייעו בעקביות ויציבות.

על-ידי הכללים. הגנה על ערך האנון, אם בדרך של יישום דיני החוזים ה"קונווגציונליים" ואם בדרך של עקרון תום-הלב, יתרום בהפחתת החשדנות והבהלה (לפני מעשה) והתסכול (לאחר מעשה), ובכך יוגשמו ויבואו לידי מימוש איכות חיים ליברלית ואוטונומית, כיבוד הזולת והיסכון בעלויות עסקה רבות. מאחר שאין זה אפשרי ואין זה יעיל לצפות, לנסח ולפקת על כל ההתפתחויות בדרך של ניסוח חוזי מפורש, יישומו של עקרון תום-הלב במצבים שהאמון מתערער בהם שולח איתות מרגיע כי אמון יישמר. מסר כזה תורם ליכולת הציפייה וההסתמכות, וממילא לוודאות ויציבות. ומוזוית אחרת, הטענה שיש בטכניקה משפטית של שימוש בסטנדרט כדי לפגוע בוודאות ויציבות החיוניים כל-כך למימוש ציפיות הצדדים מתמיצה את מטרתה, במיוחד ככל שהדברים נוגעים בעקרון תום-הלב בדיני החוזים. ציפיית הצדדים והמערכת המשפטית מן ההליך החוזי והטרום-חוזי היא שמירת אמון ובנייתו ויכולת לצפות את התנהגות הזולת. אדם הנוהג באמון כלפי בעל דברו לא ייחשף לסיכון של התערבות שיפטית, ותחולת החוק תהיה על-כך צפויה.

ג) עקרון תום-הלב ומימד שיתוף-הפעולה הטמון בו

וכעת באשר לגישה הרואה בעקרון תום-הלב משום חידוש בדיני החוזים המסורתיים, בשל אותו פן הטמון בו והמחייב שיתוף-פעולה, כבוד הדדי והגשמת ציפייתו הסבירה של המתקשר החוזי על-ידי זולתו. בשורות עד כה, ובמיוחד בתת-חלק הקודם, שכותרתו היא "אמון ודיני החוזים", הצבעתי על הזיקה ההדוקה בין מוסד החוזה, מצד אחד, לבין רעיון האמון והציפייה ההדדית למימוש והגשמת הבטחות מצד אחר. הרטוריקה שמאחורי דיני החוזים הרגישה מאז ומתמיד את היות החוזה ביטוי למפגש רצונות ולהתמזגות כוונת הצדדים. מרטוריקה זו, המייחסת לצדדים רצון וכוונה משותפת אחת, מתבקשת המסקנה כי דיני החוזים עוסקים וחותרים ממילא לזיהוי ולאכיפה של הסכמה ומצג של שניים או יותר לילך בדרך משותפת אחת גם אם לכל אחד אינטרס שונה. לא זו אף זו, ערך-העל המוגן של כבוד האדם וחירותו, המוסדר כיום במסגרתו של חוק-יסוד הקרוי בשם זה, מצהיר באופן אימננטי גם על ההגנה החברתית והחוקתית על כבוד הזולת (ולמעשה, בקביעת ערך-העל המוגן, חוק-היסוד רומז להצדקת-העל למבנה המשפטי והחברתי). הכללת רצון הפרט וחופש החוזים – המערב בעצם יצירתו אינטראקציה של שניים או יותר שרצונותיהם התמזגו – במסגרתו של הביטוי כבוד האדם, הכולל כאמור גם את כיבוד הזולת ולפחות מניעת פגיעה בו, יוצרת אף היא נקודת-מפגש בין מטרת-העל של דיני החוזים, כבוד ואמון הדדי ועקרון תום-הלב.

ג. התיאוריה בראי פסיקתו של הנשיא שמגר

תורתו של מאמר זה הינה בקריאת פסקי-הדין בהם יישם הנשיא שמגר את עקרון תום-הלב בדיני החוזים. מבדיקה של פסקי-הדין בהם עשה בית-המשפט העליון שימוש בעקרון תום-הלב בדיני החוזים מאז נחקק מתכלטים פסקי-דינו של שמגר בשימוש שכיה

יחסית בעיקרון זה ובבחינה ישירה של התנהגות הצדדים לחוזה, גם במצבים בהם יתר השופטים מעדיפים פנייה לפתרונות חוזיים שגרתיים יותר. כאשר המדובר בניסיון להתחקות אחר המניע המהותי לשימוש שהנשיא שמגר עושה בעקרון תום-הלב, ובמיוחד כאשר מדובר ב"סטנדרט" כמקור משפטי האוצל על המקרה, הבחינה האינדוקטיבית של האופן והמצבים בהם יישם השופט את הסטנדרט מאפשרת לזהות את הדרך ואת נקודת-המוצא המשפטית ליישום העיקרון. בחינה זו מעלה כי רעיון האמון וביצור יכולתו של הפרט לצפות להתנהגות סבירה מצד זולתו מהווים, לשיטתו של שמגר, מטרת-על של דיני החוזים. נוסף על כך, פסקי-דינו של הנשיא שמגר מדיגימים כי יישום העיקרון גובע מצורת ניתוח אנושית (Humane) ובלתי-מתחכמת של התנהגות הצדדים, באופן המשיב אמון לאינטראקציה החוזית או הטרומ-חוזית וכשולח איתות מרגיע ובונה אמון לצדדים במערכת היחסים החוזית הקונקרטי, כמו גם לציבור הקוראים בפסקי-הדין. לעיל טענתי כי זיהוי עקרון תום-הלב כחלק אינטגרלי מדיני החוזים ויישומו העקבי יועילו לתחושת האמון הפרטית והמצרפית. לפחות ניתן לציין כי חשש ממדרון חלקלק ואובדן היציבות והוודאות לא התממש לנוכח המצבים הקונקרטיים בהם יישם הנשיא שמגר את עקרון תום-הלב, מצבים בהם היה האמון נכשל לולא עשה כן.

לשם הדגמת האמור, מובא להלן מבחר מפסקי-הדין בהם יישם הנשיא שמגר את עקרון תום-הלב בדיני החוזים. מהדוגמאות המובאות עולה כי שמגר אינו מהסס לעשות בעיקרון זה שימוש שכיח יחסית, הבא לעיתים בגפו וללא סיוע דוקטרינרי מיתר סעיפי חוק החוזים, ככלי ישיר המסדיר ומכתיב התנהגות שומרת אמון בין המתדיינים. אכן, ברוב פסקי-הדין בהם יישם את עקרון תום-הלב, אין הוא מזכיר את רעיון האמון בשמו המפורש, אך מסקירת פסיקותיו עולה כי רעיון זה, ובמיוחד ההגנה על ציפיותם הסבירה של המתקשרים החוזיים בפועל ובכוח, הוא העומד בבסיסם. מבחינת המצבים הטיפוסיים, מערכות היחסים וסוגי ההתנהגויות בהם מחיל הנשיא שמגר את עקרון תום-הלב, כמו גם בתכנים הספציפיים שהוא יוצק לעיקרון זה וברטוריקה שהוא משתמש בה ביחס ליעדים של דיני החוזים ועקרון תום-הלב, עולה כי המדובר בחתירה לאישו והגנתו של רעיון האמון, דהיינו, הגנתה של ציפייה סבירה מצידו של המתקשר החוזי הקונקרטי וביצור יכולת ציפייה סבירה מצידו של המתקשר החוזי הפוטנציאלי.⁴⁷

כפי שנראה להלן, בחלק מהסיטואציות בהן דן שמגר במשמעותו וביישומו של עקרון תום-הלב, המדובר בפריצה חלוצית של רטוריקה חוזית מסורתית, פריצה המונעת מתחושת האמון והציפייה המובלעת והמובנית ברקעה של מערכת היחסים החוזית והטרומ-חוזית (למשל, ע"א 3912/90 Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ;⁴⁸ ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו;⁴⁹ ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ;⁵⁰ רע"א 1233/91 גרבי נ' בן דוד;⁵¹ ע"א 158/80 שלום נ'

47 ראו ההגדרות ל"אמון" המובאות בטקסט להערות 16 ו-17.

48 פ"ד מז(4) 64 (להלן: עניין Eximin).

49 פ"ד לז(4) 673 (להלן: עניין פנידר).

50 פ"ד מג(1) 441 (להלן: עניין בית יולס).

51 פ"ד מה(5) 661 (להלן: עניין גרבי).

מוטה⁵²). במקרים אחרים באה לידי ביטוי העקביות עם רעיון האמון ועשיית שימוש "משלים" בסעיפי תום-הלב לצורך מימוש ציפייתם הסבירה של הצדדים – אף במחיר של התעלמות מן "ההבטחה החוזית" – בדרך של, למשל, מניעת תחבולנות ודרישה לכנות וגילוי בהליך הזמנת האמון, הדדיות, שיתוף-פעולה ואי-עמידה על קוצו של יוד (ראו, למשל, פסקי-הדין ע"א 175/81 אדמיר פתוח ואדריכלות בע"מ נ' קלו, ע"א 2896/90 טרוצקי נ' אלפונסו, ע"א 617/85 עופר נ' הס, עניין ג'רבי⁵³). תחושה דומה היא העומדת בבסיס התערבותו של שמגר ביתסים חוזיים בהם מעורבים חוזים אחידים ו/או תאגידים דומיננטיים בעלי חשיבות חברתית-כלכלית רבה. בשל האמון שהפרט והציבור מוזמנים ונאלצים לתת באחרונים, בשל עוצמתם היחסית וחשיבותם החברתית-הכלכלית, השתמש שמגר בעקרון תום-הלב כדי להטיל עליהם חובות ונטלי גילוי (למשל, ע"א 4819/92 אליהו חברה לבטוח בע"מ נ' ישר, ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, ע"א 1304/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד נ' ציגלר, ע"א 449/85 הי"מ נ' גד חברה לבניין בע"מ⁵⁴). לשם נוחות הקריאה, יובאו, לצד דוגמאות מובהקות אלה, שיפורטו להלן, קטיגוריות נוספות של פסקי-דין בהם יישם שמגר את עקרון תום-הלב. הנמקתם וסיווגם של פסקי-דין אלה מדגימים אף הם את עקביותו של שמגר לגבי רעיון האמון כתיאוריית-העל של דיני החוזים.

כתרגיל מחשבתי, ניתן לבחון אם לאחר מקרא פסקי-הדין המובאים להלן, שעקרון תום-הלב יושם בהם, יכול הצד ש"זכותו" החוזית נשללה לטעון כי בנסיבות המקרה הופרה ציפייתו החוזית, עד כי נותרה בליבו תחושות אכזבה, מועקה וערעור האמון, שילווהו אף בהתקשרויותיו החוזיות העתידיות. לדעתי, התשובה שלילית. אם נוסף על כך, תחושות האמון של הצד שלמענו הופעל עקרון תום-הלב, כמו גם של קוראי פסקי-הדין, המצויים בשלב זה תחת "מסך הבערות", יוצאות מחוזקות בעקבות פסקי-הדין הללו – ודאות, יציבות ויכולת ההסתמכות (אם לא למעלה מזה) יצאו אך נשכרים.

- 52 פ"ד לו(4) 793 (להלן: עניין מוטה). בפסקי-דין זה דחה שמגר את מסקנת בית-המשפט המחוזי לפיה הפר המערער את חובת תום-הלב שלו בעשותו שימוש בסעד הביטול החוזי.
- 53 פ"ד לח(4) 293 (להלן: עניין אדמיר).
- 54 פ"ד מו(5) 454 (להלן: עניין טרוצקי).
- 55 פ"ד מו(1) 23 (להלן: עניין הס).
- 56 לעיל הערה 51.
- 57 פ"ד מט(2) 749 (להלן: עניין ישר).
- 58 פ"ד מח(2) 573 (להלן: עניין צבאח).
- 59 פ"ד מז(3) 309 (להלן: עניין ליפרט). דיון בפסקי-דין זה מובא במסגרת הערה 99.
- 60 פ"ד מט(1) 369 (להלן: עניין ציגלר). דיון בפסקי-דין זה מובא אף הוא במסגרת הערה 99.
- 61 פ"ד מג(1) 183 (להלן: עניין גד).

1. אמון, הדדיות והגנה על הציפייה הסבירה כרעיון-על במסגרת החוזית והטרומ-חוזית

(א) עניין Eximin⁶²

במקרה זה רכשה המערערת מהמשיבה מגפי גיינס בשביל לקוחה של המערערת בארצות-הברית. המשיבה ייצרה ושלחה את הסחורה לארצות-הברית לאחר אישור ההזמנה על-ידי המערערת. בארצות-הברית התברר כי יש בדגם המיוצר משום הפרת סימן-מסחר רשום במדינה זו, ועל-כן עוכב המשלוח במכס. השאלה המשפטית היתה: על מי מוטלת האחריות החוזית להתעלמות מהפרת סימן-מסחר רשום בארצות-הברית והאם האחריות החוזית הינה בהכרח אחריות מוחלטת?

בהנמקתו רואה שמגר סינתזה בין רכיבים טיפוסיים (ומועילים) של רעיון האמון, דהיינו, ציפייה סבירה לשיתוף-פעולה והדדיות, לבין מטרת-העל של חוק החוזים: "האם השגת מטרת החוק [חוק החוזים - ע' ב'] תלויה בקיומה של אחריות מוחלטת? ההפך הוא הנכון. ככל חוזה או התקשרות, גם בבסיס עסקת המכר עומד רצון לשיתוף פעולה של הצדדים, מתוך הנחה, כמובן, ששיתוף הפעולה יועיל לכל אחד מהם, ולשניהם במשולב. אין יסוד להניח ששיתוף פעולה זה מסתיים עם כריתת החוזה, ...אך סביר הוא, שלאורך דרכם המשותפת ייתקלו הצדדים בבעיות שונות שידרשו גמישות מסוימת ואך סטייה ממה שקבוצה היה מלכתחילה. אין ספק, שיידרש שיתוף פעולה גם בעתיד. פן אחד של שיתוף פעולה זה הוא ההכרה בכך שנוק יכול להגרם לאחד הצדדים כתוצאה מחוסר תום לבם של שני הצדדים. 'שיתוף פעולה' במקרה כזה יתבטא בחלוקת האחריות לנוק בין השניים - חלוקה בדיעבד, שיהיה בה למעשה לעודד שיתוף פעולה מבראשית."⁶³

לפיכך, שמגר אינו מסתפק בקריאה צרה של הוראות חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי, תשל"א-1971, והאמנה הנוגעת בעניין United Nations Convention on Contracts for the Sale of Goods), הקובעות כי האחריות החוזית הצרה מטילה על המוכר להעביר בעלות נקייה מזכויות צד שלישי (דוגמת זכות לסימן-מסחר המוקנית לאדם שלישי), אלא אס-כן מתקיים אחד הסייגים הקבועים בחוק לאחריותו. אף-על-פי שבעניין זה מתקיים לכאורה הסייג לאחריות המוכר, שכן הקונה ידע על הבעייתיות בסחורה, אין הניתוח המשפטי מסתיים בזה. מאחר שגם בלב הצד האחר היה צריך להתעורר החשש לגבי קיום סימן-מסחר רשום, מקצה שמגר את הסיכון והגטלים על שני הצדדים באופן המתיישב עם ציפיותיהם המשותפות: "אין למעשה מחלוקת, שגם המערערת וגם המשיבה ידעו שהסחורה מיועדת

62 לעיל הערה 48.

63 שם, בע' 81.

להישלח לארה"ב. יתרה מזאת, שתיהן לא יכלו שלא לדעת כי קיים חשש שמדובר בסימן מסחר רשום... לא ניתן לקבל טענה מצד אחת מהן, כי לא ידעה או לא יכולה היתה לדעת על קיומו של סימן מסחר רשום זה... מהתנהגות הצדדים עולה, שהם לא טרחו לשתף פעולה בינם לבין עצמם. הצדדים היו חלוקים ביניהם לגבי נטל האחריות לביצוע פעולות שונות, ובמקום להסדיר וליישב ההדורים, פעל כל אחד מהם, לכאורה, על דעת עצמו, בעוצמו עיניו לגבי הנוק שעלול להיגרם ובהניחו שהאחר יישא בו. כל אחד מהם, למעשה, צפה את הנוק אך לא טרח להבהיר לאחר את סכנת קיומו ולא טרח לגלותו לאחר ולמנוע את הנוק, למרות יכולתו הברורה לעשות כן... ההתנהגות המתוארת של כל אחד מהצדדים עולה כדי חוסר תום-לב בביצוע החוזה... ואולי אף כדי חוסר תום-לב בשלב המו"מ... שני הצדדים פעלו בחוסר תום-לב. [בכך שידר שמגר את הנוק הכלכלי והפסול בהיעדר שיתוף-פעולה. שמגר הכפיף על-כן צד לחוזה לציפיותיו הסבירות של זולתו, תוך קביעת אמת-מידה נורמטיבית המחייבת התחשבות בציפיית הזולת גם במהלך הקיום החוזי בהתקיים נסיבות חדשות – ע' ב'.] הדבר מתיישב, למעשה, עם שני היבטיו של עקרון תום-הלב. מחד גיסא, המדובר בדרישה מצטברת, המציבה חיוב נוסף לחיובים המפורשים עפ"י החוזה, הוא החיוב לנהוג בתום-לב. דרישה זו יפה לגבי חובתו של היצואן-המוכר, ליידע את היבואן-הקונה, הגם שידע, למשל, כי על האחרון תוטל אחריות (לאור הסייגים האמורים). מאידך גיסא, זו גם הוראה ממתנת, המתירה במקרה המתאים סטייה מהדרישה לביצוע מושלם של החוזה. תיאור זה יפה לעניין חובתו של היבואן-הקונה, שלא לשבת בחיבוק ידיים, הגם שהניח, למשל, כי על היצואן-המוכר תוטל אחריות.⁶⁴

(ב) עניין פנידר⁶⁵

העותר השני, שניהל את עסקי הקבלנות שלו באמצעות חברה פרטית (העותרת הראשונה), הבטיח למשיב להשיג לו דירת-מגורים לקראת שובו ארצה. ב-1974 חתמו המשיב והעותר השני על זכרון-דברים למכירת דירה על-ידי העותרת הראשונה למשיב. העסקה לא יצאה לפועל משום שהחלקה לא היתה שייכת כלל לעותרים, והם לא גילו זאת למשיב. העותרת הראשונה נכנסה להליכי פירוק, דבר שסיכן את החזר התשלומים של הקונה לעותרת הראשונה. השאלה היתה: האם ניתן להטיל את החיוב להשבת הכספים, בצירוף פיצויים, גם על העותר השני מכוח סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, אף-על-פי שלא היה צד לחוזה שנערך לבסוף בין המשיב לבין העותרת הראשונה?

64 שם, בע' 74.

65 לעיל הערה 49. פסיקתו זו של שמגר יושמה על-ידי שני מקרים נוספים: ע"א 614/84 ספיר נ' עו"ד ויצמן, פ"ד מא(2) 224 (יישום ההלכה בעניין פנידר על אפוטרופוס של הסויה), וע"א 182/91 מויאל נ' ליטבסקי (לא פורסם) (יישום ההלכה בעניין פנידר על מנהל משא-ומתן בשם חברה בייסוד).

בפסק-דין זה קובע שמגר פרשנות מרחיבה למונח "צד" המעורב במשא-ומתן חוזי, ואשר עליו מוטלת חובת תום-הלב לפי סעיף 12 לחוק החוזים, התשל"ג-1973. תוך הצבעה מודעת על הקשרו של סעיף 12 האמור לביסוס יחסי אמון, שמגר מפרש "צד" ככל גורם הנוטל חלק במשא-ומתן ללא קשר לזיקתו לחוזה הסופי אם וכאשר ייחתם (בעניין זה, מנהל אשר נשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה עם החברה שניהל). בכך הרחיב שמגר את משמעות היריבות החוזית הקלסית, תוך כדי שימוש ב"ציר" האמון. אכן, אין בשלב המשא-ומתן משמעות ליריבות ה"חוזית" ממש, אך כבר בשלב זה מעורבת אינטראקציה רצונית בה אנשים מוזמנים לתת אמון בזולתם. לפיכך, כל צד המנצל ומסכן אמון זה, העומד במהות דיני החוזים, כפוף לחובות שנועדו לביטוסו ללא תלות בשאלת היותו צד לחוזה הסופי, אם וכאשר ייחתם.

(ג) עניין בית יולס⁶⁶

הדין הנוסף בוחן את הדין החל על מכרזים בתחום המשפט ה"פרטי", ובעיקר את השאלה אם מוטלת על בעל מכרז כזה חובה לנהוג בשוויון בין כל המשתתפים במכרז, ואם חובה כזאת נובעת מחובת תום-הלב הקבועה בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

שמגר קבע בדעת מיעוט כי משבחר גוף פרטי ביוזמתו בדרך של מכרז – הגם שהיה יכול לפעול בנכסיו כרצונו אף ללא נקיטה בדרך של מכרז – עליו לנהוג בשוויון כלפי אלה המפנים אליו הצעות בהסתמך על הזמנתו. דגשו של שמגר נובע מהציפייה הנוצרת בעצם הבחירה בדרך של מכרז, הגוררת אחריה מסקנות בליבם של הצדדים האחרים למכרז שהן פועל יוצא טבעי, לשיטתו של שמגר, מבחירתה של דרך זו. הזמנת אמון כזו על-ידי בעל המכרז כובלת את חופש הפעולה שלו, אלא אם שחרר עצמו במפורש מציפיות סבירות שיצר. מדבריו של שמגר משתמע כי אי-שמירה על שוויון, ובמיוחד בנסיבות פסק-הדין בו הופלטה לטובה בעלת ההצעה שלא עמדה בתנאי מקדמי, עלולה לנטוע תחושת אכזבה בקרב משתתפים שאמונם הוזמן, וקיום תחושה כי משתמשים בהם כבכלי-משחק:

"בכל הנוגע למכרז, היינו לנסיבות בהן טוען בעל הדבר ע"י התנהגותו וע"י נקיטת שיטת הפעולה הנ"ל, שהוא מזמין הצעות וינהג בהן בדרך בה בוחרים בין

66 לעיל הערה 50. העותרת, תכרה המחזיקה ומפעילה בית-אבות, פרסמה בעיתונים מכרז להקמת בית-אבות חדש. במכרז נכללו, בין היתר, תנאים הקובעים כי יש לצרף להצעות ערבות בנקאית בשיעור של 5% מגובה ההצעה, וכי "אין הנהלת המוסד מתחייבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא". המשיבות נמנו עם החברות שנענו למכרז והגישו את הצעותיהן. המשיבה הראשונה והמשיבה השנייה עמדו בכל תנאי המכרז, לרבות הדרישה לערבות בנקאית, ואילו המשיבה השלישית לא עמדה בדרישה אחרונה זו, והצעתה לוותה רק בערבות של חברה-בת שלה, שאינה בנק. לאחר משא-ומתן שנוהל עם המשיבה השלישית בלבד, החליטה ועדת המכרזים לקבל את הצעתה.

הצעות שונות מתוך שיקולים לגוף העניין ותוך גילוי כל הנדרש לצורך תחרות שווה, יכולה גישה בלתי שוויונית להיחשב לנעדרת תום לב... מצטיירת תמונה של בחירה עניינית בין מתחרים שווים לפי טיב ההצעה; וסטייה ממנה, ללא אזהרה והתננייה מראש, חסרה את תום-הלב הנדרש.⁶⁷

ובהמשך, שמגר מדגיש את נפקותה של הציפייה הנוצרת בליבו של הציבור המזומן להציע הצעותיו בדרך של מכרו, ללא כל קשר לאופיו הציבורי או הפרטי של מזמין ההצעות:

"בהיעדר אמות מידה מיוחדות ידועות מראש, מחובת בעל המכרו לנהוג עפ"י מובנו המקובל של המושג מכרו ולנהל תחרות הוגנת בה מהווה השוויון אבן יסוד... יצירת התחרות והתנאים השונים שהצדדים נוטלים על עצמם, היא הגדרת אחריה, את ציפיתו של כל משתתף כי יתייחסו אליו בשוויון. אמת, אין מבטיחים לו זכיה, אך מבטיחים לו הזדמנות שווה לזכיה...⁶⁸

"תחרות הוגנת היא בסיסו של המכרו, ותחרות זו מחייבת שוויון...⁶⁹

"השוויון מתבקש מעצם מהותו של המכרו, ומהאינטרסים הטיפוסיים של המשתתפים בו."⁷⁰

(ד) עניין גרבי⁷¹

בהסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק-דין נקבע כי המערער ישלם למשיב סכום בשקלים חדשים שווה-ערך ל-2,500 דולר עד תאריך מסוים. בתאריך זה הגיע המערער למשרד של בא-כוח המשיב, אחרי שניתנה יום קודם-לכן, על-ידי באת-כוח המערער, הודעה טלפונית לבא-כוח המשיב לפיה יבוא המערער במועד הנזכר לעיל לסלק את החוב. המערער ערך את החשבון עם פקידת בא-כוח המשיב, שלא נמצא במשרדו באותה עת, וחשב, בטעות, כי עליו לשלם את הסכום בשקלים חדשים שווה-ערך ל-2,000 דולר. משהועמד על טעותו למחרת היום על-ידי פרקליטתו, הזדרז להציע את היתרה בו-ביום, אולם בא-כוח המשיב סירב לקבל את התשלום, והיתרה שולמה כעבור יומיים בשיק בנקאי.

השאלה המשפטית שעמדה על הפרק היתה: האם לא עמד המערער בתנאים של הסכם הפשרה והאם ניתן להאריך את המועד הנקוב בהסכם הפשרה? שמגר קבע כי אף-על-פי שלשון ההסכם היתה מפורשת וקבעה תאריך מסוים לפרעון

67 שם, בע' 461.

68 שם, בע' 464.

69 שם, בע' 483.

70 שם, שם.

71 לעיל הערה 51.

החוב, לא היו בנסיבות האיחור השלכות ומשמעויות כלשהן מבחינת המשיב, ובסירובו לראות את החוב כמסולק על-פי ההתחייבות שעלתה מהסכם הפשרה היה משום חוסר תום-לב. מקרה זה מהווה דוגמא לכך שקיומה של ההבטחה כלשונה אינה משרישה בכל מקרה תחושת אמון, ולא בכל מקרה היא מגשימה את ציפיותיהם הסבירות של הצדדים. במקרים כאלה עדיף קידוש המטרה (שמירת האמון וציפיותיהם הסבירות של המתקשרים החוזיים) על האמצעים (אכיפת ההבטחה כלשונה):

"כאשר היה ברור וגלוי שהמדובר בטעות גרידא, וכאשר הייתה נכונות מיידית לתקנה, הרי הסירוב לראות בכך סילוק של החוב ביטא עיקשות גרידא; סירוב זה גם הביא להתדיינות מיותרת לפני מספר ערכאות, שניתן היה למונעה מראש לו נתגלתה אצל המשיב גישה הוגנת יותר... בעל דין אינו חייב לספוג פגיעה כספית או להסכים לניסיון שלא לקיים חיוב חוזי. הצדדים חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר, בהגינות ועל-פי המקובל בין בעלי חוזה הוגנים... התחמקות של צד לחוזה מקיום מלוא התחייבותו אינה יכולה להיחשב בשום נסיבות כדבר מקובל. זאת ועוד, הדרישה לקיום התחייבות מפורשת איננה יכולה להיחשב כשלעצמה להיעדר תום לב רק בשל כך שהדרישה לקיום התחייבות גורמת נזק לצד המפר או מביאה תועלת לנפגע... אולם שונה המצב, אם מתבצע, על ידי מי שזכאי לקבלת התשלום, תימרון כדי להכביד על קיום התחייבות, או כאשר יש באורח ההתנהגות של הנפגע משום היתפסות לפגם פורמאלי שולי או התחמקות מקבלת תשלום גרידא... במה דברים אמורים, יש לראות התנהגותו של צד לחוזה בפרופורציות הנכונות, ואין לקבל כנאותים מעשים המעלים את המסקנה, כי צד לחוזה ארב למשנהו, כדי לתפוס כל החלקה או מעידה פורמאליות קלות ערך וחסרות משמעות, כדי שיוכל להתנער מהתחייבותו. בנסיבות שלפנינו, מדובר על סירוב לקבל תשלום כעבור יום מהמועד שנקבע, אחרי שהסתבר כי נפלה טעות שרוצים לתקנה על אתר, וכאשר לכל העניין לא היו השלכות ומשמעויות כלשהן, כי הצד השני לא נפגע במאומה. הסירוב לקבל תשלום בנסיבות אלה אינו הוגן והוא נטול תום לב... בית המשפט אינו צריך לסייע במקרה כגון זה לעמידה על קוצו של יוד.⁷² [ההדגשות שלי - ע' ב.]."

לצורך השלמת התמונה והדגמת הטענה כי רעיון האמון הינו הרמוני ומקרין על כלל הדוקטרינות בדיני החוזים, ראוי לציין ששמגר נימק את החלטתו באופן חלופי באמצעות שימוש בדיני התרופות החוזיות. שמגר מוסיף כי אף אם אי-תשלום מלוא הסכום יסוג כהפרת החוזה, אין לאכוף את ההוראה לפיה כל הסכום עומד לפירעון בשל הוראת סעיף 4(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, הקובעת כי אכיפת החוזה היא בלתי-צודקת בנסיבות העניין. וכך עשה שמגר גם בהתייחסו לנימוק המשפטי הנוגע בסמכותו הטבועה של בית-המשפט להאריך מועדים (המהווה אף היא דרך להכשרת התשלום המאוחר), כאשר קבע כי "מקום בו מוקנית סמכות שמטרתה המוצהרת היא

מניעת תוצאות קשות שחוש הצדק אינו יכול להשלים עמן, יש בעצם ההיצמדות למבחנים נוקשים, שאינם פתוחים לשום התחשבות בתנאים מיוחדים ויוצאי דופן, משום תרתי דסתרי.⁷³ בכך ניתן אולי לזהות דוגמא לראייתו של שמגר את רעיון האמון כמקרינ גם על המשפט כולו.

אף-על-פי שהנמקתו ודרך יישומו של שמגר העמידו את עקרון תום-הלב מעל הלשון החוזית המפורשת, פסקי-הדין מבסס את תרכות האמון ואת ציפיותיהם הסבירות של המתקשרים החוזיים. נסיבותיו ועובדותיו המצטברות של המקרה מדגישות בצורה חדה את העימות בין לשון החוזה וההבטחה הגלומה בו לבין ציפיותיהם הסבירות של שני הצדדים בעת כריתת החוזה, כאשר שניהם מצויים עדיין מאחורי "מסך הבערות". אמון הצדדים הישירים לעסקה, כמו גם של ציבור הקוראים בפסקי-הדין, במוסד החוזי בכללותו, וביסוס הנכונות להיכנס למחויבויות חוזיות עתידיות ללא הסתייגויות וחששות, יצאו גשכרים בעקבות פסקי-דין זה, שאותת כי במערכת אירועים כגון אלה שהתרחשו בעניין זה, וכשלא נגרם כל נזק לצד ה"נפגע", מיתון ההבטחה החוזית בהתאם להקצאת הסיכונים המתישבת עם התנהגותו וציפיותיו הסבירות של אדם מן היישוב היא זו שמקדמת בצורה הטובה ביותר את מטרת חוק החוזים, והיא שתגבר.

(ה) עניין מוטה⁷⁴

בעניין זה הודיע המערער על ביטול הסכם למכירת דירה בשל איחור של שישה ימים מצד המשיבים בתשלום הסך המובטח. המערער טען כי האיחור האמור מהווה הפרה יסודית של ההסכם, המעמידה לו את זכות השימוש בסעד הביטול החוזי.

שמגר אינו מסכים עם מסקנת בית-המשפט המחוזי כי המערער הפר בעניין זה את חובת תום-הלב. אכן, גם פה דובר באיחור קצר יחסית בביצוע ההתחייבות החוזית, אלא שלהבדיל מפסקי-הדין בעניין ג'רבי, ידעו הצדדים את מהותיות התקופה שנקבעה (כך ניתן גם להסיק מיסודיותה של ההפרה האמורה), וכן האיחור לא נבע משגגה אנושית שאין לה כל השלכה. לפיכך, עמידת המערער על התקופה החוזית לא פגעה במקרה זה בציפייתו של המשיב, אלא להיפך – איחורו של המשיב הוא שפגע בציפיות המערער. פסקי-דין זה הינו דוגמא מובהקת לדרך הדיון, הכליל והאיזון ששמגר עורך בין ה"משולש" של אמון (ציפייתם הסבירה של הצדדים), עקרון תום-הלב וההתחייבות החוזית:

"...אכן הבוחן בכגון דא היא, אם עשה מעשה כלשהו או נהג בדרך שיש בה משום העדר תום-לב, יהיה זה ע"י תחבולה, הכשלה או פעולות כיוצא באלה. [עד לכאן הדיון מתמקד במשמעות של עקרון תום-הלב – ע' ב'.]

73 שם, בע' 668.

74 לעיל הערה 52.

"עמידה על זכות מפורשת המוסכמת בין הצדדים, ומה גם כאשר מדובר על זכות שאיננה חבויה בין השיטין או על פרשנות מלאכותית של מלה זו או אחרת בחוזה, אינה כשלעצמה בגדר פעולה נעדרת תום-לב. הדרישה לקיום התחייבות מפורשת, עליה הסכימו הצדדים בכך שייחדו מעמדה והדגישו חשיבותה על ידי הדברים שנאמרו בסעיף 5, אינה יכולה להיחשב כשלעצמה להעדר תום-לב רק בשל כך שהדרישה לקיום ההתחייבות גורמת נזק לצד המפר או מביאה תועלת לנפגע... המערער לא עשה דבר וחצי דבר כדי להביא את המשיבים לידי אי תשלום במועד. הוא גם לא התחמק מקבלת התשלום, והיה נכון לקיים התחייבותו, לו גם הצד השני היה עומד בהתחייבותיו ומקיים את המוטל עליו. כפי שעולה מן הדברים הללו הייתי מגיע למסקנה שונה, לו ניתן היה להצביע על כך שהמערער עשה תמרון כלשהו כדי להכביד על קיום ההתחייבות על ידי המשיבים או להתחמק מקבלת התשלום... [עד כאן בחינת "ההתחייבות החוזית" – ע' ב.].

"סיכומה של נקודה זו, אין שמץ ראייה לכך שהמערער לא נשא ונתן באמונה... או כי נתפס למלה זו או אחרת בחוזה כדי להעלות פרשנות, אותה לא יכול היה הצד השני לחוות מראש. [בחינת הציפייה הסבירה של הצדדים בנסיבות העניין – ע' ב.]. המסקנה, לפיה נוצרה זהות בין הפרדה על ידי המשיבים לבין האינטרס הסמוי של המערער [אשר עמדה לפניו הצעה גבוהה יותר – ע' ב.], היא תוצאה, אשר לא המערער גרם לה בצורה כלשהי, והיא אך ורק פועל יוצא מן הכשלון של המשיבים לקיים התחייבותם כלשוניה. במשך כל תקופת הפגור לא עשו פעולה כלשהי כדי להתקשר במישרין עם המערער.⁷⁵ [ההדגשה שלי – ע' ב.].

2. שימוש בעקרון תום-הלב כבעיקרון משלים להשבת אמון למערכת היחסים החוזית מקום בו ההבטחה החוזית נכשלת בכך

(א) עניין אדמיר⁷⁶

בחוזה מיום 1/11/77 העניקה המשיבה (בעלת שני שלישים בדירה) למערערות, בעלות השליש הנותר בדירה, זכות שימוש למשך שנה. כעבור כחודשיים, בסוף דצמבר 1977, פנו המערערות בבקשה לפירוק השיתוף במקרקעין, תוך ניסיון להתייחס לדירה כאל דירה "תפוסה" בהסתמך על החוזה ביניהם, המכיר בצדדים כשותפים במקרקעין המייחזים שימוש בנכס לאחד מהם, ובהסתמך על הוראת סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר. משמעותה הכלכלית של טענת המערערות היתה כי רק להן יהיה עניין ברכישת הדירה התפוסה על-ידן, וזאת במחיר המשקף מחירה של דירה תפוסה, שהינו נמוך ממחיר השוק. האם

75 שם, בע' 812.

76 לעיל הערה 53.

החוזה האמור אכן מקנה למערערות, בנסיבות כריתתו של החוזה ותזמון האירועים, את הזכות לדיירות מוגנת:

בפסק־דין זה היו שלושת השופטים תמימי־דעים כי החוזה האמור אינו מקנה למערערות זכות לדיור מוגן, אם כי רק שמגר ביסס את מסקנתו על התנהגותן של המערערות וכן על הפרתן את ציפייתה של המשיבה, ומשום כך גם על הסתירה הנוצרת במקרה זה בין החוזה וההבטחה הגלומה בו לבין מהות קיומו של המוסד החוזי בכללותו. "סיכומו של דבר, מדובר כאמור בנסיבות אלה בכריתת חוזה, שכל כולו לא נועד למטרתו המוצהרת אלא היווה תכסיס ליצירת הרקע לפירוק השיתוף לשם נישול הבעלים. מטרה זו מתגלית באופן ברור וגלוי עקב ההתנהגות זמן קצר אחרי כריתת החוזה. הסתרת המגמות כמתואר והנחת מלכודת לבעלים עולות כדי משא ומתן ושימוש בחוזה ובחייבים העולים ממנו בהעדר תום לב. מכאן כי הייתי מבכר כנקודת מוצא להחלטתי את המסקנה, כי מי שכורת חוזה בחוסר תום לב, במגמה להפעיל את החיוב שבו כתכסיס מוסווה נגד אחר ומבקש פירוק השתוף, כאשר התכסיס החוזי משמש לו כמנוף לכך, אינו יכול להישען על חוזה השמוש ואינו יכול ממילא להינות מן ההגנה, הקבועה בסעיף 33 הנ"ל; לעניין זה אין על כן נפקא מינה בכך, מי התעורר ראשון כדי ליזום את פירוק השיתוף ומי הנתבע." [ההדגשה שלי - ע' ב'.]

השופטת בן־פורת מצטרפת לתוצאת פסק־הדין, אך מעדיפה לא לנקוט ברטוריקה הפוגעת בתוקפה החוזי של ההבטחה המגולמת בחוזה שבין הצדדים. הנמקתה, הניטרלית כלפי ציפיות הצדדים והתנהגותם, מתבססת על פרשנות לסעיף 33 לחוק הגנת הדייר כפורש את הסותר את המחזיק בנכס כנתבע (טענת "מגן"), ולא כאשר הוא התובע (טענת "חרב"). מאחר שבמקרה זה המחזיק הינו התובע, אין מוענקת לו, לשיטתה של השופטת, הגנת הסעיף.

אף השופט ש' לויין מסכים לאותה תוצאה, אך גם הנמקתו ניטרלית, ואינה מטילה דופי בהליך יצירתו של החוזה ובניצול לרעה של האמון שניתן במערערות. דרכו הינה דרך פרשנית, הקובעת כי משהגיע ההסכם לקיצו בתום שנה מכריתתו, אין מתקיימת יותר הדרישה להחזקה ייחודית ומוסכמת של אחד השותפים בנכס, הקבועה בסעיף 33 לחוק הגנת הדייר. טכניקה פרשנית זו פונה לכוונה האובייקטיבית המתגלה על פני החוזה, שכן כוונה סובייקטיבית משותפת לצדדים לחוזה לא היתה קיימת כאן כנראה. ברוח טיעוני, גישתו של השופט לויין מדגימה שגם כללי הפרשנות החוזיים, כמו יתר הדוקטרינות החוזיות, מוצדקים, ואף הם מקדמים את רעיון הציפייה והאמון, גם אם לא באופן מודע.

מבין הנמקות השופטים, רק עמדתו של שמגר מקדמת במישורין מדיניות משפטית המכוונת למנוע ניצולן של ציפיות סבירות ובלתי־חשדניות בחברה ולהגן עליהן. רק הנמקתו של שמגר בוחנת את התנהגותם של הצדדים ואת החליך של הזמנת האמון, ותולה עליכן את כשלון החוזה המסוים והתרבות העסקית שאפפה אותו בהפרתה של

אווירת האמון. בהדגישו כיצד השתמשו המערערות לרעה ובתכסיסנות במכשיר החוזי, כאשר ניסחוהו במכוון באופן המותאם לסעיף 33 לחוק הגנת הדייר, ופנו מייד לאחר-מכן לבית-המשפט לצורך ניצול מעמדם החוזי, שמגר מבטא את הסלידה מפעולה המועלת בציפייה סבירה של המתקשרים החוזיים הקונקרטיים וההיפותטיים הנותנים אמון בזולתם. "ציפיית" המחזיקים בנכס לקבל את הזכות לדיירות מוגנת לא הושגה בכנות, אלא מקורה בתחבולה שהכשרתה תגרום לחשש עתידי מהתקשרויות חוזיות אצל מעניקי הזכות ("הנכווה ברותחים נופח בצוננין") ואצל הקוראים בפסקי-הדין הכותרים את הסכמיהם לאורו של פסק-הדין.

פסיקתו זו של שמגר משדרת איתות מרגיע בשל קיומו של סטנדרט המבטיח שמירתה של התנהגות מגשימת אמון, בעוד גישת יתר השופטים אינה נוגעת במישרין בהפרה של ציפיית הצדדים, בהתנהגותם ובאינטראקציה הלגיטימית ביניהם.

(ב) ענין טרוצקי⁷⁸

בפסק-דין זה חלק המערער על הליך בחירתה של נציגות בית משותף. בהצבעה, שהמערער לא נבחר בה, השתתפו דיירים שלא הוצגו מטעמם כתבי-מינוי חתומים כנדרש, למרות קיומו של סעיף בתקנון הבית המשותף שקבע כי שוכרי הדירות רשאים להצביע רק אם יציגו ייפוי-כוח חתומים מאת הבעלים. במשך כל שנות קיומו של הבית התכנסו הדיירים לבחירות, ולא פעם נבחר גם טרוצקי עצמו וסייע ליצירת ציפיות סבירות כי נורמת הצבעה כזו (ללא הצגת כתבי-מינוי חתומים) אפשרית. טרוצקי אף היה חבר בנציגות עובר לקבלת ההחלטה נגדה עתה.

שמגר מייחס משמעות לציפייה בנוגע לחוקיות האסיפות הכלליות בעבר. ציפייה זו נוצרה, בין היתר, בעקבות עמדותיו של המערער ביחס לחוקיות האסיפות הללו, שהוא עצמו נבחר בחלקן. שמגר מודע לעימות שנוצר בין הציפייה ותחושת האמון כלפי המערער, שלא כפר בנהל ההצבעה בעבר, לבין קיומה של ההבטחה הנחרצת המגולמת בתקנון (הנחשב לחוזה):

"השאלה העומדת על הפרק בערעור זה איננה פשוטה. מחד גיסא, ניצבים אנו לכאורה בפני הוראה בתקנון, אשר מנוסחת באופן ברור ונחרץ, ומתווה באופן חד משמעי את הדרך בה יכול מי שאינו בעלים (או בעלים יחיד) בדירה, ליטול חלק באסיפה הכללית של בעלי הדירות בבית המשותף."⁷⁹

שמגר מבכר פנייה לציפייתם האוטנטית של הצדדים, ומכריע כי אימתן תוקף להתנהגותו האפורטוניסטית של טרוצקי (אשר נגזרה מתוצאותיה הלא-מחמיאות של ההצבעה לגביו) עדיפה על אכיפת התקנון, וקובע:

78 לעיל הערה 54.

79 שם, בע' 458.

"אף אם נכונה באופן פורמלי עמדתו של טרוצקי, לפיה יש להחיל את הוראת סעיף 14 לתקנון כלשונה, מושתק טרוצקי מלהעלות טענה זו בפנינו, נוכח העובדה כי הוא הפר חובתו לנהוג בתום לב."⁸⁰

שמגר מדיגיש כי יכול מי שחטא בעבר לחזור בתשובה ולהקפיד על הנהלים החוזיים מכאן ולהבא, אך פה לא חלק המערער, קודם לכינוס האסיפה, על חוקיות הנוהל שננקט באסיפות הקודמות והביא לידי בחירתו בעבר, אלא המתין לראות קודם את תוצאות ההצבעה - "משמע, הוא העלה את עניין כשרות ההצבעה רק בדיעבד, אחרי שלא נבחר".⁸¹

מעניין כי דבריו של שמגר הבליטו בועיר-אנפין את "התורה כולה" בדבר חשיבותו החברתית של רעיון האמון כאשר עסק באופיו ה"קהילתי" של הסכסוך, והדיגיש את העובדה שמערכת יחסי-הגומלין והשכנות, שאנו עוסקים בה, עשויה להימשך שנים לא-מעטות בין השוכנים בצל קורתו של אותו בית משותף והמתקיימים בקרבה פיסית הדוקה, ומשכך, "...אם, ורק אם, יפעלו בעלי הדירות והדיירים, איש כלפי רעהו, בתום לב ובהגינות, יוכל הבית המשותף להתנהל בצורה תקינה, לרווחתם המשותפת של יושביו".⁸²

(ג) עניין הס'⁸³

בפסק-דין זה מתעוררת שאלת שער הדולר שעל הקונים לשלם לפיו בתשלומיהם בעקבות פיחות גדול ופתאומי. בתווה שלא נקב במועדי תשלום, אלא קצב רק תאריך אחרון לתשלום (דבר המאפשר תשלום גם במועד מוקדם מהמועד האחרון), נקבעה תניה: "...הסכומים לפי הסכם זה ישולמו בשקלים לפי השער היציג של הדולר לפי השער בבוקר יום התשלום בפועל, אם שולם התשלום עד השעה 11.00, והשער היציג של אחה"צ אם שולם אחרי 11.00". התשלום הראשון על-פי החוזה שולם על-ידי המערער ערב הפיחות בשעה 17.00, כאשר המוכרים כבר לא יכלו לרכוש דולרים בשקלים שקיבלו כתשלום. בלילה בוצע, באמצעות הודעה רשמית, פיחות בשער השקל בשיעור של 23%, ואז כחר המערער לשלם את התשלום השני בבוקרו של אותו יום, בשעה 10.30, אחרי הפיחות, אך לפני פרסום השער היציג. המוכרים סירבו לקבל תשלום זה בטענה שיש לחשב את שוויים הדולרי של ההמחאות לפי השער היציג שפורסם מאוחר יותר, והמשקף את הפיחות, אף-על-פי שהתשלום נעשה לפני השעה 11.00.

שמגר מפצל את דינם של שני התשלומים. בכל הנוגע בתשלום הראשון קבע שמגר כי

80 שם, בע' 459.

81 שם, שם.

82 שם, בע' 460.

83 לעיל הערה 55.

הצדדים הסכימו על מנגנון תשלום מפורש, שאינו מותנה בנתונים נוספים על אלה המצוינים בהסכם ביניהם, ועל-כן היתה לקונים זכות חוזית להעביר חלק מתמורת ההסכם עד לתאריך מסוים ללא קשר לחשש מביצוע פיחות. החוזה מטיל במצב כזה את הסיכון על המוכרים, ולא על הקונים, שלו היו נשארים לאחר הפיחות עם הסכום השקלי, היו הם מפסידים כתוצאה מאי-שימוש בזכותם החוזית. לפיכך, לנוכח קביעת החוזה ואי-דיעת של הצדדים על הפיחות העומד להתרחש, אין לראות בהפסד שנגרם למוכרים משום ביצוע חיוב שלא בתום-לב.

עם זאת, לגבי התשלום השני, שנעשה לאחר הודעת הפיחות (וכנראה בעטיו...) ולפני פרסומו של השער היציג החדש, שמגר קובע כי הקונים עשו שימוש בזכותם החוזית שלא בתום-לב. בעת התשלום השני ידעו הצדדים כי בוצע בלילה פיחות של 23%, אם כי השער היציג החדש לא פורסם עדיין. לכאורה, ניתן להסיק מקריאת החוזה כפשוטו שהיתה לקונים הזכות לשלם לפי השער היציג הידוע עד השעה 11.00 ביום התשלום, דהיינו, של יום אתמול, שאינו מייצג עדיין את הפיחות, "אולם קיומה של זכות אינו בבחינת סוף פסוק, שכן השימוש בזכות צריך להיעשות בתום-לב ובדרך מקובלת, דבר שלא ניתן לומר לגבי מעשי הקונים בעת ביצוע התשלום השני".⁸⁴

בבוקר שלאחר הפיחות ידעו הצדדים, "ולא יכול להיות אחרת", כי השער היציג שיפורסם לאותו יום ייתן ביטוי מלא לפיחות שבוצע ויהיה שונה באופן משמעותי מהשער של יום אתמול. זוהי ההודעה הקובעת והמכרעת לעניין ציפיותיהם הסבירות וכוונתם של הצדדים, בעוד שההודעה הפורמלית על השער המדויק היתה רק "התרגום המדויק" של הפיחות ובגדר תוצאה נגזרת שאינה מחדשת או משנה:

"במצב דברים כזה, כאשר ברור כי לשער היציג מיום 10 באוקטובר לא יכולה להיות כבר כל משמעות וכל קשר אמיתי לשערי המסחר במט"ח ביום 11 באוקטובר 1983 בין בנק ישראל לבין הבנקים ובין הבנקים לבין קהל הלקוחות, יש לומר כי ביצוע התשלום השני לפי השער היציג ליום 10 באוקטובר 1983 עולה כדי שימוש בזכות חוזית שלא בתום-לב, ובניגוד לכוונתם המשותפת של הצדדים להסכם. הצדדים לא ביקשו להטיל על המוכרים חובה לקבל את תמורת ההסכם, לפי השער היציג שנהג לפני הפיחות, למרות שבוצע הפיחות, בשל הטעם הפורמלי שלא פורסמו ההודעה הפורמלית הנגזרת ונגררת בדבר שער יציג חדש, המבטא את הפיחות."⁸⁵

השופטים מצא ואור מסכימים לתוצאתו של שמגר, אך עוקפים את העימות בין לשון החוזה (המתיישבת לכאורה עם התנהגות המערער) לבין התנהגותו, שהונעה בעקבות סיכון פתאומי ובלתי-צפוי. השופטים מצא ואור משתייתם את החלטתם על חוזה חדש שנכרת בין הצדדים, ולא על עקרון תום-הלב וציפיותם הסבירה של אנשים המצויים מאחורי מסך הבערות החוזי, שהופתעו מעובדת הפיחות וממדיו, ולא היקצו מראש את

84 שם, בע' 38.

85 שם, שם.

זכויותיהם וחובותיהם במקרה זה.⁸⁶ פסיקתם של מצא ואור נושאת אופי "מקומי" ונטולה אפקט תקדימי ביחס להתנהגות ראויה של הצדדים לאינטראקציה החוזית, בעוד פסיקתו של שמגר אינה מאפשרת לצד לחוזה לפעול ולנקוט במעשה הנובע ונשען על נימוק צורני גרידא לצורך הקצאת סיכונים שלא נצפו ולא הוקצו. ככזו, מוסיפה עמדתו של שמגר נדבך נוסף לתרבות עסקית המעוררת ומקדמת אמון בין הבריות. מכל מקום, תוצאת פסק-הדין, ששלוש השופטים הסכימו עליה, הקצתה את סיכוני הפיחות בנסיבות החוזה והעניין בהתאם לציפייה הסבירה ולתחושת האמון של המתקשר החוזי שמאחורי "מסך הבערות".

3. שימוש בעקרון תוס-הלב לשם ביסוס אמון הפרט והציבור ביחסים חוזיים בלתי-שקולים⁸⁷

(א) עניין ישר⁸⁸

חברת ביטוח הבטיחה למשיב כי תנאי הפוליסות שהוציא אצלה, ואשר נמסרו לו לאחר קרות מקרה הביטוח, יהיו זהים לתנאי פוליסות קודמות שהוצאו על-ידי חברה אחרת. לא נאמר למשיב כי תשלום תגמולי הביטוח לפי אחת הפוליסות מותנה בקיום אמצעי מיגון מסוג "ביטכונית". המשיב התקין ביוזמתו אמצעי בטיחות אחרים (מערכת אזעקה ומוט הגה רב-בריח). בתחילה הודיעה חברת הביטוח למשיב כי יקבל את תגמולי הביטוח בהקדם (ועל-כן הוא נטל הלוואה לרכישת משאית חדשה), אך כעבור שלושה חודשים הודיעה חברת הביטוח כי לא תשלם לו מכיוון שלא התקין את אמצעי המיגון הנדרשים בחוזה הביטוח שלו.

לצד התרשמותו של שמגר כי המבוטח הינו אדם פשוט, "לא מתוחכם, איש עבודת כפיים הנותן אמון בוולתו", הוא בוחן את היקף חובת האזהרה שחלה על חברת ביטוח ומעדיף את ציפיותיו הסבירות של המתקשר החוזי במערכת יחסים כזו לקבלת תגמולי הביטוח על ההבטחה הכתובה (השוללת תגמולים אלה):

"אין לראות ביחסים שנוצרים בין החברה המבטחת ללקוח יחסים חוזיים רגילים"

86 בנסיבות העניין, יש בהנמקתם של מצא ואור משום פתח להכפפת צדדים לחוזה להסכמות חדשות מבלי דעת ובאקראי כמעט.

87 מגמה עקבית לזו המפורטת בחלק זה ניתן למצוא גם בע"א 5320/90 ברנוביץ' נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818 (דיני ניירות-ערך) - במקרה זה שמגר מפרש בהרחבה את חובות הגילוי המוטלות על חברות שניירות-הערך שלהן נסחרות בבורסה לניירות-ערך, על בעיית הנציג התאגידית הכרוכה בהן. חובות גילוי ספציפיות אלה מכוח חוק ניירות-ערך ניתנות לסיווג מהותי כמשתייכות למשפחת עקרון תוס-הלב, חובות הגילוי והאמון החוזי בין המשקיעים ה"נחותים" לבין התאגיד הגסתר בבורסה לניירות-ערך ובעלי הכוח בו.

88 לעיל הערה 57.

הנוצרים על פי דיני המכר. קיים הבדל בסיסי בין שני המצבים: באחרון אנו מייחסים לרצון הצדדים גבולות רחבים ביותר, ובהתחקות אחר אומד דעתם בזמן מפגש הרצונות אנו רואים אותם כשווים, כפי שכבר צויין לעיל, לא כך הדבר שעה שמדובר בחוזה שנכרת בין חברת הביטוח ללקוח [וכאן שמגר מדגיש את מאפייני חוזה הביטוח בנושא פני עתיד בו נתפס המבוטח כבעל המידע הרב ביותר באשר לרקע העובדתי הנוגע במושא הביטוח, מהד גיסא, וכוחו של המבטח כלפי המבוטח הנתון לחסדי המבטח עם קרות מקרה הביטוח, מאידך גיסא – ע' ב'...] לא רק שנדרש מן הצדדים שיפעלו בגילוי לב יותר מסוגי חוזים אחרים, אלא גם מקפידים אתם בכל הנוגע לדיוק ולדווקנות בניסוח הדברים וכמובן גם בכיבודם... בשיטתנו אומץ ופוחת עקרון גילוי הלב ההדדי, עוד לפני עיגון דוקטרינת תום לב בחקיקה האורחית... החידוש שנתחדש על ידי המחוקק בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים פתח לצורך ענייננו את הפתח למעבר מתחום גילוי הלב והכנות הסבילים, אל הטלת חביות אופרטיביות... סיכומה של נקודה זו, חברת הביטוח המבקשת לסייג את גבולות חבותה, מחובתה להבטיח שהמבוטח אכן יוכל להיות מודע לסייגים אלו. בין היתר אמור הדבר במקרים שבהם מדובר בתנאים המחייבים את המבוטח לעשיית מעשה, כגון התקנת אמצעי מיגון כלשהו. אין די להתנות את חבות החברה במקום שגרתי כלשהו שבפוליסת הביטוח בין 'האותיות הקטנות' הרגילות.⁸⁹

בהקשר זה שמגר מדגיש את חובת תום-הלב, וחובת הגילוי הנגזרת ממנה כמשליכות על מודעותם וציפייתם הסבירה של הצדדים, וכמיוחד של הצדדים שעוצמתם וידיעתם בלתי-שקולים לאלה של האחרים. דברים אלה מתיישבים גם עם הוראת סעיף 3 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, שעניינה מניעת הבלעה של תנאי או סייג, ובלשונו של שמגר: "תנאי מסייג השזור לתוך טקסט חד-גוני רצוף וצפוף בצורתו, ללא הפרדה ראויה בין הנושאים, אינו יכול לשקף את כוונת המחוקק בסעיף 3 הנ"ל."⁹⁰

(ב) עניין צבאח⁹¹

במקרה זה נידונה השאלה אם קמה לבנק חובת גילוי כלפי המשיבים אשר לוו מהבנק סכומים לצורך רכישת דירותיהם. סכומים אלה נועדו לצורכי רכישת דירות מהחברה הבונה, שלוותה אף היא כסף מהבנק, בעוד הבנק מודע למצבה הכספי הקשה של החברה הבונה. החברה הבונה לא קיימה את התחייבויותיה והתקשתה בפרעון חובותיה למשיבים שהעבירו לה מכספם.

בפתח דבריו שמגר קובע כי חובת הגילוי הינה חובה אלמנטרית הקשורה בזיקה חזקה

89 שם, בע' 764.

90 שם, בע' 770.

91 לעיל הערה 58.

לרעיון האמון ודיני החוזים: "...הגישה הרווחת היא כי חובת גילוי קמה כעניין שבשיגרה בין העומדים להתקשר בחוזה אף ללא התקיימותם של יחסי אמון מיוחדים, אלא מכוח האמון שנוצר בין הצדדים למשאומתן."⁹² [ההדגשה שלי - ע' ב.].

בהמשך שמגר מנמק את גישתו לפיה הפר הבנק המערער את חובת הגילוי, ובמיוחד במערכת הנסיבות החוזית שלפנינו. העובדה כי הפרט רוחש במקרים רבים אמון מיוחד למוסד הבנקאי, מאמין בכישוריו ובאמצעיו הטכניים ורואה בו גוף מעין-ציבורי גורמת לכך שהפרט נוטה לעיתים לא לנקוט אמצעי זהירות לנוכח נזק אפשרי אף אם יש בכוחו לעשות כן. מכוח זה, שמגר מסיק, מוטלות על הבנקים חובות מיוחדות מעבר לאלה המוטלות על צדדים לחוזה רגיל. וכך, שמגר מציין את משמעותו של עקרון תום-הלב ככלי לוויסות רמות גילוי שונות בהתאם לדרגות האמון ורמת הציפייה שבין הצדדים לחוזה הקונקרטי שמדובר בו:

"הבנק חב בחובת גילוי של פרטים מהותיים ללקוחותיו מכוחן של אותן חובות אמון המוטלות עליו, אף מעבר לחובות המוטלות על צדדים לחוזה רגיל, ואולם כשם שהיקפן ורמתן של חובות האמון משתנים ממקרה למקרה ומשירות לשירות, כך גם תכולתה והיקפה של חובת הגילוי משתנים אף הם."⁹³

מעניין לשים-לב לשתי עובדות שבשולי פסק-הדין. ראשית, לזיקה ההדוקה בין דרישת הגילוי שנקראה לתוך עקרון תום-הלב לבין רעיון האמון.⁹⁴ כן שימו-לב לדמיון בין תוצאת פסק-הדין לבין תוצאת פסק-הדין בעניין פנידר.⁹⁵ בשני המקרים אותה, באמצעות עקרון תום-הלב, יריב נוסף בעל כושר פיננסי להחזיר החוב שנוצר על-ידי המתקשר החוזי הישיר, ואשר היפרעות ממנו אינה מעשית.

בעניין האמור, זה המקום לציין כי גם בשני פסקי-דין נוספים (עניין ליפרט⁹⁶ ועניין ציגלר⁹⁷) עמדתו של שמגר ניכרת באופן עקבי במסגרת מערכת היחסים החוזית והטרומ-חוזית של הבנקים עם הפרטים. אף-על-פי שבפסקי-דין אלה לא נעשה שימוש ישיר בעקרון תום-הלב, ניתן להבחין באותו היגיון שיפוטי החותר ליצירת מסגרת של אמון בהנמקתו של שמגר לפרשנותו את החוק הספציפי הנוגע בסוגיית הגילוי במערכת היחסים החוזית בנק-לקוח (חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981⁹⁸).

92 שם, בע' 596.

93 שם, בע' 597.

94 על הקשר בין חובת הגילוי (רכיב משמעותי ביצירת אמון) ועקרון תום-הלב ראו גם ע"א 338/85 שפיגלמן נ' צ'פניק, פ"ד מא(4) 421.

95 לעיל הערה 3.

96 לעיל הערה 59.

97 לעיל הערה 60.

98 חוק צרכני ספציפי שניתן להשקיף עליו כעל קונקרטיזציה של עקרון תום-הלב בתחום היחסים המוסדר בו.

99 בעניין ליפרט דובר באדם שעלה לישראל מצרפת בשנת 1983. באותה שנה פגש שני

אחים, עולים מצרפת גם הם. בעקבות היכרותם, הוא חתם להם, בספטמבר אותה שנה, על ערבות להלוואות שלקחו מהבנק לצורך רכישת דירות שהיו אמורות לשמש כבטוחות להלוואה. הדירות לא נרכשו, והאחים אינם בארץ. השאלה המשפטית הינה תקפותה של עסקת ערבות זו לנוכח אי-הגילוי מצד הבנק כלפי הערב בדבר מסגרת הסיכונים אליה נחשף. במילים אחרות, השאלה הינה תחולת החובות הקבועות בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, על ערב, ואם היתה מוטלת כלל על הבנק-המערער החובה להסביר למשיב את המרכיבים העיקריים של כתב הערבות עליו חתם ואת הסיכונים אליהם נחשף. שמגר, בדעת מיעוט, פוסק כי חוק הבנקאות (שירות ללקוח) חל על מערכת היחסים בין בנק לערב הנכלל לגישתו בדיבור "לקוח", אשר כלפיו מופנות ברגיל הגנות החוק. לאחר שהוא דן במעמד הצדדים לחוזה, במעמדם של הבנקים במערכת החברתית-הכלכלית ובמורכבות החוזים הבנקאיים והקושי בהבנתם, הוא קובע כי המחוקק אימץ בחוק הבנקאות האמור גישת פעולה והתערבות מצד הבנקים כדי שהלקוח יידע את ההתחייבויות שהוא נוטל על עצמו. בהתאם, שמגר מסיק כי "ההצדקה העומדת ביסוד ההסדר החקיקתי הקבוע בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) היא בת תוקף מלא גם כשמדובר ביחסי בנק ערב", שם, בע' 324:

"לטעמי, גישה זו איננה ממצה את מרווח המשמעויות הלשוניות והענייניות אשר ניתן לייחס להגדרת המונח 'לקוח'. על המונח להתפרש הן לפי ההקשר הניסוחי והן לאור התכלית החקיקתית של הגנה על הציבור הבלתי מקצועי והבלתי מנוסה מפני פעולות בנקאיות, שאינן מביאות בחשבון את חוסר הניסיון של 'האדם הקטן'. מן הכלל אל הפרט: אף שאין הערב מקבל לריו את כספי הלוואה, ניתן לראות בו – לנוכח הקשר המשולש הנוצר בין הנושה, החייב והערב בעיסקת ערבות ובשל היותו של נערב על פי רוב חלק חיוני ובלתי נפרד מעיסקת הלוואה – את מי שמקבל שירות מהבנק, ולו בעקיפין... נכונותו של המלווה להלוות כספים ללווה הינה השרות שמקבל הערב... מכאן כי מתן הכסף ללווה כפועל יוצא מן הערבות הוא השירות... אף הבנק מעוניין במתן הלוואה... ובהיעדר הלוואות לא יהיו לבנק למשכנתאות עסקאות, וכלי ערב אין הבנק מוכן בדרך כלל להשלים עיסקת הלוואה... התכלית העיקרית שאותה בא חוק הבנקאות (שירות ללקוח) להשיג הייתה, כאמור לעיל, הגנה על הציבור הבא במגע עם המערכת הבנקאית... ניתוח הטעמים אשר הוליכו להסדר החקיקתי המתואר מוליך למסקנה, כי יש מקום להגן בעזרתו גם על הערב להלוואה הניתנת על-ידי התאגיד הבנקאי." שם, בע' 320-322.

ובהתייחסו לנסיבות המקרה הספציפי, שמגר מדגיש את העובדה כי פקיד הבנק ידע שהמשיב הוא עולה חדש ושליטתו בשפה העברית דלה ביותר. לפיכך, היה על הבנק להסביר לערב את המרכיבים העיקריים בכתב הערבות שעליו חתם. רק הסבר כזה היה עשוי למנוע הטעיית הערב לעניין טיב העסקה, ולהסב את תשומת-ליבו לנתון הבסיסי והחשוב – כי יידרש לפרוע את החוב גם אם הנכס, אשר למימון רכישתו ניתנה הלוואה, לא ישמש כבטוחה להלוואה, ובכך תימנע יכולת הערב להיפרע מן הנכס אף אם שילם את ערבותו. שמגר נותר אומנם במיעוט במקרה זה, אך קריאתו למחוקק לשנות את תחולת החוק ברוח פסיקתו קויימה ומזימה לאחר פסק-הדין. כך גם

(ג) עניין גד¹⁰⁰

המשיבים הגישו לבחינתו של בית-הדין לחוזים אחידים נוסח חוזה מכר של דירות-מגורים המוקמות על-ידם. בין היתר נשאלה השאלה בדבר תקפותו של סעיף בחוזה אחיד המבטל אחריות בשלב הטרום-חוזי, והקובע כי כל ההצהרות וההודעות בעל-פה של ההנהלה ועובדי הקבלן לא יחייבוהו.

שמגר קובע כי סעיף כזה אינו תקף. אומנם, בדרישה להחלפת מסמכים כתובים בין הצדדים יש כדי לתרום לוודאות הקשר החוזי ביניהם, אך אין בכך כדי להצדיק שלילת עילות בנויקין ועילות אחרות בנוגע לשלב הטרום-חוזי (דוגמת סעיפים 12 ו-15 לחוק החוזים, התשל"ג-1973). במילים אחרות, שמגר קובע כי אמון הינו ערך עליון, ועליו להישמר אף בעת המשא-ומתן בעל-פה. עולה מהלכה זו שהצדדים אינם יכולים, מבחינה נורמטיבית, להתנות ביניהם כי האינטראקציה החוזית מנותקת מעקרונות האמון, ולהתעלם למעשה מציפיותיו הסבירות של המתקשר החוזי אף אם נוצרו עקב מצגים בעל-פה (שהרי לשם מה ניתנו, אם לא לצורך יצירת ציפיות?). יש לזכור כי הלכה זו מוצדקת שבעתיים בהתחשב בעובדה כי עסקינן בחוזה אחיד וביחסי תלות ונחיתות אינהרנטיים.

בעניין ציגלר, לעיל הערה 60. בעניין זה צבר לקוחו של הבנק המערער יתרת חובה כחשבונו. הלקוח התבקש להביא ערבים ופנה על-כן לגיסו, המשיב, שיערוב לו, וזאת מבלי לספר לו על מצב החשבון. פקיד הבנק אמר למשיב כי המדובר בערבות לחשבון חדש שגיסו עומד לפתוח. משלא נפרע החוב, הגיש הבנק המערער תביעה נגד החייב והערבים. גם פה נשאלת השאלה אם הפר הבנק את חובת הגילוי שלו כלפי ערב לחשבון לקוחו של הבנק. אף-על-פי שחוק הבנקאות (שרות ללקוח) הורחב במפורש על-ידי המחוקק בעקבות ההלכה בעניין ליפרט והוחל גם על ערב ללקוח התאגיד הבנקאי, האירוע הנוכחי התרחש לפני תיקון החוק. לפיכך, שמגר חוזר על עמדתו בעניין ליפרט (כאשר השופטת שטרסברג-כהן מצטרפת לעמדתו), וקובע כי המונח "לקוח" שבחוק הבנקאות (שרות ללקוח), תשמ"א-1981, חל במהותו גם על ערב, וזאת בשם רעיון האמון בין הבנק לפרטים הבאים עימו במגע חוזי:

"יש ללמוד על תכלית הערבות ואיפיונה כשרות, מתוך הסתכלות על מערך משולב, בחיי המשק והכלכלה, של 'טול לי ואטול לך', במובן המופשט והרחב של מושג זה... מי שמתייצב בבנק, לדרישת הבנק, כדי להיות חלק מהותי מעיסקה שבין הבנק לבין לווה, ומי שהבנק מטפל במעמד זה בהחמתו ובהסברת מהות התחייבותו, הוא, לטעמי, במעמד של לקוח. כאשר דובר בחובות הבנק במתן הסבר וגילוי מידע, הכוונה היתה גם ללקוח מסוג זה, שהבנק נזקק לו ואשר מצדו נזקק לבנק כדי לאפשר ללווה את עיסקה ההלוואה". שם, בע' 392.

במילים אחרות, אמון הציבור בבנקים חובק אף את אלה הבאים עימם במגע חוזי עקיף, ובהתאמה, המונח "לקוח" מפורש בהרחבה לגישתו של שמגר.

100 לעיל הערה 61.

4. הדגמת הזיקה בין עקרון תום-הלב, דיני החוזים ורעיון האמון באמצעות יישומים טיפוסיים של עקרון תום-הלב בפסיקתו של שמגר (חתירה לכנות, לאי-ניצול היסח-הדעת, לגילוי ולהענקת פיצויים על ציפייה שנכזבה)

נוסף לפסקי-הדין שהובאו לעיל, המבטאים באופן מובהק את הסינתזה ששמגר עורך בין דיני החוזים לבין רעיון האמון באמצעות עקרון תום-הלב, ואת התייחסותו ובחינתו את התנהגות הצדדים לקשר החוזי, יובאו להלן פסקי-דין נוספים בהם יישם שמגר את עקרון תום-הלב. הדיון בפסקי-דין אלה פוצל והופרד מהדיון לעיל אך ורק מטעמים של נוחיות ויעילות הקריאה לאלה המעדיפים את המסר המתומצת יותר. עם זאת, המסר העולה מפסקי-הדין שלהלן הינו אותו מסר. החלוקה שנבחרה בדיון זה מביאה בנפרד את פסקי-הדין בהם עשה שמגר שימוש בעקרון תום-הלב בשלב הטרם-חוזי, ובנפרד את אלה בהם הוא עושה בעיקרון זה שימוש בשלב החוזי:

(א) עקרון תום-הלב במסגרת הטרם-חוזית¹⁰¹

(1) עניין ס.ג.פ.¹⁰²

המערערת הראשונה עסקה ברכישת מקרקעין ביהודה ושומרון על-מנת למכורם למינהל מקרקעי ישראל. משהתגלה פער מהותי בין הנתונים הראשוניים שמסרו המערערים לגבי החלקות המוצעות למכירה לבין הנתונים כפי שנודעו לאחר בדיקה, הודיעו גורמי מינהל מקרקעי ישראל למערערים שהם מנתקים את המגע עימם ואינם מוכנים עוד לעשות עימם עסקות כלשהן. האם הופרה בנסיבות העניין חובת תום-הלב בשלב המשא-ומתן?

שמגר קובע כי אמון פגוע בשלב המשא-ומתן מצדיק נסיגה ממנו אף אם אין הצדקה אובייקטיבית לאי-כריתת חוזה. מקביעה זו עולה כי אמון הינו רכיב אימננטי ליחס החוזי והטרם-חוזי. עם זאת ראוי לציין את הדגשתו כי תום-לב אין פירושו נועם הליכות וגמישות האופי, דהיינו, אין בהכרח קשר בין אמון לבין התנהגות נעימה וותרנית.

(2) עניין קסלר¹⁰³

המשיבה התיימרה למכור למערערים דירה שלא היתה שייכת לה ולא היתה

101 לדוגמאות נוספות ששמגר מגן בהן על ציפיותיהם הסבירות של הצדדים בשלב הטרם-חוזי, הגם שלא על-ידי שימוש בעקרון תום-הלב, ראו ע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט, פ"ד מז(1) 357 (היעדר גמירות-דעת); וע"א 783/83 קפלן נ' נובורוצקי, פ"ד לח(3) 477 (שימוש בדוקטרינות מתחום דיני הנזיקין להגנת הציפיות והאמון שניתן בשלב הטרם-חוזי).

102 ע"א 251/84 חברת ס.ג.פ. להשקעות בע"מ נ' מ"י, פ"ד לט(2) 463 (להלן: עניין ס.ג.פ.).

103 ע"א 49/83 קסלר נ' מאירוב, פ"ד מא(2) 547 (להלן: עניין קסלר). פסקי-דין זה שימש

חופשית משעבוד כפי שטענה. אחרי שסברו המערערים כי רכשו את הנכס, התברר להם כי לא רכשו מאום, ועליהם לנקוט בזריוות בצעדים שיבטיחו את כספם.

שמגר הכיר בנוקים הלא-מונניים - חרדה, חשדנות ותסכול מצד המערערים שנגרמו בשל התנהגות המשיבה בשלב המשא-ומתן - כמקימים זכות לפיצוי:
 "החרדה, האכזבה וההתרוצצות הנובעות, בדרך הטבע, מגילוי כאמור, והטיפולים והבירורים המתחייבים בעקבות אירוע כאמור, כאשר הצד הנוגע בדבר חושש, כדרך הטבע, לגורל כספו ונתקל בקשיים בהשבתו ובהבטחת זכויותיו, הם גורמים ישירים לעוגמת נפש. איני רואה, מדוע לא יזכה אדם, שסבל מאירוע כאמור, לפיצויים על האכזבה, החששות, הרוגז והתסכול שנגרמו לו, במסגרת התשתית המשפטית שנוצרה בסעיף 13 לחוק התרופות [והמוחל גם על פיצויים מכוח סעיף 12 לחוק החוזים - ע' ב'].¹⁰⁴

לצורך הגנה על רעיון האמון, די בפגיעה בציפייה הפסיכולוגית ובמה שנובע ממנה. במילים אחרות, רעיון האמון נטוע בתחושה פסיכולוגית - ציפייה - שפגיעה בה, אף ללא פגיעה ברכיב ממוני הצמוד לה, מצדיקה פיצוי.

(3) עניין כהן¹⁰⁵

בפסק-דין זה הוסתרה העובדה שהמשיב הראשון היה נטול סמכות למכור את הנכס.

גם פה קבע שמגר כי פעולה כזו מהווה פגיעה בחובה לנהל משא-ומתן בתום-לב, והיא מצדיקה פיצוי בגין בזבוז הזמן והמאמץ שנגרמו עקב הזמנת האמון בעת המשא-ומתן:
 "...במקרה שלפני, נזקם של התובעים הוא נזק הנובע מניהול המו"מ ע"י סמעאן [המשיב הראשון - ע' ב'] שלא בתום-לב, ולא הנזק שנבע מן החוזה שלא נכרת. נזק זה הוא נזק שאינו נזק ממוני, כאמור בסעיף 13 לחוק התרופות, היינו, נזק הנובע מאכזבת ציפיותם של התובעים להיטיב את עסקם ע"י העברתו לחיפה. את הפיצוי בגין נזק זה יש לקבוע על-פי אומדנה ואקבע אותו, לפי מיטב שיקולי, בהתחשב בכך שהתובעים לא רק נכזבו בתחלתם להעביר את עסקם לחיפה, אלא גם בזבוז זמן ומאמץ כדי לנהל את המשא-ומתן עם סמעאן וכדי לגסות, אחרי חתימת זכרון הדברים, לשכנע את סלים הנ"ל ואת אחיו להסכים למכירה."¹⁰⁶

אחת האסמכתאות לחלוציות בהטלת פיצויים עונשיים במשפט הישראלי בדב"ע 129/1-3 פלוטקין - אחים אייזנברג בע"מ (טרם פורסם, ניתן ביום 8/9/97) בע' 25.

104 שם, בע' 552.

105 ע"א 82/85 כהן נ' כורי, פ"ד מא(2) 778 (להלן: עניין כהן).

106 שם, בע' 781-782.

שוב, אכזבה שגרם אי-מימוש הציפייה די בה להצדיק הענקת פיצוי. בכך יש לחדד את ההגנה על רעיון האמון כשלעצמו.

(4) עניין פסקל¹⁰⁷

המערערים רכשו מהמשיבים דירה, וטענו כי הוטעו על-ידי המשיבים שלא גילו להם כי כמחציתה נבנתה שלא כדין.

שמגר קובע כי מכוח ציפייתו הסבירה של המתקשר החוזי, מתחייב גילויי בנסיבות כאלה (אלא שבנסיבות העניין נקבע כי המוכרים עמדו בנטל זה):

"לדידי, לא יכול להיות ספק בכך שמי שמוכר דירה אשר בחלקה נבנתה ללא רשיון, חייב לגלות עובדה זאת לכל קונה בכוח בעת ניהול המשא ומתן. מובן שגם חובת תום הלב מחייבת זאת. המדובר על עובדה מהותית השוקלת בעיניו של כל אדם סביר ואשר חשיבותה רבה לא רק לצורך קביעת המחיר, אלא לצורך קבלת מידע בסיסי על זכויותיו של הקונה בדירה שהוא רוכש. הרי מי שרוכש דירה אשר חלקה נבנה ללא רשיון מקבל על עצמו סיכון רב משמעות... נמצא איפוא, שמי שרוכש דירה אשר בחלקה נבנתה שלא כדין, שם לפחות מקצת כספו על קרן הצבי,"¹⁰⁸

(5) עניין דליה תל אביב¹⁰⁹

בעניין זה פנה המשיב, מתווך במקצועו, ביוזמתו, למערערת כשאלה אם היא מוכנה להשכיר את המלון שבבעלותה לשגרירות הקנדית. לאחר-מכן תבע ממנה דמי-תיווך בעבור שירות התיווך שנתן לה. השאלה שנשאלה היתה אם התנהגות מעורפלת, שכוונתה מוסתרת, יכולה לכרוך את הזולת ביחסים חוזיים.

שמגר מסיק כי לא נקשר כלל קשר חוזי בין המתווך למשכירה, וקובע כי צד המעוניין לחייב את רעהו, אך חושש כי גילויו כוונתו עלול לסכן עסקה, לא יוכל להיכנות מכך: "החויב הכספי אינו צריך לצמוח בהיחבא ולהפתיע את הנוגע בדבר לאחר מעשה. מי שמבקש לייצג את שני הצדדים, צריך לומר זאת מפורשות. במקום להסתיר את כוונתו או לערפלה ולגלותה רק לקראת סוף המשא ומתן, בחלקו השני, צריך היה לאפשר למערערת לדעת מראש, מהי עמדתו ומהן דרישותיו; ואם חשש לגילויי כוונתו בשלב ההתחלתי, שמא תסרב המערערת לדרישתו, אינו יכול להיכנות לאחר מעשה משתיקתם של כל הנוגעים בדבר. כאמור כבר, יכולות להיווצר נסיבות, בהן תילמד הסכמתו של בעל הדבר השני מהתנהגותו, גם אם המתווך לא

107 ע"א 3745/92 פסקל נ' מזרחי, פ"ד מח(2) 359 (להלן: עניין פסקל).

108 שם, בע' 361.

109 ר"ע 628/83 דליה תל אביב בע"מ נ' שפירא, פ"ד לח(3) 462 (להלן: עניין דליה תל אביב).

אמר דבר, אך אין הנחה של הסכמה, ומי שמבקש להבטיח זכויותיו אינו יכול להסתיר את כוונתו. משא ומתן חייב להתנהל בגילוי לב ובהגינות. זהו הרעיון, שהובע בסעיף 12... והסתרת הכוונה תוצאתה – במקרה דנן – העדר ראייה, שיש בה כדי לתמוך בגירסתו של המשיב.¹¹⁰

הטעם מאחורי גישה זו מוסבר ברצון להגשים את ציפיותיהם של המתקשרים החוזיים בפועל ובכוח. אם תוכר צורת פנייה המנצלת חוסר מודעות והיסחידעת, כמכפיפה לחיובים חוזיים, ינותק הקשר בין המוסד החוזי לבין רעיון הציפייה הסבירה. למותר לציין כי יהיה בכך כדי לפגוע בתחושת האמון החברתית וביצירת השדנות הרדית.

(6) עניין זמרן¹¹¹

קונה הצהיר כלפי הקבלן: "כל התנאים אשר בחוזה קויימו על ידכם, ואין לי כל תביעה נוספת ביחס לדירה הנ"ל." האם הצהרה זו מהווה ויתור על תביעת הקונה בגין איחור בן חמישה חודשים וחצי במסירת הדירה, וזאת בשעה שבחווה יש תניה הקובעת מפורשות כי איחור של מאה ועשרים יום לא יחשב להפרה?

גם כאן אין שמגר נותן תוקף לחוזה "ויתור" שהושג בהיסחידעת ולא במפורש, ומעדיף את כיבוד ההבטחה המקורית (המאפשרת איחור מרבי של מאה ועשרים יום במסירת דירה):¹¹²

"...סבורני כי נסיונה של המערערת לטעון לויתור מצד המשיבה על טענת תביעה ביחס לאיחור כה ניכר במסירת החוקה בדירה, כאשר בהסכם המכר הובהר להם כי אך תקופת איחור בת 120 יום איננה בת תביעה, לוקה מבחינת ההגיונות העסקית והיושר בין הצדדים לחוזה (וראה: סעיף 6 לחוק המכר...)"¹¹³

110 שם, בע' 469.

111 ע"א 769/86 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' זמרן, פ"ד מב(3) 581 (להלן: עניין זמרן).

112 המבחן אינו פורמלי, אלא מהותי: מה היתה ציפייתם הסבירה של הצדדים? כך, ראינו בעניין טרוצקי, לעיל גוף המאמר מול הערת-שוליים 78, כיצד שמגר מדגיש את ציפיותיהם הסבירות של הצדדים, אם כי במקרה שם היו הציפיות הסבירות אלה שנוצרו בעקבות התנהגותם המאוחרת של הצדדים לחוזה, ולא בעקבות החוזה המקורי. בעניין טרוצקי ניסה צד לחוזה להתגבר לפרקטיקה הסותרת את החוזה אף-על-פי שהוא התנהג על-פיה בעבר, ועל-כן הוכפף להתנהגותו זו למרות סתירתה את החוזה המפורש. התנהגותו זו, ולא החוזה המקורי, הלמה את ציפיית הצדדים המעורבים.

113 שם, בע' 587.

(7) עניין מייזליש¹¹⁴

בפסק-דין זה דובר בהסכם בלעדיות בין עורך-דין לבין מועצה מקומית לתקופה של שנתיים, עם אפשרות הארכה.

יחסי אמון מיוחדים מעוררים ציפייה סבירה מצד המתקשר החוזי לגילוי תנאים בלתי-סבירים בחוזה. פסק-הדין לא דן אומנם ישירות בעקרון תום-הלב, אלא בביטוי כמופיע בסעיף ה"הטעיה" החוזי, אך מהווה דוגמא נוספת להתערבות בתוכן ההבטחה החוזית בשם רעיון האמון וציפיית הצדדים.

שמגר קובע כי בחוזה בין עורך-דין ללקוחו נוצרים יחסי אמון מיוחדים. משכך, על עורך-הדין, אשר צומחת לו טובת-הנאה מהתקשרות זו, חובת הראיה כי תנאי החוזה הוגנים וסבירים. זאת ועוד, על עורך-הדין חלה בנסיבות אלה חובה לגילוי מראש של כל הנתונים ללקוחו. בחוזה זה, הצגת תנאים כספיים בלתי-סבירים כתנאים המקובלים ביחסי פרקליט ולקוחו יש בה משום הטעיה ואי-גילוי האמת המתחייב בנסיבות כגון אלה.

(8) עניין זילברמן¹¹⁵

בפסק-דין זה נידונה שאלת התוקף של עסקות שנעשו בין פושט-רגל ונושה בתקופה שבין מתן צו כינוס נכסים לפי פקודת פשיטת רגל (נוסח חדש) לבין יום ההכרזה על פשיטת-רגל. הנאמן ביקש להכריז על החוזה, שנכנס לתוקפו יום לאחר מתן צו הכינוס, כבטל, תוך ניסיון ליהנות משני העולמות: מחד גיסא, להכריז על החוזה כבטל באופן שייזכה אותו בהשבת כספים מהמערער, ומאידך גיסא, להימנע מחיובו להשיב את הסכומים שקיבל החייב מהמערער, "דוגמת ביטול והשבה חד-צדדיים". לכאורה אין בפקודת פשיטת-רגל הוראה המגינה על המתקשר עם החייב בתקופה שבין צו הכינוס לצו ההכרזה על פשיטת-רגל.

שמגר קבע כי תביעה מסוג זה אינה אפשרית, שכן ההסכם גרם להעברת סכומי כסף ניכרים לחשבון החייב, ומכאן גם לקופת הנאמנות למען כל הנושים. כך, אם תתקבל תביעת הנאמן, יימצא שהנושים בכללותם, והנאמן כמייצגם, יזכו כתוצאה מהחוזה בטובת-הנאה שלא כדין:

"בקשת הנאמן להורות כי מפירות החוזה ייגנה רק צד אחד – היא קופת הנאמנות – באופן שהנושה יחוייב בהשבה חד צדדית, גם איננה עולה בקנה אחד עם חובתו של הנאמן לנהוג ביושר ובהגינות... ואף לא עם דרישת תום הלב, כפי שבאה לידי ביטוי במשפט הישראלי.¹¹⁶"

114 ע"א 733/75 מייזליש, עו"ד נ' עירית קרית שמונה, פ"ד (3) 57 (להלן: עניין מייזליש).

115 ע"א 1656/90 זילברמן נ' הנאמן בפשיטת רגל לנכסי החייב חיים גושן, פ"ד מו(3) 854 (להלן: עניין זילברמן).

116 שפ, בע' 861.

בין היתר שמגר מדגיש את ציפיות המערער לנוכח העובדה שההסכם בין החייב והמערער נחתם יום לאחר צו הכינוס. החייב חתם על ההסכם וידע על צו הכינוס, אך בחר לא לגלות זאת למערער. אומנם המערער היה יכול לגלות מידע זה בעצמו, "אולם לאור סמיכות המועדים, העובדה שהמידע היה בידיו של החייב, והעובדה שידע כי המערער איננו מודע לו, עולה אי הגילוי כדי פעולה שלא בתום לב, או אף הטעיה. אם כך הוא, זכאי המערער לבטל את החוזה מכת סעיפים 12 או 15 לחוק החוזים".¹¹⁷

(ב) עקרון תום-הלב במסגרת החוזית

(1) עניין וינוגרד¹¹⁸

בעניין זה התחייב המשיב למכור למערערים דירה תמורת סכום מסוים צמוד לשיעור עלייתו של מדד המחירים לצרכן. מאחר שבינתיים פחת השקל, ביקש המשיב פיצוי על ההפרשים בשער הדולר. המערערים הסכימו על תוספת מסוימת, ואז נחתם הסכם שני, זהה לראשון, שכלל הוראה כי התשלומים יהיו צמודים למדד "הידוע ביום חתימת חוזה זה". שעות אחדות אחרי החתימה הבין המשיב כי נוסחת ההצמדה בחוזה השני מפחיתה את מחיר הדירה שנקבע בהסכם הראשון, ובו הוצמד המחיר למדד הידוע ב"יום חתימתו".

זו דוגמא נוספת לחתירתו של שמגר למניעת הישג בדרך של ניצול היסתי-הדעת והעדפת הציפיות האמיתיות של הצדדים. משהוכח כי לא רק שלא היתה כוונה משותפת להפחית את המחיר שנקבע לדירה בהסכם הראשון, אלא המשיב ניסה כל העת להעלות את המחיר, הוברר שקביעתה של הוראת ההצמדה על-ידי המערער כחלה מיום חתימת חוזה זה, דהיינו, החוזה השני, היא לכל הפחות טעות שאירעה לקראת הכנת ההסכם השני. לפיכך נתן שמגר תוקף להבטחה ההולמת את ציפיהם הסבירה של הצדדים לחוזה, ולא ללשונו המפורשת של החוזה:

"ואולם עמידתו של וינוגרד על המילה הכתובה בהמשך הדרך, לאחר שנתבררה הטעות (כפי שצויין, גילה ידיו את הדבר מספר שעות לאחר החתימה על ההסכם השני), מהווה פעולה הנגועה בחוסר תום לב... אנו באים לצקת את התוכן הראוי להסכמת הצדדים, כביטוייה הכתוב... מלאכת הפירוש נועדה לברר את כוונתם האמיתית של הצדדים לחוזה. התחקות אחר כוונה זו, תוך השתחררות מעול

117 שם, בע' 856. השוו דעה מרחיבה זו לעניין סעיף 12 לחוק החוזים, התשל"ג-1973, לדעתו המוקדמת של שמגר בע"א 440/75 זנדבנק נ' דנציגר, פ"ד (2) 260, שם קבע כי אין בעקרון תום-הלב כדי להביא לידי ביטול החוזה.

118 ע"א 1395/91 וינוגרד נ' ידיד, פ"ד מ(3) 793 (להלן: עניין וינוגרד). לדוגמא נוספת לפרשנות חוזה לפי ציפיותיהם הסבירות של הצדדים ואימתן תוקף לנסיונות למחטפים, הפתעות ופעולות חד-צדדיות, ראו הנמקתו של שמגר בע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק, פ"ד מ(3) 169.

הפירוש המילולי, עולה בקנה אחד עם עיקרון תום הלב... עיקרון תום הלב מחייב, כי במקרה שבפנינו תעשה הצמדת המחיר למדד חודש אוגוסט 1988, כפי שהוסכם על ידי בעלי החוזה מדעת ומדעיקרא. זו היתה הכוונה המקורית ולא ניתן ללמוד מן הנסיבות כי היתה כוונה והסכמה מפורשים – או אף מכללא – לשנותה. לפיכך, יש לקרוא את המילים 'ביום חתימת חוזה זה' לא כמפנות ליום 11.1.89, כי אם למועד בו הסכימו הצדדים מעיקרו על עריכת עיסקת המכר וערכו הסכם שלדי...¹¹⁹

(2) עניין אמאץ אמקור¹²⁰

המערערת והמשיבה התקשרו בהסכם להתקנת מערכות חימום מים סולריות במלון שעמדה המשיבה להקים באשקלון. המשיבה הגישה תביעה בגין תקלות במערכת החימום שהתאפיינו בהספקה בלתי-סדירה של המים החמים, נזילות, פיצוצים, רטיבות בקירות והתפוצצויות שנבעו מעליית החום ל-120 מעלות. המערערת התגוננה בטענה שהמשיבה לא הפנתה את תשומת-ליבה לכך שהצנרת עשויה מחומר פלסטי הרגיש לטמפרטורות גבוהות.

שמגר מדגיש את זיקתו של עקרון תום-הלב לציפיית הצדדים והשימוש בו להקצאת סיכונים, בהתאם לעמדות הצדדים, בנוגע לעניינים שהינם תוצאה טבעית של ההסכם אף אם לא הוסדרו בו במפורש:

"גם אם אין לשונו המפורשת של ההסכם מורה על אחריות מקיפה של המערערת להתאמת המערכת לנסיבות ולתנאי השטח בו הותקנה, הרי שהחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב קובעת... טבעם של חוזי קבלנות מחייב במידת הצורך שינוי והתאמה לנסיבות חיצוניות. ההתאמה תעשה בהתחשב בעמדותיהם של שני הצדדים. כאשר קיימת סטייה מהותית מההסכם הראשוני ידרש מפגש רצונות חדש על-פי עמדותם ביחס לחיוב העולה מן השינוי, אך שעה שמדובר בשינוי שהוא תוצאה טבעית לנשוא ההסכם יש לראות את עקרון תום הלב כחובק בתוכו את החובה לקיים את ההסכם בהתאם לשינוי."¹²¹ [ההדגשות שלי – ע' ב.].

לפיכך קובע שמגר כי מכוח חובת תום-הלב, על המערערת מוטל הנטל למלא את התחייבותה כפי שציפו ממנה, דהיינו, באופן שיבטיח תפקוד שוטף של המערכת ויאפשר למשיבה לתפעל את בית-המלון למען המבקרים בו. שמגר מתבונן על העסקה ונסיבותיה כעל מכלול, ומסיק מכך על הציפייה הסבירה ועל האמון שניתן במערערת כמעניקת השירות שהציעה:

119 שם, בע' 800.

120 ע"א 5818/90 אמאץ אמקור בע"מ נ' נירגו בע"מ, תק"על (3)95 (382 (להלן: עניין אמאץ אמקור).

121 שם, פסקה 7.

"קבלן סביר, הגובה שכרו גם בעבור תכנון והתאמת המערכת לצרכי הלקוח, חייב לבדוק ולבחון את התנאים הקיימים באותו מקום אליו מיועד המוצר. אין הוא יכול לספק מוצר סטנדרטי, שאמור להשתלב במכלול של מנגנון מערכתי, כאשר שירותיו נשכרו לתכנון וביצוע של הפרוייקט, ולטעון שבכך תמה אחריותו. התעלמות מנתונים כגון היקף הצריכה ודפוסיה, גודל המבנה וחלוקתו והתשתית הקיימת במקום, הינה בבחינת עשיית עבודה רשלנית שעלולה אף להזיק יותר מלהועיל,"¹²²

(3) עניין פזגו¹²³

במשך שנים מספר העניקה המערערת שירותים המוטלים על המשיבות מכוח החוזה ביניהן, ואז ביקשה הראשונה לחזור להסדר החוזי המקורי. השאלה שנשאלה במקרה זה היא אם התקיימו כאן נסיבות המשקפות כוונה לסטות מהוראות החוזה המקורי?

בפסק־דין זה מושתתת החלטתו של שמגר על הציפייה הסבירה שנוצרה אצל הצדדים מכוח התנהגותם והחוזה שביניהם. התנהגות המערערת לא יצרה אומנם, בנסיבות העניין, ציפייה סבירה להסכמה מחודשת ושונה מזו המקורית, אך יצרה נורמות מעדנות המסייגות את יכולתה המיידית של המערערת לשוב להסכמה החוזית המקורית. שמגר קבע כי לצורך המסקנה כי ציפיותיהם הסבירות של הצדדים לחוזה שונו נדרש קיומו של דפוס התנהגות מתמשך ששני הצדדים שותפים לו, להבדיל מהתנהגויות אקראיות:

"עקביותם הפנימית של דיני החוזים מחייבת כי המסקנה שהוראה חוזית שונתה או בוטלה תושתת על בסיס מוצק וברור, לא פחות מזה הנדרש לשם הסקת עצם קיום היחס החוזי בין הצדדים. גם הצורך במערכת יחסים יציבה וניתנת לחיזוי מראש על ידי הצדדים, מחייב כי לא בנקל יוסק מהתנהגותם של הצדדים הרצון בשינוי של החוזה ביניהם, ודברים אלו נכונים מקל וחומר כשמדובר בחוזה שלא נקצב לו זמן, ואשר מעצם טיבו הוא חוזה לתקופה ארוכה, כבענייננו."¹²⁴

עם זאת, מכיוון שגם ההסדר המיטיב, השונה מהקבוע בחוזה המקורי, יוצר ציפיות כלשהן בלב הצדדים, הפעלת זכות הנסיגה מהסדר זה כפופה לסייגים הנובעים ממהות הקשר ביניהם. בין הצדדים לחוזה מסוג החוזים שנידונו כאן (חוזי הפצה) נוצרים קשרים של "אמון הדדי", המחייבים כל צד להתחשב בצד האחר ולהימנע מלפעול באופן העלול לפגוע במי מהם. מכך גזר שמגר את חובתה של "פזגו" להודיע זמן סביר מראש על כוונתה להפסיק את ההסדר המיטיב, דהיינו, את הסדר החלוקה הקיים.

122 שם, פסקה 8.

123 ע"א 4956/90 פזגו חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ, תק-על (2)92 (2411) (להלן: עניין פזגו).

124 שם, פסקה 8.

נוסף על כך, שמגר מוצא לנכון להדגיש גם את המימד התועלתני למעוררת כתוצאה מהתנהגותה הנובעת מרעיון האמון:

"הודעה כזו תשרת לא רק את האינטרס של הסוכנים, בהם גוב"ש, אשר יוכלו להתארגן בצורה מסודרת לקראת השינוי, אלא גם את אינטרס פזגו עצמה, אשר יש לה ענין בכך שהשירות שיקבלו לקוחותיה לא ייפגע משינויים בהסדרים בינה ובין סוכניה. מובן, כי בתקופת הביניים בין משלוח הודעה כזו ובין המועד בו מיועד ההסדר הקיים לפוג, יחול ההסדר הקודם."¹²⁵

(4) עניין Credit Lyonnais¹²⁶

המבקשת תבעה עיכוב הליכים בתביעה שהגישה המשיבה הראשונה. המבקשת טענה לפני בית-המשפט, מחד גיסא, כי אינה כלל צד לשטר המטען שעליו נסמכה התביעה, ומאידך גיסא, כי בין תנאי שטר המטען נכלל הסכם להעביר בירור מחלוקות למסגרת של הליך בורות.

שמגר דן במשמעות טענותיה הסותרות של המבקשת, הטוענת, מצד אחד, כי אינה צד לחוזה (ועל-כן גם לא חלה עליה תניית הבוררות), ומצד אחר, כי יש לעכב ההליכים לפני בית-המשפט לאור כוונת הצדדים להפנות מחלוקות ביניהם לבוררות:

"טענתה [של המבקשת - ע' ב'] כי לא היתה כלל צד לשטר המטען היא אמנם טענת הגנה. אולם מאחר שאין המבקשת גורסת שטענתה היא טענת סרק בלבד, הרי קבלת בקשתה לעיכוב הליכים לא הייתה גורמת אלא לברכה לבטלה. אין היגיון ואין כנות בהעלאת בקשה לעיכוב הליכים לשם קיום בורות כאשר כוונתו של הצד המבקש היא להביא לידי כך שהוא לא יהיה צד בבוררות. משמע, הבקשה לעיכוב ההליכים לא נועדה להפסקת ההליך כדי לקיים בורות, אלא להפסקת הליך כדי שלא תידון התביעה נגד המבקשת בת"א 477/93, וגם לא תקוים בורות שהמבקשת צד לה. מי שמבקש עיכוב הליכים לשם קיום בורות חייב לשאוף בתום-לב לכך שהמחלוקת שנדונה בתובענה שאת עיכובה בבית המשפט הוא מבקש, תידון בבוררות. בקשה שמטרתה למנוע כל דיון במקום כלשהו, קרי לא בבית המשפט ולא בבוררות, היא שימוש בהוראה משפטית שלא למטרתה. במילים אחרות, סעיף 6 הנ"ל [לחוק הבוררות - ע' ב'] מדבר על 'סכסוך שהוסכם למסרו לבוררות'. כאן מדובר, מבחינת המבקשת, על סכסוך שלא הוסכם למסרו לבוררות (לפי טענתה); מה לה אפוא שתפנה לסעיף 6 הנ"ל?"¹²⁷ [ההדגשה שלי - ע' ב']

125 שם, פסקה 10.

126 רע"א 1407/94 Credit Lyonnais v Mediterranean Shipping Co. S.A., Suisse S.A., פ"ד מח(5) 122 (להלן: עניין Credit Lyonnais).

127 שם, בע' 127.

השופט שטרסברג-כהן מסתפקת בניתוח חווי שגרתי, שאינו נתמך במניע של צד לחוזה ובתוצאות מעשיו, אלא במשמעותה המשפטית של טענתו. לגישה, אם צד כופר ביריבותו החוזה, ממילא אין לפני בית-המשפט הסכם בין הצדדים המחייב הפניה לבוררות.

גם השופט חשין מעדיף לא להיזקק לעקרון תום-הלב (הגם, ואולי מפני, שיש אמת בטענה כי בעקרון תום-הלב "גנוזה כל התורה כולה"), ומסיק כי בנסיבות המקרה הסכימו הצדדים כי הוראת הבוררות אינה מחייבת אותם - מעין הצעה וקיבול חדשים העולים מתכתובות והודעות בין הצדדים.¹²⁸

(5) עניין עמר¹²⁹

הערעור נסב, בין היתר, על שאלת חבותם של המערערים בתשלום דמי-הסכמה למשיב, ואם לצורך חישוב דמי-ההסכמה יש לשערך את ערך הקרקע ליום ההעברה.

שמגר מנע את המשיב מלקבל דמי-ההסכמה כשהם מבוססים על עלייה גומינלית, ולא ריאלית, בערך הכסף, וטעמו:

"הערכת סכום דמי ההסכמה לפי השוואת ערך המקרקעין בין יום תחילת החכירה לסיומה, בלי להביא בחשבון את השינויים שחלו בערך הכסף, היא בגדר התעלמות מנתוני אמת ובגדר קיום חוזה שלא בתום-לב כנדרש בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. יש בכך ניצול הירידה הריאלית בערך המטבע כדי להיתפס לנתונים מספריים פורמאליים, שמשמעותם השתנתה, כדי לדרוש תשלום, המופרו בשיעורו."¹³⁰

פסק-דין זה מדגיש שוב את השימוש ששמגר עושה בעקרון תום-הלב ככלי להיצמדות לנתוני אמת ולהגנת ציפיותם של הצדדים לחוזה המקורי, כמו גם ציפיותם של קוראי

128 ובמלותיו: "כשאני לעצמי, אעדיף להשתית החלטתי על הוראות אלו שהבאנו מחוק הבוררות ומן האמנה שנבלעה בו, ושלא להידרש לדוקטרינת תום הלב כדרכו של בית משפט קמא. דוקטרינת תום הלב - באשר היא, ולעצמה - יוצרת היא מרחב התפרסות רחב מני רחב, ובדרך הטבע עשויה היא אף לעורר מחלוקת חכמים. דוקטרינת תום הלב - ודומה לה דוקטרינת המניעות - לא נוכל בלעדי השתיים, וכבודן מלא עולם. על דוקטרינת תום הלב תיבנה שיטת משפט, והאומר כי בה גנוזה כל התורה כולה - וכי איך פירושה הוא - לא ירחק מן האמת. ואולם דווקא מטעם זה, ובהיות דוקטרינת תום הלב מה שהיא, דומני כי ראוי שנדרש לה רק במקום שכלים של יום יום לא יצלתו ביננו. כפי שראינו, כלי מלאכה של חול מזומנים לנו, ולדעתי ראוי כי נידרש להם בראש ובראשונה." שם, בע' 131-132.

129 ע"א 118/83 עמר נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לט(1) 693 (להלן: עניין עמר).

130 שם, בע' 699.

פסקי-הדין המצויים מאחורי מסך הבערות, מהמוסד החוזי. במקרה זה, כמו בעניין הס ועניין ג'רבי, ניסיון פעיל, הנסמך על לשונו הפורמלית של החוזה, לגריפת יתרון בלתי-צפוי על-ידי צד אחד נתפס כמעשה מפתיע, מאכזב ומערער אמון.

(6) עניין קלייר¹³¹

בעניין זה התחייבו המערערים למכור למשיבים דירה בתשלומים אחדים בדולרים שישולמו לפי השער היציג "כיום התשלום". לגבי התשלום השני נקבע כי הוא ישולם ביום ו, ולא יאוחר מיום א שלאחריו. ביום ו לא בוצע התשלום, וביום א לא הסכימו המערערים לקבל את התשלום בטענה שבאותו יום התכנסה הממשלה לשיבת חירום שמדיניות שער החליפין היתה צפויה להשתנות בו. המשיבים עמדו על תשלום לפי השער היציג של יום ו, בעוד המערערים תובעים את השער של יום ב, ששיקף פחות של 20% בשער הדולר. אף-על-פי שהמשיבים נקטו בכל האמצעים הדרושים על-מנת לבצע את התשלום ביום א בשעה שהבנקים היו פתוחים (מגעים טלפוניים, משלוח שיק לכתובת המערער ולבסוף נסיעה ועשיית מאמצים לפוגשו), נמנע המערער מפגישה במכוון, תוך הודעה על סירובו לקבל את התשלום על-פי תנאי החוזה.

שמגר קובע כי אין בעמידתם של המשיבים על זכותם החוזית לשלם ביום א לפי השער היציג של יום ו משום הפרה של מצוות סעיף 39 לחוק החוזים. בעניין זה, להבדיל מעניין הס,¹³² תאריך החיוב היה קבוע וצפוי מראש. אומנם, הצדדים לא פיתחו כל ציפייה בנוגע לאפשרות התקיימותו של פחות ומיקום הסיכון בגינו, אך במבנה הסכמי כגון זה שלפנינו, להבדיל מעניין הס, נסיונו של החייב לשלם את הכסף לא נבעה מהאירוע המפתיע, אלא מחיובו החוזי המפורש (שהיה מופר לולא מומש ביום א). במצב דברים כזה, התנהגותו של מקבל הכסף היא זו שמנסה לגרוף את היתרון כתוצאה מאירוע הפיחות הבלתי-צפוי. נוסף על כך, שמגר מדגיש את יכולתם של מקבלי הכסף למנוע את הנזק שנגרם להם לו היו מפקידים את התשלום בבנק באותו יום.¹³³

"ציינתי בעבר, כי עקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) בא להורות על קיומו וביצועו של חיוב מחיובי החוזה בדרך עשיית הישר והטוב ומתוך רצון לקיים את כוונתם של הצדדים לחוזה לפי רוחו של החיוב ולא רק לפי אותיותיו הטכניות והפורמאליות... אולם עמידה בגלוי ובהגינות על זכות

131 ע"א 539/86 קליר נ' אלעד, פ"ד מג(1) 602 (להלן: עניין קליר).

132 לעיל הערה 55.

133 שמגר מציין כי קביעה זו, המטילה על המערערים, ולא על המשיבים, את נטל השמירה על ערך הכסף באמצעות הפקדתו בבנק, נתמכת גם בטעמי היגיון מעשי. למערערים היתה עדיפות מבחינת יכולתם להצמיד את ערך הכסף ולהשאירו בתוכנית החיסכון מבלי לגלגלו הלאה (כפי שהיו המשיבים צריכים לעשות ביום המתרת לצורכי התשלום המובטח), ומבלי שהיו סופגים דמי פדיון מבוזבזים.

המוקנית בחוזה אין בה כדי להצביע על העדר תום לב. זכותם של המשיבים היתה, שיכובד ההסדר החוזי עליו הסכימו הצדדים; ואף אם נוצרו נסיבות, שהיה בהן כדי להביא להפסד כספי למערערים, אין בכך כשלעצמו כדי לחייב את המשיבים לסגת מזכותם זו. אגב, לולא עמדו על זכויותיהם, היו המשיבים בגדר מפסידים, ואין ללמוד מן הטיעון שלפנינו, שהמערער היה רואה מקום במקרה כזה לסגת מקיום התניות המיטיבות עמו.¹³⁴ [ההדגשה שלי - ע' ב.].

(7) עניין שפירא¹³⁵

ביום 14/2/90 התברר למשיבים כי הנכס שמכרו המערערים אינו רשום על-שם האחרונים, משום שהאדם שמכר להם את הנכס התאבד. מחמת עובדה זו עוכב התשלום על-פי החוזה. ביום 20/5/90 הועבר הרישום על-שם המערערים, וביום 8/6/90 המציאו המערערים אישור למשיבים על גרירתה ושחרורה של המשכנתא מהדירה, דבר שאיפשר למשיבים לרשום משכנתא משלהם על הדירה. משלא עמדו המשיבים בתשלומים בפרקי-הזמן שהיו קצובים בחוזה המקורי, הודיעו המערערים על ביטול ההסכם.

שמגר קובע כי השימוש בזכות לבטל את החוזה כפופה אף היא לחובת תום-הלב הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים, ומציין כי התנהגותם של המערערים היתה קצרת-דעות ולא-הדרתית, לעומת התייחסותם המבינה של המשיבים כאשר חל עיכוב ברישום הדירה על-שם המערערים, מה עוד שעיכוב זה גרם למשיבים איחור בקבלת התלוואה שנוקקו לה לצורך רכישת הדירה:

"עמידתם של המערערים על פרק הזמן שנקבע בחוזה המקורי וביטול החוזה ביום 26.7.90 - אינה מוצדקת בעיקר לנוכח העובדה שהחוזה המקורי לא קויים במועד בעטיים. היו אלה המערערים אשר עיכבו את המשך ביצוע החוזה בתקופה של למעלה משלושה חודשים. המשיבים אכן הסכימו לכך, אך לא היה מקום שהמערערים יקפידו על ביצוע התשלומים במועדים המקוריים, לאחר שיהיו כה גדול בביצוע החוזה שנגרם בגללם. קוצר הרוח שגילו המערערים ביחס למשיבים אינו מתיישב עם מידת תום הלב שנדרשה מהם במיוחד לנוכח מידת המתנות והסבלנות שגילו המשיבים כלפיהם, כשהמתינו פרק זמן ארוך ביותר עד לרישום הזכויות בדירה על שם המערערים. סיכומו של דבר, בנסיבות העניין שבפנינו, עיכוב נוסף של כשלושה שבועות בהשלמת תשלום המחיר לא הצדיק ביטול ההסכם על ידי המערערים, כפי שקבעה הערכאה הראשונה."¹³⁶

134 לעיל הערה 131, בע' 614-615.

135 ע"א 4377/91 שפירא נ' פאר, תק"על 93(3) 1284 (להלן: עניין שפירא).

136 שם, בע' 1286.

(8) עניין סיטין¹³⁷

בעניין זה הסתלק אחיו של המערער מחלקו בעזבון אימו המנוחה לטובת המערער. אשת האח, שבינה לאח מתנהלים הליכי גירושין, הגישה התנגדות להסתלקות זו. השאלה המשפטית היא יכולתו של האח להסתלק מהירושה?

במקרה זה מודגמת עמדתו של שמגר לעניין תחולתו הרחבה של רעיון האמון גם בין

137 ע"א 4372/91 סיטין נ' סיטין, פ"ד מט(2) 120 (להלן: עניין סיטין). התופעה של התחשבות גם בציפיותיהם של צדדים זרים לחוזה מודגמת בפסקי-דין נוספים של שמגר. גם בע"א 48/81 פומרנץ נ' ק.ד.ש. בנין והשקעות בע"מ, פ"ד לח(2) 813, שמגר מתחשב, הגם שבאופן מובלע, בעניינם וציפיותם הסבירה של צדדים שלישיים (במסגרת בתינת סעיפי העסקות הנוגדות). שמגר, שהיה במקרה זה במיעוט, איון באופן מורגש (הגם שלא מפורש) בין משמעות התנהגותו, מחזליו וציפיותיו של בעל ההתחייבות הראשונה בזמן עם ציפיותיו של בעל ההתחייבות המאוחרת, אף-על-פי שלא היה קשור עימו בקשר חוזי. למעשה, ואף ללא פנייה לסעיפי תום-הלב, שלל שמגר את תחולת סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, כפרשנותה בד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253, כאשר העניק את הבכורה לזכותו החוזית של בעל ההתחייבות החוזית המאוחרת. במקרה זה השתהה בעל ההתחייבות הראשונה בזמן במימוש זכותו, ולא נתן הודעה פומבית, כצו-מניעה, לגבי ויקתו לנכס. בשל התנהגותו זו לא נמנעה הסתמכותו של המתקשר החוזי השני בזמן על "נקיונו" של הנכס הנמכר. בכך ראה שמגר חוסר צדק, המסייג אכיפה, כמשמעות הביטוי בסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, כלפי המוכר. עם זאת, ניתן להטיל ספק עד כמה פסיקתו זו של שמגר אכן התעלמה מהאיוון בין ציפיותיהם של שני הצדדים, שלא היו קשורים ביניהם בקשר חוזי, מאחר שכל חוסר צדק לא נגרם למוכר-הקבלן שאמור להיות אדיש לשאלה איוון מבין זכויותיו החוזיות תיאכף ועל איוון מביניהן ייחשף "אך" לתביעת פיצויים. נראה כי הכרעתו הנובעת מהשוואת הפגיעה בציפיותיהם הסבירות והתנהגויותיהם של מכלול הצדדים המעורבים. לפיכך, ניתן להשקיף על פסקי-דין זה כפסקי-דין שהקדים והכשיר את הקרקע לפסיקה המחוזית העדכנית השוללת עדיפותו של הראשון בזמן לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, בשל חוסר תום-ליבו. ראו, לאחרונה, ע"פ (ת"א) בהן חמדה נ' בנק ירושלים לפתוח ולמשכנתאות בע"מ (השופט זפט, ניתן ביום 25/6/97); וה"פ 2041/95 מאיר מירב נ' מאיר עצמון (השופט קלינג, ניתן ביום 10/7/97). ראו גם ע"א 141/80 גפני נ' מאירוב, פ"ד לה(3) 813, בו שמגר מתייחס לציפיותיו של צד זר לחוזה כאשר הוא דן באפשרות "החייאתו" של חוזה באמצעות סעיף 31 לחוק החוזים, התשל"ג-1973, וקובע כי בשאלה האמורה יש להתחשב גם במצוקתו של צד שלישי שעלול להיפגע מקיום החוזה. כן ראו ע"א 813/85 נחשון נ' שי, פ"ד מב(1) 340, פסקי-דין מתחום דיני הקניין, בו שמגר מכיר בציפיותיהם של צדדים זרים לחוזה באמצעות יצירת יחס משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לרוכשי הדירות מכוהה של התחייבותו של הראשון כלפי קבלן לרשום הערת-אזהרה על מקרקעיו.

צדדים שאינם קשורים בקשר חווי ביניהם (המערער ואשת אחיו). באמצעות עקרון תום-הלב החווי, שמגר מונע שימוש בכלי החווי לצורך פגיעה בציפיותיהם הסבירות של צדדים העשויים להיות מושפעים מהפעולה המשפטית החווי, ובכך מפגין את העדפת רעיון האמון על מעמדו של המוסד החווי במובנו הצר. שמגר שולל את האפשרות לעשות שימוש במוסד החווי לצורך פגיעה בציפיותיהם הסבירות של האנשים, בבחינת תרתי דסתרי. שמגר דוחה תחולתם של סעיפים 30 (הקובע את בטלותו של חוזה בלתי-חוקי, בלתי-מוסרי או הנוגד את תקנת-הציבור) ו-13 (הקובע את בטלותו של חוזה למראית-עין) לחוק החוים, התשל"ג-1973, על המקרה הנידון, מיישם את עקרון תום-הלב וקובע: "לדידי, האכסניה הראויה יותר לבחינת תוקפה של הסתלקות מירושה במסגרת המשפט הפרטי הינה דרישת תום הלב המופיעה בסעיף 39 לחוק החוים (חלק כללי) והמותלת על הסוגיה שלפנינו מכוח סעיף 61 לחוק זה. תום הלב הוא העיקרון המשווה בצורה המאוזנת ביותר בין זכותו הפרסונאלית של אדם שלא ליטול חלק ברכוש 'שהונחת' עליו לפתע עקב פטירת קרוב משפחתו, לבין זכויותיהם של צדדים סמוכים לו התובעים את מחויבותיו כלפיהם. עיקרון זה אינו תובע אלטרואיזם, אלא אמות מידה הוגנות וסבירות ביחסים שבין אנשים... לצורך תחימתו של העיקרון במקרה דנא יש לבחון אם קיימת דרך מקובלת ונאותה להסתלקות בלא להתיר משקע קשה על הנושים שבפתח. אבן הבוחן לשלילת תום-לבו של אביטל הינה, האם השימוש בזכות ההסתלקות נעשתה על-מנת לסכל את זכויות אשתו (והנושה בן-צבי שפרש מהמירוץ עקב ההסכם עם המערער), או מטעם ריאלי אחר. בעת שהסתלק אביטל מירושתו היה זה ברור כי אינו מסוגל לפרוע את חובותיו לנושיו בלא שיעזר בנכסים הכלולים בתלקו בירושת אמו. בהתאם לכך, משמעותה המיידית והברורה כשמש של ההסתלקות הינה מניעת זכויות אשתו כנושה. הדרך להברחת הנכסים מידי הנושים הולבשה בכסות חוקית, מתוך סברה כי בדרך פורמאלית זו ניתן יהא לפעול בחסות החוק. התמורה שניתנה בעבור ההסתלקות הייתה סימולציה בלבד ולא היוותה את מרכז הכובד בשיקולי ההסתלקות. בנסיבות אלו, ההפתחה מיכולת המימוש של הנושים אגב הסתלקות הינה בניגוד לחובת הקיום בתום-לב ושלא בדרך מקובלת - ועל-כן ניתן לבטלה."¹³⁸

ד. סוף-דבר

במאמר זה מובאת הטענה כי רעיון האמון משמש באופן דסקרפטיבי ופרספקטיבי כרעיון ההצדקה הבסיסי ותיאוריית-העל הניצבת במרום הפירמידה ומקרינה על דיני החוים בכללותם (ואולי על המשפט כולו), על עקרון תום-הלב שבו. תוך אימוץ הגדרת האמון כיכולתו של הפרט לצפות באופן סביר ומוצדק התנהגות מצד זולתו, הודגשה

138 שם, בע' 131-132.

הזיקה בין רעיון האמון לבין מטרתם המקובלת של דיני החוזים בכללותם.¹³⁹ זיהויה, כיום, של ההצדקה לדיני החוזים במסגרת חוקי־סוד: כבוד האדם והירותו מהדדת אף היא את האינטראקציה בין רעיון האמון והכבוד ההדדי לכין דיני החוזים. בהתאם, מאמר זה מתרכז בסינתזה המזהה את עקרון תום־הלב כחלק מתוך שלם, ומצדיק התערבות משפטית משלימה ומתקנת באמצעות עקרון תום־הלב – כאשר ההגנה החוזית הקונונציונלית נכשלת בכך – להגשמתה של אווירת אמון; דהיינו, ביצורה של תרבות אנושית, חברתית ועסקית שמתאפשרות בה יצירתן והגשמתן של ציפיות סבירות ויכולת הסתמכות על התנהגות הולת.

לצד החלק התיאורטי, הסתייע המאמר בחלק יישומי, המציע קריאה אינדוקטיבית של פסקי־הדין בהם יישם הנשיא שמגר את עקרון תום־הלב. קריאה שיטתית של פסקי־דינו של הנשיא שמגר מדגימה את הטענה כי עקרון תום־הלב הינו עיקרון אינטגרלי לדיני החוזים, הניתן לשימוש עקבי וצפוי ככלי משלים לשמירה על אמון והגנה על ציפיותם הסבירה של הצדדים – כמו גם ציבור הקוראים של פסקי־הדין המצויים מאחורי מסך הבערות והכורתים הסכמיהם לאורו של הדין – בשלב האינטראקציה החוזית או הטרומ־חוזית. הנשיא שמגר מצליח לעשות שימוש עקבי ויציב כזה בעקרון תום־הלב בזכות נטייתו הדומיננטית לחשוף ולבסס את ציפיותם הסבירה של הצדדים והציבור, ובאמצעות שיפוטו הנסמך על שכל־ישר וראייה אנושית (מלשון Humane) ונטולת התחכמות של התנהגותיהם וציפיותיהם הסבירות והמוצדקות של הצדדים.

בחתירה כזו ליצירתה וביסוסה של אווירת אמון, בין באמצעות דיני החוזים הקונונציונליים ובין באמצעות עקרון תום־הלב, מושגים מאליהם היעדים הקיומיים של מיסוד תרבות חברתית וכלכלית ודאית ויציבה וביסוס היכולת לשתף־פעולה. באותה נשימה, ובמידה לא פחותה של חשיבות, גם התרבות האנושית, מימוש האוטונומיה של הפרט והכבוד ההדדי מוגשמים ומשתבחים בכך.

139 כך, בין היתר, הגנתם של דיני החוזים על אינטרס הציפייה, וכמיוחד באמצעות סעד האכיפה, מבטאת את ההכרה כי הגשמת הציפייה הנוסדת בעקבות ההבטחה הגלומה בחוזה נותנת ברגיל לאמון את ביטויו המובהק ביותר. ראו הדיון בתת־חלק השני, בחלקו השני של המאמר.

