

רעיון האמון הבין-אישי ומודל "משולש הציפיות" בדיני החוזים – דיני החוזה הפסול, דיני תום-הלב ודיני כריתת החוזה כמקרי-מבחן

מאת

עלי בוקשפן*

"בכל הנוגע לשיקולים של אמון, הגינות, תום לב ומסחר הוגן... הדין הכללי נמצא אך בתחילת התפתחותו."¹

מאמר זה בא לבסס את התזה שלפיה רעיון האמון הבין-אישי מצדיק, מסביר ומתאר את דיני החוזים, במיוחד בעידן המודרני. ההתייחסות המקובלת לאדם המקיים הסכמים שהוא התחייב בהם, אף כאשר אין לו עוד רצון בקיום ההסכם, היא בראש ובראשונה כאל "אדם אמין". כבר באפיון ספונטני זה יש כדי להמחיש עד כמה החוזה, כמנגנון בסיסי לשיתוף-פעולה, להחלפת הבטחות ולמימוש הציפיות שנוצרות בעקבותיהן, משמש מוסד משפטי רב עוצמה להבניית תרבות של אמון בין-אישי.

המאמר אינו מסתפק בביסוסה העיוני של התזה האמורה, אלא גם מדגים באמצעות דוקטרינות מרכזיות בדיני החוזים – דיני תקנת הציבור, דיני תום-הלב ודיני כריתת החוזה – כי רעיון האמון, הקשור בטבורו למושג הציפייה, מוגשם בדיני החוזים הלכה למעשה על-ידי קידום ציפיותיהם המצויות של הצדדים הישירים לחוזה, כמו-גם אלה הרצויות (ציפיות "הציבור"), דהיינו, "משולש הציפיות".

לטענת המאמר, התזה האמורה צובעת בצבעים מדויקים יותר את הצדקתם ותיאורם של דיני החוזים בהשוואה לתזה ההולכת ונחלשת של אוטונומיית הרצון וחופש החוזים הנגזר ממנה. יתר על כן, בביסוסו של רעיון האמון הבין-אישי על-ידי דיני החוזים, המגינים על

* מרצה בכיר, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודות למאיה בורסי ולמערכת כתבי-העת משפט ועסקים על סיועה בהבאת מאמר זה לדפוס.
1 הנשיא ברק בע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 877 (2000).

ציפיותיהם של הצדדים ושל הציבור, יש כדי לתרום במישרין ליציבות, לוודאות וליכולת ההסתמכות של אדם על רעהו ועל המוסד החוזי בכללותו.

הקדמה. פרק א: ירידת קרנה של תורת הרצון ועלייתו של רעיון האמון הבין-אישי, ומודל "משולש הציפיות" בדיני החוזים; 1. כמה הרהורים על מונחי-יסוד בדיני החוזים – "רצון", "הבטחה", "ציפייה" ו"אמון בין-אישי" – ועל יחסי-הגומלין ביניהם; 2. על רעיון האמון הבין-אישי ועל זיקתו לדיני החוזים; 3. על מודל "משולש הציפיות" והקשר שלו לרעיון האמון הבין-אישי. פרק ב: דיני החוזה הפסול ודיני תום-הלב בראי משולש הציפיות; 1. כללי; 2. המבחן האובייקטיבי לכריתת חוזה; 3. כריתת חוזה באמצעות "מפגש רצונות" לא-סימולטני; 4. האפשרות לבטל את כריתת החוזה באמצעות דיני הטעות וההטעיה; 5. מבחן הכוונה ליצור יחסים משפטיים. אחרית-דבר.

הקדמה

מאמר זה בא לבסס את התזה שלפיה רעיון האמון הבין-אישי הוא הרעיון החברתי המרכזי העומד כיום ביסודם של דיני החוזים, וכי הוא אשר מסביר ומצדיק בצורה עקיבה את מגמת פסיקותיו של בית-המשפט העליון בתחומם של דיני החוזים.

הטענה האמורה אינה טריוויאלית, מאחר שבאופן מסורתי היה נהוג למקד את ההצדקה לדיני החוזים באוטונומיית הרצון הפרטי, ולהדגיש פחות את רעיון הציפייה והאמון הבין-אישי. הדיון במאמר יתמקד בטענה כי רעיון האמון הבין-אישי מתאר ומסביר את דיני החוזים באופן עקיב ומשכנע יותר מהרעיון של אוטונומיית הרצון – גם בעבר אך במיוחד כיום, עם "נפילתם" של דיני החוזים הקלסיים המבוססים על רצון הצדדים.² זאת ועוד, ברעיון האמון הבין-אישי כרעיון-על של דיני החוזים גלומים יתרונות נורמטיביים, חברתיים, כלכליים ואנושיים, ויש בו כדי להסביר את התמורה החברתית המתפתחת בדיני החוזים ולהלום אותה בצורה עקיבה הרבה יותר מתורת הרצון הקלסית.³

הפרק הראשון למאמר יבסס את הטענה האמורה וידגים אותו באמצעות מודל מקורי שיכונה "משולש הציפיות". מודל זה – הקושר בין רעיון הציפייה הנובעת מההבטחה החוזית לבין רעיון האמון הבין-אישי – מדגיש את מהותו ההדדית והחברתית של המוסד

2 ראו, למשל, את הסקירה על דיני החוזים בפרק הראשון בספרו של ג'יימס גורדלי: JAMES GORDLEY, THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES 3 (Peter Cane & Mark V. Tushnet eds., 2003).

3 להרחבת נקודה זו, כמו גם להרחבת יתר הנקודות במאמר זה ראו עלי בוקשפן המהפכה החברתית במשפט העסקי (2007).

החוזי, אשר מערב שני צדדים לפחות ומשפיע על תכלית חברתית נרחבת הנוגעת גם בציבור בכללותו. אכן, עיון שיטתי בדוקטרינות החוזיות – דוגמת דיני המשא-ומתן לקראת כריתתו של החוזה, דיני ההצעה והקיבול, דיני הפגמים בכריתת החוזה, דיני החוזה הפסול, הדינים העוסקים בתוכן החוזה ואלה המסדירים את הסעדים בגין הפרתו – מעלה כי אלה מתעניינות לא רק בנבטח וברצונו, אלא גם ברצונות ובעיפיות של הצד האחר ושל הציבור, אשר עד להבטחות החוזיות וניזון תדיר מיחסו של המשפט אליהן. לפיכך אספקלריה "תלת-ממדית" המתחשבת בציפיות הצדדים הישירים לחוזה, כמו-גם בציפיית הציבור החי לאורו של המשפט, הולמת – הן מבחינת המשפט הרצוי אך גם מבחינת זה המצוי – את האינטראקציה החוזית ואת היחס הבין-אישי היוצר אותה. מבחן "משולש הציפיות" הוא מבחן פשוט המנבא בצורה הטובה ביותר את התוצאה שאליה יגיע בית-המשפט במחלוקת החוזית. זאת ועוד, מבחן זה, על נדבכו השלישי העוסק בציפיות הציבור, מסייע בתיאום ציפיות ומספק הסבר הרמוני להכפפתם המזדמנת של דיני החוזים למבחינים אובייקטיביים ולעקרונות-יסוד חברתיים הנחזים כרלוונטיים לאינטראקציה החוזית. בכך המודל האמור פועל גם להבנייתן של ציפיות בין-אישיות רצויות בשיטת המשפט, ומספק הבנה נוספת ביחס לזיקתם ההדוקה של דיני החוזים למגמת ה"ציבוריזציה של המשפט הפרטי", שעיקרה – במיוחד בדיני החוזים – המיזוג בין חירויות הפרט לבין הגשמת חירותם וציפיותיהם של הזולת והחברה.⁴

המשך המאמר יוקדש להמחשת הטענה באמצעות עיון בדוקטרינות החוזיות העוסקות בדיני החוזה הפסול ובדיני תום-הלב (הפרק השני) וכן בדיני כריתת החוזה (הפרק השלישי). דוקטרינות אלה, על ביטוייהן בפסיקת בית-המשפט העליון, ישמשו מקרי-מבחן לבדיקת הלימותו של המודל המתאם בין ציפיותיהם של שלושת הגורמים המעורבים בהליך החוזי – הציפייה של הנבטח, הציפייה של המבטיח והציפייה של הציבור למימוש של קשר חוזי ספציפי.

המאמר ייחתם בכמה מילות סיכום.

פרק א: ירידת קרנה של תורת הרצון ועלייתו של רעיון האמון הבין-אישי, ומודל "משולש הציפיות" בדיני החוזים

האינטראקציה החוזית – בהיותה כה בסיסית, שכחה ומגוונת – נוגעת בערכים חברתיים במידה רבה עד כדי כך שניתן להבין את הפיתוי לייחס לה אחריות לשמירתם ולביסוסם של

4 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000).

ערכים חברתיים.⁵ בעידן שבו מתרחבת ההכרה באחריות החברתית של כלל המרכיבים של השיטה המשפטית, ובכלל זה גם ביחסיהם הבין-אישיים,⁶ יש לזהות ולהצדיק במדויק את תכליתם של דיני החוזים ואת התיאוריה שבבסיסם.⁷ דברים אלה תקפים ביתר שאת לנוכח "נפילתם" של דיני החוזים הקלסיים המבוססים על רצון הצדדים.⁸ נראה כי לא ימצא מי שיחלוק, ולו במובן הדסקריפטיבי, על כך שתורת הרצון הקלסית ממשיכה לאבד מכוחה בהתמודדות קוהרנטית עם דיני החוזים המודרניים, שעליהם נאמר זה כבר כי הם "אינם מגבילים את עצמם להסדרת התקשרויות רצוניות בין יחידים, אלא עוסקים במערכות יחסים נרחבות ומורכבות הרבה יותר של אינטראקציות כלכליות, חברתיות וציבוריות, שקיום רבות מהן כלל אינו מבוסס על חופש הבחירה החוזי במשמעותו הקלאסית".⁹ לא בכדי נמנע סעיף 1 להצעת חוק דיני ממונות,¹⁰ העוסק בתכליות החוק, מלהזכיר במישרין את אוטונומיית הרצון, אף שהוא מתייחס, בין היתר, להגנתן של ציפיות והסתמכויות ראויות של הצדדים. אדרבה, התכלית של "הגנה על ציפיות והסתמכות

5 השוו: Melvin A. Eisenberg, *The Emergence of Dynamic Contract Law*, 88 CAL. L. REV. 1743, 1753 (2000): "In contrast to the formal reasoning of classical contract law, modern contract law reasoning is substantive. That is, modern contract law seeks to justify doctrines on the basis of social propositions. Of course, doctrines have a role to play in substantive legal reasoning, but that is because of the social values that underlie doctrinal stability, not because doctrines are either self-evident or established by deduction".

6 ראו עניין קסטנבאום ועניין רקנט, לעיל ה"ש 4.

7 בצדק ציין GORDLEY (לעיל ה"ש 2, בעמ' 18) כי טרם נמצאה תיאוריה מוסכמת לדיני החוזים המחליפה את התיאוריה הקלסית, שפיתוחה מיוחס לסוף המאה התשע-עשרה ולתחילת המאה העשרים. חיבור זה מציע את רעיון האמון כתיאוריה מאחדת לדיני החוזים.

8 ראו שם; Andrew Robertson, *The Limits of Voluntariness in Contract*, 29 MELB. U. L. REV. 179 (2005); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 69–80 (1991).

9 מתוך דבריו של השופט מצא בע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נז(6) 769, 787–788 (2003): "...ההבנה שהתגבשה בעידן המודרני [היא] כי דיני החוזים שוב אינם מגבילים את עצמם להסדרת התקשרויות רצוניות בין יחידים, אלא עוסקים במערכות יחסים נרחבות ומורכבות הרבה יותר של אינטראקציות כלכליות, חברתיות וציבוריות, שקיום רבות מהן כלל אינו מבוסס על חופש הבחירה החוזי במשמעותו הקלאסית. כאלה, בין היתר, הן מערכות היחסים החוזיות שמקיימים גופים כלכליים עתירי כוח – כמו בנקים, חברות ביטוח ותאגידי ענק למיניהם – עם המוני הנזקקים לשירותיהם... הבנה זו היא העומדת גם ביסוד המגמה הגורסת כי במקרים המתאימים לכך ראוי לבחון את תוקפו המחייב של החוזה, לא רק בעזרת המבחן הסובייקטיבי (רצונו החופשי של המתקשר), אלא גם – ולעתים בעיקר – בעזרת מבחן אובייקטיבי, היינו סבירות והוגנות תנאיו של החוזה".

10 ס' 1 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 595, 712. להלן: "הצעת חוק דיני ממונות".

רעיון האמון הבין-אישי ומודל "משולש הציפיות" בדיני החוזים – דיני החוזה הפסול, דיני תום-הלב ודיני כריתת החוזה כמקרי-מבחן

ראויות [ולאו דווקא מצויות – ע' ב'] של הצדדים" מתיישבת יותר עם רעיון האמון הבין-אישי שבבסיס מאמר זה, האוצר בחובו מעלות אנושיות, חברתיות, מוסריות, פסיכולוגיות ותועלתניות בסיסיות ומקדמיות אף לתורת הרצון. לצורך הבהרת ההתמרה הנטענת מתורת הרצון לעברו של רעיון האמון הבין-אישי, אשר עומד, כטענת המאמר, בתשתיתם של דיני החוזים המודרניים, מן הראוי לייחד דיון מקדמי אשר יגדיר וימפה כמה מונחי-יסוד, ביניהם "רצון", "הבטחה", "ציפייה" ו"אמון בין-אישי".

1. כמה הרורים על מונחי-יסוד בדיני החוזים – "רצון", "הבטחה", "ציפייה" ו"אמון בין-אישי" – ועל יחסי-הגומלין ביניהם

מבט על מאפייניו הבסיסיים של החוזה הטיפוסי מגלה כי כבר ביסודו של זה מצויים הדדיות, יחסי-גומלין, הבטחות רצוניות, ציפיות, יחס בין-אישי¹¹ (אף אם לרוב ענייני ושטחי) וצורך בשיתוף-פעולה.¹² אכן, הצדקות וערכים רבים נעוצים באפיונים בסיסיים

11 למעשה, כל חוזה יוצר או משקף סוג של יחס. ראו את דבריו הנכוחים של איזנברג: "[V]irtually all contracts either create or reflect relationships. Discrete contracts – contracts that are not relational – are almost as imaginary as unicorns. A contract to build something as simple as a fence creates a relationship. A contract to sell almost any commercial product is likely to either create or reflect a relationship." Melvin A. Eisenberg, *Why There is no Law of Relational Contracts*, 94 *Nw U. L. Rev.* 805, 816 (2000). ראו גם: Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, 72 *Nw. U. L. Rev.* 854, 901 (1978); CHARLES FRIED, *CONTRACT AS PROMISE – A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION* 45 (1981): "Promises – and therefore contracts – are fundamentally relational; one person must make the promise to another, and the second person must accept it"; Daniel Markovits, *Contract and Collaboration*, 113 *YALE L.J.* 1417 (2004).

12 על קיומם של מאפיינים אלה ניתן להסיק במפורש ובמשתמע מהסעיפים הפותחים הן את חוק החוזים הישראלי והן את הריסטייטמנט השני בדיני החוזים. ראו ס' 1 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 120 (להלן: חוק החוזים): "חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה"; ס' 2: "פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסויימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה; הפניה יכול שתהיה לציבור"; ס' 5: "הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע ומעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה". אף מבלי שנייחס למונח "חברו" בס' 2 משמעות פיוטית, עולה מסעיפים אלה כי יצירת החוזה מובנית על גישה הדדית ובין-אישית. על ההבטחה הגלומה בחוזה ניתן ללמוד מהריסטייטמנט השני בדיני חוזים: ("contract defined") § 1 (1981) *RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS*.

אלה, אולם את רובם המכריע ניתן לתמצת ברעיון האמון הבין-אישי, הקשור בטבורו לציפיות של הצדדים המעורבים בהליך החוזי.¹³ רעיון האמון הבין-אישי יונק ממימד הציפייה – כרעיון מעודן ומופשט הקודם אף לרעיון ההסתמכות¹⁴ – הנובע מהיחס ומההבטחה הרצונית הטמונה בחוזה. כפי שניתן לשמוע לאחרונה גם בסעיף הראשון להצעת חוק דיני ממונות,¹⁵ ניתן לומר כי המשפט בכללותו,¹⁶ ולא רק דיני החוזים, עוסק

- “A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy...” על דרישת ההדדיות במשפט האמריקאי ניתן ללמוד מדרישת התמורה ומרעיון ה-bargain שבבסיסה. ראו ס' 71 (1) לריסטייטמנט השני בדיני חוזים; Melvin A. Eisenberg, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 HARV. L. REV. 741, 742 (1982).
- 13 להגדרת המושג “אמון” ראו, למשל: Diego Gambetta, *Can we Trust Trust?* in TRUST 213, 217 (Diego Gambetta ed., 1988): “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”.
- 14 של האמון ראו: PIOTR SZTOMPKA, *TRUST: A SOCIOLOGICAL THEORY* 25 (1999): “Trust is a bet about the future contingent actions of others”.
- 15 פולר ופרדו, במאמרם הקלסי, ראו דווקא בהגנת ההסתמכות את המטרה העיקרית של דיני החוזים, ואילו ההגנה על הציפייה נחזתה על-ידיהם כמשרתת את הגנת ההסתמכות. Lon Fuller & William Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52 (1936). התפתחותם של דיני החוזים כיום, במיוחד במשפט הישראלי, מראה כי סדר הדברים שונה למעשה: הגנת הציפייה קודמת להסתמכות, וההגנה עליה – במיוחד באמצעות סעד האכיפה – אינה תלויה בהסתמכות הנוצרת בעטייה.
- 16 ס' 1 להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 10, קובע: “התכליות המנויות להלן הן מתכליות חוק זה: (1) הבטחת צדק, הגינות וסבירות; (2) קידום ביטחון, ודאות ויעילות במשפט; (3) התאמה בין הסדרי המשפט האזרחי; (4) שמירה על זכויות מוקנות; (5) הגנה על ציפיות והסתמכות ראויות של הצדדים”.
- 16 ROSCOE POUND, *AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW* 176 (Transaction Publishers, 1999): “Looking back over the whole subject, shall we not explain more phenomena and explain them better by saying that the law enforces the reasonable expectations arising out of conduct, relations and situations”; *Ibid.*, at p. 226: “[in a civilized society] men must be able to assume that those with whom they deal in the general intercourse of the society will act in good faith, and as a corollary must be able to assume that those with whom they so deal will carry out their undertaking according to the expectations which the moral sentiment of the community attaches thereto”.
- ROSCOE POUND, *SOCIAL CONTROL THROUGH LAW* 81 (1968): “It is seldom that a כן ראו:”

בהגנת הציפיות הסבירות ובחתימה להטמעת רעיון האמון; אלא שככל שהדברים אמורים בקטגוריה המשפטית של דיני החוזים, ייחודם ברעיון האמון הבין-אישי הנוצר ונבנה על גבן של ציפיות שמקורן באינטראקציה הדדית ובהבטחת הרצונות של הזולת. אפיון מיוחד זה מחייב הבהרה ומיפוי של כמה מונחים ותהיות.

ראשית, הזיקה בין רעיון האמון הבין-אישי לבין דיני החוזים היא בהחלט סימביוטית, אך לא מעגלית. בקיומו החברתי-התרבותי של רעיון האמון יש אומנם כדי לחזק את הציפייה שציפיות (לרבות ציפיות חוזיות) יוגשמו, אלא שענייננו ביחס ההפוך, דהיינו, ביכולתם של דיני החוזים, כאמצעי משפטי, לתמוך במוסד האמון הבין-אישי באמצעות הבטחת הגשמתן של ציפיות המעורבות בהבטחות המוגנות על-ידיהם. זאת ועוד – וכפי שנראה בהמשך – עניינם של דיני החוזים בהגנה על "משולש הציפיות", דהיינו, בהגשמת ציפיותיהם הקונקרטיות של הצדדים לאינטראקציה החוזית (ה"מבטיח" וה"נבטח"), אך גם בהגשמת ציפיותיו הסבירות והנורמטיביות של הציבור, אשר משקיף כנוכח-נפקד ונסמך על המוסד החוזי. בכך דיני החוזים פועלים לשמירתן ולהטמעתן גם של ציפיות רצויות, ולא דווקא מצויות, ומדגימים את פועלו הפעיל של המשפט בהבנייתן של ציפיות ותרבות של אמון בין-אישי ואמון במוסד החוזי, מעל ומעבר לפועלם הסביל של דיני החוזים בשיקוף ובהגשמה של ציפיות קיימות.

שנית, חתירתם של דיני החוזים להגנת ציפייה שיש לאדם מרעהו – ציפייה שתולדתה בהבטחה רצונית וראויה, להבדיל מתחושה סובייקטיבית בעלמא – מלמדת על קיומה של זיקה הדוקה ומבלבלת מעט בין הגנת הרצון (או הכוונה) לבין הגנת ההבטחה והציפייה הנוצרת כתוצאה ממנה. דיני החוזים התפתחו בארצות המערב לא מעט כביטוי לפריחתן של גישות אינדיווידואליסטיות המקדשות את הרצון ואת האוטונומיה של הפרט. בהתאמה הופנו זרקורי הפסיקה והספרות המשפטית באופן מסורתי אל הכוונה והרצון הטמונים בחוזה יותר מאשר אל רעיון הציפייה והאמון הבין-אישי כערך מרכזי המוגן על-ידי דיני החוזים. יתר על כן, כביקורת אפשרית על מעמדו הבכיר של רעיון האמון בדיני החוזים ניתן לטעון דווקא למשניותו ביחס להתעניינותם של דיני החוזים ברצון ובכוונה, כלומר, להיותו

legal right is conferred consciously and intentionally otherwise than as a recognition of reasonable expectations, or what are believed to be reasonable expectations, expressing presuppositions of civilized life"; Bailey H. Kuklin, *The Justification for Protecting Reasonable Expectations*, 29 HOFSTRA L. REV. 863 (2001); Bailey H. Kuklin, *The Plausibility of Legally Protecting Reasonable Expectations*, 32 VAL. U. L. REV. 19 (1997), במיוחד האזכורים בהערה 1 למאמר. מעניין שקולין מספק הצדקות מוסריות שונות לעקרון השמירה על הציפיות הסבירות, כגון הצדקה דאונטולוגית והצדקות הנשענות על שיקולים של צדק מתקן, של צדק חלוקתי ושל צדק אינטואיטיבי – אך אין אצלו התייחסות ישירה לרעיון האמון, הקשור בטבורו לרעיון הציפייה.

בבחינת "אמצעי" בלבד להשגת המטרה. לפי טענה זו, שאינה נראית לנו משכנעת, המשפט מתעניין ברצון ה"קפוא" שנקבע בעת יצירתה של ההבטחה. גישתנו שונה. התמקדות זו באוטונומיית הרצון מסתברת, במיוחד כיום, כנטולת כוח עקיב להצדקה ולהסברה הרמונית של התפתחותם הפנימית של דיני החוזים המודרניים, הפועלים לא אחת להגשמתן של ציפיות שאין מקורן ברצון, מחד גיסא, ולשירושן של ציפיות סובייקטיביות מסוימות, מאידך גיסא. זאת ועוד, דיני החוזים משתרעים כיום על הרבה מאוד אינטראקציות שבהן הרצונות מוגבלת, ונעזרים לא מעט במנגנונים אובייקטיביים לצורך יצירתה של האחריות המשפטית. אם כך, תורת הרצון מנוגדת לזרמים המניעים את פסיקתם ואת הנמקתם של בתי-המשפט במחלוקות רבות הנוגעות בדיני החוזים, לרבות לתפקיד שנעשה בדינים אלה כמחולליה של התמורה החברתית במשפט הישראלי,¹⁷ שייחודה בהרגשת ההתחשבות בציפיותיו הראויות של הזולת, ולא דווקא ברצונו. במילים אחרות, בתקופה שבה דיני החוזים הקלסיים נופלים, התבוננות על חוזה כעל אקט רצוני ותו לא היא אנכרוניסטית,¹⁸ צרה מדי ומוטעית על-פני-רוב, ומחמיצה תופעות ויעדים חברתיים בסיסיים נוספים הכרוכים במוסד החוזה – בסיסיים אף למונח "אוטונומיית הרצון" כשלעצמו. לעומת זאת, רעיון האמון הבין-אישי, הנבנה באמצעות הגנתם של דיני החוזים על הבטחות רצוניות ורצויות, לא רק מספק הסבר קוהרנטי וטוב יותר לתמורה החברתית, לדין ול"מנהגו של עולם" – כפי שיודגם בפרקים הבאים – אלא גם טומן בחובו יתרונות נורמטיביים רחבים ועשירים החובקים גם את אלה המקודמים ממילא על-ידי תיאוריית הרצון של דיני החוזים. ככלות הכול, וכאמור לעיל, הבטחת הציפייה ורעיון האמון הבין-אישי משמשים לרוב תנאי מוקדם גם להגשמת הרצון. נוסף על כך, רעיון האמון מאפשר לראות את הקשרם החברתי הרחב יותר של דיני החוזים ואת מקומם המרכזי בתמורה החברתית המתחוללת כיום במשפט הישראלי, שלפיה כלל מרכיבי השיטה המשפטית נדרשים לפזול ולהתחשב בציפיותיהם המוצדקות של הזולת ובעקרונות-היסוד של השיטה – גם במחיר הקרבה לעיתים של רצונם שלהם. אכן, רעיון ההבטחה בדיני החוזים אינו זר לדיני החוזים בפסיקת בית-המשפט בישראל, אף שלהבדיל מהקבוע בריסטייטמנט האמריקאי,¹⁹ בחוק הישראלי אין התייחסות מפורשת אליו.²⁰ יתר על כן, ולהבדיל מהמשפט האמריקאי, בישראל הסעד הראשי בגין הפרת חוזה הוא סעד האכיפה, ובכך יש כדי להעיד אולי יותר מכל על מקומם וחשיבותם של ההבטחה,

17 בוקשפן, לעיל ה"ש 3, בשער הראשון.

18 ראו, למשל, GORDLEY, לעיל ה"ש 2, בעמ' 3.

19 ראו לעיל ה"ש 12.

20 ראו, למשל, ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 279 (1988): "מן הראוי לראות בהבטחה המעוגנת בחוזה משום אינטרס מוגן. יש לחזק את החוזה ולהגביר את כיבודו."

הציפייה והאמון הבין-אישי במשפט הישראלי. נוסף על כך – ואף שחוק החוזים הישראלי אינו מתייחס במישרין לרעיון ההבטחה הטמונה בחוזה, אלא מדגיש יותר את הפן ההדדי והרצוני הטמון בו – ניתן לומר שלמעשה הוא דווקא מכיר גם מכיר בהבטחה המצויה בבסיסו של החוזה. זאת, משום שאפיוניה של זו – דהיינו, כהתחייבות רצונית ומעוררת ציפייה – טמונים כבר במבחני "גמירת-הדעת" וה"מסוימות" המנויים בסעיפי ה"הצעה" וה"קיבול" המכוננים את כריתתו של החוזה במשפט הישראלי. הן ההצעה והן הקיבול, בוודאי לאחר שנפגשו, כוללים התחייבות ומהווים בעצם את מרכיביה של הבטחה היוצרת ציפייה בלב הזולת.²¹

התפיסה כי ה"ציפייה" בדיני החוזים הינה ערך חברתי הקשור לאוטונומיית הרצון, ואף חשוב ממנה, אינה חדשה.²² קורבין (Corbin), למשל, ראה את דיני החוזים כמיועדים בראש ובראשונה להגן על ציפיותיהם (הסבירות) של הצדדים.²³ עמדה זו עולה כבר מהכותרת הפותחת את הסעיף הראשון לכתביו בדיני החוזים:

"The Main Purpose of Contract Law Is the Realization of Reasonable Expectations Induced by Promises."²⁴

21 השוו לדבריו הבאים של קורבין: "The act constituting an offer and the act constituting an acceptance may each consist in a promise." ARTHUR L. CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS (1993), sec. 13 (rev. ed. by J.M. Perillo, 1993). רמז לזיקה בין דרישת "גמירת-הדעת" ודרישת ה"מסוימות" לבין היווצרותה של ציפייה ניתן למצוא בהתבטאותו של השופט ברק בפסק-דין מרכזי שדן במעמדו החוזי של זכרון-דברים: "אפילו מגלה מכלול העובדות של המקרה כוונה ליצור קשר משפטי מחייב עם החתימה על זכרון הדברים, אין בכוונה זו כדי ליצור את הקשר המצופה, אם הצדדים לא נתנו ביטוי בזכרון הדברים לפרטים החיוניים והמהותיים של העסקה." ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 288, 281 (1979) (ההדגשה הוספה).

22 השוו, למשל, למשתמע מס' 212(a) לריסטייטמנט השני בדיני חוזים, לעיל ה"ש 12: "The relevant intention of a party is that manifested by him rather than any different undisclosed intention. In cases of misunderstanding, there may be a contract in accordance with the meaning of one party if the other knows or has reason to know of the misunderstanding and the first party does not. See §§ 200, 201"

23 ראו ס' 20, 200 ו-201 לריסטייטמנט השני, שם. כן ראו Eisenberg, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1756-1760.

24 ראו CORBIN, לעיל ה"ש 21, ס' 1.1: "That portion of the field of law that is classified and described as the law of contracts attempts the realization of reasonable expectations that have been induced by the making of a promise. Doubtless, this is not the only purpose which motivated the creation of the law of contracts; but it is believed that an understanding of many of the existing rules and a determination of their effectiveness

למעשה, אינטרס הציפייה – שיקושר בהמשך הדברים לערך החברתי של אמון בין-אישי באופן ישיר יותר מהערך החברתי של הרצון – הוא העומד גם כיום בבסיסה ובראשה של הגישה המודרנית לאינטרסים המוגנים בדיני החוזים,²⁵ עד כדי כך שהגיעה העת להודות בפה מלא במקומו ובחשיבותו האפריוריים של רעיון זה במסגרת דיני החוזים. מכאן הדרך קצרה ביותר לביסוס זיקתו של רעיון האמון הבין-אישי ולהכרה במקומו המרכזי בדיני החוזים המודרניים. בהתאם, עיון לוגי ונורמטיבי, כמו-גם עיון אינדוקטיבי בהנמקותיה של הפסיקה הערכנית בדיני החוזים, מעלים כי הנימוק המתמקד בהגנתה של אוטונומיית הרצון באמצעות דיני החוזים אינו מהווה כשלעצמו הצדקה הן להגנה על ההבטחה כביטוי הרצוני הייחודי לחוזה, הן להגנה על אינטרס הציפייה הנגזר ממנה, הן להגנת הציפיות המוצדקות

Johan Stein, : require a lively consciousness of this underlying purpose”
Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men, 113 L.Q. REV. 433, 433–434 (1997): “A thread runs through our contract law that effect must be given to the reasonable expectations of honest men. Sometimes this is made explicitly by judges; more often it is the implied basis of the court’s decision... The function of the law of contract is to provide an effective and fair framework for contractual dealings. This function requires an adjudication based on the reasonable expectations of parties”;
 Barry J. Reiter & John Swan, *Contracts and the Protection of Reasonable Expectations*, in *STUDIES IN CONTRACT LAW 1* (Barry J. Reiter & John Swan eds., 1980) איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 148 (1990), המספק גם תימוכין כלכליים לגישה זו בכל הקשור לכללים דיספוזיטיביים (“כללים דיספוזיטיביים אשר משקפים את הציפיות הטיפוסיות של הצדדים לחוזה מייתרים את הצורך לנהל משא ומתן לניסוחם בחוזה הספציפי. הצדדים יכולים להסתמך על הכללים שנקבעו בחוק, ולהסתפק בהם. לעומת זאת, כללים שאינם משקפים את הציפיות הסבירות של הצדדים, יצריכו ניהול משא ומתן לשם ניסוח תניות המשקפות אותן ציפיות, והדבר בהכרח ייקר את העיסקה”); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ד (פרשנות החוזה) 579–578 (2001), ובמיוחד ה”ש 104, שם ברק מביע את דעתו כי “החזקה בדבר הגשמת ציפיות סבירות חלה בכל מקרה ואינה מוגבלת אך לחוזה הניתן לשני פירושים”. לדוקטרינות חוזיות ספציפיות המדגישות את תכלית הגשמתן של ציפיות הצדדים ראו, ביחס לחוזי ביטוח, ברק, שם, בעמ’ 644–646; שחר ולר “על התערבות בתוכנם של חוזי ביטוח באמצעות ‘פרשנות’ עלי משפט ג 247 (2003); דודי שוורץ וריבי שלינגר “פרשנות חוזה הביטוח: פרשנות נגד המנסח ומבחן הציפיות הסבירות של המבוטח” קרית המשפט ג 345 (2003) ובמיוחד בעמ’ 360–373; רע”א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ’ סהר חברה לביטוח בע”מ, פ”ד נ(3) 281 (1996). ביחס לדיני השליחות ראו ע”א 632/87 גרנט נ’ מרדכי, פ”ד מה(1) 544, 552 (1990): “עקרון בסיסי בחוק השליחות הוא, כי יש להגשים את ציפיותיהם הסבירות והלגיטימיות של הצדדים: השולח, השלוח והצד השלישי”. מקורה של גישה זו במאמרם הקלסי של Fuller & Perdue, לעיל ה”ש 14, שדגלו דווקא בבכירותו של אינטרס ההסתמכות (הגם שיש לזכור כי ההסתמכות היא תולדה של ציפייה). ראו גם ס’ 344 לריסטיימנט השני בדיני חוזים, לעיל ה”ש 12, ואת מעמדו של סעד האכיפה במשפט הישראלי (למשל, עניין אדרס, לעיל ה”ש 20, בעיקר בעמ’ 277).

של הזולת והציבור, והן להטלתה של חובת התנהגות בין-אישית ראויה על המעורבים באינטראקציה החוזית והכפפתם לעקרונות-היסוד של השיטה המשפטית. יודגש כי אין בדברים אלה כדי לכפור בכך שדיני החוזים שואפים בהחלט להבטיח גם את רצוניותה של ההבטחה, אשר מזינה לא מעט את רעיון האמון הבין-אישי, אף אם אינה ממצה אותו. אמון ורצון כרוכים זה בזה, ובעולם המסחר והחברה, המתבסס על שיתוף-פעולה וביטחון בקיומן של הבטחות עתידיות, די ברעיון האמון הבין-אישי לדאוג גם לקידומן של ציפיות רצויות, ולא רק מצויות. נוסף על כך, יש בו כדי להביא לידי ביטוי את ערכה המוסף של ההבטחה הטמונה בחוזה, כמקרה פרטי ומיוחד של ביטוי רצוני אשר נוגע בעתיד, יוצר ציפיות בלב הזולת וטעון שיתוף-פעולה.²⁶ יעדים חברתיים אלה רחבים יותר מהיעדים המתמקדים אך בהגנת הרצון, ומתאימים יותר לאופייה הבין-אישי של האינטראקציה החוזית.

ברי כי הרצון אינו ערך ייחודי לדיני החוזים, אלא מהווה מרכיב יסודי במשפט האזרחי והפלילי כאחד.²⁷ אולם בבואנו להתמודד עם יעדיהם הייחודיים של דיני החוזים, עלינו לתת את דעתנו לביטוי המיוחד של הרצון החוזי – למשל, לעומת מקומו של הרצון בצוואה, אשר מיועדת אף היא להגשים את רצונו של האדם. בעוד בצוואה (ובמובן מסוים גם במתנה) מדובר בפעולה רצונית חד-צדדית המשפיעה בצורה מוגבלת על ציפיות הזולת, בהבטחה החוזית טמון "דבר-מה נוסף". להבטחה החוזית, המופנית כלפי הזולת כמעשה הדדי, יש השפעה חיצונית וחברתית החורגת מהעצמי, ועצם תכליתה היא ליצור אצל הזולת ציפיה והסתמכות לצורך מימוש האינטרס האנוכי. ההבטחה החוזית יוצרת "קשר" ויחס אנושי של שיתוף-פעולה, ולרוב גם של נטילת סיכונים, בהיותה מכוונת לחליפין עתידיים ולרוב לא-סימולטניים. ככזו, ההבטחה החוזית מגינה לא רק על זכותו של האדם להגשים את רצונותיו, אלא גם על חירותו לצפות, להסתמך ולשתף פעולה עם זולתו.²⁸ במילים

26 מרכזיותו של רעיון ההבטחה מומחשת באחד הציטוטים הקלסיים בדיני החוזים האמריקאיים, משנת 1926, מפיו של ויליסטון (Williston). בדיון של ה-American Law Institute, כאשר נשאל מה דינה של הבטחה שנתן דוד לאחיינו כי ייתן לו 1,000 דולר לרכישת מכונית, לאחר שהסתבר כי האחייין קנה מכונית רק ב-600 דולר, השיב ויליסטון כי יש לחייב את הדוד לתת 1,000 דולר, וזאת בשל הנימוק הפשוט הבא: "Either the promise is binding or it is not. If the promise is binding it has to be enforced as it is made". ציטוט זה לקוח ממאמרם של: Edward Yorio & Steve Thel, *The Promissory Basis of Section 90*, 101 YALE L.J. 111, (1991). 117. לאסמכתות מקיפות לדיון בנושא ההבטחה ראו ה"ש 9 ו-21 בפרק השני לספרו של FRIED, לעיל ה"ש 11.

27 למעשה, הרצון עומד כהצדקה בסיסית כבר בחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

28 הגשמת ההבטחה אינה מגבילה את החירות, אלא דווקא מגדילה אותה, בהיותה יצירה עצמית ורצונית של הפרט.

אחרות, הגנת ההבטחה והציפייה משפיעה לא רק על הערך הציבורי-החברתי שבהגשמה של אוטונומיית הפרט, אלא גם על אופיו החברתי של האחרון ועל יכולתו לשתף פעולה עם זולתו ולהרעיף עליו משאבים חומריים ורגשיים, ובראשם תחושת אמון בין-אישי. לפיכך הגנתם של דיני החוזים ממוקדת בציפייה, ולזו יש חיים עצמאיים ותכליות נוספות על אלה של הרצון גרידא, אף שהמפגש הרצוני הוא המתנע להיווצרותה בדיני החוזים ולאחריות להגשמתה. בסופו של יום, אדם המקיים הבטחותיו מוערך וידוע באמינותו, ולא בהגשמת רצונותיו, שכן בהבטיחו דבר לזולתו הפרט "סוחר" לא רק ברצונו, אלא גם במוסדות החברתיים של ציפייה ואמון. לדעתנו, דגשים אלה מאירים באור עשיר יותר את משמעותו של החוזה בהשוואה למשמעות המסורתית, אשר התמקדה – לעיתים באופן מאולץ – באוטונומיית הרצון גרידא, והחמיצה בכך מהמתכונת הבין-אישית ומשיתוף-הפעולה והציפייה המובנים באופן אינהרנטי במוסד החוזה.

בשולי הדברים נזכיר, באופן אנקדוטלי, כי גם בבוא בית-המשפט לעסוק באחת הפעילויות המרכזיות בדיני החוזים – קרי, בפירוש החוזה – הוא עוסק בשאלות בעלות גוון אובייקטיבי של התכלית, המטרות, היעדים והאינטרסים שבבסיס החוזה ושאיפתו להגשמתם של אלה.²⁹ נקודות-התייחסות אלה בבדיקת תוכנו של החוזה, והחתימה להגשמתן, מבטאות טוב יותר – גם בסוגיית הפרשנות, היא סוגיית-הליבה של דיני החוזים – את החתימה להגשמת ציפיותם של המעורבים בהליך החוזה. התחקותו של בית-המשפט אחר ה"מטרה" ו"התכלית" שעמדו לנגד עיני הצדדים בעת כריתת החוזה משקפת את חתימתם של דיני החוזים לעבר תרבות המגשימה את ציפיות הצדדים. ביטויים אלה – כמו גם המונח "חוזה" עצמו – צופים פני עתיד, ועל-כן מדגישים בעיקרם את ציפיותיהם של הצדדים, ולא רק את כוונותיהם.

לסיכום, ולשם חידוד ייחודה של התזה המועלית בפרק זה, נזכיר כי הזיקה בין הגנת הרצון לבין הגנת ההבטחה בדיני החוזים כבר נערכה בעבר על-ידי פריד (Fried) בספרו CONTRACT AS PROMISE.³⁰ גישתו של פריד, המבוססת בעיקרה על תיאוריית הרצון,³¹ אינה מדגישה די את הרעיון החברתי של הגשמת הציפייה והאמון הבין-אישי כמוסד וכקונוונציה חברתית העומדת בפני עצמה בדיני החוזים. בעוד שפריד הדגיש את הביסוס הליברלי

29 "חוזה מתפרש על-פי אומד דעתם של הצדדים. אומד דעת זה הוא המטרות, היעדים, האינטרסים והתכנית אשר הצדדים ביקשו במשותף להגשים." ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 311, 265 (1995).

30 FRIED, לעיל ה"ש 11.

31 ראו שם, בעמ' 5–6: "I begin with a statement of the central conception of contract as promise. This is my version of the classical view of contract proposed by the will theory."

להגנתה של רצוניות ההבטחה, ולכן התמקד בערך המוסרי האינהרנטי של ההבטחה הטמונה בחוזה אך כביטוי חזק לאוטונומיית הרצון הפרטי (The moral force behind contract as promise is autonomy: the parties are bound to their contract because they (have chosen to be)³², מאמר זה מדגיש את זיקתה של ההבטחה כביטוי חזק דווקא לרעיון האמון הבין-אישי כרעיון חברתי ניטרלי, ההולם באופן טבעי את מהותה הבין-אישית של האינטראקציה החוזית ואת הציפייה ושיתוף-הפעולה הכרוכים בה.³³ דגשים שונים אלה אינם אך סמנטיים, ועשויים להוביל למסקנות שונות – למשל, בכלל האמור באפשרות כרסומה של אוטונומיית הרצון במקרים שבהם היא עומדת בסתירה לרעיון האמון הבין-אישי ולאמון במוסד החוזי. כך, ניתן להיווכח כיום כי במתח – ככל שקיים – בין אמון ורצון, האמון גובר. נוסף על כך יש בכוחם של רעיון האמון הבין-אישי ושל האמון במוסד החוזי להצדיק ולהסביר בצורה הרמונית את ההגנה בדיני החוזים על ציפיות רצויות, ולא רק רצוניות – תופעה שתורת הרצון המסורתית מתקשה להסביר.³⁴ יתר על כן, רעיון האמון הבין-אישי יכול להיחשב במוסד החוזי כרעיון מקדמי אף לאוטונומיית הרצון, לנוכח חשיבותו האקסיומטית כמניח היסודות מתחת לתנאים המאפשרים לבני-האדם, כ"חיות

32 שם, בעמ' 57.

33 כאמור, גם פריד הדגיש את חשיבותו של רעיון האמון ואת הקשר בינו לבין הגנת הרצון החופשי, אך הוא התייחס לרעיון זה כאל מכשיר להגשמת הרצון המשותף ולמימוש האפשרות של האדם להשתמש באחר למטרותיו. ראו שם, בעמ' 8: "The device that gives trust its sharpest, most palpable form is promise. By promising we put in another man's hands a [S]o long as we see contractual obligation as based on promise, on obligation that the parties have themselves assumed, new power to accomplish his will; וכן שם, בעמ' 4: "the focus of the inquiry is on the will of the parties"; וכן שם, בעמ' 3: "[T]he conception of the will binding itself – the conception at the heart of the promise principle".

34 פריד עצמו מתקשה לעיתים להסביר באמצעות התיאוריה שלו את דיני החוזים האמריקאיים הנוהגים. תיאוריית האמון, על מבנה "משולש הציפיות", עושה מלאכה זו בצורה הרמונית וקוהרנטית יותר. ראו, למשל, את קשייו של פריד בהתמודדות עם סעיף ה-unconscionability לדעתו, יישומה של דוקטרינת ה-unconscionability לוקה בחוסר עקיבות: "The decided cases do not invoke the doctrine of unconscionability in any systematic or even coherent way. Claims of substantive unfairness are mixed with suggestions of fraud, cognitive deficiency, and duress" (שם, בעמ' 103). מבחן "משולש הציפיות", העומד בבסיסו של רעיון האמון, יכול לסייע גם לעניין זה, שכן אם נשללה יכולת בחירה אמיתית או אם קיים ניצול של כוח כלכלי או של עוצמה אחרת, ציפיותיהם הסובייקטיביות של המתקשרים החוזיים לא באו לידי הגשמה או לידי הגשמה מלאה. במקרים כאלה תיתמך מסקנה זו גם בציפיותיו של הציבור, אשר מתבונן על העסקה מאחורי "מסך הבערות" ומתקשה להזדהות עימה בשל ציפיותיו בדבר הדרך שבה צריכות להיווצר הבטחות חוזיות מחייבות בשיטת המשפט.

חברתיות", ליצור יחסים, להגשים את עצמם ולספק את רוב צורכיהם באופן רצוני על-ידי תיאום ושיתוף-פעולה.³⁵ כך בכלל, וכך במיוחד בהקשר של דיני החוזים, שבהם ההתחשבות בציפיות הזולת מקורה בהבטחה כאקט רצוני, אלא שלרעיון הציפייה יש כאמור מקום ראשוני ועקיב יותר. לפיכך הפרקים השני והשלישי של המאמר, שיוקדשו לעיון נורמטיבי ותיאורי בכמה דוקטרינות בדיני החוזים, מיועדים לשכנע כי רעיון האמון הוא אכן זה שבבסיסם של דיני החוזים.

2. על רעיון האמון הבין-אישי ועל זיקתו לדיני החוזים

לרעיון האמון הבין-אישי יש מעלות אנושיות, חברתיות, מוסריות, פסיכולוגיות ותועלתניות ההולמות את השכל הישר,³⁶ וקל להזדהות עימן במידה כזו שאין תמה כי הרעיון אומץ על-ידי תחומי מחקר רבים כרעיון בעל חשיבות אקסיומטית כמעט.³⁷ מבחינה חברתית, למשל, רעיון האמון נתפס כמרכיב חיוני ביחסיהם של בני-אדם, וזאת בשל היות בני-האדם "חיות חברתיות", היכולות לספק את רוב צורכיהן רק באמצעות תיאום ושיתוף-פעולה:

"The importance of trust derives directly from the nature of human beings as social animals who can only satisfy most of their needs by means of coordinated and cooperative activities."³⁸

- STANLEY I. BENN & RICHARD S. PETERS, SOCIAL PRINCIPLES AND THE DEMOCRATIC STATE 279 (1977). כן ראו את ההגדרה למושג "אוטונומיה אישית" המובאת במאמרו של דורי קימל: Dori Kimel, *Neutrality, Autonomy, and Freedom of Contract*, 21 OXFORD J. LEGAL STUD. 473, 482 (2001): "Personal autonomy is an ideal of self-creation, of people exerting control over their destinies. An autonomous life consists in the pursuit of freely chosen activities, goals and relationships"
- Julian P. Rotter, *Interpersonal Trust, Trustworthiness, and Gullibility*, 35 AM. PSYCHOL. 1 (1980) ("Common sense tell us that interpersonal trust is an important variable affecting human relationships at all levels")
- כאנקדוטה מחויכת ניתן להדגים את טבעו הרחב והבסיסי של רעיון האמון גם באמצעות הפסקה הבאה מתוך מדריך שחייה פופולרי: "Asked what the single most important factor is in learning to swim, most people would reply 'Confidence.' A sense of trust – what we have called being at home in the water – provides the foundation for us to do whatever else might come naturally in the water." STEVEN SHAW & ARMAND D'ANGOUR, *THE ART OF SWIMMING: IN A NEW DIRECTION WITH THE ALEXANDER TECHNIQUE* 89 (1996).
- BENN & PETERS, לעיל ה"ש 35, בעמ' 279.

רעיון האמון נתפס גם כאמצעי לביצועים טובים יותר של כלל המוסדות החברתיים:

"High trust among citizens accounts for the superior performance of all institutions in a society, including firms."³⁹

גם בפן הכלכלי נשמעת חיוניותו של רעיון האמון ההדדי במניעת כשלים כלכליים:

"It can be plausibly argued that much of the economic backwardness in the world can be explained by the lack of mutual confidence."⁴⁰

באופן ספציפי יותר הוזכר רעיון האמון הבין-אישי גם כמעודד שיתוף-פעולה וכמשפיע על ביצועים כלכליים בארגונים גדולים:

"[H]igher trust between people in a population should be associated with greater cooperation. These views of trust share an important implication, namely, that trust should be more essential for ensuring cooperation between strangers, or people who encounter each other infrequently, than for supporting cooperation among people who interact frequently and repeatedly. In the latter situations, such as families or partnerships, reputations and ample opportunities for future punishment would support cooperation even with low levels of trust. This implies that trust is most needed to support cooperation in *large organizations*, where members interact with each other only infrequently because they are only rarely involved in joint production... In sum, trust enhances economic performance across countries... Trust promotes cooperation, especially in large organizations."⁴¹

Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer & Robert W. Vishny, 39
Trust in Large Organizations, 87 AM. ECON. REV. 333 (1997); FRANCIS FUKUYAMA,
TRUST (1995)

40 Kenneth J. Arrow, *Gifts and Exchanges*, 1 PHIL. & PUB. AFF. 343, 357 (1972)
KENNETH J. ARROW, THE LIMITS OF ORGANIZATION 23 (1974): "Trust is... : בטפרו של ארו :
extremely efficient; it saves a lot of trouble to have a fair degree of reliance on other
people's word"

41 La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer & Vishny, לעיל ה"ש 39, בעמ' 333, 337-336.

למעשה, גם בתחומה של הנפש, בפן הפסיכולוגי, היה מי שראה את רעיון האמון כמרכיב מרכזי בהתפתחותה של "אישיות בריאה"⁴². מרכזיות אנושית זו של רעיון האמון, בכל הנוגע בקיום החיים החברתיים-הכלכליים הקולקטיביים ובאיכותם, צריכה להשתקף כמובן גם במשפט; ככלות הכל, המשפט נועד לאפשר את הקיום האנושי במתכונת חברתית. כך בכלל, וכך במיוחד בתחומם של דיני החוזים, המהווים יסוד מוסד לאינטראקציות חברתיות בין-אישיות. דיני החוזים משתרעים על הגנת הבטחות שמתן אמון בהן מהווה "מקור חיים" ליכולת לשתף פעולה, להגשמה עצמית ולנטילת סיכונים, ועל-כן דיני החוזים מהווים את הגשר המשפטי הישיר והמובהק ביותר לרעיון החברתי של אמון בין-אישית. תחושת האמון הבין-אישית – דהיינו, תחושת הביטחון בהתגשמות הציפייה הרצויה שמקורה בהבטחת הזולת – ממלאת תפקיד בסיסי בשיקוליו של הפרט בטרם יחליט אם להיכנס לאינטראקציה וליטול על עצמו התחייבות שתוצאתה תלויה בביצוע עתידי ובשיתוף-פעולה של הצד האחר. מכאן מובן הצורך בהעצמתו של רעיון האמון הבין-אישית באמצעות דיני החוזים. מזווית אחרת, מאחר שכ"חיות חברתיות" רוב פעולותינו היומיומיות מבוססות על הסכמות, הדדיות ושיתוף-פעולה – עניינים אשר דרושים לרעיון האמון ומוסדרים בעיקר באמצעות דיני החוזים – דיני

42 Erik H. Erikson, *Identity, Youth and Crisis* (1968). הקשר בין תובנות פסיכולוגיות לבין דיני החוזים מתבסס לא רק על המונח "ציפייה", שהינו ככלות הכל מושג בתחומה של הנפש, אלא גם על הגישות המדעיות בדבר הדרך שבה מתקבלות החלטות. ראו לעניין זה את דבריו של אייזנברג על הנחת אי-הרציונליות, המתבססים על מחקרם של טברסקי וכהנמן: "Classical contract law was based on a rational-actor model of psychology. Under this model, actors who make decisions in the face of uncertainty rationally maximize their subjective expected utility, with all future benefits and costs properly discounted to present value. A great body of theoretical and empirical work in cognitive psychology within the last thirty or forty years has shown that rational-actor psychology often lacks explanatory power. Although rational-actor psychology is the foundation of the standard economic model of choice, the empirical evidence shows that this model often diverges from the actual psychology of choice, due to limits of cognition. As Amos Tversky and Daniel Kahneman point out, expected utility (rational actor) theory 'emerged from a logical analysis of games of chance rather than from a psychological analysis of risk and value. The theory was conceived as a normative model of an idealized decision maker, not as a description of the behavior of real people' (Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, 59 J. BUS. 251 (1986)). In contrast to rational-actor psychology, modern cognitive psychology recognizes various limits of cognition. For purposes of contract law, three kinds of limits of cognition are especially salient: *bounded rationality, irrational disposition, and defective capability*" ראו Eisenberg, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1780–1781.

החוזים הם המערכת המשפטית הישירה והבסיסית ביותר אשר עוסקת במפגש חברתי-רצוני שכוח זה ואף מקרינה על כלל המפגשים המשפטיים.⁴³ לפיכך, כשם שהמוסד החוזי יכול להסתייע רבות בקיומו של אמון בין-אישי כתופעה תרבותית, הוא אף יכול, ככלי רב עוצמה, לשמש מנוף להטמעתה של תרבות זו, ולתרום בכך ליציבות ולוודאות המבוקשות כל-כך בתחום המשפט בכלל ובדיני החוזים בפרט. ככלות הכול, מאחר שתרבות צומחת ממספר רב של בחירות קטנות של מיליוני אנשים,⁴⁴ ניתן לראות כל מפגש חוזי שגרתי כמרכיב במכלול תרבותי המושפע מפועלם ההצהרתי והכופה (באמצעות הטלת אחריות משפטית) של דיני החוזים, אך בה-בעת גם כמשפיע על הטמעת תרבות של אמון. אם כן, באמצעות דיני החוזים המשפט יכול להשביח תרבות בכך שציפיות שמקורן בהבטחות חוזיות ובאינטראקציה הבין-אישית יוגשמו. בכך דיני החוזים "מבטיחים" את רעיון ההבטחה וחופפים את רעיון האמון כקונוונציה חברתית – או ליתר דיוק חותרים לכך – שכן שניהם מכוונים להשגת אותן מטרות אוניוורסליות של שיתוף-פעולה, נטילת סיכונים והגשמתן של ציפיות מוצדקות.

אולם הזיקה ההדוקה בין רעיון האמון לבין המוסד החוזי נעוצה לא רק ביעדיהם המשותפים, אלא גם בנימוקים נוספים.

ראשית, זיקה כזו נלמדת מהמושג "ציפייה", המשמש ציר מרכזי בהגדרתו של רעיון האמון. כך, הגדרה מקובלת לרעיון האמון מתייחסת להערכתו של הפרט – באופן המשפיע על פעולתו – בדבר הסבירות שאדם אחר או קבוצה אחרת יפעלו בדרך מסוימת בטרם יוכל לפקח על פעולה זו או אף ללא קשר ליכולת הפיקוח שלו.⁴⁵ מאחר שהגדרה זו נובעת

43 ראו ס' 61(ב) לחוק החוזים, המחיל את דיני החוזים על כל פעולה משפטית, אף אם היא אינה חוזית במהותה, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשיקולים המחויבים, וראו גם ס' 2 להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 10: "בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב". תחולתם של דיני החוזים מתקיימת אומנם אך בהקשרם של הסכמים שבהם מתקיימת "כוונה ליצור יחסים משפטיים", אלא שמבחן זה, הכולל גם שיקולים של "מדיניות משפטית", נמצא במגמת התרחבות. ראו, למשל, ע"א 3833/93 לוי' נ' לוי, פ"ד מח(2) 862 (1994).

44 James Q. Wilson, *Human Remedies for Social Disorders*, 131 THE PUBLIC INTEREST 25, 35 (1998) ("cultures grow up out of the countless small choices of millions of people")

45 Gambetta, לעיל ה"ש 13, בעמ' 217; Sztompka; לעיל ה"ש 13. ראו גם את ההגדרה המובאת ב- THE WESTMINSTER DICTIONARY OF CHRISTIAN ETHICS 632 (James F. Childress & John MacQuarrie eds., 1986): "In its broad sense, trust is the *expectation* that the other will act in accord with his or her public presentation of self; in its narrow sense, it is the *expectation* that the other will act morally". ראו גם פרנסיס פוקוימה עניין של אמון 43 (שושנה ינקוביץ מתרגמת, הוצאת אור-עם, 2000): "אמון הוא הציפייה המתעוררת בקרב קהילה, שהתנהגות כל אחד מחבריה תהיה תקינה, הגונה

מציפייה, ניתן להגיע ממנה בקלות לזיהוי הקשר ההדוק בין רעיון האמון לבין אינטרס הציפייה, הוא האינטרס המרכזי המוגן כיום בדיני החוזים, וממילא לזיהוי מקומו האפריורי של רעיון האמון במסגרת דיני החוזים. במילים אחרות, ניתן בהחלט לומר שרעיון האמון הוא העומד מאחורי ההגנה על הגשמתן של ההבטחות הגלומות בחוזה, בשל החתירה להגשמתו של אינטרס ה"ציפייה" המתלווה להבטחות אלה.⁴⁶ תובנה זו משתקפת במיוחד בסעד האכיפה – שהוא הסעד המרכזי בשיטת המשפט הישראלית, שבאמצעותו "מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם"⁴⁷ – ובהגנה על ציפיותיהם הראויות של הצדדים מזולתם באמצעות עקרון תום-הלב כאשר ההבטחה כפשוטה נכשלת בכך. הדגשת חשיבותה של ההגנה על אינטרס הציפייה ככזה בדיני החוזים עולה גם מהרחבת תחום התפרשותם של דינים אלה אל אזורים המרוחקים מהגרעין החוזי הקלסי, לעברן של הבטחות – וציפיות

ומשתפת פעולה, והיא מבוססת על אמות מידה מוסריות משותפות לכל חברי הקהילה" (ההדגשות הוספו, ויש בהן רמז למשולש הציפיות ולציפיות הציבור). בהערת שוליים ציין פוקוימה כי אין עניינו אך בציפיות ניטרליות: "It is not sufficient that members of the community expect regular behavior. There are many societies in which there is the expectation that other people will regularly cheat their fellows; behavior is regular but dishonest, and leads to a deficit of trust" (ראו FUKUYAMA, לעיל ה"ש 39, בעמ' 366, הערה 6). הגדרה נוספת, הנטועה אף היא במונח "ציפייה", מובאת אצל: Margaret M. Blair & Lynn A. Stout, *Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law*, 149 U. PA. L. REV. 1735, 1745–1746 (2001): "Scholars sometimes use the term 'trust' in different ways to mean different things. In this article, we use the word 'trust' to describe behavior with the three following characteristics. First, trust involves at least two actors – the actor who trusts and the actor who is trusted. Second, the trusting actor must deliberately make herself vulnerable to the trusted actor in circumstances in which the trusted actor could benefit from taking advantage of the trusting actor's vulnerability. Third, the trusting actor must make herself vulnerable in the belief or expectation that the trusted actor will in fact behave 'trustworthily' – that is, refrain from exploiting the trusting actor's vulnerability".

46 ראו ס' 1 לריסטייטמנט השני בדיני חוזים, לעיל ה"ש 12. כן ראו שם, ס' 344, המונה את האינטרסים המוגנים בדיני החוזים. בעוד אינטרס ההסתמכות והאינטרס שבאיי-עשיית עושר ולא במשפט מוגנים במערכות דינים נפרדות (דיני הנוזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט), כל הרבותא בקיומה של מערכת דיני החוזים היא ההגנה על אינטרס הציפייה. לנוכח זיקה זו ראוי, לדעתנו, להעדיף את המונח "אינטרס הציפייה" על "אינטרס הקיום" כאינטרס שדיני החוזים מגינים עליו. לעמדה המעדיפה – מטעמים אחרים – את המונח "אינטרס הקיום" ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 100–103.

47 עניין אדרס, לעיל ה"ש 20, בעמ' 278. כפי שניסח 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 סוס." שם, בעמ' 277.

שנוצרו בעקבותיהן – שאינן מסחריות ועסקיות מטבען (דוגמת הסכם בדבר הורות באמצעות פונדקאית, הבטחות נישואים, נישואים אזרחיים והסכמים קואליציוניים). רוצה לומר, הציפייה אשר נוסדת בעקבות ההבטחה הגלומה בחוזה, ואשר נותנת ברגיל לאמון את ביטויו המובהק ביותר, היא-היא המהות המוגנת בדיני החוזים.⁴⁸

יתר על כן, זיקתם של דיני החוזים לרעיון האמון אף עמוקה ומורכבת מזו היוצאת מן הקשר שבין הבטחה לבין אמון. דיני החוזים אינם עוסקים רק בהגשמת הבטחות, אלא גם בהתמודדות עם התפתחויות מפתיעות במהלך הקיום החוזי, למשל, וכן עם מצבים של אי-הגינות ופגיעה בערכי-יסוד חברתיים. גם במצבים כאלה דיני החוזים מתחזקים אחר רעיון האמון, בעיקר באמצעות עקרונות תום-הלב ותקנת הציבור, ופועלים להגשמת תרבות של אמון בין-אישי כאשר הגשמת ההבטחה כפשוטה אינה עושה כן.⁴⁹ לסיכום, המושג "ציפייה" משמש גרעינם הקשה והמשותף של רעיון האמון ושל המוסד החוזי, ומאותת על קרבתם המשפחתית ההדוקה.

שנית, רעיון האמון מתיישב עם הצדקות מקובלות נוספות לדיני החוזים, דוגמת אלה הרואות את המוסד החוזי כממקסם תועלת, כמקל את התכנון הפרטי, כמאפשר סחר חליפין ותפקוד של השוק, כמגן על ציפיות והסתמכויות סבירות, כמחזק את האוטונומיה של רצון הפרט ואת חירותו, וכמבסס את הכוח המוסרי הטמון בהבטחה החוזית. רעיון האמון נראה טמון בהצדקות אלה, ולמעשה מאפשר את מימושו.⁵⁰ זהו רעיון פשוט ההולם את השכל הישר;⁵¹ הוא אותנטי, קל להזדהות⁵² ובעל מכנה משותף חברתי-מוסרי רחב. רעיון האמון

48 כן ניתן להצדיק גם את השתייכותו של ס' 12 למסגרתו של חוק החוזים, על-אף תחולתו על השלב הטרום-חוזי, וזאת משום שמבחינה איכותית גם בשלב הטרום-חוזי האדם מוזמן לתת אמון בזולתו.

49 ראו את הדיון להלן בפרק ב.

50 השוו: Anthony J. Bellia, Jr., *Promises, Trust, and Contract Law*, 47 AM. J. JURIS. 25, 27 (2002): "What is the common thread in these divergent accounts of contractual obligation? It is that each invokes the notion of trust in explaining why it is appropriate for the law to enforce certain promises". ההצדקות לחובה המוסרית לקיים הבטחות הן מגוונות: הרעיון של אוטונומיית הרצון הפרטי, אשר מקדש את יכולתו של האדם להתחייב ובכך מגדיל את חירותו של המבטיח כמו-גם את האמון שנותן בו הנבטח; ההסתמכות על ההבטחה; מוסד ההבטחה כממקסם תועלת; ומוסד ההבטחה כמגביר אמון בין בני-אדם. לסקירת הגישות ראו גם אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 123 (1997).

51 ראו לעיל ה"ש 36.

52 השוו לדבריו של אהרן ברק, הקוראים להתחשבות בהזדהות הציבור ובאמונו, במאמרו "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475, 494 (1993): "עקרונית, רצוי לו, לשופט, להימנע מבחירתה של אופציה העומדת בניגוד חריף לתפיסות-היסוד של הציבור... פעולה בניגוד להסכמה החברתית תפגע, בטווח הארוך, באמון הציבור במערכת בתי המשפט וביכולתם של בתי-המשפט לתפקד כראוי...".

אינו מתרכז בהיבטים ערכיים וחלוקתיים, אלא עיקרו ביצירת התנאים להגשמתן של ציפיות ראויות. לפיכך רעיון האמון הוא רעיון מוסרי-מעשי ניטרלי, המהווה תנאי מוקדם לקיום חברתי וערכי, בהניחו את המסד ליחסים בין-אישיים המושתתים על יכולת לקיים שיתוף-פעולה רצוני. עקרון האמון אינו דורש התחשבות אלטרואיסטית בזולת, אלא אך התחשבות בציפיותיו – ציפיות שמקורן בהבטחה ובמפגש רצוניים. ככזה, רעיון האמון הבין-אישי אינו חלופי לרעיון האוטונומיה, אלא מהווה את בסיסו.⁵³ הגשמתן של ציפיות ראויות מאפשרת להגשים אינטרסים אנוכיים, והיא פועלת במישרין להבטחת ביטחון, ודאות, יציבות והרמוניה בין-אישית, אשר נחוצים כל-כך למערכת המשפטית.⁵⁴

שלישית, מערכת היחסים הרצונית, אשר נוסדת עם תחילתו של המשא-ומתן הקודם לחוזה ומתלננה לכריתתו ולביצועו, הינה מערכת היחסים המובהקת והשכיחה ביותר מבחינה חברתית וכלכלית המעוררת את ציפיותו של אדם ומזמינה את אמונו בזולתו. מכאן שכל חוזה יכול להיחשב מיקרוקוסמוס היונק מרעיון "החוזה החברתי" וגם מבצר אותו במובן הרחב, כחוזה-על בין כל בני החברה אשר עומד בבסיס החברה האזרחית ודוחה את הגישה שלפיה "אדם לאדם זאב".⁵⁵ בהתאמה, הגנה על ערך האמון הבין-אישי באמצעות דיני החוזים משקפת את ליבת התייחסותו של המשפט לרעיון האמון עצמו, שכן רק אם חוזים פרטיים ישקפו אף הם את האתוס הנרחב יותר של האמנה החברתית, באופן שיחייב כל אחד מן הצדדים לחוזה לנהוג באמון כלפי רעהו, תוכל האמנה הרחבה יותר להמשיך להתקיים ולסייע בתפקידו המחנך של המשפט להטמיע בחברה ערכי אמון כלליים יותר, הנחוצים לביצורה כחברה אזרחית ליברלית.

53 רעיון זה משקף בו-זמנית הצדקה דאונטולוגית והצדקה תועלתנית. השוו: Melvin A. Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gifts*, 85 CAL. L. REV. 821, 838 (1997).

54 השוו ברק, לעיל ה"ש 24, בעמ' 577.

55 חוזה חברתי זה מכונה גם "האמנה החברתית". שורש המילה "אמנה" כשלעצמו כבר יכול לעורר מחשבות בדבר הקשר בין אמון לבין חוזים. השוו לדבריו של תומס הובס לזיתן – או החומר, הצורה והשלטון של קהיליה כנסייתית ואזרחית 124 (יוסף אור מתרגם, הוצאת מאגנס, 1997) על המושגים "חוזה" ו"אמנה": "אמנה מהי – ושוב, יכול אחד מבעלי-החוזה למסור את הדבר שנקבע כחלקו בחוזה, ולהניח להאחר לקיים את חלקו באיזה מועד קבוע מאוחר יותר, כשהוא נותן בו אמון בינתיים; ואז החוזה קרוי אמנה. או יכולים שני הצדדים לעשות חוזה עתה כדי לקיימו לאחר מכן; ובמקרים כאלה, מאחר שנותנים אמון במי שחייב לקיימו בעתיד, הרי קיום החוזה מצדו קרוי שמירת הבטחה או שמירת אמונים; ואי קיום החוזה מצדו, אם בא מרצונו, קרוי הפרת אמון." הכפפתם של כלל מרכיבי השיטה המשפטית לעקרונות-היסוד מחזקת את התפיסה כי הפרטים, גם בשעה שהם כורתים חוזה ביניהם, משמשים סוכנים חברתיים. ראו עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 4. למשמעות המונח "אמנה חברתית" ראו קלוד קליין "על האמנה החברתית בפני בג"ץ" המשפט ט 14 (1999).

רביעית, הזיקה ההדוקה בין המוסד החוזי לבין רעיון האמון הבין-אישי נלמדת גם מטבע היחסים ה"תחליפיים" ביניהם: מחד גיסא, אילו יכולנו לצפות, לנסח, לפקח ולאכוף – ללא עלויות עסקה – חוזים מפורטים המתמודדים עם כל המצבים וההתפתחויות, אזי האמון הבין-אישי לא היה נדרש כלל; ומאידך גיסא, חוזים לא היו נחוצים כלל בעולם עם רמת אמון גבוהה בין בני-האדם. מסקנה אפשרית מכך היא שהתופעה הנפוצה של חוזים מפורטים, הפנייה השכיחה לבתי-המשפט (בכלל) והשימוש השכיח בעקרון תום-הלב (בפרט) אינם מנביעים בהכרח אי-יציבות, אי-ודאות והעדר אמון, אלא דווקא נובעים ממצב שבו ערכים אלה חסרים, ולכן עשויים לפעול באופן פוטנציאלי וישיר להבניית תרבות של אמון.⁵⁶

חמישית, ובאופן אנקדוטלי, ההתייחסות המקובלת לאדם המקיים הסכמים שהוא התחייב בהם (אף כאשר אין לו עוד עניין בקיום ההסכם) היא כאל "אדם אמין". אפיון ספונטני זה – ולא אפיונו כאדם המגשים את רצונותיו וכוונותיו – מעיד כאלף עדים כי תחושת האמון היא העומדת מאחורי עולם החוזים, ולא דווקא הרצון והכוונה. שישית, חוזה, מעצם הגדרתו, אינו מעשה עצמאי, אלא מפגש רצונות שמתמזגות בו כוונות של שני צדדים או יותר. כך ביסודם של דיני כריתת החוזה,⁵⁷ למשל, וכך ביסודם של דיני הפרשנות, המכוונים לחשוף את כוונת הצדדים ואת מטרתם המשותפת.⁵⁸ אם כך, החוזה מבטא מעצם מהותו יחס חברתי, ולא מעשה עצמאי המשקף רצון וציפייה הדדית לחליפין ולשיתוף-פעולה, וככזה הוא יוצר יחסי כוח-כפיפות הדדיים, אשר מוכרים אף הם במשפט כמקימים חובות אמון ברמה כזו או אחרת.⁵⁹

56 השוו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993), הקושר את התחזקות מעמדה של חובת תום-הלב במשפט הישראלי עם ירידתה של מערכת הערכים המסורתית, שבמרכזה ערך הסולידריות (שם, בעמ' 120). ראו גם: Menachem Mautner, *Contract, Culture, Compulsion, or: What Is So Problematic in the Application of Objective Standards in Contract Law?*, 3 THEORETICAL INQ. L. 545, 558 (2002) ("Contract-making... is a functional equivalent of trust").

57 ס' 1 לחוק החוזים.

58 ס' 25 לחוק החוזים ועניין אפרופים, לעיל ה"ש 29. ראו גם את דבריה של השופטת ביניש בע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ס.ע.ל.ר. חברה לבנין בע"מ, פ"ד נב(1) 210, 228 (1998): "אחת מן התפיסות הבסיסיות של דיני החוזים הישראליים היא כי הצדדים לחוזה הינם שותפים למטרה משותפת. עליהם לפעול תוך שיתוף פעולה בנאמנות ובמסירות בדרך להשגת המטרה החוזית".

59 כל צד לחוזה חובש ב-זמנית 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, ואילו במעמדו כ"נושה" הוא "כפוף" לכוחו של הצד האחר. במובן זה, עצם הכפיפות יוצרת ציפייה סבירה מצידו של הכפוף – התלויה בכוחותיהם היחסיים של הצדדים לחוזה ובטיב העסקה

לבסוף, כפי שיודגם בפרקים הבאים, הגישה הרואה את רעיון האמון כתיאוריית-על של דיני החוזים יכולה לשמש כלי דסקריפטיבי עקיב לדיני החוזים כולם. לסיכומו של תת-פרק זה, רעיון האמון הבין-אישי אופף את דיני החוזים, והם, מצידם, טומנים בחובם את הפוטנציאל הרב ביותר לבססו, דהיינו, להגביר את הביטחון בהגשמת ציפיותיהם המוצדקות של מרכיבי השיטה המשפטית, את יכולתם לתכנן ולהסתמך על אינטראקציות חברתיות ואת נכונותם לשתף פעולה זה עם זה. באופן זה דיני החוזים משמשים ממילא גם לביסוסה של רמת היציבות והודאות במשפט. זאת ועוד, בחתירתם של דיני החוזים להטמיע תרבות של אמון בין-אישי יש כדי להאיר את מקומם המרכזי בתהליך התפתחותה של התמורה החברתית המתחוללת בישראל, המדגישה את השילוב של אינטרס הפרט עם אחריותו כלפי זולתו, ובגיבושם של התנאים המקדמיים להגשמתם של ערכים חברתיים אחרים – חירויות הפרט וכבוד הדדי – אשר יונקים אף הם מרעיון הציפיות הראויות.⁶⁰

3. על מודל "משולש הציפיות" והקשר שלו לרעיון האמון הבין-אישי

עיון בדוקטרינות החוזיות השונות ובפסיקתו של בית-המשפט העליון בדיני החוזים מעלה כי נוסף על מעמדו הנורמטיבי הרצוי של רעיון האמון הבין-אישי, רעיון זה גם מתאר ומסביר בצורה הטובה ביותר את דיני החוזים ואת התייחסותם לסוגיות מגוונות, דוגמת כריתתו של החוזה, תקפותן המשפטית של הבטחות, פרשנות והשלמה של חוזה, כפיפותו של החוזה לעקרונות-יסוד חברתיים, הסעדים בגין הפרת חוזה ומקומם המרכזי של דיני החוזים במסגרת התמורה החברתית המתחוללת במשפט הישראלי.⁶¹

לנוכח התבססותה של התפיסה כי הדוקטרינות השונות בדיני החוזים יונקות כולן מגישה חברתית רחבה,⁶² וכי בצד האינטרס האנוכי יש להתחשב גם בציפיות המוצדקות של

ביניהם – לקיומם של חובות מסוימות על-ידי בעל הכוח. השוו: Tamar Frankel, *Fiduciary*, *Law*, 71 CAL. L. REV. 795 (1983); זוהר גושן "בעיית הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה 239 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראבילו עורכים, 1996); ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 278 (1984); ס' 193 ו-254 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189; ס' 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, ס"ח 220 וס' 10 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, ס"ח 128.

60 בוקשפן, לעיל ה"ש 3.

61 שם, בחלקו השני של השער השני.

62 השוו Eisenberg, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1752: "[D]octrinal propositions can be ultimately justified only by propositions of morality, policy and experience": 1750; "[T]he premise of substantive legal reasoning is that doctrinal propositions are not

הזולת, מאמר זה מוקדש לזיהוי הקשר בין רעיון האמון כרעיון חברתי לבין המוסד החוזי כרעיון משפטי, ולהדגמת הטענה כי דיני החוזים, על מגמותיהם השונות, אכן קשורים באופן סימביוטי ועקיב לרעיון האמון כרעיון-על חברתי.⁶³ מתודה זו תועיל בזיהוי מעמדו של רעיון האמון הבין-אישי כרעיון אשר מצדיק – אך גם מתאר ומסביר – את דיני החוזים ואת קווייהם המשותפים לתמורה החברתית המתחוללת במשפט, המדגישה את השילוב של חירות הפרט עם אחריותו החברתית והתחשבותו בציפיות הזולת. מכאן שמתודה זו אף תקל את יישומם הקוהרנטי של דיני החוזים ואת התוויית השיקולים לקביעת משקלם של ערכים חברתיים במסגרת דיני החוזים. במילים אחרות, התמורה החברתית היא תמונת-ראי מדויקת של רעיון האמון הבין-אישי, שהרי שניהם מדגישים את האינטרס העצמי בצד ההתחשבות בציפיות הראויות של הזולת.

כפי שכבר צוין, רעיון האמון הבין-אישי צובע בצבעים עשירים ומדויקים יותר את הצדקתם ותיאורם של דיני החוזים בהשוואה לדוקטרינה ההולכת ונחלשת של אוטונומיית הרצון וחופש החוזים הנגזר ממנה. זאת ועוד, ההכרה בכך שדיני החוזים, ואולי אף המשפט כולו, נובעים מציר (axis) אחיד של רעיון האמון והגשמת הציפיות של אלה הקשורים להליך החוזי עשויה לתרום במישרין ליציבות, לוודאות וליכולת ההסתמכות של אדם על רעהו ועל המוסד החוזי בכללותו. יתר על כן, בכך יתרום רעיון האמון הבין-אישי גם לעקיבות, ליציבות ולוודאות ביישומו של חוק החוזים, על מגוון כליו וכלליו, על-ידי עורכי-הדין ועל-ידי בתי-המשפט.⁶⁴

"In contrast to the formal reasoning of classical contract law, modern contract law reasoning is substantive. That is, modern contract law seeks to justify doctrines on the basis of social propositions. Of course, doctrines have a role to play in substantive legal reasoning, but that is because of the social values that underlie doctrinal stability, not because doctrines are either self-evident or established by deduction" – Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 HARV. L. REV. 1057, 1094 (1975).

מתודה זו נסמכת על דמותו של הרקולס – "שופט-העל" שתואר על-ידי דוורקין כעוסק ב"תיאוריה" אשר מתאימה ומצדיקה את רוב ההסדרים המשפטיים הפרטניים: "[A theory] must construct a scheme of abstract and concrete principles that provide a coherent justification for all common law precedents and... Constitutional and statutory provisions as well." Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 HARV. L. REV. 1057, 1094 (1975).

השוו לדבריו של הנשיא ברק בפס' 13 לפסק-דינו בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998): "הבסיס העיוני של ההסדר המשפטי חשוב לקביעת תוכנו וגבולותיו. הבסיס העיוני קובע את דרכי התפתחותו של ההסדר. התאוריה קובעת את הפרקטיקה." עוד ראו דבריו בבג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית

לקראת הפרקים הבאים, ובטרם נצלול לעומקם, נדרשת הבהרה מתודולוגית בדבר אופן בחינתו של רעיון האמון בהקשרם של דיני החוזים. נקודת המוצא צריכה להתחשב בכך שבמוסד החוזי מעורבים שני צדדים לפחות, כמו-גם תכלית חברתית נרחבת הנוגעת בציבור בכללותו.⁶⁵ לפיכך יש לשרש את הדגש החברתי שניתן על-פירוב בדיני החוזים לרצונו – ויותר מכך להסתמכותו – של הנבטחה, באשר גישה זו היא חלקית ואינה הולמת את הדין המצוי והרצוי. גישה כזו באה לידי ביטוי במאמרם הקלסי של פולר (Fuller) ופרדו (Perdue),⁶⁶ שעליו נאמר כי הוא "מילא תפקיד מרכזי בהעברת הדגש מן הרצון של נותן ההבטחה לרעיון בדבר הסתמכותו של הצד האחר על ההבטחה שניתנה לו ועל ההפסד שנגרם לו עקב כך".⁶⁷ גישה זו השתקפה גם בספרו הפרובוקטיבי של גילמור על "מות החוזה" וכן בספרו של עטיה על "עלייתו ונפילתו של חופש החוזים", שהדגישו את רעיון ההסתמכות של מקבל ההבטחה כדרישה מוקדמת לתוקפו המשפטי של החוזה.⁶⁸ לדעתנו, דגש זה אינו מדויק, ואף קל להזמה. הדוקטרינות החוזיות השונות – דוגמת דיני ההצעה והקיבול, דיני הטעות וההטעיה, דיני החוזה הפסול, הדינים העוסקים בתוכנו של החוזה והדינים המסדירים את הסעדים בגין הפרתו – מתעניינות גם ברצונותיו וביציבותו של הצד האחר ושל הציבור, כך שאספקלריה "תלת-ממדית" (תרתי משמע) הולמת יותר את האינטראקציה החוזית. החוזה, כמכשיר ל"החלפת הבטחות", הוא מכשיר משפטי הדדי וחברתי מטבעו, וממילא אין מטרתו בהגשמתה של ציפייה אחת ויחידה. זאת, במיוחד לנוכח התמורה החברתית המתחוללת במשפט הישראלי, אשר בדומה לרעיון האמון הבין-אישי, יעדיה הם חיזוק האינטרס של הפרט בצד התחשבותו ביציבותו המוצדקות של הזולת.

שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, פס' 18 לפסק-דינו (1986):
 "אנו מחפשים את התפיסה העקרונית ולא את היישום האינדיווידואלי. אנו מחפשים את
 ההפשטה, העיקרון, המדיניות והתכלית..."

Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553 (1933) 65

Fuller & Perdue, לעיל ה"ש 14. 66

פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 70. 67

GRANT GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT* (1974); PATRICK S. ATIYAH, *THE RISE AND* 68
FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979). בכתיבה מאוחרת יותר הודה עטיה כי אין די
 בהסתמכות על הזולת, כשלעצמה, להצדיק את אחריותו של הזולת, וכי יש לפנות לערכים
 חברתיים מקובלים כדי להכריע אילו ציפיות ו/או הסתמכויות מצדיקות את הגנת המשפט;
 המשפט – ולא הצדדים – הוא שצריך לקבוע אילו ציפיות הן סבירות ובנות-הגנה. ראו:
 PATRICK S. ATIYAH, *PROMISES, MORALS AND LAW* 68 (1981); PATRICK S. ATIYAH, *AN*
INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT 36 (1995). בכתיבה מאוחרת זו של עטיה ניתן
 למצוא תמיכה, ולו עקיפה, לתזה המובאת במאמר זה, שלפיה דיני החוזים עניינם הוא גם –
 ואולי בראש ובראשונה – הגנה על ציפיות מוצדקות, ולא דווקא על ציפיות סובייקטיביות.

אכן, בהינתן הזיקה בין מושג הציפייה הנובעת מהבטחה רצונית לבין רעיון האמון הבין-אישי, רעיון האמון מוטבע בדיני החוזים ונבחן – גם אם לעיתים ב"תת-מודע המשפטי"⁶⁹ – ביחס לציפיות של שלושת הגורמים המעורבים בהליך החוזי. לכן נכנה מבחן זה "מבחן משולש הציפיות":

1. ציפיותיו של הנבטח (שהוא גם מבטיח בהבטחה הדדית);
 2. ציפיותיו של המבטיח (שהוא גם נבטח בהבטחה הדדית);
 3. ציפיותיו של הציבור – שהוא עד להבטחה ואשר חי על-פי המשפט – ביחס לפעולתו של המוסד החוזי בהבטחת ציפיותיהם המוצדקות של הצדדים לחוזה.
- עיון בדוקטרינות החוזיות השונות ובפסיקותיו של בית-המשפט בדיני החוזים מעלה כי זהו מבחן פשוט, המשתלב עם התמורה החברתית ומנבא בצורה הטובה ביותר את ההסדר המשפטי החקוק או את התוצאה שאליה יגיע בית-המשפט במחלוקת החוזית בחתירתו להטמעה של תרבות אמון.⁷⁰ לעומת זאת, ההתמקדות בציפיותיו של הנבטח בלבד לא רק

69 גישה לטנטית מעין זו משתקפת בכל הקשר הסכמי, לרבות כזה הנוגע בעסקת-טיעון. השוו לדבריה של השופטת ביניש בע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577, פס' 18 לפסק-דינה (2002). השופטת ביניש התייחסה לכך שהסכם מסוג זה מקרין רבות על אמון הציבור בבתי-המשפט, אך מאידך גיסא הוסיפה גם את ההיבט של ציפיית הנבטח: "על כל אלה יש להוסיף כי שיקול משמעותי שעל בית-המשפט להביא בחשבון בטרם יכריע אם לקבל הסדר טיעון או לדחותו, הן ציפיותיו של הנאשם. נאשם אשר הודה על סמך הסדר טיעון ויתר על זכותו לניהול הליך, ויתר על הזכות לחקור את עדי התביעה, ואף ויתר על הסיכוי לזיכוי. אמנם, מבחינה משפטית צרופה ההסכם בינו לבין התביעה הוא הסכם למאמץ מצד התביעה ולא הסכם לתוצאה. התביעה יוצאת ידי חובתה בבקשה עונש בהתאם להסדר הטיעון ובהביאה את נימוקיה לקולת העונש. בכך מולאו ההתחייבויות החוזיות שבין הצדדים. הנאשם אף מוזהר על-ידי סניגורו ובעיקר על-ידי בית-המשפט, כי האחרון אינו קשור בהסכם. עם זאת אין ספק שהנאשם מפתח ציפייה לכך שהתביעה תשכנע את בית-המשפט בצדקת טיעוניה. שיקול זה הוא בוודאי שיקול משפיע, שעל בית-המשפט לשקול בטרם דחיית הסדר טיעון..." (ההדגשות הוספו).

70 כאנלוגיה ל"משולש הציפיות" של דיני החוזים ראו את דבריו של השופט חשין בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, פס' 12 לפסק-דינו (2001), בדונו במבחניה של תניית אי-תחרות: "בית-המשפט אומר, איפוא, להעמיד תניית אי-תחרות בשני מיבחנים מצטברים שענינם סבירות: מיבחן סבירות אחד עניינו סבירות התנייה ביחס המתקשרים ביניהם לבין-עצמם – סבירות התנייה ככל שהמתקשר המתחייב והמתקשר הזוכה נוגעים בדבר – ומיבחן סבירות שני נסוב על סבירות התנייה ככל שהמדובר הוא באינטרס הציבור. שני המתקשרים בהסכם ועימהם תקנת הציבור כמו יצרו משולש, ובתי-המשפט אמורים היו לבחון את שלושת קודקודי המשולש, אם ראויים הם אם לאו. בחינת סבירותה של תניית אי-תחרות אמורה היתה להיעשות, איפוא – בה-בעת – שלוש פעמים: בחינת סבירותה מצידו של כל אחד מן הצדדים המתקשרים – אלו שתי בחינות – ובחינת סבירותה מצידה של תקנת הציבור – הרי שלוש בחינות סבירות לפנינו." (ההדגשה הוספה).

שאינה מסבירה על-פירוב את הסדריו המורכבים של הדין ואת ההנצחה (מוטיווציה) הספונטנית להכרעות החוזיות של בתי-המשפט, אלא יש בה אף כדי להחמיץ מן המהות ההדדית והחברתית השזורה בחוזה ומייעודו של המוסד החוזי לקדם אינטרס אנוכי בצד ההתחשבות בציפיות המוצדקות של הזולת.⁷¹

המוסד החוזי מבוסס על החלפה של הבטחות רצוניות ועל יצירה של ציפיות הדדיות, ומכאן שעל דיני החוזים להתעניין בציפיותיהם הסובייקטיביות של כלל הצדדים לחוזה. עם זאת, בהתחשב בעובדה שעסקינן בציפיותיהם (השונות לעיתים) של שני צדדים ויותר, ובהתחשב בעובדה שהמשפט והחווה הם מוסדות אנושיים-חברתיים, יש להעבירם גם במבחן נורמטיבי ופרגמטי נוסף של ציפיות הציבור, שלרוב אינו שונה מזה הבוחן את ציפיותיהם של המבטיח והנבטח.⁷² נקודת-מבט "מצרפית" זו שומרת על מקומו החברתי של המוסד החוזי באמצעות הרשות המחוקקת והרשות השופטת, מסייעת בתיאום ציפיות ומשקפת את הציפייה וההזדהות של "צרכני חוק החוזים", החיים לאורו של הדין, בדבר

ראו גם את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בפס' 5 לפסק-דינה בע"א 2143/00 לז"ן נ' שולר, פ"ד נז(3) 193 (2003): "עניינו של ההליך השיפוטי אינו מתמצה בקביעת איווני הצדק הפנימי בין הצדדים לחוזה בלבד, אלא בה בעת, תפקידו הוא ליצור איוון והרמוניה בין שיקולי הצדק היחסי בין הצדדים לחוזה לבין עקרונות כלליים של מדיניות חברתית ראויה השוללים חוזים פסולים ומוקיעים מעשי זיוף. בנתונים המצטברים של עניין זה, גוברים שיקולי המדיניות הכללית, ומובילים למסקנה כי אין להושיט סעד של אכיפה לצד לחוזה אשר התנהגותו כלפי הצד האחר נגועה בחוסר תום לב, ומעשיו גוברים בהפרת החוק."

71 מבחן משולש הציפיות, ובמיוחד הרכיב המתעניין בציפיות הציבור, מדגישים את היחס הבין-אישי, את הצורך בשיתוף-פעולה ואת התהליך החוזי הצופה פני עתיד. בכך מבחן משולש הציפיות מכניס מימד דינמי להליך החוזי כהליך היוצר יחס חברתי מתמשך. השוו גם לדבריו של הנשיא שמגר בע"א 3912/90 Eximin תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64 (1993), ולדבריו של Eisenberg, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1813-1814: "The paradigm at the center of classical contract law was a snapshot taken at the moment a bargain was made. In contrast, modern contract law recognizes that contract is a process, so that the picture we see at the time of contract formation, however important, is only one of a series of frames. Unless contract law responds to the whole moving picture, it cannot capture the reality of contract"

72 השוו להצעתו של Mautner, לעיל ה"ש 56, בעמ' 553-559, שלפיה הגישה האובייקטיבית בדיני החוזים מוסברת לאורו של המושג הסוציולוגי של אמון. ראו במיוחד שם, בעמ' 558: "The fact that contract-making serves as a functional equivalent of trust provides an additional explanation for the rise of the objective approach in contract law" כן ראו Pound, AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW, לעיל ה"ש 16, בעמ' 226.

תוכנן והיווצרותן של ציפיות חוזיות ראויות בחברה, בדבר התנהגותם הרצויה של הצדדים ליחס החוזי ובדבר אמינותן של החובות החוזיות.⁷³

מבחן משולש הציפיות, על נדבכו השלישי הסב סביב ציפיות הציבור, מספק הסבר הרמוני להכפפתם לעיתים של דיני החוזים למבחנים אובייקטיביים ולעקרונות-יסוד חברתיים המבקשים להיטמע לתוכה של האינטראקציה החוזית ולפעול בכך להבנייתן של ציפיות בין-אישיות רצויות בשיטת המשפט. אין חולק כי בדיני החוזים, במיוחד המודרניים, הציפייה המוגנת אינה רק זו הסובייקטיבית, אלא גם זו הנורמטיבית, האובייקטיבית והמקובלת על הציבור, ועל-כן ניתן לכנותה "ציפייה מוצדקת" או "ציפייה ראויה".⁷⁴ במילים אחרות, בעוד בדיקת ציפיותיהם של המבטיח והנבטח הינה "פרטית" וסובייקטיבית – דהיינו, כזו המתעניינת בציפיות הצדדים בעת כריתת החוזה⁷⁵ – ציפיית הציבור נבדקת גם באופן נורמטיבי, כלומר, מה הן הציפיות שראוי כי יתלה אדם ברעהו. באמצעות התשובות לשאלות אלה ניתן לשרטט את הגבולות של "חופש ההבטחה"⁷⁶ או "חופש הציפייה". בהתחשבותו בציפיות הציבור, המשפט משקיף על האינטראקציה החוזית כעל "משחק חוזר", ובוחן את הזדהותו של הציבור המצוי מאחורי "מסך הבערות" עם ציפיותיהם של הצדדים. עוד הוא בוחן את ציפיותו של הציבור ביחס לפועלו ולמעמדו של המוסד החוזי בביסוס אמון בין-אישי בין אדם לרעהו בשיטת המשפט. ככזה, הנדבך של ציפיות הציבור אף מכריע במקרים שבהם ציפיית המבטיח וציפיית הנבטח אינן זהות, וכן במקרים שבהם ציפיותיהם של הצדדים זהות אך אינן מתיישבות עם ציפיותיו הרצויות

73 על חשיבותה של הזדהות הציבור עם הנורמה המשפטית ראו: Robert Cooter, *Expressive Law and Economics*, 27 J. LEGAL STUD. 585 (1998); HERBERT L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 79–88 (1961).

74 השוו CORBIN, לעיל ה"ש 21, ס' 1.1: "The law does not attempt the realization of every expectation that has been induced by a promise; the expectation must be a reasonable one. Under no system of law that has ever existed are all promises enforceable. The expectation must be one that most people would have; and the promise must be one that most people would perform". ראו גם את דבריו של אהרן ברק בהקשר של עקרון תום-הלב בספרו שיקול דעת שיפוטי 478 (התשמ"ז): "...המושגיות של תום הלב מטילה אחריות כבירה על השופט... עליו לפעול על פי תחושות המוסר הבסיסיות, ועל פי הציפיות המוצדקות של הציבור הנאור, באשר להתנהגות של צדדים ליחס החוזי." לאסמכתות נוספות התומכות בגישה כי בחובות שהקהילה קובעת עליה לקדם את מטרותיה ואת ערכיה, ולא דווקא לכבד באופן ניטרלי את אלה של הצדדים המתקשרים, ראו FRIED, לעיל ה"ש 11, בעמ' 3.

75 מכאן שאפשר כי בחינה כזו תהיה לעיתים היפותטית, וזאת אם הצדדים לא נתנו את דעתם בפועל להתרחשות עובדתית מסוימת.

76 בהשאלה מדבריו של FRIED, לעיל ה"ש 11, בעמ' 35.

והמוצדקות של הציבור.⁷⁷ בכך יש כדי לחשוף את מעמדם הציבורי של דיני החוזים ואת תפקידם המרכזי כנוגעים באינטראקציות הבין-אישיות השכיחות ביותר. ההתחשבות בציפיות הציבור מקילה את ההזדהות עם המוסד החוזי ועם הציפיות המוגנות באמצעותו, ומספקת יתרון מעשי ככלל הכרעה במצבים השכיחים שבהם קיים קונפליקט בין ציפיותיהם הסובייקטיביות של הצדדים לחוזה. באמת-מידה כזו מוטמעת מאליה מדיניות משפטית המעודדת את מרכיבי השיטה המשפטית להתחשב בזולתם ובדרך שבה מצגיהם והתנהגותם נתפסים בציבור, באופן המבסס את מעמדו של רעיון האמון הבין-אישית כרעיון חברתי העומד מאחורי האינטראקציה החוזית.

ההתחשבות במשולש הציפיות עולה כבר מהגדרת המונח "חוזה", ובמיוחד מהגדרת המונח "הבטחה", שהיא העומדת בבסיסו של החוזה במשפט האמריקאי. סעיף 1 לריסטייטמנט השני בדיני החוזים מגדיר את המונח "חוזה" באופן הבא:

"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."

סעיף 2(1) לאותו ריסטייטמנט מגדיר את המונח "הבטחה" כך (ההדגשות הוספו):

"A promise is a manifestation of intention to act or refrain from acting in a specified way, so made as to justify a promisee in understanding that a commitment has been made."

המונחים המודגשים הם מצטברים, ומעידים על אימוץ של מבחן משולש הציפיות ואולי אף על המדרג הפנימי בין מרכיביו. על-פי הסעיף, הבטחה היא גילוי של כוונה לפעול או להימנע מפעולה מסוימת (ובכך יש כדי לבטא את ציפיותו של המבטיח), הנעשה בצורה כזו שמצדיקה את הבנת הנבטח כי נעשתה התחייבות (ובכך יש כדי לבטא הן את ציפיות הנבטח והן את מבחן ציפיותו של הציבור המשקיף על האינטראקציה). מן הביטוי "so made as to justify" ומן הדרישה של "manifestation of intention" עולה כי הריסטייטמנט השני בדיני החוזים מאמץ אמת-מידה חיצונית ואובייקטיבית לפרשנות ההתנהגות, ולא כזו המתמקדת

77 השוו לכותרת המאמר (ולתוכנו): Johan Steyn, *Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*, 113 LAW Q. REV. 433, 434 (1997): "The law does not protect unreasonable expectations. It... protects only expectations which satisfy an objective criterion of reasonableness... reasonableness postulates community values. It refers not to the standards of Lord Eldon's day. It is concerned with contemporary standards not of moral philosophers but of ordinary right thinking people"

בכוונה ובציפייה שבלב כמבחן הקובע לעניין מתן ההתחייבות וקיומה. הריסטייטמנט פוזל
אם כן לדרך שבה ההבטחה נתפסת בעיני הציבור – ולא דווקא בעיניים הסובייקטיביות של
המבטיח או של הנבטח – כאל אמת-המידה המכריעה אם הציפייה שבה מדובר תיחשב
הבטחה חוזית אם לאו.⁷⁸

הגדרה נוספת ומקיפה יותר למונח "הבטחה" מובאת אצל קורבין. הגדרה זו מחדדת עוד
יותר את מרכיביו של מבחן משולש הציפיות:⁷⁹

"A promise is an *expression of commitment* to act in a specified way, or
to bring about a specified result in the future, or to take responsibility that
the result has occurred or will occur, *communicated in such a way that the*
addressee of the expression may justly expect performance and may
reasonably rely thereon."

בדומה להגדרת הריסטייטמנט השני, וכפי שניתן לשמוע בביטויים *justly expect* ו-
reasonably, גם בהגדרה זו קיים מעמד מכריע לציפיות הציבור ה"צופה" בהתחייבות
ומעריך אם ציפיותו והסתמכותו של הנבטח עליה מוצדקת וסבירה. זאת ועוד, השימוש
במונח *commitment* והדרישה לביטוייה ולהפצתה של ההתחייבות על-ידי המבטיח מדגישים
גם את ציפיותו-הוא, ולא רק את ציפיותו והסתמכותו של הנבטח.⁸⁰
התחשבות בולטת במשולש הציפיות מצויה בסעיף מרכזי נוסף – אולי המרכזי ביותר –
בריסטייטמנט השני בדיני החוזים, הוא סעיף 90 (ההדגשות הוספו):⁸¹

"(1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce
action or forbearance on the part of the promisee or a third person and
which does induce such action or forbearance is binding if injustice can

78 השוו להערה השנייה (comment b) לס' 2 לריסטייטמנט השני בדיני חוזים, לעיל ה"ש 12.

79 CORBIN, לעיל ה"ש 21 (ההדגשות הוספו).

80 בחינת ציפיותיו של המבטיח כמרכיב מרכזי בהבטחה החוזית משתמעת גם מהערתו של
CORBIN, שם, ס' 13: "A man will be held to have made a promise if he has reason to
know that his words or other conduct may reasonably cause another to believe that a
promise is being made and such belief actually results, even though he does not himself
intend to convey such a meaning".

81 ס' 90 לריסטייטמנט השני בדיני חוזים תואר כ-"most notable and influential rule" (ראו: E.
"perhaps the most radical and expansive development of this century in the law of promissory
liability" (ראו: Charles L. Knapp, *Reliance in the Revised Restatement: The Proliferation of Promissory Estoppel*, 81 COLUM. L. REV. 52, 53 (1981)).

be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.

(2) A charitable subscription or a marriage settlement is binding under Subsection (1) without proof that the promise induced action or forbearance.”

שלוש ההדגשות מבליטות, לפי סדרן, את ההתייחסות לציפיית המבטיח () which the) which does induce such action or (, לציפיית הנבטח () (promisor should reasonably expect... if injustice can be avoided only by enforcement of the) ולציפיית הציבור () (forbearance... promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires) וראו גם את הביטוי reasonably ביחס למבטיח ברישא של הסעיף). רק הצטברותם של שלושת המרכיבים הללו מקימה עילה חוזית לפי סעיף 90 לריסטייטמנט השני, הנוצרה בשיקולי ציפיה והסתמכות של שלושת הגורמים המעורבים באינטראקציה החוזית. הצטברות זו של שלושת המרכיבים אף מבליטה את העובדה שגם בסעיף זה ההבטחה – כמקור להסתמכות – היא-היא העיקר.⁸²

כעת נפנה להדגמת ההתחשבות ברעיון האמון הבין-אישי באמצעות מבחן משולש הציפיות בחקיקה ובפסיקה הישראליות העוסקות בדוקטרינות מרכזיות דיני החוזים – דיני החוזה הפסול, דיני תום-הלב ודיני כריתת החוזה.⁸³ כפי שנראה, דיני החוזים פורטים את רעיון האמון המופשט לנורמות התנהגות המיועדות להעצמתו, וכל זאת באמצעים הצהרתיים ומעשיים המיועדים לבסס את ציפיותיהם המוצדקות של אלה הקשורים לאינטראקציה החוזית ומסתמכים עליה, דהיינו: המבטיח, הנבטח והציבור.

82 בהקשר זה ראוי להזכיר את טענתם של Yorio & Thel, לעיל ה"ש 26, שלפיה סעיף זה עניינו – כמו כל דיני החוזים – בהגנה על ההבטחה, ולא על הרעיון הנזיקי של הסתמכות: “Like the rest of contract law, Section 90 is about promises... Section 90 has greatly expanded the scope of civil liability in twentieth-century American law. Contrary to received wisdom, that expansion has occurred in the contractual context of promise rather than the tort-related context of reliance. Far from evidencing the death of contract, the application of Section 90 by the courts demonstrates that promise is more vital than ever” (שם, בעמ' 167–166); “That courts enforce promises rather than compensate reliance under Section 90 is powerful evidence that the basis of the section in the courts is promise” (שם, בעמ' 130).

83 להדגמה נרחבת יותר ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 3, בחלק השני בשער השני.

פרק ב: דיני החוזה הפסול ודיני תום-הלב בראי משולש הציפיות**1. דיני החוזה הפסול**

סוגיית החוזה הפסול – דהיינו, חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי-חוקיים, בלתי-מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – מוסדרת בסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים.⁸⁴ סעיפים אלה, אולי יותר מסעיפים אחרים בחוק החוזים, מערימים קשיים עיוניים לא-מבוטלים על הצדקתה של תיאוריית הרצון כבסיס לדיני החוזים. לפי הגישה המוצעת במאמר זה, רעיון האמון הבין-אישי, אשר דיני החוזים חותרים אליו באמצעות התחשבות במשולש הציפיות, מהווה רעיון עקיב המסביר את מקומם האינטגרטיבי וההרמוני גם של סעיפים אלה במסגרת דיני החוזים.

עיון בפסיקה שדנה בסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים מעלה כי השימוש בהם מוצדק לאור מבחן משולש הציפיות, ובמיוחד לאור נדבכו השלישי, העוסק בציפיות הציבור. נדבך זה מבקש, בין היתר, לרתום את דיני החוזים כאמצעי להבנייתן של ציפיות רצויות – ולא רק מצויות – ביחסים שבין אדם לרעהו. באמצעות סעיף 30 לחוק החוזים, החובה להתחשב במסגרת האינטראקציה החוזית בעקרונות-יסוד ובערכים חברתיים מגוונים נקשרת אל רעיון האמון הבין-אישי והאמון במוסד החוזי. סעיף זה תוחם ומשריש ציפיות מוצדקות וראויות במסגרת היחסים הבין-אישיים. לא בכדי תואר סעיף 30 לחוק החוזים כ"מכשיר משפטי עיקרי – בצד עקרונות אחרים, כגון תום הלב – אשר באמצעותו מובטחת ההרמוניה הכללית בשיטת המשפט. זהו הכלי המרכזי המשקף את 'אושיות היסוד של הסדר החברתי'".⁸⁵ הרמוניה זו מובטחת באמצעות תוצאת הסעיף – בטלותו של חוזה בלתי-חוקי, בלתי-מוסרי או כזה הסותר את תקנת הציבור. תוצאה זו מבססת את גבולותיהן של הבטחות וציפיות לגיטימיות בשיטה המשפטית, כמו-גם את מקומו של המוסד החוזי במארג החברתי הכולל.⁸⁶ אם כך, במובן העמוק אין בסעיפי החוזה הפסול כדי לסטות מעניינם של דיני

84 ס' 30: "חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל."

ס' 31: "הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו."

85 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 4, פס' 22 לפסק-דינו של השופט ברק.

86 ראו את דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(4) 749 (1995), בעמ' 775 (הזרמת עקרונות-היסוד של השיטה דרך ס' 30). כן ראו עניין קסטנבאום, שם.

החוזים, אלא להפך: מכיוון שהאינטראקציה החוזית יונקת מהתחשבות בציפיות הזולת, גם ההתחשבות בעקרונות היסוד של השיטה – כחלק מציפיותיהם של הצדדים לאינטראקציה החוזית – אינה זרה לה. בדרך זו אף מחוזקים האמון הבין-אישי והאמון במוסד החוזי, בהשוואה לגישה המעניקה תוקף קנאי לכלל ההבטחות בשיטה המשפטית.⁸⁷ מזווית אחרת, קביעתו של סעיף 30 לחוק החוזים מסייעת להבנות תרבות אנושית וחברתית המגינה על מוסד הציפייה והאמון במובנם הרחב, בשקפה את ציפיותו של המתקשר החוזי המצוי מאחורי "מסך הבערות". מתקשר כזה תופס הבטחות אשר יצירתן, תוכנן או מטרותן סותרים את החוק, את המוסר או את תקנת הציבור כמספנות את עצם התשתית החברתית, וממילא גם את המוסד החוזי שניזון ממנה. מכאן שמוצדק שדיני החוזים ישרטטו מכוחם-הם את גבולותיו של חופש החוזים הקבוע בסעיף 24 לחוק החוזים, כמו-גם את גבולותיהן של הציפיות הראויות בשיטת המשפט.⁸⁸

סעיף 30 לחוק החוזים הינו אחד הכלים המרכזיים הפועלים להטמעת הרעיון החברתי של האמון הבין-אישי ולביסוס הגשמתן של ציפיות הפרט בצד ציפיותיהם של הזולת והציבור. כאמור, עיקרו של סעיף 30 לחוק החוזים בהגשמה של ציפיות רצויות, ולא רק מצויות, ובכך הסעיף "שובר" את הכשל המעגלי הקיים כביכול בין רעיון האמון לבין רעיון הציפייה. אף שאמון מקרין על הציפייה, בהיותו הגורם העיקרי המאפשר אותה, ואף שהציפייה והגשמתה מקרינות על תחושת האמון, סעיף 30 לחוק החוזים מסייע להפנים את התובנה כי אין לשאוף להגשמתה של כל ציפייה שהיא כדי לבסס את רעיון האמון. הגשמה של ציפייה פסולה יש בה דווקא כדי לחתור תחת רעיון האמון הבין-אישי והאמון במוסד החוזי, ולכן קל להצדיק את השתייכותו של סעיף 30 לדיני החוזים ואת דרישתו לבחינת רציותן של הציפיות ואי-הסתפקותן בבחינה סובייקטיבית שלהן.⁸⁹ בדרך זו נבנים ציפיות ואמון לא רק במוסד החוזי, אלא גם בשיטה החברתית כולה, במרכיביה וביחסים הבין-אישיים המתקיימים בה.

על-אף מקומן הבכיר של ציפיות הציבור במסגרת סעיף 30 לחוק החוזים, דיני החוזה הפסול אינם מזניחים גם את צלעותיו האחרות של משולש הציפיות – אלה הנוגעות בציפיותיהם הסובייקטיביות של הצדדים לחוזה הפסול. בעוד סעיף 30 לחוק החוזים עיקרו במבחן האובייקטיבי-הנורמטיבי, סעיף 31 לחוק החוזים מאפשר, בנסיבות מסוימות,

87 ראו גם ס' 1 להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 10.

88 ס' 24 לחוק החוזים קובע כי "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים."

89 בדומה ליעדיהם של סעיפי תום-הלב בדיני החוזים, שעליהם נאמר בע"א 2643/97 גזו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, פס' 15 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2003): "התנהגות היא בתום-לב אם היא עולה בקנה אחד עם 'הסטנדרטים הערכיים הראויים של החברה הישראלית, כפי שבית המשפט מבין אותם מעת לעת'..."

להתחשב גם בציפיות האותנטיות של הצדדים להסכם. מחד גיסא, סעיף 31 לחוק החוזים מאפשר אומנם לחדד את נדבך ציפיות הציבור, קרי, להביע סלידה והרתעה ממעורבות בחוזה הפסול, ולפטור צד לחוזה הפסול והבטל מחובת ההשבה, כולה או מקצתה, "אם ראה [בית-המשפט] שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון". מאידך גיסא, סעיף זה מאפשר להתחשב גם בציפיות הסובייקטיביות של הצדדים לחוזה, ולחייב את הצד האחר לקיים את החיוב שכנגד, כולו או מקצתו, "במידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה". במצב כזה הבטלות המוצהרת בסעיף 30 לחוק החוזים היא מרוככת ויחסית בלבד.⁹⁰ משמעות הדבר היא שכיום כבר "אין כל טעם ואין כל משמעות להתמקד בדיבור 'בטל' בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי)", תוך ניתוק מהוראות הסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי),⁹¹ שכן שתי הוראות אלה "משלימות זו את זו ומסייגות זו את זו", ויש ביניהן "אפקט של כלים שלובים", כך שרק "האיזון הפנימי בין שתי ההוראות קובע את דין החוזה האסור".⁹²

במילים אחרות, סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים יוצרים סנתזה ייחודית למשפט הישראלי,⁹³ המתחשבת בזמנית בשלל הציפיות המעורבות באינטראקציה החוזית – אלה של הצדדים וזו של הציבור. קריאה של סעיף 30 לחוק החוזים, המתחשב בעליל בעניינם של צדדים שלישיים ושל הציבור הרחב, עם סעיף 31, ובמיוחד עם הסיפא שלו, מעלה כי עניינם גם בציפיות הסובייקטיביות של הצדדים. סלידתם של המחוקק ושל הציבור מחוזה פסול היא ברורה, אך גם התנכרות רבתי ובכל תנאי מציפיותיהם של הצדדים לחוזה אינה רצויה.⁹⁴ בדרך-כלל תלויה בטלותו של החוזה הפסול בחובת השבה, ובכך יובטח כי תוצאת הבטלות לפי סעיף 30 לחוק החוזים מתיישבת עם ציפיות הצדדים (לא להותיר תועלות שהועברו לצד האחר בידיו כאשר החוזה אינו קיים) ועם דוקטרינות נוספות בדיני החוזים

90 כך גם עולה מהאפשרות לבטלותו החלקית של החוזה האסור, אם ניתן להפריד בין החלק הבטל לבין שאר חלקי החוזה (כאמור בס' 19 לחוק החוזים, אשר ס' 31 מפנה אליו).

91 עניין זגורי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 779.

92 שם, בעמ' 780.

93 "הוראות אלה הן אחד מעיקרי חידושיו של חוק החוזים (חלק כללי), אין להן אחר ורע במשפט המשווה... הדין הישן – אשר יובא בעיקרו מהמשפט המקובל האנגלי – בוטל. שוב אין תחולה לגישה כי החוזה הפסול הוא 'מוקצה', כי אין ידי השופט נוגעות בו, וכי הפסד נשאר במקום בו הוא נוצר – אין השבה ואין אכיפה" (שם, בעמ' 768).

94 ראו גם את דבריו של דניאל פרידמן "תוצאות אי-חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30–31 לחוק החוזים (חלק כללי)" עיוני משפט ו 172, 191 (1978): "אם ניתן לתאר את גישת הדין הקודם [אשר לא הצמיח כל סעד לחוזה הפסול – ע' ב'] כגישה אמוציונלית, נוכל לומר כי חוק החוזים המירה בגישה רציונלית."

העוסקות בכשלון החוזה.⁹⁵ אומנם, במקרה של חוזה פסול בית-המשפט רשאי, כאמור, גם לפטור מחובת ההשבה, כולה או מקצתה, וזאת בעיקר בשל שיקולי הרתעה והטמעה של ציפיות רצויות, אך בהקשר רלוונטי יותר לענייננו בית-המשפט אף רשאי, "...אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון... ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו".⁹⁶ בבסיס האמור עומד ביצועו של צד לחוזה, המחזק את אינטרס הציפייה, אשר קיבלה מימד חזק יותר בלבוש של הסתמכות וביצוע. עם זאת, יש להניח כי בית-המשפט ישתמש בסמכותו זו להגשמת ציפיות הצדדים לחוזה הפסול רק במקרים שבהם ציפיית הציבור לא תראה הגשמה זו כמייבאת ציפיות בלתי-רצויות לשיטת המשפט.

אם כך, קריאה אינטגרטיבית של סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים מצביעה על שילוב הרמוני של ציפיות הציבור עם ציפיות הצדדים. בכך מוגשמת התכלית הכפולה – למעשה, המשולשת – של סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים: "מחד גיסא, הגשמת המדיניות החברתית המונחת ביסוד הפסלות של החוזה; מאידך גיסא, הגשמת תוצאה צודקת ביחסים שבין הצדדים באופן שלא יצא חוטא נשכר".⁹⁷ ציטוט זה אינו משתמש אומנם במונח "ציפיות הצדדים", אך מהי "תוצאה צודקת ביחסים שבין הצדדים באופן שלא יצא החוטא נשכר" אם לא הגשמת אינטרס הציפייה וההסתמכות, במיוחד בהינתן שהסמכות לפי סעיף 31 סיפא לחוק החוזים מותנית בכך שצד אחד כבר ביצע את חיובו לפי החוזה. אשר על-כן, חדשנותו של סעיף 31 לחוק החוזים נעוצה בכך שהוא מאפשר איון נכון ומעודן בין ציפיותיהם של כלל הגורמים המעורבים בהליך החוזה. דיני החוזה הפסול מדגימים בכך את התחשבותם במשולש הציפיות, אף שקיימת בהם העדפה של נדבך ציפיות הציבור עקב תפקידם העיקרי להשריש ציפיות מוצדקות וראויות.

95 דוגמת ביטול חוזה בשל פגם בכריתתו, ביטול חוזה על-תנאי שלא התקיים בו התנאי המתלה או שהתקיים בו התנאי המפסיק, ביטול חוזה מסוכל וביטול חוזה עקב הפרתו.

96 על כך אמר הנשיא ברק בעניין זגורי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 781: "משהפעיל בית המשפט את סמכותו בעניין קיום החיוב, הופך חיוב זה לחיוב חוזי כשר ותקף." קביעתו של בית-המשפט בעניין זה הינה קונסטיטטיבית. ביחס לתחולת החריג האמור קבע הנשיא ברק (שם, בעמ' 784): "לעניין הקיום, נקודת המוצא הינה כי החיובים הנובעים מהחוזה הפסול הם בטלים. אין אפוא חובה לקיימם. זהו הכלל, ואילו צו לקיום החיוב הוא החריג. במסגרת החריג יתחשב בית המשפט – כמו בעניין ההשבה – בדרגת החומרה של אי החוקיות, במידת האשמה של הצדדים, במידת הביצוע של החוזה הפסול, ובאינטרסים של צדדים שלישיים הקשורים בקיום החיוב". אף שציפיותיהם של הצדדים והציבור אינן נמנות כאן במפורש ובמישרין, ברי שהן עומדות מאחורי התת-שיקולים שהובאו להצדקת החריג המרכז את בטלותו של החוזה הפסול. ראו גם את פסק-דינו של השופט פוגלמן בע"א 4305/10 אילן נ' לוי (פורסם בנבו, 9.5.2012).

97 שם, בעמ' 782.

המחשה לדברים אלה ניתן למצוא בפסק-הדין בעניין זגורי. בפסק-דין זה נידון סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, כביטוי פרטי של סעיף 30 לחוק החוזים. סעיף זה קבע כי לא תינתן תוספת שכר או הטבה כספית לעובדיו של כל גוף שמתקצב או נתמך על-ידי הממשלה, מעבר למה שהוסכם לגבי כלל עובדי המדינה, אלא באישור שר האוצר.⁹⁸ לפי ניסוחו של הסעיף, הסכם כזה שלא קיבל את האישור המתאים ייחשב "בטל". באותו מקרה נכרת הסכם לפרישה מוקדמת בין העותר לבין המשיבה (השלישית), שהייתה "גוף מתקצב", ובו התחייבה האחרונה לשלם לעותר פיצויי פרישה בסך 200% ממשכורתו בעבור כל שנת עבודה. משדווח לדיקטוריון של המשיבה על ההסכם, וכן על מכתב ממשרד האוצר המתריע כי ההסכם חורג משכר העובדים, הוקפא ביצועו של ההסכם, והעותר פרש לגמלאות תוך קבלת פיצויי פיטורים בשיעור רגיל. העותר תבע לקבל את הסכום שהובטח לו או לחלופין לחזור לעבודה, אלא שבמהלך בירור העתירה לפני הערכאות השונות מלאו לו שישים וחמש שנים, ועל-כן ירדה מן הפרק האפשרות להחזירו לעבודה.

על-אף קיומה של החזקה הפרשנית הקבועה בסעיף 27(ב) לחוק החוזים, שלפיה הסכמת אדם שלישי הדרושה לחוזה תיחשב תנאי מתלה, סיווג הנשיא ברק את המסכת העובדתית במסגרת דיני החוזה הפסול, וזאת לאור בחינת ציפיותיהם האותנטיות של הצדדים לחוזה כפי שאלה נגזרות מההליך הפרשני,⁹⁹ אך גם לאור ההתחשבות בציפיות הציבור והשרששתן

98 בשנת 1998, לאחר שניתנה הלכת זגורי, תוקן חוק יסודות התקציב, והוראות ס' 31 לחוק החוזים סויגו לגביו. כך קובע ס' 29(א) לחוק לאחר תיקונו: "הסכם או הסדר ששר האוצר ראה לגביו כי הוא נוגד את הוראות סעיף 29(א) וכי חלות עליו הוראות סעיף 29(ב), לא יחולו עליו הוראות סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973." עם זאת, הסמכות ל"החייאה חלקית" של ההסכם לא נשללה כליל, והועברה מבית-המשפט אל שר האוצר (אשר אצל את סמכותו זו לממונה על השכר ב"פ 4647, בעמ' 3754), כקבוע כיום בס' 29(ב)(2) לחוק יסודות התקציב.

99 בהערת-אגב יצוין כי סיווג החוזה כפסול – על-אף התיג השלילי הטבוע בסיווג כזה – סייע בסופו של עניין לעותר, שכן כעת נפתחה לפניו הדרך לקבל ביצוע חלקי של החיוב שהובטח לו, וזאת מכוח ס' 31 סיפא לחוק החוזים, אשר חל על חוזה פסול אך לא על חוזה על-תנאי. תוצאה זו, מלבד היותה רצויה לעותר, מתיישבת גם עם ציפיית הצדדים בנסיבות המקרה לקיומו של החוזה, ולא להתלייתו. אם כך, שאלת הסיווג של חוזה לתחומו של ס' 30 לחוק החוזים נהפכת כיום לחריפה פחות לאורו של ס' 31 לחוק החוזים, ומטרתה, כך נראה, דקלרטיבית בעיקר. לפני חקיקתם של ס' 30 ו-31 לחוק החוזים נרתעו בתי-המשפט מסיווגו של חוזה כבלתי-חוקי – לא מעט בשל התוצאות הקשות שמסקנה כזו גררה אחריה (וראו את דבריו של השופט ח' כהן בע"א 41/75 נילי נ' שלומי, פ"ד (2) 3, 7 (1976): "לא זו בלבד שאין אני מחפש אי-חוקיות, אלא מחפש אני דרכים שלא למצאה"). כיום, לעומת זאת, בית-המשפט פועל באופן נאמן יותר למשולש הציפיות לאורו של ס' 31 לחוק החוזים, המקל על

של ציפיות רצויות שחוק יסודות התקציב חפץ בהטמעתן.¹⁰⁰ אף-על-פי-כן, בשל השימוש בסעיף 31 סיפא לחוק החוזים בנסיבות המקרה, הפגיעה בתוקף החוזה לא הייתה כה מוחלטת, והמקל (המשולש) הוחזק במידה רבה מכל קצותיו. מאחר שבנסיבותיו של עניין זגורי כבר מילא העובד-העותר את חלקו על-פי החוזה שנכרת, אף אם בניגוד להוראת סעיף 29(א) לחוק יסודות התקציב, מתחדדות ביתר שאת ציפיותו והסתמכותו, כמו-גם תחושתם של קוראי פסק-הדין לגבי שאלת ביצועו ההדדי של החיוב וההבטחה שנטל על עצמו המעביד. בית-המשפט ביקש אומנם להרתיע מפני יצירת ציפיות וכריתת חוזים מסוג זה, לנוכח פגיעתם בחוק הנוגע בהסכמי שכר במגזר הציבורי, אך בו-בזמן ביקש בית-המשפט להתחשב גם ב"צדק היחסי שבין הצדדים", הואיל ואחד מהם ציפה לקיומה של הבטחה שניתנה לו, ואף הסתמך עליה באופן מעשי וניכר. בית-המשפט הלך בין הטיפות והציפיות, וקבע באופן מודרג כי החוזה בטל, אך לאחר-מכן מנה שיקולי צדק התומכים בציפיות העובד, והמשיך והתייחס למימוש חלקי של ההתחייבות כלפיו במטרה להימנע מפגיעה בציפיות רצויות.¹⁰¹

בית-המשפט לממש את ציפיותיהם הסובייקטיביות של הצדדים הן בנוגע לביצועו (החלקי) של החוזה והן בנוגע לעצם סיווגו.

100 "לא כל איסור שבחוק הופך את החוזה ל'בלתי חוקי', ובכך מכניס את החוזה המפר את הוראות החוק לגדר של סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי)... חוזה הוא 'בלתי חוקי' לעניין סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) אם האיסור הקבוע בחוק על כריתתו, תוכנו או מטרתו של החוזה הוא כזה, שלשם הגשמתו של האיסור יש להביא לפגיעה בתוקף החוזה עצמו, ולא להסתפק בסנקציות לבר-חוזיות כלפי המתקשרים... אכן, בכל מקרה על בית המשפט לשקול, מחד גיסא, את הערך החברתי שבהגשמת האוטונומיה של הרצון הפרטי, המצדיקה הכרה בתוקף החוזה, ומאידך גיסא, את הערכים החברתיים אשר החוק הספציפי מבקש להגשים, ערכים המצדיקים אי-הכרה בתוקף החוזה... פגיעה בחוזה הוא עניין רציני, שכן הוא פוגע באוטונומיה של הרצון הפרטי. פגיעה זו מוצדקת רק אם הגשמת מטרת החוק אינה מתיישבת עם המשך קיומו של החוזה. בגיבוש תכלית החוק יתחשב בית המשפט במבנה הכללי של ההסדר ובסנקציות שהוא קובע; הוא יתחשב בסוג ההסדרים ובטיפוסייהם; הוא יתחשב בסוג הסנקציות שהחוק קבע ובהשפעתן על הגשמת האינטרסים שהחוק נועד להגן עליהם; הוא יתחשב בחוקים בעניינים דומים; הוא יתחשב באופי המצווה או המדריך של ההסדר; הוא יתחשב באינטרס החברתי שעליו נועד האיסור של החוק להגן ובעוצמתו של אינטרס זה; הוא יתחשב במידה שהגשמת החוזה פוגעת באינטרס חברתי זה; הוא יתחשב בשאלה אם המשך קיום החוזה פוגע בלב ההסדר החוקי או בשוליו. על יסוד כל אלה הוא ייתן תשובה לשאלה, אם הסכם שנכרת בניגוד להוראות החוק הוא 'לא חוקי' אם לאו." עניין זגורי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 768–771.

101 "החוזה שנכרת בין העותר לבין המשיבה נוגד את הוראות סעיף 29(א) לחוק יסודות התקציב. החוזה הוא בטל. בדיונים הראשונים לפני בית הדין האזורי לעבודה הסכים העותר לחזור לעבודה ולהחזיר את הכסף שקיבל. אפשרות זו חדלה להיות מעשית במשך הזמן... אפשרות זו שוב אינה מעשית, ולו מהטעם כי העותר הוא כבר בן למעלה משישים וחמש שנים, ואין כל

אכן, בית-המשפט הלך בין הטיפות, בדרך הארוכה והראויה שמתווים סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים, ואיזן בצורה מרשימה בין שלוש הציפיות שהיו מעורבות בהליך החוזי. התחשבותו של בית-המשפט בציפיות הצדדים עצמם נעשתה באמצעות צו לקיום חלקי, ולא באמצעות צו לפיצויים, וזאת הן בשל העובדה שתוצאת הפיצויים אינה מנויה בסעיף והן בשל כך שההגנה ה"דקלרטיבית" על ציפיית הצדדים מקבלת ביטוי חזק יותר כאשר נעשה שימוש בצו לקיום החיוב שכנגד (אף אם באופן חלקי).¹⁰² בכך יצר בית-המשפט מציאות נורמטיבית חדשה, הנשענת על רעיון האמון הבין-אישי, האמון במוסד החוזי ומשולש הציפיות, וחיזק אותם יותר מכל תוצאה משפטית חלופית.

2. דיני תום-הלב

בעוד דיני החוזים חותרים להגשמתו של רעיון האמון הבין-אישי באמצעות משולש הציפיות, הנוצר בדרך-כלל מההבטחה ומרצוניותה, בא עקרון תום-הלב, הקבוע בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי),¹⁰³ ופועל – בזכות עצמו ובמישרין – לביצורה של תחושת אמון בין-אישי. מאחר שכך הדבר במהלך המשא-ומתן החוזי וכך הדבר גם במהלך קיומו של החוזה,¹⁰⁴ כיום "...חייו של החוזה ומותו – החל במשא ובמתן ליצירתו, עבור

אפשרות להחזירו לעבודה. השאלה היחידה היא אפוא, אם יש להעניק לעותר את פיצויי הפיטורין שאותם התחייבה המשיבה לשלם לו ולא שילמה לו... האם יש מקום להורות על קיום חיוב המשיבה, כולו או מקצתו? [ופה – כנראה כדי לפייס ולהלום את ציפיות הציבור – הפנה הנשיא ברק לדבריו של בית-הדין האזורי לעבודה, שלפיהם כבר הופעלה בעבר תוכנית הבראה שעל-פיה קיבלו העובדים דמי פרישה בשיעור 170% מהמשכורת החודשית, ותוכנית זו זכתה באישורו של שר האוצר – ע' ב'... בנסיבות אלה נראה לי כי על-פי הסמכות הנתונה לבית המשפט לפי סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), ניתן להורות על קיום חלקי של התחייבות המשיבה כלפי העותר, בשיעור של 170% מהמשכורת החודשית, ולא בשיעור של 200% כפי שהוסכם בין הצדדים. זהו לדעתי שימוש ראוי בשיקול הדעת השיפוטי. יש בו עשיית צדק (חלקי) בין הצדדים. אין בו מתן הוראה לבצע הסכם בלתי חוקי (שכן אין הוראה לשלם 200%), ויש בו קיום אותו חלק של ההסכם שהאוצר היה, ככל הנראה, מאשר... הנמקה זו אינה נגזרת, כדעת בית הדין האזורי לעבודה, מתאוריה של פיצוי על הפרת הסכם. הנמקתנו נגזרת מהוראת סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), שעניינה מתן צו לקיום חלקי של חיוב המעביד." שם, בעמ' 794–795.

102 בדומה להגנתה המוגברת של הציפייה באמצעות סעד האכיפה בגין הפרת חוזה בהשוואה לסעד הפיצויים.

103 ולאחרונה אף בס' 2 להצעת חוק דיני ממונות, במסגרת הפרק הראשון העוסק בעקרונות-יסוד: "בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב".

104 על הרציונל לסעיפים אלה אמר בית-המשפט בע"א 207/79 רביב משה ושו"ת בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533, 543–544 (1982): "הוראה זו [של סעיף 12 לחוק החוזים – ע' ב'] מטילה 'חסי אמון' מיוחדים על הנוטלים חלק במשא והמתן החוזי, ובכך מורחב האמון

לתוכן חיוביו וכלה בסימומו – נשלטים על-ידי עקרון תום הלב,¹⁰⁵ עד כדי כך שאי-אפשר עוד לחמוק מן המסקנה כי רעיון האמון ומשולש הציפיות הוא אכן זה האופף את המוסד החוזי יותר מכל רעיון אחר.¹⁰⁶

החוזי, שמקורו בסעיף 39 לחוק החוזים, לעבר השלב הטרומי חוזי... משמעותה של חובה זו לנהל משא ומתן בדרך מקובלת ובתום-לב היא, כי המנהלים משא ומתן זה עם זה, חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר ובהגינות. שוב אין הם 'זרים' זה לזה, אלא הדין יוצר ביניהם 'קירבה', היוצרת ציפיות, והמטילה חובה של התחשבות. "עיקרון זה מוכר גם במשפט האמריקאי, אם כי שם לא נעשה בו שימוש גורף כמו בישראל. ראו ס' 205 לריסטייטמנט השני בדיני חוזים, לעיל ה"ש 12; ס' 1-203 ל-U.C.C. Uniform Commercial Code). ס' 205 לריסטייטמנט קובע: "Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement". ההרגשה הוספה). ההערה לס' 205 מציינת:

"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* [emphasis added]; it excludes a variety of types of conduct characterized as involving 'bad faith' because they violate community standards of decency, fairness or reasonableness. The appropriate remedy for a breach of the duty of good faith also varies with the circumstances... d. *Good faith performance*. Subterfuges and evasions violate the obligation of good faith in performance even though the actor believes his conduct to be justified. But the obligation goes further: bad faith may be overt or may consist of inaction, and fair dealing may require more than honesty. A complete catalogue of types of bad faith is impossible, but the following types are among those which have been recognized in judicial decisions: *evasion of the spirit of the bargain* [emphasis added], lack of diligence and slacking off, willful rendering of imperfect performance, abuse of a power to specify terms, and interference with or failure to cooperate in the other party's performance".

105 ע"א 7824/95 תשובה נ' בר נתן, פ"ד נה(1) 303, 289 (1998).

106 ראו את דבריו של ברק בפרק ההקדמה, בעמ' כא, לספרם של גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (2009) על-אודות תחולתו של עקרון תום-הלב במסגרת חוק התרופות.

כפי שטענו והדגמנו במקום אחר,¹⁰⁷ עקרון תום-הלב משתייך באופן הרמוני לממלכתם של דיני החוזים.¹⁰⁸ ברוח אחת ממשמעויותיה האטימולוגיות של המילה "תום" כשלמות, ניתן להשקיף על עקרון תום-הלב כנובע וכשואב את חיותו ואת תכניו כחלק מתוך שלם ומאותו רעיון הצדקה בסיסי – מאותה תיאוריית-על או מהות אחת הניצבת מעל דיני החוזים בכללותם – הוא רעיון האמון הבין-אישי. הכרה בכך שהן עקרון תום-הלב והן דיני החוזים – ואולי אף המשפט כולו – נובעים מציר (axis) אחיד של רעיון האמון, וראיית עקרון תום-הלב כחלק מתוך שלם וכאמצעי משלים להשגת אמון כאשר זה מתערער במערכת הטרום-חוזית, החוזית ואף הכלל-משפטית, עשויות לתרום לעקיבות באופן שבו עורכי-הדין ובתי-המשפט מיישמים את חוק החוזים, וממילא ליציבות ולוודאות. נוסף על כך, אם אמון הוא דבר חיוני בשעה שהפרט מהרהר לפני מעשה אם להתחייב לפעולה שתוצאתה מותנית בביצוע מצד הזולת, אזי קיומו של סטנדרט משלים ומתקן, המאפשר שמירה על האמון במצבים שהפרט לא צפה, ירגיע ויבסס את רמת הוודאות, את הנינוחות ואת יכולת התכנון וההסתמכות של הפרט ביחס לאותה אינטראקציה, שכן אין כהגשמה של ציפיות לחזק את תחושת היציבות והביטחון.¹⁰⁹

אמון הדדי נחוץ לקיומה של חברה אנושית (הן במשמעות של human והן במשמעות של humane), חברתית וכלכלית. לכך חותרים דיני החוזים בהגינם על ההבטחה הטמונה בחוזה, ולכן נועד עקרון תום-הלב כאשר דיני החוזים ה"קונוונציונליים" נכשלים. כפי

107 עלי בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר" עיוני משפט כג 11 (2000). רמז לבחינת משולש הציפיות בהקשרו של עקרון תום-הלב ולעדיפותה של בחינת ציפיות הציבור מצוי אצל ברק, לעיל ה"ש 74, בעמ' 474: "...האם תום הלב מוגבל לציפייה הסבירה של הצדדים לחוזה? לדעתי התשובה על כך היא בשלילה. תום הלב אינו בחינת תנאי מכללא בחוזה, תום הלב מתרומם מעבר לחוזה, תוך שהוא משקף את ציפיותו הסבירה של הציבור בישראל באשר להתנהגות הראויה של הצדדים לחוזה. אכן, מוכן אני להניח, כי התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם הציפייה הסבירה של הצדדים, עשוי שתהא שלא בתום לב. אין אני מוכן כי התנהגות שעולה בקנה אחד עם הציפייה הסבירה של הצדדים היא התנהגות בתום לב." ראו גם את ההערה הראשונה (comment a) לס' 205 לריסטייטמנט השני בדיני חוזים (לעיל ה"ש 12), המובאת לעיל בה"ש 104.

108 לגישה הרואה בשיתוף-פעולה הדדי ערך אינהרנטי של דיני החוזים ראו בוקשפן, שם, וכן: JOHN N. ADAMS & ROGER BROWNSWORD, KEY ISSUES IN CONTRACT ch. 9 (1995). הביטוי "תום-לב" מופיע כבר בספר בראשית, פרק כ, פסוק ה: "פְּתֹם-לִבִּי וּבְגִדִי עָשִׂיתִי זֹאת".

109 ההנחה היא כי די בכך שהאינטראקציה החוזית נערכת לאורו של הדין. במובן זה פסיקת בית-המשפט משמשת כלי מחנך ושודר המשפיע על התרבות העסקית, אף אם הדבר נעשה במספר מצומצם בלבד של תקדימים. השוו: Robert Cooter & Stephen Marks with Robert Mnookin, *Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior*, 11 J. LEGAL STUD. 225 (1982).

שהודגש לא אחת בפסיקה, עקרון תום-הלב מדגיש את ההתחשבות בזולת ובציפיותיו המוצדקות אף מבלי לדגול בהטלה של חובות אלטראיסטיות. כניסתו של האדם לקשר חוזי נובעת מרצון להגשים את האינטרס שלו עצמו, ולא את זה של זולתו, אך כ"חיה חברתית" – ובמיוחד באינטראקציה ההסכמית – עליו להתחשב בציפיות המוצדקות של זולתו, כשם שהוא מצפה שיתחשבו בציפיותיו הוא, ולא להפר את האמון הניתן בו, מהגם שברגיל התחשבות זו נעשית לצורך הגשמת עניינו העצמי. אם כך, עקרון תום-הלב אינו עיקרון חריג לדיני החוזים, שיש להיזהר בו, לצמצמו ולתחמו, אלא איבר הרמוני שאין להציב לו גבולות, כל עוד נשמרת המהות המנחה. דהיינו, השימוש בעקרון תום-הלב ייעשה כל אימת שהאמון הבין-אישי, הכולל את האמון במוסד החוזי, נפגע או מתערער. במילים אחרות, כאשר הקצאת הסיכונים הבסיסית בחוזה יוצרת או אינה צופה סיטואציה שבה האמון מתערער, יש ליישם את עקרון תום-הלב כתנאי מכללא הנגזר מרעיון של אמון, שהוא הצדקת-העל לדיני החוזים.

אכן, יש שישקפו על התזה (או שמא הסינתזה) המוצגת כמערבת מידה לא-מבוטלת של "תמימות", וכמחליפה מושג עמום אחד ("תום-לב") במושג עמום אחר ("אמון"). טיבם של מושגים כאלה שהם נתונים כחומר ביד היוצר בידי השופט הדן במקרה, על מבנה עולמו, אישיותו וערכיו הסובייקטיביים. גישה תמימה ולעיתים פשטנית – עד כמה שאפשר נטולת דעות, השפעות והתחכמויות – אכן מלווה את יישומו של עקרון תום-הלב, אך בכך טמון חלק מהמסר. יודגש: עקרון "תום-הלב" הוא הכללי, ואילו "אמון" הוא המטרה, כך שכל המעוניין בעקיבות ובצפיות בנוגע ליישומו *ex ante* של עקרון תום-הלב יצטרך להצטייד בנקודת-מבט אנושית, "שלמה", "תמימה", "פשטנית" ו"חסרת ערמומיות"¹¹⁰ ביחסו הטרומ-חוזיים או החוזיים, באופן המתיישב עם תחושות-יסוד אנושיות וחברתיות. נקודת-מבט כזו תחסן מפני הפתעות ואי-ודאות ביישום העיקרון, ותתרום ממילא לבניית אמון ולהעדרו של חשש ראשוני מפני הצורך בהתערבות לשם יישומו של עקרון תום-הלב. סיכומה של נקודה זו: הן עקרון תום-הלב והן דיני החוזים, על דפוסיהם הצורניים, נובעים ומוצדקים בשם רעיון האמון הבין-אישי, ומיועדים לקיומו ולקידומו – וממילא לקידום של יציבות וודאות – באמצעות מימוש של משולש הציפיות. מתכונת היישום והמתודה היישומית-המשפטית אולי שונות מעט בהתייחסותן למחלוקת החוזית או הטרומ-חוזית באמצעות כלליהם של דיני החוזים לעומת עקרון תום-הלב, אך מעיין האמון שממנו נובעות שתי הדרכים המשפטיות חד הוא.

במילים אחרות, מן האמור ניתן להסיק על קיומה של אינטגרציה חזקה בין עקרון תום-הלב לבין דיני החוזים המסורתיים, ועל השימוש בעקרון תום-הלב כאשר ההגנה החוזית

110 ראו הגדרת "תום" אצל אברהם אבן-שושן המלון העברי המרכז (התשמ"ח).

הקונוונציונלית נכשלת בהטמעתו ובהשלמתו של רעיון האמון. בדרך זו עקרון תום-הלב – שתכליתו היא "ליצור בסיס משפטי-נורמטיבי המחייב את הצדדים לנהוג אחד בשני באותו האופן בו היו מצפים ורוצים שאחרים ינהגו כלפיהם"¹¹¹ – פועל בכפיפה אחת עם דיני החוזים כולם לביצורה של תרבות אנושית, חברתית ועסקית, המאפשרת יצירה והגשמה של ציפיות סבירות ויכולת הסתמכות על התנהגות הזולת ועל המוסד החוזי. בחתירה כזו ליצירתה ולביסוסה של אווירת אמון, בין באמצעות דיני החוזים הקונוונציונליים ובין באמצעות עקרון תום-הלב, מושגים מאליהם היעדים הקיומיים של מיסוד תרבות חברתית וכלכלית ודאית ויציבה, ושל ביסוס היכולת לשתף פעולה וליטול סיכונים. באותה נשימה, ובמידה לא-פחותה של חשיבות, משתבחים כך גם התרבות האנושית, מימוש אוטונומיית הפרט והכבוד ההדדי.¹¹²

(א) יישומו של עקרון תום-הלב במשא-ומתן

עקרון תום-הלב במשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה – הקבוע בסעיף 12 לחוק החוזים – מדגים בצורה מובהקת את חתירתם של דיני החוזים להטמעה של רעיון האמון הבין-אישי הן במישור ההצהרתי והן באמצעות הסעדים בגין הפרתו. סעיף 12 לחוק החוזים, חרף התרכזותו בהליך המשא-ומתן כשלעצמו, נכלל בחוק החוזים בשל הזהות האיכותית הקיימת בין הליך המשא-ומתן לבין ההליך החוזי גופו: כמו הקשר החוזי עצמו, גם המשא-ומתן מערב באופן אימננטי אינטראקציה חברתית רצונית (והסכמית במשתמע) לבחינת יצירתו של הסדר מוסכם. בשל תכונותיו אלה, מקרין שלב המשא-ומתן על ציפיות הצדדים;¹¹³ על דמותה וטיבה של האינטראקציה בעתיד, אם יבשיל המשא-ומתן לכלל חוזה; ועל אינטראקציה דומה במשאים-ומתנים עתידיים. במילים אחרות, כבר בתהליך

111 השופט ארבל בע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס, פס' 13 לפסק-דינה (פורסם בנבו, 1.9.2005).

112 השו" : "The greatest good for humans consists in relations of mutual good faith" (Decree of Delphi, 125 B.C.) of Delphi, 125 B.C.) Scott FitzGibbon, *Fiduciary Relationships Are Not* : כמצוטט אצל : *Contracts*, 82 MARQ. L. REV. 303, 303 (1999).

113 ראו, למשל, את התייחסותה של דרורה פלפל לחובת הגילוי הנקראת לתוך חובת תום-הלב בשלב המשא-ומתן: "צדדים המתחילים לנהל ביניהם משא ומתן יוצרים ביניהם יחסים קרובים. אין הם 'זרים יותר' איש לרעהו, כי אם עשויים להפך בעתיד הקרוב ל'שותפים' במובן של צדדים לחוזה. הדין הגרמני גורס כי מסכת יחסים מעין זו מחייבת יחסי אמון בין הצדדים. יחסי האמון יוצרים ציפיות. הציפיות היא הגורמת לצורך לגלות לצד השני את כל הפרטים בקשר לנקודות העשויות להיות חשובות לקשירת החוזה ולגלותן לו." דרורה פלפל "תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה" עיוני משפט ה' 608, 611 (1977).

המשא-ומתן – השלב שבו הצדדים מוזמנים לתת אמון בין-אישי בזולתם – יש משמעות מרכזית לגיבוש ולעיצוב של רצונם, תודעתם וציפיותם של הצדדים.¹¹⁴ כך קובע סעיף 12 לחוק החוזים:

”א) במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב.

ב) צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה, והוראות סעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל”א-1970, יחולו בשינויים המחוייבים.”

למן חקיקתו של סעיף זה הדגישה הפסיקה באופן הולך ומתגבר את מעמדו המרכזי במשפט הישראלי, ונקטה גישה מרחיבה – הנובעת מהתחשבות במשולש הציפיות – ליציקת תוכנו, תחולתו והסעדים המוענקים מכוחו. למעשה, ניתן לומר כי סעיף 12 לחוק החוזים תרם רבות לחשיפתה ולהבשלתה של תיאוריית האמון כתיאוריית-על של דיני החוזים, כמרגם להתפתחותה של התמורה החברתית במשפט הפרטי בישראל.

כיום מושרשת הגישה כי סעיף 12 לחוק החוזים חל באופן בלתי-ניתן להתניה¹¹⁵ על הליך המשא-ומתן כשלעצמו (אף אם לא נכרת בעקבותיו חוזה) ועל כל משא-ומתן (אף כזה שאינו חוזי במובן השגרתי של המושג).¹¹⁶ בכך מתחדדת ההכרה כי סעיף 12 לחוק החוזים מהווה את נקודת המפגש הנורמטיבית והבסיסית ביותר להטמעתה הבלתי-מתפשרת של תרבות אמון בין-אישי בהקשר החברתי כבר בשלב החוזי המקדמי. ביטוי נוסף למגמה זו ניכר בתחולתו הרחבה של עקרון תום-הלב על כל “צד” למשא-ומתן, אף אם אין הוא צד

114 עלי בוקשפן וחנון גולדשמידט “על משא ומתן וחוק החוזים: סעיף 12 לחוק החוזים בראי גישות תאורטיות בתחום המשא ומתן” ספר שמגר כרך ג 215 (2003).

115 ראו, למשל, ד”ר 22/82 בית יולס בע”מ נ’ רביב משה ושות’ בע”מ, פ”ד מג(1) 441, 462 (1989).

116 אמרה זו נכונה ביחס לדיני החוזים בכלל וביחס לעקרון תום-הלב בפרט, לנוכח ס’ 61(ב) לחוק החוזים, הקובע כי הוראותיו של החוק יחולו “ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה”. על סעיף זה אמר השופט חשין ברע”א 6339/97 רוקר נ’ סלומון, פ”ד נה(1) 199, 249–250 (1999): “הוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים מדמה עצמה לתחנת-אוטובוסים המשלחת אוטובוסים אל כל רחבי הארץ... המשלחת את הוראת סעיף 39 (כמותה את הוראת סעיף 12, ובעצם את כל הוראות חוק החוזים), אל כל תפוצות משפט ישראל... צירופה של הוראת סעיף 61(ב) להוראת סעיף 39 לחוק הופכת את הוראת סעיף 39 לדוקטרינה החותכת את משפט ישראל כולו לאורכו ולרוחבו, מלוא כל הארץ כבודה.”

לחוזי הסופי, אם נכרת.¹¹⁷ נקודה אחרונה זו – הקובעת יריבות משפטית-חברתית רחבה ביותר, אשר חורגת מהיריבות החוזית הקלסית ונובעת אך מעצם הזיקה לאינטראקציה הטרומ-חוזית – מעידה אף היא באופן מובהק על הטמעתה של אחריות חברתית נרחבת וכללית באמצעות עקרון תום-הלב. מכאן שאין זה מפתיע שיש המתייחסים לעקרון תום-הלב כאל יסוד מוסד לכלל האינטראקציות האנושיות.¹¹⁸

עיון בפסקי-הדין שניתנו בעניינו של סעיף 12 לחוק החוזים מעלה כי הוא מעוגן ברעיון האמון הבין-אישי ובנגזרותיו (כגון חובת הגילוי ושיתוף-הפעולה), המקרינים על ציפיותיהם של המעורבים באינטראקציה החוזית, יותר משהוא מעוגן ברעיון הרצון והכוונה. ראו, למשל, התייחסות טיפוסית לסעיף זה:

"יסודו של סעיף 12 לחוק החוזים ביחסי אמון, החייבים לשרור בין צדדים המנהלים משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה."¹¹⁹

בפסק-דין אחר ציטט הנשיא שמגר בהסכמה את גישתו של מאוטנר¹²⁰ והשמיע דבריו ברורים:

117 "הנורמה האמורה, החלה על כל מי שמנהל משא ומתן, מכתיבה קיומם של יחסי אמון, אשר ביטויים ומידתם, היינו תרגומם למציאות מוגדרת, מושפעים גם במקביל ממערכת הנתונים הקונקרטיים, אשר במסגרתה מנהלים הצדדים את המשא ומתן... החובה המשפטית יוצרת ציפייה לגיטימית להתנהגות של אמון ויושר אשר אינה כרוכה, בין היתר, במעמדו של הצד השני כצד מעוניין ישיר או כשלוחם של אחרים אלא במעמדו כצד המנהל משא ומתן." ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 688, 673 (1983). ראו גם שם, בעמ' 682–683.

118 ראו את דבריו של השופט חשין ברע"א 1407/94 Mediterranean Shipping Co. S.A. נ' Credit Lyonnais (Suisse) S.A., פ"ד מח(5) 122, 132 (1994): "על דוקטרינת תום-הלב תיבנה שיטת משפט והאומר כי בה גנוזה כל התורה כולה – וכי אידך פירושה הוא – לא ירחק מן האמת"; ואת דבריו של הנשיא ברק בע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 297 (2002): "הוראה זו – ועמה אחותה הבכירה בדבר קיום בתום-לב של חיוב הנובע מחוזה (ראו סעיף 39 לחוק והרחבת החובה בסעיף 61(ב) לחוק [החוזים – ע' ב']) – מהווה הוראת יסוד במשפט הישראלי, בכלל, ובמשפט הפרטי, בפרט. היא משקפת דוקטרינה 'מלכותית'... היא מהווה את ה'נשמה' של מערכת המשפט... היא מציבה בפני הפרט את החובה לנהוג ביושר ובהגינות... היא אינה מעמידה דרישת 'חסידות' גבוהה; היא אינה דורשת כי הצדדים יהיו מלאכים זה לזה. היא באה למנוע מצב שבו אדם לאדם זאב. היא מבקשת להנהיג מסגרת נורמטיבית שבה אדם לאדם – אדם."¹¹⁹

119 ע"א 230/80 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713, 724 (1981). לציטוטים נוספים בעניין זה ראו שם, בעמ' 725, וכן ד"נ פנידר, לעיל ה"ש 117, בעמ' 690, 703.

120 מאוטנר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 57.

”דומה, שקיים קשר הדוק בין מושג האמון לבין מושג תום-הלב המשפטי. הרעיון העומד ביסוד שני המושגים זהה: ביסודו של מושג האמון הסוציולוגי עומדת האפשרות של כל פרט להסתמך על כך שתקיים ציפייתו הסבירה מן הזולת או ממוסד, כי ינהגו בהתאם למה שמתחייב ממצבם או מתפקידם. ביסודו של מושג תום הלב המשפטי עומדת האפשרות של כל פרט להסתמך על כך שתקיים ציפייתו הסבירה מן היחס המשפטי שבו הוא נתון עם הזולת...”¹²¹

אמון זה, שבו עוסקים דיני החוזים בכלל ועקרון תום-הלב בפרט, משמעותו למעשה התחשבות במשולש הציפיות, דהיינו, בציפיות המוצדקות של הצדדים ושל הציבור:

”תום הלב מבקש להבטיח, כי דאגה זו תיעשה באופן הוגן, תוך התחשבות בציפיות המוצדקות של הצד השני, ותוך הבטחת המשימה המשותפת של הצדדים.”¹²²

אף שעקרון תום-הלב הינו עיקרון נורמטיבי ואובייקטיבי המנוסח כאמת-מידה פתוחה, יישומו כרוך ב”קונקרטיזציה נורמטיבית” אשר בוחנת כל עסקה על נסיבותיה הפרטניות, מתחקה אחר ציפיותיהם הדינמיות של המתקשרים וחותרת להגשמתן.¹²³ קונקרטיזציה נורמטיבית זו נובעת ממבחן משולש הציפיות (הטרומס-חוזיות), ובכך מוגשם רעיון האמון כערך חברתי שדיני החוזים חותרים אליו. האמצעי השכיח ביותר שבתחום המשפט נוקטים לשם קידומה של מטרה זו הוא קריאה של חובת הגילוי כחלק מחובת תום-הלב.

(1) חובת הגילוי

חובת הגילוי היא החובה המרכזית שבית-המשפט קורא לתוך עקרון תום-הלב, באשר היא מקרינה במישרין על רעיון האמון הבינ-אישי, הפנות, ההדדיות והציפייה הקשורים

121 עניין Eximin, לעיל ה”ש 71, בעמ’ 83.
 122 ד”ר בית יולס, לעיל ה”ש 115, בעמ’ 484. ראו גם עניין קל בנין, לעיל ה”ש 118, בעמ’ 298 (“משמעות הדבר הינה כי המנהלים משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה והצדדים ליחס החוזי לאחר שהחוזה נכרת יפעלו באופן הוגן ותוך התחשבות בציפיות הסבירות של הצד האחר”).
 123 לישוראל בע”מ, פס’ 10 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 16.3.2004): “חובות תום הלב הן חובות אקטיביות... היקף הדרישה המוטלת על הבנק נקבע בהתאם לנסיבות ולדין הקיים בכל עת, והבנק חייב להפעיל את זכויותיו ואת כוחותיו בהתאם לאמות המידה החלות בעת הפעלת הזכות או הכח ולא לפי קני המידה ששררו בעת החתימה על ההסכם. על כן, אם ההסכם נחתם לפני 20 שנה, ומדובר בהסכם מתמשך, חובה על הצדדים לו לפעול בתום לב, לפי מובנה של דרישה זו, בעת הפעלתה של הזכות עצמה.”

לאינטראקציה החוזית.¹²⁴ אכן, הרטוריקה המשפטית מצדיקה הטלה של חובת גילוי בהשפעתיה על תחושת ההגינות, על אוירת האמון בין הצדדים למשא-ומתן, על מימוש ציפיותם הסבירה ועל האופן שבו הם מבינים את היתרונות והחסרונות הגלומים במפגש ביניהם כמו-גם את קשת האפשרויות העומדות לפניהם.¹²⁵ עמדה זו באה לידי ביטוי בפסק-הדין הידוע בעניין פנידר :

"החובה לנהל משא ומתן בדרך מקובלת ובתום-לב היא חובה כללית, אשר ממנה נגזרות, מטבע הדברים, חובות קונקרטיים, על-פי הנסיבות המיוחדות של המקרה... אחת החובות המוטלות, בדרך כלל, היא החובה לגלות מידע באותם עניינים, אשר קבלת מידע לגביהם עשויה להיות חשובה בקבלת החלטה, אם להיכנס לקשר חוזי אם לא... במסגרת זו מוטלת החובה על אדם, המנהל משא ומתן למכירת נכס, לגלות לצד השני, כי הנכס אינו שייך עדיין למוכר, או כי לפלוני יש בו זכות כלשהי. מידע זה חשוב הוא למתקשר השני, שכן יש לו השפעה ישירה על שיקוליו, אם להתקשר בחוזה ובאלו תנאים להתקשר בו."¹²⁶

124 "הגילוי הנאות הוא מיסודותיהם המרכזיים של דיני החוזים, הואיל וללא גילוי מלא ונאות לא ייכון מפגש רצונות אמיתי. ובאשר לדיני הביטוח, מהווה קיומה של מערכת אמון הדדי מוגברת בין המבטח למבוטח אחד מיסודותיו של חוזה הביטוח." ע"א 1530/02 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' יובלים אגודה שיתופית, פ"ד נח(6) 822 (2004). במקרה זה ביטלה דעת הרוב – באופן לא-שכיח – את חיובה של חברת ביטוח בשל אי-גילויים של פרטים מהותיים על-ידי מבוטח למבטח. אף שהדברים נאמרו ביחס לחובות הגילוי מכוח חוק חוזה הביטוח, מקורם העיוני זהה לחובות הגילוי מכוח עקרון תום-הלב בדיני החוזים.

125 בוקשפן וגולדשמידט, לעיל ה"ש 114; ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573, 596–597 (1994) (להלן: עניין טפחות); ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין, פ"ד מד(3) 769, 777–778 (1990); ע"א 82/85 כהן נ' כורי, פ"ד מא(2) 778, 780–781 (1987); ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד מו(4) 529, 538 (1992); ע"א 794/86 החברה המרכזית לשכון ולבנין בע"מ נ' פינק, פ"ד מד(1) 226, 232 (1990); ע"א 251/84 חברת ס.ג.פ להשקעות בע"מ נ' מדינת ישראל, לט(2) 467, 463 (1985); ע"א 578/88 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נצר, פ"ד מג(3) 835, 828 (1989); ע"א 282/89 רוטנברג נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מו(2) 339, 350, 359 (1992); ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 238–239 (1977). לפסקי-דין נוספים המבליטים את חשיבותה של חובת הגילוי ראו ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 396 (1995); ע"א 590/88 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פישר, פ"ד מד(1) 730 (1990); ע"א 481/81 טבוליצקי נ' פרלמן, פ"ד לח(4) 421 (1984).

126 עניין פנידר, לעיל ה"ש 119, בעמ' 726.

רעיון זה מופיע באופן דומה גם בדיון הנוסף שנערך באותו עניין:

”חובת הגילוי היא תולדה של האמון המתחייב בין צדדים המנהלים משא ומתן, ומקורו של זה בחובה המשפטית, העולה מסעיף 12.”¹²⁷

חשיבותו של הגילוי בעת המשא-ומתן והשלכתו על ציפיותיהם של הצדדים המעורבים באינטראקציה הטרומ-חוזית נשמעה כבר בפסק-הדין בעניין עטיה¹²⁸ – פסק-דין לקוני שהיה מהראשונים שדנו במשמעותו של סעיף 12 לחוק החוזים. באותו מקרה דחתה הערכאה הראשונה את תביעתה החוזית של המערערת (שנפגעה בתאונת-דרכים) נגד חברת הביטוח, משום שנהג המכוננית שפגעה בה לא עמד בתנאי פוליסת הביטוח לעניין גיל וותק בנהיגה. הערכאה העליונה קיבלה את ערעורה מהטעם שחברת הביטוח הגישה לנהג – בשלב הטרומ-חוזי – הצעת ביטוח חדשה ומעודכנת מבלי שיידעה אותו כי הוכנסו להצעה מגבלות של גיל וותק בנהיגה, וזאת אף שבתשובותיו להצעת הביטוח הראשונה פירט המבוטח כי במכוננית מושא הביטוח ינהג אדם שאינו עומד בתנאי הגיל והוותק שנקבעו לבסוף בחוזה. אכן, מאחר שהמבוטח שילם תמורת הפוליסה החדשה, הוא “קיבל” לכאורה את הצעתה המגבילה של חברת הביטוח, אך מבלי שידע על השינוי שהוכנס בה. השופט ויתקון הדגיש את חשיבות הציפייה הנוצרת אצל המבוטח – ואצל הציבור – בעת משא-ומתן מסוג זה, את חשיבותו של הגילוי בשלב הטרומ-חוזי ואת ראיית המשא-ומתן כ”משחק חברתי חוזר”:

”הרשות בידי החברה שלא לקבל את ההצעה במלואה, אך ההגינות האלמנטרית דורשת – בפרט כשמדובר כאן בחוזה ‘uberimae fidei’ – לגלות עיני המציע ולהסביר לו את ההבדל בין מה שביקש מהחברה ומה שזו קיבלה. אם יש צורך באסמכתה, הרי לך הוראתו המפורשת של סעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל”ג-1973... הוא בא על תיקונו בכך שנפרש את החוזה כפי שהוא, כצרכן ו’איש קטן’, רשאי היה להבינו. המבוטחים ביקשו ביטוח והם קיבלו ביטוח שהיה להם יסוד להאמין שהוא תואם את המבוקש. בל נשכח שהמדובר כאן בחוזה שדוגמתו נעשה לאלפים

127 ד”נ פנידר, לעיל ה”ש 117, בעמ’ 697.

128 ע”א 846/76 עטיה נ’ “אררט” חברה לביטוח בע”מ, פ”ד לא(2) 780 (1977). פסק-דין זה צוטט בהסכמה, בין היתר, בע”א 420/83 אשור נ’ “מגדל” חברה לביטוח בע”מ, פ”ד מד(2) 627 (1990).

ורכבות בין מבטחים וציבור המבוטחים. משא-ומתן כזה צריך להיות פשוט, גלוי-לב ושווה לכל נפש.¹²⁹

חובת הגילוי, המאפשרת שמירה על ציפיותיהם של המעורבים במשא-ומתן, מתחזקת במצבים של חוסר איזון בין הצדדים לחוזה מבחינת מעמדם. במצבים כאלה בית-המשפט פונה בצורה ברורה יותר לבחינה אובייקטיבית של ציפיות הציבור, כמרגם לבחינתן הנורמטיבית, מתוך רצון למנוע את האפשרות שצדדים חוזיים מתוחכמים ובעלי כוח חברתי-כלכלי – ובראשם בנקים וחברות ביטוח – ינצלו את האמון שנותנים בהם (או שראוי כי ייתנו בהם) המתקשרים הטיפוסיים, המצויים בדרך-כלל בעמדת נחיתות כלכלית ומידעית. בדרך זו, כפי שנסקר בחלקו הראשון של המאמר, מוטלת אחריות חברתית כבדה יותר על תאגידים, ובמיוחד על תאגידים פיננסיים. כך, למשל, נאמר ביחס לחובת הגילוי של בנק ביחס ללקוחותיו:

"בארץ נקודת המוצא בהקשר של חובת הגילוי היא שונה, והגישה 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 למשא ומתן... 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 תחולתה והיקפה של חובת הגילוי משתנים אף הם."¹³⁰

חובת "נאמנות" זו, המוטלת על הבנק כתאגיד עסקי, נומקה בציפיותיו המצויות והרצויות של הציבור:

"מערכת היחסים שבין לקוח (ולדידי, אף מי שאינו לקוח) לבין בנק היא מערכת יחסים מיוחדת, הנובעת מהאמון שרוחש הציבור הרחב כלפי מוסד זה. הבנק ופקידי הבנק נתפסים בעיני הציבור כסמכות מקצועית, בין היתר

129 עניין עטיה, שם, בעמ' 782.

130 עניין טפחות, לעיל ה"ש 125, פס' 21 לפסק-דינו של הנשיא שמגר. מגמה זו החלה עוד לפני החלתו של עקרון תום-הלב. ראו ע"א 1/75 בנק ישראלי למשכנתאות בע"מ נ' הרשקו, פ"ד כט(2) 208, 211 (1975): "אין חולק על כך שאדם קשור להסכם שהוא חתום עליו. אך נכון גם שבנק חב חובת אמונים מיוחדת ללקוחותיו... אם ההסבר, שנתנו להם פקידי הבנק, היה לקוי, אף העובדה שהיה להם יעוץ משלהם, אינה פוטרת את המערער מחובתו להסביר להם את העיסקה בצורה השווה לכל נפש על כל החיובי וגם על כל השלילי שבה מבחינתם."

בשל כך שברשות הבנק לא אחת מידע אשר אינו נגיש לציבור הרחב; הבנק כמוסד כספי הוא גם בעל כישורים מיוחדים ואמצעים טכניים שאינם נחלתו של הפרט. כל אלה עשויים לאפשר לבנק למנוע נזקים מלקוחותיו, בעוד שלנפגע הפוטנציאלי אין יכולת דומה. מאחר שהפרט רוחש במקרים רבים אמון מיוחד לבנק, מאמין בכישוריו ובאמצעיו הטכניים ורואה בו גוף מעין ציבורי, נוטה הוא לעתים שלא לנקוט אמצעי זהירות מצדו להקדים פני נזק אפשרי, אפילו יש בכוחו לעשות כן... מכוח מערכת יחסים מיוחדת זו מוטלות על הבנק חובות מיוחדות, שאינן מוטלות על צדדים לחוזה רגיל.¹³¹

(2) סעדים

רעיון האמון הבין-אישי מפעפע לא רק מבעד לתוכנו של עקרון תום-הלב הטרומ-חוזי ולרטוריקה המתלווה ליישומו, אלא גם מבעד לסעדיו ולאחריות המוטלת מכוחו. ההתחשבות במשולש הציפיות – לאו דווקא בתורת הרצון הפרטי – היא המסבירה בצורה עקיבה וקוהרנטית את ההתפתחות שחלה גם בטיב הסעדים שבית-המשפט מוסמך לתת מכוחו של סעיף 12 לחוק החוזים ובתנאים להענקתם. לאחרונה נפסק בעניין קל בנין כי לעיתים יוקנו מכוחו של סעיף 12 לחוק החוזים פיצויים "חיוביים"¹³² – דהיינו, פיצויים

131 עניין טפחות, לעיל ה"ש 125, פס' 10. ראו באופן דומה, לגבי חברות ביטוח, ע"א 4819/92 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' ישראל, פ"ד מט(2) 749, פס' 11 (1995): "יחסי הכוחות הבלתי שווים מצטרפים למאפיינים נוספים של חוזה הביטוח: זהו הסכם הנושא פני עתיד והצופה את האירוע הביטוחי; גיבוש זכותו של המבוטח מותנית בקרות אותו אירוע; המבוטח נתפס כבעל המידע הרב ביותר באשר לרקע העובדתי ולנסיבות מושא הביטוח. מצד שני, המבטח הוא בעל כוח רב כלפי המבוטח, כי עם קרות האירוע הביטוחי נתון המבוטח לעתים קרובות לחסדי המבטח, אשר לו שילם פרמיות טבין ותקילין. המבטח יכול עתה לגרום להתמוטטותו הכלכלית של המבוטח אם לא יקיים את התחייבותו או אם ישהה אותה ולא ישפּהו כדי לסייע בהחזרת המצב, במידת האפשר, לקדמותו. אף מטעם נוסף זה נהוג לראות בחוזה הביטוח חוזה המחייב uberrimae fidei, הווי אומר, 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." דברים אלה מקבלים משנה תוקף לנוכח אזכורו של הנשיא שמגר כי "בית המשפט קמא ציין כי לפי התרשמותו המשיב הינו אדם פשוט, לא מתוחכם, איש עבודה כפיים הנותן אמון בזולתו" (שם, פס' 4 לפסק-דינו).

132 עניין קל בנין, לעיל ה"ש 118, פס' 18: "עם זאת ישנם מקרים חריגים שבהם זכאי הנפגע לפיצויים בגין הנזק שנגרם לו בכך שההסכם שעמדו לכרות לא נכרת ולא הוגשם (פיצויים חיוביים); 'פיצויי קיום'. המאפיין מצבים מיוחדים אלה הוא שהמשא והמתן הבשיל, למעשה, לכדי חוזה, ורק ההתנהגות חסרת תום-הלב מנעה את שכלולו." ראו גם את אימוצו ויישומו של פסק-הדין בע"א 8144/00, 8170/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנר, פ"ד נז(1)

המשקפים את המצב שבו היה הנפגע מצוי אילו נכרת עימו החוזה והתקיים – ואף סעד של אכיפה ממש.¹³³ סעדים אלה משקפים את אינטרס הציפייה החוזי, וזאת אף שענייננו בשלב המשא-ומתן, בטרם נכרת חוזה לפי הכללים המסורתיים בדבר הצעה וקיבול. עם זאת, נקבע כי קבלתם של סעדים חיוביים בשלב המשא-ומתן מכוחו של עקרון תום-הלב מותנית בקיומה של ציפייה מיוחדת, שלפיה כבר עמד להיכרת חוזה ממש, או לחלופין בקיומה של הסתמכות מיוחדת על מצגים טרום-חוזיים (ולמעשה, הבטחות). סעיף 12 לחוק החוזים פועל אם כן לסיוג יכולת הנסיגה מהמשא-ומתן, להקדמת מועד כריתת החוזה ולהכפפתו בפועל של שלב זה למבחני הציפייה וההסתמכות, בעוד שהגישה הקלסית התמקדה יותר בבחינה פורמלית של ה"כוונה" הקפואה הטמונה לכאורה במפגש הרצונות הנחתך על-פי דיני ההצעה והקיבול.¹³⁴

גם בעניין קלמר,¹³⁵ שבו היו מעורבות ציפייה והסתמכות משמעותיות בשלב המשא-ומתן, נפסק כי הסעד הראוי בנסיבות המקרה הוא הכרה בתוקפה של הבטחה טרום-חוזית ולכן גם אכיפתה, אף שלא נכרת חוזה לפי כללי הדין המסורתיים. במקרה זה בנו המשיבים, זוג אדריכלים, שני בתים משפחתיים על מגרש שהיה בבעלות המערער. על מחצית המגרש הוקם בית למגורי המערער, ועל המחצית האחרת הוקם בית למגורי המשיבים. לטענת המשיבים, עוד בטרם החלה הבנייה נערך בעל-פה מעין הסכם קומביניציה בינם לבין המערער, ובו נקבע כי המערער יקבל את אחד הבתים שייבנו, ובתמורה יעביר אל המשיבים את הבעלות על חצי המגרש שעליו נבנה הבית האחר. המערער, מצידו, טען כי הסכם כזה לא נערך, ומכל מקום לא נערך בכתב כנדרש בסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969.¹³⁶ השופטים ברק וגולדברג היו ערים לעובדה כי בהעדר כתב לא נכרת חוזה, אך קבעו כי בשל הסתמכותם הרבה של המשיבים, יש לאכוף בכל-זאת את המערער לקיים את הבטחתו. הנשיא ברק נימק את החלטתו בטעם הבא:

"יש מקום לאכוף על המערער את ההתחייבות שנטל על עצמו בהסכם.
לעניין מסקנה זו, הנני מסכים כי הדרישות המקובלות בדבר הכתב לא

- 158, במיוחד פס' 12 (2002). הלכה זו מתיישבת עם מגמת ההרחבה הכללית ביחס לתחולתו של עקרון תום-הלב וביחס לסעדים מכוחו, לרבות סעד הביטול – ראו ת"א (שלום י-ם) 3435/98 גרינפלד נ' אקטיביטי תיירות ונופש (1996) בע"מ (פורסם בנבו, 12.12.2005).
- 133 ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996). המשנה לנשיא שלמה לויין מתח ביקורת מרומזת על הלכה זו בעניין שולר, לעיל ה"ש 70, פס' 5 לפסק-דינו.
- 134 השוו גם Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 435.
- 135 לעיל ה"ש 133.
- 136 לפי רמז שנשמע בפסק-הדין, נראה כי הצדדים לא העלו את ההסכם על הכתב בשל שיקולים הנוגעים במס שבח מקרקעין, שכן המגרש נרכש על-ידי המערער רק זמן קצר קודם לכן.

נתקיימו בעניין שלפנינו. ההסכם שבין הצדדים הוא אפוא הסכם בעל-פה, הנתמך במספר ראיות בכתב. עם זאת, אין ראיות אלה ממלאות את דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין... גישתי שלי היא 'חיצונית', והיא נזקקת לעקרונות משפטיים המצויים מחוץ לגדרו של סעיף 8 לחוק המקרקעין... עיקרון משפטי חיצוני זה מעוגן בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי). זהו העיקרון שלפיו 'במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב'. עיקרון זה יש בכוחו, במקרים מתאימים, לשלול את דרישת הכתב לשכלול התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין... כמובן, השימוש בעיקרון 'המלכותי' של תום-לב להגמשת דרישת 'הכתב' צריך להיעשות בזהירות רבה. רק במקרים מיוחדים ויוצאי דופן יש מקום להיזקק לעקרון תום הלב כדי להתגבר על עקרון הכתב. המאפיין מצבים אלה הוא שעולה מהם 'זעקת ההגינות' המצדיקה סטייה מעקרון הכתב. אין ליתן מראש רשימה סגורה של מצבים אלה. הם בוודאי משתנים על-פי נסיבות החיים... בפרשת זוננשטיין הושם מרכז הכובד על אשמת הצד המתנער. בפרשה שלפנינו מרכז הכובד מונח בהסתמכות הקונה. אכן, כאשר החוזה בוצע בחלקו, תוך הסתמכות אחד הצדדים עליו, יהא זה גם בניגוד לעקרון תום הלב אם הצד השני, אשר קיבל את התמורה הנגדית (כולה או חלקה), יוכל להשתחרר מחובתו.¹³⁷

תחושה דומה עולה גם מהנמקתו של השופט גולדברג, אשר הצטרף לתוצאה שאליה הגיע הנשיא ברק והגביל את המצבים שבהם תיאכף עסקה במקרקעין שלא נערכה בכתב ל"מקרים שבהם הייתה הסתמכות משמעותית על החוזה".¹³⁸ רעיון האמון הבין-אישי וההתחשבות במשולש הציפיות – האופפים את דיני החוזים כולם – עולים למעשה גם מהנמקת היחיד של השופט זמיר, אשר נשען על פרשנותו המרחיבה של סעיף 8 לחוק המקרקעין ועל תורת הביצוע החלקי של עסקה במקרקעין, הנובעת, מצידה, מרעיון ההסתמכות והציפייה.¹³⁹

137 שם, בעמ' 196–197 (ההדגשה, המבטאת את הגשמת ציפיותיהם של הנכס והציבור, הוספה).

138 שם, בעמ' 198.

139 "מכל מקום, בעיסקת קומבינציה (לפחות בעיסקה כזאת) יש הצדקה לפרשנות מיוחדת של דרישת הכתב כאשר העיסקה בוצעה רובה ככולה: הקבלן סיים את בניית הבית; בעל המקרקעין קיבל את החזקה בחלק המגיע לו באותו בית; והקבלן קיבל חזקה בחלק אחר של הבית. עכשיו הגיע תורו של בעל המקרקעין להעביר זכות במקרקעין לקבלן. ומה אם בעל המקרקעין מסרב, בשלב זה, משום שהעיסקה לא נערכה בכתב? במצב של ביצוע חלקי של

(3) השתק

בשולי ההתייחסות לעקרון תום-הלב במשא-ומתן לקראת כריתתו של החוזה, וכהמשך לדיון בסעדים מכוחו, ראוי להתייחס בקצרה לדיני ההשתק. דינים אלה התפתחו במקרים רבים כתחליף לעקרון תום-הלב,¹⁴⁰ וכיום, עם התבססותם של עקרונות תום-הלב במשפט הישראלי,¹⁴¹ הם מהווים פן מפניו.¹⁴² דוקטרינת ההשתק – לרבות עקרון השיהוי, שישודו בתורת ההשתק מכוח מצג – נובעת מרעיון האמון הבין-אישי וממשולש הציפיות, מכוח התמקדותה בשינוי מצבו לרעה של צד המסתמך על התנהגותו של הזולת ועל מצגיו.¹⁴³ כך באופן כללי בהשתק מחמת מצג, שבו צד שהציג מצג לפני זולתו מנוע מלהתכחש למצג זה אם זולתו הסתמך על המצג בתום-לב ובסבירות ושינה עקב כך את מצבו לרעה,¹⁴⁴ וכך

עיסקה במקרקעין קיימים שיקולים מיוחדים בנוגע לדרישת הכתב. ביצוע חלקי של עיסקה במקרקעין עשוי להעיד, במבט לאחור, על עצם העריכה ועל פרטים מהותיים של העיסקה... הביצוע עשוי ללמד על גמירת הדעת של הצדדים ועל המסוימות של העיסקה לא פחות ממסמך. הבניין בשטח עשוי למלא ביעילות את התפקיד של כתב על נייר. הבניין הוא, כביכול, המסמך... כאמור, המערער נתן למשיבים לעלות על המגרש. הבנייה בוצעה על-ידי המשיבים לנגד עיניו של המערער במשך תקופה ממושכת. המערער הסכים ושיתף פעולה עם המשיבים כדי להתאים את הבנייה של אחד משני הבתים לדרישותיו. כל אלה, כשהם לעצמם, מעידים באופן ברור על הסכם שנערך בין המערער לבין המשיבים בנוגע למקרקעין מזוהים... ומה צורך יש במצב זה, מבחינת התכלית של דרישת הכתב, במסמכים נוספים?"

שם, בעמ' 194–195 (ההדגשה הוספה).

140 ראו עניין גזו, לעיל ה"ש 89, פס' 2 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ש' לויין.

141 עקרונות אשר קבועים כאמור בס' 12 ו-39 לחוק החוזים, ומוחלים על שיטת המשפט כולה מכוחו של ס' 61(ב) לחוק החוזים.

142 רע"א 4928/92 עזרא נ' המועצה המקומית תל מונד, פ"ד מז(5) 94, 101 (1993).

143 השוו לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה בע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433 (2003), שם נידונו התנאים להחלטה של טענת השיהוי בדין האזרחי. בפס' 14 לפסק-דינה קבעה השופטת פרוקצ'יה כי "השתהות בהגשת תביעה אינה, כשלעצמה, שיהוי כמוכנו במשפט. שיהוי בתוך תקופת ההתיישנות נוצר מקום שיש בהשתהות בפנייה לבית-המשפט משום שימוש לא נאות בזכות התביעה הנתונה לתובע ופגיעה בציפייה הלגיטימית של הנתבע שלא להיתבע – שימוש המגיע כדי ניצול לרעה של ההליך השיפוטי".

144 ליישום הדוקטרינה ראו, למשל, עניין גזו, לעיל ה"ש 89, וכן ע"א 3264/01, 4234/01 בסנינו נ' אליה, פ"ד נו(6) 566, 573 (2002): "בעניינו, כבטלו את התובענה שהגיש נגד המשיב, ובהימנעותו מלשוב ולתבוע את זכויותיו במשך שנים, ובהגישו את התביעה רק לאחר שניסים מכר את מניותיו למשיב, יצר המערער מצג כלפי המשיב, שלפיו הוא מקבל עליו את החלטות האסיפה. עוד הוכח, כי המשיב, בהסתמכו על מצג זה, השקיע בחברה סכום הגדול פי 40 מן הסכום שהשקיע בה המערער. בכך שינה המשיב את מצבו לרעה." בדומה להחלטת הרחבה של רעיון האמון הבין-אישי, המוטל מכוחו של עקרון תום-הלב על כלל המערורים בהליך המשא-

בפרט במצג המערב הבטחה ("השתק הבטחה"), דוגמת זה שנידון בעניין קלמר¹⁴⁵ ודוגמת זה המוסדר בסעיף 90 לריסטייטמנט השני בדיני החוזים.¹⁴⁶ למעשה, גם ציפיות הציבור – ולא רק אלה של המסתמך – יוצאות מסופקות מהשתקת התכשורתו של צד לציפייה ולהסתמכות שיצר אצל הזולת באמצעות מצגיו. השתק זה מתיישב אף עם ציפיותו של יוצר המצג עצמו – אשר מטבע הדברים ער למצג שיצר – ותומך ברעיון האחריות החברתית, המחייבת את הפרט להתחשב בציפיותו הראויות והסבירות של הזולת.

(ב) יישומו של עקרון תום-הלב בקיום החוזה

בבסיסו של עקרון תום-הלב, המנוסח כחובת עשה, עומדת באופן מובהק ההתחשבות בשלישיית הגורמים המעורבים בהליך החוזי – המבטיח, הנבטח והציבור:

"תום-הלב מניח כי בעל הזכות דואג להבטיח את זכותו. עם זאת, תום-הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר ובהתעלם מהאינטרס החברתי... '...עקרון תום-הלב קובע כי השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. אדם לאדם – לא זאב, ולא מלאך; אדם לאדם – אדם'..."¹⁴⁷

ומתן, הדגימו דניאל פרידמן ונילי כהן את פועלו של ההשתק מחמת מצג בדוגמה שבה בעל זכות חוזית ראשונה בזמן בנכס מקרקעין מציג מצג-שווא כלפי אדם השוקל אף הוא לרכוש זכות בנכס: "פלוני מבקש לקנות חלקת קרקע ממוכר, הוא יודע כי אלמוני גם הוא מעוניין באותה חלקת קרקע. פלוני פונה לאלמוני ושואל אותו, אם יש לו תביעות כלשהן לגבי הקרקע או זכויות המתייחסות אליה. אלמוני משיב בשלילה. מסתבר כי לאלמוני היה באותה עת חוזה מכר עם בעל הקרקע. אלמוני מנוע מלטעון כלפי פלוני כי לו זכויות עדיפות מכוח חוזהו עם המוכר. בתחרות בין אלמוני לבין פלוני יזכה פלוני, למרות היותו של אלמוני קודם בזמן, שכן פלוני הסתמך על מצגו של אלמוני ושינה מצבו לרעה עקב המצג. דוגמא זו ממחישה את תחום פעולתם של דיני ההשתק. אמנם המצג נוצר בסביבה חוזית, אך לא קיימת יריבות חוזית בין מציג המצג לבין מי שהסתמך עליו. המצג פועל כדי לשלול את עדיפותו של אלמוני על פי כללי העסקאות הנוגדות של סעיף 9 לחוק המקרקעין. דיני ההשתק אינם חלים רק בין צדדים לחוזה..." פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 529.

145 לעיל ה"ש 133.

146 לעיל ה"ש 12.

147 עניין גנז, לעיל ה"ש 89, בעמ' 400–401. ראו גם ע"א 5818/90 אמאין אמקור בע"מ נ' נרגו בע"מ, פס" 7 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 9.8.1995); ע"א 1395/91 וינוגרד נ' ידיד, פ"ד מז(3) (1993), 800, 793.

הזיקה בין עקרון תום-הלב לבין רעיון האמון באה לידי ביטוי ברטוריקה המתלווה ליישומו, אשר מאמצת פילוסופיה "גישורית" ואינטגרטיבית, אך גם באופי יישומו, הנוגע בהגשמת ציפיותיהם המצויות והרצויות של הצדדים, בעיקר באמצעות עמידה על חובות של גילוי ושיתוף-פעולה.¹⁴⁸ בדרך רטורית ויישומית זו מודגם תפקידו ה"כופה"¹⁴⁹ וה"הצהרתי" של המשפט בהטמעתה של תרבות אמון ביחסים הבין-אישיים. בכך יש כדי לעודד – גם אם בדרך כופה ו"כואבת" – את קיומה מלכתחילה של חובת תום-הלב ולסייע בהטמעתה.¹⁵⁰ יודגש – במיוחד בהקשרו של עקרון תום-הלב – כי למשפט יש תפקיד משמעותי גם כמצהיר, מחנך ו"מטיף". לפסקי-הדין העוסקים בעקרון תום-הלב מתלוות לא אחת הצהרות נורמטיביות נוקבות בדבר יחסי האמון האינהרנטיים הנוצרים בצילם של יחסים חוזיים. למשל:

"משמעותה של החובה לקיים חוזה בתום-לב ובדרך מקובלת היא, כי הצדדים ליחס החוזי חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר, בהגינות ועל-פי המקובל על בעלי חוזה הוגנים. אמת הדבר, אין הצדדים לחוזים מלאכים זה לזה, אך שוב אל להם להיות זאבים זה לזה... על כל הצדדים לחוזה מוטלת החובה לשותף פעולה זה עם זה ולפעול תוך התחשבות באינטרס המשותף

- 148 בוקשפן, לעיל ה"ש 107; בוקשפן וגולדשמידט, לעיל ה"ש 114; מאוטנר, לעיל ה"ש 56, במיוחד חלקים ב(1) (ד) ו-ב(3). ההתחשבות בציפייה ובהסתמכות נעוצה בעקרון תום-הלב בעוצמה רבה, כפי שניתן להסיק מיישומו של עקרון תום-הלב, הגובר לעיתים אף על דרישות קוגנטיות אחרות. כך, בשלב המשא-ומתן עקרון תום-הלב יכול לגבור על דרישת הכתב הקונסטיטוטיבית. גם בדיני העבודה ניכרת יותר ויותר העמדה המציעה כי בהתמודדות בין חוקי מגן קוגנטיים לבין עקרון תום-הלב יגבר לעיתים האחרון. ראו פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21, ה"ש 96 ו-101 (1994); תב"ע (אזורי ב"ש) מט/3-555 אבו עסא – מדר את זינגר, חברה לבניין ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 8.8.1990): "חשיבות רבה להלכה כי חוקי העבודה קוגנטיים הם. יחד עם זאת, כמו בכל דרישה נוקשה אחרת הפוגעת בחופש הרצון של הצדדים, עשויה העמידה על הכלל הנוקשה לפגוע פגיעה חמורה ולגרום לעוול חמור לצד המסתמך על החוזה כפי שהוא, ולא כפי שדרישות החוק מכתיבות אותו, ופעל לפיו במשך תקופה ארוכה. על-כן יש הסוברים, כי במקרים נדירים דרישת ההגינות ותום הלב מתגברים על דרישות או זכויות קוגנטיות."
- 149 הפרת עקרון תום-הלב הקבוע בס' 39 לחוק החוזים משמעה, למעשה, הפרת החוזה עצמו, וברגיל היא כרוכה בפיוציים וביצירת תיוג שלילי (עניין *Eximin*, לעיל ה"ש 71). רשימת הסעדים המוסדרים באמצעות עקרון תום-הלב מורכבת ומגוונת, ותלויה בנסיבות המקרה. ראו בג"ץ 59/80 שרותי תחבורה צבוריים ב"ש בע"מ נ' ב"ד הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828 (1980); עניין קל בנין, לעיל ה"ש 118.
- 150 Cooter, לעיל ה"ש 73; HART, לעיל ה"ש 73, בעמ' 79-88; Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. L. REV. 338 (1997).

להם בחוזה. על בעלי החוזה לפעול להגשמתה של כוונתם המשותפת, תוך נאמנות ומסירות למטרה, שעמדה לנגד עיניהם, ותוך עקביות בהגשמת ציפיותם המשותפת הסבירה. אכן, לולא היו הביטויים 'אמון', 'אמונה', ו-'נאמנות' תפוסים, ניתן היה לתאר את מערכת היחסים הנוצרת בין בעלי חוזה בעקבות סעיף 39 לחוק החוזים כיחסי נאמנות, כאשר בעל חוזה חייב לבצע את החוזה באמונה תוך הגשמת האמון, שהצד האחר נותן בו...¹⁵¹

אף שלדידנו רעיון האמון מאפיין את מערכת היחסים בין בעלי החוזה מעצם מהותה, ולא בעקבות סעיף 39 לחוק החוזים, ניתן להצטרף בכל לב לדבריו האחרים של הנשיא ברק לעיל בנוגע לעקרון תום-הלב.¹⁵²

פסק-דין המהווה מופת לשימוש משולב בתפקידו הכופה של המשפט בצד תפקידו המצהיר הוא פסק-הדין בעניין Eximin. בפסק-דין זה קבע הנשיא שמגר את תחולתה העקרונית של דוקטרינת "האשם התורם" כרכיב בסיסי של תחושת האמון הבינ-אישי ושל

151 עניין שרותי תחבורה, לעיל ה"ש 149, בעמ' 834.
 152 בספרו על החוזה כהבטחה, בפרק השישי, העוסק בעקרון תום-הלב, כתב פריד (Fried), לעיל ה"ש 11, בעמ' 74) כי דוקטרינת תום-הלב נחשבה כמאתגרת במיוחד את רעיון החוזה כהבטחה, לדעתו מן הטעם שלא תמיד די בהבטחה הגלומה בחוזה לצורך הגדרת היחסים בין הצדדים. כך פתח פריד את הפרק האמור: "The most direct challenge to the conception of contract law as a coherent expression of the principle of autonomy is thought to come from the doctrines of good faith, unconscionability and duress. These doctrines explicitly authorize courts in the name of fairness to revise contractual arrangements or to overturn them altogether. Good faith is a way of dealing with a contractual party: honestly, decently... Duress is a vice inhering in the pressure used to promote the agreement, while unconscionability refers to a vice in the agreement itself" לפי הגישה המובעת בחיבור זה, עקרון תום-הלב מתיישב לחלוטין עם דיני החוזים, ושואב מחתירתם הכללית להגשמת משולש הציפיות של הגורמים המעורבים בחוזה. השווה להתייחסותו של פריד לסיפור הידוע של הסוחר מוונציה והעימות בין Belmont ו-Venice – שני אזורים היכולים להיחשב כמייצגים גישה שונה ונפרדת לדיני החוזים (בלמונט היא ממלכת האהבה והיחסים המשפחתיים, ואילו ונציה היא מקום המסחר העומד על קיום מילולי וקורקטי של ההסכמות). פריד מאמין – בניגוד לאונגר, למשל – שניתן בהחלט לשלב את המחזורות: "Nor in commercial relations is there any imperative that contractual partners refuse to share. In fact there are many motives for such sharing in most commercial contexts: from the desire to maintain 'goodwill' so that relations will continue into the future, to a genuinely altruistic concern for one's fellow man, customer, or business partner. Nothing in the liberal concept of contract, nothing in the liberal concept of humanity and law makes such altruism improbable or meaningless". שם, בעמ' 90–91.

ציפיותיהם המצויות והרצויות של הצדדים לאינטראקציה החוזית, מתוך מטרה לעודד תרבות של שיתוף-פעולה מלכתחילה.¹⁵³

פרק ג: דיני כריתת החוזה בראי משולש הציפיות

1. כללי

סעיף 1 לחוק החוזים, הפותח את חוק החוזים ואת הפרק שכותרתו "כריתת החוזה", קובע:

"חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה."

בסעיפים 2, 5 ו-6 לחוק החוזים מוגדרים המונחים המרכזיים העומדים בבסיסו של סעיף 1:

2. פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסויימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה; הפניה יכול שתהיה לציבור.

153 המערערת במקרה זה, חברה בלגית, קנתה מגפי ג'ינס מן המשיבה, חברה ישראלית, במטרה לשווקם בארצות-הברית. המשיבה ייצרה את המגפיים ושלחה את הסחורה לארצות-הברית, אך שם נמנע שיווקה בגלל עניין שהיה כרוך בהפרה של סימן מסחר, ועל-כן סבלה המערערת נזקים ממוניים, שאותם תבעה מן המשיבה. השאלה המשפטית הייתה כיצד למקם את הסיכון החוזי על הפרת סימן המסחר, ואם האחריות החוזית צריכה בכלל להיות מוחלטת. הנשיא שמגר קבע כי על הצדדים לאינטראקציה החוזית חלה חובה של שיתוף-פעולה וגילוי במהלך הביצוע החוזי – חובה שאחריות כספית בצד הפרתה, שכן כל צד צפה את הנזק "אך לא טרח להבהיר לאחר את סכנת קיומו ולא טרח לגלותו לאחר ולמנוע את הנזק, למרות יכולתו הברורה לעשות כן". עניין Eximin, לעיל ה"ש 71, בעמ' 76. הנשיא שמגר הדגיש כי לנוכח אי-הגילוי ההדדי, פגעו שני הצדדים גם-יחד באפשרות הגשמתה של ההבטחה והציפייה שהייתה גלומה בחוזה, ואף הוסיף הצהרה בדבר מקומו האינהרנטי של שיתוף-הפעולה במסגרת המוסד החוזי ובדבר התועלת הגלומה בו: "האם השגת מטרות החוק תלויה בקיומה של אחריות מוחלטת? ההפך הוא הנכון. ככל חוזה או התקשרות, גם בבסיס עיסקת 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 ואף סטייה ממה שקבוע היה מלכתחילה. אין ספק, שיידרש שיתוף פעולה גם בעתיד. פן אחד של שיתוף פעולה זה הוא ההכרה בכך שנוק יכול להיגרם לאחד הצדדים כתוצאה מחוסר תום-לבם של שני הצדדים. 'שיתוף הפעולה' במקרה כזה יתבטא בחלוקת האחריות לנזק בין השניים – חלוקה בדיעבד, שהייתה בה למעשה לעודד שיתוף פעולה מבראשית." שם, בעמ' 82.

...

5. הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע ומעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה.
6. (א) הקיבול יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת, אם דרכים אלה של קיבול משתמעות מן ההצעה; ולענין סעיפים 3(א) ו-4(2), התנהגות כאמור דינה כדין מתן הודעת קיבול.
- (ב) קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע ייחשב לקיבול, אין לה תוקף.

סעיפים אלה טומנים בחובם את יצירתו של היחס החברתי ההדדי שבבסיס החוזה, ובאופן משתמע גם את מוסד ההבטחה. ההבטחה אומנם אינה נזכרת בהם במפורש, אך ניתן להסיק על קיומה מתוך ההגדרות של "הצעה" ו"קיבול" המובאות בסעיפים אלה.¹⁵⁴ כך תיחשב ל"הצעה" כל פנייה של אדם לחברו (לרבות בדרך של הודעה או התנהגות כלשהי) המעידה על רצון ("גמירת-דעת") להתקשר בחוזה, קרי, רצון להתחייבות שהינה מפורטת דייה ("מסוימת"). יסודות דומים נדרשים גם ביחס ל"קיבול".¹⁵⁵ ההצעה והקיבול מופנים על-ידי צדדים זה כלפי זה כאשר פניהם לעניין עתידי (אף אם מיידי), ומכאן שהם משקפים לא רק ביטוי לרצון הצדדים, אלא גם התחייבות שכמוה כהבטחה היוצרת ציפייה.¹⁵⁶ ביתר דיוק, ההצעה הטיפוסית הינה למעשה הצעה להבטחה או הבטחה המותנית בהבטחה נגדית. הדרישה לחפיפה בין יסודות ההצעה לבין יסודות הקיבול מבטיחה את היחס השיתופי והבין-אישי הנרקם בין הצדדים, כמו-גם את אופייה ההדדי, החברתי והוולונטרי של האינטראקציה החוזית.¹⁵⁷ רק קיומה של חפיפה בין ציפיותיהם של הצדדים הופכת את

154 ראו גם CORBIN, לעיל ה"ש 21, ס' 13: "The act constituting an offer and the act constituting an acceptance may each consist in a promise"

155 ס' 5, 6(א) ו-6(ב) לחוק החוזים. לפי הדין הישראלי, חוזה יכול להשתרע גם על הבטחה הבאה רק מצד אחד לחוזה, אם כי גם על מקרים כאלה חלה חזקת קיבול (ראו ס' 7 לחוק החוזים, והשוו ס' 3 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968, ס"ח 102) ונוצרת התחייבות נגדית לשתף פעולה ולקבל את ההצעה המזכה או את המתנה.

156 ראו גם את ההגדרה הראשונה של המונח "הבטחה" אצל אבן-שושן, לעיל ה"ש 110, כ"התחייבות בעל-פה על דבר-מה" (ההדגשה הוספה).

157 השוו לדבריו של Eisenberg, לעיל ה"ש 11, בעמ' 817, 816: "Virtually all contracts either create or reflect relationships. Discrete contracts – contracts that are not relational – are almost as imaginary as unicorns. A contract to build something as simple as a fence creates a relationship. A contract to sell almost any commercial product is likely to

הציפייה החוזית לתקפה מבחינה משפטית ולמחייבת את שני הצדדים מבחינה חוזית,¹⁵⁸ וזאת אף אם קודם לכן – ובטרם השתכלל החוזה – כבר היה המציע כבול בציפייה שיצר בלב הניצע באופן שמנע ממנו את האפשרות לחזור בו מהצעתו.¹⁵⁹ דרישות אלה הטמונות בסעיפי ההצעה והקיבול, ובמיוחד הדרישה לפומביות של גילויי הרצון,¹⁶⁰ בוחנות את קיומה של ציפייה סובייקטיבית בלב הצדדים עצמם, אך גם את ציפיית הציבור. בכך מתקיים בשלמותו מבחן "משולש הציפיות": המציע יחשב ככזה רק אם הוא מפנה אל הניצע, באופן חיצוני, פנייה המשקפת את רצונו להתחייב כלפיו באופן קונקרטי. בכך מבטיח סעיף 2 לחוק החוזים כי המציע ציפה (מעבר ל"התכוון") שפנייתו תביא לידי כריתת חוזה אם הניצע יקבל אותה, וכי הניצע ידע על ציפיותו זו של המציע. דרישת הקיבול, מצידה, מבטיחה את התנאים להתגבשותה של ציפיית המציע לכרות חוזה בתנאים שלהם ציפה, אך גם את התגבשותה של ציפיית הניצע כי אף הוא מחויב בחוזה. מכאן שדרישת החפיפה בין הקיבול להצעה, מסירתו של הקיבול למציע¹⁶¹ ופומביותם של ההצעה והקיבול מבטיחים שהציפיות ההדדיות יהיו בשלות וידועות לכלל הצדדים הנסמכים על המוסד החוזי. בהתאם, אין זה מפתיע שאם הקיבול שונה מההצעה (סעיף 11

either create or reflect a relationship... once relational contracts are properly defined, however, and it is recognized that all or almost all contracts are relational, it is easy to see that relational contracts are not a special subcategory of contracts, and therefore should not and cannot be governed by a body of special contract law rules. There can be no special law of relational contracts, because relational contracts and contracts are "virtually one and the same..." ראו גם Macneil, לעיל ה"ש 11, בעמ' 901, FRIED, לעיל ה"ש 11, בעמ' 45: "Promises – and therefore contracts – are fundamentally relational; one person must make the promise to another, and the second person must accept it" 628/83 דליה תל אביב בע"מ נ' שפירא, פ"ד לח (3) 462 (1984). FRIED, לעיל ה"ש 11, בעמ' 45–48, מדגים את האמור באמצעות דימוי של מעגל חשמלי עם נורה ושני מתגים, שיש להפעיל את שניהם כדי להאיר את הנורה. בהשאלה, החוזה ייכרת רק אם שני המתגים (המציע והמקבל) יהיו "מופעלים".

ראו את ההגבלות הקבועות בס' 3 לחוק החוזים לגבי יכולת החזרה של המציע מהצעתו. 159

השוו ס' 17–20 לריסטיטמנט השני בדיני חוזים, לעיל ה"ש 12, הקובעים כי כוונת הצדדים הרלוונטית לצורך יצירתו של החוזה היא הכוונה החיצונית והגלויה, ולא זו הפנימית. ראו הערה שנייה (comment b) לס' 200 לריסטיטמנט השני בדיני חוזים, לעיל ה"ש 12: "As is made clear in Chapter 3, particularly §§ 17–20, the intention of a party that is relevant to formation of a contract is the intention manifested by him rather than any different undisclosed intention" 160

להגדרתה של ה"מסירה" ראו ס' 60 (ב) לחוק החוזים, המשתמש לצורך הגדרה זו במבחן ה"שליטה", עקב הצורך בכיטחון ובוודאות. ראו ע"א 4841/00 ביטון נ' ראש עיריית קרית ביאליק, פ"ד נה (2) 26 (2000). 161

לחוק החוזים) או נמסר למציע לאחר פקיעתה של ההצעה (סעיף 9 לחוק החוזים), אין בכך כדי לשקף מפגש בין ציפיותיהם הסובייקטיביות של שני הצדדים, ודינם של קיבולים כאלה כדין "הצעה חדשה". הצעה חדשה זו חושפת אומנם את ציפיותו של הניצע, אך לאו דווקא את זו של המציע, ועל-כן היוצרות מתהפכות, והכוח לקבל את ההצעה החדשה מצוי כעת בידי המציע המקורי (הניצע כעת).

דרישות אלה מתמקדות במיזוג ציפיותיהם המשותפות של הצדדים להליך החוזי, ומשתלבות גם עם ציפיות הציבור ביחס לדרך שבה נכרת חוזה בשיטת המשפט, קרי, שחווה נכרת כאשר ציפיותיהם הסובייקטיביות של הצדדים מתלכדות. ציפיות הציבור מקבלות מימד עצמאי מוחשי יותר כאשר לא מתקיים מפגש ציפיות סובייקטיבי: אר-אז דורשות ציפיות הציבור לבחון את כריתת החוזה באמצעות מבחנים חיצוניים ואובייקטיביים, ועל כן להלן.

2. המבחן האובייקטיבי לכריתת חוזה

יסודות ההצעה והקיבול נועדו להבטיח כי הן המציע והן הניצע מצפים להתחייב בחוזה ובוחנים לצורך כך את התחייבותם. עם זאת, מאחר שהחוזה הינו "מוצר" חברתי בסיסי שחיי החברה והמסחר תלויים בו, פורשו הסעיפים העוסקים בכריתתו כבאים להתחקות לא רק אחר ציפיותיהם הסובייקטיביות של הצדדים, אלא גם אחר ציפיית הציבור ביחס להליך כריתתו של החוזה. בכך החוזה ה"פרטי" מוכפף, כבר בתחילת דרכו, גם לייעוד החברתי-הציבורי של דיני החוזים. ההתחשבות בציפיות הציבור עולה כבר מניסוחם הטקסטואלי של סעיפי ההצעה והקיבול, הדורשים שיתקיים גילוי חיצוני לפניות הצדדים ולרצונם להתקשר בחוזה, ומתחזקת בהתייחסותה של הפסיקה להליך כריתתו של החוזה. דרישת הגילוי החיצוני של ההצעה והקיבול נועדה להבטיח את קיומה של אינדיקציה לרצונם ולציפיותיהם הסובייקטיביות של הצדדים. אולם לנוכח התוקף המכריע שנתנה ההלכה הפסוקה לגילוי חיצוני זה של הרצון (אף במקרים שבהם הציפייה הסובייקטיבית של אחד הצדדים הייתה שונה), נראה כי אין מנוס מהמסקנה שמרכז-הכובד של דיני הכריתת נעוץ יותר בנימוקים ציבוריים ונורמטיביים מאשר באלה הפרטיים-הסובייקטיביים. במילים אחרות, מבחינה אובייקטיבית חוזה אינו נכרת בהכרח בהתאם לרצונם האמיתי של הצדדים המעורבים בו, אלא בהתאם לציפייתם המוצדקת.

בעניין רבינאי, למשל, בהקשר של זכרון-דברים, מנה השופט ברק את המקורות שמהם הסיק על כוונת הצדדים ליצירת קשר חוזי מחייב:

"המבחן הראשון לתוקפו המשפטי של זכרון הדברים הוא בכוונתם של הצדדים... על כוונה זו יש ללמוד, על-פי אמות המידה של האדם הסביר,

מהתנהגותם של הצדדים לפני, בשעת ולאחר ההסכמה על זכרון הדברים
ומתוכן זכרון הדברים עצמו...¹⁶²

באופן דומה, גם בע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' סמיר נקבע על-ידי השופט
אור כי –

"הדרישה לגמירת-דעת היא הדרישה להשתקפות חיצונית של כוונת
הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב... את גמירת הדעת יש לבחון דרך עיניו של
מתקשר סביר במעמדם של המתקשרים..."¹⁶³

אף שהפסיקה מתייחסת ל"כוונה" בהקשר של "גמירת-הדעת", יש לזכור כי בהקשר של
יצירת קשר חוזי עתידי מחייב הדגש מושם למעשה ברעיון הציפייה. מכל מקום, בבחינת
כוונה/ציפייה זו מבעד למשקפיו של האדם/המתקשר הסביר, הפסיקה מאמצת למעשה את
מבחן "ציפיות הציבור" כמבחן הקובע לעניין כריתתו של החוזה.

מבחן חיצוני מסוג זה חל גם ביחס לדרישת ה"מסוימות", הנוגעת בפרטים המהותיים
והחיוניים לעסקה. פרטים אלה נדרשים להימצא הן ב"הצעה" והן ב"קיבול", דהיינו, הן
אצל המבטיח והן אצל הנבטח. במשך הזמן ריככה הפסיקה את דרישת ה"מסוימות", וקבעה
שכאשר מתקיימת דרישת "גמירת-הדעת" (הנקבעת, כאמור, בעיקר על-פי המבחן
האובייקטיבי), אין צורך שכל התנאים החיוניים והמהותיים יופיעו במפורש בהסכם, שכן גם
פרטים אלה יושלמו באופן אובייקטיבי. בלשון הפסיקה: "את התנאים המהותיים והחיוניים
הנוכחים 'פיזית' בזכרון הדברים ניתן להשלים 'באופן נורמטיבי', אם לא משתמעת כוונה
אחרת, באמצעות הוראות חוק משלימות..."¹⁶⁴

סיכומה של נקודה זו: קיומה של גישה אובייקטיבית-חיצונית לבחינת כריתתו של
החוזה מדגימה את חתירתה של הפסיקה להלום את מוסד הציפיות – ובמיוחד את אלה של
הציבור, אשר קורא את פסק-הדין ונסמך על המוסד החוזי – אף אם לעיתים הדבר כרוך
בהקרבת רצונם האוטנטי של הצדדים עצמם. בקביעת אמת-מידה זו מוטמעת למעשה
מדיניות משפטית המכוונת את מרכיבי השיטה המשפטית להתחשב בזולתם ובדרך שבה
מצגיהם נתפסים בציבור, ומכאן מקומו של רעיון האמון הבין-אישי כרעיון חברתי העומד
בבסיס כריתתו של חוזה. בכל מקרה, מבחן משולש הציפיות מצדיק ומסביר טוב יותר את
השימוש התדיר באמת-מידה אובייקטיבית לבחינת כריתתו של החוזה בהשוואה לתיאוריית

162 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 287.

163 ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5) 820, 831 (1997).

164 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 288.

הרצון, שהרי מטבע הדברים תיאוריה זו סובלנית פחות ממנו לאמת-מידה חיצונית-אובייקטיבית.

לצורך הדגמת עדיפותה של גישה אובייקטיבית, הנסמכת בעיקר על ציפיות הציבור בכל הנוגע בבחינת כריתתו של חוזה תקף, ניתן להפנות לכמה פסקי-דין מייצגים. כך, בע"א 374/64 רוזנר נ' מגן דוד אדום בישראל ביקש המערער לשלם תמורת כרטיס להגרלה שערכה מגן דוד אדום למחרת יום ההגרלה, לאחר שכבר נודע כי כרטיסו זכה בפרס.¹⁶⁵ אף שהמערער לא הגיב על ההצעה להשתתף בהגרלה באופן המתבקש – דהיינו, לא שילם את תמורת הכרטיס ולא הודיע על הסכמתו לרוכשו עד יום ההגרלה – הוא ביקש בכל-זאת להכיר בכך שנכרת חוזה, משום שלטענתו החליט בליבו לרכוש את הכרטיס ולשלם את מחירו, ואך מתוך היסח-הדעת לא שילם בעבורו לפני מועד ההגרלה. בית-המשפט דחה את הטענה, ולא משום שלא הוכחה גמירת-דעת סובייקטיבית, אלא בשל הקביעה הנורמטיבית כי "קיבול" במובנו של חוק החוזים אינו עניין שבלב, אלא נדרש גילוי חיצוני כדי לייחס לו תוקף. אכן, בגילוי חיצוני ואובייקטיבי יש בדרך-כלל כדי לשקף את ציפיותו הסובייקטיבית של המקבל ואת הפנייתה של ציפיה זו למציע לצורך ביסוס ציפיותו-הוא. עם זאת, קביעתו הקטגורית של בית-המשפט התוותה גם דרך רצויה ליצירת ציפיות – אף במחיר הקרבתו של רצון פנימי וסובייקטיבי – בהתאם לציפיותיו של האדם הסביר, ובאופן המבסס את הזדהותו וציפיותו של הציבור ביחס לכריתתו של חוזה מחייב בשיטת המשפט. דרך זו לדרישת הגילוי האובייקטיבי של הרצון מקרינה על ציפיות הצדדים כולם, והיא רצויה לתחושת האמון הבין-אישי כרעיון כלל-חברתי. הדבר נכון במיוחד בנסיבות דוגמת אלה שנידונו בעניין רוזנר, המעוררות ספק אצל ציבור קוראי פסקי-הדין ביחס למוסד החוזי וביחס לאפשרות להשתמש בטענת הקיבול הסובייקטיבי באופן אפורטוניסטי. בסופו של יום נראה כי תוצאה זו של פסקי-הדין הולמת את רעיון האמון הבין-אישי והאמון במוסד החוזי, שכן היא מתיישבת עם ציפיותיו של הציבור, כמו-גם עם ציפיותיה של מגן דוד אדום, אשר לא קיבלה תשלום בעבור הכרטיס לפני מועד ההגרלה. למעשה, קשה להניח כי ציפיותיו או תחושת האמון של מר רוזנר עצמו קועקעו כאשר הבין כי אם לא שילם תמורת ההגרלה במועד שהתבקש ממנו, הוא למעשה לא השתתף בה.

דרישה דומה לגילוי אובייקטיבי של רצונות הצדדים וציפיותיהם לצורך כריתתו של חוזה עלתה בצורה מובהקת גם בדבריו של השופט בך בע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל:

165 ע"א 374/64 רוזנר נ' מגן דוד אדום בישראל, פ"ד יח(4) 640 (1964).

"אם נכנס אדם לתוך מספרה, מתיישב בכיסא ונותן לספר לטפל בשערות ראשו, הרי יש לראותו כאילו קיבל את הצעת הספר ונקשר קשר חוזי בין השניים, ואין נפקא מינה, אם יתברר, כי לא היה בכוונת אותו אדם לשלם עבור התספורת... העובדה, שהאדם הנהנה משירות מסוג זה אינו מתכוון, מסיבה זו או אחרת, לשלם את המחיר הנאות, אינה משחררת אותו מהתחייבות חוזית לשלם עבור השירות. קובעת המשמעות של התנהגות הצדדים מבחינה משפטית-נורמטיבית, ולא הפירוש הסובייקטיבי, אותו הצדדים או אחד מהם נותנים למהותה של התקשרות זו."¹⁶⁶

גם ציטוט זה משמיע את ההגנה על הציפייה – ולא דווקא על הכוונה – כעומדת בבסיסה של ההתחייבות החוזית, כמו-גם את בכירותו של מבחן "ציפיות הציבור" (כמבחן אובייקטיבי ונורמטיבי) ביחס לציפיות הסובייקטיביות של הצדדים המעורבים בהליך כריתתו של החוזה. "עליונות" זו אין משמעה התערבות ביחסיהם של הצדדים לאינטראקציה החוזית, שכן בדרך-כלל יושפע מבחן ציפיות הציבור מציפיותיהם של שני הצדדים ויודעה עימן (אף אם המסתפר לא התכוון לשלם, קשה לשער שהוא לא ציפה לכך שיתבקש לשלם בעבור השירות לאחר שהתיישב על כיסא הספר ונתן לו לטפל בשעריו); לכל-הפחות יודעה מבחן ציפיות הציבור עם ציפייתו הסובייקטיבית של אחד הצדדים לאינטראקציה החוזית (הספר בענייננו).¹⁶⁷ מבחן חיצוני זה יכריע לטובת כריתתו של החוזה גם אם ציפיותיהם הסובייקטיביות של שני הצדדים שונות זו מזו, וגם אם הן זהות אך סוטות מציפיותיו הראויות של הציבור.

למרות מעמדה של ציפיית הציבור, ניכרת גם מגמה מקבילה בפסיקה המגדילה את המשקל המוענק לציפיותיהם הסובייקטיביות של הצדדים הישירים לאינטראקציה החוזית, תוך הישענות דקדקנית יותר על עובדותיו הקונקרטיות של כל מקרה. כך, בעניין ש.ג.מ.

166 ע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 633, 647 (1983). ראו גם ע"א 440/75 זנדבנק נ' דנציגר, פ"ד ל(2) 260, פס' 5 לפסק-דינו של השופט שמגר (1976): "המבחן לקיומה של גמירת-הדעת – יהיה בדרך-כלל מבחן אובייקטיבי, היינו השאלה תהיה אם בנסיבות כגון אלה היה אדם סביר לומד מן ההצעה שהופנתה אליו על כוונה ליצור יחסים משפטיים." גם דרישת המסוימות נדרשת לצורך "ענין הבהירות הנדרשת" (שם, פס' 6 לפסק-דינו של השופט שמגר).

167 עליונותו של המבחן האובייקטיבי, המשקף את ציפיות הציבור, עולה גם מהתייחסותו של בית-המשפט לדחיית ההצעה, ולא רק לקבלתה. כך, בע"א 379/82 נוה-עם ברמת גן בע"מ (בפירוק מרצון) נ' יעקובסון, פ"ד לח(1) 740, 743 (1984), קבע בית-המשפט כי "דחיית הצעה בטרם עבר המועד לקיבולה צריכה להיות מפורשת או אקטיבית", וזאת בהתייחס לשאלה אם הליכתו של הניצע, לאחר אמירתו למציע כי אין לו כסף, מבטאת דחייה של ההצעה.

חניונים ערך השופט אור "סובייקטיביזציה של המבחן האובייקטיבי", וסבר – באופן שונה אולי במעט מהשופט בך – כי לא השתכלל חוזה בנסיבות העניין:

"אין חולק על כך, שחוזה יכול שייכרת על-ידי התנהגות, וכניסתו של אדם עם מכוניתו למגרש חניה, אשר בעליו מציעים לציבור את החניה בו כנגד תשלום, יכולה להתפרש כקיבול של ההצעה לציבור להחנות את הרכב במקום כנגד תשלום. אך במה דברים אמורים? כשאותה התנהגות של מחנה הרכב היא כזו, שניתן להסיק ממנה גמירת דעת מצדו להחניה כזו של רכבו במגרש החניה."¹⁶⁸

למרות מסקנותיהם השונות בדבר קיומה של זכות חוזית בנסיבות המקרה, המרחק העיוני בין עמדתו של השופט אור לבין עמדתו של השופט בך אינו כה רב. שני השופטים גם-יחד נדרשו לתצוגה האובייקטיבית של מעשיו של המתקשר החוזי הפוטנציאלי, אך נבדלו במינון ובפענוח של הנסיבות העובדתיות המקרינות על הציפיות שניטעו בלב הזולת והציבור (בהתייחס לדוגמת הספר שהובאה לעיל על-ידי השופט בך, ייתכן כי אף הוא – בדומה לשופט אור – היה מסיק כי בנסיבות שבהן היה פלוני שהתיישב על כורסת הספר מבהיר כי אין בכוונתו להסתפר תמורת תשלום, לא הייתה מתקיימת עילה חוזית). במקרה אחר, ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, תבעה המערערת פיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו לה מניתוח ביופסייה שנערך בכתפה, בטענה כי לא הסכימה לניתוח זה וכי הוחתמה על טופס הסכמה לעריכת הביופסייה לאחר שקיבלה תרופות מטשטשות. השופט אור דן בשאלה אם אכן היו גמירת-דעת והסכמה מצד המערערת לביצוע הניתוח על-ידי התייחסות "רבת שימושים" לגישה האובייקטיבית:

"קושי מיוחד קיים בנושא שאנו עוסקים בו, דהיינו בקביעה אם חולה היה מסכים לניתוח לו היו מובאות בפניו כל העובדות החשובות הרלוונטיות קודם קבלת הסכמתו... בענייננו, מתעוררת גם השאלה אם מתן תשובה לשאלה שהוצגה לעיל ייעשה על-פי מבחן סובייקטיבי, דהיינו כיצד הייתה המערערת שבפנינו נוהגת; או שמא המבחן הוא מבחן אובייקטיבי, דהיינו כיצד היה נוהג חולה סביר במצב דומה. אפשרות אחרת היא, שהמבחן הוא מעורב, דהיינו כיצד היה נוהג חולה סביר במצבה של המערערת. אף כי

168 עניין ש.ג.מ. חניונים, לעיל ה"ש 166, פס' 7 לפסק-דינו של השופט אור (ההדגשה הוספה).

נוטה אני למבחן הסובייקטיבי, כשהמבחן האובייקטיבי יכול לסייע, ככלי
עזר, בהפעלתו – אין צורך שנקבע מסמרות בעניין זה.¹⁶⁹

מדבריו של השופט אור עולה כי הוא מעדיף לכאורה את הגישה הסובייקטיבית, אך מציף את האפשרות לבחינה אובייקטיבית, אשר אינה מודדת את ההסכמה בהתאם לרצון האמיתי של החולה המעורב, אלא בהתאם לציפיית הציבור, דהיינו, "חולה סביר במצב דומה". יתר על כן, בעניין דעקה מיושם רעיון האמון הבין-אישי ככלי המסייע למסקנה האובייקטיבית. מן האמון שחולה רוחש ברגיל לרופאיו למד השופט אור כי גם אילו ביקשה החולה במקרה זה לחתום על טופס ההסכמה ללא השפעת תרופות מטשטשות, היא הייתה כנראה חותמת ומסכימה. בלשונו של השופט אור:

"האמון שהיה לה ברופאי המשיבים וכל יתר הנסיבות, מצביעים, לדעתי,
ככיוון זה בצורה ברורה. ככל אדם בר-דעת, הייתה גם היא מסכימה
לכך."¹⁷⁰

מכל מקום, מגמת ה"סובייקטיביזציה של המבחן האובייקטיבי" לבחינת גמירת-הדעת, המשמשת לא אחת אמצעי המסייע בהתחקות אחר ציפיותיהם של הצדדים, מאששת אף היא את מבחן "ציפיות הציבור". דוגמה לכך ניתן למצוא בעמדתו של הנשיא שמגר בע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב – אחים פרץ בע"מ נ' בוחבוט.¹⁷¹ עמדתו של הנשיא שמגר נותרה אומנם במיעוט, אך מאחר שהטעם לכך היה דיוני, ולא מהותי, נראה כי יש בה כדי לשקף את כיוון התפתחותו של הדין.¹⁷² במקרה זה, אף שנחתם חוזה שנחזה כתקף, קבע הנשיא שמגר כי בנסיבות העניין לא נכרת חוזה תקף, וזאת בהסתמך על ציפיותיהם של הצדדים הישירים לעסקה כמו-גם על ציפייתו של ציבור קוראי פסק-הדין – קרי, "האדם הסביר" – בהיכנסו לנעליהם של הצדדים לעסקה. גם כאן אין מדובר בהחלטה הנובעת אך מהתחשבות בענייניו המסורתי של הנבטח, אלא בהחלטה המתמקדת בציפיות של המבטיח ושל הציבור. במקרה זה דובר בחוזה שנחתם על-ידי אדם שלא התכוון כלל למכור את הדירה מושא ההסכם, ואף לא היה חלק מהמשא-ומתן למכירת הדירה, אשר התקיים בין מנהל החברה המערערת לבין בנו של אותו אדם, שהיה רשום כבעל הדירה. למעמד חתימת

169 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 565, 526 (1999) (ההדגשות הוספו).

170 שם, בעמ' 568.

171 ע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב – אחים פרץ בע"מ נ' בוחבוט, פ"ד מז(1) 357 (1993).

172 אכן, ראו בע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון בראשי, פ"ד נב(2) 582 (1998), את הציטוט (הנרחב) המתייחס בהסכמה להלכה זו.

החווה הגיע האב בלבד, מבלי שהבן הוזמן ונכח. לטענתו של האב, הוא לא הבין כלל על מה הוא חותם – הוא אינו יודע קרוא וכתוב, ובזמן החתימה הוא אף היה שתוי. האב הסביר את חתימתו בכך שנאמר לו כי בנו מעוניין שיחתום, ואף הובטח לו, תמורת חתימתו, סכום של 1,000 ש"ח. נסיבות אלה מעלות כי לא רק שהאב לא ציפה כי הוא מתחייב למכור את דירתו על-פי חוזה, אלא שכזו גם הייתה – במובן העמוק ביותר – גם ציפייתה האוטנטית של המערערת, שהייתה מודעת לאי-ידיעתו של האב, ואולי אף תרמה לאי-ידיעה זו (מפסק-הדין עולה שהמערערת ידעה על רצונו של הבן להיות נוכח בעת חתימת החוזה, וניתן להניח כי ידעה שרצון זה נעוץ בחשש שאביו אינו מודע לחתימתו¹⁷³). הנשיא שמגר דן במהותו של המבחן האובייקטיבי לגמירת-הדעת, וייחס אותו, למעשה, להגשמת ציפיותיהם של המעורבים באינטראקציה החוזית (הציבור, המבטיח והנבטח) ביחס לכריתתו של החוזה:

"אמנם ניתן לכאורה לומר, שהמבחן האובייקטיבי מתקיים בנסיבות העניין שלפנינו, שהרי חתימתו של האב מתנוססת על גבי החוזה. ואולם, קביעה זו מתעלמת ממהותו של המבחן האובייקטיבי... המבחן האובייקטיבי הוא מבחן נסיבות העניין, התנהגות הצדדים ודבריהם לפני כריתת החוזה ולאחר מכן. על פי המערכת העובדתית שנפרשה לפנינו, מתקשר סביר לא היה מזהה בהתנהגות המשיב גמירת דעת אובייקטיבית. לפיכך לא מתקיים גם המבחן האובייקטיבי לגמירת הדעת, ולא עולה כלל שאלת היחס שבין מבחן זה למבחן הסובייקטיבי... אין ספק, כי מתקשר סביר במעמדה של המערערת לא היה מניח, כי המשיב גמר בדעתו לכרות חוזה. נציג המערערת צריך היה לדעת, כי אין ביכולתו של המשיב להבין משמעותה של החתימה, לא כל שכן לגבש גמירת דעת לעניין מכירת הדירה. לפיכך אין גם כל מקום להסתמך על קיומה של החתימה בהקשר זה. חתימה זו יכולה אולי ליצור מראית של גמירת דעת בעיניו של זר המשקיף מהצד, אך לא בעיניו של המתקשר הספציפי, היא המערערת. יש לזכור, כי מטרתו של המבחן האובייקטיבי היא להגן על הצד המסתמך על מצגו של הזולת... המערערת איננה יכולה לטעון להסתמכות כזו, ולכן נראה, כי אין כלל מקום להחלת מבחן זה בענייננו.¹⁷⁴"

פסק-דין זה של הנשיא שמגר, שהעניק מימד סובייקטיבי יותר משהיה מקובל בזמנו למבחן כריתתו של חוזה, ובחן את ציפיות האב אך גם את ציפיותיה הסבירות של החברה הקבלנית,

173 עניין פרץ בוני הנגב, לעיל ה"ש 171, בעמ' 366.

174 שם, בעמ' 364–365 (ההדגשה הוספה).

מתיישב יותר עם תיאוריית האמון מאשר עם תיאוריית הרצון גרידא – הן בשל משולש הציפיות הנבחנות והן בשל רעיון ההסתמכות המובלע בו. בפסקי-דין אחרים נקבע, למשל, כי "אם יש פער בין הכוונה לבין ההצהרה, והצד השני מודע לפער זה, תהווה גמירת הדעת מכוונת לכוונה ולא להצהרה".¹⁷⁵ במילים אחרות, המבחן האובייקטיבי לגמירת-הדעת בוחן את כלל הצדדים המעורבים גם-יחד, ובאופן מסורתי הנימוק לכך הוא נימוק ההסתמכות. בכך רעיון גמירת-הדעת מתיישב באופן עקיב עם נימוק הציפייה – הורתה של ההסתמכות – ועם רעיון האמון הבין-אישי, ולא אך עם רצונו של הנבטח. ככלות הכל, מוטיב ההסתמכות הוא אחד ממרכיביו של רעיון האמון, אך הוא אינו אחד ממרכיביה של תורת הרצון המסורתית.

ראיית ההסתמכות כמצויה בבסיסם של מבחני הכריתה האובייקטיביים עולה גם מע"א 1548/96 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לופו.¹⁷⁶ פסק-דין זה מתייחס לרעיון האמון הבין-אישי והציפייה בדיני החוזים בכמה מובנים. בנסיבות המקרה דובר בשטר משכנתה שנערך, בגין חובותיו של אדם מסוים לטובת הבנק (המערער), על בית מגורים ועל המגרש שעליו היה הבית בנוי, שהיו כבעלות משותפת של האיש ואשתו (המשיבים). שטר זה, שנערך בשישה עותקים, כמו-גם המסמכים הנלווים אליו, נשאו 42 חתימות של כל אחד מבני-הזוג, ואף כללו אישור עורך-דין שלפיו בני-הזוג חתמו על שטר המשכנתה לפניו לאחר שהסביר להם את מהות העסקה. לאחר שהבעל לא עמד בהתחייבויותיו כלפי הבנק, החל האחרון במימוש המשכנתה, אלא שהאישה ביקשה להכריז על בטלותה של המשכנתה ביחס לחלקה בנכס מן הטעם שבעלה החתים אותה על המסמכים מבלי ששמה לב על מה היא חותמת. בדיעבד טענה האישה כי בעלה הפר את אמונה, והשיג את חתימתה במרמה ובחוסר תום-לב, ואילו הבעל העיד כי החתים את אשתו על מסמכי המשכנתה בעיצומה של שיחה טלפונית נסערת ומבלי שהרכיבה משקפיים. במסכת זו עולה רעיון האמון הבין-אישי במישור היחסים שבין בני-הזוג, במישור היחסים שבין האישה לבין הבנק ובמישור ציפיותיו של קורא פסק-הדין ביחס להליך כריתתו של החוזה בשיטת המשפט.

בית-המשפט המחוזי קיבל את עמדתה של האישה, וקבע כי התחייבותה בטלה עקב אי-מודעותה לחתימתה. בית-המשפט קיבל את הטענה כי בחתימתה של האישה "לא נעשה דבר". פסיקה זו מגשימה לכאורה את ציפייתה הסובייקטיבית של האישה, אשר לא חשבה כי היא חייבת דבר-מה לבנק, אך מאידך גיסא פוגעת בציפיותיו הסובייקטיביות של הבנק המערער ובציפיותיו של האדם הסביר. בית-המשפט העליון, באופן נאמן יותר למבחן

175 פסק-דינו של הנשיא ברק בע"א 5332/03 רמות ארזים, חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' שירן, פ"ד נט(1) 931 (2004).

176 ע"א 1548/96 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לופו, פ"ד נד(2) 559 (2000).

“משולש הציפיות”, נתן תוקף חוזי לחתימתה של האישה משום שלפי ממצאיו נעשתה חתימה זו תוך מתן אמון מלא בבעלה. בכך השריש בית-המשפט העליון את רעיון האמון הבין-אישי, בהגשימו את ציפיותיו של הבנק (הנבטח) ביחס להתחייבותם של שני המשיבים וכן את ציפיותיהם של ציבור המתקשרים החוזיים המושפעים מפסק-הדין. ציבור זה נמצא מאחורי “מסך הבערות”, ובהתחשב בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, פסקתו של בית-המשפט העליון הולמת את ציפיותיו הסבירות של הציבור כמו-גם את ציפיותיו הרצויות ביחס למעמדה ולדרכי יצירתה של ההתחייבות החוזית,¹⁷⁷ דהיינו, “אין זה ראוי לאפשר לאדם להשתחרר מהתחייבויותיו בעיסקה שעל פניה נקשרה כדין”:¹⁷⁸

177 מעקב אחר ציפיות הציבור עולה גם מהילוכו של בית-המשפט העליון בעניין זה. ראשית בחנה השופט דורנר את ציפייתה הסובייקטיבית של האישה, אף שנעזרה לצורך כך במשקפיים אובייקטיביים. השופט דורנר ציינה כי כל פרנסת המשפחה הייתה תלויה בבעל, כך שלאישה היה אינטרס כלכלי ישיר לסייע בפריסת חובותיו, ו“על-כן סביר כי האישה תיתן ביטוי לאינטרס זה על-ידי הסכמה למשכן את חלקה בנכס למען פריסת חובות מפרנס המשפחה” (שם, בעמ' 569, ההדגשה הוספה). בהתאם פסקה השופט דורנר כי גרסת האישה – שלפיה הבעל רימה אותה והחתים אותה 42 פעם על טפסים שהכתרת “שטר משכנתה” מתנוססת עליהם “באותיות קידוש לבנה” – היא מופרכת, אינה מתקבלת על הדעת ואף נסתרה על-ידי עדותו של עורך-הדין. בחינה זו של ציפיותיה האוטנטיות של האישה (אף שנעשתה, כאמור, בכלים אובייקטיביים) נתמכה על-ידי בית-המשפט גם בבחינה נורמטיבית של טענת האפסות בהקשרה של חתימה בהיסח-הדעת. מבחנים נורמטיביים אלה – מבחני ציפיותיו הרצויות של הציבור, למעשה – מתחשבים בהשפעות הקשות של הלכת האפסות על צדדים תמימים (קרי, על ציפיותיהם והסתמכותם), העשויים לחשוב כי לפניהם התחייבות תקפה. על-כן פורשה הלכה זו בצמצום ניכר: “ראשית, נקבע כי הטענה בדבר אפסות לא תעמוד למי שחתם על חוזה מתוך אמון בשיקוליו של האדם שביקש את חתימתו. שנית, והיא העיקר, הוטל על הטוען לאפסות להוכיח כי נקט אמצעי זהירות הולמים. כך נפסק, כי טענת האפסות תישלל ממי שחתם על המסמך המשפטי מבלי לקרוא אותו” (שם, בעמ' 571–572). מבחנים אובייקטיביים אלה להלכת האפסות, ובתוכם שלילתה ממי שחתם על חוזה תוך מתן אמון בזולתו, אינם מפתיעים, וקל להזדהות עימם – במיוחד במקרה זה, שבו התבקשה החתימה וניתן האמון בצד הקרוב לאישה, ולא בבנק המערער – שכן הם מסתמכים על עקרונות האמון החברתי, על ציפיות הציבור ועל ציפיותיהם הסובייקטיביות של הצדדים עצמם. לפי מבחן זה, הגשמת מראית-העין של ההסכמה והציפייה שיצר א אצל ב, בעקבות אמון עיוור (במקרה זה כמעט תרתי-משמע) שנתן א ב-ג, הולמת למעשה לא רק את ציפייתו של ב – שאליו הפנה א את “הבטחתו” – אלא גם את ציפיותו הסובייקטיבית של א עצמו, שהרי הוא ציפה לקבל על עצמו את מעשיו ומחדליו של ג. אם הפר ג את האמון שנתן בו א, טרונייתו של האחרון יכולה להיות מופנית ל-ג או לעצמו, אך אין זה רצוי שיתאפשר לו לסתור את הציפייה שנטע בליבו של ב בנסיבות העניין. מתכונת זו קלה להזדהות על-ידי הציבור המצוי מאחורי “מסך הבערות”, ומתיישבת עם ציפיותיו ביחס לתוקפן של ההתחייבויות חוזיות והקצאת סיכונים רצויה במסגרתן.

178 שם, בעמ' 573.

"בענייננו לא נמנע מן האישה לקרוא את שטרי המשכנתה. האישה היא בוגרת בית-ספר תיכון בישראל, ואף העידה על עצמה כי היא מודעת למשמעות חתימה על מסמך משפטי. הסברה לכך שלא קראה את המסמך שאותו הגיש לה בעלה לחתימה, שדי היה בהעפת-עין כדי לעמוד על תוכנו, מלמד על אחד משניים: כי חתמה מתוך אמון בבעלה ונכונות לחתום על כל מסמך לפי שיקול-דעתו, או שנהגה ברשלנות. שתי האפשרויות שוללות טענת אפסות."¹⁷⁹

סיכומו של דבר: הנמקתו של פסק-הדין בעניין לופו כוללת התייחסות למשולש הציפיות (ולאו דווקא משולש הכוונות), התחקות אחריו והתחשבות בו, וזאת במטרה לקדם את רעיון האמון הן ביחס למתדיינים הספציפיים הן בקרב הציבור כולו. בשיטה משפטית הבאה לקדם ציפיות רצויות, ולאו דווקא מצויות, נראה כי במקרה זה הוקרבה ציפיותה הסובייקטיבית של האישה בשל "אי-רציותה" של אותה ציפיה. התוצאה שאליה הגיע בית-המשפט מקדמת באופן מיטבי את תחושת האמון הסובייקטיבית והאובייקטיבית, בניגוד לפסיקתו של בית-המשפט המחוזי, אשר התחשב בציפיותיה הסובייקטיביות של האישה בלבד והעדיף אותן.¹⁸⁰

3. כריתת חוזה באמצעות "מפגש רצונות" לא-סימולטני

עליונותו של מבחן משולש הציפיות על בחינת רצון הצדדים משתמעת גם מעמדתו של חוק החוזים לכריתת חוזה לא-סימולטני, דהיינו, כריתת חוזה שבו הקיבול לא נעשה מייד לאחר ההצעה. סעיפים רבים בפרק א לחוק החוזים (דוגמת סעיף 3, העוסק ביכולת החזרה מן ההצעה;¹⁸¹ סעיף 4, העוסק בפקיעת ההצעה;¹⁸² סעיף 8, העוסק במועד הקיבול;¹⁸³

179 שם, בעמ' 574.

180 פסיקתו של בית-המשפט מאששת את רעיון האמון בשני היבטים נוספים. ראשית, בית-המשפט הביע את התרשמותו כי האישה דווקא ידעה על מה היא חותמת. במקרה כזה מבחן משולש הציפיות – לרבות בחינת ציפיותיה הסובייקטיביות של האישה ביחס להתחייבות החוזית שניתנה לבנק – בא על סיפוקו המושלם ביחס לשלושת מרכיביו (שם, פס' 8–9 לפסק-דינה של השופטת דורנר). שנית, פסק-הדין של בית-המשפט העליון נתן תוקף גם להסכם הנוסף והמשתמע בין האישה לבין בעלה, ובכך הגשים – אף אם למורת-רוחם – את האמון הבין-אישי שנתנו בני-הזוג זה בזה (וכך העידה האישה בחקירתה הנגדית: "אני אישה מודעת מה משמעותה של חתימה... הייתה הסכמה בינינו ואמון בינינו שאם זה לא דבר חשוב אני יכולה לחתום בעיניים עצומות, הוא רואה-חשבון, זה לא סתם בעל"; שם, בעמ' 564).

181 ס' 3 לחוק החוזים קובע: "(א) המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול. (ב) קבע המציע שהצעתו היא ללא חזרה, או שקבע מועד לקיבולה, אין הוא רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה לניצע."

סעיף 10, העוסק ביכולת החזרה מן הקיבול;¹⁸⁴ ואף סעיף 7, העוסק בחזקת קיבול¹⁸⁵) מוקדשים לנושא זה, וטעמם העיקרי הוא ההתחשבות בשיקולים של הסתמכות וציפייה, ופחות מכך, אם בכלל, בשיקולים של הגנת הרצון.¹⁸⁶ אדרבה, הסעיפים האמורים מתמודדים עם האפשרות ש"מפגש הרצונות" הדרוש לכריתת החוזה אינו מתקיים תמיד, ולו משום שכוונותיהם הסובייקטיביות של הצדדים עשויות להשתנות במהלך השלב הטרום-חוזי, אשר מתמשך לעיתים. כך, בדומה להצדקה לבחינה אובייקטיבית של דיני ההצעה והקיבול, שנסקרה לעיל, גם הסעיפים המסדירים כריתה לא-סימולטנית של חוזה עוסקים למעשה בקביעת נוסחות איזון המשקללות את הציפיות ואת ההסתמכויות המעורבות בהליך הכריתה החוזי, ובביסוסה של תוצאה שתהלוך באופן מיטבי את רעיון האמון הבין-אישי. אם ניטול, למשל, את קביעתו של סעיף 3 לחוק החוזים, המסייג את יכולתו של מציע לחזור בו מהצעתו אף בטרם השתכלל החוזה, נראה כי סייג זה נובע במידה רבה מהציפייה ומההסתמכות של הניצע והציבור, ולא דווקא מרצונו של המציע. למעשה, לעיתים חוזה עשוי להיכרת אף בלא שמתקיים בפועל, בעת הכריתה, מפגש רצונות סובייקטיבי. כך, אם המציע לא סייג את הצעתו, יכולתו לחזור בו מוגבלת עד לרגע שבו הסתמך הניצע על ההצעה (רגע שנקבע בסעיף 3 כמועד מתן הודעת קיבול); ואם מדובר ב"הצעה בלתי-חוזרת" או ב"הצעה שנקבע בה מועד לקיבולה" (דהיינו, הניצע ידע שההצעה פתוחה לתקופת-מה), יכולתו של המציע לחזור בו עד לרגע מסירת הצעתו לניצע מוגבלת אף יותר, וזאת בשל ציפיותו של הניצע – בהסתמך על מהותן של הצעות מסוג זה – כי יוכל להמתין עם מתן הודעת הקיבול מבלי שההצעה תחלוף לה. בנוסחת איזון כזו יש אומנם כדי להקריב את רצונו של המציע, אך לא דווקא את ציפיותו, שהרי המציע הינו "אדון ההצעה" וביכולתו לסייגה כראות עיניו, לשקף בה את ציפיותו, ובה-בעת להשפיע על ציפיות הניצע.

182 ס' 4 לחוק החוזים קובע: "ההצעה פוקעת – (1) כשדחה אותה הניצע או עבר המועד לקיבולה; (2) כשמת המציע או הניצע או כשנעשה אחד מהם פסול-דין או ניתן נגדו צו לקבלת נכסים או צו פירוק, והכל לפני מתן הודעת הקיבול."

183 ס' 8 לחוק החוזים קובע: "(א) אין לקבל הצעה אלא תוך התקופה שנקבעה לכך בהצעה, ובאין תקופה כזאת – תוך זמן סביר. (ב) נתן הניצע הודעת קיבול בעוד מועד, אך הודעתו נמסרה למציע באיחור מחמת סיבה שאינה תלויה בניצע ולא היתה ידועה לו, נכרת החוזה, זולת אם הודיע המציע לניצע על דחיית הקיבול מיד לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול."

184 ס' 10 לחוק החוזים קובע: "הניצע רשאי לחזור בו מן הקיבול בהודעה למציע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה למציע לא לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול או שנודע לו על קיבול בדרך האמורה בסעיף 6(א)."

185 ס' 7 לחוק החוזים קובע: "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה, זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה."

186 ה'סדרים אלה נקבעו ככללי-אצבע בהתאם ל"ציפיות הציבור".

מובן שגם גישה כזו עשויה להלוך את יעדיה של התמורה החברתית, המדגישה את ההתחשבות בציפיות המוצדקות של הזולת.

רציונל דומה מסביר גם את ההבחנה בין סעיף 14(1) לחוק החוזים, הקובע כי התוצאה של דחיית הצעה היא פקיעתה, לבין סעיף 11 לאותו חוק, הקובע כי "קיבול שיש בו תוספת, הגבלה או שינוי אחר לעומת הצעה" לא רק מוליך לפקיעת הצעה, אלא גם פועל כ"הצעה חדשה". הבחנה כזו הולמת את נסיון החיים ואת ציפיית הציבור ביחס לקיבול תוך תוספת, הגבלה או שינוי, שעל-פיהם קיבול כזה מבטא לא רק את אי-רצונו של הניצע להתקשר בחוזה על-פי הצעת המציע (ובהתאם גורם לפקיעת ציפיותו המקורית של המציע), אלא גם את רצונו של הניצע להתקשר בחוזה שתנאיו שונים – רצון המערור ציפיה חדשה אצל המציע המקורי. כזה הוא גם דינו של קיבול לאחר פקיעת הצעה (סעיף 9 לחוק החוזים), אשר משקף, לפחות באופן אובייקטיבי, את רצונו המשתמע של הניצע המקורי להתחייב בחוזה אף שהצעה פקעה – רצון המערור מחדש אצל המציע המקורי (ואצל העדים לאינטראקציה מסוג זה) את הציפיה שהניצע מעוניין בחוזה.

הנה כי כן, סעיפים "טכניים" אלה, העוסקים בהליך לא-סימולטני של הצעה וקיבול, נוגעים לכאורה ברצון הצדדים, אך קביעותיהם נעוצות באחריות לזולת בהתאם לרעיון הציפיה, ההסתמכות והאמון הבין-אישי של כלל המעורבים בהליך החוזי.

בחירתה הדינמית של ציפיית הצדדים בקשר לחוזה שנכרת באופן לא-סימולטני הודגשה בפסק-הדין שניתן בעניין *תשובה*.¹⁸⁷ בעניין זה קבעו הצדדים כי הן ההצעה והן הקיבול צריכים להיעשות בדואר רשום.¹⁸⁸ פרטיה של ההצעה החוזית עודכנו על-ידי המציע, והעדכון נודע לניצע לפני קיבולה (המשפטי) של ההצעה. אף-על-פי-כן עמד הניצע על זכותו לקבל את ההצעה המקורית והזולה יותר, בטענה שעדכונה לא נעשה בדואר רשום.¹⁸⁹

187 לעיל ה"ש 105.

188 ובכך התנו על הקבוע בס' 60 לחוק החוזים, אשר ס"ק (א) שלו קובע כי "הודעה לפי חוק זה תינתן בדרך המקובלת בנסיבות העניין", וס"ק (ב) שלו קובע כי "מקום שמדובר בחוק זה על מסירת הודעה, רואים את ההודעה כנמסרה במועד שבו הגיעה לנמען או אל מענו."

189 בפסק-דין זה דובר בצדדים להסכם שיתוף במקרקעין, שקבעו כי לכל שותף תעמוד זכות סירוב ראשונה אם עמיתו ירצה למכור את חלקו. עוד נקבע בהסכם השיתוף כי הן הצעת המכירה והן הודעת הקיבול בין השותפים חייבות להישלח בדואר רשום. ביום 10 ביוני 1994, בסביבות השעה 9 בבוקר, שלח המשיב למערער הצעה למכור לו את חלקו במקרקעין תמורה 220,000 דולר. ההצעה נשלחה בפקס, ובמקביל גם במכתב רשום. המכתב הרשום אומנם הגיע למערער בתאריך 13 ביוני 1994, אלא שעוד באותו יום שבו נשלח המכתב הרשום (וכשעה לאחר משלוח הפקס) הודיע המשיב בטלפון ובפקס למערער כי הוא מבטל את הצעתו ומעמידה על סכום של 247,500 דולר. גם הצעה זו שוגרה בדואר רשום, וזה התקבל אצל המערער רק ביום 15 ביוני 1994. ביום 22 ביוני 1994 השיב המערער למשיב כי הוא מקבל את הצעתו (הראשונה) למכירת חלקו ב-220,000 דולר. ביום 1 ביולי 1994 הודיע המשיב למערער

בית-המשפט דחה טענה זו, והדגיש את ציפיותם וידיעתם האוטנטית של הצדדים כמרכיב המשמעותי לעניין כריתתו של החוזה.¹⁹⁰ זאת ועוד, פסק-הדין פסע "פסיעת אמון נוספת"

כי מאחר שחלפו 14 ימים מן היום שבו שלח את הצעתו (השנייה והמעודכנת) והמערער לא השיב עליה, הוא רואה את עצמו חופשי למכור את חלקו לקונה אחר (מניין 14 הימים הוסכם ביניהם בהסכם השיתוף כתקופת הזמן שבה ניתן לקבל את ההצעה). המערער, מצידו, טען שקיבל את ההצעה הראשונה בטווח הזמן שנקבע בהסכם השיתוף, ומכאן שלשיתו נכרת ביניהם חוזה תקף (למכירה בסכום של 220,000 דולר). השאלה המשפטית שהתעוררה הייתה אם בנסיבות העניין אכן נכרת חוזה בין הצדדים לפי ההצעה הראשונה, ואם שינוי ההצעה הראשונה אכן אינו תופס – כטענת המערער – שכן החזרה מן ההצעה הראשונה לא נעשתה בדואר רשום ובטרם נמסרה לו ההצעה הראשונה (הנחשבת, מרגע שנמסרה לו, כהצעה בלתי-חוזרת, הואיל ונקבע בה זמן קצוב לקיבולה כקבוע בס' 3(ב) לחוק החוזים). מבחן משולש הציפיות, הבוטח את ציפיותיהם האוטנטיות של הצדדים אך גם את ציפיות הציבור, ינבא – כפי שאכן נפסק לבסוף – כי בנסיבות המתוארות ידחה בית-המשפט את הטענה כי נכרת חוזה בהתאם להצעה הראשונה, שכן הצעה זו שונתה, ודבר השינוי היה ידוע גם לניצע עצמו בטרם קיבל את ההצעה באופן פיזי (בדואר רשום) ובאופן משפטי. אכן, לניצע היה ידוע דבר קיומה של ההצעה הראשונה מכוח שיחה טלפונית שערך עם המשיב ומכוח פקס שנשלח אליו, אלא שהמערער עצמו התנה את התייחסותו להצעה בכך שהמשיב ימציא לו את הצעתו בכתב ובדואר רשום, כפי שנקבע בהסכם ביניהם. בהתאם, הכרה בכריתתו של חוזה לפי ההצעה הראשונה אינה רצויה בנסיבות המקרה מבחינת הזדהותם וציפיותיהם של קוראי פסק-הדין, הכורחים את הסכמיהם לאורו של הדין, ויש בה כדי להכשיל את תחושת האמון הבין-אישי האמורה לשרות על הליך כריתתו של החוזה. בהתבסס על הגיונו של רעיון הציפייה, קבע השופט גולדברג כי המשיב לא היה צריך להביא לידיעת המערער את דבר חזרתו מההצעה (להבדיל מההצעה עצמה) באמצעות מכתב רשום, ודי היה בשינוי טלפוני ובפקס. קביעה זו מתיישבת עם הסכמתם המפורשת של הצדדים, וממילא עם ציפיותם המקורית, אך גם עם ציפיותם בפועל שרק "הצעה" ו"קיבול" ייעשו באמצעות מכתב רשום.

190 הדבקות ברעיון הציפייה כתשתית לפסק-הדין מתחזקת בהקשרו של פסק-הדין, מאחר שהיא נובעת לא רק מהסכמת הצדדים במועד כריתתו של הסכם השיתוף, אלא גם ממערכת הנסיבות הדינמית בפרק-הזמן הרלוונטי: "...המערער הודה כי עוד בטרם קיבל את הצעת המשיב בדואר רשום כבר ידע שהצעתו הראשונה של המשיב מבטלת. המערער אישר בעדותו כי המשיב אכן הקדים להודיע לו על הביטול הן בטלפון והן בפקס... אך הוא לא הסכים לקבל הודעות בפקס ודרש לשלוח לו מכתב רשום כמוסכם... היעלה על הדעת שהצעה שטרם הגיעה לידי הניצע, אך הובא לידיעתו כי היא בטלה ומבוטלת, יוכל המניע להמשיך ולהתייחס אליה כאל הצעה תקפה (או ליתר דיוק: שתהיה תקפה כאשר זו תימסר לו) – רק בשל העובדה שהודעת הביטול לא נשלחה אליו בדואר רשום כפי שסבר שהייתה צריכה להישלח אליו? אין ספק שקביעה כזו, אילו נקבעה, הייתה עומדת בסתירה תהומית לעקרונות תום-הלב המשמש, כידוע, כאחד מעמודי התווך בדיני החוזים." עניין תשובה, לעיל ה"ש 105, בעמ' 298 (ההדגשות הוספו). ראו גם את דבריו – הברורים יותר בהקשר של דיונו – של הנשיא ברק: "המערערים קיבלו (ביום 10.6.1994) הודעה בפקס על הצעתו (הראשונה) של המשיב. בו ביום הם קיבלו הודעה בטלפון ובפקס על חזרה מההצעה. המערערים בחרו להתעלם מהודעת הביטול. הם המתינו עד לקבלת ההצעה בדואר רשום בידועם כי הצעה זו

בהתייחסותו ההיפותטית של הנשיא ברק למקרה שבו – להבדיל ממקרה זה – היה נקבע במפורש בין הצדדים שגם חזרה מההצעה צריכה להיעשות במכתב רשום. הנשיא ברק הביע את דעתו אגב אורחא באומרו כי "שאלה יפה עשויה היתה להתעורר אם התנהגות המערער אינה בתום לב שעה שהוראת החוזה קובעת כי גם חזרה מהצעה צריכה להיעשות בדואר רשום",¹⁹¹ ושיגר בכך רמז מחזק לבאות בדבר העדפה של ההתחקות אחר ציפיית הצדדים בפועל על כוונתם ה"קפואה" והפורמלית בעת כריתת החוזה. לדידנו, הערה זו – אשר לא נדרשה בנסיבות המקרה ונסמכה על עקרון תום-הלב, הקשור בטבורו לרעיון ההתחשבות הראויה בציפיות הזולת – מחזקת את המסקנה כי בית-המשפט צועד בתלם ההתייחסות למשולש הציפיות ורעיון האמון הבין-אישי בדיני החוזים.

4. האפשרות לבטל את כריתת החוזה באמצעות דיני הטעות וההטעיה

פרק ב לחוק החוזים הישראלי מאפשר לתקן מקרים שבהם התרחשו "תקלות" בעת יצירתה של ההבטחה החוזית. באופן מסורתי היה נהוג להשקיף על פרק זה כעוסק בפגמים רצוניים שנפלו בהליך כריתתו של החוזה, אך גם בנושא זה רעיון האמון הבין-אישי מסביר בצורה קוהרנטית ועקיבה יותר את הסדריו של הדין. פרק זה אינו מתמקד במניעת הפגם ברצון שנפל בכריתה, אלא במניעת הפגם בציפייה ובמניעת ניצולה.

הדין בפרק ב לחוק החוזים נקבע לא אחת על-פי מבחנים אובייקטיביים ונורמטיביים, המושפעים משיקולים הנוגעים בוודאותן של העסקות ובסופיותן (שיקולים שמקורם בשיקולי ציפייה והסתמכות), ומשיקולים שנועדו לבסס יצירה של ציפיות רצוניות ורצויות. כך, אם קיימת ציפייה (לפחות מצד הציבור) לקיומו של החוזה, לא תקום עילה לביטולו של אותו חוזה אף אם הרצון לכרות חוזה מסתבר כפגום. התוצאה היא שתכליתם העיקרית של דיני הפגמים בכריתת החוזה – כפי שעולה גם מסעד הביטול (להבדיל מסעד הפיצויים)

¹⁹¹ אינה משקפת עוד את גמירת-דעתו של המשיב. התנהגות כזו אינה בתום-לב. היא אינה התנהגות המתחשבת באינטרסים הלגיטימיים ובציפיות הסבירות של שני הצדדים. "שם, בעמ' 303 (ההדגשה הוספה). הנשיא ברק הוסיף ואמר כי "מתן מובן ללשון החוזה על-פי שיטתם של המערערים נוגדת את הכוונה המשותפת של שני הצדדים" (שם, בעמ' 304). גם השופט טירקל דחה את ה"סימטריה הפורמלית" (כלשונו) בין דרישת ההודעה בדואר רשום ביחס ל"הצעה" לבין אותה דרישה ביחס ל"חזרה מההצעה", והעדיף את הפנייה לתכלית האמיתית (ובלשונו: לציפייה) העומדת מאחורי הוראות ההסכמים הנוגעות במתן הודעות בין הצדדים – להבטיח שלא יתעוררו ספקות ביחס להצעה, לקיבול ולמחיר. שם, בעמ' 304. גם השופט טירקל רמז, בהקשר שונה מעט, על התייחסות מהותית, ולא פורמלית, לציפיות הצדדים בהקשרו של ס' 3(ב) לחוק החוזים: "איני רואה צורך לדון בשאלה המעניינת אם הגבלת המועד לקיבול הצעה הופך אותה בכל מקרה לבלתי חוזרת... שאלה שהכרעתה היא, במידה רבה, ענין של מדיניות שיפוטית..." (שם, בעמ' 301).

המוענק בדרך-כלל מכוחו של פרק זה – היא מניעת הגשמתן של ציפיות פגומות, ולא דווקא מניעת יצירתו של רצון פגום. רעיון האמון הבינ-אישי וההתחשבות במשולש הציפיות באים על סיפוקם הנכון יותר באמצעות האפשרות לבטל הבטחה חוזית כאשר מתקיימות העילות הקבועות בפרק ב לחוק החוזים, בהשוואה למימושה של ההבטחה החוזית באופן גורף; בווריאציה על ממרה ידועה – דיני החוזים אינם מבקשים להתאבד כדי להוכיח את חיותם.¹⁹²

בתת-פרק זה נתמקד אך בדיני הטעות וההטעיה.¹⁹³ דינים אלה בוחנים את השאלה אם – ובאילו תנאים – ניתן לבטל הבטחה חוזית שאמנתו או מחשבתו של הנבטח לגביה (ולעיתים גם אלה של המבטיח) אינן תואמות את המציאות שעל-פיה התקשר בחוזה. ככלות הכל, במקרה של הנחות מוטעות שהוליכו לכריתתו של החוזה, יש להניח כי לפחות אחד הצדדים לא ציפה להתגשמותו. דילמה זו מוסדרת במשפט הישראלי בסעיפים 14 ו-15 לחוק החוזים.¹⁹⁴

סעיפים אלה מוסברים באמצעות בחינת ציפיותיהם – ולא דווקא רצונותיהם – של שלושת הגורמים החברתיים הרלוונטיים לאינטראקציה החוזית, קרי, המבטיח, הנבטח והציבור. הטעויות החוזיות נחלקות לכמה סוגים: טעות חד-צדדית שהצד האחר ידע או היה עליו לדעת עליה, טעות חד-צדדית שהצד האחר לא ידע ולא היה צריך לדעת עליה, טעות משותפת וטעות שהיא תוצאת הטעיה. במסגרת מאמר זה, כמו-גם במסגרת הספר כולו,

192 השוו לדברים שנאמרו ביחס להגבלת הזכות הדמוקרטית להיבחר בהקשר של מפלגות השוללות את אופייה של מדינת-ישראל כמדינה דמוקרטית, מהטעם ש"אין הדמוקרטיה חייבת לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה" – ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, פס" 12 לפסק-דינו של השופט ברק (1985).

193 לדיון רחב יותר ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 268–279.

194 ס' 14 לחוק החוזים, העוסק ב"טעות", קובע: "א) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה. (ב) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, על פי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה. (ג) טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן. (ד) 'טעות', לענין סעיף זה וסעיף 15 – בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה."

ס' 15 לחוק החוזים, העוסק ב"הטעיה", קובע: "מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה, 'הטעיה' – לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן."

נרחיב מילים בעיקר על פסקי-דינו של השופט אור ביחס לטעות על-פי סעיף 14(ב) לחוק החוזים.

בדנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארה"ב נידונה שאלת דינה של תמונה אשר נמכרה כתמונת "קיש" בשוק הפשפשים ביפו אך בדיעבד התברר כי הייתה זו תמונה מקורית של הצייר ראובן.¹⁹⁵ עסקה זו הייתה פרי "טעות משותפת" של שני הצדדים המעורבים בעסקה, שדינה נחתך על-פי הקבוע בסעיף 14(ב) לחוק החוזים בשל אי-ידיעת שום צד על טעותו של הצד האחר.

במקרה של טעות משותפת – דהיינו, מצב דברים שבו שני הצדדים טעו אותה טעות – בחינת ציפיותיהם הסובייקטיביות של הצדדים הישירים לעסקה מובילה למסקנה כי הגשמתה של הבטחה חוזית אשר שני הצדדים טעו לגביה אינה הולמת את ציפיותיהם עד כדי כך שמתבקשת לכאורה בטלותה של העסקה. ככלות הכל, בדומה לתוצאתו של החוזה למראית-עין, המוסדר בסעיף 13 לחוק החוזים, ציפיותיהם של המבטיח והנבטח גם-יחד לא יוגשמו אם תקום "הבטחה" אשר שניהם טעו לגביה. זאת ועוד, נראה כי גם הצלע השלישית במשולש הציפיות – זו של ציפיות הציבור – לא תבוא על סיפוקה אם יקום חוזה ששני הצדדים גם-יחד לא ציפו ולא ייחלו לו. למעשה, אילו מבחני גמירת-הדעת היו סובייקטיביים, ואילו תורת הרצון אכן הייתה הגורם המניע את דיני החוזים, היה נקבע במקרה כזה כי לא התקיימה גמירת-דעת אצל שני הצדדים ביחס למושא העסקה הנחזה.¹⁹⁶ הפסיקה, בשל המבחנים האובייקטיביים אשר חלים על דיני הכריתה ומושפעים רבות ממבחן ציפיות הציבור, לא הלכה בדרך זו, אלא הכירה בתוקפו העקרוני של חוזה שנכרת עקב טעות משותפת, אם כי נטתה לסווגו בגדר סעיף 14(ב). בדרך זו נשמרת יכולתו של בית-המשפט להגיע בכל-זאת לתוצאות רצויות ולהביא לא אחת לידי ביטולה של עסקה.¹⁹⁷

195 דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נז(2) 632 (2003).
 196 השופט אור דן באפשרות כזו בעניין כנען, שם, כאשר סקר את המשפט ההשוואתי בנושא זה.
 197 בטעות לפי ס' 14(ב) צד אחד אינו יודע על טעותו של הצד האחר, ועל-כן ניתן למקם את הטעות המשותפת בסעיף זה. הקושי בסיווג כזה הוא שלפי ס' 14(ב) ניתן לבטל חוזה רק באמצעות בית-המשפט, בעוד לשיטתנו טעות משותפת "אמיתית" צריכה לאפשר לכל-הפחות ביטול עצמי בשל אי-כריתתו מדעיקרא. נראה כי הסיווג – המוטעה – של טעות משותפת "אמיתית" למסגרתו של ס' 14(ב) לחוק החוזים מקורו בנאמנות אדוקה לציפיותיו של הציבור ולמבחן האובייקטיבי המסורתי של גמירת-דעת. לפיכך ניתן להציע שכל עוד אין מעורבים בחוזה הנערך מתוך טעות משותפת שיקולי הסתמכות של צדדים שלישיים – אין כל היגיון במסקנה הרוחפת להגשמתן של הבטחות ששני הצדדים לא ציפו להן במעמד הכריתה. זאת ועוד, גם כאשר מעורבות בחוזה כזה הסתמכויות של צדדים שלישיים, ניתן לשקול את החלתו של ס' 13 לחוק החוזים, המביא במניין שיקוליו את זכויותיהם של צדדים שלישיים בתנאים מסוימים. ס' 13, העוסק בחוזה למראית-עין, ניתן לפרשנות שלפיה אין הכרח להחילו רק

השופט אור עומד על ההבדלים שבין סעיף 14(א) לסעיף 14(ב) בחוק החוזים:

“על פי תכליתו, סעיף 14(ב) נועד להסדיר מצב בו הצד השני לחוזה אינו יכול למנוע את התרחשות הטעות, מהטעם שהוא עצמו אינו מודע לה. זאת, בניגוד לנסיבות בהן דן סעיף 14(א), בהן הצד השני מודע לטעות ועל כן ניתן היה לצפות ממנו למנוע את התרחשותה. לשון אחרת, במסגרת סעיף 14(א) נדונים מקרים בהם דבק פגם בהתנהגותו של הצד השני לחוזה, ואילו במסגרת סעיף 14(ב) נדונים מקרים בהם לא דבק רכב כלשהו בהתנהגותו של הצד השני לחוזה. אבחנה זו באה לידי ביטוי בסעדים השונים אותם מעניקים סעיפים 14(א) ו-14(ב) לצד הנפגע. סעיף 14(א) מאפשר לצד הנפגע לבטל את הסעיף באופן חד צדדי. לעומת זאת, בסעיף 14(ב) כפוף הסעד לשיקול דעתו של בית המשפט. אין ספק, שמקרה של טעות משותפת, מבחינת מהותו, שייך לקטגוריית המקרים בהם מטפל סעיף 14(ב), שכן הצד השני לא רק שלא ידע על הטעות של הצד האחר להסכם, ולא היה עליו לדעת עליה, אלא הוא עצמו טעה. בנסיבות כאלה, ברי שהוא לא היה יכול למנוע את טעותו של הצד האחר. לפיכך, אף הסעד הנקוב בסעיף 14(ב) מתאים יותר לנסיבות העניין. יתרון החלת סעיף 14(ב) על מקרה של טעות משותפת הוא שיקול הדעת הרחב המוקנה בו לבית המשפט. שיקול דעת זה מאפשר לבית המשפט להגיע לתוצאה צודקת יותר בהתחשב בנסיבות כל מקרה.”¹⁹⁸

בהבחנה הנזכרת לעיל בין הסעיפים והסעדים השונים המוענקים לצד הנפגע ניתן לראות את השפעתו של רעיון האמון הבין-אישי ואת יישומו של מבחן משולש הציפיות, לאמור: סעיף 14(א) מאפשר לצד הנפגע (הנבטח) לבטל את החוזה באופן חד-צדדי אם הצד המטעה (המבטיח) ידע או היה עליו לדעת (על-פי מבחן האדם הסביר, הציבור) על התקיימות הטעות.¹⁹⁹ האדם שידע על הטעות או שהיה עליו לדעת עליה פגע באמון הצד הנבטח, ובעקבות הפגיעה באמון הבין-אישי בין הצדדים, קמה לצד הנפגע הגושפנקה לבטל את

כאשר כוונתם המשותפת של הצדדים הייתה ליצור חוזה למראית-עין, אלא גם כאשר באופן אובייקטיבי שני הצדדים לא כיוונו לנכס של ההסכם ביניהם.

198 עניין כנען, לעיל ה"ש 195, בעמ' 665–666 (ההדגשות הוספו).

199 השוו לדבריו של השופט אור בעניין רוטנברג, לעיל ה"ש 125, בעמ' 355: “המבחן להיותו של פרט מהותי, אשר אותו חובה על המבוטח לגלות למבטחו, הוא אובייקטיבי, והוא נקבע על-פי קנה המידה של מבטח סביר” (ההדגשות הוספו). בהמשך מציין השופט אור כי חובת הגילוי מקורה בחובת האמון שבין המבוטח למבטחו.

ההתקשרות בצורה אוטונומית. השופט אור מציין בדבריו כי סעיף 14(ב), המתאר סיטואציה שבה לא נפגע האמון הבין-אישי, נותן לבית-המשפט שיקול-דעת רחב להגיע לתוצאה צודקת יותר. תוצאתו של סעיף 14(ב) לחוק החוזים משקפת הלכה למעשה את ציפיותו של הטועה ההיפותטי ("האדם הסביר"), המצוי מאחורי "מסך הבערות", בדבר התוצאה החוזית הראויה בנסיבות העניין. במלאכת האיזון בין ציפיות הצדדים כולם, בית-המשפט מוסמך להחליט אם לבטל את החוזה, ואף מוסמך, בתנאים מסוימים, לחייב את הצד הטועה – שציפיותיו הסובייקטיביות עומדות בסתירה לציפיותיו הסובייקטיביות של זה שלא טעה – בתשלום פיצויים בעד הנזק שנגרם לצד שלא טעה עקב כריתת החוזה. גם בקביעה זו יש כדי לרכך את הפגיעה בציפיותיו של מבטיח שלא טעה אם החוזה יבוטל.²⁰⁰ אי-היכולת לבטל את החוזה באופן חד-צדדי, והאפשרות של בית-המשפט לבטלו תוך השתתפות פיצויים על הצד שטעה לטובת הצד שלא טעה, מקבלות הסבר קוהרנטי ועקיב באמצעות מודל משולש הציפיות, רעיון האמון הבין-אישי והאמון במוסד החוזי. במילים אחרות, בנסיבות המתוארות בסעיף 14(ב) לחוק החוזים, שבהן מתקיימים רצונות שונים וציפיות שונות, תורת הרצון כשלעצמה אינה מספקת הסבר מדוע ומתי יש לאפשר את ביטולו של החוזה. לעומת זאת, ההסבר המתחשב במשולש הציפיות – ובראשו ציפיות הציבור – מצליח במשימה זו וממתן את המבחן האובייקטיבי הגורף של פרק א לחוק החוזים, המכיר לכאורה בתקפותו של חוזה כזה.

במקרה אחר שנידון על-ידי השופט אור, ע"א 2495/95 בן-לולו נ' אליאס,²⁰¹ לא דובר למעשה בטעות משותפת, אלא ב"אי ודאות מודעת", שכן הצדדים היו ערים לאפשרות

200 השוו לדבריו של השופט אור ביחס לסעיף זה בעניין כנען, לעיל ה"ש 195, פס' 36 לפסק-דינו: "אולם בכך לא סגי. בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן, נטלה הקונה חלק פעיל בחשיפת זהותן האמיתית של התמונות. היא פנתה לגופים אשר היו עשויים לשפוך אור על זהות התמונות – למשטרה ולמוזיאון 'ראובן'. לולא ערנותה ופעולותיה הנמרצות לרדת לשורשה של הפרשה, יתכן שהתמונות היו אוברדות לעד, הן לממשלת ארצות-הברית והן לאמנות הישראלית. תוצאה זו נמנעה בזכות הקונה. דעתי היא, כי בנסיבות מיוחדות אלה, יש לחייב את ממשלת ארצות-הברית לפצות את הקונה על חלקה בברור ובחשיפת זהותן האמיתית של התמונות. בית המשפט מוסמך להעניק לה פיצוי זה על פי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, הקובע כי בית המשפט יבטל חוזה 'אם ראה שמן הצדק לעשות זאת'. מהוראה זו נובע, שבית המשפט מוסמך להתנות את ביטול החוזה בתנאי לפיו הצד הנפגע עקב הביטול יפוצה כספית. לפיכך, בנוסף להשבת תמורת התמונות כאמור, הייתי מחייב את ממשלת ארצות-הברית לשלם לקונה, בדרך אומדן, את הסכום של 10,000 ש"ח, כתנאי להשבת התמונות לממשלת ארצות-הברית" (ההדגשה הוספה).

201 ע"א 2495/95 בן-לולו נ' אטראש, פ"ד נא(1) 577 (1997).

שבחווה שכרתו אכן טמונים הסיכונים שאירעו לבסוף.²⁰² התפרצותה של מחלת הנפש בעניין בן-לולו לא הייתה, בנסיבות המקרה, מחוץ לתחום ציפיתם של הצדדים כאשר ערכו ביניהם את הסכם הפשרה שבו דובר. הקביעה האמורה, כי אין להחיל את דיני הטעות כאשר צד נטל על עצמו סיכון במסגרת החוזה שעליו חתם, עלתה בצורה מובהקת בדבריו של השופט אור:

“ההגנה על הערך בדבר סופיותן של פשרות חיונית, כדי להגשים את הציפיות הסבירות של הצדדים להסכמי פשרה... המסגרת הנורמטיבית לבירורה של טענת פגם בכריתת ההסכם העומד בבסיסו של פסק-הדין נמצאת בפרק ב' של חוק החוזים (חלק כללי), העוסק בביטול חוזים בשל פגמים שונים בכריתתם... אין להחיל את דיני הטעות, כאשר מדובר ב'טעות' הנמצאת בגדר הסיכון שצד לקח על עצמו במסגרת החוזה... קיים אינטרס ציבורי ברור לעודד פשרות בין מתדיינים ולהימנע מביטול גורף של הסכמי פשרה.”²⁰³

דבריו של השופט אור בעניין בן-לולו משקפים את העובדה כי אף הוא נוהג על-פי מבחן משולש הציפיות שעה ששזור התייחסות מובלעת לציפיותיהם של שלושת מרכיביו:

“מנקודת המבט של הצדדים להסכם פשרה, תכונת הסופיות היא תכונה חיונית. טול מן הפשרה תכונה זו, ונטלת ממנה את טעם קיומה... לנתבע אשר הסכים להתפשר יש ציפיה לגיטימית לקנות את השקט מפני תביעות

202 השוו ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד מח(2) 513, 527–528 (1994) 527: “במקרה שלפנינו ערכו הצדדים הסכם פשרה ולכן נטלו עליהם את הסיכון שבעתיד ישתנה המצב וזכותם על-פי הערת האזהרה תוכר. מהותו של הסכם פשרה הבא למנוע התדיינות בבית-משפט הינו שכל צד לוקח את הסיכון שהדין עלול להשתנות בעתיד לטובתו ועל דעת כן הוא מתפשר... מכאן מובן שאם הסתבר לאחד הצדדים לאחר מעשה, כי הפשרה לא היתה מוצלחת מבחינתו, שכן הסיכון התממש בדרך שונה מזו שהעריך, אין מקום לטענת טעות...”
 כן ראו בעניין בן-לולו, לעיל ה"ש 201, בעמ' 605–606: “...הפשרה נכרתה בשלב בו המערערת טרם החלימה מן הפגיעה... היתה אי-ודאות לענין יכולתה האינטלקטואלית. היתה אי ודאות לענין מצבה הנפשי, תוך התייחסות מפורשת לכך שיש לצפות לבעיות נפשיות ולצורך בתמיכה נפשית בעתיד, זאת על רקע הפער בין הישגיה בהווה ורמת הציפיות הטרומ תחלואתיות... מחלת הנפש התפרצה אצל המערערת בעקבות כשלון בבחינה. על פני הדברים, תואם תיאור זה את הרקע אשר לאורו צפו המומחים מטעם המערערת עצמה את התפתחותן של בעיות נפשיות. במצב דברים זה, קשה לראות בהתפתחות של מחלת נפש משום התפתחות בלתי צפויה החורגת מתחום הצפיה של הצדדים בעת שנכרת הסכם הפשרה.”
 203 עניין בן-לולו, לעיל ה"ש 201, פס' 11 לפסק-דינו של השופט אור (ההדגשות הוספו).

ולסמוך על קיומה של פשרה תקפה... 'גורם היציבות והוודאות בדבר סופיותם הינו בעל חשיבות רבה, הן מבחינת האינטרס העיסקי-כלכלי של חברות הביטוח, והן מבחינת המדיניות המשפטית'... בשל כך, נקבע בהסכמי פשרה – כמו בהסכם העומד לדיון בפנינו – כי יש בהם הסדר סופי ומוחלט של הסכסוך בין הצדדים. קביעה כזו משקפת את ציפיותיהם של הצדדים להסכמי פשרה.²⁰⁴

וכן:

"מדברינו עולה בכירור, כי אין מקום לקבל טענה של טעות כל אימת שמתברר בדיעבד לניזוק כי נזקו גדול מן הפיצוי עליו הוסכם בהסכם הפשרה. פתרון כזה אינו מתיישב עם ציפיותיהם הסבירות של הצדדים, אף לא עם חלוקת הסיכונים הרגילה בהסכמים מסוג זה."²⁰⁵

5. מבחן הכוונה ליצור יחסים משפטיים

מבחן ה"כוונה ליצור יחסים משפטיים" אומץ בפסיקה כמבחן מוקדם לצורך הבחנה בין הסכמים משפטיים שדיני החוזים חלים עליהם לבין הסכמים שאינם כאלה. במילים אחרות, מבחן זה מבדיל בין הבטחות וציפיות שהמשפט מגן עליהן באמצעות דיני החוזים לבין הבטחות וציפיות שלא המשפט מגן עליהן, אלא מנגנונים חברתיים אחרים, יש לקוות. הנה כי כן, דיני החוזים אינם מגינים באופן מוחלט על כלל הציפיות הנובעות מהבטחות הזולת. לכאורה, הסתכלות זו (וגם שמו של המבחן) חושפת את "חולשתם" של דיני החוזים בהגנה על אינטרס הציפייה ועל מוסד ההבטחה. עם זאת, בחינת הדוקטרינה של "כוונה ליצור יחסים משפטיים" תראה כי לא כך הדבר. ראשית, יש לזכור כי נוסף על דיני החוזים קיימים מנגנונים חברתיים-תרבותיים אחרים להטמעת תרבות של אמון, במיוחד באותם הקשרים אישיים ואינטימיים החסומים בפני דיני החוזים במודע ובמכוון.²⁰⁶ שנית – ותוך התאמה לתזה הכללית המועלית כאן בדבר רעיון האמון הבין-אישי – גם מבחן ה"כוונה ליצור יחסים משפטיים" נובע למעשה מציפיותיהם של המעורבים בהליך החוזי, ולאוו דווקא מכוונתם.²⁰⁷ כך, אף שהמבחנים לסיווגו של חוזה כמשפטי או כחברתי-ג'נטלמני

204 שם (ההדגשות הוספו).

205 שם, פס' 21 לפסק-דינו של השופט אור (ההדגשות הוספו).

206 Kimel, לעיל ה"ש 35.

207 השוו לדעתו של השופט זמיר בהקשר של סיווגם של הסכמים פוליטיים כהסכמים שדיני החוזים עשויים לחול עליהם – ע"א 6490/97 אלחג' נ' אבו עקל, פ"ד נג(2) 49, 55–56 (1999): "הסכם לרוטציה בין מועמדים לרשות מקומית, כמו הסכם לרוטציה בין מועמדים

(כינוי הפורט אף הוא על תחושת האמינות דווקא) סכים כביכול סביב "כוונת" הצדדים לקבל על עצמם את עולמם של דיני החוזים, כוונה זו, שעניינה באינטראקציה עתידית, משקפת למעשה את ציפיהם של הצדדים בדבר המנגנון שבו יסדרו יחסיהם – משפטי או חברתי.

חיזוק לרעיון הציפייה וההתחשבות בציפיות הציבור בכל הקשור לסיווגן החוזי של הבטחות מצוי גם במגמתה המרחיבה של הפסיקה לדון בהבטחות לא-מסחריות, ואף בכאלה המבוססות "על אדנים רגשיים" ונוצרות "בנסיבות אינטימיות בינאישיות",²⁰⁸ אשר נותרו בעבר מחוץ לעולמו של המשפט (דוגמת הסכמים פוליטיים, הבטחות נישואים,²⁰⁹ נישואים אזרחיים²¹⁰ ואף הסכם בדבר הורות באמצעות פונדקאית), וכן במגמתה לכלול שיקולים של "מדיניות ציבורית" (שאינם הולמים, כמובן, את תורת הרצון לדיני החוזים) בבחינת "משפטיותו" של הסכם:

"בדרך כלל אין קושי לזהות חוזה או, להבדיל, הסכם ג'נטלמני, לפי הנסיבות בהן נוצר, הנושא בו הוא דן, הצורה אותה הוא לובש או הלשון בה הוא משתמש. אך יש, כמובן, מקרי גבול, בהם ניתן, לכאורה, להעביר התחייבות בדחיפה קלה לצד זה של הגבול או לצד האחר של הגבול. במקרים כאלה, אם הנסיבות והלשון אינם מובילים למסקנה ברורה באשר

לכנסת, הוא הסכם פוליטי. האם הסכם פוליטי הוא הסכם משפטי? התשובה היא שהסכם פוליטי יכול להיות הסכם משפטי... עם זאת, ברור שלא כל הסכם פוליטי הוא בהכרח גם הסכם משפטי. יש הסכמים מסוגים שונים שאינם הסכמים משפטיים... לי יש דעה שונה. אני סבור שהסכם פוליטי דומה לחוזה מינהלי, כלומר, חוזה שרשות מינהלית עורכת בקשר למילוי תפקידה הציבורי. חוזה מינהלי נשלט על-ידי דואליות נורמטיבית: מצד אחד חלים עליו דיני החוזים הרגילים, כפי שנקבעו בחוקי החוזים ובהלכות החוזים; מצד שני חלים עליו דינים מיוחדים שפותחו במסגרת המשפט הציבורי לצורכי החוזה המינהלי. כך, לדעתי, גם ההסכם הפוליטי: הסכם פוליטי הוא חוזה מעורב הכפוף הן לדיני החוזים הרגילים והן לדינים מיוחדים להסכמים פוליטיים... ההבדל בין שתי הדעות הוא רק זה: שאם מדובר בהסכם הכפוף גם לדיני החוזים, נדרשת כוונה של הצדדים לכפוף עצמם גם לדיני החוזים הרגילים; ואילו אם מדובר בהסכם הכפוף רק למשפט הציבורי, נדרשת כוונה של הצדדים לכפוף עצמם למשפט הציבורי."

208 ראו את פסק-דינו של הנשיא ברק בע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209, פס' 13 לפסק-דינו (2004).

209 כולל כזו שנתן גבר נשוי – ראו שם.

210 רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213, פס' 21 (2003): "כאשר בני-זוג מחליטים להתחתן בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל הם כורתים ביניהם הסכם לחיות יחדיו כנשואים זה לזו בנישואין אזרחיים... אין זה הסכם של כבוד (הסכם ג'נטלמני). בני-הזוג מבצעים אקט פורמלי ומבקשים להטיל על עצמם מערכת של זכויות וחובות..."

לכוונת הצדדים, אפשר שלא יהיה מנוס מלהוסיף גם שיקולים של מדיניות שיפוטית, בהתחשב במהות ההתחייבות.²¹¹

בעניין לויין, למשל, נידונה משפטיותו של הסכם מזונות שעליו חתם המערער. המערער הפסיק לשלם את המזונות, והמשיבה תבעה את תשלומם אף שנקבע בין הצדדים, בין היתר, כי "החוזה יהיה חסר תוקף משפטי ויהווה קניינו בלבד של הבעל ביום מתן הגט. הצדדים מתחייבים שלא להשתמש בחוזה זה כולו ו/או מקצתו ומסכימים כי לא ישתמשו בו לכל מטרה שהיא לרבות הצגתו לבית משפט".²¹² על-אף התבטאות הסכמית זו קבע בית-המשפט כי אין בכוחה לעמוד כנגד אינדיקציות אחרות המשליכות על משולש הציפיות. בית-המשפט בחן את ציפיותיהם של הצדדים להסכם עצמו כפי שניתן ללמוד עליהן מכלל נסיבות המקרה, ולא רק מהתבטאותם האמורה.²¹³ עם זאת, ולצורך חיזוק מסקנתו כי בהסכם זה התקיים מבחן הכוונה ליצור יחסים משפטיים, נעזר בית-המשפט בציפיות הציבור, כפי שגולמו בעקרון תום-הלב ובנימוקים נוספים של "מדיניות משפטית", וסיווג את ההתחייבויות שנטל על עצמו הבעל – אשר מיטיבות לא רק עם המשיבה, אלא גם עם ילדיהם – כהתחייבויות משפטיות, ולא רק ג'נטלמניות.²¹⁴

211 עניין לויין, לעיל ה"ש 43, פס' 8 לפסק-הדין. כך נומקו טעמי המדיניות המשפטית בעניין אלהג', לעיל ה"ש 207, פס' 10, ביחס להסכמים פוליטיים: "ראשית, הדינמיקה והאתיקה של החיים הפוליטיים, האופי של הבטחות והתחייבויות במערכת הפוליטית, התנאים והאילווצים המשתנים חדות לבקרים, כל אלה שונים מן הדפוס הרגיל ליחסים משפטיים, ולכן יש יסוד לחזקה כי הצדדים להסכמים פוליטיים לא התכוונו להכניס עצמם לסדר של התחייבויות משפטיות... שנית, יכול להיות שאף אין זה רצוי מן הבחינה של מדיניות ציבורית להכניס הסכם פוליטי רגיל לדפוס של הסכם משפטי, המזמין התראות של עורכי-דין, תביעות לצווי-מניעה ותכסיסים משפטיים למיניהם, אלא רצוי בדרך-כלל לשמור על העמימות והגמישות המאפיינות הסכם פוליטי... שלישי, בית-המשפט אמור להתרחק מנקיטת עמדה בשאלות פוליטיות המפלגות את הציבור, ולשמור על תדמיתו כגוף שאינו מעורב בחיי הפוליטיקה, שעל-פי טיבם אינם הולמים את חיי המשפט. אם כך, ראוי לבית המשפט, מן הבחינה של מדיניות שיפוטית, למשוך ידו, ככל שניתן, מסכסוכים פוליטיים, לרבות סכסוכים הצומחים מהסכמים פוליטיים."

212 עניין לויין, לעיל ה"ש 43, פס' 1 לפסק-הדין.

213 בית-המשפט נדרש למינוח, למשל, שבמסגרתו כונה ההסכם בין הצדדים "חוזה", וכן לעובדה שההסכם נוסח על-ידי עורכת-דין כחוזה משפטי לכל דבר – בזהירות ובדקדקנות – ולא כהצהרת כוונות, ובסוף הגיע למסקנה הפרשנית המצמצמת כי התחייבות הצדדים לא-הצגת החוזה סבה רק על צרכים אשר שונים ממימוש ההתחייבות שנקבעה באותו חוזה. שם, פס' 11 לפסק-הדין.

214 שם, פס' 9 לפסק-הדין: "...לדעתי, צדק בית המשפט קמא. יש להעדיף פירוש הנותן ממש להתחייבות ברורה שהמערער נטל על עצמו בסעיף 11, המתיישב עם חובת תום הלב הכרוכה בהתחייבות זאת, המיטיב לא רק עם המשיבה אלא גם עם ילדי הזוג, המשאיר את הדרך

אחרית דבר

ההתייחסות המקובלת לאדם המקיים הסכמים שהוא התחייב בהם, אף כאשר יש להניח שאין לו עוד רצון בקיום ההסכם, תראה בו בראש ובראשונה אדם אמין. כבר באפיון ספונטני כזה יש כדי להמחיש עד כמה החוזה, כמנגנון בסיסי לשיתוף-פעולה, להחלפת הבטחות ולמימוש הציפיות שנוצרות בעקבותיהן, משמש מוסד משפטי רב עוצמה להבניית תרבות של אמון בין-אישי.

מאמר זה בא לבסס את התזה האמורה שלפיה רעיון האמון מצדיק, מסביר ומתאר את דיני החוזים, במיוחד בעידן המודרני. המאמר אינו מסתפק בביסוסה העיוני של התזה האמורה, אלא גם מדגים, באמצעות כמה דוקטרינות בדיני החוזים – דיני תקנת הציבור, דיני תום-הלב ודיני כריתת החוזה – כי רעיון האמון, הקשור בטבורו למושג הציפייה, מוגשם בדיני החוזים הלכה למעשה על-ידי קידום ציפיותיהם המצויות של הצדדים הישירים לחוזה, כמו-גם אלה הרצויות (ציפיות "הציבור"), דהיינו, "משולש הציפיות".

לטענת המאמר, התזה האמורה צובעת בצבעים מדויקים יותר את הצדקתם ותיאורם של דיני החוזים בהשוואה לתזה ההולכת ונחלשת של אוטונומיית הרצון וחופש החוזים הנגזר ממנה. יתר על כן, בביסוסו של רעיון האמון הבין-אישי על-ידי דיני החוזים, המגינים על ציפיותיהם של הצדדים ושל הציבור, יש כדי לתרום במישרין ליציבות, לוודאות וליכולת ההסתמכות של אדם על רעהו ועל המוסד החוזי בכללותו. על חשיבותם המעין-אקסיומטית של ערכים אלה אין צורך להכביר מילים מעבר לציטוט דבריו הצלולים של השופט ברק (כתוארו אז) באחד מפסקי-הדין החשובים שניתנו במשפט האזרחי הישראלי: "קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם."²¹⁵

פתוחה בפני הצדדים לסכסוך לבוא אל בית המשפט, עם כל הראיות הנדרשות, כדי שבית המשפט יוכל לעשות משפט צדק. גם אם קיימת נטייה, בנסיבות מסויימות, לראות הסכם שנערך בין בני משפחה, החיים יחד בשלום, כהסכם ג'נטלמני, אין מקום לנטייה כזאת כאשר ההסכם נערך בין בני-זוג הנמצאים בהליכי גירושין, לצורך הסדרת זכויות משפטיות, והוא מנוסח כחוזה לכל דבר.

215 עניין אדרס, לעיל ה"ש 20, בעמ' 278.