

הסכמים ג'נטלמניים (שם זמני)

מאת

גבריאלה שלו *

הסכם ג'נטלמני, שבמאמר זה מוצע לכנותו הסכם שבכבוד, הוא הסכם שהצדדים לו אינם מתכוונים לכפוף לדיני החוזים ולהקנות לו תוקף משפטי מחייב. מאמר זה בחן את ההיבטים התיאורטיים והמעשיים של תופעת ההסכמים שבכבוד, תוך עמידה על הדרך שבה מתמחד המשפט הישראלי עם תופעה זו.

בעקבות השקפת המתכרת הדוגלת בחופש החוזים ובחופש מחוזים, מוצעת במאמר תפיסה לפיה התערבות השיפוטית בהסכמים שבכבוד צריך שתיעשה תוך שימוש בכלים נויקיים ולא בכלים חוזיים. מאמר זה מנסה להראות, כי התולתן של עוולות מצג השואו הרשלני והתרמית על מערכות חסים שבכבוד תסייע במניעת קיפת ועול העשירים להיגרם על ידי התקשרות חצי-חודית, וזאת מבלי שיפגע רצונם המקורי והמוצד של הצדדים שלא להתקשר בתחלה מחייב.

חלקו הראשון של המאמר ("ההלכה") דן בתופעת ההסכמים שבכבוד. תחילה יוצג הבסיס העיוני של הסוגיה, ולאחר מכן תואר תופעת ההסכמים שבכבוד, תוך עמידה על יתרונותיה של התקשרות החצי-משפטית. בזלך זה של המאמר יוצג אפיה הראוי של התערבות השיפוטית כמושתתת על העיקרון של חופש החוזים, דיני הנויקן יוצעו כבסיס הגאות להתערבות בהסכמים שבכבוד.

בחלק השני של המאמר ("המעשה") תוצג גישת הפסיקה בישראל להסכמים שבכבוד לסוגיהם, תוך ניתוח ביקורתי וניסיון להראות כיצד שימוש בפתרונות נויקיים עשוי היה להביא לתוצאות ראויות יותר.

1. ההלכה. 1. השרה מקדמת-מינוחית; 2. חזקה והסכם שבכבוד; 3. חופש החוזים וחופש מחוזים; 4. הסכמים שבכבוד בחיי המעשה; 5. יתרונות התקשרות החצי-משפטית; 6. כוונה והיעדר כוונה ליצור קשר משפטי-חוזי (א) העיקרון; (ב) במשפט הישראלי; (ג) המבחן האובייקטיבי; 7. התערבות שיפוטית בהסכמים שבכבוד; 8. אופיה הראוי של התערבות השיפוטית (א) דיני הנויקן כבסיס להתערבות בהסכמים שבכבוד; (ב) הסתכנות מרצון; (ג) אשם תורם; (ד) פיצוי הסתמכות; 9. המצב במשפט וביקורתו (א) נדירות הדיון בתופעה של הסכמים שבכבוד;

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודה לעוזרי המחקר, אורית גירדמן ומני שלום, שסייעו לי בשלבי הראשונים של המאמר. תודה לחברי מערכת משפטים על הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת לעוזרת המחקר תמי קריכלי-כץ על עזרתה המעולה בניבוש המאמר ובהבאתו לדפוס בטרסתו הסופית.

(ב) ההבחנה בין הסכמים חברתיים להסכמים מסחריים; ב. המעשה: הסכמים שבכבוד לסוגיהם. 1. גישת הפסיקה; 2. הסכמים משפחתיים (א) הסכמים בין בעל לאשה; (ב) מתנות בין קרובי משפחה; (ג) הבטחת גישה; (ד) הסכם בין בני זוג לתהליך הפרדה (פרשת נחמני); (ה) קבלת חברים לקיבוץ; 3. הסכמים פוליטיים; 4. הסדרים קיבוציים; 5. תחיי הימורים; 6. מכתבי עידוד; 7. מכתבי כוונות; ג. סיכום.

א. ההלכה

1. הערה מקדמית-מינוחית

הסכם ג'נטלמני מוגדר במילון אוקספורד לשפה האנגלית (משנת 1989) כ"הסכם שאינו אכיף בדין והוא מחייב רק כעניין שבכבוד" ("An agreement which is not enforceable at law and is binding only as a matter of honour"). כמה הנחות טמונות במונח ובהגדרתו. הראשונה, כי רק גברים מרום המעלה ("ג'נטלמנים") עורכים הסכמים שבכבוד; השנייה, כי רק גברים כאלה עשויים להתחייב, כעניין שבכבוד, לקיים הסכמים; והשלישית, כי רק ג'נטלמנים יכבדו בפועל את התחייבויותיהם, אף בהעדר סעדים משפטיים. הנחות אלה אינן רק תמוהות ואנכרוניסטיות, אלא גם מופרכות לחלוטין במציאות המשפטית והחברתית המודרנית. זיהוי הסכמים שבכבוד עם הסכמים שעורכים גברים אינו מקובל כיום, בוודאי לא במדינת ישראל היום.¹ לפיכך אני מציעה לשנות את שמם של ההסכמים הג'נטלמניים ולכנותם "הסכמים שבכבוד".

2. חוזה והסכם שבכבוד

על פי הגדרתי, החוזה הוא "הסכם אכיף",² כלומר: הסכם בין צדדים שהסכימו ביניהם לא רק על ההוראות המהותיות אלא גם על מסגרת ההסכם, והתכוונו להקנות להסכמתם תוקף משפטי-אופרטיבי והגנה המוקנית לחוזה על ידי הדין. יסוד האכיפות או התוקף המשפטי הוא המבחין ומבדיל בין חוזה לבין הסכם. כאשר הוא מתלווה להסכם בפנינו חוזה, וכאשר הוא נעדר מן ההסכם בפנינו הסכם שבכבוד. הסכמים שבכבוד דומים אפוא לחוזים ושונים מהם. הדמיון טמון ביסוד ההסכמי, שהרי

1 באנגליה התקיים בקיץ 1998 קונגרס של האקדמיה למשפט השוואתי, ואחד הנושאים שנדונו בו היה "הסכם הג'נטלמני בתאוריה ובמעשה". איש מהמדווחים הלאומיים, ואף המדווח הכללי, לא העיד על הכותרת המקוממת הזו. רק לאחר שהוסבה תשומת לבם של המשתתפים (כמאה במספר) לשוניותם שבכותרת הביעו רבים מהם את הסכמתם לביקורת. המדווח הכללי, פרופ' Bernard Rudden מאוניברסיטת אוקספורד, אף התנצל והסביר כי הכותרת הוכתבה לו על ידי מארגני הכנס.

2 ראו בספרי, גבריאלה שלו, דיני חוזים 5 ואילך (טהודרה שנייה, תשנ"ה).

גם חוזה הוא הסכם; ההבדל טמון ביסוד האכיפות, הלא הוא יסוד התוקף. חוזה הוא הסכם אכיף; הסכם שבכבוד הוא הסכם שאיננו אכיף.³

3. חופש החוזים וחופש מחוזים

הגישה המסורתית ראתה בעקרון חופש החוזים את העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים.⁴ עיקרון זה קובע את החופש להתקשר בחוזים ולעצב את תוכנם, כמו גם את תוקפם וכוחם של חוזים ואת ההגנה המוענקת להם. החופש להתקשר בחוזה טומן בחובו גם את החופש

3 פילוסופים רבים ראו את טוהו המחייב של ההבטחה ככח מוסרי ואת קיומו של מוסד ההבטחה כאוניברסלי. ההבטחה לעשות דבר מה בעתיד נתפסה ככובלת משום שמקור התחייבות הוא ברצונו הפרטי של האדם ובבחרותו החופשית. צ'רלס פריד, למשל, סבור כי האדם קשור באופן מוסרי בהבטחתו, משום שהוא זה שיצר אותה באמצעות ביטוי כוונתו; הוא זה שהזמין את הצד השני לתת בו אמן ולכן אל לו להשתמש לרעה באמן שניתן בו. ראו Charles Fried, *Contract as Promise* 7-15 (1981); H.L.A. Hart, *The Concept of Law* 189-195 (2nd ed., 1994) בניגוד לתפיסה הדוחה, שלפיה מוסד ההבטחה הוא חיוני והסרתי לקיומה של תברה, מראים מחקרים אנתרופולוגיים על קיומה של תברה בדרום האוקיינוס השקט באזור איי טונגה (Tonga Islands), שבה לא קיים כלל מוסד ההבטחה. בשפתם של המקומיים אין כלל מקבילה למילה הבטחה. לפיכך, אמירות של אנשים לגבי העתיד, שבתרבות אחרת משמעותן התחייבות לעשיית דבר מה, אינן נתפסות כמחייבות, וההימנעות מקיומן אינה נתפסת כשלילית. מערכת היחסים במקום מבוססת על יחסי אמן ועזרה הדדית המקומיים עתרים זה לזה כל הזמן. כאשר אחד מהם נזקק לעזרה שאין באפשרותם להעניק, אך הם מעוניינים להביע סולידריות ורצון לסייע, משתמשים אנשי המקום באמירות שבתרבות אחרות היו נתפסות כתחייבות. למותר לציין, שכאשר הם יכולים לעזור הם עושים זאת בשמחה והעשייה נתפסת כמשמעותית יותר והיא מביעה אמן רב יותר מהבעת סולידריות בלבד. התייחסותם של המקומיים למוסד ההבטחה מקורה בתפיסתם הכללית את העתיד ואת היכולת לצפותו. דווקא משום שהם מאמינים כי לא ניתן לחזות התרחשויות בעתיד, נתפסת כל התחייבות בהווה לגבי העתיד כחסרת משמעות. ראו Fred Korn & Shulamit R. Decktor Korn, "Where People Don't Promise," 93 *Ethics* 445 (1983) לניתוח כלכלי של תוקפה המחייב של ההבטחה ועל הרציונליות שבמילוי התחייבויות גם בהיעדר חשש להחשב כמפסיד ראו Robert H. Frank, "If Homo Economicus Could Choose His Own Utility Function, Would He Want One with Conscience?" 77 *Am. Econ. Rev.* 593 (1987).

בהקשר זה מעניין להזכיר גישות פילוסופיות אחרות ותולדות את אופי התמורה החוזית בעקבות אחרים, דוגמת פיצוי בגין טובת הנאה או הגנה על הסתמכות סבירה. לסקירת גישות אלה ראו Gerald H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* 3 n.13 (3rd ed., 1994).

4 להדגמה ראו שלו, הערה 2 לעיל, בעמ' 25 ואילך. במסך השנים התערעה עליונותו של עקרון חופש החוזים. התגה כי רצונם של הצדדים – כפי שהוא בא לידי ביטוי בהתקשרות חוזית – משקף בחינה חופשית, והפריסה, שכן הבחירה להתקשר או לא להתקשר בחוזה מוגבלת במידה רבה על ידי הנסיבות התבררות והכלכליות האפשרות את יחסי הצדדים ומשפעת מנקודות המוצא השונות למשא ומתן. ראו P. S. Atiyah, *The Rise And Fall of Freedom of Contract* 571 (1979).

שלא להתקשר בחוזה: כשם שצדדים חופשיים להסכים על מיסוד יחסיהם במסגרת חוזית מחייבת, הם חופשיים גם להסכים שיחסיהם יעוגנו ויוסדרו מחוץ למסגרת זו. עקרון חופש החוזים, המקנה תוקף לרצון הצדדים המשותף, מחייב הכרה בהסכמים שבכבוד, הלא הם הסכמים שאינם מלווים בכוונה ברורה להתקשר ביחס חוזי מחייב אלא בכוונה הפוכה – שלא להתקשר בחוזה.⁵ כשם שצדדים יכולים מרצונם להפוך את הסכמתם לחוזה מחייב, הנמשל לחוק עבורם,⁶ כך, על ידי התנאה נאותה, הם גם יכולים להשאיר את ההסכם שלהם מחוץ למסגרת החוזית ומחוץ לתחולת ההגנה המוענקת לחוזה באשר הוא חוזה. חופש החוזים, ובכללו החופש להתנות על כוחו המחייב של ההסכם ועל אכיפותו, מאפשר לצדדים ששוררים ביניהם יחסי קרבה וחברות להיכנס למסגרת חוזית פורמלית. מנגד, חופש זה גם מאפשר לצדדים למשא ומתן מסחרי לחלק ביניהם את הסיכונים העסקיים באמצעות בחירה במשטר לא-חוזי כמשטר הנאות להסדרת יחסיהם. בחירה כזו במשטר הסכמי לא-חוזי היא אפשרית ותקפה הן כאשר היא נעשית בין צדדים קרובים (בני משפחה או ידידים) והן כאשר היא נעשית בין צדדים מנוכרים (אנשי עסקים ומסחר).⁷

5 לגישה דומה, המכירה בארזו עקוני בהסכמים שבכבוד ראו בדין האנגלי Guenter Heinz Arthur Linton 150 (9th ed., 1991); ובדין האמריקני ראו Arthur Linton Corbin, *Corbin On Contracts* 53 (one volume ed., 1952) 1; Samuel Williston, *A Treatise on the Law of Contracts* 223-224 (Richard A. Lord ed., 1990).

6 ראו סעיף 1134 לקוד סיביל, הקובע כי תחזה הוא כחוק עובר הצדדים לו. עוד על כך ראו שלו, העדה 2 לעיל, בעמ' 26 ואילך.

7 אין בטונתי לטעון כאן כי בכל התקשרות מקדישים הצדדים מחשבה לשאלה האם הם מעוניינים להכפיף את ההסכם שלהם לדיני החוזים. רק במקרים שבהם ברור כי טונתם הברורה של הצדדים הייתה שלא להתקשר בחוזה מחייב, נוכל לומר כי מדובר בהתקשרות שבכבוד. לעמדתו של המשפט המקובל בעניין זה ראו: Restatement (2d) of the Law of Contracts 21 (1979) comment b; Herbert Bernstein & Joachim Zekoll, "The Gentlemen's Agreement in Legal Theory and in Modern Practice: United States," 46 *Am. J. Comp. L.* 87, 87-88 (1998); Wendell H. Holmes, "The Freedom Not to Contract," 60 *Tul. L. Rev.* 751, 752 (1986).

במאמר האחרון נטען כי ייסום כללי ההסכמים הג'נטלמנים בארצות המשפט המקובל על ידי בתי המשפט אינו עקבי, ופעמים רבות לא ניתן תוקף לרצון הצדדים לא להיות כשופים לדיני החוזים. התרעה השיפוטית בשאלה האם הייתה לצדדים כוונה ליצירת יחסים משפטיים מוכרעת על פי מדדים אובייקטיביים המושגתים על הצהרות הרצון של הצדדים להסכם. ניתן לבקר את האופן שבו מיישמים בתי המשפט את המדדים הללו, ולטעון כי לעיתים, הגם שהצדדים לא הקדישו מחשבה לשאלת תחולת החוק, מפרש בית המשפט את יחסיהם כנעדים על העודד כוונה להתקשר בקשר מחייב משפטי. ביקורת מסוג זה אינן קוראות תיגר על התפיסה שלפיה אין להחיל את דיני החוזים כאשר הצדדים הצהירו שאין רצונם בכך, אלא הן יוצאות נגד האופן שבו מסיקים בתי המשפט כוונה או העודד כוונה ליצירת יחסים משפטיים. לביקורת כזו ראו: Stephen Hedley.

4. הסכמים שבכבוד בחיי המעשה

הסכמים שבכבוד יכולים להיערך, ואף נערכים בפועל, בכל תחום מתחומי החיים והכלכלה. הם מוכרים הן במגזר החברתי-משפחתי והן במגזר המסחרי-עסקי. בכל מקרה שבו נערכים הסכמים כאלה מסתמכים הצדדים על תחושת מחויבות פנימית, הנובעת ממערכות חיצוניות למערכת המשפטית ומנורמות וסנקציות חוץ-משפטיות כמו מוסר, דת, מצפון והגינות אנושית בסיסית.⁸

יש שגורמים חוץ-משפטיים כאלה משפיעים ומביאים לידי קיום ההתחייבות יותר מאשר החרב המשפטית. לפעמים עצם העובדה שההתחייבות היא התחייבות שבכבוד ואינה ניתנת לאכיפה משפטית תגרום למתחייב לרצות לקיימה ביתר שאת. כך, למשל, כאשר נאמר לגיבור הסרט "שבעת המופלאים" שהבטחתו להגן על הכפר כנגד הפורעים לא תהא אכיפה בבית משפט, הוא משיב כי דווקא הבטחה כזו יש לקיים. ואכן, סביני (Savigny) כבר הצביע על כך שחוב הנובע מהימורים קל יותר לגבייה מחוב רגיל.⁹ בנסיבות כלכליות וחברתיות מסוימות יבחרו צדדים לכונן ביניהם מערכת יחסים לא-פורמלית, חסרת משמעויות משפטיות. כאשר העלות הכרוכה בהתקשרות במערכת יחסים חזית תיראה לצדדים גדולה מהתועלת שהם סבורים שיוכלו להפיק מהשימוש במערכת זו, הם עשויים לפנות להסכמים שבכבוד. קיומם של מנגנונים כלכליים-חברתיים חילופיים, יעילים יותר, שיבטיחו את ביצועו של ההסכם גם בהעדר איום של סנקציה משפטית, יבטלו את הצורך לכפות את היחסים לדיני החוזים, ובכך יתאפשר היסכון בעלויות ובסרבול הכרוכים בכפיפה שכוו.¹⁰ כדי שהתקשרות במערכת יחסים שאינה מחייבת מבחינה משפטית תהא יעילה עבור

"Keeping Contract in Its Place, *Balfour v. Balfour* and the Enforceability of Informal Agreements," 5 *Oxford J. Legal Stud.* 391 (1985). לגישה שלפיה אפי' היחסים בין הצדדים קובע את רציחתה של ההתערבות השיפוטית ראו דניאל פרידמן ונילי סהן, חחים א 329 (תשנ"ה).
8 העובדה שהסכמים שבכבוד מתקיימים ומסתיימים ללא מעורבות של המערכת המשפטית שיפוטית גורמת לכך שקשה למצוא דיון תיאודטי ויישום מעשי של התופעה בספרות ובפסיקה. כך בארצות וכן גם בארצות אחרות. סקדה של הספרות המשפטית הודה מחזקת מסקנה זו. ראו, באופן כללי, Bernard Rudden, "The Gentleman's Agreement in Legal Theory and in Modern Practice," *Eur. Rev. Private L.* 199 (1999); בדן האנגלי ראו Trietel, הערה 5 לעיל; לדיון בהקשר זה במשפט האמריקני ראו Corbin, הערה 5 לעיל; Bernstein & Zekoll, הערה 7 לעיל; במשפט הצרפתי ראו Barry Nicholas, *The French Law of Contract* 149 (2nd ed., 1992); לדיון בדיני החוזים במשפט הגרמני ראו Norbert Horn, Hein Kötz & Hans G. Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction* 76-77 (1982).

Obligationenrecht, § 61 9

לעתים ההתקשרות מחוץ לדיני החוזים לא תגרום היסכון בעלויות העסקה בשל העלות הכרוכה בהשגת המידע ובקמתם של מנגנוני התקשרות חוץ-משפטיים. ראו Lisa Bernstein, "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry," 21 *J. Legal Stud.* 115, 132-133 (1992). 10

הצדדים, נדרש שיהיה להם ביטחון בכך שהצד האחר יקיים את התחייבויותיו גם אם לא חלה עליו חובה משפטית לעשות זאת. שיתוף פעולה ואמון הדדי שלא תחת פיקוחו של החוק יתאפשרו לפיכך בקרב חברים בקבוצה קטנה, שוויונית וסגורה, המוכרים זה לזה טרם ההתקשרות הספציפית, ושצפויה ביניהם גם מערכת התקשרויות בעתיד. צדדים כאלה נהנים ממידע אודות המוניטין של האחר, אודות התחייבויותיו הקודמות ואודות האופן שבו עמד בהן. מכיוון שמדובר בקבוצה קטנה וסגורה, שהמידע על אמינותם של החברים בה הוא מהותי וחשוב, עובר המידע המבוקש ביעילות ובמהירות בתוך הקבוצה. לפיכך, הפרתה של התחייבות כלפי אחד מן החברים בקבוצה משמעה אובדן הזדמנויות להתקשרות עתידית עם כל אחד ואחד מהחברים בה. נזק כזה יהא בדרך כלל גדול בהרבה מהתועלת שיכול צד להפיק מהפרת התחייבויותיו.¹¹ במרבית המקרים, ומשום שמדובר בקבוצה קטנה וסגורה של אנשים בעלי רקע סוציו-אקונומי דומה, מתפתחות בין הצדדים מערכות יחסים חברתיות-אישיות (חברות באותו מועדון ספורט, יציאה משותפת לארוחות ערב ולבילויים אחרים), המקנות מימד נוסף לאמון ההדדי.

היותם של היחסים בין החברים בקבוצה בעלי אופי מתמשך והדדי, הופכת את הפרת ההתחייבויות לבלתי כדאית. אדם שמתחייב כלפי חברו ומפר את התחייבותו יודע כי לא רחוק היום שבו תזדמן לחברו הזדמנות ל"משחק חוזר", שבה יוכל להשיב לו כגמולו. גם השוויוניות בעמדותיהם של חברי הקבוצה היא חיונית בהקשר זה, שכן כדי שהאיום מפני ההפרה יהיה יעיל, נדרש שוויון בכוח ובמידע בין שני הצדדים להסכם.

במקביל מתמרצת המערכת החילונית את חברי הקבוצה לקיים את התחייבויותיהם גם באמצעות תגמולים חיוביים למי שעומדים בהבטחותיהם. כך, למשל, צדדים שיש ביניהם יחסי אמון מעבירים זה לזה מידע אודות מתחריזו של האחר בשוק. באותה מידה, יחסי אמון מתמשכים בין יצרן לצרכן מאפשרים לשני הצדדים עבודה משותפת יעילה יותר ופתרון משותף של הבעיות המתעוררות.

ניתן אפוא לומר, כי הכבילה החוקה להתחייבות חוץ-חוזית מקורה בעניינם של שני הצדדים במערכת יחסים עתידית, פורה ומתמשכת. יעילותם של מנגנוני האכיפה החוץ-משפטיים תלויה, אם כן, בהתקיימותם של יחסים שוויוניים בין חברי הקבוצה, בהעדר פערי מידע וביחסי גומלין עתידיים הצפויים ביניהם.¹²

מעניין לראות, כי קיימות חברות קטנות שבהן מכירים האנשים זה את זה היטב, ועל כן המערכת המשפטית הפורמלית אינה נדרשת בהן. לדעתם של האנשים זה על זה יש השפעה כה גדולה על האופן שבו הם מתנהגים, עד שאין כמעט צורך בקיומה של מערכת המשפט.¹³ אומנם, ככל שהחברה גדלה גדל במקביל הצורך בקיומה של מערכת משפטית

11 במקרים מסוימים, הנזק שייגרם למפר הבטחה כתוצאה מהצניעה במוניטין שלו הוא כה רב, עד שדא יבצע אותו מביצע 'הפרת יעילות'. ראו שם, בעמ' 146-147.

12 Robert C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbours Settle Disputes* 167-183, (1991) 280-288; Bernstein, *189-191*, הערה 10 לעיל; Stewart Macaulay, "Contractual Relations in Business: A Preliminary Study," 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963).

13 דוגמא מעניינת וקיצונית לתופעה כזו היא האי-אמון של Tristan da Cunha, הנמצא במרכז דרום האוקיינוס

ובהתקשרויות חוזיות מחייבות, אולם כל אדם מוקף בבני אדם קרובים – עמיתים למקצוע, חברים ובני משפחה – המהווים קבוצה קטנה וסגורה. בהינתן מאפיינים מסוימים, כמו שוויון, סגירות והעדר פערי מידע, תוכל גם קבוצה כזו לקיים מערכות אכיפה מתאימות להתחייבויות בין החברים בה.¹⁴

5. יתרונות ההתקשרות החוץ-משפטית

היתרון המשמעותי ביותר שמקנה ההתקשרות הלא-משפטית למתקשרים בה הוא האפשרות להתאים את נורמות האכיפה לנסיבות המיוחדות של היחסים ביניהם. הנורמות המיוחדות שיקבעו לעצמם הצדדים יהלמו תמיד את האינטרסים המיוחדים שלהם יותר מהנורמה החוקית הכללית. משום שחברי הקבוצה הקטנה מכירים איש את רעהו ואת צורכי וולתו, הם יבחרו בצורה היעילה ביותר את הסנקציות שיופעלו במקרה של הפרת התחייבות. בעוד שמערכת המשפט מתאימה את מנגנוני האכיפה שלה לצורכי כלל האוכלוסייה, מערכת האכיפה החילופית המיוחדת מותאמת במידה מלאה לאופיין של ההתקשרויות שבהן היא מטפלת. כך, למשל, גינוי ופגיעה במוניטין בקרב אנשי עסקים פוגעת במעמדו ובמצבו הכלכלי של המפר יותר מפסיקה של בית המשפט שאליה נלווית פסיקת פיצוי כספי לנפגע מן ההפרה.¹⁵ זאת ועוד: בעוד שאת תוצאותיה של ההתדיינות המשפטית קשה לחזות, אופן פעולתה ותוצאותיה של מערכת האכיפה החילופית מעוצבים על ידי הצדדים ולכן גם מוכרים להם.

אומנם, גם במסגרת דיני החוזים ניתן להגיע להתאמה של תניות החוזה ושל הסעדים בגין הפרתן לנסיבות המיוחדות של העסקה; אולם התאמה כזו אף פעם לא תהא מלאה, שכן הכרעתו העתידי של בית המשפט אינה ידועה בעת כריתת החוזה. יתר על כן: ההתאמה של החוזה למערכת היחסים המיוחדת של הצדדים כרוכה בעלויות ניכרות.

האטלנטי. באי זה מתגוררים כמה מאות אנשים, המגדלים תפוחי אדמה ודגים. אין באי בתי משפט, בתי כלא, משטרה או שופטים, והתושבים אינם יכולים להזכר מתי אירע שם אי פעם פשע. את הסיבות לקיומה של מערכת אכיפה חוץ-משפטית כה יעילה באי ניתן לזקוף לזכות התלות התברתית הרבה הקיימת בין התושבים. הזיות התבררה סגורה וקטנה, אין לתושבים לאן "לברוח", הם חשופים כל העת לביקורת חברתית ולסנקציות של גינוי ונידוי. ראו Lawrence M. Friedman, *American Law* 30-33 (1984).

14 בדמשך המאמר תידון ברחבה שאלת ההיקף הרצי של ההתערבות השיפוטית בהתייחס לאופיים של היחסים בין הצדדים ולקיומם של פערי כוחות ומידע ביניהם.

15 ראו Macaulay, הערה 12 לעיל, הבחן את התנהגותם של אנשי עסקים ותעשייה בוויסקונסין שבארצות הברית. מתברר כי בחלקם הגדול של המקרים נוטים אנשי העסקים להסתמך במהלך פעילותם על הסכמים שנכבד ולא על חוזים משפטיים מחייבים, זאת גם בעסקאות שמעורב בהן סיכון עסקי גדול. כתחליף לכללים החוקיים נוצרה בקרב הקהילה העסקית מערכת נורמות חילופית, האוכפת את קיומן של הבטחות תוך הפעלתן של סנקציות, דוגמת פגיעה במוניטין, המתגלות כיעילות יותר מהחלופות שמציגה מערכת המשפט.

עלויות אלה נחסכות על ידי התקשרות שאינה חוזית. כך נמנע מהמתקשרים הצורך לשכור את שירותיהם היקרים של עורכי־הדין, והם אף חוסכים לעצמם את זמן ההתדיינות היקר בעת הוויכוח על כל פרט ופרט בנוסחו של החוזה הפורמלי. בדרך זו מיושם ההסכם בצורה יעילה ומהירה יותר, ללא איחורים ועיכובים. בהמשך הדרך אף נחסכות מהצדדים העלויות הגבוהות של ההתדיינות המשפטית, וגם הבעיות המתעוררות נפתרות במהירות רבה יותר ובעלות נמוכה בהרבה באמצעות המנגנונים התוך־משפטיים. במקום לכבז את זמנם בהתדיינויות ארוכות בבית המשפט ולשתק את פעילותם העסקית, יכולים הצדדים לגצל זמן זה באופן יעיל ורווחי יותר.

זאת ועוד: התקשרות בחוזה פורמלי ומפורט, הצופה את התרחשותם של סכסוכים ואף נותן להם פתרון מראש, פוגעת במידה רבה בגמישות מערכת היחסים בין הצדדים וביכולתם להתאים את הפתרון לנסיבות המיוחדות שבהן התעוררה הבעיה. הטלתה מראש של האחריות על כתפיו של אחד מהצדדים – או כל קביעה נוקשה אחרת לגבי האופן שבו יתמודדו הצדדים עם הבעיה לכשתתעורר – תהא תמיד¹⁶ יעילה פחות מאשר פתרון אדי־הוק לבעיה, כשכל שאר הנתונים האופפים אותה כבר ידועים. התקשרות המבוססת על אמון, שאינה קובעת מראש מסמרות לגבי העתיד, מאפשרת פתרון בעיות, אם הן אכן מתעוררות, בצורה יעילה ומתאימה יותר. לכן, צדדים שהיחסים ביניהם מושתתים על אמון הדדי יטו שלא לפתור מראש בעיות שטרם התעוררו, כך שבעת משבר יוכלו לדון בהן ולפתורן תוך שיתוף פעולה.

עצם ההתקשרות החוזית משפיעה – בדרך כלל לרעה – על האמון ועל התחושות שבין הצדדים. ההתדיינות משפטית ופגישות עם עורכי דין נתפסות בעיני רבים כמרתיעות ומאיימות. יחסים בין הצדדים, שבעבר היו לכביים, משנים לעתים קרובות את צורתם, כשהתחייבויות מנוסחות ומוגדרות בחוזה, תחת עיניו המפקחות של החוק ונציגיו. רצונו של אחד הצדדים להתקשר בהסכם משפטי מחייב עשוי לעורר אצל הצד האחר את התחושה שהראשון אינו סומך עליו שיקיים את התחייבויותיו במועד ובצורה הראויה, ולכן הוא נכון להשקיע כסף וזמן בהפיכתו של ההסכם לחוזה. בדומה, עריכתו של חוזה מפורט וארוך גוררת עמה תחושה של חוסר אמון בין הצדדים ופוגמת באווירה הטובה השורה ביניהם. התעקשות מראש על פרטים קטנים בעסקה אינה מתיישבת עם תחושות של אמון וביטחון הדדי. במקרים מסוימים עלולות התעקשות ואי־הסכמה על הפרטים הקטנים אף להביא לכישלון המשא והמתן ולביטול העסקה.¹⁷

16 יתכנן אומנם מקרים – כגון פשיטת רגל של אחד הצדדים – שבהם גם חיפוש אחר פתרון אדי־הוק לא יועיל; אך במקרים כאלה פתרון מראש בדמות חוזה היא בלתי יעיל באותה מידה.

17 בסחר ביהלומים למשל, הן בארץ והן בעולם, נבנתה מערכת תוך־משפטית מורכבת ומתוחכמת של כללים ונהגים מחייבים ובני־אכיפה. כך, למשל, אמרת צידוף המלים "נחל וברכה" משכללת הסכם שבכבוד בין הצדדים – הן מבחינה צורנית והן מבחינה מהותית. הסיבות שנתגים למנות ושנציין נוצרת מערכת נפרדת, פנימית, של הסכמים שבכבוד הן הפחתה בעלויות התקשרות, קיום יסוד חברתי של החתעה בשוק שבו כולם מכירים את כולם, הצורך בסדירות מסעמי תחרות בין סוחרים. ראו Bernstein, העדה 10 לעיל.

עם זאת, במקרים מסוימים, שבהם התועלת בהתקשרות החוזית גדולה מעלותה, יבחרו צדדים להפוך את יחסיהם למחייבים מבחינה משפטית גם בהתקיים מנגנונים חוץ-משפטיים חילופיים. זאת בעיקר במקרים שבהם, בגלל אופייה המיוחד של ההתקשרות, סביר לצפות שתתעוררנה בעיות בהמשך הדרך. כאשר ההתחייבויות ניתנות לטווח ארוך, או כאשר הנזק הצפוי בהתרחש נסיבות מסוימות הוא גדול, יעדיפו הצדדים להסדיר את יחסיהם בחוזה מחייב.

6. כוונה והיעדר כוונה ליצור קשר משפטי-חוזי

(א) העיקרון

הכוונה המשותפת והמוצהרת של צדדים ליצור קשר משפטי-חוזי מהווה יסוד מוסד של דיני החוזים.¹⁸ מהכלל היסודי התובע קיום כוונה כזו כתנאי מוקדם ליצירת חוזה תקף נובע באורח הגיוני התנאי המקביל והמשלים, שלפיו בהיעדר כוונה ליצור קשר משפטי-חוזי לא נוצר חוזה. צדדים שאינם רוצים להתקשר בחוזה לא יהיו קשורים בו.¹⁹ מתפיסה עקרונית זו, המדגישה את יסוד הכוונה וההסכמה החוזית, עולה כי הסכמה של צדדים שהייתה נחשבת כתוזה אילו לוותה בכוונה ליצור קשר משפטי, יכולה להוות הסכם שאינו חוזה (הסכם שבכבוד) ולפיכך גם אינו מחייב כתוזה. כל שנדרש כדי להוציא הסכמה מסוימת מגדר דיני החוזים הוא מה שנדרש כדי להכניסה לגדר זה, לאמור: כוונה משותפת (להיכנס לחוזה או להסכם שבכבוד, לפי העניין) והשתקפות חיצונית שלה, על פי מבחן אובייקטיבי.

(ב) במשפט הישראלי

בשיטת משפט כשלנו, שבה אין עוד צורך בתמורה או בעילה לשם יצירת חוזה תקף, יש חשיבות מיוחדת לתנאי של הכוונה ליצור יחסים משפטיים.²⁰ הכוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים נדרשת כתנאי ליצירת חוזה תקף, ולפיכך הסכם יחייב את הצדדים

18 כאשר הצדדים להתקשרות תוהו לא הצהירו במפורש על כוונתם, ילמד בית המשפט על קיומה על פי המבחן האובייקטיבי. ראו שלו, הערה 2 לעיל, בעמ' 86-88.

19 לפחות כך הוא במישור העיוני הטהור. עם זאת, בחיי המסחר והעסקים קיימים מצבים רבים שבהם אין הסכמה אמיתית ושלמה בין הצדדים, ובכל זאת אדם מוצא את עצמו קשור בחוזה שלא רצה בו. מצב כזה יכול להיווצר כתוצאה מדיני הפגמים בכריתת החוזה, דוגמת הטעות וההטעה (המסופלים בפרק ב' לחק החוזים הכללי), אך גם כתוצאה מפירוש סביר ואובייקטיבי של החוזה, שאינו תואם את הפירוש הסבויקטיבי של צד לחוזה. העוד הסכמה מלאה בולט מתחת החוזים האחרים, והוא קיים גם במקרים שבהם צד אחד חייב לערוך חוזה או שדינים קוגנטיים קובעים את תוכנו של החוזה.

20 ראו שלו, הערה 2 לעיל, בעמ' 84; השו"ח Williston, הערה 5 לעיל, § 3:5.

במישור המשפטי רק כאשר הם התכוונו שהוא אכן יחייב אותם. יסוד הכוונה מגדיר אפוא במשפטנו את גבולות החוזה.

בפסיקת בית המשפט העליון נקבע, כי הדרישה לקיום כוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים טמונה בביטוי "גמירת דעת", הנסב בהוראות חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הן על ההצעה (סעיף 2) והן על הקיבול (סעיף 5).²¹

לדעתי, כפי שהבעתיה גם בספרי, אין דרישת הכוונה מעוגנת בהוראותיו הטכניות של חוק החוזים ובביטוי "גמירת דעת", אלא היא מהווה תנאי מוקדם וחיצוני ליצירת חוזה. הביטוי "גמירת דעת" מיוחד בחוק החוזים לכוונה ספציפית, היא הכוונה להתקשר בחוזה המסוים עם הצד המסוים. לעומת זאת, התנאי של כוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים הוא תנאי מקדמי לעצם הכניסה לטריטוריה החוזית.²² מכאן שלדעתי, כאשר בפנינו הסכם שבכבוד, אין להתקדם עוד בדרך שסלל המחוקק ולהקשות אם אכן התקיימו מנגנוני ההצעה והקיבול, החיוניים ליצירת חוזה תקף על פי פרק א' לחוק החוזים הכללי. הסכם שבכבוד אינו בגדר חוזה שחוקי החוזים חלים עליו משום שאינו מלווה בכוונה ליצור יחסים משפטיים.

(ג) המבחן האובייקטיבי

המבחן שלפיו ייקבע קיומה או היעדרה של כוונה ליצירת יחסים משפטיים הוא המבחן האובייקטיבי. מבחן זה מסייג את הכוונה האמיתית, הסובייקטיבית, באשר הוא מעדיף את הגילוי החיצוני של ההסכמה על פני הכוונות הפנימיות המלוות אותה. לפיכך, כוונת הצדדים ליצור (או לא ליצור) יחסים משפטיים נלמדת מהשתקפויותיה החיצוניות והן – בעיקר – התבטאויות הצדדים, בכתב ובעל פה, התנהגותם, תוכן ההסכמה ונסיבותיה.

המבחן האובייקטיבי אופייני לדין החוזים המודרני. תוקפו והגיונו נובעים מההנחה האמפירית שלפיה קיימת בדרך כלל זהות בין הרצון הפנימי לבין הצהרתו החיצונית. לפיכך, המבחן האובייקטיבי אינו תובע כוונה ליצירת יחסים משפטיים-חוזיים אלא השתקפות חיצונית, הצהרת רצון של כוונה זו.

דיני הראיות תומכים אף הם במבחן האובייקטיבי, באשר ידוע כי קשה – ואולי אפילו בלתי אפשרי – להיוודע בדיעבד מה היו רצונותיהם האמיתיים של צדדים להסכם; לכן נדרשת השתקפות חיצונית-אובייקטיבית של רצונות כמוסים. במובן זה, עצם הדרישה להעדה חיצונית מתמרצת את הצדדים להקפיד על גילוי חיצוני של כוונותיהם ורצונותיהם הסמויים. גם ההגנה על אינטרס ההסתמכות של צד להסכם עומדת ביסוד המבחן האובייקטיבי. כאשר הצד האחר מתנהג בדרך המעידה על כוונתו להתקשר בחוזה מחייב, יש לאפשר לצד שהסתמך על התנהגות זו לכבול את הצד האחר בתוצאות התנהגותו.

21 ע"א 440/75 זנדבנק נ' הנציג, פ"ד (2) 260, 266-268; ובעקבותיו ע"א 511/83 מדום נ' אוניברסיטת תל-אביב, פ"ד (3) 518, 521-522.

22 להרחבה ראו שלו, השדה 2 לעיל, בעמ' 84.

בדומה לכוונה להתקשר בחוזה, גם כוונה שלא להתקשר בו טעונה ביטוי חיצוני. כאשר צד להסכם מבהיר לצד השני כי אין ברצונו להקנות תוקף משפטי להבטחותיו, יכבד בית המשפט את כוונתו (או את היעדרה). הדרך הפשוטה להפוך הסכמה להסכמה שבכבוד היא להצהיר על היעדר רצון להיות קשור בחוזה. התנאה כזו היא אפשרית ושכיחה הן בהקשרים חברתיים-משפחתיים והן בהקשרים מסחריים. עם זאת, באותם מקרים שבהם לא בוטאה הסכמה להחיל – או לא להחיל – את דיני החוזים, תחול כ"ברירת מחדל" ההנחה כי הצדדים התכוונו לכפוף את יחסיהם לדיני החוזים.

7. התערבות שיפוטית בהסכמים שבכבוד

כוונתם של הצדדים להותיר את מערכת היחסים ביניהם מחוץ לטריטוריה החוזית היא בעלת משקל רב בהכרעה בשאלה אם להכיר בהתחייבויותיהם הלא-חוזיות כמחייבות מבחינה משפטית. עם זאת, יש משקל גם לשאלה האם אותו רצון מוצהר הוא פרי בחירה חופשית או שמא הוא מושפע מלחצים חברתיים וכלכליים המעוגנים בנסיבות כריתת ההסכם. באותה מידה מוקנית חשיבות לקיומם של פערי כוחות בין הצדדים ולהיעדר יכולתו של אחד מהם לתמחר נכונה את ההתקשרות בהסכם שאינו מחייב מבחינה משפטית. כך, למשל, נראה רצוי ונכון יותר לכבד את רצונם של שני אילי-הון שנקשרו ביניהם בהסכם שבכבוד במסגרת יחסיהם העסקיים, מאשר לכבד הסכם כזה בין שני גופים שאינם שווים בכוחם הכלכלי, למשל, כאשר אחד מהם בעל מונופול בתחום והשני הוא גוף קטן שאין בפניו חלופה מלבד ההתקשרות הנדונה.

כפי שהובהר לעיל, קיומה של מערכת אכיפה חוץ-משפטית יעילה תלוי בהתקיימותם של כמה מרכיבים חיוניים במערכת היחסים בין הצדדים. עליהם להיות חברים בקבוצה קטנה וסגורה (משפחה, שבט, מועדון חברים) המאופיינת בשוויון בין חבריה, בהיעדר פערי מידע ובהתקיימותם של אפשרות ל"משחק חוזר" בין הצדדים.

כשמגיע לפני בית המשפט הסכם שבכבוד בין שני צדדים, שמערכת היחסים ביניהם מכילה יסודות שירתיעו אותם מהפרת התחייבויותיהם, נראה שאין מקום להתערבות שיפוטית.²³ החברים בקבוצה מוגדרת בוחרים לעצמם מנגנוני אכיפה יעילים המתאימים

23 פרופ' ריצ'רד פוזנר סבור כי עצם ההבטחה יוצרת יעילות כלכלית, ולומר: להתחייבות יש ערך כלכלי משקי לעצם הקיום שלה. הידיעה כי בזמן מסוים בעתיד יעשה עבור מקבל ההבטחה מעשה מסוים מעלה את ערכו של המעשה עבורו. הודאות מראש כי בעוד חודש יקבל כך של 1,000 היא בעלת ערך, ולכן ערכו של ההבטחה עבורו כיום גדול מ-1,000. המבטחה, לעומת זאת, אינו מפסיד דבר בעצם מתן ההבטחה, ולכן קיומו של מוסד ההבטחות הוא יעיל מבחינה חברתית. הקושי הגלום בהבטחות הוא בכך שבהיעדר ודאות מלאה בכך שההבטחות אכן תקרמנה, ערכו המוסף של ההבטחה מתבטל. על כן, למען הגדלת הרווחה רצוי כי מערכת המשפט תאכוף קיומן של הבטחות כל עוד הרווח שבאכיפתן גבה מן העלות שבהליך המשפטי, וראו Richard A. Posner, "Gratuitous Promises in Economics and Law," 6 J. Legal Stud. 411 (1977). בהמשך לגישתו זו של פוזנר ניתן לומר, כי בהתקיים מערכת אכיפה חלופית, המעניקה לצדדים ודאות,

לצורכיהם יותר מהנורמות החוזיות הכלליות, ולכן ההתערבות השיפוטית עלולה לגרום עיוות במערכת התמריצים הפנימית בתוך הקבוצה ולכוון להתנהגות שהיא פחות יעילה ורצויה בין חבריה. צדדים שבעת עריכת ההסכם היו שווים בכוחם ובמידע שהיה קיים בידיהם אודות המוניטין של האחר, יכולים לתמחר נכון את העלות ואת הנזק הגלומים בהתקשרות החוץ-חוזית. מובן כי יכולת זו באה לידי ביטוי בתוכן ההסכם שהם בחרו לעצמם ובאופן התנהגותם לאחר ההסכמה. התערבות שיפוטית במצב כזה אינה רצויה משום שבטווח הארוך היא עלולה להביא לביטול מוסד ההבטחות החוץ-משפטיות, ולהפוך את יחסי הצדדים ליקרים יותר וליעילים פחות. היעלמות מנגנוני האכיפה החילופיים תפגע בהמשך גם בחברה בכללותה, משום שנורמות האכיפה הכלליות הן תמיד פחות מתאימות ופחות יעילות מנורמות אכיפה המתפתחות באופן טבעי בין הצדדים. העלמותם של ההסכמים שבכבוד תגרוור לפיכך עלויות חברתיות: האכיפה המשפטית של ההסכמים תהא פחות יעילה מן האכיפה הלא-משפטית שקדמה לה, וכך, בהדרגה, תופרנה יותר ויותר התחייבויות; במקביל, יחסי הצדדים יהפכו ליקרים יותר והחברה כולה תיאלץ לסאת בעלות ההתדיינות השיפוטית ובעומס שייווצר בבתי המשפט; יחסי האמון והקרבה בין הצדדים יזמרו ביחסים מנוכרים ופורמליים, שיפגעו בטווח הרחוק גם בשיתוף הפעולה בין הצדדים וביכולתם לפתור סכסוכים במהירות ובדרך המתאימה והטובה ביותר.

לעומת זאת, התערבות שיפוטית בהסכמים שנעשו בין צדדים שאינם שווים בכוח ובמידע היא רצויה. כאשר קיימים פערי מידע בין הצדדים להסכם, או כשההתקשרות החוץ-משפטית אינה תוצר של בחירה חופשית המבוססת על הערכה של הסיכונים והסיכויים הכרוכים בה, לא ניתן לומר כי אי-ההתערבות היא יעילה או ראויה. הצד הנפגע, שהיה חלש יותר בעת ההתקשרות ולא העריך נכונה את סיכוייו להיפגע, עומד כעת בפני שוקת שבורה. מערכת היחסים הלא-פורמלית בין הצדדים היא כזו שאין בכוחה לאכוף על האחר לקיים את התחייבויותיו. מסתבר כי על אף שהצד החלש האמין בכוחה של מערכת חילופית, חוץ-משפטית, להגן על ההבטחות שניתנו לו, מעולם לא היה למערכת זו הכוח לעשות זאת, שכן עוד בזמן ההסכמה היו קיימים בין הצדדים פערי כוח ומידע. בנסיבות כאלה, התערבות של מערכת המשפט אינה רק הוגנת ומוסרית ביחסים שבין הצדדים, אלא שיש בה גם תועלת חברתית. כאשר הצדדים להסכם אינם מקיימים ביניהם סוג של יחסים העשויים להצמיח מערכת סנקציות יעילה יותר מזו הכללית, אין ההתערבות השיפוטית נוסאת עמה מתיר של פגיעה בנורמות הקיימות שתגרוור אחריה אי-יעילות. סיפורם של הצדדים מראה כי קיימת ביניהם דווקא מערכת נורמות שאינה יעילה ושאינה מאפשרת אכיפה פנימית של ההתחייבויות ביניהם. יתרה מזאת: נסיבות עריכת ההסכם מראות כי הפערים בכוחם וביכולתם של הצדדים לתמחר נכונה את

מערכת ההתעשה השיפוטית הנפכת למיותרת והעלות שבהפעלתה גדולה מהתועלת שניתן להפיק ממנה. הודאות בקיום ההבטחה מתקיימת כך או כך, ועל כן יש להבטחות, מעצם היותן מראש, ערך מוסף, גם ביעדר התערבות משפטית.

העלויות שבהתקשרות החוץ־משפטית פותחים פתח לפגיעה של הצד החזק יותר בצד החלש.

גם כשמדובר במערכות יחסים שאינן עסקיות, דוגמת התקשרויות בין בני זוג או בין חברים, ראוי להתחשב ביחסי הכוחות ובפערי המידע. כאשר הצדדים להסכם חברים באותו חוג חברתי, המקיים באורח טבעי מערכת יעילה של סנקציות פנימיות המעודדות קיום הבטחות, וקיימת ביניהם מערכת יחסי גומלין הדדית המתאפיינת בכך שבידי כל אחד מהם קיימת האפשרות ל"משחק חוזר" אל מול האחר – בהתקיים כל אלה נראה, כי ההתערבות השיפוטית בניגוד לרצונם המפורש של הצדדים אינה נדרשת ואף עלולה להפר את האיזונים שהתפתחו באופן טבעי ויעיל בקרב חברי הקבוצה. מנגד, כאשר מדובר ביחסים שאינם שוויוניים, וכשהחלטתו של הצד החלש מבין השניים להתקשר בהתקשרות שאינה משפטית אינה מבוססת על בחירתו החופשית אלא על פערי מידע בין הצדדים או על חוסר ברירה אמיתית לבחור בדרך אחרת או לדרוש תמורה גבוהה יותר עבור הסיכון להפרה ללא סעד משפטי, ההתערבות המשפטית ראויה ונדרשת. היא אינה מלווה או בעלות בגין פגיעה בנורמות הפנימיות שהתפתחו בין הצדדים, שכן מראש לא היו אלה נורמות יעילות ומתאימות; הצדדים לא נמצאו מעולם בעמדות כוח שוות לכאורה, המאפשרות את התפתחותה של מערכת אכיפת הבטחות חוץ־משפטית, ועל כן ההתערבות בגין נזקים שנגרמו למקבל ההתחייבות היא רצויה ואף צודקת.

8. אופייה הראוי של ההתערבות השיפוטית

(א) דיני הנזיקין כבסיס להתערבות בהסכמים שבכבוד

מקורו של החיוב החוזי הוא ברצונם המשותף של הצדדים, דהיינו: בהסכמתם להתחייב בקשר מחייב מבחינה משפטית. תחולתם של דיני החוזים על היחסים שבין הצדדים נובעת מהצהרת רצונם. התכחות לרצון הצדדים שלא לכפות את יחסיהם לשיטת המשפט, על כלליה ועקרונותיה, עומדת בניגוד לעקרון חופש החוזים. על פי עיקרון זה יש להקנות תוקף לא רק לרצון הצדדים להיכנס למערכת יחסים חוזית מחייבת, אלא גם לרצונם לא להיכנס למערכת כזו.

עם זאת, לא כל התקשרות שהצדדים מזהירים עליה כהתקשרות חוץ־משפטית אכן נושאת מאפיינים של התקשרות יעילה וראויה מחוץ לתחולתה של מערכת המשפט. שיקולים של צדק חברתי ורצון להימנע מקיבוע עיוותים כלכליים וחברתיים מצדיקים לעתים התערבות ביחסי הצדדים. ברם, בהתחשב ברעיונות ובעקרונות השולטים בדיני החוזים, נראה כי אופייה הראוי של התערבות כזו אינו חוזי. כאשר צדדים הסכימו ביניהם במודע ובמוצהר על כוונתם הברורה שלא להתקשר בקשר חוזי מחייב, כל כפיפה של מערכת היחסים לדיני החוזים תהווה חתירה תחת רצונם.

במקרים מסוימים ניתן יהא להיעזר בעקרונות של עשיית עושר ולא במשפט כדי להתמודד עם הסכמים שאי־אכיפותם אינה רצויה. החלתם של עקרונות עשיית עושר ולא במשפט תגרור אחריה פיצויי השבה בלבד, שהם צרים יותר מפיצויי הסתמכות

המאפיינים את דיני הנזיקין. כאשר צד אחד להסכם שבכבוד ביצע את חלקו בהסכם, תוך הסתמכות על הבטחת הצד האחר, והצד האחר מסרב לקיים את חלקו שלו, ניתן יהא לומר שצד להסכם שבכבוד שקיבל נכס או שירות ולא ביצע את חלקו בהסכם התעשר על חשבון זולתו, ולפיכך זכאי הזולת להשבת הנכס או שוויו של השירות. במצבים אחרים ניתן אולי להסיק חיוב לתשלום ראוי (quantum meruit) לצד להסכם שבכבוד שקיים את חלקו בהסכם.²⁴

בנסיבות מסוימות עשויים דיני הנזיקין לבאר ולהצדיק את ההתערבות ברצונם המפורש של הצדדים: מקור החיוב הנזיקי הוא בדין; על כן, הגם שהסכמתם המוצהרת של הצדדים שלא להתקשר בחוזה מחייב שומטת את הקרקע מתחת לתחולתם של דיני החוזים, עדיין היא מותרת פתח לתחולתם האפשרית של דיני הנזיקין על יחסי צדדים להסכמים שבכבוד.²⁵

דיני הנזיקין מיועדים לספל בהתקשרויות ובנזקים בין צדדים מנוכרים, שלא בחרו להתקשר במערכת יחסים מחייבת מבחינה משפטית. הם קובעים רף אובייקטיבי של התנהגות ראויה שאיננו מושפע מרצונם של הצדדים להתחייבות. לשאלת היחסים בין הצדדים ניתן אומנם מקום במסגרת עוולת הרשלנות הנזיקית, אך אמות המידה לקביעת ההתנהגות הראויה בין הצדדים הן חיצוניות וניטרליות, ומהוות תוצר של איזון שיפוטי בין ערכים מתנגשים.²⁶

ניתן לומר כי כל הבטחה לבצע דבר מה בעתיד, גם אם אינה בסיס לחוזה אלא הבטחה שבכבוד בלבד, מכילה מצג לגבי עצם הכוונה לבצע את הדבר המובטח. כאשר מצג זה מתברר כמצג שווא, ניתן לספל בו במסגרת עוולות התרמית²⁷ ומצג השווא הרשלני,²⁸

24 ראו השוו דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט א 208 ואילך (מהדורה שנייה, תשנ"ח).

25 להשקפה דומה לגבי תחולתם של דיני הנזיקין, גם כשקיים פסור על פי דיני החוזים, ראו ע"א American Microsystems 790/81 נ' אלביט מחשבים, פ"ד לט(2) 785, שם נקבעה חבות בנזיקין בגין יצירת מצג שווא רשלני על אף קיומה של תננית פסור בחוזה בין הצדדים. הסדה עקרונית זו מתחלתם של דיני הנזיקין על אף הצדדים המפורשת של הצדדים פותחת פתח לסיפול בנעיית הסכמים שבכבוד במסגרת דיני הנזיקין.

26 W. Page Keeton, Dan B. Dobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, *Prosser & Keeton on the Law of Torts* 660-665 (5th ed., 1984) (hereinafter: Prosser & Keeton).

27 סעיף 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע כי כדי שתקום אחריות בגין עוולת התרמית, נדרש התובע להוכיח את התקיפותו של מצג כחב שיצר הנתבע בזמן שלא האמין באמינותו, וכשהתכוון שהנתבע יסתמך עליו או יפעל על פיו. נוסף על כך נדרש התובע להראות קשר סיבתי, כלומר: כי הוטעה ופעל על סמך טעותו.

28 סעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] מטיל אחריות נזיקית בגין רשלנות. במשך השנים פותחה בפסיקה העולה של "מצג שווא רשלני" כנגזרת מעוולת הרשלנות. כדי שתקום אחריות נזיקית בגין מצג שווא, נדרש התובע להראות את קיומו של מצג שווא שהוצג תוך רשלנות, היינו: את התקימותן של חובות והידות מושגית וקונקרטית שבהן לא עמד הנתבע ואת סטייתו של הנתבע מסטנדרט ההתנהגות הסביר. נוסף על כך נדרש התובע להוכיח את התקיפותו של נזק וכן קשר

המוסדרות בפקודת הנוזיקין.²⁹ כדי שתקום אחריות נוזיקית בגין יצירתו של מצג שווא שלגני או בגין תרמית, נדרש התובע להראות כי הנתבע בהתנהגותו (או בהימנעות ממנה) הציג מולו תמונה עובדתית מוטעית. בענייננו ידרש הנפגע להראות כי בעת כריתתו של ההסכם ביניהם יצר הנתבע מצג שלפיו יש בכונתו לעמוד בחיוביו, הגם שאלה אינם בעלי תוקף חוזי מחייב.

עוולת התרמית דורשת, כתנאי לאחריות בנוזיקין, גם כוונה להטעות ביצירת המצג. על כן, רק במקרים שבהם יוכח בבירור כי עוד בזמן יצירת המצג הייתה למפר כוונה שלא לקיים את התחייבויותיו תוכר אחריותו בגין תרמית.³⁰ מנגד, האחריות בגין מצג שווא שלגני היא רחבה יותר, שכן היא דורשת יסוד נפשי של רשלנות. אחריות בנוזיקין בגין מצג מטעה תוכר רק כשבזמן יצירת המצג היה ראוי ונדרש מהצד המפר לעתיד לצפות את התרחשותו של הנזק.

בבוא התובע להראות כי ליצירת המצג נלוותה רשלנות, היא עליו להוכיח שבהתנהגותו הפר הנתבע את חובות הזהירות המוטלות עליו וסטה בכך מסטנדרט ההתנהגות הראוי. בשלב הראשון ידרש הנפגע להוכיח את התקיימותה של חובת הזהירות המושגית. חובה זו משמעה כי על קבוצת המוזיקים שהנתבע משתייך אליה חלה חובה לנקוט אמצעי זהירות כלפי קבוצת הניזוקים שהתובע משתייך אליה בגין סוג הנזקים המדוברים ובעקבות סוג הפעילות המסוימת. בענייננו נראה שההתגברות על משוכה זו לא תיתקל בקשיים רבים, הן משום שנטייתה של הפסיקה היא להכיר בדרך כלל בקיומה של חובת זהירות מושגית,³¹ והן משום שבנסיבות כריתתם של הסכמים

סיבתי בין המצג לנזק. ראו בעניין זה ע"א 86/76 עמידה ג' אהרון, פ"ד לב(2) 337; המ' 106/54 וינשטיין ג' קדימה, פ"ד ח 1317; ע"א 5302/93 בנק מסד בע"מ ג' לוי, פ"ד נא(4) 591.

29 במרבית המקרים, הכרה באחריות בגין יצירת מצג שווא של כוונה לקיום הבטחה תהווה הכרה בנזק שהוא כלכלי טהור באופיו. בעבר שלטה בפסיקה והשקפה לפיה לא תוטל אחריות בגין גרימת נזקים כלכליים טהורים. במשך השנים רוככה גישה זו ונקבעו לה חריגים שגדלו והתרחבו עם הזמן. חריגים אלה מבוססים בעיקר על אופיים של היחסים בין הצדדים ועל קיומה של כוונה או צפייה מצד המזיק לכך שהצד השני יסתמך על המצג. בענייננו, כשמדובר ביצירת מצג של כוונה לקיום ההתחייבות הנוזיקית, תתאפיין מערכת היחסים בין הצדדים בקרבה כמשמעותה בדיני הרשלנות בנוזיקין. נוסף על כך נראה, כי במרבית המקרים שבהם נידון הסכם שבכבוד ניתן לומר שהייתה צפייה של הצד המזיק או כוונה לכך שהנפגע יסתמך על המצג שהציג לו. לשאלת ההכרה בנוזקים כלכליים טהורים ראו תמר גדרון, "חובת הזהירות ברשלנות ונזק כלכלי טהור", הפרקליט מב 126 (תשנ"ה); עניין וינשטיין, הערה 28 לעיל; עניין בנק מסד, הערה 28 לעיל.

30 ראו ע"א 609/68 נתן ג' עבדאללה, פ"ד כד(1) 455, שם הוכרה אחריות בגין הפרת הבטחה נישואין כאחריות בעוולת התרמית.

31 ראו בעניין זה את דברי השופט סמנר בע"א 915/91 מדינת ישראל ג' לוי, פ"ד מח(3) 45, 71: מסקנה זו קשורה במאפיין חשוב של דרך הבדיקה של חובת ההירות בנוזיקין. בית המשפט אשר אליו מוגשת תביעה בגין רשלנות, עוסק תמיד בקביעת חובת ההירות בגין אירוע ספציפי. חובת ההירות כללית קיימת תמיד.

שבכבוד קיימות זיקה וקרבה בין הצדדים, ונראה ראוי להטיל עליהם חובת זהירות בהתנהגותם זה מול זה.

כשלב השני, לאחר שיוכח קיומה של החובה המוסגית, יידרש התובע להראות את קיומה ואת הפרתה של חובת הזהירות הקונקרטית, היינו: יהא עליו להראות כי בנסיבות המקרה הקונקרטיות חלה על המזיק חובה לנקוט אמצעי זהירות כלפיז בכדי למנוע את הנזק שאירע. בשלב השלישי והאחרון יידרש התובע להראות כי הפרתן של חובות זהירות אלה על ידי המזיק היא שגרמה להיווצרותו של הנזק בגינו הוא תובע פיצויים.³²

ההכרעה בדבר סבירות ההתנהגות בנסיבות המקרה היא במידה רבה שאלה של מדיניות שיפוטית. כאשר בית המשפט ניגש להכריע אם התנהגותו של הנתבע הייתה סבירה בנסיבות העניין הוא מתמודד למעשה עם שאלת ערכה החברתי של הפעולה שביצע הנתבע.³³ שאלת "סבירותה" של פעילות הנתבע בהציגו מצג שווא לפיו הוא מתכוון לקיים את הבטחתו על אף שאינה חוזה מחייב, יכולה לשמש מסגרת יעילה להבחנה בין יחסים שבכבוד שהתערבות בהם רצויה לבין יחסים כאלה שרצוי להימנע מהתערבות בהם. כפי שיובהר בסמוך, עיקר הסינון בין מערכות היחסים השונות ייעשה באמצעות ההגנות של "הסתכנות מרצון" ו"אשם תורם".

(ב) הסתכנות מרצון

סעיף 5 לפקודת הניזוקין קובע את התנאים לתחולתה של הגנת ההסתכנות מרצון. כדי שתקום לנתבע ההגנה מפני אחריות בניזוקין, הוא נדרש להוכיח כי בעת המעשה ידע הניזוק על מצב הדברים שגרם לנזק. נוסף על כך עליו להראות את קיומה של הסכמת הניזוק, בזמן המעשה, לקבל על עצמו את ההפסד הכרוך בנזק, אם ייגרם. הידיעה הנדרשת היא ידיעתו הסובייקטיבית והמפורטת של הניזוק הפוטנציאלי את העובדות המגדירות את הסכנה במקרה הספציפי ואת היקף הסיכונים העלולים להיגרם בעתיד.³⁴

בענייננו, פערי מידע בין הצדדים בדבר הסיכוי להיגרמותו של הנזק – היינו: בדבר הסיכוי שהצד השני יפר את התחייבותו (תוך גיצול העובדה שאינה אכיפה כחובה) – ישללו ממפר ההתחייבות את ההגנה של הסתכנות מרצון. ההסכמה לשאת בהפסד צריכה לנבוע מרצונו החופשי של המתקטר.³⁵ לחץ כלכלי, כוסרי או חברתי שהופעל עליו כדי

32 לניתוח מרכיביה של עולת הרשלנות ראו ע"א 145/80 ועקבין ג' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לו(1) 113.

33 ישראל גלעד, 'על יסודותיה של עולת הרשלנות במשפט הניזוקין הישראלי', עיני משפט יד 319, 322-323 (תשמ"ט).

34 ראו אהרן ברק, 'הסכמת הנפגע', בתוך דיני הניזוקין – תורת הניזוקין הכללית 308, 317-318 (מהדורה שנייה, בעריכת גד טדסקי, תשל"ז).

35 ע"א 897/75 ויכסטר פייר אינשורנס ג' קהן, פ"ד לא(1) 660, 668.

שיסכים לשאת בנזקים שולל את תחולתה של ההגנה, שכן על המתקשר להימצא במצב נפשי כזה המאפשר לו לקבל החלטות בדבר נשיאה בסיכון לנזק. הסיכון שהנתבע צריך להיות נכון לקחת על עצמו הוא סיכון משפטי של העדר פיצוי בהיגרם נזק.³⁶ בענייננו, שאלת הרצון החופשי היא מהותית להבחנה בין הסכמים שבכבוד שבהם רצויה התערבות שיפוטית ומתן פיצוי לצד הנפגע לבין הסכמים שבכבוד שהתערבות שיפוטית אינה רצויה בהם, בשל קיומם של מנגנונים חוץ-משפטיים. בהתקיים רצון חופשי ומלא להתקשר בהסכם שבכבוד, חסר-נפקויות משפטיות באשר הן, אין זה ראוי או יעיל להחיל נורמות משפטיות כלליות על המקרה בניגוד לרצונם של הצדדים. לעומת זאת, בהסכמים שבכבוד שאינם פרי בחירתם החופשית של הצדדים, ההתערבות השיפוטית היא ראויה, יעילה וצודקת. הגנת ההסתכנות מרצון עשויה אפוא לשמש מסננת יעילה לקביעת היקף ההתערבות הראוי בהסכמים בין צדדים שהצהירו במפורש על כוונתם שלא להכניס את ההתחייבויות ביניהם תחת כנפיו של החוק. רק הסכמה מודעת וחופשית לאי-תחולתן של הנורמות המשפטיות (ולא רק החוזיות) תקנה למפר הגנה מפני אחריות בגין נזקי ההסתכנות שנגרמו לניזוק כתוצאה ממצג השווא שהציג.³⁷

(ג) אשם תורם

סעיף 56 לפקודת הנזיקין מכיר בטענת האשם התורם כטענת הגנה של נתבע בגין אחריות לנזקים שגרם. ההגנה אינה פוטרת מהאחריות הנזיקית, אלא פוטרת מהפיצוי שבו נדרש המזיק לשאת או מפחיתה משיעורו. הגנת האשם התורם מבוססת על סטנדרטים של רשלנות וסבירות, כשהמבחן הוא מבחן של "האדם הסביר", לאמור: האם בניסבות העניין היה אדם סביר מונע את הנזק שנגרם. כאשר מול התרשלותו של הנתבע³⁸ עומדת התרשלות מצד התובע, יפחית בית המשפט משיעור הפיצויים שייקבעו לתובע, תוך שהוא מסייע לעניין זה בשאלת האשמה המוסרית של הצדדים כקנה-מידה להערכת שיעור הפיצוי הראוי.³⁹

36 ע"א 246/60 צברי נ' עמיד, פ"ד טו 281, 287; דניאל מור, "הסתכנות מרצון, התרשלות הנזוק ונהיגה עם נהג שתוי", הפרקליט לב 16, 21-24 (תשל"ח).

37 אמנם, מסקירת פסקי הדין בנושא עולה כי ברוב המקרים שבהם הוחלה ההגנה נגרמו לנפגע נזקי גוף, אולם נראה כי אין מניעה עקרונית להכיר בתחולתה של הדוקטרינה גם כשהנזקים שנגרמו אינם פיזיים.

38 בענייננו כשמדובר בנתבע בגין מצג שווא רשלני.

39 ע"א 417/81 מלון רמדה שלום נ' אמסלם, פ"ד לח(1) 72, 81. מבחן עזר נוסף שהועלה בפסיקה בהקשר זה הוא מבחן התרומה הסיבתית, היינו: בית המשפט בוחן בטכף על אשמת הצדדים גם את תרומתו הסיבתית של כל אחד מהם לנזק שנגרם. ראו ע"א 371/90 שוח נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(3) 345, 350-351.

בענייננו, שאלת התרשלותו של הנפגע ושאלת אשמתו המוסרית יכולות לשמש כאמצעי להבחנה בין מצגי השווא שבגינם ראוי להעניק לנפגע פיצוי מלא, לבין מצגים שבגינם יזכה הנפגע בפיצויים שיהיו נמוכים מהנזק שנגרם לו או שלא יזכה בגינם כלל לפיצוי. כאשר קיימים פערי כוחות ופערי מידע בין הצדדים להסכם שבכבוד, ואחד הצדדים ניצל את מעמדו המועדף תוך הצגת מצג שווא בדבר כוונתו לקיים את ההתחייבות, ניתן יהא לומר כי התנהגותו של הצד החלש הייתה סבירה בנסיבות העניין. אף אם יקבע כי התנהגותו של הנפגע לא תאמה את סטנדרט ההתנהגות הראוי, אשמתו המוסרית של המפר תיחשב לגבוהה בהרבה מאשמתו של הנפגע, ועל כן ייפסקו לנפגע פיצויים בשיעור הנזקים שנגרמו לו או קרוב לכך.

לעומת זאת, כאשר מדובר בצדדים שמעמדם הכלכלי והחברתי שווה או דומה, והם הסכימו ביניהם – מתוך רצון חופשי והבנה מלאה של הנסיבות והסיכונים – על אי-משפטיותו של ההסכם, נוכל לומר שהתנהגותו והסתמכותו של התובע היו בלתי סבירות בנסיבות העניין, ועל כן קמה לנתבע ההגנה של "אשם תורם".

(ד) פיצויי הסתמכות

מטרת הפיצוי הנזיקי היא בדרך כלל השבת המצב לקדמותו.⁴⁰ כאשר מדובר במצג שווא בדבר כוונה לקיים הבטחה, החובה הנזיקית שקמה אינה התובה לבצע את הבטחה שניתנה אלא החובה למנוע נזקי הסתמכות של הנפגע על המצג. על כן, הפיצוי שיינתן לנפגע הוא שלילי – פיצוי שיעמידו במצב שבו היה נמצא לולא הסתמך על המצג.

מתן פיצוי שלילי בגין הפרת הבטחה הגלומה בהסכם שבכבוד מתיישב היטב עם ההכרה ברצונם המפורש של הצדדים. האכיפה והפיצויים החזיביים שואבים את כוחם מהסכמתם של הצדדים ומהשאיפה המשפטית להגשימה. כשמדובר בהסכם שבכבוד, הסכמה כזו, להתקשר ביחסים משפטיים מתחייבים כדמות תווה, לא ניתנה מעולם. המקור לפיצויי הסתמכות אינו בהסכם שבכבוד אלא בעצם המצג. מצג זה, לאחר שהוכר כרשלני, יזכה את התובע בפיצוי בגין הנזקים שנגרמו לו בעקבותיו. גם סוג והיקף התרופות שיינתנו בגזיקן יהלמו את הצהרותיהם של הצדדים בדבר כוונתם שלא להתקשר בהסכם אכיף.

40 במקרים מסוימים ניתן גם בגזיקן פיצוי בגין פגיעה באינטרס חזבי של הנפגע. ראו Restatement of Torts, § 549(2), שם נקבע פיצוי חזבי בגין אחריות טרמית. ראו גם Prosser & Keeton, הטיה 26 לעיל, בעמ' 768-769. באופן כללי, ההבחנה בין פיצויים חזביים לשליליים, בתוכם כמו בגזיקן, אינה חדה וסדורה. ראו דבריו של השופט אור בע"א 5610/93 זלסקי נ' הועצה המקומית לתכנון ובנייה, פ"ד נא(1) 68, 84, שם הוא קובע כי פיצוי בגין אובדן חזמניתות ותקשרות היו בעל אופי שלילי. פיצוי כזה יכול להגיע בפועל לגובה של פיצוי קיום.

9. המצב במשפטנו וביקורתו

(א) נדירות הדיון בתופעה של הסכמים שבכבוד

בפסיקה ובספרות המשפטית הישראלית כמעט לא נמצא דיון בהסכמים שבכבוד.⁴¹ את מיעוט הדיון האקדמי ונדירות היישום הפסיקטי בנושא ניתן לבאר באמצעות הסברים, סוציולוגיים ופסיכולוגיים, כדלהלן: הסכמים שבכבוד, מעצם טבעם, מתקיימים ומסתיימים מחוץ לכותלי בית המשפט ולפיכך אין הן מגיעים, בדרך כלל, לדיון משפטי. ייתכן גם שהתרבות העסקית-משפטית בישראל אינה נוטה לעודד הסכמים שבכבוד.

יש עוד להעיר כי דוקטרינת השפיטות,⁴² מבית מדרשו של הנשיא ברק, מתיישבת היטב עם נטייתם של בתי המשפט להתערב במערכות יחסים שבכבוד ולטפל בהן במסגרת דיני החוזים. על פי דוקטרינה זו "הכל שפיט" (לפחות נורמטיבית, אם לא מוסדית⁴³), וכל מערכת יחסים אנושית נשלטת לכאורה על ידי נורמות משפטיות. יישומה של תיאוריה זו ושל רוח העקרונות העומדים בבסיסה על ידי בתי המשפט בישראל, הלכה למעשה, עלול להביא לידי התערבות במערכות יחסים רבות ושונות, אפילו כאשר הצדדים הביעו מראש כוונה נוגדת.⁴⁴

גישה זו, של התעלמות מרצון הצדדים המקורי, מונחית על ידי השקפת עולם חברתית הדוחה במודע את עקרון החופש החוזי מפני עקרון הצדק החוזי.⁴⁵ בית המשפט אינו מתעניין ברצונם האמיתי של הצדדים אלא בתוצאות החברתיות של הפעלת רצונם. אי-ההכרה בהסכם שבכבוד נובעת, לפיכך, גם מעמדה משפטית המתנגדת להוצאת מערכות יחסים מסוימות מעולם המשפט בכלל, ומדיני החוזים בפרט.⁴⁶ גישה חברתית

41 כך גם בשיטות משפט אחרות, וראו הערה 8 לעיל. אצלנו ניתן למצוא דיון קצר יחסית בסוגיה רק בספרים של פרידמן וכהן, הערה 7 לעיל, בעמ' 322 ואילך.

42 לדיון בשאלת השפיטות ראו שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב, "המציאות המשפטית של שפיטות וגבולות המשפט", מחקרי משפט יב 369 (תשנ"ו).

43 להבהנה זו ראו בג"צ 910/86 רסלר נ' שי רביטון, פ"ד מב(2) 441, 474-475; בג"צ 620/85 מיטארי נ' ירד הכנסה, פ"ד מא(4) 169, 190-191.

44 ראו גם את העולה מדברי השופט ברק בבג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 855-856.

45 את ההבנה המעניינת בין Freedom of Contract לבין Justice of Contract טבעו לדאשונה 46 Hein Kötz ו-Konrad Zweigert בספרם (1977) 7-9 *An Introduction to Comparative Law*, אולם היא נונה - ובמודע - במהדורה השלישית (משנת 1998) של ספר זה.

46 עמדה זו מתיישבת עם המגמה הכללית המסתמנת בפסיקה להקלה בכניסה לתחום התבות החוזית. לגבי זיכרון דברים למשל, מתבטאת המגמה האמורה בהקלה בדרישות גמירת הדעת המסוימות כשבאים להכיר בתוקפם המחייב של הסכמים מוקדמים. ראו ע"א 158/77 רבינאי נ' מן השקד, פ"ד לג(2) 281; שירלי רנר, "דיני תחום - מגמות והערכה", משפטים כא 33, 35 ואילך (תשנ"א). מגמה מקלה זו תואמת את העמדה הכללית של דיני החוזים בישראל, שכמעט אינם מכירים

משפטית זו עלולה לגרום לבית המשפט להפעיל את המבחן האובייקטיבי – הלא הוא המבחן הקובע את כוונת הצדדים – באורח מגמתי, כדי לכלול בגדר דיני החוים מערכות יחסים רבות ושונות. בדרך זו יכתוב בית המשפט לצדדים, ובדיעבד, כוונה פיקטיבית ליצירת יחסים משפטיים-חוזיים.⁴⁷

(ב) ההבחנה בין הסכמים חברתיים להסכמים מסחריים

המושג כוונה ליצור (או לא ליצור) יחסים משפטיים הניבא בארצות המשפט המקובל, וגם בישראל,⁴⁸ הבחנה בין הסכמים חברתיים או משפחתיים מחד גיסא לבין הסכמים מסחריים או עסקיים מאידך גיסא. בהסכמים מהסוג הראשון – חברתיים או משפחתיים – קיימת הנחה כי הצדדים להסכם לא התכוונו ליצור חוזה, ואילו בהסכמים מהסוג השני – מסחריים או עסקיים – טמונה הנחה הפוכה, כי בהעדר ראיה לסתור מתכוונים צדדים להסכמים כאלה ליצור הסכם אכיף, ומסתמכים על עזרת המערכת המשפטית במקרה שהחוזה יופר בעתיד.

יש להודות כי ההבחנה בין תחום המשפחה לתחום העסקים כאבן-כוחן ראייתית להעדרה או לקיומה של כוונה ליצירת יחס משפטי-חוזי היא מגמתית, באשר היא מניחה מראש את קיום הכוונה באותם תחומים שבהם הדין שואף לעסוק, ואת היעדרה בתחומים שמהם שואף הדין להדיר רגליו.⁴⁹

ההבחנה בין הסכמים משפחתיים-חברתיים לבין הסכמים מסחריים-עסקיים חשובה לביקורת נוספת כמבטאת השקפת עולם פטרנליסטית ובעלת הטיה גברית. ביסוס הבחנה זו על "קדושת חיי המשפחה", על האהבה "הטבעית" השורה בין בני הזוג ועל רתיעתו של בית המשפט מפני חדירה למסגרות משפחתיות⁵⁰ אינו עומד עוד כיום בפני ביקורת

בהסכמים שבכבוד, ושואבים אל תוכם גם הסכמים שהצדדים כלל לא התכוונו להקנות להם תוקף משפטי (אלא, אולי, תוקף מוסרי-חברתי).

74 ראו בעניין זה Hedley, הערה 7 לעיל; ע"א 3833/93 לוי'ן נ' לוי'ן, פ"ד מח(2) 862; וכן ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרזים, פ"ד מח(2) 265, במיוחד בעמ' 321–322, שבו מבעת הדעה כי בפרשנות חחה תיתכן התעלמות מהצדדן האמיתי של הצדדים.

75 אך כנראה לא עוד. ראו דברי השופט שטרסברג-כהן בדנ"א 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד כט(5) 314, 324, שלפיהם גם הסכמים בהקשרים חברתיים ומשפחתיים מהווים התחייבות תקפות.

76 Hedley, הערה 7 לעיל.

77 זה היה הנימוק שניתן בעבר, למשל בפרשת Balfour v. Balfour, [1919] 2 KB 571, 579, שם אמר בית המשפט את הדברים הבאים על הכתום בין בני זוג:

The consideration that really obtains for them is that natural love and affection which counts for so little in these cold courts... . In respect of these promises each house is a domain into which the King's writ does not seek to run.

חברתית. אין סיבה ברורה לפטור אדם מהתחייבויותיו המשפחתיות והחברתיות בנימוק של העדר כוונה מצדו ליצור יחס משפטי, ובאותה עת לאכוף עליו התחייבויות עסקיות שנטל על עצמו מחוץ לסביבתו המשפחתית והחברתית.⁵¹

הפתרון הנזיקי שהוצע לעיל מאפשר התערבות שיפוטית כשהדבר נכון ורצוי מטעמי יעילות וצדק גם מבלי לייחס להצהרותיהם של המתקשרים את מה שאין בהן. בדרך זו ממשיך הרצון להתקשר בקשר משפטי מחייב להוות תנאי שבלעדיו אין להיווצרותו של חוזה, ואילו הטיפול בצדדים שאינם רואים את עצמם קשורים בקשר חוזי חוזר למקומו הטבעי, היינו: לדיני הנזיקין.

ב. המעשה: הסכמים שבכבוד לסוגיהם

1. גישת הפסיקה

חלק זה של המאמר סוקר את האופן שבו מתמודדת הפסיקה בישראל עם סוגיית ההסכמים שבכבוד. כפי שכבר הובהר לעיל, התערבותו של בית המשפט בהתקשרויות חוץ משפטיות אינה מבוססת מבחינה עיונית. מצד אחד נעשית התערבות זו בלא התחשבות בחופש ההתנאה ובחופש החוזים במובנו הרחב, ככולל גם חופש מחוזים, ומן הצד האחר מתערב בית המשפט בהסכמים שבכבוד תוך שימוש בכלים חוזיים מסורתיים, ולא תוך התבוננות על יחסי הצדדים באספקלריה נזיקית שהיא מתאימה יותר לאיזון האינטרסים של הצדדים בסיטואציות רבות של הסכמים שבכבוד.

51 אין ספק שקיים דיסוננס בין השאיפה שלא לנפות מראש מתחום הדין החוזי מערכת יחסים משפחתיות או חברתיות, שגם בהן עשויה להיווצר מחויבות משפטית, לבין הביקורת על אסכולת "הכל שפיט" ועל ההתערבות ביחסי הצדדים שהצהירו מפורשות על רצונם שמערכת היחסים ביניהם תיוותר מתוך לעולם הנורמות המשפטיות המחייבות. פסק הדין בפרשת לוי, שידון להלן, מציג באור בהיר, כמעט אכזרי, את הדילמה האמורה. בית המשפט העליון (מפי השופט יצחק זמיר), בהיותו מונתה על ידי השאיפה לעשות צדק ולהגן על האשה החלשה, התעלם מרצונם המפורש והמוצא של הצדדים בעת עריכת ההסכם ביניהם שלא לכפות את יחסיהם לדיני החוזים ולערוך הסכם שאינו אכיף. ספק בעיני אם הערך החשוב של הגנה על נשים בעמדת חלשה הוגשם בעניין זה. ראו ביקורתו של פרופ' אריאל פורת במאמרו "שיקולי צדק בין הצדדים לתחילת ושיקולים של הכוונת התנהגות בדיני החוזים של ישראל", עיוני משפט כב 647, 661–667 (תש"ס), לפיה הקדיב בית המשפט בפרשת לוי את השיקולים ארוכי הטוחח הנוגעים להכוונת התנהגות למען עשיית צדק במקרה הקונקרטי. פרופ' פורת גם מטיל ספק בצדק שנעשה בין הצדדים לתחילת בפרשה זו.

2. הסכמים משפחתיים

(א) הסכמים בין בעל לאשה

(1) פרשת גרדוס⁵²

בין בני זוג שהיו נשואים בעבר נערכה – לאחר גירושיהם – חליפת מכתבים שבה נדונה מכירת חלקה של האשה בדירה המשותפת מתקופת הנישואין. השאלה המשפטית שהתעוררה, ובה נחלקו הצדדים ואף הטופסים שדנו בפרשה, היתה אם חליפת המכתבים בין בני הזוג הביאה לידי כריתת חוזה.

בדעת מיעוט קבע השופט בך כי בנסיבות המקרה נכרת חוזה בין הצדדים. השופט דחה את טענת בא"כוח האשה, שלפיה לא נסתרה בנסיבות המקרה ההנחה בדבר היעדר כוונה ליצור יחסים משפטיים ביחסים משפחתיים. השופט בך למד על הכוונה ליצור יחסים משפטיים מלשון המכתב שכתבה האשה, וגם מכך שמערכת היחסים בין הצדדים לפרשה הייתה עניינית וקונקרטית, ולא לבבית וידידותית כמוצופה בין בני זוג. לעומתו, בדעת הרוב קבעה השופטת בן-פורת כי בין הצדדים לא נוצר חוזה. קביעה זו היתה מנותקת מקשר הנישואין שהיה בין הצדדים ונבעה מנימוק טכני: השופטת קבעה כי גם אם הכיל מכתב האשה הצעה, ומכתב האיש הכיל קיבול של אותה הצעה, לא קובלה ההצעה בתוך זמן סביר בנסיבות המקרה (בניגוד לסעיף 8(א) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, הקובע כי "אין לקבל הצעה אלא... תוך זמן סביר"). מכאן שלא יחסי המשפחה והקרבה ששררו בעבר בין בני הזוג הביאו להוצאת ההתכתבות מתחום תחולתם של דיני החוזים אלא נימוק חוזי-טכני.

בהקשר זה מעניין להשוות את העובדות ואת התוצאה המשפטית של פרשת גרדוס לפרשה אחרת, דומה בעובדותיה ושונה בתוצאתה, הלא היא פרשת זנדבנק נ' דנציגר.⁵³ גם בפרשה אחרונה זו נערכה חליפת מכתבים שאחד הצדדים ביקש לראותה כיוצרת חוזה; אולם, בניגוד לפסק דין הרוב בפרשת גרדוס, בעניין זנדבנק נ' דנציגר נאות בית המשפט לראות בהתכתבות חוזה תקף. דומה כי שורש ההבדל בין פסקי הדין נעוץ בסוג היחסים בין הצדדים להתכתבויות השונות: בפרשת זנדבנק נ' דנציגר דובר בחליפת מכתבים בין צדדים מנוכרים, ואילו בפרשת גרדוס הצדדים להתכתבות היו בני זוג שהיו נשואים בעבר.⁵⁴

52 ע"א 532/82 גרדוס נ' גרדוס, פ"ד לט(3) 617.

53 עניין זנדבנק, הערה 21 לעיל.

54 אומנם בפרשת זנדבנק חלפו שלושה ימים בלבד מיום קבלת המכתב שהיווה הצעה ליום קבלת המכתב שהיווה קיבול, בעוד שבפרשת גרדוס פרק הזמן שעבר היה למעלה משישה חודשים – ולפיכך ניתן לטעון כי שורש ההבדל בין פסקי הדין נשען בהבדלי התקופות בין משלוחי המכתבים. עם זאת, מקריאת פסק הדין בעניין גרדוס, ובמיוחד פסק דינו של השופט בך, מתקבל הרושם כי עמדת הרוב השתמשה בנימוק הטכני של פערי התקופות תוך כוונה, מודעת או לא מודעת, לעמוד לצד האשה, תוך התעלמות משאלת קיומה של כוונה ליצירת יחסים משפטיים. השופטת בן-פורת,

ואומנם נראה, כי דעת הרוב בפרשת גרדוס הונחתה – אולי אפילו באורח לא מודע – על ידי השאיפה להגנת האשה. בית המשפט ביקש למנוע מהגבר – הצד החזק במערכת היחסים – לקבל לרשותו את הדירה כתוצאה ממה שעשוי היה להיראות כ"חסיפת הצעה". על כן, תוך שימוש בנימוק הסכמי של פערי הזמנים בין הצעה לקיבול, קיבל בית המשפט את עמדתה של האשה בדבר אי-היווצרותו של חוזה בין הצדדים, וזאת מבלי להזדקק לדיון מפורש בשאלת הכוונה ליצירת יחסים משפטיים בין בני זוג.

(2) פרשת לוין⁵⁵

בחוזה בין בני זוג שהיו בהליכי גרושין הוסדר עניין המזונות שישלם הבעל ונקבע בו גם כי "החווה יהיה חסר תוקף משפטי", ו"הצדדים מתחייבים שלא להשתמש בחוזה ... לכל מטרה שהיא לרבות הצגתו לבית משפט".

חרף לשון ברורה זו בחוזה קבע השופט יצחק זמיר בבית המשפט העליון כי החוזה איננו הסכם ג'נטלמני אלא הסכם בעל תוקף משפטי. מסקנה זו ביסס השופט גם על לשון החוזה אך בעיקר על שיקולים של מדיניות שיפוטית. הוא הטעים כי המדיניות השיפוטית הראויה לצורך פרשנות חוזה המזונות היא המדיניות הדואגת לתשלום מזונותיהם של האשה והילדים, ומשאירה את הדרך פתוחה לפני הצדדים לבוא אל בית המשפט כדי שזה יוכל לעשות משפט צדק. אשר לסעיף בחוזה הקובע כי לא ניתן להשתמש בחוזה לכל מטרה שהיא, לרבות הצגתו בבית משפט, נטה השופט זמיר לדעה כי סעיף כזה נוגד את תקנת הציבור ולפיכך הריהו בטל. עם זאת הוא לא מיהר לקבוע את בטלות הסעיף, שכן התקבל על דעתו שיש להיזהר מאוד בכיטול חוזה מחמת היותו סותר את תקנת הציבור. מכיוון שיתכן לומר שהסעיף הנדון אינו מונע תביעת מזונות אלא אך מונע הסתמכות על החוזה, העדיף השופט זמיר להניח כי החוזה אינו בטל, אלא שאכיפתו (כלומר: אי-הצגתו בפני בית המשפט) תהא "בלתי-צודקת", כאמור בסעיף 3(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971. בקובעו זאת פסק בית המשפט כי שיעור המזונות לתקופה הנדונה יהא בהתאם לקביעתם של הצדדים בהסכם ביניהם.

מהמסמך שנערך בפרשה זו עולה כוונת הצדדים, בלשון שאין ברורה ומפורשת הימנה, כי ההסכם לא יהווה חוזה מחייב. בית המשפט התעלם מכוונתם, סילף את רצונם כפי שבא לידי ביטוי בהסכם, וקבע כי מדובר בחוזה לכל דבר ועניין. כמו בפרשת גרדוס, גם כאן הסיבה לכך הייתה הרצון להגן על הצד החלש – האשה והילדים; אולם, פסק דינו של השופט זמיר בפרשת לוין חותר תחת עצם המוסד של הסכם שבכבוד, המבוסס על רצון הצדדים ומסתמך על סנקציות לבר-משפטיות, וספק אם הוא מיטיב עם כלל הנשים שעלולות להתגרש בעתיד ועם הגב' לוין בפרט.⁵⁶

בפסק דינה, כלל לא התייחסה לטענתה של גב' גרדוס כי מעולם לא היה ברצונה להתקשר בחוזה מחייב.

55 עניין לוין, הערה 47 לעיל.

56 ראו גם שורת, הערה 51 לעיל, בעמ' 664-665.

לגיטימיות ההתערבות השיפוטית בהסכם שבין בני הזוג לזין מותנית בפערי הכוחות והמידע ביניהם ובאופייה של מערכת היחסים שניהלו בזמן שהסכימו על הסכם המזונות. בני הזוג לזין עמדו לפני פרידה וסיום קשר הנישואין ביניהם. פסק הדין אינו מפרט את האופן שבו התנהלו היחסים בין הצדדים בעת שהחליטו על הסכם המזונות, אך עם זאת ברור כי – שלא כמו במערכת יחסים בין בני זוג החיים יחדיו ומתעתדים להמשיך ולנהל את חייהם המשותפים יחד – יחסים שעומדים להסתיים אינם מאופיינים באפשרות ל"משחק חוזר". במרבית המקרים משמעות הגירושין היא כי המבטיח, שהוא בדרך כלל הגבר, לא נמצא תחת האיום כי ביום מן הימים תוכל האשה להשיב לו כגמולו על אי קיום הבטחתו. בדומה, הגבר אינו חושש מפני פגיעה במוניטין שלו ואינו שואף לשמור על יחסים נעימים ועל אווירה טובה, שכן הוא מתעתד לפרוש מן הקבוצה הקטנה שלהם. עם זאת ניתן לומר, כי מר לזין נשאר קשור ל"קבוצה הקטנה" שלו ושל מרת לזין: ילדיהם המשותפים של בני הזוג נותרו, כשהיו, "חברים בקבוצתו"; החשש מפני אכזבת הילדים והרצון לשמור על שמו הטוב ועל אמינותו בפניהם, כמו גם על אופייה הנינוח של מערכת היחסים ביניהם, היו יכולים להרתיע את מר לזין מהפרת התחייבותו, גם אם היא נעדרת תוקף משפטי מחייב. יתרה מזאת: מהעובדות העולות מפסק הדין נראה כי דווקא מרת לזין היתה זו שגרמה לעיכובים בהליך הגירושין, ובתגובה לכך החליט מר לזין להפסיק ולשאת בתשלומי המזונות הגבוהים שהוסכמו ביניהם. מכאן שבידי מרת לזין היו דרכים שבאמצעותן יכלה להשפיע על מר לזין ולכוון את התנהגותו.

פסק הדין אינו מספר הרבה על פערי הכוחות והמידע בין בני הזוג בעת ההסכמה למזונות. אנו יודעים כי בני הזוג הפקידו את ההסכם בידיה של עורכת דין. מכאן ניתן אולי ללמוד ששניהם יכלו להעריך נכון, בעזרתה של עורכת הדין, את גודל הסיכון הטמון בהתקשרות שאינה כובלת מבחינה משפטית. הגם שגברת לזין ידעה – או לפחות יכולה היתה לדעת – את המחיר הכרוך בכך, היא הסכימה במפורש להתנאה על תוקפו המשפטי של ההסכם. מכל הטעמים האלה, ובעיקר בהתחשב בערך החשוב של חופש החוזים והחופש מחוזים, היה מקום להכיר בכוחם של הצדדים להוציא את ההסכם שביניהם מתחום דיני החוזים. מנגד, הסכמתה של מרת לזין יכלה להיחשב הסכמה חופשית רק אם בשעת ההתקשרות היו בידיה חלופות ממשיות אחרות. אם לא היה בכוחה להתנגד להוראה בדבר אי-שפיטותו של ההסכם, ראוי שמר לזין יישא בנזקים שנגרמו לה בעקבות הסתמכותה על ההבטחה.

שאלת חבותו של מר לזין בגין יצירתו של מצג טווארשלני – הלא הוא המצג שלפיו בכונתו לשאת בתשלום המזונות בשיעור שהוסכם ביניהם – צריך שתוכרע בהתחשב במכלול הנסיבות האופפות את יחסי הצדדים. בפסק הדין אין די פרטים כדי לעמוד על אופייה של מערכת היחסים בין בני הזוג, ולכן לא ניתן לומר אם הסלת אחריות נזיקית על מר לזין היא ראויה בנסיבות העניין.⁵⁷

57 אילו קבע בית המשפט את אחריות הנזיקית של מר לזין היה עליו לזון סגנות השונות. גם הסעה כזו צריכה להיות מושתתת על האופן שבו קודא בית המשפט את יחסי הצדדים ואת פערי

בפסק הדין בעניין לויין קבע השופט זמיר כי אכיפת התניה המונעת גישה לערכאות אינה צודקת, ולכן נפסקו למרת לויין מזונות בשיעור שהוסכם עליו בין הצדדים. אילו נבחנה הסיטואציה באספקלריה של דיני הנזיקין והייתה מוכרת אחריותו של מר לויין למצג שווא רשלני, הייתה מרת לויין זוכה לפיצוי בגין נזקי ההסתמכות שנגרמו (אם נגרמו) לה כתוצאה ממצג השווא שיצר מר לויין. בדרך זו לא היה נפגע הערך החשוב של חופש ההתנאה ומתן כבוד להתחייבויות הצדדים, ועם זאת היה מוגשם הערך של הגנת האשה כצד חלש להתקשרות.

(ב) מתנות בין קרובי משפחה

(1) כללי

פסקי דין רבים בנושא המתנה עוסקים במתנות בין קרובי משפחה.⁵⁸ הדבר מובן: בדרך כלל ומטבע הדברים בוחר אדם להיטיב עם קרוביו ולהעניק מתנות להם ולא לזרים. במשפט הישראלי מתנה היא חוזה. סעיף 2 לחוק המתנה קובע: "מתנה נגמרת בהקניית דבר המתנה על ידי הנותן למקבל תוך הסכמה ביניהם שהדבר ניתן במתנה". חוזה המתנה, ככל חוזה במשפטנו, משתכלל בדרך של הצעה וקיבול. כדברי פרופ' ראבילו בספרו על המתנה: המתנה היא עסקה דו-צדדית הדורשת מפגש רצונות, הצהרת רצון של המציע וזו של הניצע.⁵⁹ בנושאים שלא הוסדרו על ידי חוק המתנה חל על חוזה מתנה דין החוזים הכללי, על עקרונותיו וכלליו. ברור אפוא שגם חוזה מתנה, ככל חוזה אחר, טעון במשפטנו כוונה ליצור יחסים משפטיים, גם אם יחסים משפטיים מסוג מיוחד. מפסקי הדין הדנים במתנות נעדר בדרך כלל דיון בשאלת הכוונה ליצור יחסים משפטיים.

(2) פרשת ברקוביץ נ' קלימר⁶⁰

בפרשה זו עשו הצדדים חוזה מתנה, לפיו נתנה אם לבתה ולחתנה סכום כסף תמורת הבטחה כי תוכל לגור עמם כל ימי חייה. לאחר פטירת הבת נאלצה האם לעזוב את הבית, ותבעה מחתנה את השבת הכסף שנתנה לבני הזוג. השופט ברק קבע כי חוזה המתנה שנעשה בין הצדדים הוא חוזה מתנה על תנאי מפסיק, הוא התנאי שהאם תוסיף לגור

הכח והמידע ביניהם. בהעדר פריטים אדות טיבה של מערכת היחסים של בני הזוג לויין, לא ניתן לומר גם בהקשר זה מהי ההכרעה השיפוטית הראויה.

58 להסכמי מתנה בין בני משפחה ראו פסק הדין בעניין גייגר, הערה 48 לעיל, שבו נדון מקרה של אב שנתן לבנו במתנה את חלקו בבית המגורים; ע"א 1284/92 רחם ג' רחם, פ"ד מט(5) 257, שבו נדונה העבדת זכות חכידה בלתי-רשומה בויליה מאב לבנו ללא תמורה; וכן: ע"א 343/87 פרי ג' פרי, פ"ד מד(2) 154; ע"א 5187/91 מקסימוב ג' מקסימוב, פ"ד מז(3) 177; בג"צ 609/92 בשם ג' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד מז(3) 288, שבו נדונה הענקת מחצית הדירה על ידי בעל לאשתו.

59 מרדכי אלפרדו ראבילו, חוק המתנה, תשכ"ח-1968 35 ואילך (מהחורה שנייה, תשנ"ז).

60 ע"א 495/80 ברקוביץ נ' קלימר, פ"ד לו(4) 57.

בדירה. לפי תנאי זה יפסיק חוזה המתנה להתקיים אם תימנע מהאם האפשרות לגור בדירה. משכך אירע והאם נאלצה לעזוב את הבית, חדל החוזה להתקיים ולפיכך על החתן להשיב לאם את סכום הכסף שניתן במתנה.

השופט ברק אינו מעלה כלל את האפשרות שמפאת הרקע המשפחתי והקרבה בין הצדדים אין מדובר בחוזה מחייב אלא בהסכם שבכבוד. הוא קובע, חד וחלק, כי השאלה הדורשת הכרעה אינה אם בין הצדדים נעשה חוזה או ניתנה מתנה כי לדידו "פשיטא שבין הצדדים נעשה חוזה".⁶¹ קביעה זו של השופט ברק נובעת בוודאי מרצונו לעשות צדק בנסיבות העניין – להגן על הצד החלש להסכם ולהשיב לקדמותו מצב שבו רק צד אחד קיים את חלקו בעסקה; עם זאת, ובהנחה שהצדדים ערכו במודע הסכם שבכבוד, יש בה פגיעה בעקרון חופש ההתנאה.

אם אכן ניתן לראות את התנהגותם של הצדדים בפרשה זו כמכסאת במפורש היעדר כוונה ליצירת יחסים משפטיים, ראוי היה לבחון את הסיטואציה באספקלריה של דיני הנזיקין ואף לתת סעד במסגרת דינים אלה, במקום לכפות על הצדדים להסכם את תחולתם של דיני החוזים בניגוד לרצונם.

(3) פרשת טוקאן נ' אלנששיבי⁶²

בפרשה זו חתמה דודה קשישה על יפוי-כוח בלתי-חוזר להעברת חלקת מקרקעין שבבעלותה לאחיינה תמורת ניהול ענייניה ושמירה עליה, ובשלב מאוחר חזרה בה מיפוי-כוח זה. בבית המשפט העליון נתן השופט בכך דעתו לכך שמדובר בהתקשרות בין קרובי משפחה. בהתקשרויות כאלה, אמר השופט בהסתמך על פסיקה אנגלית,⁶³ נדרשת הוכחה ברורה על כוונת הצדדים ליצור יחסים משפטיים. מנגד, הקרבה המשפחתית בין הצדדים עשויה, לדעת השופט בכך, לפעול גם בכיוון הפוך ולאפשר ויתור על הצורך בקביעת תנאים ברורים ומפורטים לשם הבטחת המסוימות הנדרשת כדי שהצעה תהפוך לתווה. במקרה זה חלק על השופט בכך שהשופט מצא, שלא היה נכון להשלים פרטים חסרים מכוח קרבת המשפחה בין הצדדים.

חרף העובדה שבפרשה זו דובר בהסכם בין קרובי משפחה (דודה ואחיינה), לא עלתה כלל הטענה כי ההסכם אינו מחייב משפטית בהיותו הסכם שבכבוד גרידא. נהפוך הוא: כל אחד משלושת השופטים שישבו לדין הניח קיומה של כוונה ליצור יחסים משפטיים אך גם חיפש – ומצא – דרך משפטית להגן על הדודה הקשישה: השופט בכך קבע כי יפוי-הכוח, שיצר התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, בוטל כדין; השופט מצא קבע כי מחמת היעדר מסוימות לא נוצר חוזה מחייב בין הצדדים; ואילו השופטת נתניהו קבעה כי מדובר בהתחייבות למתנה שהגותנת רשאית הייתה לחזור ממנה.

61 ראו שם, בעמ' 61. קביעות דומות בפסיקה האנגלו-אמריקנית זכו לביקורת על כך שהן מושתתות על שיקולי מדיניות ולא על הצהרה של רצון הצדדים להסכם: ראו Hedley, הערה 7 לעיל.

62 ע"א 380/88 טוקאן נ' אלנששיבי, פ"ד כה(5) 410.

63 *Jones v. Padavatton*, [1969] 2 All E.R. 616 (C.A.).

בחינה של התנהגות הצדדים ושל הצהרות הרצון שלהם בעת ההתקשרות יכולה הייתה להוביל למסקנה כי הצדדים לא התכוונו כלל לכונן ביניהם חוזה מחייב מבחינה משפטית.⁶⁴ עם זאת, הדרך הנכונה והראויה להתמודד עם הסוגייה הייתה במסגרת דיני הנזיקין ולא במסגרת דיני החוזים.

(ג) הבטחות נישואין

(1) כללי

חרף הסתייגויות – משפטיות ומוראליות – מן העילה של הפרת הבטחת נישואין, נזקק לעתים בית המשפט לעילה זו ומאחסן אותה במסגרת חוזית.⁶⁵ זאת, על אף שבמרבית המקרים נראה שבני הזוג המאורסים אינם רואים את עצמם כבולים מבחינה משפטית, גם אם הם חשים מחויבים זה לזה מבחינות חברתיות או מוסריות.

המשפט הישראלי – בדומה למשפט האנגלי – רואה בהבטחת נישואין הבטחה מחייבת ובעלת תוקף משפטי-חוזי, אם כי תוצאות הפרתה אינן זהות לתוצאות הפרתו של חוזה, אלא מוגבלות לפיצויי הסתמכות והשבה⁶⁶ שהן – כמבואר לעיל – תרופות נזיקיות באופיין. נראה, כי התבוננות נזיקית על מערכות היחסים בין צדדים להסכמי אירוסין היא ראויה יותר מההתבוננות החוזית, ויש לאמצה לא רק בסיטואציות המתאימות לעולות התרמית כמו בפרשת נתן נ' עבדאללה⁶⁷ שתידון בסמוך, אלא גם לגבי סיטואציות שבהן המצג שיצר המפר היה רשלני בלבד.

(2) פרשת נתן נ' עבדאללה

בפרשת נתן נ' עבדאללה הפעיל בית המשפט את עולות התרמית כדי להטיל אחריות בגין הפרת הבטחת נישואין, וזאת משום שהעילה החוזית לא יכלה לעמוד, בהיות ההסכם בין הצדדים הסכם בלתי מוסרי ולכן בטל.

מר עבדאללה, עשיר מופלג, היה נשוי לבת דודתה של גברת נתן. בהיות גברת נתן בת 20 ומר עבדאללה בן 50 הבטיח הוא לה לשאתה לאשה עם גירושו מאשתו הנוכחית,

64 בהקשר זה מעניין לציין את קביעתו של בית המשפט המחוזי, שלפיה לא ברור אם הבינה הקשישה על מה היא חתמת כשתמנה על ייפוי הכוח הראשון. מכאן, שגם אם באופן עקיפני יכולה התיימה על ייפוי כוח להעיד על כוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים, הרי שבנסיבות הנדונות, על פי גרסת בית המשפט המחוזי, אין לדעת אם בזמן התיימה הבינה הועתמת את משמעות המשפטית של ייפוי הכוח. לעומת זאת קבע בית המשפט העליון, כי במקרה דנן לא הונחה תשתית ראייתית מספקת למסקנה כי הקשישה חתמה על ייפוי הכוח מבלי להבין את משמעותו.

65 לדיון כללי בהבטחות נישואין ראו פנחס שיפמן, דיני משפחה א 220 (מהדורה שנייה, תשנ"ה); וכן פנחס שיפמן, "הבטחת נישואין – חוזה מחייב?", משפטים יג 104 (תשמ"ג).

66 ראו, לדוגמה, ע"א 647/89 שיפברג נ' אבטליון, פ"ד מו(2) 169, 174.

67 עניין נתן, הערה 30 לעיל, בעמ' 473.

והחל לקיים עמה יחסי אישות. בתום שבע שנים ליחסייהם ניתק מר עבדאללה את יחסי עם גברת נתן וזו תבעה אותו בגין הפרת הבטחת נישואין ובגין עוולת התרמית. ההלכה ששררה באותה עת לגבי הפרת הבטחת נישואין הייתה כלהלן: אם ביום הבטחת הנישואין היו היחסים בין המבטיח ובת זוגתו הנוכחית תקינים, תיחשב ההבטחה כבלתי מוסרית או בלתי חוקית ולכן בטלה; רק אם בעת ההבטחה היו יחסי המבטיח עם רעייתו במשבר תוכל מקבלת ההבטחה לתבוע פיצויים בשל הפרתה. בפרשה זו לא הוכח כי יחסי מר עבדאללה ואשתו היו במשבר בעת מתן ההבטחה, ועל כן לא ניתן היה להעניק לתובעת סעד בגין העילה החוזית של הפרת הבטחת נישואין. עם זאת קבע בית המשפט העליון (בדעת רוב), כי מר עבדאללה חב באחריות בנוזקין מכוח עוולת התרמית, שכן מלכתחילה לא חשב להתגרש מאשתו ומניע ההבטחות שהבטיח לגברת נתן היה רצונו לקנות את לכה ואת גופה.⁶⁸

פנייתו של בית המשפט אל העילה הנוזיקית נבעה מהרצון לעשות צדק עם התובעת ולא דווקא מהרצון להגן על עקרון חופש החוזים ועל חירותם של צדדים להתקשר במערכת יחסים חוץ-משפטית. עם זאת, פסק הדין הוא בעל משמעות לענייננו משום שהוכרה בו, על אף היעדר העילה החוזית, האפשרות לתבוע במסגרת עוולת התרמית בגין מצג שווא שתוכנו כוונה לקיים בעתיד את ההבטחה שניתנה.

(ד) הסכם בין בני זוג לתהליך הפריה (פרשת נחמני)⁶⁹

בין בני הזוג נחמני, בעודם נשואים וכשהאהבה שורה ביניהם, נעשה הסכם להשתתפות בתהליך של הפריה חוץ-גופית. לאחר שנפרדו התנגד הבעל להמשך תהליך ההפריה ולהשתלת הביציות – שהוצאו מגוף האשה והופרו בורעו של הבעל – ברחמה של פונדקאית. האשה עתרה לבית המשפט בבקשה שיורה לבית החולים להמשיך את תהליך ההשתלה של הביציות חרף התנגדות הבעל. העניין נדון תחילה בבית המשפט המחוזי, לאחר מכן בערעור לבית המשפט העליון בהרכב של חמישה שופטים, ולבסוף בבית המשפט העליון בהליך של דיון נוסף, בהרכב של 11 שופטים.

פסקי הדין שניתנו בפרשה זו מעוררים שאלות מורכבות ומרתקות רבות. אנו נדון כאן רק באחת מהן: שאלת תוקפה ומשמעותה של הסכמת בני הזוג להליך ההפריה החוץ-גופית. בשאלה זו נחלקו דעותיהן של השופטות שדנו בעניין: השופטת טובה שטרסברג-כהן והשופטת דליה דורנר. השופטת שטרסברג-כהן, שכתבה את דעת הרוב בערעור האזרחי, ולאחר מכן הפכה לחלק מסופטי המיעוט בדיון הנוסף, מעמיקה חקר במשמעות ההסכמה בין בני הזוג נחמני. בהסכמה זו, המצויה במחוזות הנפש, רואה השופטת בסיס להסכם משפטי שנוצר כדבעי ולכן הוא מחייב ויש לכבדו, אולם הוא איננו חוזה מושלם

68 השופט מני קבע בדעת מיעוט כי פסחם שלא ניתן לתבוע את מר עבדאללה מכוח העילה החוזית של הפרת הבטחת נישואין, נשמטת הקרקע גם מתחת לתביעה הנוזיקית.

69 ה"פ (חי') 599/92 נחמני נ' נחמני, פ"מ תשב"ד (1) 142; ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (להלן: ע"א נחמני); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661 (להלן: דנ"א נחמני).

אלא "הסכם רופף", ותחולת דיני החוזים עליו היא מתואמת וגמישה ולא דווקנית וצרה. בכך, לדעתה, דומה הסכם כזה להבטחת נישואין ולהסכם פוליטי.⁷⁰ כתוצאה מפניית ההזירה לדין החוזים מגיעה השופטת שטרסברג-כהן למסקנה כי לא ניתן לאכוף את הליך הפונדקאות בין בני הזוג, הן מחמת התמוטטות תשתית ההסכם והן מחמת תחולת החריגים לכלל האכיפה.⁷¹ לעומתה קבעה השופטת דורנר בדיון הנוסף כי הסכם בעניין הולדת ילדים אינו חוזה כלל ועיקר. חזקה על בני זוג שאינם מעוניינים להחיל את דיני החוזים בעניינים מסוג זה, ומכל מקום, "חוזה אשר כזה נוגד את תקנת הציבור".⁷² גם השופטים האחרים שהתייחסו להסכמה בין בני הזוג להפריה החוץ-גופית נעזרו במכשירים חוזיים כדי לברר ולבאר את משמעותה של הסכמה זו. השופט תאודור אור ראה בה הסכמה מסוג מיוחד, שסעיף התחולה של חוק החוזים הכללי (סעיף 61(ב)) מאפשר לקבוע את תוכנה באמצעות כללי אומדן הדעת ופרשנות.⁷³ השופט יצחק זמיר עוד הרחיק לכת בראותו בהסכם בין בני הזוג חוזה משפטי, אם כי מסוג מיוחד, שעליו חלים דיני החוזים וכללי הפרשנות. שופטים אלה, יחד עם השופטת שטרסברג-כהן, היו בדעת מיעוט בדיון הנוסף. החלת כללי אומדן הדעת הביאה אותם למסקנה כי הסכמת בני הזוג להמשך התהליך נדרשת בכל שלב ושלב לאורך ההפריה החוץ-גופית.⁷⁴

לענייננו יש לציין כי אף אחד משופטי המיעוט, שהגיעו למסקנה שיש לדחות את תביעתה של האשה להמשך תהליך ההפריה, לא עשה שימוש בדוקטרינה של הסכמים שבכבוד. בדוקטרינה זו נעשה לרוב שימוש כדי לדחות תביעות של בני משפחה כנגד קרוביהם בנושאים אישיים ואינטימיים מהסוג הנדון, מן הטעם שהבטחות והסכמות בתוך המשפחה אינן מלוות בדרך כלל בכוונה ליצור יחסים משפטיים. מפתיע כי טענה זו או דומה לה לא עלתה כלל בפרשת נחמני.⁷⁵ מכאן, שגם אותם שופטים שדנו בפרשה במסגרות חוזיות או דומות לחוזיות, הניחו מראש את קיומה של כוונה ליצור קשר משפטי מחייב, והשאלה שהעסיקה אותם הייתה כיצד להימנע מאכיפת ההסכם בין בני הזוג, נוכח שינוי רצונו של אחד מהם בהמשך הדרך.⁷⁶

70 ע"א נחמני, הערה 69 לעיל בעמ' 509-510; דנ"א נחמני, הערה 69 לעיל, בעמ' 686-687.

71 ע"א נחמני, הערה 69 לעיל, בעמ' 511-516; דנ"א נחמני, הערה 69 לעיל, בעמ' 687.

72 שם, בעמ' 713.

73 שם, בעמ' 764-769.

74 השופט צבי טל, שהיה במיעוט בערעור הארזי אך הפך לטופס שזולך את דעת הרוב בדיון הנוסף, אינו עושה שימוש במוסד החוזה כדי לאכוף על הבעל את הסכמתו הראשונית, אלא במוסד ההשתק מכוח הבטחה. מוסד זה משקף את הגישה האובייקטיבית להבטחות, שכן אחד מיסודותיו הוא סבירות ההסתמכות (ע"א נחמני, הערה 69 לעיל, בעמ' 528; דנ"א נחמני, הערה 69 לעיל, בעמ' 699).

75 אך ראו דפנה בריק-ארז, 'על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני', עיתון משפט כ 197, 211 (תשנ"ו).

76 גם פרופ' חיים גנו סבור כי ההסכם בין בני הזוג נחמני אינו צריך להיות אכיף, אם כי מטעמים שונים ובעיקר בשל אופייה של המעורבות הנפשית והרגשית שתתבע האכיפה ממד נחמני, כמו

(ה) קבלת חברים לקיבוץ

אורח החיים הקיבוצי מיוחד למדינת ישראל. הקיבוץ מהווה מסגרת חברתית-כלכלית, המשולה למשפחה מורחבת או לשבט.⁷⁷ יחסי החברים בקיבוץ הם במהותם חוזיים, ותנאיהם מוסדרים בתקנון של אגודה שיתופית,⁷⁸ שתוקפו חוזי ומחייב. מבחינה זו נמצאים יחסים אלה בתווך, בין יחסי משפחה אינטימיים לבין יחסי מסחר מגוכחים. מחלוקות וסכסוכים בין בני הקיבוץ עשויים להגיע לדיון ולבירור משפטי. כך, למשל, באחת הפרשות שהגיעו לדיון משפטי⁷⁹ הבטיח מזכיר הקיבוץ לבת של חברי קיבוץ כי תקבל כחברה לקיבוץ, אולם לאחר מכן נערכה הצבעה באסיפה הכללית של חברי הקיבוץ ולא היה רוב מיוחס לקבלת המועמדת כחברה. בפני בית המשפט המחוזי בנצרת נדונה שאלת תוקפה של החלטת האסיפה נוכח העובדה כי תיקון התקנון, הדורש רוב מיוחס להחלטה בדבר קבלת חברים, לא נעשה בהתאם לפקודת האגודות השיתופיות. התביעה נתקבלה, ובית המשפט קבע כי השינוי בתקנון, הדורש רוב מיוחס לקבלת בנים כחברים, לא נרשם אצל רשם האגודות השיתופיות, ולפיכך די היה ברוב רגיל של המשתתפים בהצבעה כדי לקבל את התובעת כחברה.⁸⁰ בית המשפט אכף לפיכך את ההבטחה שנתן מזכיר הקיבוץ תוך שימוש בנימוק הטכני של אי-רישום השינוי אצל הרשם, וזאת מבלי שנוקם כלל לשאלת תוקפה המשפטי של ההבטחה או לשאלת קיומה או העדרה של כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.

3. הסכמים פוליטיים

הסכמים פוליטיים הם הסכמים בין מפלגות או סיעות פוליטיות, המסדירים עניינים פוליטיים.⁸¹ הסכם פוליטי מובהק הוא הסכם קואליציוני: בהסכם כזה, הנעשה לרוב

גם בשל הנוק הגדול שעלול להיגרם לו בנינה. ראו חיים גנו, "העוברים המקפאים של בני הזוג נחמני", עיתני משפט יח 82, 93 (תשנ"ד); חיים גנו, "העוברים המקפאים של בני הזוג נחמני: תשובה לאנדר" טימור", עיתני משפט יס 453, 459 (תשנ"ה); מנגד ראו אנדר" מרמור, "העוברים המקפאים של בני הזוג נחמני: תשובה לחיים גנו", עיתני משפט יס 433, 443 (תשנ"ה). נעיר כי גם כאן, אילו נטשו הסופטים את שאלת המסגרת החוזית והתבוננו על הסיטואציה הנדונה באספקלריה נזיקת, לא הייתה שאלת האכיפה מתעוררת.

77 סמדר אוטולנגי, אגודות שיתופיות – דין תהל 167 (תשנ"ה).

78 J. Weisman, "The Kibbutz: Israel's Collective Settlement," 1 *Isr. L. Rev.* 99, 115 (1966).

79 ת"א (נצ) 1289/86 ספרד ג' קיבוץ גזית, פ"ב תשמ"ט (3) 418.

80 ראו גם אוטולנגי, הערה 77 לעיל, בעמ' 227 ואילך.

81 ראו יצחק זמיר, "חיים פוליטיים", סתך ספר לנחדי ב 779, 782-779 (בעריכת אהרן ברק ואלינער מוח, תשנ"ה). כן ראו בג"צ 313/67 אקסלרוד ג' שר והתת, פ"ד כב(1) 80, 83.

לאחר בחירות, מסכימות כמה מפלגות על שיתוף פעולה ביניהן להקמת קואליציה.⁸² כיוון שמעולם לא זכתה מפלגה בישראל ברוב מוחלט בכנסת, היו הסכמים פוליטיים הכרחיים מאז ומתמיד כדי להקים ממשלת קואליציה.⁸³ עם זאת, עד למשבר הפוליטי של 1990, שבו הניעו שתי המפלגות הגדולות "עריקים" לתצות את הקווים" תמורת טובות הנאה אישיות⁸⁴ (ושתואר על ידי השופט אלון "ליקוי מאורות פוליטי"⁸⁵), לא הובאו כמעט הסכמים פוליטיים בפני בית המשפט. הדעה הרווחת⁸⁶ הייתה כי ההסכם הפוליטי אינו הסכם משפטי אלא הסכם ג'נטלמני, בלתי-שפיטי, שאינו מקנה זכויות או חובות במישור המשפטי.⁸⁷

דעה זו הופרכה בפרשת רובין נ' בדג, ⁸⁸ שבה בחן בית המשפט העליון את תוקפם המשפטי של הסכמים שנערכו בין סיעות שהתמודדו בבחירות ללשכת עורכי הדין. כנגד ההשקפה הרואה הסכמים כאלה כהסכמים שבכבוד, בלתי-מחייבים, הציג השופט ברק את השקפתו כי הסכמים כאלה הם שפיטים ונתונים לביקורת שיפוטית.

גמירת הדעת השיפוטית של צדדים להסכמים פוליטיים היא, לדעת השופט ברק, לראות את עצמם כעורכים חוזה מחוץ לגדר המשפט הפרטי.⁸⁹ עם זאת, לדעתו יש לפרוש על הסכמים פוליטיים את הביקורת השיפוטית, בלא קשר הכרחי לרצונם או לגמירת דעתם של הצדדים.⁹⁰

את השקפתו בדבר המערכת הנורמטיבית שצריכה לחול על הסכמים פוליטיים הרחיב השופט ברק בפרשת ז'דובסקי, תוך יישומה על הסכם קואליציוני מובהק – הלא הוא ההסכם שנכרת בפרשה זו בין סיעת הליכוד לבין הסיעה לקידום הרעיון הציוני. השופט ברק השווה בין הסכם פוליטי לבין הסכמים חברתיים (כגון הסכם לארוחת ערב או הליכה לתיאטרון) שחוקי החוזים לא חלים עליהם, מפאת היעדר כוונה ליצור יחסים משפטיים.⁹¹ יחד עם זאת קבע כי בניגוד להסכמים שבכבוד שעליהם חולש רצון הצדדים, הרי

82 ראו אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטитуציוני של מדינת ישראל א 606 (מהדורה חמישית, 1997).

83 ראו יצחק זמיר, "משפט ופוליטיקה", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 209, 219 (בעדרכת יצחק זמיר, תשנ"ג).

84 רובינשטיין, הערה 82 לעיל.

85 בג"צ ז'דובסקי, הערה 44 לעיל, בעמ' 758.

86 לדעת אודות ראו מאמרי 'הסכמים פוליטיים', עיוני משפט טז 215, 216–219 (תשנ"ב).

87 ראו זמיר, הערה 81 לעיל, בעמ' 782; בג"צ אקסלרוד, הערה 81 לעיל, בעמ' 83.

88 בג"צ 669/86 רובין נ' בדג, פ"ד מא(1) 73.

89 כדבריו: "לכאורה גמירת דעתם השיפוטית של צדדים להסכמים כמו אלה שלפנינו אינה לראות עצמם קשורים במערכת דינים (ראשוניים ומשניים) מתחום המשפט הפרטי". שם, בעמ' 77.

90 ראו דברי השופט ברק, שם, בעמ' 78: "ראוי הוא שלא לזותיד חוזים אלה מחוץ להסדר המשפטי של הדין ומחוץ לפיקוח השיפוט של בית המשפט. הפיכתו של ההסכם הציבורי ללא שפיטי, טופו התנכרות הצדדים לו ולהסכמתם, והתנכרות זו סופה שהיא פוגעת באמון הציבור במערכת השלטון. תוצאה זו יש למנוע".

91 בג"צ ז'דובסקי, הערה 44 לעיל, בעמ' 836, 837.

שבהסכמים פוליטיים תחולת המשפט אינה מותנית ברצון הצדדים, והמשפט הציבורי יחול על הסכם פוליטי אפילו ביטאו הצדדים לו כוונה מפורשת נוגדת (אם כי ייתכן שביטוי המשפט יחליט ליתן תוקף לרצונם של הצדדים ולא יתערב). במקרה כזה קיימת – אליבא דברק – שפיטות נורמטיבית ואין קיימת שפיטות מוסדית.⁹²

דעתו של השופט ברק, על רבדיה השונים, בדבר שפיטותו, תוקפו וכפיפותו של ההסכם הפוליטי למשפט הציבורי, הפכה לדעה המקובלת בפסיקה. חרף המחלוקת העמוקה שהשתקפה בפסק הדין בענין ז'רדיבסקי בין השופטים ברק לאלון, מסכים למעשה השופט אלון לכך שההסכם הפוליטי הוא שפיט, תקף ומחייב, וכי חל עליו המשפט הציבורי.⁹³ ההשקפה כי הסכם פוליטי הוא תקף ומחייב במסגרת המשפט הציבורי ומצוי בתחום הפיקוח השיפוטי התקבלה באורח עקרוני גם על דעת רוב השופטים שדנו בהסכמים הפוליטיים.⁹⁴ לאחרונה הביע השופט זמיר דעה שונה שלפיה דומה ההסכם הפוליטי לחוזה רשות, וגם הוא נשלט על ידי דואליות נורמטיבית.⁹⁵

דעות שונות הושמעו גם בספרות המשפטית. פרופ' נילי כהן הביעה את הדעה שהסכמים פוליטיים אינם תוזים ולכן אינם שפיטים במשפט הפרטי, וכן שאין להם תוקף במשפט הציבורי.⁹⁶ פרופ' יצחק זמיר נאות לראות הסכמים פוליטיים כחוזים ולהתחשב במידה מסוימת בכוונת הצדדים להם, אך קבע כי בדרך כלל אין הצדדים להסכם פוליטי מבקשים ליצור הסכם משפטי, ולפיכך חזקה משפטית היא שאין תוקף להסכם פוליטי והטוען אחרת עליו הראיה.⁹⁷

אשר לדעתי, אין לי אלא לחזור בקצרה על השקפתי לגבי הסכמים פוליטיים.⁹⁸ לדעתי הסכמים כאלה, בדומה להסכמים חברתיים, עשויים להפוך לתוזים מכוח כוונת הצדדים להם. אין לדעתי מקום לקביעת כלל ברזל, ואף לא חזקה, לגבי קיומה או היעדרה של כוונה ליצור יחסים משפטיים בהסכמים פוליטיים. שאלת קיומה של כוונה ליצירת יחסים משפטיים היא תמיד שאלה עובדתית, שהפתרון לה טמון בלשון ההסכם, במהות ההסכם

92 שם, בעמ' 856.

93 אם כי השופט אלון תולק על השופט ברק בשאלת מידת השפיטות של ההסכם הפוליטי, בשאלת מקור תוקפו של ההסכם הפוליטי ובעניינים רבים אחרים.

94 זו הייתה עמדתם של הסופטים שמגר, גולדברג ואוד בבג"צ 5364/94 ולגר נ' מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758. באותו פסק דין הטביע השופט חשין עמדה מנוגדת, שלפיה אין הוא מכיר בשפיטות ואף לא במשפטיותו של ההסכם הפוליטי. דעה דומה הביע הנשיא שמגר גם בבג"צ 1601/90 שליש נ' פרס, פ"ד מד(3) 353; כן ראו דעת השופט מצא בבג"צ 4248/91 נתגזון נ' רום, פ"ד מז(2) 194, 198, שם הוא נמנע מהקביעה כי הסכמים פוליטיים הם שפיטים. בבג"צ 2285/93 נחתם נ' לב, פ"ד מז(5) 630, 644-645, נמנע השופט זמיר מדיון ישיר בשאלה זו טבח הסכמת הצדדים.

95 ע"א 6490/97 אלחג' נ' אבו עקל, פ"ד נג(2) 49, 55-56.

96 נילי כהן, "ההסכם הפוליטי", המשפט א 59, 71, 74 (1993).

97 ראו זמיר, הערה 81 לעיל, בעמ' 785-786.

98 ראו שלו, הערה 86 לעיל.

וברקעו הכלכלי, החברתי והפוליטי. מכאן גם שלדעתי יש להסכם פוליטי תוקף משפטי, אלא אם מסתברת בעליל כוונת הצדדים שלא להעניק לו תוקף כזה.⁹⁹ בשאלת הדין החל על ההסכם הפוליטי אני סבורה כי הדין שצריך לחול על הסכמים פוליטיים הוא – בדומה לדין החל על חווי"רשות – קודם כל דיני החוזים הכלליים, ונוסף עליהם ולצדם הלכות מיוחדות ודינים מיוחדים שיותאמו להסכמים הפוליטיים.¹⁰⁰

דעתו של השופט ברק בדבר שפיטותו ותוקפו המחייב של ההסכם הפוליטי, בלא כל קשר לכוונת הצדדים, נובעת מהשקפת העולם המשפטית שלו בדבר השפיטות הכוללת. לדעת השופט ברק חל המשפט הציבורי על הסכם פוליטי, גם אם הצדדים ביטאו כוונה מפורשת שלא לכפות אותו לנורמות משפטיות. אומנם ייתכן שבית המשפט יחליט שלא להתערב בהסכם פוליטי, אולם אז תהא הימנעות זו מבוססת על היעדר שפיטות מוסדית ולא על היעדר שפיטות נורמטיבית.¹⁰¹ מכאן שגם כאשר מחליט בית המשפט כנגד התערבות בהסכם פוליטי, אין הדבר נובע מהכרת בית המשפט בתוקף רצונותיהם וכוונתם של הצדדים להסכם הפוליטי. כלשון השופט ברק בפסק דין מאוחר לפרשת זרד'בסקי: "המשפט קובע את החופש מהמשפט".¹⁰²

גישת השופט ברק מתעלמת אפוא מכוונתם של הצדדים להסכם פוליטי, בין אם כוונתם היא ליצור יחסים משפטיים מחייבים ולכפות את מערכת יחסיהם לנורמות משפטיות, ובין אם כוונתם היא לא ליצור יחסים משפטיים מחייבים ולהימנע מתחולת המשפט הפרטי על ההסכם שלהם. גישה זו ניתן אומנם לבסס, כפי שעשה השופט ברק, במסגרת המשפט הציבורי-קוננטי, שאינו מייחס חשיבות רבה לרצון הצדדים – בוודאי לא לרצונם בעניין הדין שיחול או לא יחול על יחסיהם – ונקודת המוצא שלו שונה לחלוטין מזו של המשפט הפרטי. לעומת זאת, הכרה בחוזיות התופעה של הסכמים פוליטיים, כגישתו של פרופ' יצחק זמיר במאמרו על חוזים פוליטיים וכגישה שלי, מחייבת התחשבות בכוונת הצדדים גם בקשר לתחולתן של הנורמות החוזיות על היחסים ביניהם, שכן נורמות אלה שואבות את כוחן ותוקפן מהסכמתם של הצדדים.

4. הסדרים קיבוציים

גם במסגרת דיני העבודה התעוררה שאלת הכוונה להתקשר – או לא להתקשר – בקשר חוזי מחייב ואכיף, וזאת בנושא ההסדרים הקיבוציים, המצוי בתחום יחסי העבודה. הסכם קיבוצי – להבדיל מהסדר קיבוצי – הוא הסכם בין מעביד או ארגון מעבידים לבין ארגון עובדים יציג, שעניינו קבלה לעבודה, סיום העבודה, תנאי העבודה, יחסי

99 נקודת המוצא שלי שונה אפוא מנקודת המוצא של פרופ' זמיר, הגורס במאמרו, הערה 81 לעיל, בעמ' 785–786, חזקה משפטית בדבר היעדר תוקף לחוזה הפוליטי.

100 השוו זמיר, הערה 81 לעיל, בעמ' 801–802.

101 להבחנה ביניהם ראו בג'צ' רסלר, הערה 43 לעיל, ובג'צ' זרד'בסקי, הערה 44 לעיל, בעמ' 856.

102 עניין ולנר, הערה 94 לעיל, בעמ' 806.

העבודה וזכויות וחובות הצדדים להסכם.¹⁰³ להסכם קיבוצי יש תוקף משפטי מחייב, אולם הסעד בגין הפרתו מוגבל, שכן במקרים מסוימים לא ניתן לתבוע פיצויים כשל הפרתו. שני תנאים צורניים מהותיים צריכים להתקיים כדי שלמסמך מסוים יוקנה תוקף של הסכם קיבוצי, והם: כתב והגשה לרישום.

הסכם קיבוצי שאינו עונה על כל הדרישות שנקבעו בחוק הסכמים קיבוציים הוא הסדר קיבוצי.¹⁰⁴ נוסף על הגדרה שיוּרית זו הוגדר הסדר קיבוצי גם כ"מושג על", דהיינו: "כל שיטה (לאו דווקא חוזית) במסגרתה נקבעים תנאי העבודה של ציבור עובדים בדרך קיבוצית ונורמטיבית מבלי שלפרט תהיה הטפעה ישירה על תוכנה של הנורמה".¹⁰⁵ בעבר ראה בית הדין לעבודה הסדר קיבוצי, שבניגוד לכוונת הצדדים לא השתכלל להסכם קיבוצי, כבלתי אכיף וחסר נפקות משפטית, בדומה להסכם שבכבוד. בפסק דין משנת 1981 הוגדר הסדר קיבוצי כ"פיתרון לשעת דחק", בחינת "ידועה בציבור".¹⁰⁶ בפסק דין מאוחר יותר¹⁰⁷ הושווה הסדר קיבוצי להסכם שבכבוד, שאליו התייחס בית המשפט כאל הסכם שכל צד חופשי להחליט אם לכבדו או לא לכבדו.

על פי פסיקה זו, הסדר קיבוצי – בדומה להסכם שבכבוד – נחשב כבלתי אכיף ולא כחובה מחייב. מאפיין מרכזי של הסכמים שבכבוד, שהופיע גם בהקשר של הסדרים קיבוציים, הוא העובדה שהסכמים כאלה – הסכמים שבכבוד – נשענים על סנקציה חברתית וכבוד הדדי של הצדדים למילותיהם ולצד השני להסכם. לפיכך נקבע: "הסדר קולקטיבי... מקורו לא בחוק החרות ואינו אכיף על-ידי בתי המשפט. מקורו במציאות של יחסי עבודה, והמעוניינים ביחסי עבודה סדירים נוהגים לכבדו ולקיימו".¹⁰⁸ בעבר ראו אפוא הסדרים קיבוציים כמכוונים ליצור חיובים, אך לא במשמעות המשפטית אלא חיובים שבכבוד, ולכן ראו הסדרים קיבוציים כהסכמים שאכיפותם נובעת מקיום סנקציות חברתיות ולא דווקא משפטיות.¹⁰⁹ סנקציות אלה נובעות מכך שצדדים להסדרים קיבוציים הם בדרך כלל "שחקנים חוזרים", היודעים שאי כיבוד ההסכם מצידם עלול לגרום להם פגיעה חמורה יותר בעתיד, על ידי הצד השני להסכם.

עם זאת, גם בעבר היה ברור לגמרי – והדבר אף נקבע מפורשות בפסיקת בתי הדין

- 103 סעיף 1 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957.
 104 ראו לדוגמה דב"ע נא/4-4 והסתודות הכללית – המועצה לשיווק שרי החד, פד"ע כב 445, טס נקבע כי מדובר בהסדר קיבוצי, היות וההסכם לא הוגש לרישום.
 105 דב"ע 13-140/גג רחן – ורגוס, פד"ע כו 292, 295, מתוך: רות בן ישראל, 'הסכמים קיבוציים', עיוני משפט יב 457, 470 (תשמ"ט).
 106 דב"ע שס/11-4 והסתודות הכללית – לאוניט, פד"ע יב 169, 175.
 107 דב"ע נז/121-3 תעשיות אלקטרוכימיות (פרוטארום) – זל, פד"ע כז 7, 17.
 108 דב"ע לו/1-4 הטכניון נ' והסתודות הכללית, פד"ע ז 313, 327, Holmes, הערה 7 לעיל, בעמ' 769, הערה 59.
 109 השו"ב באנגליה O. Kahn-Freund, "Legal Framework," in *The System of Industrial Relations in Great Britain - Its History, Law and Institutions* 42, 57-58 (Allen Flanders & H. A. Clegg eds., 1954).

לעבודה – כי הצדדים להסדר קיבוצי יכולים להתכוון לקשר חוזי, ואם הם נותנים ביטוי לכוונתם זו, המסמך יהווה חוזה מחייב.¹¹⁰

בפסק הדין שניתן בבית המשפט העליון בפרשת מילפלדר השתנתה עמדת המשפט הישראלי כלפי הסדרים קיבוציים. נקבע כי במישור האישי מהווים הסדרים כאלה חוזים לכל דבר ועניין, ולפיכך לא ניתן לבטלם באורח חד-צדדי. בית המשפט העליון (מפי השופט ברק) קבע, כי התשובה לשאלה אם הסדר אליו הגיעו הצדדים לחוזה העבודה האישי מהווה חלק מחוזה העבודה האישי או עומד בפני עצמו, תלויה בנסיבותיו של כל מקרה.¹¹¹

גישה זו של השופט ברק מתיישבת היטב עם עמדתו העקרונית ועם המגמה הכללית של הפסיקה הישראלית להחיל את המשפט על מספר גדול והולך של מצבים. גם אם ראוי בנסיבות מסוימות – בשל פערי המידע והכוח בין עובדים למעבידיהם ובשל כישלונן של מערכות אכיפה חוץ-משפטיות להרתיע מעבידים מלהפר את התחייבויותיהם כלפי עובדיהם – להתערב במערכת היחסים בין עובד למעביד, הרי שאם ברור כי לא היתה לצדדים להסדר קיבוצי כוונה להתקשר בחוזה מחייב מבחינה משפטית, יש לכבד את כוונתם המוצהרת של הצדדים שלא להתקשר בחוזה ולפתור את הסוגיה באמצעות דינים חיצוניים לדיני החוזים.

בהיות פערי המידע והכוח בין צדדים לחוזה העבודה אינהרנטיים לעצם קיומם של יחסי עובד-מעביד, ייתכן שראוי לחשוב על הסדר תחיקתי-ספציפי שיסדיר במסגרת דיני העבודה התקשרויות רצוניות בין עובד למעביד. הסדר כזה לא יהיה הסדר חוזי, שכן הוא נועד לספל בסיטואציות שבהן קיימת כוונה מוצהרת וברורה שלא להתקשר ביחסים משפטיים.

5. חוזי הימורים

במשפט הישראלי נחשבים חוזי הימורים לחוזים תקפים אך בלתי-אכיפים. סעיף 32(א) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, קובע כי חוזי משחק הגרלה או הימור אינם עילה לאכיפה או לפיצויים.

סעיף 32(א) הנ"ל, הודן בחוזי הימורים, אינו חל על חוזי הימורים בלתי-חוקיים. חוזי הימורים כאלה, המנוגדים להוראות חוק העונשין (סעיפים 224 עד 235 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, האוסרים על משחקים אסורים הגרלות והימורים), הם חוזים בלתי-חוקיים, כמשמעותם בסעיף 30 לחוק החוזים הכללי, ועל כן הם בטלים וחל עליהם סעיף 31 לחוק זה. סעיף 32(א) גם אינו חל על חוזי משחק הגרלה והימור שהוסדרו בחוק או שלעריכתם ניתן היתר על פי חוק, והם חוזים תקפים ומותרים, שעליהם חל – מכוח סעיף 32(ב) לחוק החוזים – כל החוק.

110 עניין תעשיות אלקטרונימית, הערה 107 לעיל.

111 בג"צ 239/83 מילפלדר נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210, 217.

דיוננו כאן נסב אפוא על חווי הימורים שאינם בלתי-חוקיים אך גם אינם מותרים כחוק במפורש. סעיף 32(א) לחוק החוזים קובע קטגוריית-ביניים של חווי הימורים בלתי-אכיפים. מדובר בחווי משחק, הגרלה והימור, אשר לפי סעיף 230 לחוק העונשין אין בהם יסוד פלילי.¹¹²

גישת המחוקק הישראלי לחווי הימורים אינה שוללת את תוקפם של החוזים האמורים אלא אך את אכיפותם הישירה (תרופת האכיפה) או העקיפה (תרופת הפיצויים). צד לחוזה הימורים לא יוכל לתבוע את קיום ההימורים שהובטחו, ואף לא לקבל את זכיותו באמצעות בית המשפט; עם זאת, הוא נשאר מצויד בעילת הביטול. מכיוון שמזכות הביטול נובעת גם זכות ההשבה, זכאי צד לחוזה ההימורים שביטל את החוזה להשבת מה שנתן על פי החוזה.¹¹³

חוזה הימורים במשפטנו הוא חוזה שלם וקיים ולא הסכם שבכבוד. סעיף 32(א) פותח במלה "חוזה", ומכאן שכדי להיכנס אל תוך הוראתו של הסעיף נדרש קיומו של חוזה שנכרת על פי הוראת פרק א' לחוק החוזים, וכריתתו מלווה בכוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים.¹¹⁴ לפיכך, משחקים, הגרלות והימורים הנערכים לשם שעשוע ובידור גרידא (למשל: תחרות בינגו בבית אבות או הגרלה בחגיגת יום הולדת) אינם יוצרים חוזה מחייב אלא הסכם שבכבוד גרידא, מפאת העדר הכוונה ליצור קשר משפטי מחייב.

מנגד, כאשר קיימת כוונה ליצור יחסים משפטיים, והיא מלווה את עריכת ההימור – אזי נוצר חוזה תקף, הניתן לביטול בהתקיים אחת העילות לביטול. משימורה של עילת הביטול לגבי חווי הימורים משתמעת הכרה בתוקף של חוזים אלה: לא ניתן לבטל מה שאיננו קיים.

מעובדת קיומו של חוזה הימורים משתמעת גם נפקותו המשפטית. לא זו בלבד שהחוזה קיים, אלא שכוחו עמו לחולל תוצאות אובליגטוריות ולהעביר קניינים. למרות שאת מה שטרם שולם ומגיע על פי חוזה ההימורים לא ניתן לתבוע מהחייב, הרי את מה שכבר שולם לא ניתן להוציא מידי מקבל התשלום (זולת אם קמה עילת ביטול ובעקבותיה – השבה).

חוזה משחק, הגרלה או הימור יוצר אפוא "חויב טבעי": מי שקיבל כסף או נכס על פיו ומכותו הוא מחויב כדין ואין לראותו כמי שעשה עושר ולא במשפט,¹¹⁵ והחייב

112 היינו: (א) עריסתם מכוונת לסג מסוים של אנשים; (ב) הם אינם תורגים מגוד שעטוע או כידור;

(ג) הם אינם נערכים במקום למשחקים אחרים או במקום לעריכת הגרלות או הימורים.

113 ראו פרידמן, הערה 24 לעיל, בעמ' 1149–1151.

114 תא הדין גם לגבי החוזים הנדונים בסעיף 33 לתק החוזים, שהם חוזים בלתי שפיטים בחלקם. המשמעות היא שמדובר בחוזים לכל ענין הדבר, ושדרך סירתתם היא כשל כל חוזה אחר – לפי פרק א לחוק החוזים (חלק כללי), אלא שסעיף 33 לחוק מבקש אך לסייג את שפיטתם וזאת בשל תכונות וסממנים מיוחדים המאפיינים את החוזים המנויים בסעיף.

115 השוה גר טדסקי, "היבטים לעשיית עושר", משפטים יא 385, 395, (תשמ"א).

ששילם את חובו לא יוכל לקבל חזרה את אשר שילם, כי תשלום זה נועד לסלק "חוב טבעי".¹¹⁶

6. מכתבי עידוד

מכתב עידוד (Letter of Comfort) הוא מכתב שנותן אדם או גוף משפטי כדי לעודד או לקדם יצירת יחסים משפטיים בין שני אנשים או גופים אחרים. בדרך כלל ניתן מכתב עידוד על ידי גוף אחד כדי לעודד מתן אשראי לגוף אחר או כדי לעודד השקעה בו. מכתב עידוד יכול להינתן על ידי חברה-אם לצד המתקשר עם חברה-בת שלה, או על ידי בנק לצד המתקשר עם לקוח של הבנק. במכתב עידוד כזה מצהירה חברה-אם על מדיניות של תמיכה בחברה-הבת,¹¹⁷ והבנק מצהיר שללקוחו משאבים כספיים מספיקים לקיום החוזה. מכתב עידוד יכול להתפרש כהתחייבות מוסרית גרידא¹¹⁸ או כהתחייבות משפטית מחייבת:¹¹⁹ הכל תלוי בנסיבות העניין ובכוונת הצדדים, כפי השתקפותה במסמך הנושא את הכותרת "מכתב עידוד".

אומנם, הכרה משפטית בתוקפם החוזי של מכתבי עידוד עשויה להגביר את היציבות ואת הוודאות בחיי המסחר,¹²⁰ אולם מול ערכים אלה ניצבים, שוב ושוב, ערכים כמו חופש ההתנאה והחופש שלא להתקשר בחוזה. לפיכך, כשלא ניתן להסיק כוונה של הצדדים לתת תוקף משפטי מחייב למכתב העידוד, כל התערבות במערכת היחסים ביניהם, גם אם מוצדקת כשלעצמה, אל לה להיעשות במסגרת הדוקטרינות החוזיות. כפי שהובהר, ההתנאה על תחולתם של דיני החוזים אין משמעה התנאה על תחולתה של מערכת המשפט. על כן, כאשר נסיבות עריכתו של מכתב העידוד מקימות את יסודותיהן של עולות מצג השווא רשלני או של עולות התרמית, תקום אחריותו הנויקית של הכותב.

7. מכתבי כוונות

המושג מכתב כוונות (letter of intent) או מזכר הבנות (memorandum of understanding) מוכר בין אנשי עסקים בעיקר בתחום המסחר הבינלאומי, בהקשר של מיוזגים ורכישות, אך ניתן לעשות בו שימוש בכל משא ומתן מסחרי. מכתב כוונות או מזכר הבנות הוא

116 ראבילה, הערה 59 לעיל, בעמודים 55-56.

117 *Kleinwort v. Malaysia Mining*, [1989] 1 W.L.R. 379.

118 כפי שנקבע בפסק הדין האנגלי הנ"ל.

119 בת"א (י-ם) 66/95 יעד נציגות בע"מ נ' יצ-אר בע"מ, תקדין-מחזי 96 (3) 2783, הועלתה הטענה כי המסמך שנוצר בפגישה של "אחים לצרה", ובו נטלה על עצמה החברה הנבדעת התחייבות לשלם לתובעת חובות של חברה שלישית, הוא הסכם ג'נטלמני לא מחייב. הטענה נדחתה, והשופטת יהודית צוד קבעה כי בנסיבות העניין ניתנה התחייבות משפטית תקפה.

120 מנגד, ההכרה המשפטית בתוקפם החוזי של מכתבי העידוד יכולה לפגוע בציפיותיהם של כותבי מסמכי העידוד, העשויים למצוא עצמם קשורים בתחב נניגוד לכוונתם.

מסמך שנותן צד למשא ומתן מסחרי לצד השני במהלך המשא ומתן. מכתב כזה מיועד לעתים להגביל את חופש הפעולה של הכותב אותו בקשר לפרישה מהמשא ומתן או להתקשרות עם צדדים שלישיים. בארצות-הברית נפוצים מאוד מכתבי כוונות בהנפקות של ניירות ערך (ובהתחייבות החתם עד לקבלת אישור ה-SEC – הרשות האמריקנית לניירות ערך).

מכתבי כוונות עשויים להוות מסגרות למשא ומתן ואף לבטא בכתב הסכמות חלקיות שהושגו במהלך משא ומתן. גם מכתב כוונות, ככל מסמך משפטי אחר, טעון פירוש על פי לשונו ונסיבותיו. יש שמכתב כוונות מסכם את הנקודות העיקריות ומשאיר כמה עניינים פתוחים להמשך המשא ומתן בין הצדדים. במקרה כזה מכתב הכוונות מחייב, ואם הצדדים לא משכילים לסיים בהצלחה את המשא ומתן ישלים בית המשפט את ההסכם. מנגד, יש שמכתב הכוונות רק מתאר את העניינים שעליהם יש להסכים בחוזה העתידי אך אינו מהווה חוזה מחייב, אלא התחייבות להמשיך במשא ומתן. במקרה כזה מכתב הכוונות ייחשב – ככל שמדובר בעניינים המהותיים שהוא מטפל בהם – כהצהרה לא מחייבת בעלת תוקף חברתי-מוסרי ולעתים אף תוקף נזיקי, אך לא כמסמך משפטי מחייב במישור החוזי.¹²¹ כך הוא בעיקר כאשר מכתב כוונות כולל הצהרה מפורשת בדבר העדר תוקפו.

ג. סיכום

במאמר זה ניסיתי לבחון ולנתח תופעת משפט ייחודית, הלא היא תופעת ההסכמים שבכבוד. תופעה זו מצויה על קו הגבול החוצה בין דיני החוזים בפרט ועולם המשפט בכלל לבין מה שאינו בא בגדרם של אלה. ביקשתי להציג את ההיבט העיוני-משפטי של ההסכמים שבכבוד, תוך ניסיון להגדירם ולגדרם באמצעות דוקטרינות משפטיות מוכרות (כמו כוונה ליצור יחסים משפטיים וגמירת דעת). הראיתי כי המשפט הישראלי כמעט אינו מכיר בהסכמים שבכבוד. ניתן להניח כי אי-הכרה זו גורמת לצמצום השימוש בהסכמים כאלה.

ההכרה בעקרון חופש החוזים מחייבת לדעתי הכרה רחבה יותר ברצונם של צדדים שלא לבוא בתחומם של דיני החוזים. החופש שלא להתקשר בחוזה נובע במישרין מעקרון חופש החוזים.

שיטת משפט כמו שיטת המשפט הישראלית, המכירה בעקרון חופש החוזים, צריכה להכיר גם בחופש זה – החופש שלא להתקשר בחוזה מחייב, החופש לערוך הסכמים שבכבוד.

מן האמור לא נובע כי על מערכת המשפט לעצום את עיניה אל מול תופעות של

121 Ralph B. Lake, "Letters of Intent: A Comparative Examination under English, U.S., רא French and West German Law" 18 *Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.* 331, 331-332 (1984)

קיפות, חוסר יעילות או חוסר צדק, המוצאות לעצמן כיסוי בכותרת של "הסכמים שבכבוד". ההתערבות במקרים אלה יכולה להיעשות תוך שימוש בכלים הטבעיים לתיקון עיוותים כאלה, הלא הם הכלים הנזיקיים. מי שהבטיח לאחר כי יתנהג בעתיד בצורה מסוימת, וכבר בעת ההבטחה התכוון להטעות את הצד השני, אחראי בגין תרמית; מי שהתרשל לגבי האפשרות של הפרת הבטחה וגרימת נזק לצד המסתמך עליה, יחוב באחריות מכוח עולת הרשלנות, ובגדרה מצג השווא הרשלני.

עם זאת, כאשר הסכמת הצד הנפגע לאי תחולתו של המשפט על היחסים בין הצדדים היא הסכמה חופשית, שאין מקורה בלחצים פיזיים, חברתיים, מוסריים או כלכליים, תקום למפר ההסכם ההגנה של הסתכנות מרצון והוא לא יחוב בפיצויים לצד הנזוק. במקביל, גם ההגנה של אשם תורם יכולה לקום כאשר מוצדק – על פי אשמתם המוסרית היחסית של הצדדים – לחלק את עול הנשיאה בנוזקים בין הצדדים.

בדרך זו, תוך שימוש מושכל בדיני הנזיקין ככלי להתערבות ביחסי הצדדים להסכם שבכבוד, נמנעות שתי רעות: האחת – הפגיעה בעקרון חופש החוים, והאחרת – מניעת תרופה מצד שהסתמך על הבטחתו של האחר, ובעת הכריתה לא יכול היה להעריך נכונה את הסיכון שבהתקשרות חוץ-חוית.

