

**תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה**  
**הערות פירוש בשולי סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים**  
**(חלק כללי), תשל"ג-1973\***

מאמר זה מוקדש לזכר ידידי  
**יצחק (במבי) עופר**  
**שמואל (מולי) מלכוב**  
**משה גנדהופר**  
**ברוך אנגלקוביץ**  
אשר נפלו במלחמת יום הכיפורים

מאת

**דניאל ש' הופר\*\***

**מבוא**

לפני כ-7 שנים חוקקה הכנסת חוק המאמץ לדין האזרחי שלנו תורה שהיתה זרה לו עת ינק משיטת המשפט האנגלית. כוונתנו לסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968<sup>1</sup>, הקובע עקרון המחייב קיום חיוב ושימוש בזכות הנובעים מחוזה מכר, בתום לב. בכך מסתמנת תחילתה של מגמה חדשה בתחום דיני החוזים שלנו. מגמה זו עומדת בניגוד לנקודת המוצא של הדין האנגלי, ממנו שאבו דיני החוזים שלנו עד כה. זה האחרון דורש, עקרונית, מילוי מלא ומדויק של חבות חוזית ושולל כל סטיה ממילוייה של חבות זו, אף אם הסטיה נעשית לצורך קיומה של חבות בתום לב<sup>2</sup>. צעד נוסף בכיוון המגמה החדשה שהחלה להסתמן בתחום דיני החוזים נעשה ב-27 ביולי 1971, עת חוקקה הכנסת תוראה זוהי לנו שנקבעה בסעיף 6 הנ"ל והפעם בחוק השכירות והשאילה, תשל"א-1971<sup>3</sup>.

\* שלמי תודתי לד"ר גבריאלה שלו, אשר הערותיה והארותיה היו לי לעזר רב בכתיבת רשימה זו. כן תודתי לחברתי ללימודים מרים גוריאריה שעברה אתי על הכתוב והעירה הערות מועילות.

\*\* בוגר הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים.

- 1 ס"ח, תשכ"ח, עמ' 99; וראה גם: הי"ח, תשכ"ח, עמ' 276.
- 2 צלטנר, דיני חוזים, חלק כללי, תשכ"ב-1962, תל-אביב, "אבוקה", כרך ג', עמ' 31-43. וראה: *Bradford v. Pickles* (1895) A.C. 587, per Lord Halsbury at p. 594; *Chapman v. Honig* (1963) 2 Q.B. 510 per Pearson L.J. at p. 520; *White & Carter (Councils) v. McGregor* (1962) A.C. 313; *Wylde v. Silver* (1963) Ch. 342 per Denning M.R. at p. 358.
- 3 ס"ח, תשל"א, עמ' 160; וראה גם: הי"ח, תשל"ל, עמ' 289.

בסעיף 4. מגמתו זו של המחוקק הושלמה ב־11 באפריל 1973, כאשר קיבלה הכנסת את חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן – "חוק החוזים"), אשר סעיף 39 שלו, המופיע בפרק הדן ב"קיום החוזה" (פרק ה'), תחת הכותרת "קיום בתום לב", קובע עקרון דומה לזה שנקבע בסעיף 6 לחוק המכר ובסעיף 4 לחוק השכירות והשאלה. וזו לשון הוראת סעיף 39 לחוק החוזים:

"בקיום של חוזה הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדיון לנבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה".

ברם, המחוקק לא הסתפק בסעיף 39 הנ"ל. בסעיף 12(א) לחוק החוזים, המופיע בפרק הדן ב"כריתת החוזה" (פרק א'), תחת הכותרת "תום לב במשא ומתן", מחיל המחוקק את עקרונות תום הלב והדרך המקובלת גם על היחסים הטרומ חוזיים. סעיף 12(א) לחוק החוזים קובע:

"במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב".

בדרך זו מבקש המחוקק לחייב צדדים המנהלים משא ומתן לנהל אותו בדרך מקובלת ובתום לב. על-פי הוראת סעיף 12(ב) לחוק החוזים אם יופר חוזה שנכרת עקב אי-ציות לחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב, זכאי הצד התמים לפיצויים כשיעור הנזק שנגרם לו עקב ההפרה, כתנאי שהמפר ראה אותו מראש, או שהיה עליו לראותו מראש בעת גמירת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה; ואילו, במקרה שכתוצאה מאי-ציות לחובה זו המשא ומתן לא הסתיים בכריתת חוזה, כי אז זכאי הצד הנפגע לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב כניסתו למשא ומתן וגיהולו.<sup>4</sup> הוראות סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים מעלים איפוא קביעה סובסטיבית של המחוקק כי זכותו של כל צד לחוזה או למשא ומתן, שניהגו בו בתום לב ובדרך מקובלת.

הוראות אלו מחוללות מהפכה במחשבה המשפטית השוררת בארץ. מאז קום המדינה ועוד קודם לכן, הורגלו משפטי הארץ, האמונים על המשפט האנגלי, לראות את החובה הנובעת מחוזה כחובה אותה יש, עקרונית, למלא מילוי מדויק וללא כל סטיה, ואילו חובות טרומ חוזיות היו בדרך כלל, בבחינת בל יראה בדין זה.<sup>5</sup> מעתה עם קבלת חוק החוזים, ניתן יהיה לדון בדיני החוזים באופן פחות פורמליסטי ויותר גמיש וענייני.

4 השווה סעיף זה לסעיף 3 להצעת חוק חוזה עבודה, תשכ"ח-1968, ה"ח, תשכ"ח, עמ' 284.  
5 פ"ה, תשל"ג, עמ' 118; וראה גם: ה"ח, תשל"ל, עמ' 129. חוק זה נידון בכנסת בקריאה ראשונה בימים: י"ב באייר תשל"ל – 18.5.1970 דברי הכנסת, כרך 57, עמ' 1761-1764; כ"ז באייר תשל"ל – 2.6.1970, כרך 57, עמ' 1986-1974; י"ח בסיון תשל"ל – 22.6.1970, כרך 58, עמ' 2183-2181; י"ב באב תשל"ל – 12.8.1970, כרך 58, עמ' 2873-2872 והועבר לוועדת החוקה, חוק ומשפט. החוק התקבל בקריאה שניה ושלישית ביום ט' ניסן תשל"ג – 11.4.1973, דברי הכנסת, כרך 67, עמ' 2739.

6 ראה הסיטואציה שב-*Anglia v. Reid* (1971) All.E.R. 690 וההערה שנכתבה על פסק-דין זה ב־167 L.Q.R. (1972).

7 אולם ראה: ע"א 230/68 ערני נ' כהן ואח', פד"י כ"ג (1) 142, במיוחד בעמ' 147-148, בו קובע כב' השופט קיסטר כי "החובה לנהוג בתום לב... קיימת באופן כללי במשא ומתן בין הבריות כעקרון אונברסלי..." (ההדגשה שלנו). וראה במיוחד הכתובים המאוזכרים בפסק-דין זה. עם כל הכבוד קביעתו זו של כב' השופט קיסטר תמוהה בעינינו. שכן אם הכוונה היא לחובה מוסרית כי או היא אינה לעניין ואם הכוונה היא לחובה משפטית מהיכן אנו שואבים אותה בטרם חוקק חוק החוזים?

תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה

כך ניתן יהיה לבחון את דרך ביצוע החוזה לאור החובה לפעול בתום לב ובדרך מקובלת, ולמנוע פעולות ביצוע אשר אינן מתיישבות עם עקרונות אלה. כמו כן, ניתן יהיה להטיל אחריות חוזית בגין נזקים שנגרמו כתוצאה מהתנהגות שלא בתום לב גם על שלב היחסים הטרם חוזי, שלפני כריתת החוזה – סעיף 12(א) לחוק החוזים – אף שהצדדים עדיין לא כבלו עצמם בכבלי החוזה המחייב.<sup>8</sup>

מכוח סעיף 63 לחוק החוזים, ינותקו דיני החוזים שלנו מתלותם בדין האנגלי. זאת ועוד, מאחר וסעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים דנים בעקרונות אשר, כאמור, הינם זרים לדין האנגלי, הרי שפניה לדין זה, ולו אף לשם ההשוואה או השיכנוע, תהא ממילא חסרת משמעות ותוכן. לפיכך לא נותר לנו אלא לראות סעיפים אלה כסעיפים עצמאיים העומדים בפני עצמם. לאור האמור, נבדוק ברשימתנו זו את הוראותיו הג' של חוק החוזים מתוך עצמן<sup>9</sup>, תוך שנהפוך בהן על מנת שתוכנן הסובסטנטיבי של הכללים הנובעים מהוראות אלו יתגלה לנו מתוך הכללים עצמם.

#### עקרונות משותפים לסעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים

אף כי מסגרת תחולתם של סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים שונה זו מזו והוראות אלה דנות בתחומי זמן שונים במהלך השתלשלות היחסים החוזיים והפרתם, וממילא גם קובעות תוצאות שונות; אף-על-פי-כן, הבסיס עליו בנויות שתי הוראות אלה הינו משותף. עיון בהוראות אלו מעלה כי במרכזן ממוקמים שני עקרונות משותפים: החובה לנהוג בתום לב והחובה לנהוג בדרך מקובלת.

א. "תום לב"

##### 1. כללי

המונח "תום לב" אינו מוגדר בחוק החוזים. אף שהיוריספרודנציה השכילה להזקק למושג תום הלב משכבר הימים<sup>10</sup>, תום לב הינו במהותו מושג מוסרי-ערכי יותר מאשר

8 בשעה שהצעת החוק הובאה בפני הכנסת לקריאה ראשונה (ראה: דברי הנכנסת, כרך 57, עמ' 1983) אמר ח"כ גדעון האוזנר (כתארו אז) "משא ומתן בין צדדים, העומדים להיכנס לחוזה, איננו הודמנות להערכה או למשחק מחבואים הדדי. צריך שיהא תום לב. ואילו ביצוע חוזה איננו זירה לשנינות פרשנית ומערכת התחמקויות, אלא לביצוע בתום לב. ועקרונות אלה שניהם, כשהם חלים על שתי התקופות הקובעות בעניין חוזים... הרי הם תמרוורים חשובים בחקיקה הישראלית".

9 ראה: ע"א 83/68 עובד פינקלשטיין נ' פינקלשטיין, פד"י כ"ב (1) 618, בעמ' 619; ורע"א 645/68 רוסו נ' רוסו, פד"י כ"ד (1) 657. וכן ראה, טדסקי (עורך), פירוש לחוקי החוזים, תשל"ב, ירושלים; ידיו, על חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), עמ' 13. אמנם הדברים שם מתייחסים לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), אך נדמה, כי כוחם יפה גם לגבי חוק החוזים (חלק כללי).

אולם ראה אימרת האגב של כב' מ"מ הנשיא (זוסמן), בג"צ 254/73 "צרי" חברה פרמצבטית וכימית בע"מ ואח' נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח', פד"י כ"ח (1) 672, בעמ' 684, ממנה עולה כי כביכול לצורך פירוש סעיף 39 לחוק החוזים יש מקום לפנות להוראת סעיף 242 לקוד האזרחי הגרמני. ראה להלן הע' 65.

10 ראה למשל: פקודת השטרות [נוסח חדש], תשי"ז-1957, דיני מדינת ישראל, עמ' 12, סעיף 91; פקודת פשיטת הרגל, 1936, ע"ר 566, 1936, תוס' 1, עמ' (צ) 21, (א) 21, סעיף 43(2); חוק

משפטי טהור. מהיות תום הלב, כאמור, מושג אתי יותר מאשר מושג משפטי, גובעת גם תכונתו הבולטת/ביותר, אשר לדעתנו הינה גם חסרונה, היינו, היותו "מוגת שסתום" מובהק.<sup>11</sup> עקב היותו אלסטי מאוד, קשה להציבו בד' אמות מוגדרות וברורות.<sup>12</sup> לכן לדעתנו, אין למדוד את מושג תום הלב על-פי עקרונות נוקשים וחד-ערכיים אלא לאורם של עקרונות גמישים בעלי אופי אומדני, כפי השתקפותם החוזרת מהתנהגות הסובייקט. כדי לשפוט אם אדם נוהג בתום לב, יש לכן לצאת מנקודת מבט של יושר, הגיונות והוגנות, תוך בדיקה אם אותו אדם האמין באמת ובתמים כי הוא נוהג כנדרש וכן האמין כי הוא אינו מפר, מנקודת מבט של יושר והגיונות, את זכותו של אחר, ובהבדל עם כך המניעים להתנהגותו זו היו מניעים טהורים ולא נפסדים. אם אכן זו הדרך בה עלינו לבדוק את ההתנהגות על מנת שיהא סיפק בידינו להכריע בשאלה אם היא נעשתה תוך יחס של תום לב, כי אז ממילא מתבקשת המסקנה כי המונח תום לב, מעצם טיבו וטבעו, הוא עניין סובייקטיבי טהור.<sup>13</sup> לאור מבחן זה נראה לנו גם, כי אין זה משנה אם התנהגות מסוימת היתה רשלנית או בלתי צודקת לצורך הקביעה כי היא נעשתה תוך יחס של תום לב.<sup>14</sup> במילים אחרות, רשלנות לעולם אינה מעידה

נכסי נפקדים תש"י-1950, ס"ה, תש"י, עמ' 86, סעיפים 16 ו-17; חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ה, תשכ"ט, עמ' 259, סעיפים 9 ו-80; חוק המחאת חובבים, תשכ"ט-1969, ס"ה, תשכ"ט, עמ' 250, סעיף 2(ב); חוק המכר, תשכ"ח-1968, שם, סעיפים 6 ו-34; ועוד.

11 בכלל ניתן לומר כי הוראות הנזקקות למינוחי שסתום, יתרון הוא גם חסרונה. יתרון הוא בכך, שההוראה הינה גמישה וניתנת ליישום על מספר רב של מקרים וזאת מפני שניתן להתאימה לחלופות החיים. חסרונה היא בכך, שקשה מאוד להגדיר ביטויים סתמיים וגמישים אלה, דבר הגורם לחוסר בהירות ולהעדר ביטחון משפטי.

12 פרופ' אהרון קציר ז"ל, בהמחישו את שיטתו של המתמטיקאי קלוד שנון, למדידת כמות מידע עלידי הערכה מספרית של יחידות אינפורמציה, אותן אפשר לקבוע, אם מכירים את תחום ההסתכלות ואת נדירות התופעה שאודותיה נמסר הידע, מציג המישה משפטים: (א) פגשתי יצור חי; (ב) פגשתי אדם; (ג) פגשתי יהודי; (ד) פגשתי ישראלי; (ה) פגשתי את ראש ממשלת ישראל; בדיקת המידע הטמון בכל אחד מהמשפטים הנ"ל מעלה, כי המשפט הראשון מגלה שהפגשה הייתה עם אחד מאלפי המיליונים של יצורים חיים המהלכים על פני כדור הארץ. היות ומספר האפשרויות כאן גדול מאוד — האינפורמציה הנקנית קטנה ביותר וכך הלאה לגבי כל אחד מהמשפטים, עד למשפט החמישי שבו האינפורמציה הנקנית היא מכסימאלית. טור יורד זה מדגים לנו כי המידע גדל והולך עם ייחודו של נושא הידיעה.

לאור דרך מדידה זו של כמות אינפורמציה, ניווכח על גקלה, כי כמות האינפורמציה אותה מסר המחוקק, לאלה הצריכים לנהוג בתום לב ולא להא להצריכים להפעיל עקרון זה, היא ועומה עד כדי היותה אפסית.

13 ראה, ברק, מדינתו של שש, ירושלים, הדפוס האקדמי, סעיף 87, עמ' 125; וכן ראה: ע"א 716/62 רוזנשטיין נ' חברה איי לאומובילים בע"מ, פד"י כ"ו (2) 709, בעמ' 713 ליד האות ג'.

14 ראה: ד"ר 15/70 קוד בע"מ נ' תל-הנו, חברה לאחסנה ומסחר בע"מ, פד"י כ"ו (1) 36, בעמ' 39 ואילך (מפי כב' השופט י' כהן); ע"א 120/64 שבע נ' לוי, פד"י י"ט (2) 253, בעמ' 255 ליד האות ב'. וכן ראה דברי כב' השופט ברנזון בע"א 716/72 רוזנשטיין נ' חברה איי לאומובילים בע"מ, שם, בו הוא מאמץ את הפירוש שניתן למונח תום לב בסעיף 91 לפק' השטרות ובסעיפים 16 ו-17 לחוק נכסי נפקדים, בשעה שהוא בא לפרש את המונח תום לב המופיע בסעיף 34 לחוק המכר (תקנת השוק). כן ראה המר' פ"ת 10755/72 אי.תי.בי. נחניה עצמית בע"מ נ' אבנזון ואה, פס"מ תשל"ד (2) 450.

תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה

על חוסר יושר וממילא גם לא על חוסר תום לב, שכן אפילו אדם ישר עשוי להתרשל, ומאידך גיסא, גם אדם שאינו נוהג ביושר עשוי לנקוט בכל אמצעי הזהירות שאדם סביר יכול להעלות על הדעת על מנת שלא להיות רשלן<sup>15</sup>,<sup>16</sup>.

## 2. תום לב ורשלנות

תום לב ורשלנות הינם, לדעתנו, יסודות הממוקמים במישורים שונים זה מזה במשטח ההתנהגות, אף כי ניתן לזהות, בנקודות מסויימות, חפיפה בין חוסר תום לב ורשלנות<sup>17</sup>. חפיפה שכזו עשויה להיווצר כאשר, למשל, נגרוס, כי התנהגות מסויימת הינה חסרת תום לב, אולם בד בבד התנהגות זו אינה מתיישבת עם התנהגותו של האדם הסביר. מאידך גיסא, קטגוריות התנהגות אלה לא יתפפו זו את זו כאשר נגיע למסקנה כי, אותה התנהגות אשר לדעתנו אינה עומדת במבחן תום הלב, אף-על-פי-כן אינה נכשלת בכבוא להתגבר על מבחן רמת ההתנהגות הראויה של האדם הסביר.

לדעתנו, תום הלב הינו קטגוריית התנהגות המכסה, אם כי בצורה רחבה יותר, את קטגוריית הודון. במילים אחרות, כל התנהגות ודונית הינה גם התנהגות שלא בתום לב. אולם מאידך גיסא, לא כל התנהגות שלא בתום לב הינה גם התנהגות ודונית. לעניין ההתנהגות הודונית קיימות שתי דוקטרינות. האחת גורסת כי כל התנהגות ודונית הינה גם התנהגות רשלנית אך מאידך, לא כל התנהגות רשלנית הינה גם התנהגות ודונית<sup>18</sup>. האחרת גורסת כי התנהגות ודונית אינה כוללת התנהגות רשלנית<sup>19</sup>. לאור האמור לעיל נבדוק את היחס בין רשלנות ותום לב לאורן של שתי הדוקטרינות האמורות. אם נסכים עם אלה הגורסים כי כל התנהגות ודונית הינה גם התנהגות רשלנית ממילא

15 הדין הגרמני, מאידך גיסא, מדמה את מי שפעל ברשלנות למי שפעל שלא בתום לב. אולם הסיבה לכך היא יותר היסטורית מאשר לוגית. ראה לעניין זה התפתחות תורה ה- culpa in contrahendo, להלן, הערת שוליים 65.

16 Good Faith in General Contracts Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code, 54 Va.L.R. 195. כן ראה: Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 3rd ed. (1969), pp. 519-524; "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness and the U.C.C." by E. Farnsworth, 30 *U.Chi.L.R.* (1963) 666; A. H. Ismail, "Breach of Good Faith and Fidelity", 117 *New L.J.* (1967) 551; R. A. Newman, "Renaissance of Good Faith Contracting in Anglo-American Law", 5 *Cornell L. R.* (1967) 492.

17 בנתון להיקף פירוש התחולה והסיווג שאנו נותנים לעוולת הרשלנות. ראה, טדסקי (עורך), דיני הנזיקין, חש"ל, ירושלים (חש"ן), סעיף 66, עמ' 88.

18 ראה: רובינשטיין ופרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנוזקין", הפרקליט, כ"א (תשכ"ה), 61 במיוחד בעמ' 66-67, 74-75. וכן ראה: ע"א 413/64 אברהמי נ' עיריית ת"א-יפו, פד"י י"ט (1) 114, בעמ' 119; ע"א 312/63 אלון נ' פלד, פד"י י"ז 2572, בעמ' 2574.

19 על"ע 9/73 פלוני, ער"ד נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, תל-אביב-יפו, פד"י כ"ט (1) 7, בעמ' 10, מפי כב' השופט ברנזון: "חוסר זדון וחוסר תום לב ספק אם הם יכולים לחדר בכפיפה אחת. עם זאת, באשמת רשלנות אין היסוד של תום-לב תופס מקום". כן ראה: טדסקי, "נוקי גוף ללא שימוש בכוח והרשלנות הודונית", הפרקליט, כ"ג (תשכ"ו), 170, בעמ' 180; ברק, "אגרת חוב מלווה קצר מועד למוכ"ז: זכותו של הקונה בתום לב ובעד ערך", משפטים, ה', 160, בעמ' 164.

תבקש המסקנה כי כל התנהגות חסרת תום לב הינה גם התנהגות רשלנית, אם כי לא כל התנהגות רשלנית הינה גם התנהגות חסרת תום לב. מאידך, אם נסכים עם אלה הגורסים כי התנהגות ודונית אינה כוללת התנהגות רשלנית, אזי החפיפה בין חוסר תום לב ורשלנות תהא חפיפה מקרית, היינו באותם מקרים בהם התוצאה הסופית תצבע כי ההתנהגות שהיתה חסרת תום לב אינה מתיישבת גם עם התנהגות האדם הסביר, אף כי אמות המידה לבחינת ההתנהגות תהיינה שונות זו מזו — אמות מידה סובייקטיביות מול אמות מידה אובייקטיביות. ראוי לציין כי חפיפה מקרית זאת הינה פועל יוצא של התנחה הראשונה דלעיל כי התנהגות חסרת תום לב רחבה מהתנהגות ודונית. יוצא אפוא, כי מאחר ולדעתנו, מעצם טיבם וטבעם של תום הלב והודון, שההתנהגות הודונית תהא מובלעת בהתנהגות שלא כתום לב; השאלה בדבר היחס שבין הרשלנות לחוסר תום הלב תלויה בהיקף מסגרת התחולה שאנו כווננים לתת למבחן הרשלנות ולא להיקף מסגרת התחולה שאנו נותנים למבחן תום הלב, שהוא לדעתנו היקף תחולה שאינו שנוי במחלוקת ככל שהוא נוגע לענייגנו זה.

### 3. חשד

התנהגותו של אדם לא תיחשב כתמת לב, אם למרות שהוא חושד בכשרות העיסקה, הוא נמנע מלברר את מצב הדברים לאשורו, מחשש שאם יעשה כן עשויה האמת לצאת לאור והוא לא יוכל לכן להתקשר בעיסקה. זאת לפי הכלל "שהעוץ את עיניו במתכוון מלראות את האמת, מתוך הלך נפש של 'לא איכפתיות' רואים אותו כאילו פעל בחוסר תום לב"<sup>20</sup>. זאת ועוד, אדם אשר בטעות חשד כי בהתקשרו בעיסקה הוא מפר את זכותו של אחר, אך אילו ידע את האמת לאשורה היה נוכח לדעת כי חשד זה הינו חסר כל בסיס, ולא חזר בו מאותה עיסקה, אף אותו אנו רואים כנוהג מתוך יחס של חוסר תום לב. זאת מתוך שאנו סבורים כי יש לבדוק את העובדות לאור התמונה הסובייקטיבית של העובדות ולא לאור התמונה האובייקטיבית שלהן. לפיכך נמצא, כי במסגרת תום הלב, ידיעה — פירושה ידיעה ממש או חשד סובייקטיבי במובדל מן האפשרות לדעת<sup>21</sup>.

20 ע"א 170/66 פיאד ג' האפוסרופוס לנכסי נמקרים ואח', פד"י כ' (4) 433, בעמ' 437 ליד האות א'; וראה גם ד"ג 15/70 קור כמ"מ ג' תל הני, הברה לאהבנה ומסתר כמ"מ, שם; ולקביעה כי ידיעה קונסטרוקטיבית אינה שוללת תום לב, ראה: ע"א 716/72 דיונשטרייך ג' חברה אי לאדמוכילים כמ"מ, שם. דעה שונה בנוגע לחוק המקרקעין ראה, למשל, ויסמן, חוק המקרקעין מגמות והישגים, תש"ל-1970, עמ' 61 ו-62.

21 ראה פס"ד: *Janes v. Gordon* (נוכר בע"א 249/58, פד"י י"ז 1788) (1 L.J. Bank. 1; 2 App. Ca. 616; 37 L.T. 477), בו מבחין Lord Blackburn בין מקרה בו אדם עושה טעות מתוך חוסר זהירות ובין מקרה בו אותו אדם פועל בחוסר יושר או כנות. במקרה הראשון אין צורך כי לאותו אדם תהיה בהכרח כוונה להונות, מספיק שלא היתה לו האמונה הכנה, כי העיסקה שעשה הינה בעלת תוקף. בהמשך דבריו אומר עוד הלורד בלקבורן, בעמ' 629:

"If the facts and circumstances are such that the jury, or whoever has to try the case, came to the conclusion that he was not honestly bounding and careless, but that he must have had a suspicion that there was something wrong, and

תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה

#### 4. הבלם להפעלת עקרון תום הלב

נראה, שהיתרון שבהיות תום הלב עקרון סובייקטיבי הינו גם חסרונו. כאשר באים להחיל עקרון סובייקטיבי, קיים קושי רב, הנובע מאי-יכולתו של השופט לבחון כליות ולב ולעמוד על כוונותיו הנסתרות של האדם. סבורים אנו, איפוא, כי קושי זה יהיה הבלם העיקרי מפני יחוס סיווגי של חוסר תום לב להתנהגות מסוימת. אולם מאידך גיסא, ניתן אולי להתגבר על קושי זה, שכן אין להקל ראש גם בממצאים הנסיבתיים העשויים להצביע על כוונותיו הנסתרות של הצד האחר ליחסים החוזיים. כ"כ למרות שתרשלנות אין בה, בכפוף להנחות שהגתנו לעיל, כדי לשלול את תום ליבו של אדם, עדיין ייתכן כי נכון יהיה לומר ש"תרשלנות רבתי יכולה להיות ראייה על העדר תום לב"<sup>22</sup>.

#### 5. תום לב כלפי מי ?

דומה כי עצם השאלה שהוצגה על ידנו אינה מתיישבת עם עקרון תום הלב. אף-על-פי-כן נראה, כי הבעיה הינה האם החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה או תוך כדי השימוש בזכות הנובעת מחוזה חלה רק בין הצדדים המנהלים את המשא ומתן או המהווים צדדים לחוזה, או שמא היא חלה גם לגבי צדדים שלישיים. לשאלה זו שני היבטים: האחד – אחד הצדדים למשא ומתן או לחוזה טוען כי הצד השני לא נהג בתום לב כלפי אדם שלישי ובשל התנהגותו זו נפגע הטוען; השני – צד ג' טוען כלפי אחד הצדדים לחוזה כי לא נהג בתום לב כלפיו וכתוצאה מכך הוא – צד ג' – נפגע.

לדעתנו יסוד תום הלב הממוקם בסעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים סובל את הפירוש שהחובה לנהוג בתום לב אינה מוגבלת רק ליחסים שבין הצדדים למשא ומתן או לחוזה, אלא תחולתה של החובה רחבה הרבה יותר, תוך שגם צדדים שלישיים יוכלו לחסות בצילה. סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים אינם קובעים כי החובה לנהוג בדרך מקובלת

that he refrained from asking questions because he thought in his one secret mind—I suspect there is something wrong, and if I ask questions and make further inquiry, it will be no longer my suspecting it, but my knowing it, and then I shall not be able to recover—I think that is dishonesty."

באותו כיוון הולך גם עורכו של ה' 1359, Vol. 1, p. 1359, *Bauvier's Law Dictionary* (1914), Good Faith המונה כהתנהגות המצביעה על יושר וכנות בכוונות שעה שאי-ידיעת הנסיבות לא גבעה מאירצון לדעת אותם. ראה גם: זוסמן, דיני שטרות, מהדורה רביעית, סעיף 227, בעמ' 278; זוסמן, פירי הדין האזרחי, מהדורה שלישית, סעיף 286, בעמ' 259. אולם ראה גם דבריו של כב' השופט ח' כהן בע"א 245/60 אמריקן פיאנצ'ר קומ. נ' לפמיט ס.א. וי"אביק" מיטבדות כימיות בע"מ, פד"י ט"ז 788, אשר בבואו להצביע על כך שאין בסיס לטענה כי התביעות מפטנט נדרשו שלא בתום לב, אמר בעמ' 804: "אבל לא בא... שמץ של ראיה שהתיאור או התביעה נעשו בצורה זו בכוונת מרמה או בכוונה להינות מן ההפקר או להיבנות על אמצעותיהם של אחרים". וכן ראה דבריו של השופט זוסמן בע"א 411/68 תרו תעשייה רוקחית בע"מ נ' הופמן להירוש א.ג. מנרמניה, פד"י כ"ב (2) 908, בעמ' 912 מול האות א'.

*Goodman v. Hrvy* (1836), E.R. 1011 at pp. 1013; 4 Ad. & El. (1836), 870; 22 6 Nev. & M.K.B. 372; 6 L.J.K.B. 260, per L.J. Denman

ובתום לב מצטמצמת אך ורק לצדדים לחוזה או למשא ומתן החוזי. במילים אחרות, במסגרת החובה לנהוג בתום לב או במסגרת השאלה שהצגנו, תום לב כלפי מי? יש מקום לכך שטענה מסוג זה תבוא אף מצד ג', שאינו קשור פרוצדוראלית למשא ומתן או לחוזה. הסיבה לתחולה מתפשטת זו היא, שכפי שכבר צויין<sup>23</sup> אחד המרכיבים של המונח "תום לב" הינו המניע, היינו היותו טהור או גפסד, וזכותו של אחר. לעניות דעתנו, אדם השואל עצמו, בבואו לבחון אם התנהגותו נעשית תוך יחס של תום לב, כלפי מי אני חב חובה זו? אינו שואל שאלה זו בשל מטרה ומניעים טהורים הנובעים מיחס של יושר והגינות. עצם הצגת שאלה זו מצביעה, לדעתנו, על חשש כי ההתנהגות הינה מחוסרת תום לב ולכן באמצעות הבדיקה כלפי מי קיימת החובה לשמור על עקרון תום הלב, בא הניסיון להתגבר על מכשול זה.

על אף כל האמור לעיל, ייתכן שבשל שיקולים פרוצדוראליים הנגזרים מעקרון היריבות, יהיה הבדל לגבי כל אחד משני ההיבטים שהזכרנו לעיל, אלא אם נגרס כי עקרון החוזה לטובת צד ג' שאומץ בחוק החוזים, הינו עקרון המבטל מכללא את העקרון הכללי בדבר יריבות. ככל מקום במקרה הראשון שהוזכר לעיל, יוכל צד למשא ומתן או לחוזה להגיש תביעה כנגד הצד השני על שהוא נפגע כתוצאה מכך שהצד השני לא נהג בתום לב כלפי צד ג' וזאת מאחר וקיימת יריבות חוזית בין 2 הצדדים. לכן במסגרת היבט זה השימוש בעקרון תום הלב יכול שיעשה כחרב. מאידך גיסא, במקרה השני, תביעתו של צד ג' כלפי אחד הצדדים למשא ומתן או לחוזה עלולה להכשל מחוסר יריבות וזאת משום שאותו צד ג' אינו צד לחוזה או למשא ומתן שקדם לו, לכן, במסגרת היבט זה השימוש שיכול צד ג' לעשות בעקרון תום הלב הינו שימוש של מגן, היינו כהגנה מפני תביעתו של אחד הצדדים לחוזה או למשא ומתן.

טול למשל את שתי הדוגמאות הבאות:

א. קבלן עומד לבנות בית-דירות על חלקת אדמה שברשותו. בשעה שהתכנית הינה עדיין על הנייר או בראשית צעדיה מוכר הקבלן את כל הדירות שהוא עתיד לבנות על אותה חלקת אדמה. באמצע תהליך הבנייה נזקק הקבלן לאשראי בנקאי על מנת שיוכל להמשיך בבנייה ולצורך כך הוא פונה לבנק המעניק לו הלוואה. לפי דרישת הבנק ממשכן לטובתו הקבלן את המקרקעין עליו נבנות הדירות וזאת לשם הבטחת פרעון החוב של הקבלן לבנק. לפני השלמת הבנייה פוּטט הקבלן את הרגל ובעקבות תביעת הדיירים נגד הקבלן ניתן פס"ד לביצוע בעין של חווי מכר הדירות. פסק הדין קובע, בין השאר, כי יש להעביר בלשכת רישום המקרקעין את חלקת האדמה על שם הדיירים אך זאת מבלי לפגוע במשכנתאות הרישומיות עליה לטובת הבנק. הבנק מגיש בקשה לביצוע שטר המשכנתא ללשכת ההוצאה לפועל. החייבים במקרה זה הם איפוא הדיירים.

ב. בעליו של הנכס השכירו בשכירות ראשית לדייר מוגן, לפי חוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1972<sup>24</sup>. ברבות הימים מחליט בעל הנכס למכרה. בשל יחסיו המשובשים עם הדייר המוגן ולמרות שידוע לו כי הדייר המוגן מעוניין לרכוש את הנכס, מוכר אותו בעל הנכס לצד ג' מבלי לגלות זאת לדייר המוגן ומבלי לברר אצלו, האם

23 ראה הטכסט שבין הערות שזליים 12 ו-13 לעיל.

24 ס"ה, תשל"ג, עמ' 175.

תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה

היה הוא מוכן לרכוש את הנכס באותם התנאים בהם עומד הנכס להמכר לצד ג'.  
הדייר המוגן חובע את בעל הנכס בטענה כי לקראת כריתתו של חוזה המכר עם צד ג'  
נהג בעל הנכס שלא בתום לב כלפי הדייר המוגן.

למקרא שתי הדוגמאות דלעיל עולה לדעתנו, כי בדוגמא הראשונה, אילולא היה על  
המוציא לפועל לשלוח אזהרות לדיירים, לפי תקנה 21 לתקנות ההוצאה לפועל,  
תשכ"ז-1967, היה על הדיירים להגיש תביעה, שלא במסגרת התנגדות לביצוע פעולות  
הוצאה לפועל, כנגד הבנק לשם הסרת המשכנתא. בתביעה שכזו ייתכן שלא ניתן יהיה  
להעלות טענת חוסר תום לב מצד הבנק בעת שהעניק ההלוואה לקבלן וזאת בשל  
חוסר יריבות בין הבנק לדיירים<sup>25</sup>. מאידך, במסגרת התנגדות מפני פעולה של המוציא  
לפועל שאלת היריבות אינה מתעוררת, שכן הדיירים הם החייבים לחוב הקבלן מרגע  
רישומם כבעלים של חלקת האדמה. טענתם המהותית של הדיירים תהיה איפוא כי,  
אמנם לבנק לא היה מגיע נפסד, אך בשל ההתקשרות החוזית שלו עם הקבלן הוא הפר  
את זכותם של רוכשי הדירות לרכוש אותן במסגרת החוזים שעשו עם הקבלן עוד בטרם  
שהבנק נתן את ההלוואה; בכך ייתכן שהבנק, אם ידע על עיסקאותיו של הקבלן עם  
הדיירים, נהג שלא בתום לב כלפי הדיירים. על טענה זו לא יוכל, לדעתנו, הבנק להשיב  
כי חובת תום הלב אותה הוא חב מכוח חוק החוזים מתייחסת רק לצדדים לחוזה  
או למשא ומתן.

בדוגמא השנייה, במוכרו את הנכס לצד ג' לא הפר אמנם בעל הנכס את זכותו של  
הדייר המוגן, משום שלדייר המוגן לא קיימת זכות First refusal option לרכוש את  
הנכס; אולם מאחר ובעל הנכס סירב למכור את הנכס לדייר המוגן בשל יחסיו  
המשובשים עם אותו דייר, נהג הוא מתוך מגיע נפסד ובשל כך ניתן לגרוס  
כי נהג תוך יחס של חוסר תום לב. בעל הנכס לא יוכל לטעון כי סעיף 12  
לחוק החוזים מוכח רק את צד ג', שהוא צד ישיר לחוזה או למשא ומתן,  
ביחס של תום לב ואילו הדייר המוגן לא חוסה בצילה של הוראת חוק זו.  
יחד עם זאת, מאחר וכדי לממש את זכותו, על הדייר המוגן לתבוע את בעל הנכס,  
ייתכן ובעל הנכס יוכל להעלות נגדו טענת חוסר יריבות, שכן הדייר המוגן לא יוכל  
לסמוך תביעתו על היחסים החוזיים שבינו לבין בעל הנכס אלא רק על היחסים החוזיים  
או הפר חוזיים שבין בעל הנכס וצד ג'.

אילו קראנו את הוראת סעיף 12(א) לחוק החוזים במנותק מהוראת סעיף 12(ב) שלו,  
ייתכן וניתן היה לגרוס כי הוראת סעיף 12(א) לחוק החוזים סובלת את הפירוש לפיו  
היא מהווה מקור המבטל מכללא את עקרון היריבות בסוגיה זו, מהיותו "נוגד את  
תנאי הארץ ותושביה", שכאמור, השתנו עם חקיקת הוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק  
החוזים. בכך כמובן היינו מתגברים על הפרובלמטיקה שעקרון היריבות יוצר עם שהוא  
משיק עם עקרון תום הלב. ואולם, למקרא סעיף 12(ב) הפרובלמטי מתעורר בליבנו ספק  
בנוגע לדרך זו, שכן מרוח אותו סעיף עולה כביכול, שכוונת המחוקק מתייחסת לצדדים

25 איננו נכנסים לשאלת היחס שבין תום ליבו של הבנק לבין העובדה שהבנק מימן את המשך  
בניית הבנין שהקבלן התחייב לבנות כלפי רוכשי הדירות. כ"כ איננו נכנסים לשאלת זכותם  
של הדיירים להגיש תביעה מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, שכן כלל לא ברור  
לנו שמשכנתא היא עיסקה נוגדת מכר.

למשא ומתן; וכי רק צד כזה, אם יוכיח כי ניזוק כתוצאה מהתנהגותו חסרת תום הלב של הצד השני כלפי צד ג', יוכל לזכות בסעד המוענק מכוח הוראת סעיף 12(ב) לחוק החוזים.

## ב. "דרך מקובלת"

כחוק החוזים לא מצויה הגדרה למונח "דרך מקובלת". יחד עם זאת נראה לנו, כי יש לתת למונח זה את אותה המשמעות שיש לו בלשון בני אדם. לכן נראה, כי הדרך המקובלת הינה הדרך הנהוגה בין הבריות לביצועה של פעולה מסוימת<sup>26</sup>. דרך זו הופכת להיות למקובלת כתוצאה משימוש חוזר ונשנה בה מספר רב של פעמים<sup>27</sup>, דוגמא לדרך מקובלת ניתן לראות בתקיעת כף הנעשית בעסקאות בין יהלומנים, אשר מצביעה על כריתת החוזה<sup>28</sup>. במובדל מתום לב, נראה לנו, כי המבחן לקביעתה של הדרך המקובלת הינו מבחן אובייקטיבי.

דרך מקובלת – להבדיל מתום לב – אינה מגדירה רמה של התנהגות. דרך מקובלת כשמה כן היא – "דרך" ולא "התנהגות". לכן עשיית עסקה שלא בדרך המקובלת, דהיינו שלא בדרך בה נהוג לעשותה, אינה מצביעה על התנהגות פגומה או בלתי הוגנת. במילים אחרות, החלת עקרון הדרך המקובלת אינו מעלה את רמת ההתנהגות של אדם, ואילו אי-החלתו ממילא אינו מורידה מרמה זו. נמצא, שחשיבותו של עקרון הדרך המקובלת, מבחינת היסוד ההתנהגותי שבו, פחותה בהרבה מחשיבותו של עקרון תום הלב, שהוא סטנדרט ההתנהגות מובהק. לכן, לדעתנו, רק באמצעות יסוד תום הלב מיגבר סטנדרט ההתנהגות של הצדדים, בעוד יסוד הדרך המקובלת אינו מעלה ואינו מוריד דבר לצורך כך.

המונח "דרך מקובלת", המופיע בהוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים, צריך לדעתנו שיקבל פירוש מצמצם, בשל העובדה שהדרכים המקובלות היום אינן מתיישבות תמיד עם דרישות תום הלב והמסחר ההוגן, וזאת בהיתרו של המצב המשפטי הקיים<sup>29</sup>, אשר אינו מכיר בדוקטרינת תום הלב, ואשר לאורו התפתחו הדרכים המקובלות הנוכחיות. נמצא, כי לכאורה במקרים מסוימים לא יוכל אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב בעת ובעונה אחת. יתר על כן, אם נראה בהוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים דין כופה כללי<sup>30</sup>, ייתכן שתתחייב המסקנה כי אדם שיקיים את החיוב בדרך המקובלת יפר את החוזה באשר הוא לא יקיים אותו בתום לב; ואדם שינהל משא ומתן בדרך

26 ראה הגדרת המונח Usage of Trade המצוי בסעיף 1\*205(2) ל"Uniform Commercial Code האמריקאי, הידוע בכינויו U.C.C.

27 חשויה, טדסקי, "המנהג במשפטנו הנהוג והעתיד", **משפטים**, ה', 9.

28 ראה גם, הצעת חוק הילכות מסחר, תשל"ג-1972, ה"ח, תשל"ב, עמ' 198.

29 בצדק מצביע המבוא להצעת חוק הילכות המסחר (שם) על כך, שלמעשה בישראל חסרה דעת קהל מוסכמת על מידות התגונות במסחר. קהל היצרנים והסוחרים מורכב מאנשים שבאו מארצות שונות, שבכל אחת מהן שררו מושגים שונים על תגונות מסחרית. באווירה זו של חברת מהגרים, מתוחה והשגית, התפתחו גם הדרכים המקובלות היום על הקהל הרחב, היצרנים וגותני השירותים. דומה, כי אין להכביד מילים בנושא זה, המציאות הנוכחית חוקה מכל מלה.

30 ראה דעתנו השלילית להלן, הטכסט לאחר הערת-שוליים 48.

תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה

מקובלת עלול להתחייב בפיצויים באשר ניהול המשא ומתן אינו מתיישב עם הדרישה לתום לב. לכן, אנו סבורים, כי לא כל דרך מקובלת הנהוגה היום הינה גם דרך מקובלת במשמעותו של חוק החוזים. דרך מקובלת שאינה מתיישבת עם דרישות תום הלב, שהוא, לדעתנו, האלמנט הדומיננטי בהוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים אינה דרך מקובלת במשמעות חוק החוזים. כלומר, קיים קשר מסויים בין יסוד תום הלב לבין יסוד הדרך המקובלת. קשר זה מחייב אותנו שלא לראות בדרך המקובלת, המתנגשת עם יסוד תום הלב, את הדרך המקובלת במשמעותו של הוראות סעיפים 12(א) ו-39 הנ"ל. כך, בהקשר של הוראות אלו, כל התנהגות בתום לב יכול שתהיה לה גם דרך מקובלת, אך לא ניתן לומר, כי גם להתנהגות שלא בתום לב יש דרך מקובלת במשמעות חוק החוזים. במילים אחרות, ברגע שאדם נוהג שלא בתום לב ממילא אין הוא נוהג בדרך המקובלת. לכן חזקה חלוטה היא, כי הדרך המקובלת, כפי שהיא משתקפת מהוראות אלו, מתיישבת תמיד עם דרישות תום הלב, ולכן כל דרך מקובלת שאינה מתיישבת כאמור, לאו דרך מקובלת היא במובנו של חוק החוזים. באמצעות חזקה חלוטה שכזו, ניתן לדעתנו, לשמור על שלמותן הלוגית והתוכנית של הוראות אלו, עם שאיננו מחטיאים את כוונת המחוקק. כך, אפילו אם בהיתרו של המצב המשפטי הקיים, נהוג לפעול בדרך שאינה מתיישבת עם דרישות תום הלב, לא יכיר הדין בדרך זו כ"דרך מקובלת" במשמעותו של הוראות סעיפים 12(א) ו-39 הנ"ל. יחד עם זאת לא כל התנהגות בתום לב הינה גם התנהגות בדרך מקובלת. כאמור, המבחן לבדיקת הדרך המקובלת הינו מבחן אובייקטיבי ולפיכך המבחן הסובייקטיבי של תום הלב איננו מספיק כדי לקבוע מה היא דרך מקובלת. חשיבותו של המבחן הסובייקטיבי של תום הלב מתבטאת רק לאחר שלאור המבחן האובייקטיבי הגענו למסקנה כי לפנינו דרך שנהוג היה בעבר לעשות בה שימוש חוזר ונשנה, שעה שהמבחן הסובייקטיבי בא להוציא יסודות מסויימים מהדרך המקובלת אשר אינם מתיישבים איתו. מכאן, כדי שלא לפגוע בשלמות ההוראות הנ"ל, שומה על בתי-המשפט שלא להכיר עוד באותן דרכים מקובלות, העומדות בסתירה ליסוד תום הלב, ואשר כבר התמקמו אצלנו והפכו לחלק מהדין הקיים. בתי-המשפט צריכים לראות בעקרון תום הלב שבהוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים מקור המבטל את כל הדרכים המקובלות שאינן מתיישבות עם יסוד תום הלב.

#### אחריות טרום חוזית – ניתוח הסעיף ומשמעות העקרון

סעיף 12(א) לחוק החוזים דן כאמור בחובה לשאת ולתת בדרך מקובלת ובתום לב. העקרון הסמוי העולה למקרא סעיף 12(א) הנ"ל הינו הטלת אחריות חוזית על שלבים טרום חוזיים שביחס הצדדים המנהלים משא ומתן במטרה להגיע לקשר חוזי מחייב. אימוץ קיצוני של עקרון זה, באופן שיטיל אחריות מוחלטת בגין כל נזק שנגרם באשמת אחד הצדדים, במהלך המשא ומתן, היה שולל לחלוטין את יעילותו של המשא ומתן כמכשיר לגיבוש רצון הצדדים תוך ויתורים הדדיים, וממילא היה מכביד מאוד על שמירת עקרון חופש החוזים ועל המסחר החופשי והפתוח. נראה, שהמחוקק היה ער לכך, ואכן הוא קבע מבחן גמיש יותר לשם הטלת האחריות הטרם חוזית, הוא מבחן תום הלב והדרך המקובלת, בהם דנו עד כה. בבואנו, אם כן, לבחון את האחריות הטרם חוזית, נמצא כי היא מוגבלת משתי בחינות: אחריות טרום חוזית מוגבלת מבחינת ההתייחסות

נהגות; ואחריות טרום חוזית מוגבלת מבחינת השלב. להלן, נדון בשתי הגבלות אלה אחת לאחת.

#### א. אחריות טרום חוזית — מוגבלת מבחינת ההתנהגות

האחריות על-פי סעיף 12(א) לחוק החוזים, קיימת רק במקרים בהם נפגע צד אחד כתוצאה מסטייתו של הצד האחר מהוראת ההתנהגות שנקבעה בסעיף זה. סעיף 12(א) דורש שני תנאים מצטברים לשם קיום החובה והם דרך מקובלת ותום לב. לפיכך, אף בהעדר אחד מהתנאים הללו, כגון התנהגות חסרת תום לב, כמה האחריות בהתאם להוראות סעיף 12(א)<sup>31</sup>. במילים אחרות, ניתוח סטנדרט ההתנהגות הטמון ברישא של סעיף 12(א) לחוק החוזים מעלה, כי צד למשא ומתן יכול שינהג בדרך מקובלת ואף-על-פי-כן לא יהיה מקום להסיק מכך שמילא אחר הוראות הסעיף, וזאת מפני שלא נהג בתום לב ולהיפך. הדרך היחידה למלא אחר הוראת סעיף 12(א) הנ"ל, הינה אם כן למלא אחר שני התנאים גם יחד, היינו לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת. אולם יודגש, כי כאשר אנו אומרים כי הדרך היחידה לרצות את הוראת סעיף 12(א) הינה מילוי שני התנאים המצטברים גם יחד, אין אנו מתעלמים מכך שיסוד תום הלב הינו יסוד קוגנטי, בעוד שלדעתנו יסוד הדרך המקובלת הינו יסוד דיספוזיטיבי<sup>32</sup>. פירושו של דבר הוא, שכאשר אנו באים לבדוק אם יסוד הדרך המקובלת נתמלא, אזי עלינו לשאול את עצמנו, האם קבעו לעצמם הצדדים דרך השונה מהדרך המקובלת — שאם לא עשו כן, עליהם לנהוג לפי הדרך המקובלת ואם עשו כן, התנהגות שלא לפי אותה דרך שהצדדים קבעו לעצמם אף היא תיחשב כהפרת הוראה זו. למיותר לציין שאין הצדדים חופשיים

31 אולם סעיף 12(ב) הבא בסמוך ומפרש תרופה ספציפית בגין החובה שבסעיף 12(א) אף הוא דורש אייקים 2 התנאים המצטברים הללו גם יחד. לפיכך אם אדם נהג שלא בתום לב אך בדרך המקובלת, אין הוראת סעיף 12(ב) חלה עליו, למרות שלאור הוראת סעיף 12(א) מוטלת עליו, לכאורה, אחריות כבר ברגע שלא מילא אחד מהתנאים הללו (ראה: שלו, תניית פסור בחוזים, שם, עמ' 174). נראה לנו שאי-התאמה זו המתגלית למקרא סעיף 12(א) נובעת מייחוס משקל רב מדי לזיווי החיבור שבסעיף הזה. סימוכין לדעה זו אנו מוצאים בכלל הפרשנות האומר כי במקום שהדבר מתחייב ממטרת ההוראה ומהמטריה שהיא דנה בה, מותר לפרש את הלשון "קוגניטיבית" ללשון "דיספוזיטיבית" — ראה הערת-שוליים 54 להלן. על הכלל כי זהות מילים באותו חוק אינה תמיד מלמדת על שוויון הפירוש, כאשר הדבר אינו מתיישב עם ההקשר, השווה: *The Edinburgh Street Tramways Co. v. Torbarn* (1877), 3 App. Cas. 58 at pp. 68; Odgers, *The Construction of Deeds and Statutes*, 4th ed., p. 185. יתר על כן, אף אם הצד הנפגע מאייקים אחד מהתנאים לא יוכל להסתייע בסעד המוענק לו מכוח סעיף 12(ב) עדיין נשאלת השאלה, שמא יוכל למצוא לעצמו תרופה מחוץ להוראה זו. תרופה אפשרית במקרה זה הינה במסגרת סעיף 63(א) לפקדת הנזיקין, הן בהפרת חובה חקוקה, כאשר סעיף 12(א) הוא החובה החקוקה המופרת. יחד עם זאת יצוין כי הרישא של סעיף 63(א) הנ"ל, קובעת שלא תהיה תרופה לפי סעיף זה אם החיקוק המטיל את החובה לפי פירושו הנכון התכוון להוציא תרופה זו. מכל מקום, אין בדעתנו לחוות דעה על פירושו הנכון של סעיף 12(ב) לחוק החוזים, אשר ניסוחו המצטער מעורר קשיים רבים ביותר ובכלל צידוקו במסגרת חוק התווים מוטל לדעתנו בספק.

32 ראה להלן בסמוך להערת-שוליים 49.

תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה

להתנות על הדרך המקובלת באמצעות בחירה בדרך מקובלת שאינה מתיישבת עם דרישות תום הלב. כלומר, אין בדיספוזיטיביות של יסוד הדרך המקובלת משום שלילת הקומולטיביות שביסודות הוראת סעיף 12(א) לחוק החוזים. כל שהדיספוזיטיביות שביסוד הדרך המקובלת מאפשר, הוא קביעת דרך שונה מהדרך המקובלת, אשר על פיה יתנהלו יחסי הצדדים. ברגע שהצדדים בחרו לעצמם דרך אחרת אוי עליהם לפעול על-פי אותה דרך ולנהוג בתום לב. במילים אחרות, התניה על הדרך המקובלת אין בה כדי לשחרר את הצדדים מהחובה לנהוג על-פי הדרך אותה בחרו לעצמם, חובה אשר בסיטואציה כזו, אף היא נובעת מהוראת סעיף 12(א) הנ"ל.

### ב. אחריות טרום חוזית – מוגבלת מבחינת השלב

הקושי העיקרי המתעורר למקרא הוראת סעיף 12(א) נובע מהעובדה שחוק החוזים אינו אומר לנו החל מאיזה שלב של המשא ומתן מתחילה האחריות הטרום חוזית לרבות על הצדדים. הוראת סעיף זה קובעת, כי "במשא ומתן לקראת (דגש שלנו) כריתתו של חוזה... יש לנהוג על-פי סטנדרט ההתנהגות עליו עמדנו לעיל. השאלה היא, לצורך חוק החוזים, מתי נחשבים צדדים כנושאים ונותנים ביניהם באופן כזה שרובצת עליהם אחריות טרום חוזית? במילים אחרות, ידוע לנו, כי האחריות הטרום חוזית נפסקת ברגע כריתת החוזה. אך הוראת הסעיף אינה מגלה לנו מתי אחריות טרום חוזית זו מתחילה.

כללית המושג משא ומתן ליצירת חוזה כולל למעשה שלושה שלבים עיקריים:

א. שלב הגישושים וההבהרות, שהוא שלב דינמי;

ב. שלב עריכת החוזה, שגם הוא שלב דינמי;

ג. שלב כריתת החוזה, שהוא שלב סטטי.<sup>33</sup>

33 לענין מצב סטטי ודינמי בחוזים ראה: שלו, תניות פפור בחוזים, שם. חלוקה זו של סטטי ודינמי באה להבחין בין השלב בו יש לצדדים שליטה על ההתרחשויות שביחסיהם, לבין השלב ביחסים אלה בו אין לצדדים שליטה, אם כי שלב זה תמיד נובע משלב ביחסי הצדדים בו היתה להם שליטה על ההתרחשויות. במילים אחרות, בדרך כלל השלב בו אין לצדדים שליטה במצב העניינים תלוי בהתרחשויות של תוצאה חיובית או שלילית ביחסיהם כפי שהתפתחו בשלב בו היתה להם שליטה, אולם אין בכך כדי לשלול את איי השליטה של הצדדים לאחר מכן. כך, לדעתנו, שלב עריכת החוזה הוא שלב דינמי בהיות הצדדים שולטים בו ומפעילים אותו. מאידך, שלב עריכת החוזה יבוא לקיצו בהתרחשויות של שני מצבים סטטיים אפשריים: (א) אם עריכת החוזה הוכתרה בהצלחה, אזי מיד לאחר מכן יתרחש מומנט קפוא – סטטי – הוא מומנט ההסכמה – הקונסנזוס; (ב) אם הצדדים לא הצליחו לערוך את החוזה, אזי שוב יוצר מומנט קפוא הוא מומנט אי-ההסכמה, המחזיר את הצדדים לאותו מצב סטטי בו הם היו שרויים בטרם החלו לשאת ולתת. כך, ניתן לומר, כי מנסחי הצעת החוק חילקו את המשא ומתן, אשר כרגיל, בלשון בני אדם מהווה יחידה דינמית אחת, לשני חלקים דינמיים: (1) תחילת המשא ומתן, הנפתח בשלב הגישושים וההבהרות, אשר עליו אין הם מטילים אחריות טרום חוזית; ו-(2) אמצע המשא ומתן המתחיל עם תחילת עריכת החוזה, שלב אשר עליו החילו מנסחי הצעת החוק את האחריות הטרום חוזית. ניתן אם כן, לתאר את יחסי הצדדים כמתחילים משלב סטטי, הוא השלב שקודם לתחילת המשא ומתן, עוברים לשלב תחילת המשא ומתן עליו, לפי חוק החוזים, רובצת אחריות טרום חוזית ולפי הצעת חוק החוזים לא רובצת אחריות – הוא שלב

סעיף 12(א) להצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970<sup>34</sup> (להלן – "הצעת חוק החוזים") קבע<sup>35</sup>, כי האחריות הטרם חוזית אינה אחריות טרם חוזית כללית, היינו אחריות טרם חוזית המשתרעת על פני כל המשא ומתן, כי אם אחריות טרם חוזית המוגבלת מבחינת השלב אליו הגיעו יחסי הצדדים במשא ומתן שביניהם. הסיפא של הוראת סעיף 12(א) להצעת חוק החוזים קבעה, כי האחריות הטרם חוזית תחול "... בכל שלבי כריתת החוזה ועריכתו". שלב עריכת החוזה הוא, כנראה, השלב בו הסכימו הצדדים, בין במפורש ובין מכללא, לערוך חוזה בתנאים שעדיין לא הוחלט עליהם (agreement to agree). במסגרת שלב זה יערכו הצדדים את תנאי החוזה. שלב כריתת החוזה הינו השלב בו הסכימו הצדדים על תנאי החוזה המחייבים ביחסים שביניהם וכתוצאה מכך נוצר הקשר המשפטי.

לפי הצעת חוק החוזים האחריות הטרם חוזית מתחילה רק בשלב עריכת החוזה, דהיינו בשלב הדינמי השני, ואין היא כוללת את שלב הגישושים וההבהרות, המהווה אף הוא חלק מהמשא ומתן. מכאן, שלפי הצעת חוק החוזים קיים שלב מסוים ביחסי הצדדים, אשר בו לא מוטלת אחריות טרם חוזית, שלב זה הינו שלב הגישושים וההבהרות. לפיכך לפי הצעת חוק החוזים, האחריות הטרם חוזית מתחילה לחול רק בשלב "... החוזה ועריכתו", היינו רק החל משלב זה על הצדדים לגהוג תוך ידיעה כי אין הם חופשיים בהתנהגותם היות והתנהגות זו צריכה להיות תואמת את דרישות תום הלב והדרך המקובלת. מכאן ברור, כי השוואת הוראת סעיף 12(א) לחוק החוזים עם הוראת סעיף 12(א) להצעת חוק החוזים, מצביעה כי הוראות אלה הן בבחינת "לא דמא מילתא למילתא".

אם כן נותרנו עם השאלה, האם המילים "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה..." המופיעות בסעיף 12(א) לחוק החוזים, ואשר החליפו את המילים "... בכל שלבי כריתת החוזה ועריכתו", אשר הופיעו בהצעת חוק החוזים, מצביעות על כוונה של המחוקק להתחיל את האחריות הטרם חוזית על כל שלבי המשא ומתן, היינו, גם על מה שמכונה על ידנו "שלב הגישושים וההבהרות"? או שמא ניתן לומר, כי תחילת המשא ומתן, אשר עליו מוטלת אחריות טרם חוזית, הינה אותו רגע אשר בדיעבד ניתן להסיק ממנו כי הוא מצביע על כוונה הצדדים, בין במפורש ובין מכללא, שתוצאתם הטבעית של יחסיהם תהיה קשר חוזי מחייב (דהיינו – עריכת החוזה)? בבואנו לגסות ולהכריע בין שתי האפשרויות הללו לא מצאנו נקודת אחיזה עליה נוכל לבסס את מסקנתנו,

"הגישושים וההבהרות", שעה שבהסתיים שלב זה יתכנו שני מצבים אפשריים: (א) הצדדים לא רוצים לערוך חוזה – כי אז עוברים שוב למצב סטטי הוא גיתוק היחסים; (ב) הצדדים כן רוצים לערוך חוזה – דבר המעבירם לשלב הדינמי השני של המשא ומתן הוא שלב עריכת החוזה, עליו מתחילה לחול כבר אחריות טרם חוזית. עם תום שלב זה שוב עוברים הצדדים לשלב סטטי הנובע מהקונסנזוס או מאי-הקונסנזוס, כאשר הקונסנזוס מעביר את יחסי הצדדים לשלב דינמי חדש, הוא שלב קיום החוזה אשר בו חלה עליהם כבר אחריות חוזית רגילה (להבדיל מאחריות טרם חוזית כפי שהדבר אירע במקרים הקודמים).

34 הי"ח, תש"ל, עמ' 129.

35 וזו לשונו של סעיף 12(א) להצעת החוק:

"חייב אדם לשאת ולתת בדרך מקובלת ובתום לב בכל שלבי כריתת החוזה ועריכתו".

תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה

לא בדברי הכנסת<sup>36</sup>, ולא כל שכן בכתובים אחרים. במצב דברים זה, לא נותר לנו אלא לחפש את תשובתנו לבעיה זו על-פי חוש המומחיות. אמנם הפנייה אל "חוש המומחיות של המשפטן" עוטפת את התשובה בהילה של ערפל ומסתורין, ומראה כי, למעשה, מהגלה אין למצוא ניתוח משפטי מדויק<sup>37</sup>. אולם, מאידך גיסא, גם אין להתעלם מכך ש"לא בנוסחאות של מדע מדויק עסקינו"<sup>38</sup>. בבואנו, אם כן, לבדוק את לשון המחוקק בהוראת סעיף 12(א) הנ"ל מצאנו כאמור שינוי משמעותי בין הנוסח של הצעת החוק לבין חוק החוזים עצמו ומאחר וחוקה על המחוקק כי דיבר בלשון בני אדם, אין מנוס, לדעתנו, מן המסקנה שהאחריות הטרום חוזית המוטלת מכוח הוראת סעיף 12(א) הנ"ל מתחילה כבר במפגש הראשון שבין הצדדים למשא ומתן בו הם דנים או צריך שידונו במה שעשוי להפוך מאוחר יותר לנשוא החוזה (דהיינו – שלב "הגישושים וההבהרות"); זאת משום שמשא ומתן בלשון בני אדם מתחיל במפגש הראשון בין הצדדים, אשר מטרתו היא כי ידון בו מה שעשוי, לאחר מכן, להוות את נשוא החוזה. כך, לדוגמא, ניתן לראות ברגע כניסתו של פלוני לחנותו של אלמוני, את רגע תחילתו של המשא ומתן ביניהם<sup>39</sup>.

#### "קיום בתום לב" – סעיף 39 לחוק החוזים – ניתוח הסעיף

באמצעות הוראת סעיף 39 לחוק החוזים נסגר מעגל היחסים החוזיים המתחיל במשא ומתן, דרך כריתת החוזה ועד לקיומו או הפקעתו. סעיף זה נועד איפוא לתת, כאמור, משמעות משלימה להוראת סעיף 12(א) לחוק החוזים<sup>40</sup>.

נשאלת השאלה, האם בכוחו של סעיף 39 לחוק החוזים לשנות את האמור במפורש בחוזה משום שהתפתחויות הייצוגיות לחוזה יצרו מצב לפיו אין בדרכי הביצוע הקבועים בחוזה כדי להתיישב עם עקרונות תום הלב והדרך המקובלת. לדעתנו יש לתת לסעיף

36 בשעה שהצעת חוק החוזים הובאה לקריאה שניה, לא מצא יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט לגחץ לומר למליאת הכנסת אלא דברים אלה: "אשר לחוק עצמו... השינויים הרבים נתקבלו בפרטים אבל לא בעיקרו של החוק" (דברי הכנסת, כרך 67, עמ' 2739).  
במאמר מוסגר יצוין, כי אם זה כל מה שיש ליו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט להסביר למליאת הכנסת לפני שזו באה להצביע על קבלתו של חוק כה מרכזי וחשוב כמו חוק החוזים, יש בהחלט מקום לשקול האם בכלל יהא זה מן הטעם להביא להם חוקים כגון זה לקריאה שניה ושלישית במליאת הכנסת. שמא ניתן שלא להטריד את מנוחת חברי בית המחוקקים שלנו, אשר שבוע קודם לכן עסקו ימים כלילות בחוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 4), תשל"ג-1973, הידוע בכינויו חוק "באדר-עופר". שמא יהא זה מן התבונה לגמור "ווסות" כגון חוק החוזים בוועדה הדנה בהם, ולו למען הפשטת הליכי החקיקה, אשר על-פי מצבם הנוכחי אין חשש שייפגעו מכך.

37 ראה: בג"צ 295/65 אפנהיימר זאח' נ' שר הפנים והבריאות, פד"י כ' (1) 309, דברי מ"מ הנשיא (וילברג – כתארו אז) בעמ' 328.

38 ראה: ד"ג 3/62 שר המשפטים נ' ג'מאל מוסא, פד"י ט"ז 2467, דברי כב' השופט זוסמן (כתארו אז) בעמ' 2475.

39 אלא אם כן יתברר כי מטרת בואו של פלוני היתה חברתית דווקא ולא מסחרית. ראה גם: צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, שם, בעמ' 97.

40 אולם ראה ממרתו הלא מדויקת לדעתנו של כב' מ"מ הנשיא (זוסמן) בבג"צ 254/73 "צרי"

הנ"ל את כוחו זו בגבולות מתקבלים על הדעת. שאם לא נעשה כן עשויים חוזים רבים להיות מסוכלים בשל התפתחותן של נסיבות חיצוניות לחוזה שלא נצפו מראש ואשר בעטין לא ניתן לבצע את החוזה כלשינו, תוך שמירה על עקרונות תום הלב והדרך המקובלת. אולם באמצעות סטיה קלה מהמוסכם בחוזה ניתן יהיה לבצע את החוזה תוך שמירה על תום לב ודרך מקובלת. לכן לדעתנו, בהסתמך על הוראה זו ניתן יהיה להתגבר על סטיות קלות מהמוסכם בין הצדדים, כגון אופן ביצוע, מועד ביצוע, מקום ביצוע וכו'.<sup>41</sup> אולם זאת רק על מנת שיהא סיפק בידי הצד המבצע חיוב כלשהו לעשות כן בדרך מקובלת ובתום לב. הוא הדין אם מועד הביצוע, אופן הביצוע, מקום הביצוע וכו' לא נקבעו בחוזה, שאז יחולו הוראות פרק ה', אישר כולם, למעט הוראת סעיף 39, הינם דין מרשה. כך למשל, אם לא הוסכם על מקום הקיום, ויש יסוד להניח כי קיום החיוב במקום עסקו של הנושה או במקום מגוריו, כאמור בסעיף 44(א) לחוק החוזים, מהווה התנהגות שלא בתום לב, או שלא בדרך המקובלת, אזי יש לסטות מהוראת סעיף 44(א) הנ"ל, עד היכנס הסטיה לגדר הוראת סעיף 39 לחוק החוזים. אולם אם הנסיבות החיצוניות מחייבות סטיה ניכרת, כי אז אין לראות עוד בסעיף 39 לחוק מקור לשינוי המוסכם ויש להיוקק לדיני הסיכול. איננו סבורים כי ניתן לסטות סטיה ניכרת מקיום חיוב הנובע מחוזה, מאחר ולדעתנו צד הסוטה באופן ניכר מהמוסכם איננו מקיים בכך חיוב הנובע מחוזה, בעוד שבמקרה של סטיה קלה ניתן לראות את קיום החיוב כנובע מחוזה; זאת מאחר והסטיה היא המאפשרת לנו את קיום החיוב, שכן היא המיישבת את ההתנהגות, נשוא הענין, עם עקרונות תום הלב והדרך המקובלת. השאלה מתי לפנינו סטיה קלה או סטיה ניכרת תלויה בנסיבות ובמהותה של העיסקה. זאת ואף זאת, אם לפי החוזה יש לצד המבצע מספר אפשרויות לבצע את החיובים החלים עליו, בעוד שלא כל אפשרויות הביצוע הללו מתיישבות עם עקרון תום הלב או עם הדרך המקובלת, כי אז יש לראות בסעיף 39 לחוק החוזים מקור השולל את האפשרויות הקברעות בחוזה אשר אינן מתיישבות כאמור. בעוד שהרישא של הוראת סעיף 39 לחוק החוזים דנה, כאמור, בקיום חיוב הנובע מחוזה, דנה הסיפא של ההוראה הנזכרת בשימוש בזכות הנובעת מחוזה. בסיפא של ההוראה יש מכוסה השלמת הרישא מבחינת מפעיל הזכות.<sup>42</sup> אולם בכך אין הבדל בין שני חלקי ההוראה, פרט לעובדה, שבגיסוחו הנ"ל מדגיש המחוקק את רצונו, כי עקרונות תום הלב והדרך המקובלת יהולו גם על שימוש בזכות הנובעת מחוזה. נמצא,

הכרה פרמצבטית ובימית בע"מ ואח' נ' ביה"ר הארצי לעבודה ואח', שם, שם, לפיה  
... סעיף 6 לחוק המכר כסעיף 39 לחוק החוזים הנהיגו בארץ הלכת המשפט הגרמני...  
41 ראה: טדסקי (עורך), פירוש לחוקי החוזים, שם; צלטנר, על חוק המכר, אולם ראה דעה  
נוגדת בצלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, שם, בעמ' 221. וכן ראה: Tedeschi,  
"Frustration of Purpose," *Is.L.R.*, Vol. 10, pg. 1 at pp. 48-50.  
42 ראה: צלטנר, "שימוש לרעה בזכות", *מדענים*, ב', עמ' 465 ואילך. וכן ראה: Cf. Mazeaud,  
Tunc, Responsabilité civile, 1957, vol. I, nos. 547; Catala, Weir, "Delict and  
Torts: A Study in Parallel," 38 (1963-64) *Tulan L.R.* 221; Gutteridge, "Abuse  
of Rights," 5 (1933) *Camb. L.J.* 22; J. E. Scholtens, "Abuse of Rights," 75 (1958)  
*So. Afr. L.J.* 39.

איפוא, כי על המקיים חיוב הנובע מחוזה ועל המפעיל זכות הנובעת מחוזה מוטל דין אחד והוא: החובה לעשות כן בדרך מקובלת ובתום לב.

עיון השוואתי בין התוראות המחייבות קיום בתום לב, כפי שהתקבלו, כאמור, בחוקי המכר והשכירות והשאלה מחד לבין חוק החוזים מאידך, מלמדנו כי אין הן התוראות זהות לחלוטין, אף כי הן דנות באותו נושא. בעוד הנוסח בחוק המכר ובחוק השכירות והשאלה הוא: "חיוב הנובע מחוזה... יש לקיימו...". הרי בסעיף 39 לחוק החוזים נקבע: "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש...". כמו כן אנו מוצאים, כי לאור התוראות סעיף 61(א) לחוק החוזים, סעיף 39 לחוק הנ"ל יחול רק "...כשאין בחוק אחר התוראות מיוחדות לענין הנדון". נמצא, שהוראת סעיף 39 לחוק החוזים תחול על כל חוקי החוזים, למעט חוק המכר וחוק השכירות והשאלה אשר בהם יש, כאמור, "הוראה מיוחדת לענין הנדון", במובן הקלאסי של העקרון. יוצא, כי מחד גיסא ריפא המחוקק, באמצעות סעיף 39 הנ"ל, את הפגם שבאיי-החלת עקרון הקיום בתום לב על כל החוזים הנשלטים על-ידי התוראות חוק אחרות, כגון: שליחות, שומרים, משכון, מתנה וכו', אך מאידך גיסא, לשון אחת לעקרון הקיום בתום לב המנוסח בחוקי המכר והשכירות והשאלה, ולשון אחרת לאותו עקרון אשר, מכוח סעיף 61(א) לחוק החוזים, חל על כל שאר חוקי החוזים. זאת ואף זאת, לשם מה מצא המחוקק לנחוץ להשאיר את התוראות סעיפים 6 לחוק המכר ו-4 לחוק השכירות והשאלה, שעה שכבר קיבל את התוראות סעיף 39 לחוק החוזים? מדוע לא ניתן היה להכליל התוראות אלה בסעיף 62 לחוק החוזים, הוא סעיף הביטולים? מה טעם ראה המחוקק בכפילות זו בהוראות ועוד יותר מכך, בשוני בניסוח המביא להתלבטויות וקשיים? או שמא נשאלת השאלה מדוע ראה המחוקק לשנות את נוסח ההוראה המקבילה בהצעת חוק החוזים (סעיף 41) שהיה זהה לנוסחים בחוקי המכר והשכירות והשאלה? אילו היה נוסח העקרון הנ"ל מתקבל באותם מילים בהן הוא נוסח בהצעת חוק החוזים, ניתן היה להניח לכפילות בהוראות ולראות בכך רק אי-סדר תחיקתי. אולם, מאחר והמחוקק מצא לנכון לשנות את הנוסח, סבורים אנו כי לא יתא זה מוגזם אם נאמר, שכתוצאה מהשוני בניסוח התוראות אלה עשויים להיגרם עיוותים ואי-התאמות ביישומם של עקרון הקיום בתום לב לפי כל אחד מהחוקים הנ"ל. אמנם גם אנו סבורים כי לשינוי הניסוחים צריכה להיות משמעות זהה וגם יש משמעות זהה<sup>43</sup>, אולם למסקנתנו זו הגענו שלא כתוצאה מכללים מקובלים של פרשנות חוקים, כי אם כתוצאה מהפיצול אותו כפה המחוקק על פרשן חוקי. אילו לא השאיר אותנו המחוקק עם שאלות אלו, היה הדבר מבהיר הבהר היטב את כוונתו וממילא היה מביא בעקבותיו להרמוניה תחיקתית של עקרון הקיום בתום לב, דבר שהיה מסיר מלב הפרשן ספקות רבים ויוצר כתוצאה מכך אקלים פרשני נוח יותר. מכל מקום אנו איננו יכולים להסכים עם אלה הגורסים, כי אי-ההתאמה שנוצרה עם קבלת התוראות סעיף 39 לחוק החוזים, היא המחיר אשר עלינו לשלם כתוצאה מהחיקה בשלבים. לעניות דעתנו ובכל הענווה, נראה לנו כי הכפילות ואי-ההתאמה הינן תוספות בלתי מוצדקות למחיר החקיקה בשלבים.

43 ראה דברי מ"מ הנשיא (זוסמן) בבג"צ 254/73 "צרי" חברה פרמצבטית ומימית בע"מ ואח' נ' ביה"ר הארצי לעבודה ואח', שם, שם, מהם עולה כי גם הוא סבור שסעיף 6 לחוק המכר זהה בתוכנו לסעיף 39 לחוק החוזים.

## היחס שבין הוראת סעיף 12(א) להוראת סעיף 39 לחוק החוזים

א. מסגרת פעולתו של עקרון תום הלב בסעיף 12(א) ו-39

לכאורה ניתן לגרוס כי מהיות תום הלב עקרון משותף לסעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים, גם היקף תחולתו הלגיטימי זהה, ולא היא. לדעתנו רק המבחן לתום הלב יהא זהה בשתי הוראות חוק אלו, אולם התחולה של עקרון זה תהא מצומצמת ביותר בסעיף 12(א) לחוק ואילו בסעיף 39 לחוק החוזים תחולת העקרון רחבה ביותר.

משמעותו של המונח "תום לב" המופיע בסעיף 12(א) לחוק החוזים מצומצמת בהרבה ממשמעותו של אותו מונח בסעיף 39 לחוק, וזאת בעטין כל הוראות החוק האחרות הכלולות בפרק א' לחוק החוזים, הדנות בהטעיה (סעיף 15), כפיה (סעיף 17), עושק (סעיף 18) וכו'. לא נראה לנו כי יש להחיל את דוקטרינת תום הלב, כפי שדוקטרינה זו קבועה בסעיף 12(א) לחוק החוזים, על מצב עובדתי הנשלט על-ידי דוקטרינת ההטעיה, הכפיה או העושק. זאת, אף אם סיטואציה עובדתית מסויימת אינה מגלה התגבשות של כל היסודות הצריכים להתמלא על מנת שניתן יהיה לקבוע קטגורית כי מצב עובדתי זה הינו אכן הטעיה, כפיה או עושק. נמצא איפוא כי הוראות חוק אלה מקצצות ומצמצמות בהרבה מתחולתו של המונח "תום לב", כאשר אנו דנים בו במנותק מהוראות חוק אלה. העולה מן האמור הוא, שיש לראות במונח "תום לב" שבסעיף 12(א) לחוק החוזים, קטגוריה שיווית<sup>44</sup>. כך, נראה לנו, שתום הלב יצטרך לפנות את מקומו להוראות הדנות בהטעיה, כפיה או עושק, בשעה שנבוא לבדוק התנהגות הנשלטת על-ידי הוראות חוק מיוחדות כגון אלה שהוזכרו; וזאת אף אם בסופו של ענין נגיע למסקנה כי אין בהתנהגות הנבחנת על ידנו משום הטעיה, כפיה או עושק. סימוכין להשקפתנו זו יש לראות בעקרון היוריספרודנטי הידוע, לפיו הוראה מיוחדת עדיפה על הוראה כללית. אולם יתירה מזו, לדעתנו במקרה זה יש מיסום התנגשות בין מספר הוראות חוק קוגנטיות ולכן בשל אופיין הכופה אין לפרש הוראת חוק קוגנטית אחת (סעיף 12(א)) כשולטת וגם חופפת להוראת חוק קוגנטית אחרת (כגון סעיפים 15, 17 או 18) מבלי שתהא לנו, לשם כך, הנחיה מפורשת מאת המחוקק. במקרה שלפנינו יגענו אך לא מצאנו הנחיה שכזו מאת המחוקק ולכן, לדעתנו, אין מקום לפרשנות המכירה בחפיפה שכזו.

ב. פיקוח שיפוטי באמצעות עקרון תום הלב

משנקראים בתי-המשפט להפעיל את סמכות הפיקוח על תווה מסויים, או על אופן קיומו, השאלה מהו הסעיף בחוק החוזים המקנה להם את סמכות הפיקוח האמורה, במקרים של חוסר תום לב או בהעדר התנהגות בדרך המקובלת, תלויה בשאלה מה מנסה אתר הצדדים לחוזה לתקוף. נראה לנו, כי מהיות סעיף 12(א) לחוק החוזים דן בשלב התהוות החוזה, יש להסכים עם הגורסים<sup>45</sup>, כי את נקודת המוצא לפיקוח השיפוטי על תנאי החוזה, יש לראות דווקא בהוראת סעיף 12(א) ואילו בהוראת סעיף 39 לחוק החוזים יש לראות רק נקודת משען למקרים בהם מתבססים על זכות או חיוב

44 ראה: שלן, תניית פטור בחוזים, שם, סעיף 310 ואילך, בעמ' 172.

45 שם, שם.

תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה

הנובעים מחוזה כאשר כבר נבדק ונקבע שהם הוכנסו לחוזה מבלי שיהיו מנוגדים לדרישה לתום לב, כנדרש על-פי הוראת סעיף 12(א). במילים אחרות, יש להבחין בין מקרה בו אנו תוקפים תנאי מתנאי החוזה, בטענה שהוא אינו מתיישב עם הדרישה לתום לב, לבין המקרה בו אנו תוקפים שימוש מסוים בתנאי מתנאי החוזה. בשני המקרים העקרון הוא זהה, היינו חובה לנהוג בתום לב, אולם, לדעתנו, נקודת המוצא צריכה להיות שונה. כך, יש מקום לפנות להוראת סעיף 39 לחוק החוזים כנקודת משען אך ורק במקרים בהם באנו לכלל דעה, כי המשא ומתן לקראת כריתתו של החוזה התנהל בהתאם לדרישה לתום לב, דבר שממילא צריך להביאנו למסקנה, כי התנאים המופיעים בחוזה זה אינם עומדים בסתירה לתום הלב, אך הקיום של החיוב מחייבי החוזה או השימוש בזכות הנובעת מהחוזה, אינם מתיישבים עם דרישה זו. כלומר, השימוש בהוראת סעיף 39 צריך שיצטמצם רק לאותם מקרים בהם תוקפים את השימוש הספציפי בתנאי מתנאי החוזה ולא את עצם התנאי מתנאי החוזה.

בשאר המקרים, היינו שעה שרוצים לפסול תנאי מתנאי החוזה – להבדיל משימוש בתנאי – יש לפנות תחילה להוראת סעיף 12(א), המהווה, כאמור, את נקודת המוצא לדוקטרינת תום הלב. כך, אם ברצוננו לפסול תנאי מתנאי החוזה, הדרך היחידה לעשות כן היא מכוח סעיף 12(א) על-ידי הוכחה כי תנאי זה, כפי שהוא עולה מהחוזה, הוכנס לחוזה שלא בתום לב ולכן אינו מתיישב עם הוראת הסעיף הנ"ל. אם לא ניתן להוכיח זאת, או שלא מעוניינים לפסול את התנאי עצמו, אזי יש לפנות להוראת סעיף 39 ולבדוק אם הקיום הספציפי של החיוב הנובע מהחוזה, או השימוש בזכות הנובעת מהחוזה, מתיישבים עם דוקטרינת תום הלב. לדוגמא, אם הוסכם כי החיובים הנובעים מהחוזה יקויימו במקום עסקו של הנושה, אולם עד למועד הקיום השתנו הנסיבות אצל הנושה, וכתוצאה משינוי זה עלול להיגרם לנושה נזק ניכר אם החיובים אכן יקויימו בבית עסקו, בעוד שאם יקויימו בביתו עשוי נזק זה להימנע, ומאידך גיסא לצד המקיים היוודע עובדות אלה לא ייגרם כל נזק אם יקיים את החיובים בביתו של הנושה; במצב דברים זה, אם בכל זאת יעמוד הצד המקיים על קיום החיובים במקום עסקו של הנושה, כי אז אין לומר כי תנאי זה, בו נקבע מקום קיום החיובים, מנוגד לדוקטרינת תום הלב. יחד עם זאת, ניתן בהחלט לטעון כי השימוש הדווקני בתנאי זה מנוגד לדוקטרינת תום הלב, ולכן, יש לסטות ממנו על היכנס הסטיה לגדר ההתנהגות המתיישבת עם הדרישה לתום לב. כלומר, רק אם יוברר, כי תנאי מתנאי החוזה אינו מנוגד להוראת סעיף 12(א) יש אפשרות לפנות להוראת סעיף 39 ולתקוף באמצעותה את השימוש הספציפי שנעשה בתנאי החוזה, במסגרת הסיטואציה נשוא המחלוקת. דוגמא המתייחסת למקרה שבו ניתן לתקוף תנאי חוזי באמצעות הוראת סעיף 12(א) או באמצעות הוראת סעיף 39, ניתן לראות במקרה הבא:

א' עורך חוזה הובלה עם ב' לפיו על ב' להעביר טובין השייכים ל-א' ממקום ג' למקום ד'. בחוזה ההובלה נקבע, כי ב' אינו אחראי לשלמות הטובין וכל חובותיו מצטמצמות להעברת הטובין ליעדם המוסכם. ב' מביא את הטובין ליעד המוסכם כשהם מרוסקים ואינם ראויים לשימוש כל שהוא. במצב דברים זה, ניתן במקרים מסויימים לתקוף את עצם תוקפו של התנאי הנ"ל בטענה שהוא מנוגד לדוקטרינת תום הלב. זאת ניתן לעשות רק באמצעות הוראת סעיף 12(א) או מכוחה. אולם, גם אם לא נצליח לפסול תנאי זה מעיקרו מכוח סעיף 12(א), עדיין ניתן לעשות כן על-ידי תקיפת עצם

ההיזקקות לתנאי זה, כגון במקרה בו ב' מביא את הטובין כשהם אינם ראויים לשימוש לאחר שב' הרסם בודון. תקיפת עצם ההיזקקות הספציפית לתנאי זה תיעשה במקרה כזה מכוח הוראת סעיף 39 לחוק החוזים.

אבחנה זו אינה יוצרת רק הבדל סמנטי של שוני במספרי הסעיפים. ההבדל המעשי הבולט הוא לעניין סוג התרופה העומדת לצד הנפגע ולשיעור הפיצויים. תקיפה, תוך היזקקות להוראת סעיף 39 לחוק החוזים תזכה את הצד התמים בפיצויים כשיעורם הרגיל לרבות שאר הסעיפים שחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971<sup>46</sup>, מעניק. מאידך גיסא, תקיפה תוך היזקקות להוראת סעיף 12(א) תזכה את הצד התמים רק בסעד המוענק על-פי סעיף 12(ב) לחוק החוזים, על כל הפרובלמטיקה שהדבר יוצר<sup>47</sup>.

### דין "כופה" או דין "מרשה"?

גשאלת השאלה האם, ובאילו מידה, מהות הוראות סעיף 12(א) וסעיף 39 לחוק החוזים דין "כופה" שאין להתנות עליו (jus cogens) או דין "מרשה" שניתן להתנות עליו (jus dispositivum). בחוק החוזים אין הוראה כללית הקובעת אילו עקרונות מהווים דין קוגנטי ואילו דין דיספוזיטיבי, כדוגמת הוראת סעיף 102(3) ל-U.C.C. האמריקאי. אמנם סעיף 24 לחוק החוזים קובע, כי "חוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים", אולם, לדעתנו, אין הוראה זו עונה במפורש על השאלה שהוצגה. הוראה זו, לדעתנו, יש לקרוא בצמוד לכל הוראה אחרת, המצויה בחוק החוזים, אשר עשויה להעיד על עצמה כהוראה שאין להתנות עליה.

אמנם הוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים אינן מעידות על עצמן במפורש כעל הוראות שאינן ניתנות להתנאה, כדוגמת סעיף 13(ג) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967<sup>48</sup>, או סעיף 16 לחוק המכר, תשכ"ח-1968. אולם, אף-על-פי-כן, אנו סבורים, כי העקרון הסמוי העולה למקרא הוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים, מצביע על כך שהוראות אלה הינן דין כופה, או ליתר דיוק – דין כופה חלקי.

לשון הציווי החזקה והמפורשת בה נקט המחוקק בנסחו את הוראות סעיפים 12(א) – "חייב אדם" – ו-39 – "יש לנהוג" – הינה יוצאת דופן בהחלטיותה, לעומת יתר הוראות חוק החוזים, ולכן לדעתנו, כבר מלשון ציווי זו מצויים אנו להניח, כי הוראות אלה הן דין כופה. יתר על כן, אם נניח, למשל, כי הוראת סעיף 12(א), שכאמור, קושרת את הצדדים במעין קשר חוזי ex lege כבר בשלב הטרם חוזי, הינה הוראה דיספוזי-

46 ס"ח, תשל"א, עמ' 16.

47 יצויין, כי אם יהיה הצד התמים זכאי רק לפיצויים עד גבול האינטרס השלילי, לעולם לא יוכל סכום זה לעלות על הסכום אותו ניתן היה לקבל אילו ניתן היה לפצות גם בגין האינטרס החיובי. זאת משום שלדעתנו, האינטרס החיובי כולל בחובו גם את האינטרס השלילי. באנו לדעה זו, מאחר ואנו סבורים, כי כאשר רוצים לבדוק אם יתכנו מקרים בהם הפיצוי בגין האינטרס השלילי יעלה על הפיצוי בגין האינטרס החיובי עלינו לשאול עצמנו, האם, אדם שביקש פיצויים בגין האינטרס החיובי, אילו היה מבקש פיצויים בגין האינטרס השלילי, היה מקבל פיצויים בשיעור גבוה יותר. כשהצגנו לעצמנו שאלה זו לא מצאנו אף סיטואציה על פיה יכול היה הפיצוי השלילי לעלות על הפיצוי החיובי.

48 ס"ח, תשכ"ו, עמ' 48.

טיבית, כי אז לא תהיה להוראה זו כל משמעות מעשית, וזאת בשל עקרון חופש החוזים הטמון בהוראת סעיף 24, שצוטטה לעיל. והרי באמצעות הוראת סעיף 12(א) רצה המחוקק להעלות את סטנדרט ההתנהגות של הצדדים, שעה שהם נוסאים ונותנים ביניהם, ולא להגות את הדבר לשיפוטם ושיקול דעתם הם. ניתן אף לומר, כי התנאה על יסוד תום הלב, לאמור, "אנחנו ביחסינו לא ננהג בתום לב", היא כשלעצמה בבחינת התנהגות שלא בתום לב, שאם נכון הדבר אזי היתה זו התנהגות שלא בתום לב עוד בטרם הותנה על כך, וגם בזה ניתן לראות הפרת מצוות המחוקק. לכן, אילו היינו רואים בהוראת סעיף 12(א) דין מרשה, ממילא היינו מחטיאים את רצונו המבורך של המחוקק, שכן קשה להגות כי רצון זה היה מושג גם באמצעות מתן חופש התנאה בסוגיה זו.

לא זאת אף זאת, גם אם כאמור נניח כי הוראה זו הינה דיספוזיטיבית, איננו רואים כיצד יוכלו הצדדים לבטא את התנאותם שעה שהיא מתייחסת לשלב הטרם חזוי — להבדיל משלב קיום החוזה הבא לאחר כריתתו — אשר בו אין לצדדים מסגרת לבטא בה את התנאותם. ישאל השואל, התייחסות זו מבוססת על הוראת סעיף 12(א) בלבד, אולם כיצד ניתן להקיש מהוראה זו אל הוראת סעיף 39 לחוק החוזים? על כך ניתן להשיב, כי כפי שכבר הוסבר, על הוראות סעיפים 12(א) ו-39 יש להסיק כי על ידיהן אחת וזאת עקב היות הוראת סעיף 39 המשך לוגי משלים ומהותי להוראת סעיף 12(א). למעשה ניתן אף לומר, כי ללא הוראת סעיף 39 הופכת הוראת סעיף 12(א), כמעט, לחסרת כל משמעות תוכנית-מהותית.

בפתח דברינו הדגשנו, כי אין אנו רואים בהוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים דין כופה כללי כי אם דין כופה חלקי. עד כה ניסינו להראות כי הוראות סעיפים 12(א) ו-39 הינן דין כופה. אם ניסיון זה עלה יפה, אזי נשאלת השאלה, מה טעם ראה המחוקק לחייב אנשים המתקשרים בחוזה לעשות כן בדרך מקובלת בנוסף לחובתם לנהוג בתום הלב (היינו קשירת שגי האלמנטים הכלולים בהוראות הנדונות באמצעות וי"ו החיבור), אפילו כוונתם המפורשת ורצונם החופשי נוגדים קביעה זו? במילים אחרות, מדוע אדם הנושא ונותן על מנת להתקשר בחוזה שנכסאו קטור בענף מסחרי מסויים או בטוק מסויים, חייב לנהל משא ומתן, ולאחר מכן לקיים את החוזה (אם השתכלל כזה), דווקא בהתאם לדרכים המקובלות הנהוגות באותו ענף או באותו שוק, שעה שהוראות אלה אין בהן משום אימוץ מעין תקנת שוק, אשר בה לדרך העסקים הרגילה והמקובלת ישנה חשיבות מרכזית. ואכן, כפי שכבר רמזנו לעיל, אנו בדעה, כי במשא ומתן בין צדדים יכולים הם להסכים ביניהם במפורש על גיהולו שלא בהתאם לדרך המקובלת (אם כי המסגרת להתנאה שכוז תהיה מסגרת בלתי פורמלית, אשר כל ששולט עליה היא הוראת סעיף 12(א) לחוק החוזים) וכן, צדדים לחוזה רשאים להתנות על הדרכים בהן יקוימו החיובים הנובעים ממנו, אם רצונם זה של הצדדים הובע במפורש בהסכם. אולם, והיה אם לא נקבע הדבר במפורש, הרי שאת המשא ומתן ולאחר מכן את הוכחות והחיובים הנובעים מהחוזה, אם נוצר כזה, יהיה על הצדדים לקיים על-פי הדרכים המקובלות. זהו הסייג אליו התכוונו באמרנו כי הוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק הינן דין כופה חלקי ולא דין כופה כללי.

באנו לדעה זו, מאחר ולדעתנו יסוד תום הלב הינו יסוד עצמאי העומד ברשות עצמו, וזאת על אף וי"ו החיבור המקשרת אותו ליסוד הדרך המקובלת. את עובדת היות יסוד

"תום הלב" אלמנט דומיננטי-עצמאי בהוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים ניתן להסיק, בעיקר, מכותרת השוליים הצמודה לשתי ההוראות הנידונות. כידוע, המשפט הישראלי, בניגוד לדין האנגלי, מכיר בכותרת השוליים כחלק מטריאלי של חוקי הכנסת. במשפט שלנו, כותרת השוליים מהווה את תמצית תוכנו של הסעיף<sup>49</sup>, כמו כן המחוקק מתקן מדי פעם את כותרת השוליים, וזאת באמצעות חקיקה רגילה<sup>50</sup>. מכאן, שעצם אי-הכללת המילים "דרך מקובלת" בכותרת השוליים של הוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים מלמדת בבירור על היות יסוד "תום הלב" אלמנט עיקרי בשתי הוראות אלה, ומכך גם ניתן לדעתנו להסיק, כי הקוגנטיות של הוראות אלה מתייחסת רק לאלמנט תום הלב ובפירושו אינה מתייחסת ליסוד הדרך המקובלת. יתר על כן, כפי שכבר הוסבר דרך מקובלת אינה סטנדרט התנהגות, כי אם מורה דרך טכני בלבד<sup>51</sup>. לכן, לדעתנו, יש לראות ביסוד "תום הלב", שהוא סטנדרט התנהגות מובהק, דין כופה, שכן אם לא נראה אותו כך נביא לידי אבסורד את ההוראות הנדונות וממילא גם נחטיא, כאמור, את כוונת המחוקק. כפי שהובהר לעיל יסוד תום הלב הוא היסוד הדומיננטי ובמקרים שיש סתירה בין דרך מקובלת לבין תום לב יש להעדיף את עקרון תום הלב. אם עקרון הדרך המקובלת חייב לסגת מפני עקרון תום הלב, הרי שאך טבעי הוא שאותו עקרון יכול גם לסגת מפני הסכמת הצדדים לדרך אחרת.

זאת ואף זאת, אם נסכים להנחה שגם יסוד הדרך המקובלת הינו דין כופה, נגיע למצב שלדעתנו הינו בלתי נסבל, לפיו לא יוכלו להתפתח דרכים מקובלות חדשות וזאת בשל החובה לנהוג, החל מכניסת החוק לתוקף, רק על-פי הדרכים המקובלות – שעה שברור כי חובה זו מתייחסת רק לדרכים המקובלות הקיימות. סוף סוף, אין אפשרות לנהוג, לאור הוראת חוק קוגנטית, לפי דרכים מקובלות שעדיין אינן בנמצא. מאחר וחובה זו אינה ניתנת להתנאה, שהרי אנו מניחים שהיא בבחינת דין כופה, אזי גם אין באפשרותן של דרכים מקובלות חדשות להתפתח, שכן כידוע דרכים מקובלות נוצרות רק כתוצאה משימוש חוזר ונשנה בהן מספר רב של פעמים. מאידך יהא זה בלתי נסבל לחלוטין לומר, כי רצון המחוקק הוא, שמספר רב של הפרות הוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים, משהו מעין *desue tudo* (מנהג שלא לקיים חוק) יצרו דרך מקובלת לגיטימית. זאת ועוד אחרת, צעירותה של מדינתנו מונעת מאתנו להסכים עם אלה העשויים לגרוס, כי התפתחו אצלנו כבר מספיק דרכים מקובלות המקיפות את כל שטחי החיים והמסחר, עד כי אנו יכולים להסתפק בדרכים המקובלות שכבר התפתחו ולוותר על התפתחותן של דרכים מקובלות חדשות. אנו סבורים דווקא, כי עקרון הדרך המקובלת לעולם צריך שיהא ניתן להתפתחות, תהא המדינה שבה עקרון זה מקובל,

49 ראה: בקר, "ניסוח ופרשנות", ג'ילוב, 1963, כרך א', עמ' 83 ו-97. פסקי-הדין המנחה בסוגיה זו יצא מפני כפי השופט זילברג (כתארו אז) בע"פ 44/52 דיאב ב' היוהמ"מ, פד"י ו' 922. וראה עוד: Baker, "Use of Marginal Notes in the Interpretation of Statutes," *Scripta Hierosolymitana*, Vol. 1958 at p. 219.

50 לדוגמא: סעיף 15 לחוק מס קניה (תיקון כס' 3), תשכ"ב-1962, ס"ח, תשכ"ב, עמ' 44, הקובע:

"בסעיף 12 לחוק העיקרי:

(1) בהערת השוליים ימחק "מכר";.

51 ראה לעיל דיוננו בדרך המקובלת.

עתיקה ככל שתהיה, וזאת בהיותו חלק אינטגרלי וחשוב של עקרון חופש החוזים, הטמון בהוראת סעיף 24 לחוק החוזים<sup>52</sup> והתפתחות המסחר. יתירה מזאת, מנסחי המבוא להצעת חוק החוזים מציינים, כי הוראות הפרק החמישי, אותו פותח סעיף 41 להצעת החוק (שהוא סעיף 39 לחוק החוזים), ניתנות להתנאה על-ידי הצדדים, למעט עקרון תום הלב. תום הלב נאמר, דרך מקובלת לא נאמר.

לדעתנו, הגישה הגורסת, כי הדרך המקובלת הינה יסוד קוגנטי המצטבר ליסוד תום הלב הינה בלתי סבירה לחלוטין, באשר היא פוגעת בצורה חמורה בעקרון חופש החוזים, אשר סעיף 24 לחוק מלמדנו כי הוא רצון המחוקק, וזאת, מבלי שתוסיף במאומה לסטנדרט ההתנהגות אותו רצה המחוקק להעלות באמצעות הוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים. יתירה מזאת, גישה כזו עשויה להכביד מאוד על חיי המסחר ועל יעילותו של המשא ומתן כמכשיר לגיבוש של רצון הצדדים.

באשר לטענה, כי אין המחוקק מוציא מילותיו לריק ומאחר והוא קשר את יסוד הדרך המקובלת עם יסוד תום הלב באמצעות וי"ו החיבור, יש לתת למלת קישור זו את כל המשמעות הראויה, על כך יש להשיב בשני טעמים:

א. אין להתעלם מכך שחוק החוזים מתוכנן להיות רק פרק בקודקס האזרחי, אשר הכנסת שוקדת בהכנתו ואשר לכשיושלם יוכנס בו, קרוב לוודאי, סעיף מפורש כדוגמת הוראת סעיף 102(3) ל-U.C.C. האמריקאי, אשר יציין אילו עקרונות הן בבחינת דין כופה ואילו הן בבחינת דין מרשה<sup>53</sup>.

ב. אין אנו מתעלמים מוי"ו החיבור. כל שאנו טוענים הוא, שיסוד תום הלב הינו עקרון קוגנטי בעוד שיסוד הדרך המקובלת הינו עקרון דיספוזיטיבי. במצב דברים זה, אם הצדדים לא יבחרו לעצמם דרך שונה מהדרך המקובלת, אזי יהיו הם מחוייבים לנהוג בהתאם לדרך המקובלת, ובזה אין בהכרח משום התעלמות מוי"ו החיבור. זאת ועוד אחרת. כידוע, לשם הסרת סתירה בחוק, ניתן להיעזר בכלל הפרשנות האומר, כי במקום שהדבר מתחייב ממסרת ההוראה הגידונה ומהמטריה שהיא דנה בה, מותר לפרש את הלשון מ"קוניונקטיבית" אותה נקט המחוקק בהוראתו ("ו") כלשון "דיסיונקטיבית" ("או") וכן להיפך<sup>54</sup>.

52 עקרונות תום הלב והדרך המקובלת הוכרו גם בדיני החוזים בארצות-הברית. ה-U.C.C. האמריקאי מכיר בעקרון תום הלב (סעיף 1-203) המוגדר בסעיפים 1-201(19) ו-103(1)(ii), ובעקרון הדרך המקובלת המוגדר בסעיף 1-205. אולם בעוד שההנחה הכללית בחוק זה הינה, כי הסעיפים כולם דיספוזיטיביים, נקבע בסעיף 1-102(3) כי עקרון תום הלב הינו דין כופה, אשר עליו אין הצדדים רשאים להתנות. באיך גיטא לא נקבע בחוק זה, כי גם הדרך המקובלת הינה עקרון קוגנטי, וזאת קרוב לוודאי, כדי שלא להקפיא את התפתחותן של דרכים מקובלות או השתכללותן של הקיימות.

53 ראה: דברי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, שנאמרו בעת שחוק החוזים נדון בקריאה שניה, דברי הכנסת, כרך 67, עמ' 2739.

54 ראה: Maxwell, *On Interpretation of Statutes*, 12th Ed., p. 232-233; Regina v. Oakes (1959) Q.B. 350 at pp. 357; Anisminic, Ltd. v. Foreign Compensation Commission (1969) 2 W.L.R. 163, 200. בכלל הפרשנות הנ"ל נעזר לא פעם גם בית המשפט העליון לצורך פירוש הוראות חוק ומסמכים אחרים. ראה למשל: ע"א 251/60, 259/60 "מגורה" חברה לאחירות ולביטוח משנה בע"מ נ' ברמלה קציבואה ואח'; כרמלה קציבואה ואח' נ' יוסף ברהום ואח', פד"י ט"ו 619, מפי כב' השופט זילברג (כתארו או)

אם נכונות טענותינו אלה, הרי שבכפוף לדברים שנאמרו לעיל, בדבר משניותה של הדרך המקובלת, נראה לנו, כי יש לראות בהוראות סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים כמכירות בכך, שצדדים למשא ומתן רשאים לקבוע באיזו דרך יפעלו, אפילו דרך זו אינה, או שעדיין לא הגיע לדרגה של, דרך מקובלת, אולם רק כל עוד אותה דרך מתיישבת עם יסוד תום הלב, שהוא, כאמור, היסוד הדומיננטי בסעיפים הנ"ל. רק במקרים בהם לא קבעו הצדדים דרך על פיה יפעלו, יש מקום לחייב אותם לשאת ולתת בדרך המקובלת. במילים אחרות, הרעיון הוא שחוקה על הצדדים שהתכוונו לדברים המקובלים והסבירים. ואם לא התכוונו לכך, דהיינו, אם הם התכוונו לאו דווקא לדברים המקובלים והרגילים שכל הבריות מתכוונות אליהם — כי אז יאמרו נא זאת בלשון ברורה, ואם יעשו כן אזי יכבד הדין את רצונם זה. כלומר, היוצא דופן והמיוחד הוא זה הטעון התנייה מפורשת. מאידך גיסא, יש לראות בהוראות סעיפים 12(א) ו-39 דין כופה, אשר אינו מחיר לצדדים הנרשאים ונותנים להתנות על יסוד תום הלב, היינו, לוותר עליו או לקבוע צורות התנהגות שאינן תמות לב. כאמור, אין להתיר התנאה על יסוד דומיננטי זה, כי התנאה שכזו מרוקנת את הוראות סעיפים הנ"ל מכל תוכן וחותרת תחת מטרת המחוקק וכוונתו.

#### תום לב בחוזים ותורת ה-Culpa in Contrahendo

א. נסחי הצעת חוק החוזים מורים לנו, כי הוראת סעיף 12(א) להצעה באה להכניס לדיני החוזים בארץ את תורת ה-culpa in contrahendo<sup>55</sup> של המשפט הרומי והקונטיננטלי<sup>56</sup>. בטרם נחווה דעתנו על גירסה זו, שומה עלינו להאיר קמעה דוקטרינה זו, שאינה זרה רק למשפטן הישראלי, כי אם, לעניות דעתנו, גם המשפטן הרומי לא זכה להכירה<sup>57</sup>.

בעמ' 630; בג"צ 157/63, 204/63, 255/63 זולמן ביקבאוב נ' י"ר האוצר ואח', פד"י י"ח (1) 115, מפי כב' השופט ח' כהן, בעמ' 124; בג"צ 225/65 יצחק דוד נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פד"י כ' (1) 83, מפי מ"מ הנשיא (זילברג כתארו אז), בעמ' 84; ע"פ 176/71 הרב שמעאל ברוך ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ו (2) 667, דברי הנשיא (אגרנט), בעמ' 673. הרציונאלה העומדת מאחורי כלל פרשנות זה היא, שבית-המשפט לא יפרש הוראת חוק, אשר לכאורה מצביעה על קשר קומולטיבי או אלטרנטיבי בין יסודותיה, שעה שמתן תוקף לקשר כזה יביא את הוראת החוק למצב של סתירה פנימית, או לתוצאה בלתי הגיונית. עצם הקשר, הקומולטיבי או האלטרנטיבי, הנובע מכללי התחביר, אין בו כשלעצמו, כדי להעניק לכך משמעות תוכנית. הדגש אינו מושם רק על כללי התחביר, כי אם בעיקר על שלמות ההוראה מבחינה תוכנית. ניהן, אם כן, לומר, כי יסודות סעיף החוק עומדים במובדל זה מזה כל עוד הקשר שביניהם, בין שהוא קומולטיבי ובין שהוא אלטרנטיבי, עומד בניגוד לשלמות ההוראה, ככזה.

55 המתורגם עליידי מנסחי הצעת החוק כ"הפרה תוך כדי התקשרות"; צלטנר, מתרגם זאת כ"משגה בקשירת הקשר" (צלטנר, דיני חוזים, שם, כרך 1, עמ' 573); דליה אבן מתרגמת זאת כ"אשם ביצירת החוזה" (קייני במשפט, א', עמ' 328); ואילו ראבילו מתרגם זאת כ"אשמה בעשיית החוזה" (משפטים, ב', עמ' 502); לנו נראה תרגומה של דליה אבן וזאת בשל היותו הקרוב ביותר, מבחינה מילולית, למקור. לכן להלן נשתמש בתרגום זה.

56 שם, בעמ' 131, סעיף 12 לדברי ההסבר.

57 ראה: P. Stein בהקדמה לספרו *Fault in the Formation of Contracts in Roman & Scots Law* (1958) Edinburgh.

כידוע, דיני החוזים, כפי שהונהגו הלכה למעשה במדינות אירופה של ימי הביניים ועד לחקיקת ספרי החוקים האזרחיים למיניהם נשאבו במקורם מהמשפט הרומי. על-פי משפט זה (הידוע בגרמנית בכינויו *Gemeines Recht*) התבססו דיני החוזים התבססות דווקנית ביותר על תורת הרצון (*will theory*), על פיה הסכם צריך שיבטא את רצונם האמיתי של צדדים לחוזה. ברור, כי על-פי תורה זו התבטלו חוזים בצורה סוחפת ביותר בשל אי-קיומו של עקרון נגדי בולם אי-רצון ימנע זאת, דבר שבהכרח פגע בבטחון המסחר וגרם לאי-צדק חמור לצד התמים. זאת ועוד אחרת, במסגרת ה-*Gemeines Recht* גם לא נמצאה לסיטואציה מוזיקה זו כל תרופה במסגרת דיני הנוזיקן. במצב דברים זה, הגיע המלומד הגרמני *Rudolph von Jhering* למסקנה, כי רצוי היה לקבוע שהצד האשם באי-השתכללותו של חוזה (או שנכרת חוזה אך פגם בצידו), חייב לשאת באחריות לנזקים שסבל הצד התמים בהסתמכו על השתכללותו של חוזה. אולם, מאחר ותפקידו של המשפטן הוא כידוע לכלל מעשיו בעזרת הכלים המצויים בידיו בהווה, או אשר מקורם בעבר, לא נותר לירינג, בבואו לפתור פגם זה, אלא לפנות למקור ה-*Gemeines Recht* – הוא המשפט הרומי. לאחר בדיקה יסודית של המקורות הרומיים, פירסם ירינג<sup>58</sup> ב-1861 מאמר תחת הכותרת *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*.<sup>59</sup> במאמרו זה, מועלית לראשונה דוקטרינת ה-*culpa in contrahendo* אשר, לעניות דעתנו, אינה מבוססת על תיאור היסטורי אובייקטיבי של המשפט הרומי, כי אם על תיאור היסטורי מגמתי, שמטרתו היא להתגבר על הפגם האמור בדיני החוזים של ה-*Gemeines Recht*, והוא, התבטלותם של חוזים בשל הדבקות בתורת הרצון. במאמרו הג'ל מבסס ירינג את דוקטרינת ה-*culpa in contrahendo* על מספר טקסטים רומיים<sup>60</sup> כגון: D.11.7.8.1; D.18.4.8; D.18.4.9; D.18.1.62.1; I.3.23.5 וכו'. לפי טקסטים אלה, הדנים במכר נכסים קדושים או דתיים, מכר של ירושה שאינה קיימת וכיוצא באלה, הוענקה לצד הנפגע מאי-השתכללות הקשר תביעה השואבה מתוך דיני החוזים. אמנם הדעה המקובלת היתה, כי על-פי המשפט הרומי עומדות במקרים כאלה עילות תביעה

58 *Culpa in Contrahendo*, 4 *Jahrbuche für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I (1861) Kessler & Fine, וראה גם סקירותיהם של: "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study," 77 *Harv. L. R.* 401; Smith, "Four German Jurists" (1897) 12 *Pol. Sci. Quar.* 43-48; I. Williston, *Contracts*, § 63A (rev. ed. 1936); 5 *id.* sec 1600B; Fuller & Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages," 1 (1936) 46 *Yale L. J.* 52 at pp. 86; Patterson, "Equitable Relief for Unilateral Mistake" (1928) 28 *Colum. L. R.* 859, at pp. 886; P. Voci, "L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico," II (1948) *Scritti Beatificazione* Ferrini, Milano, 361-383; ודליה אבן, "culpa in contrahendo", עיוני משפט, כרך א', עמ' 328. תרגום מאמרו של ירינג לאנגלית: Munroe Smith, *A General View of European Legal History* (1927) 110.

59 שפירושו בתרגום חופשי – "אשם ביצירת החוזה או פיצויים בשל חוזים פסולים או הסכמים שלא השתכללו".

60 נקודת המוצא של ירינג היא משפט יוסטיניאן, ולכן הוא מתעלם מהאבחנות שבמשפט הרומי הקלאסי, דבר המאפשר לו תוצאה של culpa.

נוקיות, כגון ה-actio de dolo או actio legis Aquilia אולם ירינג כלל גישה זו בטענה, שהוא אינה מתייחסת עם הטכסטים הללו, המעמידים לניזוק עילות תביעה ex contractu.<sup>61</sup>

עקבי לגיטמו, על פיה עליו להגיע לדין שנראה לו כרצוני, אם כי הוא לא היה בהכרח גם המצוי, ובהתאם לכך להיצמד למקורות המשפט הרומי, שינה ירינג גם את התרופה העומדת לניזוק.<sup>62</sup> לדעת ירינג, אם נוצר חוזה ללא תוקף ועל אחד הצדדים היה לדעת על כך, או שהיה עליו למנוע את אי-התקפות החוזה, הצד שכנגד רשאי לדרוש פיצוי בגין הנזק שנגרם לו על-ידי אי-השתכללותו של החוזה, עד לגבול האינטרס השלילי.<sup>63</sup> לאחר שביסס את תורת ה-culpa in contrahendo על דיני החוזים, שואב ירינג את האשם הטרומי הווי מדינים אלה בהנחה, כי צדדים המנהלים משא ומתן מתוך כוונה להתקשר בחוזה, מקימים ביניהם יחסים חוזיים אשר בצידם קיימים חיוכים – משהו בדומה, כנראה, לחוזה הנספח האנגלי. במילים אחרות, ההנחה מאחורי דוקטרינה זו הינה, כי יחסים טרומי חוזיים כמוהם כיחסים החוזיים עצמם, מאחר שמטרתם הטבעית היא להגיע ליחסים שכאלה. מכאן, שעל כל נזק טרומי חוזי יש להעניק תרופה במסגרת דיני החוזים, וזאת מפני שהיחסים לקראת עריכתו של חוזה מאופיינים על-ידי אותו יחס הנובע מהחווה עצמו. אם כך, מאחר שהתוצאה הטבעית של יחסים אלה צריך שתהא השתכללותו של חוזה תקף, הרי שאם כתוצאה מיחסים אלה לא נקשר חוזה מחייב, או נקשר חוזה פגום, הצד האשם במניעת היווצרותו של הקשר החוזי חייב לפצות את הצד התמים בגין הנזק שנגרם לו כתוצאה מהסתמכותו על תקפות הקשר החוזי שביניהם.

אנו רואים איפוא, כי על-פי תורת ה-culpa in contrahendo על הצד התמים להוכיח כי הוא נפגע מניחוק הקשר הטרומי חוזי כתוצאה מאשמו של הצד האחר, כשאשם זה הינו לפחות מסוג של רשלנות או אהריות מוגברת. מאחר ורשלנות, בנתון לדברים שנאמרו לעיל, נמדדת על-פי אמת מידה אובייקטיבית, יהא זה מספיק להראות שהצד המוחזק כאשם, סטה מסטנדרטים של זהירות הנדרשים ממנו בהתאם לנסיבות.<sup>64</sup> אף-על-פי-כן מבחינת הדין הרצוי, לא הסתפק ירינג באשם מסוג של רשלנות בלבד, ולכן הוא נתן ליסוד ה"אשם" שבתורתו, משמעות רחבה הרבה יותר,

61 לעניין הפרובלמטיות של הטכסטים הנ"ל, ראה: ראבילו, "על חוזה נבצר ביצוע ועל אחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי", כטב"מ, ג', עמ' 488, בעמ' 501.

62 על-פי הטכסטים הנזכרים, ניתנו לתובע תרופות אקוויולנטיות למצב בו היה נכרת חוזה תקף בין הצדדים. אולם ירינג סבר, כי בכל הנוגע להיקף הסעד המוענק בגין האחריות הטרומי חוזית אין מקום להרחיק לכת עד כדי כך. לדעתו, לאחר שהוכיח את הבסיס החוזי אשר מכוחו יש להעניק סעדים למקרים הנזכרים בגדר הדוקטרינה שלו, אין הוא מחוייב להיצמד בצורה דוקטורית גם להיקף התרופה החוזית המוענקת. לפיכך דוחה ירינג את התרופה השלמה, היינו את הסעד השווה לסעד המוענק בביצב בו היה נכרת חוזה תקף, בטענה שתורפה שכזו אינה מתקבלת על הדעת משום שפירושה, מתן תוקף אפקטיבי לחוזה עצמו, דבר שנראה בעיניו כמרחיק לכת יתר על המידה. לדעתו לפי קו המחשבה הרומי, מתקבל יותר על הדעת כי לתביעה שכזו יינתן סעד השווה להחזרת המצב לקדמותו.

63 ראה: ראבילו, שם, בהערות שוליים 55 שלו.

64 I. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, § 19 III, 205–209

החורגת בהרבה מהמסגרת המקובלת למונח זה במבחן הרשלנות<sup>65</sup>. כך, לדוגמא, לדעת

65 הקודקס הגרמני הפרטי (ה-Bundesgesetzbuch הידוע בכינויו B.G.B.), שנכנס לתוקף בשנת 1900, לא אימץ את תורת ה-Culpa in contrahendo. מנסחי הקודקס הגרמני הפרטי, מחד גיסא אינם מאמצים את התיאוריה ההצהרתית (אובייקטיבית) ומאידך גיסא, גם נטשו את תיאוריית הרצון במובנה הדווקני. הפתרון שאומץ בקודקס הינו פתרון של פשרה, הבא להגן על שני צידי המטבע גם יחד, כך, Enneccerus, Kipp and Walff בספרם *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. I. Marburg 1921, para 192, § 528 מפרשים את הפתרון. שהתקבל באמצעות הכלל הבא: "נשוא הפירוש הינה ההצהרה ולא הרצון הפנימי שלא בא על ביטויו. הצהרה פירושה לא רק המילים שהשתמשו בהן, אלא כל דבר, אשר דרכו בא הרצון על ביטויו, הן לבדו והן יחד עם נסיבות אחרות". הפשרה שהגיעו אליה עדיין משאירה שרידים סובייקטיביים וכך נשאר בעינו הפגם עליו ניסה ירינג להתגבר (ראה הטקסט שבין הערות-שוליים 57-58 לעיל).

במצב דברים זה, החלה התפתחות בפסיקת בתי-המשפט הגרמניים ובמיוחד בבית-המשפט הגבוה (Reichsgericht) במגמה להכניס את דוקטרינת ה-culpa in contrahendo דרך הדלת האחורית, וזאת באמצעות חקיקה שיפוטית, המסתמכת על סעיף 157 (הקובע כי חוזים יפורשו בהתאם לדרישות תום הלב והנהוג המקובל) וסעיף 242 (הדורש ביצוע חוזים בתום לב) ל-B.G.B. וזה נוסחם של סעיפים אלה:

§ 242. (Leistung nach Treu und Glauben) Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 157. (Auslegung von Verträgen) Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

מסעיפים אלה הוסק כי על הצדדים למשא ומתן לנהוג בצורה זהירה ונהוגת. (ראה: P. v. S., Sixth Civil Senate, 1 March, 1928, 120 E.R.G. (Z) 249, 251). כתוצאה מהפסיקה העניפה בשטח זה יכול היה Rabel לכתוב כבר ב-1936 כי בתי-המשפט ומלומדים רבים מכירים בדוקטרינת ה-culpa in contrahendo (ראה: I. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs* (1936), § 24, p. 159). כתוצאה מנקודת עיקום זו, החל החיוב המוסרי של תום הלב מכסה שטח רחב ביותר של מקרים בתחום דיני החוזים, המשתרע הרבה מעבר לתחומו המקובל והלגיטימי של המונח "תום לב" (ראה: המש הפונקציות המיוחדות לסעיפים אלה ע"י H. Gartwright במאמר "The Law of Obligations in England & Germany," *Int. & Comp. L. Q.*, p. 1316 at pp. 1330 (1964), 13). בו הוא סוקר את הפסיקה העניי פה של בתי-המשפט בגרמניה בתחום זה). לכן, לא בכדי כתב Cohen בעקבות התפתחות זו, כי עקרון זה: "even more than public policy, is an unruly horse" (E. J. Cohen, "Frustration of Contracts in the German Law, 28 (1946), *Journal of Comparative Legislation*, Parts 3 & 4). העיוות שנגרם לעקרון זה הגיע לדרגה כזו, עד כי בשנות השלושים לא היה צורך במאמץ מיוחד על מנת להסתמך עליו ככלי עזר לאידי-אולוגיה הנאצית ואכן נקבע, כי הישענות על חוזים שנעשו עם יהודים או אנטי-נאצים אחרים, הינה התנהגות המנוגדת לעקרון תום הלב. לאור האמור נראה לנו כי יש להתייחס בזהירות רבה לממרתו של כב' מ"מ הנשיא (זוסמן) בבג"צ 254/73 שצוטטה לעיל, בדבר הנהגת הלכת המשפט הגרמני בארץ, ולא להחפז בפניה לתקדימים המבוססים על סעיפים 157 ל-B.G.B., אף שפניה לדין זה הינה בהישג ידם של מרבית שופטי ביהמ"ש העליון שלנו. יצויין, כי בתי-המשפט בצרפת שלא נזקקו לפיתרון המוצע על-ידי ירינג (אם כי גישה זו אינה זרה להם וזאת בשל סעיפים 1382 ו-1383 לקוד סיביל, המחייבים כל אדם לפצות את רעהו בגין כל מעשה אשר "באשמו" גרם נזק לזולת), לא עיוותו את עקרון תום הלב כפי שהוא מקובל עליהם ורואים אותו סובייקטיבי (ראה: Colin & Capitant, *Traité de Droit Civil*, Léon Jaillot de la Morandière Ed. (59), at No. 626).

תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה

ירינג, אם כתוצאה מפטירתו של מציע הפכה הודעת הקיבול של הניצע, שנשלחה בדואר, לחסרת תוקף, כי אז יוחזק המציע כ"אשם" בכך שהשתמש בדרך "לא בטוחה" של התכתבות במקום בדרך "בטוחה" של התקשרות חוזית בצורה בלתי אמצעית. במקרים כאלה, על-פי תורת ה-"culpa in contrahendo", על הצד האשם להחזיר את הצד התמים למצב בו היה בטרם נכנס למשא ומתן.<sup>66</sup>

ב. ראינו איפוא, כי ירינג פיתח את תורת ה-"culpa in contrahendo" באמצעות הקביעה, כי צדדים הבאים ליצור ביניהם יחס חוזי מחייב, חייבים לבדוק היטב אם אמנם קיימים התנאים הדרושים ליצירת החוזה, או שעליהם ליצור את אותם תנאים ככל שהדבר תלוי בהם, ולעיתים אף מעבר לכך. בהקשר זה דיבר ירינג על אשם ביצירת החוזה או באי-יצירתו תוך הרחבת משמעות המונח "אשם" אף מעבר למשמעותו המקובלת, היינו לכיוון האחריות המוחלטת. מאידך גיסא, עקרונות תום הלב והדרך המקובלת, כפי שהם משתקפים מחוק החוזים שלנו, נחקקו כתוצאה ממצאות שונה לחלוטין ולכן, לדעתנו, מן הסתם גם תוכנם שונה במידה ניכרת. דיני החוזים בארץ, שינקו מהמשפט המקובל האנגלי, לא הוטרדו מהתבטלותם של חוזים בצורה סוחפת כפי שהדבר אירע בתקופתו של ירינג, וזאת בשל הדוקטרינה ההצהרתית (האובייקטיבית) ששלטה בדיני החוזים שלנו. הגורמים שהניעו את המחוקק להעלות את עקרונות תום הלב והדרך המקובלת היו אם כן שונים בתכלית. המניע העיקרי אשר הניע את המחוקק שלנו לאמץ עקרונות אלה במתכונתם הנוכחית אל תוך חוק החוזים, היה המוגבלות של דיני החוזים האנגליים, על פיהם, בדרך כלל, מקובל היה, כי כל אדם עושה את עסקיו על אחריותו הוא, ולכן מוטלת עליו החובה לבצע את ההתחייב לבצע, באופן מלא ומדויק, ללא כל סטיה, שיהא המניע שלה געלה ככל שיהיה. במציאות זו לא מוכרת החובה הכללית לנהוג בתום לב, למעט מקרים חריגים, כגון: חוזי ביטוח, חוזי אימון וכו'. נהפוך הוא, לפי הדין האנגלי הגישה היא, כאמור, הרבה יותר פורמליסטית ולכן קיימת חובה למלא מילוי מלא ומדויק כל חבות חוזית. באמצעות עקרונות תום הלב והדרך המקובלת שואף המחוקק, כך אנו סבורים, להעלות את רמת ההתנהגות ה"נמוכה" אשר נדרשה עד כה מצדדים המתקשרים בחוזה, ולא למנוע התבטלותם של חוזים. השוני בין הגישות והמוטיבציות מתבטא אף בסעיף 12(א) לחוק החוזים עצמו, שאיננו מגביל את החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב רק למקרים בהם לא נכרת חוזה בר תוקף, אלא הרחיב את החובה אף למקרים בהם למרות העדר תום לב נוצר קשר משפטי מחייב בין הצדדים.

לא זאת אף זאת, ירינג דיבר בתורתו על התנהגות אשמה, הגוררת, מן הסתם, אחריות כמעט מוחלטת. מאידך גיסא, המחוקק שלנו אינו דן בהתנהגות אשמה כי אם בהתנהגות שלא בתום לב ושללא בדרך המקובלת. כמו כן, בעוד שהתנהגות אשמה נמדדת על-פי אמת מידה אובייקטיבית של האדם הסביר או אף על-פי אמת מידה חמורה מזו, הרי שהתנהגות לפי סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים

66 אמנם תורת ה-"culpa in contrahendo" של ירינג כוונה במיוחד למקרים בהם לא נוצר חוזה היות ויחסי הצדדים הסתיימו עוד במהלך המשא ומתן, אך היא לא הצטמצמה למקרים אלה בלבד. ירינג החיל את תורתו גם על מקרים בהם החוזה נכרת אולם התברר כי קיים פגם בצידו.

נמדדת על-פי אמת מידה סובייקטיבית, היינו לאור תום לבו של האדם הספציפי. אנו רואים איפוא, שההתנהגות הנדרשת בחוק החוזים שונה לחלוטין מזו הנדרשת על-ידי ירינג בדוקטרינת ה-*culpa in contrahendo*. למעשה ניתן, לדעתנו, לומר בהחלט, כי התנהגות העולה בקנה אחד עם ההתנהגות הנדרשת על-פי תורת ה-*culpa in contrahendo* עדיין יכולה להיות בניגוד גמור לרמת ההתנהגות שנקבעה בחוק החוזים. כלומר, יכול שהתנהגות תהא "אשמה" במובן תורתו של ירינג, ובכל זאת לא נוכל לומר עליה כי היא מנוגדת לסטנדרט ההתנהגות שהוצב בסעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים. אפילו אם נניח, לצורך הוויכוח, כי אשם שווה לחוסר תום לב, עדיין עומדות בפנינו שתי דוקטרינות שונות, שכן חוק החוזים אינו מסתפק בהתנהגות תוך יחס של תום לב, כי אם מחייב גם התנהגות בדרך מקובלת.

זיקה הדוקה בין ביטוי לועזי לעברי מקומה בפירושם של ביטויים טכניים משפטיים מדרגה גבוהה המתורגמים משפה אחת לרעותה. אולם המונח תום לב, לא רק שהורתו ולידתו אינה בדוקטרינת ה-*culpa in contrahendo*, אלא שגם עצם היותו קשה להגדרה אינו נובע מהיותו טכני משפטי, או מהיותו שאוב משיטת משפט אחרת. הקושי שבהגדרת המונח "תום לב" אינו גדול מהקושי שבהגדרת הביטוי *bona fide* הרומי, או הביטוי *Treu und Glauben* הגרמני, או אף הביטוי *Good Faith* האמריקאי. במילים אחרות, הסיבה לקושי שבהגדרת הביטוי "תום לב" אינה נובעת מעצם היוקחותו, כביכול, לתרגומו העברי, כי אם מעצם טיבו הגמיש, הנגזר במיוחד מתחום האתיקה הפילוסופית. לכן גם אין להסיק מעצם חסרונם של עקרון זה בדיני החוזים האנגליים, או מהיות עקרון דומה לו, אך בפירוש לא שווה לו, בסיס לתורת ה-*culpa in contrahendo*, כביכול, אימוצה של תורה זו בחוק החוזים שלנו. לעניות דעתנו גם עצם התייחסות עבודות ההכנה ונסחי הצעת חוק החוזים לדוקטרינה זו, אין בהם כדי להצביע על זהות העקרונות, או על קיומו של מעטה דביקות המגלה קיומו של קשר כל שהוא בין תורת תום הלב לבין דוקטרינת ה-*culpa in contrahendo* או על כוונה כל שהיא של המחוקק לאמץ דוקטרינה זו. אמנם, גם דוקטרינת ה-*culpa in contrahendo* וגם סעיף 12(א) מעניקים תרופות דומות – פיצויים עד גבול האינטרס השלילי<sup>67</sup> – והתרופות המוענקות הן מתחום דיני החוזים, אולם בכך עדיין אין כדי להצביע על זהות בדוקטרינות. אנו סבורים איפוא, כי חוק החוזים אינו מאמץ את דוקטרינת ה-*culpa in contrahendo* כי אם תורה שונה לחלוטין – היא תורת תום הלב. לשון אחרת, הביטוי "תום לב" לא מצא את גיבושו בדוקטרינת ה-*culpa in contrahendo*.<sup>68</sup>

67 סעיף 39 לחוק החוזים חורג מהתרופה המוענקת בתורתו של ירינג. הפרת הוראת סעיף זה מוכה את הצד התמים לתרופות החוזיות הרגילות, היינו גם בגין האינטרס החיובי.

68 לדעה שונה ראה: צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, שם, בעמ' 93; וכן צלטנר, "הרהור" רים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970, עיוני משפט, ג', עמ' 121 ואילך; וכן צלטנר, "דיני החוזים בישראל בהתפתחותם משך חצי היובל מאז קום המדינה", הפרקליט, כ"ט, עמ' 219. כן ראה, אבן, שם.