

## סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן

מאת

ד"ר גבריאלה שלו

1. הקדמה. 2. תום לב. א. משמעות הדרישה; ב. דרך מקובלת ותום לב. 3. משא ומתן. א. החידוש של סעיף 12; ב. עימות תום לב עם אשם בהתקשרות. 4. ההלכה: החלת עקרון תום לב במשא ומתן. א. סעיף 12 כיוצר חיוב; ב. היקף תחולתו של סעיף 12; ג. משמעותו של סעיף 12. 5. המקשה: מקרים אופייניים של העדר תום לב במשא ומתן. א. פרישה מן המשא ומתן; ב. ניהול משא ומתן בלי כוונה להתקשר בתווה; ג. איגילוי פרטים במהלך משא ומתן; ד. הצהרות רשלניות; ה. חזרה מהצעה. 6. סיכום וכוונת: תום לב – עקרון חולש ושיוויון.

### 1. הקדמה

בירור משמעותו העיונית והשלכותיו המעשיות של סעיף 12 לחוק החוזים<sup>1</sup> הינם נושא מאמר זה.

בשלב הנוכחי של התפתחות המשפט האזרחי בישראל מחייב הבירור האקדמי של סוגיית תום הלב במשא ומתן משנה והירות. לנגד עינינו מתרחשת מטמורפוזת של דין החוזים, הפושט אדרתו האנגלית ועוטה לבוש מקורי, אשר נתפר על-פי דגם קונטיננטלי. תורות חוזיות שעל ברכיהן חונכו משפטני הארץ בעבר ושעל-פיהן השיאו עורכי-דין עצות ללקוחותיהם, מפנות עתה מקומן לתורות חדשות, שהשראתן ביבשת אירופה. השמרנות האופיינית למקצוע המשפטי, ההרגל הכושרש של חשיבה במסגרות מקובלות (כמו: חיוב חווי, הצעה וקיבול), קשיי ההוכחה של יסוד שלילי ואמורפי (כהעדר תום לב), החשש הטבוע בקרב כל מי שעוסק במשפט הפרטי מפני הגבלת חופש ההתקשרות, מיעוט פסיקה ומיעוט ספרות בנושא, כל אלה גורמים האוצלים על הדיון ומחייבים ניסוחים מתונים וטנטיביים.

עיון בהיקפה ובעומקה של דרישת תום הלב, כפי שנקבעה בחוק החוזים, מעלה כי עקרון תום הלב הועלה לדרגת עקרון חולש במערך יחסי הצדדים לחוזה. גישה זו מצביעה על שינוי בפילוסופיה החוזית של המחוקק: אוטונומית הרצון כבסיס רעיוני לכוח החיוב החווי שיקפה תפיסה איגדיבידואליסטית (הפרט במרכז) בתחומי כלכלה, מחשבה מדינית וחברה; עקרון תום הלב, מישקף, לעומת זאת, רעיונות מתקדמים של מדיניות סעד ודאגה לזולת.

1 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 694, שינויה כאן "חוק החוזים".

סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן

נטיעת המושג "תום לב" בקרקע המשפטית בישראל מציבה אתגר, אינטלקטואלי ומעשי, בפני אנשי המשפט בארץ. אם כי המונח "תום לב" טומן בחובו את הכוח לשנות את פני המפה התחתית במשפט הישראלי, ייתכן שכוח זה לא יופעל, וסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים, המהווים את מקורו החקוק של החיוב לנהוג בתום לב, יהוו אות מתה, הלכה ואין מורים (תרת-משמע) כן.<sup>2</sup> כמו בתחומי משפט אחרים, אף כאן השאלה האמיתית איננה מה קבע המחוקק אלא כיצד יפעילו בתי-המשפט את הסמכות שהוקנתה להם במעשה החקיקה, הלא היא בענייננו הסמכות לבחון חיובים באספקלריה של השקפה מוסרית. בשיטת המשפט האדברסרית הנוהגת בארצנו נתון, במידה רבה, פתרון השאלה, בניסוחה הריאליסטי האמור, ביד המקצוע המשפטי, לאמור כיצד יבינו, יחילו ויטענו עורכי-הדין את עקרון תום הלב.

גם לחוקרי המשפט תפקיד בגיבוש רצון המחוקק, הגדרתו והפעלתו. אחת ההש-תמעויות של הפיכת דין החוזים בארץ מדין שהוא מעשה ידי השופטים לדין חרות, הינה הטלת אחריות נוספת על המשפטנים שעיקר עיסוקם בתאוריה. לא עוד ניתוח בדיעבד של אירועים מקריים וביקורת לאחר מעשה של החלטות והלכות אלא, גם ובעיקר, השתתפות פעילה במעשה היצירה המשפטי. יתרונו של חוקרי המשפט, הטמון ביכולתם לדון בבעיות משפטיות באורח מופשט ומנוטרל, כורך — עתה יותר מתמיד — נטל: פירוש הוראות החוק באורח מסודר ועקבי, חשיפת הגיון והמדי-ניות החקיקתית שביסודן, במגמה להקל על השופטים במלאכת השפיטה, לסייע לעורכי-הדין במלאכת הטעון והייעוץ, להבהיר לתלמידי המשפט את העקרונות המנחים את המחוקק ולשמש מצפן להתוויית חקיקה עתידית.<sup>3</sup>

2 השוואה קצרה בין שיטות המשפט הגרמנית והצרפתית, אשר ספר החוקים האזרחי שלהן מכיל את עקרון תום הלב, תבהיר את השקפתי שבגוף הדברים בדבר הכוח הגלום בעקרון תום הלב והאפשרות שכוח זה לא ימוצה.

סעיף 242 לב.ג.ב. (ספר החוקים האזרחי הגרמני) קובע את עקרון תום הלב. סעיף זה הוחל בהרחבה ובחוקף עליידי בתי-המשפט הגרמניים, עד כדי כך שכיום ניתן לומר כי כל כלל במשפט הגרמני הפרטי כפוף לתחולתו של עקרון תום הלב ומוגבל על ידיו: Cohen, *Manual of German Law*, 2nd ed., 1968, pp. 96-97; Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, Michigan, pp. 465-479; צלטנר, "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי)", תש"ל-1970, קריית משפט, ג', עמ' 121, 122.

במשפט הצרפתי מסתמנת מגמה הפוכה. חרף ניסוחו של סעיף 1134 לקוד סיביל (ספר החוקים האזרחי הצרפתי) בדומה לסעיף 242 לב.ג.ב., לא פותח סעיף זה ועקרון תום הלב בצרפת אינו אלא עקרון משני, כלי עזר לפירוש הוראות אחרות שבספר החוקים: Powell, "Good Faith in Contracts", 9 (1965), *Current Legal Problems*, pp. 16, 31.

3 במסורת המשפט הקונטיננטלי מהווה ה-"Doctrine" — מחקרים במשפט מפרי עטם של מלומדים בני-סמכא — מקור משפטי חשוב, אם גם משני. קובץ מאמרים שנתפרסם לאחרונה עוסק בתיאורו והערכת תרומתו של מדע המשפט במשפטי היבשת ובשיטות ה"מעורבות": Dainow (ed.), *The Role of Judicial Decisions and Doctrine*, 1974, Louisiana State University Press. ישראל, כשיטה מעורבת, מיוצגת בספר זה בשני מאמרים. האחד מפרי עטם של פרופ' טדסקי וד"ר צמח, האחר מאת פרופ' ידין (שם, בעמ' 272 ו-296).

## 2. תום לב

## א. משמעות הדרישה

סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים מביאים אל עולם החוזים, הממוסד והטכני, מונח השאלו מתורת המוסר והמידות, הלא הוא "תום לב".

שרבוב מונחים מתחום המוסר אל דין החוזים אינו חידוש מוחלט של חוק החוזים. גם בעבר נשמעו בבתי המשפט טענות של התנגשות החוזה בתקנת הציבור או איסור החוזה מטעמי מוסר.<sup>4</sup> החידוש שבהוראות סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים טמון במשמעות הדרישה להתנהגות תמה-לב ובתיקפה של דרישה זו.

המסקנה כי בהביאו אל עולם החוזים את המונח "תום לב" אימץ המחוקק תפיסה מוסרית טהורה של היתס החוזי תהא, כמובן, מרחיקת לכת. ברור כי אין זהות, אם גם תיתכן חפיפה, בין תום לב "משפטי" ובין תום לב "מוסרי". תום הלב האמור בחוק החוזים הינו קנה מידה מינימלי – לא אידיאלי – המעניק גמישות לחיובים החוזים, תוך מתן תוקף לערכי מוסר, כמו יושר והגינות, והקניית סמכות לבית המשפט למנוע תוצאות בלתי צודקות. בהקשר חוזי רוכז המונח "צדק" משמעות מיוחדת, לאמור: איוון האינטרסים של הצדדים לחוזה. כאן יש להבהיר כי השימוש במונח תום לב אינו מוליך לקראת התחשבות במאויים האינדיבידואליים של צד זה או אחר לחוזה מסויים. איוון האינטרסים של הצדדים, במסגרת עקרון תום הלב, צריך להעשות באמצעות הפשטה מן המקרה המיוחד אל האינטרסים האופייניים לקבוצות אליהן משתייכים הצדדים.

הדרישה לקיום בתום לב של חיובים, חוזיים או טרום-חוזיים, הינה דו-אנפית. מן הצד האחד הריהי דרישה מצטרפת, בהציבה חיוב נוסף לחיובים הרגילים: החיוב לנהוג בתום לב.<sup>5</sup> מן הצד האחר הריהי דרישה ממתנת ומינימלית, בהתירה – במקרים נאותים – סטיה מן הביצוע המושלם של החיוב, בתנאי שהביצוע והסטייה הימנו נעשו בתום לב.<sup>6</sup>

4 אך ראה: ע"א 585/63 ויראדך נ' מנהל בנקאי ישראלי, פד"י כ"ג (1) 491, 493: טענה בדבר אי-מוסריות "לא יכירנה מקומה... במישור הצד של המשפט האזרחי הפרטי".

5 בע"א 338/73 חברת חלקה 677 בג"ש 6133 ב"מ נ' אריה כהן, פד"י כ"ט (1) 365, 369, מתייחס השופט קיסטר לסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, הוזה בניסוחו לסעיף 39 לחוק החוזים. בסיום דבריו אומר השופט הנכבד: "יש להדגיש כי המחוקק השתמש במילים 'חיוב הנובע' ו'זכות הנובעת מחוזה' וגם לכך יש לייחס משמעות. חיובים אלה האמורים בסעיף 6 הם חיובים וזכויות המתווספים על האמור בחוזה ויש לראותם כאילו היו כתובים במפורש בחוזה". תורשה לי כאן הערה: יש להבדיל בין החיוב הנובע מחוזה ובין החיוב לקיים חוזה בדרך מקובלת ובתום לב. על החיוב מהסוג הראשון, שהוא תולדת רצון הצדדים (המפורש או המוסק מכללא), מחיל המחוקק את החיוב מהסוג השני. אדנות הצדדים לחוזה על קביעת תוכן החוזה והיקפו, הנובעת מעקרון חופש החוזים, אינה משתרעת על החיוב לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. חיוב זה – הוא ולא החיוב הנובע מחוזה – מתווסף לאמור בחוזה, על-פי מצוות המחוקק.

6 לתוצאה זהה – מיתון חיובי החוזה – ניתן להגיע על-ידי העתקת החיוב לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב מן החיוב אל הזכאי: זכותו שלו מוגנת רק כל עוד הוא עושה בה שימוש בדרך מקובלת ובתום לב. בנסיבות מסוימות עשויה ההתעקשות על ביצוע מושלם

סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן

בהעדר פירוש אותנטי של המחוקק למונח תום לב<sup>7</sup>, יש לפרש מונח זה על רקע מערכת עובדתית – מסחרית, כלכלית, תרבותית וחברתית – נתונה. בפנינו עקרון יחסי ודינמי אשר הפעלתו מותנית בערכים חברתיים ומוסריים כמו גם בנהגים מסחריים. עם זאת ברור כי המונח תום לב נושא מטען מוסרי. הצעתי הינה לפרשו כמושג סובייקטיבי-נפשי. תום לב פירושו יושר והגינות ומשמעותו זהות בין כוונה והתנהגות. פעולה או התנהגות בתום לב הינה, על כן, פעולה המונחית על-ידי שיכנוע פנימי ואמונה של הפועל בהגינותה של פעולתו<sup>8</sup>, לאו דווקא ולא בהכרח פעולה המתיישבת עם נורמה אובייקטיבית חיצונית.

## ב. דרך מקובלת ותום לב

בהכירו בגדיבות ובהרחבת בעקרון תום הלב הקריב, לפחות הקטין, המחוקק את יסוד הצפיות והבטחון בעסקאות חוזיות. בפנינו דוגמא לפרדוקס ידוע: הגבלת חופש (במקרה זה חופש החוזים) לשם הבטחת קיומו<sup>9</sup>. אולם המונח "תום לב" אינו מופיע בחוקי החוזים החדשים בבדידותו, אלא תמיד בסמוך למונח "דרך מקובלת"<sup>10</sup>. שילוב של הדרישות מביא למיתון יסודות אי-הבהירות ותוסר הבטחון הטמונים בתחלת הדרישה הכללית והאמורפית לנהוג "בתום לב". לשון "שילוב" – להבדילו מ"צרוף" – ננקטה במשפט האחרון במתכוון. לדעתי יש להתגבר על הפיתוי שמעורר ניסוח החוק לקריאת התיבה "בדרך מקובלת ובתום

ומדויק של החוזה לעמוד בניגוד לדרישת תום הלב. השווה: דברי השופט קיסטר בע"א 338/73 הנ"ל (בה"ש 5 לעיל), האומר בעמ' 369: "הצד השני באותו סעיף הוא היקף זכותו של צד הסוען לפי החוות, שגם ביחס אליו חל אותו דין, כלומר שאין הזכאי יכול להי-תפס במלה בחוזה ולנצל אותה אלא הוא חייב להשתמש באותה זכות שניתנה לו – כפי שמקובל בין אנשים המנהלים את עסקיהם בתום לב ובאמונה".

7 בניגוד לגישת המחוקק האמריקני אשר הגדיר תום לב (good faith) בסעיף 19(1)–201 ל-U.C.C. (החוק המסחרי האחד), כך: "honesty in fact in the contract or transaction concerned". לעומת הגדרה סובייקטיבית זו, המתייחסת לכל סוגי העסקאות עליהן חל ה-U.C.C., ראה סעיף 103(1)(b) ל-U.C.C. החל רק על חזי מכר והגדרתו את תום הלב אובייקטיבית.

8 שני פסקי-דין היחידים של בית-המשפט העליון המפרשים, אגב אורחא, את המושג "תום לב" בחקיקה החדשה, נראים כתומכים בהשקפה ה"סובייקטיבית" המובעת בגוף הדברים. בע"א 349/74 בנקרס אנר טריידרס חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנות עבר אל-רחמן חדר מחמד, פד"י כ"ט (1) 827, 833, מזכיר השופט חיים כהן את "החובה הכללית שלא לשקר אלא לנהוג בתום לב כלפי מי שרוצים להתקשר עמו בחוזה". הניגוד בין שני חלקי המשפט (המופרדים על-ידי התיבה "אלא") מחזק את טענת הזהות בין יושר ("שלא לשקר") ובין תום לב. בע"א 338/73 הנ"ל (בה"ש 5 לעיל), בעמ' 371, מבאר השופט קיסטר את החיוב לנהוג בתום לב באמצעות הלכה מן המשפט העברי: "אסור לרמות את בני האדם במקח וממכר או לגנוב את דעתם" (רמב"ם בפרק י"ח מהלכות מכירה, הלכה א'). אף כאן מעומתות תרמית וגניבת דעת עם תום הלב הנדרש בחוק.

9 השווה: Parsons, *The Structure of Social Action*, 1949, pp. 16–27.

10 השווה: סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים; סעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 4 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971.

לב" ככוללת שני הנאים מצטברים. אני סבורה כי שני המונחים "דרך מקובלת" ו"תום לב" קובעים אמת מידה אחת, יחידה ואחידה. אמנם החיוב לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב הינו חיוב דריאנפי, בעל צד היצוני-אובייקטיבי (דרך מקובלת) וצד פנימי-סובייקטיבי (תום לב), אולם שני פניו של החיוב אינם ניתנים להפרדה בהיותם אוצלים האחד על משנהו ותוחמים זה את זה: הדרך המקובלת מגדירה את הגבולות בהם יש לפעול בתום לב, ותום הלב קובע מהי דרך מקובלת נאותה. אך האצלה הדדית זו של הגורמים אינה הופכת אותם לשווי ערך. יסוד תום הלב הוא היסוד הדומיננטי בעוד שהדרך המקובלת הינה אך כלי עזר לקביעת קיומו (או העדרו) של תום הלב. לשון אחר: החובה לנהוג "בדרך מקובלת ובתום לב" מתמצית בדרישה לנהוג בתום לב, כאשר הדרך המקובלת אינה אלא אמת מידה אובייקטיבית לקיום דרישה זו. נחיתותה של "הדרך המקובלת" באה לידי ביטוי גם בחופש ההתנאה עליה. מעקרון חופש החווים משתמעת תקפות התנאה כזו, מפורשת או מוסקת: צד למשא ומתן הנוהג בתום לב, אך על-פי הדרך "המוסכמת" (לא "המקובלת") שבינו ובין בעל דברו, לא ייחשב כמפר את דרישת החוק. לעומת זאת מהווה דרישת תום הלב דרישה שאין להתפשר עמה. פירושה כדרישה דיספוזיטיבית, יעשה פלסתר את כוונת המחוקק ומטרת הוראות החוק הנוקטות במונח תום לב. בפנינו, אם כן, הוראת חוק אחת, המשלבת בתוכה יסוד קוגנטי ויסוד דיספוזיטיבי.<sup>11</sup> הדרך המקובלת ניתנת להתנאה, בעוד שיסוד תום הלב מצוי מחוץ לכוח ההתנאה של הצדדים.

גם אם אין הפירוש המוצע כאן עולה בבחירות מניסוח הוראות החוק, הריהו נתמך בשלושה נימוקים: היסטורי, פרשני וענייני.

(1) הנימוק ההיסטורי: מקור הדרישה הכללית לנהוג "בדרך מקובלת ובתום לב" הינו, כפי המסתבר, סעיף 242 לב.ג.ב. (ספר החוקים האזרחי הגרמני). סעיף 39 לחוק החוזים וסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, מהווים — כנראה<sup>12</sup> — העתק מתורגם ומשובש של סעיף 242 לב.ג.ב., ואילו סעיף 12 לחוק החוזים נוקט ניסוח זה, אם כי דרישתו מוסבת על שלב שונה ופרובלמטי יותר של היחס האובליגטורי.

11 לחלוקה שונה של יסודות קוגנטיים ודיספוזיטיביים בעקרון אחד, השווה: ברק, שליוחת, פירוש לחוקי החוזים (בעריכת טדסקי), 11 §, בעמ' 22; 376 §, בעמ' 390-391. המחבר נוקט "עמדת ביניים", כלשונו, בבואו לקבוע מהותה של חובת השלוח לנהוג בנאמנות כלפי השולח.

12 במבוא להצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970, ה"ח 880, מצוין "המשפט הקוני-טיננטלי" כמקור הדרישה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. הכוונה אינה יכולה להיות אלא לאחד מספרי החוקים של משפטי היבשת. עיון בחשובים שבהם מביא, בדרך האיי-לימינציה, אל המשפט הגרמני כמקור הוראותינו. סעיף 1337 לספר החוקים האזרחי האיטלקי (Codice Civile) משנת 1942, מציב אך דרישה להתנהגות בתום לב (buona fede). בדומה מסתפק סעיף 1134(3) לקוד סיביל הצרפתי בביצוע חוזים בתום לב (de bonne foi), אם כי הסעיף שלאחריו, סעיף 1135, מרחיב את הדרישה בתבעו כי הביצוע יהא בהתאם ליושר, למנהג ולחוק. רק סעיף 242 לב.ג.ב. הגרמני, משנת 1900, כולל, לכאורה, את הדרישה הכפולה לדרך מקובלת ותום לב. גם בארצות-הברית ניתן לגלות ניסוח סטטוטורי של עקרון תום הלב, וגם ניסוח זה מסתפק, דרך כלל, בדרישת תום הלב. אמנם אחד מסעיפי החוק המסחרי האחדיד (סעיף (b)(1)103-2 ל-U.C.C.) כולל מבחן

סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן

והנה, עיון בסעיף 242 לב.ג.ב. מעלה כי הדרישה בו הינה לקיום החיוב "בתום לב ובהתחשב בנהוג"<sup>13</sup>. על-פי ניסוח זה מוסבת ההתחשבות בנהוג על קביעת תום הלב ולא על הערכת ההתנהגות. ההתנהגות החייב איננה כפופה לשני מבחנים מצטרפים: דרך מקובלת ותום לב, אלא רק למבחן אחד: תום לב, אשר נקבע, כך מורה סעיף 242 לב.ג.ב., תוך התחשבות בנהוג.

(2) הגימוק הפרשני: סעיף 12(ב) לחוק החוזים, המצייד את הוראת סעיף 12(א) ב"שיניים", קובע חבות בפיצויים של "צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום לב". ניסוח זה מסתבר רק על רקע ראיית החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב כחובה אחת. אילו דיבר סעיף 12(א) בשני תנאים נבדלים, היה מקום לחייב בפיצויים גם צד שלא מילא אחר אחד מהם<sup>14</sup>.

(3) הגימוק הענייני: פירוש הוראות החוק המטילות חובה לנהוג "בדרך מקובלת ובתום לב", כקובעות שני תנאים עצמאיים ומצטברים, סופו שיביא למבוי סתום, בעיקר במקרים של ניגוד פנימי בין התנאים<sup>15</sup> (למשל: כאשר הדרך "המקובלת" בענף מסחרי מסוים גובלת בתחרות פרוצה או כוללת תחבולות ומירמה).

חשיפת מגוון ההוראות הדנות בתום לב, בחינת מקורן ההיסטורי של הוראות אלו והתחקות אחר כוונת המחוקק מוליכים, אם כן, למסקנה כי החובה לנהוג "בדרך מקובלת ובתום לב" הינה חובה אחת, שעיקרה דרישת תום הלב, בעוד הדרך המקובלת טפלה לדרישה זו ומהווה אך אמצעי ליישומה.

חולשתו הגדולה של הפירוש המוצע כאן הינה, כנראה בעליל, היותו מנוגד ללשון החוק. כדי להשיג תיאום בין לשון המחוקק ובין כוונתו אני מציעה לשנות את ניסוח הוראות החוק בהן מופיעה התיבה "בדרך מקובלת ובתום לב"<sup>16</sup>. שינוי כזה יכול להעשות באחת משתי דרכים:

כפול של יושר והתחשבות בנהוג, אולם זהו סעיף בעל תחולה מוגבלת (רק בעסקאות מכר ולגבי סוחרים) ומכל מקום הנהוג המוזכר בו מהווה אך יסוד אחד בהגדרת תום הלב והופכת, עקב שרבו, מהגדרה סובייקטיבית (סעיף 19(1) ל-U.C.C.) להגדרה אובייקטיבית. לביקורת גישתו של מחוקק ה-U.C.C. בסוגיית תום הלב ראה: Summers, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", 54 (1968), *Va. L. Rev.* 195.

13 "Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken wie *True und Glauben* mit Rücksicht auf die *Verkehrssitte* es erfordern" (ההדגשה שלי – ג.ש.).

14 סעיף 12(ב) להצעת חוק החוזים מנוסח בצורה מוצלחת יותר, באשר הוא מדבר בפשטות על "צד שלא קיים חובה זו" לאמור: החובה הגלומה בסעיף 12(א). הטענה כי עצם השוני בין ניסוח סעיף 12(ב) בהצעת החוק ובחוק עצמו מלמד על כוונת המחוקק נראית לי מופרכת.

15 ראה, ד' אבן, "Culpa in Contrahendo", עיוני משפט, א', עמ' 328, 341-342. וראה גם דברי השופט קיסטר בע"א 338/73 (בה"ש 5 לעיל), בעמ' 369: "המחוקק לא יכול להתכוון בדרך מקובלת אצל רמאים אלא על החייב לפעול בדרך מקובלת במשא ומתן הוגן".

16 הוראות אלו הן: סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים; סעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 4 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971; וכן סעיף 3 להצעת חוק חוזה עבודה, תשכ"ח-1968.

- (1) ויתור על איזכור הדרך המקובלת, כך שתיוותר רק הדרישה לנהוג בתום לב.<sup>17</sup> דרישה זו תתפרש ממילא על-פי אמות המידה האובייקטיביות המקובלות: סבירות, נהג, נסיבות הענין.
- (2) ניסוח שיציב את דרישת תום הלב כדרישה עילאית, תוך שיבהיר כי הדרך המקובלת מוסבת על תום הלב (ולא על התנהגות החייב) ומהווה כלי עזר לפירושה וליישומה של החובה לנהוג בתום לב. למשל: "...לנהוג בתום לב על-פי המקובל" או "...לנהוג בתום לב בהתחשב בדרך המקובלת" או "...לנהוג בתום לב במידה המקובלת".

### 3. משא ומתן

#### א. החידוש של סעיף 12

בחיי המסחר והעסקים דהאידינא, אין להשקיף עוד על החוזה כעל תולדה של אחדות הזמן, המקום והאירוע. במקרים רבים<sup>18</sup> מקדים משא ומתן את כריתת החוזה. במסגרת משא ומתן זה, המהווה לעיתים תהליך ממושך ומייגע, נדונים נושאים שונים הקשורים לעיסקה. סיכומים של נושאים אלה, על דעתם של הצדדים למשא ומתן, מהווה את החוזה המוגמר.<sup>19</sup>

היש חשיבות, במסגרת דין החוזה<sup>20</sup>, למשא ומתן טרום-חוזה?

- 17 כך מנוסחות הוראות תום הלב בספרי החוקים החשובים שביבשת אירופה (למעט גרמניה) ובארצות-הברית. ראה ה"ש 12 לעיל.
- 18 אך לא בכולם. העדרו של משא ומתן מתהליך כריתת החוזה האחיד הינו אחד הגורמים שהניעוני בעבר להציע את הפקעת החוזה האחידים מתחום החוזה. ראה שלו, תניות פטור בחוזה, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, 1974, עמ' 38-42.
- 19 הדינמיקה של כריתת החוזה ניתנת לתיאור גם באמצעות הטרימינולוגיה הקלסית של הצעה וקיבול. לשם כך יש לראות בסיכום הנושאים שנדונו במהלך המשא ומתן את תנאי ההצעה הסופית אשר, אם וכאשר תעשה, תהפך לחוזה עם קיבולה. לדעתי מאפשרת התפיסה התיאורטית שביסוד חוק החוזה, הכרה בקשר הדין בין הצדדים גם כאשר לא ניתן לחשוף את חוליות השרשרת הכרונולוגית של הצעה-קיבול-חוזה. סעיף 5 לחוק החוזה תובע כי הקיבול יהא "לפי ההצעה", אך לא בתגובה להצעה, ובקבעו מבחן אובייקטיבי טהור הריחו פותח את הדרך בפני הכרה בחוזה גם במקרה של "הצטלבות הצעות" (בניגוד למשפט המקובל: *Tinn v. Hoffman*, 29 L. T. R. (N.S.) 271 (1873)). הוא הדין בתחום ההצעות לציבור: חוזה שראשיתו בהצעה כזו אינו טעון עוד ידיעה של המקבל (שוב, בניגוד למשפט המקובל: *R. v. Clarke* (1927) 40 C. L. R., 227); גם ביצוע שלא בא בתגובה להצעה, אך ממלא את תנאיה, ייחשב "קיבול דרך התנהגות" המשלים חוזה. אכן, חלוקת התפקידים בין צדדים לעיסקה ל"מציע" ו"ניצע" (או "מקבל") הינה, בנסיבות רבות, חסרת משמעות ותועלת. כך, למשל, כאשר נפגשים במשרדו של עורך-דין אנשי עסקים המעוניינים, כל אחד מטעמו, בעיסקה, ועורך-הדין מבאר להם את פרטי העיסקה ומחתים על החוזה שהכין והמבטא אותה עיסקה. ניתוח הסיטואציה העובדתית בלא הוצקת למנחי "הצעה" ו"קיבול" נראה נכון ופורה גם לגבי עסקאות שיסוד ההתמקחות מאפיין, כמו מכר בשוק.
- 20 דין הנויקין מציע לעיתים סעד בגין נזק הנגרם בתהליך המשא ומתן הטרם-חוזה. אולם כדי שנוק כזה יהא בר פיצוי, עליו ליזול בגדר אחד מאבות הנויקין המוכרים (המועמדים

סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן

נקל לשער שיטת משפט המשיבה בשלילה לשאלה זו, על דרך של "ממה נפשך": אם מבשיל המשא ומתן חוזה, מהווה החוזה מקור בלעדי לחיובי הצדדים. ואילו אם "מתפוצץ" המשא ומתן, בטרם תושג הסכמה, אין לצדדים קולר חוזי לתלות עליו את זכויותיהם.

חיתוך חד וחלק זה, שנערך בעבר במשפט המקובל: "חוזה או לא-חוזה"<sup>21</sup>, אינו יכול עוד לעמוד. אין הוא מדויק במסגרת המשפט המקובל עצמו<sup>22</sup>, ואין הוא נכון במסגרת דין החוזים החדש שלנו, כפי שבוסא בחוק החוזים בשנת 1973, ובעיקר בסעיף 12 אשר בו.

סעיף 12 לחוק החוזים, הקובע בחלקו הראשון כי "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב", מערער את יסודות השניות האופיינית לדין החוזים האנגלי. הדילמה: חיוב חוזי, כן או לא, הופכת טרילמה, משצפה אפשרות שלישית: חיוב הנובע מעצם עובדת המשא ומתן, הוא החיוב לנהוג "בדרך מקובלת ובתום לב". סעיף 12 מכיר בקשר של חיוב במצבים בהם טרם בוטאו, ואולי לא יבוטאו לעולם, הצהרות רצון סופיות של הצדדים.

סעיף 12 הוא הסעיף המהפכני ביותר בחוק החוזים החדש. לא זו בלבד שיחד עם סעיף 39 לחוק הוא מביא אל עולם החוזים את עקרון תום הלב כעקרון חולש, אלא בנוסף הריהו מרחיב את תחום שליטתו של דין החוזים גם במישור בזמן, על-ידי התערבות בשלב המשא ומתן, שלא נשלט בעבר על-ידי דין החוזים<sup>23</sup>.

המידים כאן הינם רשונות ותרמית). מקרים רבים הנכללים באורח היפותטי בתחום דיוגנו אינם ניתנים לעיגון במשבצות הנוקיות המוכרות. שונה, כמובן, המצב בשיטת משפט, כמו שיטת המשפט הצרפתי, המכירה באחריות נוקיית כללית (סעיף 1382 לקוד סיביל). בשיטה כזו אין צורך מעשי ואין צידוק תיאורטי לדון, במסגרת דין החוזים, בשאלת הנזק הנגרם במהלך משא ומתן טרם חוזי.

21 Corbin, *Contracts*, 1a, rev. ed. 1963, § 29, at pp. 82-85; Knapp, "Enforcing the Contract to Bargain", 44 (1969), *N. Y. U. L. Rev.* 673, 675; Henderson, "Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine", 78, *Yale L. J.* 343, 357-360; צלטנר, "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי)", תשל"ו-1970, עיוני משפט, ג', עמ' 121, 130.

22 המשפט המקובל מכיר, בנסיבות מסוימות, בחיובים חוזיים שהם תולדת המשא ומתן. למשל: כאשר ניתן להסיק קיומו של חוזה נספח (Collateral Contract). בלבושו האמריקאי מכיר המשפט המקובל אף בעילת תביעה עצמאית בגין הבטחות שהופרו במהלך משא ומתן: *Hoffman v. Red Owl Stores Inc.*, 26 Wis. 2d. 683. וראה ה"ש 113 להלן.

23 הכוונה כאן הינה למשא ומתן ככזה, ולא למשא ומתן אשר מבשיל בסימו חוזה או למשא ומתן אשר במהלכו נפל פגם בכריתת החוזה.

כאשר נכרת בין הצדדים "הסכם מוקדם" שנשואו התחייבות עתידית להתקשר בחוזה המוגמר, מתעוררת שאלת חוקפו המהותי של הסכם כזה: האם הוא מהווה חוזה המחייב אלתר, ועריכת החוזה המוגמר אינה אלא איגצידנט בביצועו, או, דילמא, אין בו, בהסכם המוגמר, אלא התחייבות מותגית שתרכוש את תוקפה עם חתימת החוזה המוגמר, אשר ההסכם המוקדם ישמש חומר גלם לעריכתו. השאלה בסוגייה זו הינה השאלה הבנאלית כמעט בתחום דיני החוזים: מה היתה כוונת הצדדים, או: האם גמרו הצדדים דעתם ליצור ביניהם קשר חוזי? תשובה חיובית לשאלה זו מפקיעה את הדיון מתחום המשא ומתן ומעבירה אותו לתחום החוזים. תשובה שלילית השמיטה בעבר את הקרקע מתחת רגלי הטענה שניסתה לייחס חוקף להסכם או לזכרון הדברים שנערך תוך ציפיה וצפייה



## ב. עימות תום לב עם אשם בהתקשרות

התחקות אחר משמעותו העיונית של סעיף 12 ובירור השלכותיו המעשיות מחייבים עריכת מסע היסטורי-השוואתי קצר.

מקורו הרעיוני וההיסטורי של סעיף 12 לחוק החוזים הינו, על-פי עדות מציעיו<sup>24</sup>, תורת "culpa in contrahendo" (אשם בהתקשרות)<sup>25</sup> שנוסדה על-ידי המלומד ירהינג<sup>26</sup>.

תורה זו, הקובעת חבות בפיצוי נזק שנגרם במהלך משא ומתן, אשר לא נסתיים בחוזה תקף, תוארה ונותחה בהרחבה ובעמקות במקומות אחרים<sup>27</sup>. דיון פורה במש-מעותה ובהשתמעויותיה של הוראת סעיף 12 אינו מחייב כיום יותר מציון מספר היבטים האופייניים לתורת האשם בהתקשרות, תוך עימותם עם הוראת החוק שלנו.

## (1) בסיכו העיוני של החיוב

החיוב הצומח כתוצאה מאשם בהתקשרות הינו, לדעת ירהינג, חוזי במהותו.

לחווה מוגמר. עם חקיקת חוק החוזים אין עוד בתשובה שלילית לשאלת תוקפו החוזי של ההסכם המוקדם כדי לתרוץ את הדיון. ההסכם המוקדם, גם אם אין לו תוקף חוזי, יכול וישמש גודת משען לדיון בהתנהגות הצדדים למשא ומתן. וראה להלן הדיון במקרים אופייניים של העדר תום לב במשא ומתן, בעמ' 136 ואילך.

24 הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970, ה"ח 880, מבוא ודברי הסבר לסעיף 12.  
25 המונח "אשם" נראה מדויק יותר לתרגום "Culpa" מאשר המונח "הפרה" בו נוקטים מציעי החוק במבוא להצעה ובדברי הסבר לסעיף 12. מוטב לייתר את ה"הפרה" לחוזה שנכרת. תרגום "Contrahendo" ל"התקשרות" כדעד להביע את רוחב היריעה של התורה, המתייחסת לתהליך המשא ומתן, ולא רק לכריתת החוזה (ראה ראבילו, "על חוזה נכר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי", *משפטים*, ב', עמ' 502), או ליצירתו (ראה אבן, "Culpa in Contrahendo", *עיוני משפט*, א', עמ' 326, 328).

26 אין מקורה של תורה זו, חרף שמה הלטיני ובניגוד להנחת מציעי החוק (ראה מבוא להצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970, ה"ח 880, 126), במשפט הרומי. ראשיתה במאמרו של ירהינג: "Culpa in Contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zu perfektion gelangten Verträgen", 4 *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1-112. המאמר נדפס במלואו גם ב-*Gesammelte Aufsätze den Jahrbüchern*, 1 (1881), 327-425. *für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 327-425. אמנם ירהינג ניסה לייחס את חידתו למשפט הרומי, אך נראה כי פירושו את הקורפוס יוריס בהקשר זה היה מגמתי: K. Larenz, "The Open Legal Development in Germany" in Dainow (ed.), *Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law*, 133, 151. המשפט הרומי אינו מכיר בעילת תביעה בגין אשם – להבדיל מתרמית – בהתקשרות: צלטנר, "המצאות במשפט", *הפרקליט*, י"ט, עמ' 122, 126.

27 ראה: Kessler & Fine, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract, A Comparative Study", 77 (1964), *Harv. L. Rev.* 401; Millner, "Contrasts in Contract and tort", 16 (1953), *Current Legal Problems*, 68, 77; Powell, "Good faith in Contracts", Rep. from: 19 (1956), *Current Legal Problems*, 16; צלטנר, "המצאות במשפט", *הפרקליט*, י"ט, עמ' 122, 125-127; אבן, "Culpa in Contrahendo"; *עיוני משפט*, א', עמ' 328; ראבילו, *פרקים בדיני חיובים*: מן המשפט הרומי אל חוק החוזים החדש, בהוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, שער שני, חלק רביעי, פרק ראשון (עדיין לא פורסם).

דעה זו קשה לעיכול משתי בחינות. ראשית, עצם הצורך בתורה של אשם בהתקשרות נובע מהעדר חוות תקף, המזין תביעה חוזית<sup>28</sup>. על מה ניתן, אם כן, להשתית את החיוב האמור? תשובתו – הדחוקה קמעא – של ירינג: החוזה, אם גם בלתי תקף לגבי כל ענין אחר, נשאר קיים לשם תביעת הפיצויים בגין אשם בהתקשרות. שנית, במשפט הרומי – ממנו שאב ירינג את תורתו<sup>29</sup> – לא הוכר עקרון כללי של אחריות חוזית בגין אשם בהתקשרות<sup>30</sup>.

אך גם השתתת החיוב על אדני האשם אינה פשוטה. המשפט הרומי הקדום – כמוהו כמשפט האנגלי בימי ירינג<sup>31</sup> – לא הכיר בחבות בגין האשם מחוץ ליחסים חוזיים<sup>32</sup>. המשפט הקונטיננטלי השקיף, לעומת זאת, על חבות בגין אשם הנוצרת במסגרת יחס חוץ, כעל חבות נזיקית. ואכן, ירינג עצמו לא דבק ביסוד האשם לאורך כל הדרך. בשלב מסוים של מאמרו<sup>33</sup> הוא מוכן להניח רשלנות מכוח חוקה.

עיבוד מאוחר של תורת ירינג נטה לפרשה כמתמצית בתנאי מכללא הטבוע בעצם מעשה ההתקשרות ושעל-פיו מולאו הדרישות החוקיות לקיום החוזה כמו גם הדרישה של העדר אשם בהתקשרות<sup>34</sup>.

תורת האשם בהתקשרות אומצה מפורשות וכעקרון כללי רק בספר חוקים אחד באירופה, הוא ספר החוקים האזרחי האיטלקי משנת 1942<sup>35</sup>. אולם השפעת תורה זו של ירינג ניכרת היטב ברחבי היבשת והיא מהווה חלק מדין החיובים של שיטות משפטיות שם. דוגמא מובהקת הינה המשפט הגרמני, מכורתה של התורה הנדונה. מעצבי הבגב. לא קלטו את עקרון האשם בהתקשרות באורח מפורש וכולל<sup>36</sup>, אולם

28 ירינג מעיד על עצמו כיצד הגה את תורתו. בראשית מאמרו "Culpa in contrahendo", הנזכר בה"ש 26 לעיל, הוא מספר כי משך השנים בהן הירצה בסוגיית הטעות התקשה בשאלת חבותו בפיצויים של הטועה בגין הנזק שנגרם לצד האחר עקב הטעות. המקורות הוליתו לתשובה שעמדה בסתירה למצפוני המשפט, לאמור: העדר חבות עקב העדר חוזה. על כן פנה ירינג להרחבת המושגים החוזיים והעתקתם מן התחום החוץ אל התחום הטרום חוץ, וקבע כי אשם הקשור בעיסקה המתוכננת צריך להיות מקור לפיצוי. שוב לפי עדות ירינג עצמו, אשר ראה את תגליתו החשובה ביותר במציאת שתי קבוצות מקרים בהם הכיר הדין הרומי בחבות: מכר של נכס שהוא "מחוץ למסחר" כמו קרקע קדושה, או אדם בן חורין, ומכר של זכות או ירושה שאינה קיימת: *Digesta*, 18, I, fr. § I 62. במקרים אלה העניק הדין הרומי פיצויים חרף בטלות המכר וירינג הראה כי לא ניתן לבסס פיצויים אלה על תרמית המוכר.

30 ראביל, "על חוזה נבצר ביצוע ועל האחריות בכריתת חוזה במשפט הרומי", *משפטים*, ב', עמ' 502.

31 בטרם התקדים המהולל *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, שהכיר באחריות בגין רשלנות כבלתי מותנית בקיום קשר חוץ.

32 Munroe Smith, *A General View of European Legal History*, 1927, Columbia U. Press, pp. 195–200.

33 הנ"ל בה"ש 26 לעיל, שם, בעמ' 36.

34 Windscheid, *Pandecten*, 1866.

35 סעיף 1337 לספר החוקים האזרחי האיטלקי קובע בפשטות: "במשא ומתן ובכריתת חוזה על הצדדים לנהוג בתום לב".

36 Riegert, "The West German Civil Code, its Origin and its Contract Provisions", 45 (1970), *Tulane L. Rev.*, 48.

עקבותיו והשפעתו גיכרים בהוראות שונות של ספר החוקים האזרחי הגרמני, הן במובנו הצר של העקרון, כקובע חבות המבוססת על אשם<sup>36</sup>, הן במובנו הרחב, כמגן על הסתמכות הצד השני למשא ומתן<sup>37</sup>. בית-המשפט העליון בגרמניה אף הרחיק לכת והחיל את העקרון על קבוצות מקרים שלא ניתן לעגן בהוראות הבג.ב.<sup>38</sup> גם המשפט הצרפתי מחיל את תורת האשם בהתקשרות, אם כי בהיקף מוגבל<sup>39</sup>. כך, למשל, ניתנות לביאור תוצאותיו המעשיות והתיאורטיות של הדיון במשפט הצרפתי בשאלת החזרה מן ההצעה<sup>40</sup>, רק על-פי ההנחה כי תורת האשם בהתקשרות מופעלת בצרפת<sup>41</sup>.

שאלת בסיסו העיוני של החיוב שהוא תולדת סעיף 12 לחוק החוזים נפתרה על-ידי בעבר בפשטות (ואולי בפשטנות<sup>42</sup>): "החבות נובעת מן החוק"<sup>43</sup>. גם היום אני סבורה כי עובדת היות החיוב לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא ומתן יציר הוראתו ורצונו של המחוקק, מייתרת את הצורך ומפחיתה את התועלת שבמיון תיאורטי של החיוב האמור. בפנינו חיוב הצומח מן הנסיבות האובייקטיביות ונוצר על-ידי מגע חברתי המיועד להתקשרות חוזית. האסוציאציה המיידית לחוזה מתאשרת עם חקירת מהות החיוב: עם יצירת המגע האמור יוצאים הנושאים והנותנים מן התחום של חובות חוק-חוזיות, נגטיביות בעיקרן, ונכנסים אל תחום החובות הפוזיטיביות, הדומות במהותן

36 תורת האשם בהתקשרות במובנה הצר, כקובעת חבות המבוססת על אשם, משתקפת בסעיף 307 לבג.ב. הדן בנבצרות ביצוע. סעיף זה קובע כי מי שהתקשר בחוזה נבצר ביצוע, וידע, או צריך היה לדעת, אידות נבצרות הביצוע, חייב לפצות את הצד השני בגין כל נזק שגרמה לו הסתמכותו על תקפות החוזה. הסעיף הנוכח כולל שתי הגבלות. אחת קובעת כי גג הפיצוי הינו האינטרס החיובי של הנפגע בתקפות החוזה, והאחרת שוללת אפשרות של יצירת החיוב בפיצויים כאשר הנפגע ידע, או צריך היה לדעת, על נבצרות הביצוע.

השפעת תורתו של ירהינג מתבטאת בסעיף 307 בשלושה: (א) קביעת האשם כבסיס החבות; (ב) הגבלת החבות למקרים של נבצרות ביצוע מקורית (כלומר שהיתה קיימת בעת כריתת החוזה); (ג) חלוקת הסיכונים בין הצדדים תוך שאיפה להגן על אינטרס הסתמכות.

37 סעיפים אחרים של הבג.ב. מרחיבים את תחולת תורתו של ירהינג, בכך שאינם מחייבים את החיוב בפיצויים בקיום אשם, אלא בסיס החבות הינו הסתמכות הצד השני. כך מחייבים סעיפי הבג.ב. את מי שעורך הצהרה ללא כוונה רצינית, או תוך טעות לגבי חוכן ההצהרה, או ללא כוונה התקשרות, כמו גם במקרים של מסירה משוששת, בפיצוי הצד השני בגין הנזק שגרמה לו הסתמכותו על ההצהרה (סעיפים 118, 119, 120 ו-122 לבג.ב.). אף בתחום זה, כמו בסעיף 307 לבג.ב. (הנ"ל בה"ש 36 לעיל), קיימים שני סייגים לחבות: האינטרס החיובי כגבול עליון לפיצויים; אי-יצירת החבות כאשר הצד השני ידע, או צריך היה לדעת, על בטלות ההצהרה.

Schwenk, "Culpa in Contrahendo in German, French and Louisiana Law", 38 Tulane L. Rev., 87, 91 (1940), 15.

39 הוראת סעיף 1382 לקוד סיביל הקובעת נורמה של אחריות נזיקית כללית מייתרת במידה רבה את ההיזקקות של המשפט האזרחי הצרפתי לתורת האשם בהתקשרות.

40 שאלה זו תידון להלן בעמ' 141 ואילך.

41 גם סעיף 1599 לקוד סיביל, הקובע חבות בפיצויים של מוכר נכס השייך לאחר, שלא גילה את הפגם בזכותו, מוסבר על רקע הכרת המשפט הצרפתי בתורת האשם בהתקשרות.

42 ראה ביקורתו של ראבילון, ה"ש 27 לעיל, שם, שער שני, חלק רביעי, פרק רביעי, הטכסט ליד ה"ש 76 ואילך.

43 שלו, תניות פסוד בחוזים, § 166, ה"ש 33, בעמ' 176.

סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן

לחובות חוזיות<sup>44</sup>; שהרי גם זוהי מהות החוזה: הגדלת היקף החיובים המוטלים על הצדדים לו. נוכח "שיריון" הוראת סעיף 12(א) וציודה בסנקציה מיידית בסעיף 12(ב) לחוק החוזים, די לקבוע כי בין צדדים למשא ומתן נוצר קשר של חיוב, הצומח מן הנסיבות האובייקטיביות, ותכנון – התנהגות הצדדים.

## (2) תוכן החיוב

שאלה אחרת, קשה וחשובה יותר משאלת בסיס החיוב, הינה מהם יסודותיו של החיוב שיוצר סעיף 12 לחוק והאם הם זהים ליסודות החיוב הנובע מתורת האשם בהתקשרות. החיוב לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב משלב צד אובייקטיבי (דרך מקובלת) וצד סובייקטיבי (תום לב). ניסיתי להראות לעיל<sup>45</sup> כי הדרישה העילאית בחיוב זה הינה דרישת תום הלב, בעוד שהדרך המקובלת אינה אלא אמצעי לפירוש החיוב ויישומו במערכת עובדתית נתונה.

החיוב שלא לנהוג ב"אשם" (culpa) בהתקשרות כולל – לפחות – העדר רשלנות, אשר קיומה נקבע על-פי אמות מידה אובייקטיביות<sup>46</sup>. אולם גם גורם האשם אינו ניתן למיצוי במונחים אובייקטיביים, בהיותו ביסודו מושג מוסרי אשר הדין מקנה לו תוצאות משפטיות<sup>47</sup>.

אם יתקבל הפירוש המוצע כאן, על-פיו חולשת דרישת תום הלב וממצה את החיוב שבסעיף 12, לא תילכד התנהגות רשלנית גרידא בגדר החיוב שבסעיף זה: אמנם התנהגות כזו יכולה להחשב כסוטה מן הדרך המקובלת, אולם אין היא כורכת בהכרח העדר תום לב. לעומת זאת שקול תמיד העדר תום לב כנגד אשם.

אמור מעתה: יסודות החיוב על-פי תורת האשם בהתקשרות אינם זהים ליסודות החיוב שיוצר סעיף 12 לחוק החוזים. במקרים בהם מתמלא יסוד האשם ונעדר תום לב קיימת חפיפה בין שני סוגי החיובים. אך ייתכנו מצבים בהם התרשל צד למשא ומתן, תוך שהתנהגותו היתה ברת-לבב; תורת האשם בהתקשרות היתה מטילה עליו חיוב בפיצויים ואילו סעיף 12 אינו תופסו ברשתו.

מצדדי ההשקפה האובייקטיבית, על-פיה כמה חבות בפיצוי מכוח סעיף 12 כאשר ישנה סטייה מנורמה התנהגותית<sup>48</sup>, יכולים להעלות כאן את מצוקת הצד השני למשא ומתן: האם על צד זה, אשר עובדת הנזק שנגרם לו באשמת בעל דברו מעניינת אותו הרבה יותר ממצבו הנפשי של הלוח, לשאת על גבו את מחיר האבחנות שבין אשם והעדר תום לב?

תשובתי לטענה זו נובעת מתפיסת סעיף 12, וסעיף 39 לצידו, כמיועדים להכניס

44 אך האין זו סמנטיקה בעלמא? על דרך ההיפוך ניתן להגדיר חובות "פוזיטיביות" אלו כחובות "נגטיביות". כך יתכן שהחיבה (הפוזיטיבית) לשיתוף פעולה תפורש כחובה (הנגטיבית) להימנע מפגיעה באינטרס הזולת.

45 בעמ' 122.

46 Kessler & Fine, "Culpa in Contrahendo", 77 (1964), *Harv. L. Rev.*, 401, 406 f.n. 20.

47 René David, "Supereminent Principles in French Law" in Dainow (ed.), *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law*, 119, 126.

48 ראה: ראבילון, ה"ש 27 לעיל, שם, שער שני, חלק רביעי, פרק רביעי, הטכסט ליד ה"ש 35 ואילך.

למשפטנו הפוזיטיבי השקפה מוסרית של היחסים הטרומ-חוזיים והחוזיים. בעוד תורת האשם בהתקשרות מתעניינת במצבו של הנפגע ומגנה על הסתמכותו, הרי נקודת הכובד בסעיף 12 איננה נזקו של "הצד השני" אלא העדר תום לבו של "הצד הראשון". האינטרס של הצד השני יכול גם היום, כמו בעבר, לבוא על סיפוקו, המלא או החלקי, באמצעות העילות השגרתיות של דין החוזים המסורתי. לצד עילות אלה נוסף עתה עקרון תום הלב, כעקרון חולש ושיורי<sup>49</sup>. "עילוב הדרישה בדבר" "דרך מקובלת" בחקיקה החדשה<sup>50</sup>, אינו יכול לשנות את המטען המוסרי הנושא מושג תום הלב. אל לנו להרתע מפני מושגים סובייקטיביים. בלאי הכי יוחלו גם הם בדין הפוזיטיבי באמצעות אמות מידה אובייקטיביות-היצוניות. וכי כיצד ניתן יהיה לברר קיומו, או העדרו, של תום לב אצל צד למשא ומתן, אם לא תוך בחינת נסיבות הענין, נוהגי המסחר, פרשנות המסמך וכיוצא באלו גורמים אובייקטיביים המעידים על מצב דעתו של המתקשר, ונקבעים במסגרת דיני הראיות הנוהגים בבתי-המשפט שלנו, דינים שאף הם אובייקטיביים מעצם טיבם. שימוש באמות מידה אלו יוליך בהכרח לצמצום הפער שבין קביעת מצב דעתו של צד לעיסקה ובין קביעת ההצדקה להסתמכותו של הצד האחר על ההסתקפויות החיצוניות של מצב דעת זה. יחד עם כך מביאה נקיטת המושג תום לב בחקיקה החדשה להרחבת חורי המסגרת של דין החיובים: מי שפועל בתום לב (ומוכיח תום ליבו) במהלך משא ומתן, לא יחוייב בפיצויים במסגרת סעיף 12.

### (3) היקף החיוב

תורת האשם בהתקשרות נועדה לפתרון צודק ומאוזן של המקרים בהם לא נכרת חוזה עקב התנהגותו האשמה של צד במהלך משא ומתן. ממילא הוגבלה תורה זו לאותם מקרים. משנכרת חוזה תקף, קבע מחוללה של התורה הנדונה, חולש עליו הכלל האוסר "אשם בביצוע" (*culpa in faciendo*) בתבוע הפעלת זהירות נאותה בביצוע החוזה<sup>51</sup>. חידושו של יהרינג היה בהקדמת המועד בו מתחילה החובה להפעיל זהירות נאותה (*diligentia*) מרגע כריתת החוזה אל ראשית המשא ומתן.

כביעה לפיתוי ההשוואה בין תורת האשם בהתקשרות ובין סעיף 12 יכולה להביא כאן לידי טעות אופטית. שהרי לכאורה משתקף החיתוך הברור בין שלב המשא ומתן ושלב קיום החוזה גם בניסוח הוראות חוק החוזים: בעוד סעיף 12 מגלם את תורת האשם בהתקשרות, מגלם סעיף 39, התובע קיום בתום לב של חיובים הנובעים מחוזה, את תורת האשם בביצוע. ולא היא.

השוואה בין החיוב הנוצר על-פי תורת יהרינג ובין החיוב הקם על-פי מצוות המחוקק בסעיף 12 העלתה כבר כי אין זהות, אם כי תיתכן חפיפה, בין יסודות החיובים<sup>52</sup>. הוא הדין לענין היקף תחולתם של החיובים: סעיף 12, במובחן מתורת יהרינג, הינו בר תחולה גם במקרים בהם נכרת חוזה בסיומו של משא ומתן שנפגם בהעדר תום לב של אחד הצדדים לו. על מקרים אלה לא יחול סעיף 39 לחוק החוזים באשר דרישת תום הלב שבו מוסבת מבחינה כרונולוגית, על השלב שלאחר כריתת החוזה. ניסוחו של

49 ראה להלן בעמ' 149 ואילך.

50 ראה לעיל בעמ' 121 ואילך.

51 Jhering *Gesammelte Aufsätze, op. cit.*, supra n. 26, at p. 363

52 ראה לעיל בעמ' 129.

סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן

סעיף 12<sup>53</sup> תומך בהצעה<sup>54</sup> להרחיב את לבושה המקומי של תורת האשם בהתקשרות, ולהחיל את החיוב לנהוג בתום לב במשא ומתן גם כאשר נכרת לבסוף חוזה. הרחבה מוצעת זו מתיישבת יפה גם עם הגיונה הפנימי של תורת האשם בהתקשרות, כתורה הקובעת עקרון רקע. אין צידוק ענייני לפטור צד מחובת הפיצוי, כאשר התנהגותו במהלך המשא ומתן גרמה נזק לזולתו, אם גם לא הביאה בכנפיה את בטלות החוזה. תימוכין לגישה זו ניתן למצוא במגמתו הכללית של המחוקק לקיים חוזים במידת האפשר. חוק החוזים מכיר בבטלות מעיקרא של חוזה רק במקרים נדירים וקיצוניים<sup>55</sup>. אפילו במקרים אלה יש ומוענק לבית-המשפט הכוח לחייב צד בקיום חיוב (על-פי חוזה בטל)<sup>56</sup>. גישה זו של המחוקק מפתחה את מספר המקרים בהם יגרור העדר תום לב את בטלות החוזה, ותומכת בהחלת סעיף 12 גם כאשר נכרת חוזה ונוצרו חיובים חוזיים בני-פועל<sup>57</sup>.

תחום נוסף בו מרחיב סעיף 12 את גבולה של תורת האשם בהתקשרות הינו תחום המקרים בהם מוסבת טענת העדר תום הלב על שלב כריתת החוזה, ולא על שלב המשא ומתן הקודם לכריתתה<sup>58</sup>. החלת הדרישה לנהוג בתום לב בשלב של עצם כריתת החוזה, הוא השלב בו נפגשים הצעה וקיבול על-פי הוראות פרק א' לחוק החוזים, מסתברת יותר מהגיון הדברים ומרוח החוק מאשר מניסוח הוראותיו. קריאת הסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים במעורבותם עשויה לתמוך בטענה כי שלב הכריתה "גופל בין שני הכסאות", בין שלב המשא ומתן ובין שלב קיום החוזה, ואף אחד משני הסעיפים הדורשים תום לב אינו חל עליו. אולם טענה כזו אינה הולמת את מגמת המחוקק, להחיל באורח גורף את עקרון תום הלב, ומדקדקים יוכלו למצוא תשובה לה בסעיף 12(ב) לחוק. סעיף זה משריין את הוראת סעיף 12(א) בקבעו חובת פיצוי בגין הפרת החיוב לנהוג בדרך מקור-בלת ובתום לב והוא חל, על-פי לשונו, גם על נזק הנובע מכריתת החוזה. מכאן שאת המונח "לקראת" בסעיף 12(א) ("במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה") יש לקרוא ככולל בחובו את עצם הכריתה<sup>59</sup>.

53 ובעיקר המלה "או" בסעיף 12(ב). סעיף זה הוזן בפירוט הנזק שנגרם "עקב המשא ומתן א' עקב כריתת החוזה" מניח תחולת החובה שבסעיף 12(א) גם כשנכרת חוזה.

54 שהעליתי לראשונה בספרי תנחת פסור בחוזים, שם, § 321.

55 והם: חוזה למראית עין (סעיף 13 לחוק החוזים) וחונה פסול (סעיף 30 לחוק החוזים). פגמים אחרים בכריתה מוכים את הצד הנפגע בביטול, אך אינם גורמים בבטלות מעיקרא. ראה הוראות פרק ב' לחוק החוזים בדבר טעות (סעיף 14), הטעיה (סעיף 15), כפייה (סעיף 17) ועושה (סעיף 18).

56 סעיף 31 סיפא לחוק החוזים.

57 להלן, בעמ' 147, נעסוק בקשר שבין הוראות החוק הדנות בפגמים בכריתת החוזה ובין הוראת סעיף 12.

58 השווה, לעומת זאת, סעיף 1337 לספר החוקים האזרחי האיטלקי הקובע מפורשות את דרישת תום הלב בשלב הכריתה, בנוסף לשלב המשא ומתן, וזו לשונו: "במשא ומתן ובכריתת חוזה על הצדדים לנהוג בתום לב".

59 המסקנה כי סעיף 12 מחיל את דרישת תום הלב בשלב של כריתת החוזה מייחלת כאן את הדיון בתחולתו של סעיף 39 על שלב זה. בקצרה נאמר אך זאת: בהניחו קיום חוזה תקף "מדלג" סעיף 39 על שלב הכריתה. לשאלה איזהו הסעיף המהווה את מקור החיוב לנהוג בתום לב בשלב הכריתה נסקות מעטית, למשל, לענין היקף הפיצויים בגין הפרת חיוב זה. וראה להלן בעמ' 133.

ממסקנה זו נובעת הרחבה נוספת לתחולת סעיף 12, והיא כאשר לא מתקיים כלל תהליך של משא ומתן בטרם כריתת החוזה. גם במקרה כזה, שאינו אלא מקרה פרטי בסוג המקרים בהם מוסבת דרישת תום הלב על שלב הכריתה, יחול סעיף 12. להרחבות אלו של סעיף 12 חשיבות יתר לגבי חוזים אחידים. חוזים אלה נכרתים, בדרך כלל, ללא תהליך של משא ומתן, ופעמים רבות מתייחס העדר תום הלב בו הם נגועים לשלב כריתת החוזה.<sup>60</sup> הגשמת כוונת המחוקק בקליטת עקרון תום הלב, היינו "לסתום פרצות בחוק שלא נסתמו בחוקים דוגמת חוק החוזים האחדים, תשכ"ד–1964"<sup>61</sup>, מחייבת את המסקנות שהועלו בסמוך: הרחבת סעיף 12 גם למקרים בהם לא קדם משא ומתן לכריתת החוזה, והחלת הדרישה הכלולה בו גם על שלב כריתת החוזה.

#### (4) האינטרס המוגן (שיעור הפיצויים)

תורת האשם בהתקשרות נועדה במקורה להגן על "האינטרס השלילי" של הצד השני להתקשרות.<sup>62</sup> הגשמת אינטרס זה, שעניינו הגנה על הסתמכות, מביאה לידי השבת המצב לקדמותו, ומהווה דרך ביניים בין פיצויים חוזיים בהיקף מלא ("האינטרס החיובי") ובין שלילת פיצוי מכל וכל. יהרינג לא העלה כלל על דעתו לטעון לפיצויים חיוביים<sup>63</sup> בנסיבות של אשם בהתקשרות, באשר יש בהענקת פיצויים כאלה משום הכרה (עקיפת אמנם) בחוזה אשר הדין אינו מכיר בתקפותו. דבקות בטיעונו הקודם של יהרינג, על-פיו נשאר החוזה תקף לענין תביעת הפיצויים, חרף האשם בהתקשרות,<sup>64</sup> מערערת קמעא את יישום המדד של פיצויים שליליים לתורת האשם בהתקשרות. יחד עם כך יש להודות כי במקרים בהם לא נכרת חוזה עקב אשם בהתקשרות יבוא בדרך כלל חוש הצדק על סיפוקו עם הענקת פיצויים מוגבלים, המיועדים לשיקום אינטרס ההסתמכות.

תורת הפיצויים השליליים מיסודו של יהרינג זכתה להכרה ולקליטה במשפט הגרמני. הב.ג.ב. מכיר בפיצויים כאלה בכמה מהוראותיו,<sup>65</sup> ואף מעבר למקרים אותם חזה יהרינג במאמרו.<sup>66</sup> אינטרס ההסתמכות מוגן במשפט הגרמני עד לגבול אינטרס

60 למשל: כאשר יצרן או ספק מחזירים לחוזה אחד תניות פטור גורפות. דבר זה אינו נעשה במהלך המשא ומתן, אלא בעצם הגשת החוזה לחתימה, כלומר: בשלב כריתת החוזה.

61 רבני הסבר לסעיף 41 להצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל–1970, ה'ח' 880.

62 Interest הינו המונח האירופי הישן לתיאור פיצויים והוא כולל חסרון כיס (damnum emergens) ומגיעת רווח (lucrum cessans) (לביקורת האבחנה, ראה טדסקי, מחקרים במשפטנו הפרטי, 1959, ירושלים, עמ' 108). לעומת זאת מייחד הב.ג.ב. את המונח Interesse להיקף הפיצויים, בעוד פיצויים מכונים בו Shadensersatz.

63 פיצויים חיוביים הם אלו המיועדים לשקם את אינטרס הצפיות על-ידי העמדת הנפגע במצב בו היה אילו קויים החוזה. פיצויים שליליים מגינים על אינטרס ההסתמכות, ומטרתם להעמיד את הנפגע במצב בו היה אלמלא הניח קיומו של חוזה. לגיתות מטרות פסיקת פיצויים חוזיים, ראה: Fuller & Perdue, "The Reliance Interest", 46 Yale L. J., 52, 373.

64 ראה לעיל בעמ' 127.

65 סעיף 97 (הצהרה למראית עין); סעיף 259 (נבצרות ביצוע); סעיף 261 (איסור שבחוק).

66 כך קובע סעיף 93 לב.ג.ב. בטלות הצהרה למראית עין, וסעיף 97 מכיר בפיצויים שליליים במקרה כזה.

סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן

הציפיות<sup>67</sup>. כלומר: גם כאשר יהא היקף הפיצויים המיועדים להעמיד את הנפגע במצב בו היה אלמלא הניח קיומו של חוזה, רחב יותר מהיקף הפיצויים המיועדים להעמידו במצב בו היה אילו קויים החוזה, יוגבלו הפיצויים השליליים ולא יעלו בשום מקרה מעבר לפיצויים החיוביים<sup>68</sup>. בדרך כלל יפול אמנם היקף הפיצויים השליליים מהיקף הפיצויים החיוביים. אולם ייתכנו מקרים בהם יעלה שיעור אינטרס ההסתמכות על שיעור אינטרס הצפיות. כך, למשל, כאשר נכנס הנפגע לחוזה נושא הפסדים או כאשר כוללת תביעת הנפגע גם פיצוי בגין רווח שהיה מפיק מקבלת הצעה רווחית, אותה דחה בגלל המשא ומתן עם הנתבע. כלפי מקרים כאלה מכוון הבג"ב. הוראותיו, בחסמו את הפיצויים השליליים בגבול האינטרס החיובי.

סעיף 12(ב) לחוק החוזים קובע את התרופה בגין הפרת החיוב שבסעיף 12(א): פיצויים שליליים עבור הנזק שנגרם "עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה"<sup>69</sup>. האינטרס המוגן כאן הינו אינטרס ההסתמכות, והפיצויים לשיקומו מיועדים להשבת המצב לקדמותו, וכוללים חסרון כיס ומגיעת רווח. שלא כהוראות הבג"ב. שנזכרו לעיל<sup>70</sup>, אין סעיף 12(ב) מכיל הגבלה על שיעור הפיצויים השליליים; כנראה יכולים הם להגיע מעבר לפיצויים החיוביים.

#### 4. ההלכה: החלת עקרון תום לב במשא ומתן

##### א. סעיף 12 כיוצר חיוב

השוואת תורת האשם בהתקשרות עם הוראת סעיף 12 לחוק החוזים<sup>71</sup> מבססת את מסקנת עצמאותו של סעיף 12. אם כי שורשיו ההיסטוריים והרעיוניים נטועים בקרקע תורתו של יהרינג, אין סעיף 12 מהווה העתק מתורגם או השתקפות מקומית של תורת האשם בהתקשרות. עימות החיוב שהוא תוצר תורת האשם בהתקשרות עם החיוב הנובע מסעיף 12 לחוק החוזים נועד להראות כי סעיף 12 כולל הוראת דין עצמאית ומקורית אשר את הגיונה והשתמעויותיה יש לבחון מתוך תוכה, לרקע החוק בו היא נתונה ותוך התחשבות במקורה ההיסטורי.

מסקנה זו, לצד הגדרת המושג "תום לב" כמושג סובייקטיבי-פסיכולוגי, הנושא מטען מוסרי<sup>72</sup>, מכשירה את הקרקע לדיון בהחלתה – הלכה למעשה – של דרישת תום הלב בשלב המשא ומתן. החלה זו הינה מורכבת ומסובכת מהחלת הדרישה בשלב

67 סעיף 122, סעיף 179, סעיף 307 לבג"ב.

68 גם בדין האמריקני נעשה ניסיון למנוע מצב בו פיצוי בגין נזק שנגרם עקב הסתמכות יעמיד את הנפגע במצב טוב יותר מן המצב בו היה נתון אילו קויים החוזה; Fuller & Perdue, *op. cit.*, *supra* n. 63, at p. 71.

69 בהמשך סעיף 12(ב) מוחלות "בשינויים המחוייבים" הוראות הסעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971. בכך מוגבל הסעד שבגין הפרת החיוב בסעיף 12(א), לעומת הפרת חיוב חוזי, בכמה מגבלות: (א) רק פיצויים; (ב) פיצויים שליליים; (ג) תחולת הוראות מסויימות בלבד הדנות בפיצויים.

70 בה"ש 67 לעיל.

71 ראה לעיל בעמ' 126 ואילך.

72 ראה לעיל בעמ' 121.



ביצוע החוזה. לא זו בלבד שקנה המידה להתנהגות הצדדים אינו מגובש וחד-משמעי, אלא עצם יישומו נעשה בטווח זמן בלתי מוגדר, שלב המשא ומתן. משא ומתן הינו יציר ביניים, הנתון באוקיינוס הרחב המבדיל בין "הטריטוריה החווית", שגבולה רגע כריתת החוזה, ובין "הטריטוריה החפשית", בה מתנועעים אנשים וישויות שאין קשר של חיוב מאחד אותם. זהו ייחודו של סעיף 12: יצירת קשר של חיוב בין צדדים המתקדמים "לקראת" כריתתו של חוזה. קשר זה אינו יכול לגבוע מחוזה, באשר חוזה טרם נוצר. הוא נובע מעצם עובדת המשא ומתן.<sup>73</sup> שתיים הן השאלות העיקריות התובעות פתרון במסגרת סעיף 12: מהו היקף תחולתו של הקשר האמור, ומה תוכנו.

#### ב. היקף תחולתו של סעיף 12

הגדרה היקפית של הדיון מחייבת חיתוך ברור בין התחום הטרומי-חוזי ובין התחום החוזי. מבחינה כרונולוגית משתרע התחום הטרומי-חוזי מראשית המגע החברתי-עובדתי בין צדדים השואפים לכרות חוזה ועד רגע כריתת החוזה. מרגע זה ואילך נבחן הקשר שבין הצדדים באספקלריה חוזית. נקודת החיתוך הינה, אם כן, רגע כריתת החוזה. רגע זה, בו נושקים הצעה וקיבול, אינו חלק אינטגרלי מן המשא ומתן, ובכל זאת הוא נכלל, לצד המשא ומתן, במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים.<sup>74</sup>

תהליך המיון, שהוא תנאי מוקדם להתחלת כל הוראת דין, נעשה כאן במישור הזמן: מהו השלב אשר לגביו נטענת הטענה של העדר תום לב. גם בסוגייה זו, כמו בסוגיות רבות אחרות של דין החוזים, מהווה הסכמת הצדדים, כפי שהיא נלמדת מגסיבות הענין, את המצפון. התחקות אחר כוונת הצדדים מסייעת באיתור השלב ביחסי הצדדים בו מעוגנת דרישת תום הלב: שלבי המשא ומתן וכריתת החוזה, עליהם חולש סעיף 12, או השלב החוזי, ממלכתו של סעיף 39 לחוק החוזים.

מקרה מובהק ושכיח בו תיסוב השאלה על התחום או השלב של הקשר בין הצדדים הינו המקרה בו עורכים צדדים למשא ומתן "זכרון דברים" ובו ביטוי ארעי-טנטטיבי לרצונם ליצור קשר מחייב.<sup>75</sup> תשובה לשאלת מהותו ותוקפו של זכרון הדברים טומנת בחובה גם תשובה לשאלת השלב בו נתונים יחסי הצדדים. מן הקביעה כי זכרון הדברים מהווה חוזה המחייב לאלתר, ועריכת המסמך הפורמלי בעתיד אינה אלא אינצידנט

73 על חיוב זה, על אף שאינו נובע מחוזה, יחולו הנוראות חוק החוזים: סעיף 61(ב) לחוק החוזים.

74 ראה לעיל בעמ' 131.

75 שאלות תקפו המהותי ומשקלו הראייתי של "זכרון דברים" אשר כזה, זכו לדיון נרחב בפסיקה ובספרות. לדיון השוואתי מקיף בגישות המשפטים המודרניים לתוקפו של זכרון דברים ראה: II, pp. 1621-1694. דומה כי השאלות הנזכרות אינן יורדות לאחרונה מעל סדר יומו של בית המשפט העליון בישראל. ששה (!) פסקי-דין חדשים שניתנו על-ידי בית המשפט העליון בשנה החולפת הינם חוליות בשרשרת ארוכה של פסיקה – אנגלית וישראלית – בנושא זה. ראה ע"א 700/72 אברמוב נ' כרר, פד"י כ"ז (2) 498; ע"א 602/72 שזקי-הלוי נ' מכתר, פד"י כ"ח (1) 519; ע"א 651/72 כהנא נ' חברת יוסף לוי פתח-תקוה בע"מ, פד"י כ"ח (1) 617; ע"א 270/74 ברזילי נ' גרינבאום, פד"י כ"ט (1) 658; ע"א 153/74 אברהם נ' הבור, פד"י כ"ט (1) 737; ע"א 541/74 פריינדלי נ' סנדרוב, פד"י כ"ט (2) 253.

סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן

בביצועו<sup>76</sup>, נובע כי יחסי הצדדים הופקעו מתחום המשא ומתן והם נתונים בתחום החוזי. הקביעה המנוגדת, לאמור: אין בזכרון הדברים אלא התחייבות מותנית, שתרבוש, אם בכלל, את תוקפה עם עריכת החוזה הפורמלי, מחזירה אותנו אל תחום דיונו, הוא התחום הטרם חוזי. מיקום הדיון בתחומי חיוני לפתרון השאלות המתעוררות בקשר עם החלת עקרון תום הלב בסוגיית "זכרון דברים". מהקניית תוקף חוזי למסמך משתמעות מסקנות "חוזיות" כמו תחולת התרופות המוקנות בגין הפרת חוזה, או הקביעה – הטענה, כמובן, ביסוס עובדתי – כי סירוב לחתום על החוזה המוגמר מהווה קיום שלא בתום לב של "חייב הנובע מחוזה", הוא החייב הנובע מזכרון הדברים – לחתום על החוזה הפורמלי. התנכרות למסמך שלא פורש כבעל תוקף חוזי תיבחן, לעומת זאת, באספקלריה של סעיף 12. סרוב לחתום על החוזה המוגמר יכול ויעלה, לפיכך, כדי העדר תום לב במשא ומתן או<sup>77</sup> בכריתת החוזה.

### ג. משמעותו של סעיף 12

הדרישה הכללית לגהוג בדרך מקובלת ובתום לב נתבארה לנו כדרישה מאוזנת של התחשבות בזולת ושיתוף פעולה עימו. סעיף 12 מסב דרישה זו לשלב הטרם חוזי, ובכך הוא יוצר בין צדדים למשא ומתן יחס הדומה ליחס החוזי. ניתן לכנות יחס זה "נאמנות כפולה": נאמנות כל צד כלפי משנהו, ונאמנות הצדדים יחדיו לרוח העסקה ולמטרתה. יעדם הסופי של הצדדים, הקשר החוזי הנכסף, אוצל בדיעבד על התנהגותם. מי שרוצה להיכנס אל "הטריטוריה החוזית" חייב, כבר בדרכו אליה, להתנהג כמנהג החייבים על-פי חוזה.

נסיון להגדיר באורח ממצה את משמעותו של היחס הנוצר מכוח סעיף 12 בין הצדדים למשא ומתן הינו נסיון נפל. סעיף 12, בדומה לסעיף 39 לחוק החוזים, קובע "קטגוריה שיורית" שקיומה חיוני לשיטה פתוחה של צדק חוזי, ומחייב את כל מי שעוסק בפירושו והפעלתו בהיזקקות לתהליך האינטלקטואלי האין סופי של זיהוי ומיון מונחים שיוריים. בהיותו מושג יחסי ודינמי אין "תום הלב" ניתן להגדרה עצמאית, או לרדוקציה בכללים נוקשים, אלא הוא רוכש תוכנו באמצעות המקרים בהם יופעל והוא פושט צורה ולובש צורה ממקרה פרטי אחד למשנהו<sup>78</sup>.

קשיי הביטוי וההגדרה של מושג תום הלב, אליהם מתלווים קשיי התיחום של שלב

76 מבחינה סטטיסטית שכיחה מסקנה זו יותר מן המסקנה המנוגדת (כלומר, שאין עדיין תוקף חוזי לזכרון הדברים). מגמה זו נובעת משאיפת דין החוזים להתאים עצמו למציאות בה מנוסחים החיים בקיצור ובתמציתיות. על כן לא יחשבו בדרך כלל דחיית ביטוי פורמלי של הסכמת או אפילו השמטת תנאים מן ההסכם, כאינדיקציה לכוונה שלא ליצור קשר חוזי לאלתר. משהוכחה כוונת ההתקשרות, ימלא בית-המשפט את החסר בחוזה על-פי כוונת הצדדים, נסיבות הענין ונוהגי המסחר.

77 האלטרנטיבה נובעת גם כאן מבחינת נסיבות הפרשה: אם גמלה אצל הצד הפורש ההחלטה שלא להתקשר בחוזה המוגמר בעיצומו של המשא ומתן, תוחל דרישת תום הלב לגבי שלב זה. אם, לעומת זאת, גמלה ההחלטה זו רק ברגע בו נקראו הצדדים לגבש רצונם בחוזה פורמלי – ייוחס העדר תום הלב לשלב של כריתת החוזה.

78 השווה: Summers, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the U.C.C.", 54 (1968), Va. L. Rev. 195.

המשא ומתן, מביאים אותי להציע כאן את דרך האינדוקציה, כדרך נאותה – אולי היחידה – לבירור משמעותו העיונית של סעיף 12 והשלכותיו בחיי המעשה. למרות זאת אקדים מסקנה לפירוש: עיון בקבוצות המקרים המגויות להלן יגלה עד מהרה כי הדיון בהן אינו נסב על קיומו של תום לב במשא ומתן אלא על העדרו. מסקנה זו מתישבת יפה עם תפיסת עקרון תום הלב כעקרון פסיכולוגי-סובייקטיבי: הפעלתו במערכת עובדתית נתונה אינה מיועדת לקביעת דפוסי התנהגות כלליים אלא לשלילת התנהגות מסוימת.

רשימת המקרים שלהלן, בהם יכול ותהא נפקות לדרישת תום הלב במשא ומתן, אינה מתיימרת למצות את מגוון הנסיבות בהן ניתן להעלות את הטענה שיתדותיה בסעיף 12. אין לראות בה אלא נסיון צנוע להדגים מקרים אופייניים בהם עשויה להתעורר השאלה אם ישנו יסוד בדיון לחיוב אחד מן הצדדים לעיסקה, מחמת התנהגותו במהלך המשא ומתן.

##### 5. המעשה: מקרים אופייניים של העדר תום לב במשא ומתן

###### א. פרישת מן המשא ומתן

שימור האבחנה בין משא ומתן ובין חוזה מחייב הכרה עקרונית של הדין בזכות הפרישה החד-צדדית מן המשא ומתן. מן הקביעה כי יחס הנאמנות החוזי אליו שואפים הצדדים אוצל על היחס הטרומי-חוזי ומקנה לו את תוכנו<sup>79</sup>, לא משתמעת זהות בין סוגי היחס. הקשר הנוצר בין צדדים לשיא ומתן הינו, מעצם טיבו, רופף וגמיש מן הקשר הנובע מחוזה. משא ומתן הינו מכשיר שתכליתו גיבוש רצונם של הצדדים, לא רק בקביעת תוכנו של החוזה אלא גם בקביעה הפרלמינרית אם אכן ייווצר חוזה. ברור על כן כי לא כל משא ומתן יכול או צריך להסתיים בחוזה. מי שנכנס למשא ומתן חושף את עצמו לסיכון כי העיסקה המתוכננת לא תצא לפועל. לשון אחר: אין בקיום המשא ומתן משום ערובה לסיומו בחוזה. יתכן וגייששים שערכו הצדדים, או אחד מהם, יעלו כי העיסקה הנדונה אינה כדאית או אינה בת ביצוע, ואז עומדת להם הזכות לפרוש מן המשא ומתן בעודו באיבו. כהיות שאיפת הדין הפוזיטיבי לשמש אספקלריה לתנאי הכלכלה המודרנית, שומה עליו להבטיח פתיחות עסקאות וניידות מתקשרים. לשם כך יש להקל על פרישה ממשא ומתן עקר, ולא לראותה כשקולה נגד הפרת חיוב חוזי.

הטיעון שלעיל נובע במישרין מעקרון חופש החוזים ומן השאיפה לדינמיות בחיי המסחר והעסקים. כנגד אלה מוצבת היום דרישת תום הלב, המיועדת להבטיח אקלים מוסרי עוד בשלב המשא ומתן ואשר פועלת, במסגרת סעיף 12, להקדמת קשר הנאמנות בין הצדדים עוד לפני כריתת החוזה.

ומכאן המגבלה לפריבילגית הפרישה: כמו כל התנהגות במהלך משא ומתן חייבת גם הפרישה ממנו להיות מונחית על-ידי עקרון תום הלב. ויושם אל לב: אין בהפעלת עקרון תום הלב בשלב המשא ומתן משום שלילת זכות הפרישה, אלא רק סיוגה והתנאות השימוש בה בתום לב.

79 ראה לעיל עמ' 135.

סעיף 12 לחוק החוזים: תוס לב במשא ומתן

מהי, אם כן, פרישה ב"תום לב"? עקרון תום הלב נועד, כאמור, לאזן את שאיפות הצדדים למשא ומתן. האגואיזם הצרוף שהינחה בעבר את פעולותיהם של צדדים למשא ומתן<sup>80</sup> אינו יכול עוד לשמש מורה דרך. על כל צד למשא ומתן להתחשב גם בציפיותיו של הצד האחר, ציפיות אשר התנהגותו ודבריו של הצד המנסה עתה לפרוש מן המשא ומתן יצרו אצלו בעבר. הפעלת הכוח המסור בידי כל אחד מן הצדדים להשתחרר מן המשא ומתן צריכה להיות מודרכת על-ידי שיקולים ענייניים הנובעים ממהות העסקה, עמדות הצדדים והתפתחות המשא ומתן.

הקושי שבהוכחת יסוד שלילי וסובייקטיבי, כמו העדר תום לב, הינו קושי ראיתי, לא מהותי. ניתן להתגבר עליו תוך בחינת נסיבות העניין כאינדיקציות חיצוניות למצב דעתו של הצד כלפיו מועלית דרישת תום הלב. כך יש לשקול בכל מקרה של פרישה ממשא ומתן את הגורמים הבאים:

(1) השלב אליו הגיע המשא ומתן – עם התקדמות המשא ומתן פוחתת הדרישה לחוזה מוגמר כמקור בלעדי לחיוב. מידת קרבתו הפיסית של התחום החוזי אוצלת על מהות החיובים: ככל שמתקרבים הצדדים אל החוזה עולה "אחוז הקרינה" החוזי. אולם גורם זה אינו קובע תנאי בל יעבור. יתכן כי אפילו בשלב מאוחר של המשא ומתן, ערב כריתת החוזה, יתברר קיומו של פער עמוק בין עמדות הצדדים. פרישת אחד הצדדים מן המשא ומתן לא תחשב או כנגועה בהעדר תום לב רק מחמת השלב המתקדם אליו הגיע המשא ומתן.

(2) סיבת הפרישה – הוכחת סיבה לפרישה ממלאה, לכאורה, אחר דרישת תום הלב. אולם סיבה כזו צריכה להיות מוצדקת. מתבקשת מאליה השאלה: מהי סיבה מוצדקת? בודאי סיבה הנובעת ממצב אובייקטיבי (תנודה במחירי השוק, למשל). אך מה דינה של סיבה שמקורה במצבו הסובייקטיבי של הפרש? מי שמבין את יסוד תום הלב כיסוד סובייקטיבי אינו יכול להימנע מהתחשבות בנסיבות סובייקטיביות לשם יישומו. ואכן, אני סבורה כי גם שינוי במצבו הכלכלי של אחד הצדדים במהלך משא ומתן, וכיוצא באלו גורמים סובייקטיביים אחרים, מצדיקים פרישה ממשא ומתן.

היש לראות בהצעות מצד שלישי שהתקבלו במהלך המשא ומתן משום גורם המצדיק פרישה? אף כאן תלויה התשובה בנסיבות העניין. בין היתר: השלב אליו הגיע המשא ומתן, הציפיות שנוצרו אצל הצד האחר, נוחג העסקאות באותו תחום.

אותם גורמים יקבעו גם דינה של פרישה המונחית על-ידי גחמא בעלמא.

החלת עקרון תום הלב בשלב המשא ומתן מיועדת גם לריסון תחבולות. על כן יילכד ברשת סעיף 12 גם נסיון לעקוף את הדרישה לפרישה בתום לב מן המשא ומתן. צד המעוניין לפרוש מן המשא ומתן, ואין באמתחתו גימוקים המצדיקים פרישה זו, יכול להביא את הצד השני למצב בו ייאלץ הוא לפרוש. גם "פיצוץ" כזה של עסקה, למשל על-ידי הכנסת תנאים חדשים ובלתי סבירים למשא ומתן, או על-ידי דחיית תנאים סבירים לכאורה שהציג הצד האחר, מבלי להציע תנאים חלופיים, ייחשב כפרישה המנוגדת לעקרון תום הלב.

80 אם כי לא לחלוטין. ניתן היה להעזר בעילת התרמית או בהשקע שביזר כדי להביא מזור גם לחוליי המשא ומתן.

## ב. ניהול משא ומתן בלי כוונה להתקשר בחוזה

בעוד שהסיכון כי המשא ומתן לא יסתיים בחוזה הינו סיכון מקובל בחיי העסקים וזכות הפרישה מן המשא ומתן מוכרת באורח עקרוני, הרי הסיכון שצד למשא ומתן אינו מתכוון מראש להגיע לחוזה כוגמר הינו מעבר לתחום הצפיות של איש עסקים סביר.

בדרשו התחשבות במכלול האינטרסים של שני הצדדים מונע עקרון תום הלב עשיית שימוש במוסד המשא ומתן לשם קידום מטרותיו העסקיות של צד אחד. על כן ייתשב מי שמנהל משא ומתן בלי כוונה להגיע לחוזה בסיומו, אלא אך מן השפה ולחוץ, כפועל בניגוד לדרישת תום הלב.

ניהול משא ומתן בלא כוונה אמיתית להתקשר בחוזה יכול להיות מונחה על-ידי מניעים שונים, שמקורם בחיי המסחר, כמו הנאיפה להרוויח זמן או הרצון למנוע תחרות של הצד השני, על-ידי שיתוק פעולתו העסקית או הגבלתה באמצעות המשא ומתן, וכל עוד הוא נערך. מניעים כאלה הינם, בליחן השאולה מתחום אחר של המשפט, מניעים "זרים", ועל כן פסולים, והוכחת קיומם כצביעה על העדר תום לב במשא ומתן. הקושי הינו טוב בהוכחת יסוד אמפירי ושלילי זה. אף כאן יוסק העדר תום הלב מנסיבות חיצוניות. כך, למשל, סביר להניח כי התנהגות המכוונת ל"משיכת" משא ומתן, עיכובו על-ידי תירוצים ונימוקים לא ענייניים, תצביע על העדר תום לב.<sup>81</sup>

## ג. אי-גילוי פרטים במהלך משא ומתן

דיון בסוג המקרים בהם מתבטא העדר תום לב באי-גילוי פרטים במהלך משא ומתן מחייב, גם הוא, משימה שהינה כמעט בלתי אפשרית: הטלת שיפוט מוסרי על מצבים הנובעים מתנאי המסחר והכלכלה.

דרישת גילוי מוגזם, ולו גם באיצטלה של תום לב עלולה לחתור תחת אשיות הכלכלה החפשית ולסכל יוזמה פרטית. כדאי אולי להזכיר כאן את העובדה הבנאלית כי כל עיסקה מסחרית צופה, מעצם טיבה, רווח והוא תכליתה האמיתית. היום מצווה המחוקק כי רווח זה יופק ביושר, ושאירת הרווח, הלגיטימית כשלעצמה, ממותנת על-ידי הטלת קנה מידה מוסרי של תום לב.

גם בתחום המקרים בהם מתפרש תום לב כגילוי לב יש לבור את שביל הזהב שבין האגואיזם, המורה על אי-גילוי, גיכור מוהלל והסתרת מידע במהלך משא ומתן, ובין האלטרואיזם, המצווה על גילוי כל קלפי המיקוח, גם אם יהא בכך כדי לפגוע באינטרס של המגלה עצמו. דרישת תום הלב באיגת בין השניים: את האגואיזם נטשה, על-ידי קביעת חובת הגילוי באורח כללי, אך אל האלטרואיזם טרם הגיעה, מתמת הסייגים שהוטלו בחובת הגילוי, ושיפורטו בסמוך.

חובת הגילוי משתרעת רק על פרטים (מידע, מיסמכים) מהותיים, החיוניים להחלטת המתקשר השני האם להיכנס לחוזה ובאלו תנאים, ורק על פרטים כאלה שהמתקשר השני לא יכול היה להשיגם בעצמו. היסוד הסובייקטיבי של חובת הגילוי משתקף בסייג

81 לפחות לכאורה, ובכך יועבר אל הנתבע הגטל להוכיח את תום ליבו.

סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן

גוסף המוטל בה: אין החובה צומחת אלא כאשר יודע הצד עליו מוטלת חובת הגילוי, כי המתקשר השני אינו יכול להשיג את הפרטים החיוניים להכרעתו בכוחות עצמו.<sup>82</sup> היקפה של חובת הגילוי משתנה על-פי מהות העסקה ונסיבות הענין. יתר גילוי נדרש בעסקאות שישוד הנאמנות טבוע בהן או מאפיינן (כמו: ביטוח, שליחות, שותפות), או מוטבע בהן "אד-הוק" מכוח הסתמכות צד אחד על משנהו. דרישת סעיף 12 מעמיקה ומרחיבה את חובת הגילוי בעסקאות ספציפיות, בין אם גובעת חובה זו מהוראות החוק<sup>83</sup> או מנסיבות הענין.<sup>84</sup> היסתלשלותו העניינית של המשא ומתן הינה גורם אחר הטעון התחשבות אגב יישום דרישת תום הלב ופירושה כחובת את חובת הגילוי. שאלות הנשאלות במהלך המשא ומתן עשויות להרחיב את היקף החובה,<sup>85</sup> בעוררן את הכרת הצד כלפיו נטענת חובת הגילוי לא-ידיעת השואל את הפרטים החיוניים להחלטתו: בהעדר הכרה כזו אין לראות פגם מוסרי באי-הגילוי, וטענת העדר תום לב לא תצליח.

יתר על כן: תשובה לא נכונה מפקיעה את הדיון מתחום אי-הגילוי ומעתיקה אותו אל תחום התצהרות הרשלניות<sup>86</sup> או אל תחום ההטעייה.<sup>87</sup>

82 Kessler & Fine, "Culpa in Contrahendo", 77 (1964), *Har. L. Rev.*, 401, 419 f.n. 77

83 לחובת הגילוי בשליחות, ראה: ברק, שליחות, פירוש לחוקי החוזים, בעריכת טדסקי, § 379, בעמ' 393. לחובת הגילוי בחווי ביטוח, ראה: פרידמן, ביטוח רכב מנועי, מהדורה שנית, 1972, § 165-178, בעמ' 165-155.

84 אך ראה דברי השופט חיים כהן בע"א 349/74 בנכרם אנד טריידרס חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המתות עבד אל-רחמן חדר מחמוד, פד"י כ"ט (1) 827, 833, הנסבים על חובת הגילוי של המבוטח לחברת הביטוח: "לדידי אינה קיימת שום חובה אשר כזאת, פרט לחובת הכללית שלא לשקר אלא לנהוג בתום לב כלפי מי שרוצים להתקשר עמו בחוזה". קשה לקבל דברים אלה במלוא היקפם. חובת הגילוי של מבוטח אינה נלמדת רק מדרישת תום הלב. זוהי חובה עצמאית, ששרשיה בדיון ובפסיקה, ואשר זכתה לדיון מעמיק וממצה עוד בטרם נקבעה החובה הכללית לנהוג בתום לב. הוראות מהותיות וטכניות שנקבעו לגבי חובת הגילוי בתחום הביטוח אינן ישימות תמיד ובהכרח לחובת תום הלב הכללית. למשל: הדין לגבי חובת הגילוי של מבוטח הינו כי הצגת שאלות מפורטות מצד המבטח מצמצמת את חובת הגילוי. וטעמו של דין זה עמו: "בנסחו את השאלות גילה המבטח מה נראה בעיניו מהותי לענין הסיכון המוצע" (הציטוט מדברי השופט זוסמן בע"א 103/72 חתמי ללורדס לונדון נ' אליוף, פד"י כ"ז (1) 405, 409). והנה, מהיות הדגש בסעיף 12 על תום לבו של חב הגילוי, ולא על סברותיו של הצד השני, אין טעמו של כלל זה חל. להיפך: יתכן ושאלות במהלך משא ומתן דווקא ירחיבו את היקף חובת הגילוי הכללית. ראה הטכסט הסמוך לה"ש 85.

85 לא רק כענין שבדיני ראיות. נכון כי יקל להוכיח העדר תום לב ככל שנמשך המשא ומתן ומתקיימים מגעים רבים יותר בין הצדדים. אולם ההרחבה הנדונה בגוף הדברים הינה מהותית.

86 שיידון להלן, בעמ' 140.

87 סעיף 15 לחוק החוזים. להלן, בעמ' 147, נדון בקשר בין עילות הביטול הכלליות שבפרק ב' לחוק החוזים ובין הוראת סעיף 12. כאן נעמוד בקצרה על היחס שבין חובת הגילוי הנדונה ובין סעיף 15 סיפא לחוק החוזים המכליל "אי-גילוי של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן" בתחום ההטעייה. מהקביעה כי חובת הגילוי במסגרת סעיף 12 אינה אלא השתקפות של דרישת תום הלב, משתמע כי ייתכן אי-גילוי שסעיף 12 לא יחול עליו, ואילו סעיף 15 יכלול אותו בגדר הוראתו. למשל: אי-גילוי הנובע

פירוש חובת הגילוי כאחת ההשתקפויות של החובה הכללית לנהוג בתום לב במהלך משא ומתן, מצביעה על השינוי שהולל סעיף 12 במשפט הישראלי. הלכת המשפט האנגלי המקובל<sup>88</sup>, שחלה, כנראה<sup>89</sup>, בעבר במשפטנו, מתירה לצדדים המתקשרים התנהגות ערמומית ואפילו זדונית במהלך משא ומתן, כך שכל צד זכאי לעמוד בחיבוק ידיים ובפנה סגור נוכח הנחותיו המוטעות של רעהו. סעיף 12 עושה כיום לתיקון הפגם המוסרי שבהלכה זו. צד למשא ומתן נתבע לגישה פעילה, עד כדי סילוק טעויות בהן שרוי הצד האחר, וגילוי פגמים – קיימים וצפויים<sup>90</sup> – בנושא העסקה. סעיף 12 מגשים את הצווי המוסרי הטמון בו על-ידי הצתקת הדגש מצילום החזות החיצונית של התנהגות המתקשרים אל בחינת "רנטגנית" של כוונותיהם הפנימיות.

#### ד. הצהרות רשלניות

מפירוש מושג תום הלב בחוק החוזים כמושג סובייקטיבי-פסיכולוגי, נובע כי סעיף 12 אינו תופס ברשת הוראתו הצהרות רשלניות הנערכות במהלך משא ומתן. סוג מקרים זה משקף בבירור את ההבדל, עליו עמדנו לעיל, בין תורת האשם בהתקשרות ובין סעיף 12. במשפט הקונטיננטלי נתפרטה תורתו של יהרינג כקובעת מודד אובייקטיבי של חריצות (diligentia) להתנהגות הצדדים, ועל כן היא מהווה שם בסיס לחיוב צד למשא ומתן שערך הצהרה רשלנית<sup>91</sup>. הוראת סעיף 12 אינה ניתנת לדעתי להרחבה כזו. תום לב ורשלנות הינם תרתי דסתרי. בעיית הצהרות רשלניות במהלך משא ומתן, כהצהרות רשלניות בתחומים ומצבים אחרים, נבחנת במשפטנו במסגרת עוולת הרשלנות שבדין הנזיקין, ובאה בה על פתרונה<sup>92</sup>.

מרשלנות. לעומת זאת ניתן לשער מצב בו יחול סעיף 12 על אי-הגילוי, וסעיף 15 לא יחול, והוא כאשר אי-הגילוי נובע מהעדר תום לב, אך אינו גורם לטעות אצל הצד השני לקשר. מכל מקום, במירב המקרים יהווה אי-הגילוי במהלך משא ומתן משום הטעיית, ושקף, בעת ובעונה אחת, העדר תום לב. לתחרות בין העילות במקרה כזה, ראה להלן, בעמ' 147–148.

88 הגלומה בתקדים הידוע *Smith v. Hughes*, L.R. 6 Q.B.D. 597 (1871).

89 ע"פ פירוש צר מתייחס פסק-הדין הנ"ל בה"ש 88 לעיל, אך להלכות המכר. ככזה לא היתה לו תחולה במשפטנו, אשר נקט עמדה כנוגדת למשפט האנגלי: "הכלל ייתאר הקונה המצוי בדין האנגלי אינו חל בארץ. גישתו של הדין האיסלמי כפי שבאה על ביטוייה במגילה הינה הפוכה ומצטיינת בקיצוניות ההגנה על הקונה". צלטנר, דיני חוזים – חלק כללי, כרך ראשון, עמ' 446. כהלכה כללית, במסגרת דין הטעות, לא נבחנה מעולם תחולת פסק-הדין בענין *Smith v. Hughes* בארצנו. כיום יש להתחשב, במסגרת דין המכר, גם בחוק המכר, תשכ"ח-1968, על חובי הצדדים הקבועים בו, ועל סעיף 6 שבו הקובע את דרישת תום הלב בחתי מכר. יחד עם כך יש לשים לב כי סעיף 6 לחוק המכר, בדומה לסעיף 39 לחוק החוזים, מניח קיומו של חוזה, באשר הוא דן ב"חוב הגובע מחוזה מכר", ואין לו על כן תחולה לגבי משא ומתן. על שלב זה של הקשר יחול סעיף 12. על היחס בין דין הטעות וסעיף 12, ראה להלן, בעמ' 147–148.

90 פגמים צפויים: כביש העתיד להיסלל בחלקת קרקע שהינה נשוא החוזה. או העובדה שבעל הנכס מתעתד למכרו לצד שלישי.

91 Von-Mehren, *The Civil Law System*, 1957, Prentice Hall, p. 491.

92 ראה: המ' 106/54 וינשטיין ג' קרימה, פד"י ח' 1317; ע"א 451/66 קורנפלד ג' שמאלוב, פד"י כ"א (1) 310. השווה: *Hadley Byrne v. Heller* [1964] A.C. 465.

## ה. חזרה מהצעה

### (1) הבעיה

אחת האכסיומות של דין החיובים היא האבחנה בין הצעה וחווה: בעוד שהצעה הינה מעשה חד-צדדי, אשר כעקרון אינו נושא תוצאות בדין, הרי חווה הינו תוצר של הבעות רצון הדדיות וכוחו המחייב פועל כלפי הצדדים לו. מכאן התפיסה העקרונית, המשותפת למשפט המקובל ולמשפט הקונטיננטלי, על פיה כל עוד לא גובשה הצעה בחווה הריהי הדירה (כלומר: ניתנת לחזרה). מסקנה הגיונית מתפיסה זו הינה העדר הגבלה על כוח המציע לחזור בו מהצעתו. הדירות ההצעה שלובה ואחוזת במועד שכלול החווה: בקטע הזמן שבין הצעה לקיבול יכול המציע לחזור בו מהצעתו.

חרף הגיונה העקבי של תפיסה זו טמונות היו בה כמה מכשלות, אשר הביאו את שיטות המשפט המודרניות לנטישתה. האחת תאורטית: קשה ליישב את כוחו הבלתי מוגבל של המציע לחזור בו מביטוי רצונו עם השקפה עקרונית אחרת, הרואה הצעה כדבר מוגמר שהמציע התפרק ממנו סופית ואשר הסכמת הניצע הינה תנאי הכרחי ומספיק כדי להפכה לחווה<sup>93</sup>. אולם הסטייה מעקרון הדירות ההצעה לא נבעה מקושי ערטילאי זה, אלא מקשיים מעשיים שנערמו בדרך הפעלתו. אוטונומיות הרצון של המציע הביאה בכנפיה מידה רבה של אי-צדק כלפי ניצע שהונע להאמין בחוקפה הנמשך של הצעה, ומכוח אמונתו זו פעל (על-ידי התקשרות בעיסקאות) או חדל (על-ידי ויתור על הצעות אחרות), באורח שגרם לו נזק והפסדים. העקרונות המתנגשים בסוגיית זו הם עקרון חופש החוזים ועקרון ההדדיות מחד גיסא, והעקרון השואף להגן על אינטרס ההסתמכות מאידך גיסא. והדילמה הנובעת מהתנגשות זו הינה: היש לתמוך בהסתמכות הניצע על ההצעה או, שמא יש להכיר בזכות המציע לחזור בו מהצעתו כל עוד לא נתקבלה.

גסיונו של צד למשא ומתן לחזור מהצעה מציב, אם כן, שוב את דין החוזים בפני הצורך ביישוב האינטרסים המנוגדים של הצדדים. עקרון תום הלב יכול היה לשמש גם בסוגיית זו מכשיר לאיזון דרישות הצדק והדוגמטיקה, בהעניקו בסיס רעיוני לחיוב המציע שחזר בו מהצעתו. אולם יש לזכור כי עקרון תום הלב הינו קטגוריה שיורית, שהפניה אליה יכולה וצריכה להעשות רק לאחר מיצוי הוראות הדין האחרות<sup>94</sup>. רק במסגרת הפתרון שנותן הדין הפוזיטיבי ליישוב עניינם המנוגד של הצדדים בסוגיית זו ראוי להישאל ה"שאלה השיורית": היש נקודת משען לדרישת תום הלב בתחום החזרה מן ההצעה.

### (2) הצעה בלתי חוזרת

חוק החוזים החדש מסדיר באורח מקיף את סוגיית החזרה מן ההצעה. בסעיף 3 לחוק קולט המחוקק אבחנה המנטרלת את עקרון הדירות ההצעה, היא האבחנה בין הצעה גרידא והצעה בלתי חוזרת. בעוד שהצעה גרידא אינה מחייבת את המציע בטרם

93 ראה, למשל, אצלנו: סעיף 2 לחוק החוזים המגדיר את יסודות ההצעה ומונה ביניהם את היות ההצעה "מסוימת כדי אפשרות לכרות את החווה בקיבול ההצעה".

94 ראה להלן, בעמ' 147.



הקיבול, מתפרשת הצעה בלתי חוזרת כטומנת בחובה הבטחה שלא לסגת ממנה. הצעה בלתי חוזרת, המכונה "אופציה" בעגת אנשי עסקים<sup>95</sup>, מוכרת בסעיף 3(ב) לחוק החוזים בשני סוגי מקרים: כאשר המציע קובע שהצעתו היא ללא חזרה או כאשר הוא קובע מועד לקיבול ההצעה.

סעיף 3(ב) משקף את הדיספוזיטיביות של מירב הוראות דין החוזים: אמנם באורח עקרוני נחשבת הצעה כהדירה, אך המציע זכאי לעשות בה כרצונו. על כן הוא יכול לוותר על הדירותה, ויתור זה יכול להיות מפורש, מכוח קביעתו שלו, או מוסק, מכוח קביעת מועד לקיבול<sup>96</sup>. עד למועד זה ההצעה היא בלתי הדירה<sup>97</sup>.

גם חזרה מהצעה רגילה מוגבלת, על-פי סעיף 3(א), מבחינת המועד: אין לחזור ממנה לאחר שנתן הניצע הודעת קיבול. וידיע אל לב: בחוזה בין נעדרים אין חפיפה זמנית בין מתן הודעת קיבול ובין מועד כריתת החוזה. החוזה נכרת על-פי הוראת הסעיפים 1 ו-5 לחוק החוזים, עם מסירת הודעת הקיבול למציע, ומטבע הדברים יהא מועד זה, בחוזה הנערך בין נעדרים<sup>98</sup>, מאוחר כמועד מתן הודעת הקיבול על-ידי הניצע. סעיף 3(א) כגון על ניצע שנתן הודעת קיבול בתגובה להצעה רגילה: בפרק הזמן שבין מתן הודעת הקיבול ובין מסירתה למציע אין תוקף לחזרה מן ההצעה<sup>99</sup>.

חוק החוזים מכיר, אם כן, בפרק זמן בו אין המציע יכול לחזור בו מהצעתו, אך אין הוא קשור עדיין בחוזה. פרק זמן זה שונה, מבחינת הרגע בו הוא מתחיל, לגבי הצעה בלתי חוזרת והצעה רגילה; תחילתו בהצעה בלתי חוזרת עם ביטוי ההצעה, ותחילתו בהצעה רגילה עם מתן הודעת הקיבול. אולם בשני סוגי המקרים כבול המציע

95 השווה: Restatement, Contracts, 2d. 1965, Tentative Draft No. 2, § 89B (option : contract); U.C.C. § 2-205 (firm offers).

96 בקביעת מועד לקיבול על-ידי המציע קמה כנגדו חזקה חלושה של ויתור על הדירות ההצעה. בכך דומה הדין שלנו לדין הצרפתי, שנקלט גם בלואיזינה (סעיף 1809 לספר החוקים האזרחי של לואיזינה משנת 1870), וסונה מן הדין הגרמני: המשפט הגרמני יוצא מהנחה של אי-הדירות ההצעה, כל עוד לא הודיע המציע לניצע כי ההצעה הדירה. סעיף 145 לב.ג.ב. קובע: "מי שמציע לאחר לכרות עמו חוזה מחוייב על-פי הצעתו, אלא אם כן התנה על חיובו זה".

97 ולאחריו היא פוקעת, מכוח הוראת סעיף 4(1) לחוק החוזים. מבחינה זו עדיף מצבו של המציע שקבע מועד לקיבול על פני מצבו של ניצע שקבע כי הצעתו היא "ללא חזרה". השני עלול להיות קשור בהצעתו זמן רב יותר: עד שידחה אותה הניצע או עד שיתרחש אחד האירועים המנויים בסעיף 4(2) לחוק: מית אחד הצדדים, או הכרזה על אחד מהם כפושט רגל או פסול דין. יחד עם זאת פועל גם לגבי הצעה "ללא חזרה", מבחן הזמן הסביר לקיבול הקבוע בסעיף 8(א). דומה כי גם בגבולות הזמן הסביר יכול ניצע, המחזיק הצעה "ללא חזרה" בלי תגובה מצידו, להחשב כפועל בניגוד לדרישת חוס הלב.

98 חוזה בין נעדרים משמעו כאן חוזה הנערך בהתכתבות. חוזה הנערך באמצעות הטלפון הינו, לעניין זה, כחוזה בין נוכחים: מועד מתן הודעת הקיבול זהה למועד מסירתה של הודעת זו.

99 הגנה כזו נדרשת רק בשיטות המשפט (הקונטרנטליות ולאחרונה גם הישראלית) הקובעות את מועד שכלול החוזה על-פי תורת המסירה: החוזה נכרת עם מסירת הודעת הקיבול למציע. אין צורך בהגנת הניצע בטווח הזמן שבין מתן הודעת הקיבול על-ידי הניצע ובין מסירתה למציע, באותן שיטות משפט (האנגלית והאמריקנית) הדוגלות בחזרת השיגור ומקנות תוקף להודעת הקיבול עם כשילוחה על-ידי הניצע.

סעיף 12 לחוק החוזים: תוס' לב במשא ומתן

בסדר של "אין חזרה" בין המועד בו הופכת הצעתו בלתי הדירה ובין המועד בו נכרת חוזה בין הצדדים.

משמעותו, הלכה למעשה, של ההסדר בסעיף 3 לחוק החוזים הינה שלילת תוקף מחזרה מהצעה בלתי חוזרת לאחר שנמסרה ההצעה לניצע ושלילת תוקף מחזרה מהצעה רגילה לאחר שנתן הניצע הודעת קיבול. הודעות חזרה אלו הן בבחינת נסיונות-נפל של המציע, אישר הניצע זכאי להתעלם מהם. בקבלו את ההצעה המקורית הריהו מביא לידי כריתת חוזה בר תוקף<sup>100</sup>.

### (3) הצעה לציבור

הבעיות הכרוכות בחזרה מהצעה צצות בחדות ובבהירות בתחום ההצעות לציבור. שילוב עקרון הדירות ההצעה עם הכלל על-פיו קיבול הצעה לחוזה חד-צדדי נעשה על-ידי ביצוע, הביא לתוצאות קשות במקרים של הצעות לציבור אשר הודעת קיבול בהן הינה, בדרך כלל, חסרת טעם וריקה מתוכן. חזרת המציע מהצעתו טרם הושלם הביצוע, אך לאחר שפרטים בקרב הציבור החלו לפעול על-פי ההצעה ונשארו בהוצאות ובנוק, עוררה את הכרת שיטות המשפט המודרניות לצורך בפתרון הבעיות הנובעות מחזרה מהצעה לציבור. יהרינג עצמו סבר כי הצעות לציבור, אך לא הצעות ליחיד, הינן מקרה ראוי להחלת תורת האשם בהתקשרות<sup>101</sup>. גישה זו אומצה במשפט השווייצרי<sup>102</sup>, והורחבה במשפט הגרמני<sup>103</sup>.

חוק החוזים הישראלי אינו מכיר באבחנה בין הצעה ליחיד והצעה לציבור, ועל כן גם אינו מתייחס באורח שונה לשני סוגי ההצעות. אולם מפעולת הגומלין של הוראות החוק משתמעות כמה מסקנות המייחדות את ההצעה לציבור ואת הדין שיוחל עליה, כלהלן:

הצעה לציבור מוגדרת בסיפא של סעיף 2 לחוק החוזים כפנייה לציבור המקיימת את יסודות ההצעה המנויים ברישא של אותו סעיף. שילוב הוראות הסעיפים 3(א)

100 ההחלטות במשפט הצרפתי בשאלת תוקפה של חזרה מהצעה בלתי חוזרת אינה מובנת לי. ישנם הגורסים שם כי חזרה כזו הינה אפקטיבית, ומונעת כריתת חוזה, תוך שהיא מטילה חבות בפיצוי על המציע. ראה: (1964) 77 *Kessler & Fine, "Culpa in Contrahendo"*, 77 *Harv. L. Rev.* 401, p. 421 f.n. 84.

101 מעניין לעקוב כאן אחר הלך מחשבתו של יהרינג באבחנה שקבע, לענין החזרה מן ההצעה, בין הצעה ליחיד לחוזה חד-צדדי והצעה לציבור. בחזרה מהצעה ליחיד – כך יהרינג – מוגן אינטרס הניצע כדבעי: אם הוא מתחיל בביצוע טרם קיבול ההצעה, אין הוא זכאי לשיפוי נזקו כאשר חוזר בו המציע מהצעתו, באשר אין לראות את תחילת הביצוע כפעולה סבירה. אולם בהצעה לציבור יכולה התחלת הביצוע להחשב כפעולה סבירה גם בטרם הקיבול, ועל כן יש להחיל לגביה את תורת האשם בהתקשרות ולחייב מציע שחזר בו מהצעה לציבור בשיפוי האינטרס השלילי של יחידים שפעלו על-פי ההצעה, גם אם לא השלימו את הביצוע: 1 *Gesammelte Aufsätze*, *supra* n. 26, at p. 364.

102 סעיף 8 לספר החוקים האזרחי השווייצרי.

103 סעיף 658 לב.ג.ב. הקובע כי הצעה לציבור הופכת בלתי הדירה עם ההסתמכות עליה. בעוד שיהרינג המליץ רק על שיפוי האינטרס השלילי של הגיצע, תזא תוצאת הוראת סעיף 658 לב.ג.ב. פיצוי האנטרס החיובי, על-פי החוזה.

ו-6(א) לחוק מלמד כי כאשר משתמעת מן ההצעה דרך של קיבול שונה מהודעה תחשב דרך זו כקיבול וכמתן הודעת קיבול. מעצם טיבן נכללות הצעות לציבור בתחום זה, באשר הודעת קיבול בהן הינה חסרת טעם ותכלית. על כן יש לראות במעשים כמו מציאת הכלב האבוד או המכונית הגנובה, או בהתנהגות כמו השימוש במוצר רפואי על-פי מודעת פרסומת<sup>104</sup>, קיבול ומתן הודעת קיבול בעת ובעונה אחת. לא זו אף זו: מניסוחו של סעיף 6(א) לחוק משתמע כי אפילו "מעשה לביצוע החוזה" כלומר: ראשית ביצוע<sup>105</sup>, יהווה קיבול. במקרי הצעות לציבור פועל, אם כן, המחוקק להזות מחוגי שיעון הכריתה לאחר: החיזה נכרת עם תחילת הביצוע, כך שאין עוד חוקף ומשמעות לחזרה מן ההצעה. לאחר תחילת הביצוע אין קיום להצעה כיישום נפרדת, אלא היא נטמעת בחוזה, וחזרה ממנה תהייה כהפרת חוזה.

#### (4) תום לב

סוגיית החזרה מן ההצעה נדונה על-ידי חוק החוזים החדש באורח ישיר ונמרץ. ההסדר הממצה של סוגייה זו, אימוץ האבחנה בין הצעה גרידא והצעה בלתי חוזרת והפירוט שניתן להפיק מן החוק לגבי הצעה לציבור, מיייתרים לכאורה את תחולת דרישת תום הלב בתחום החזרה מן ההצעה. המשפט המקובל נזקק לפיקציות כדי להתגבר על דרישת התמורה, אשר מנעה בו את ההכרה בכוחה מחייב של הצעה בלתי חוזרת<sup>106</sup>. המשפט הקונטיננטלי נזקק לתורת האיסם בהתקשרות כדי לתקן עיוותים שיצר עקרון הדירות ההצעה, וכבסיס רעיוני לחיוב מציע שחזר בו מהצעה לציבור. ואילו אנו, שפר חלקנו: התמורה אינה מהווה עוד יסוד חיוני ביצירת חוזה, והצעה לציבור, כמו גם הצעה בלתי חוזרת, נדונות בחוק החדש במישורין.

ובכל זאת, ניתן לחשוב על כמה מקרים בסוגיית החזרה מן ההצעה, בהן יחול סעיף 12, לצד הוראות החוק האחרות וכהשלמה להן. כאן משתקפת מהותה המיוחדת של הוראת סעיף 12 כקטגוריה שיווית:

(א) החיוב שיוצר סעיף 3(ב) כלפי המציע<sup>107</sup> הינו, לכאורה, עצמאי מדרישת תום הלב: חזרה מהצעה בתום לב הינה חסרת נפקות כמו חזרה המודרכת על-ידי מניעים

104 השווה: *Carlill v. Carbolic Smoke Ball* [1893] 1 Q.B. 256.

105 השווה: נסיונו של פולוק לראות את ראשית הביצוע (Commencement d'exécution) כקיבול: Pollock, *Principles of Contract*, 12th ed., 1964, p. 19.

106 התורות העיקריות שהופעלו במשפט המקובל – שאינו מכיר בעקרון תום הלב כעקרון חולש – כדי להגן על אינטרס הניצח בתחום החזרה מן ההצעה היו חוזה נספח (collateral contract) והשתק שביושר (promissory estoppel). השימוש בהשתק שביושר הגיע לשכלול ולעצמה במשפט האמריקני. משפט זה, ששורשיו במשפט המקובל, ריכך את דרישת התמורה הן על-ידי הכרה מפורשת בהצעה בלתי חוזרת (סעיף 45 ל-Restatement הקובע כי עם תחילת הביצוע הופכת כל הצעה לחוזה) והן על-ידי הפעלת ההשתק שביושר ומניעת חזרה מהצעה בנסיבות הפוגעות בחוש הצדק ולשם הגנת הסתמכות הניצע (סעיף 2205 ל-U.C.C.).

107 גם על חיוב זה שמקורו אינו בחוזה אלא בהצהרת רצון חד-צדדית, יחול חוק החוזים: ראה סעיף 61(ב) לחוק.

סעיף 12 לחוק החוזים: תוס' לב במשא ומתן

פסולים. אולם העובדה שבין הצדדים למשא ומתן נכרת חוזה בר תוקף אינה שוללת כאמור לעיל<sup>108</sup>, את תביעת הפיצויים על-פי סעיף 12. העדר תוס' לב במסגרת תהליך ההצעה והקיבול יכול גם יכול להעמיד תביעת פיצויים<sup>109</sup>.

(ב) ייתכן ודרישת סעיף 12 תתערב בסוגיית החזרה מן ההצעה דווקא להגנת המציע. סעיף 3 לחוק החוזים מעדיף בבירור את הגנת עניינו של הניצע, בסגרו במידה מסוימת – וניתן לטעון כי במקרים האמורים בסעיף 3(ב) אף במידה מוגזמת – את הדרך בפני חזרה מן ההצעה<sup>110</sup>. ניתן לומר כי מן הנסיון לאון בין דרישות ההדדיות וההגינות יצא המציע מקופח. מגמת המחוקק מודרכת, כנראה, על-ידי השאיפה להאצת עיסקאות והגנת אינטרס ההסתמכות. יחד עם זאת זכאי גם המציע, במקרים נאותים, להגנה בפני ניצע הנוהג בשרירות לב.

דבקות בלשון החוק מזכה ניצע לאחוז בהצעה המקורית שהופנתה כלפיו ולא להרפות ממנה, חרף נסיגות המציע להשתחרר מן ההצעה. הגשמת החיובים, מצוות סעיף 12, עשויה להביא להצלחת הטענה כי קיבול ההצעה, חרף נסיגות החזרה הבלתי אפקטיביים של המציע הינה, בנסיבות הענין, מנוגדת לדרישת תוס' הלב. קבלת טענה זו תביא לתוצאה מוזרה, בת כלאיים: החוזה נכרת, על שום שאין תוקף לחזרה מן ההצעה. אולם יחד עם כך חייב הניצע לפצות את המציע על הנזק שנגרם "עקב כריתת החוזה". (ג) קבוצה אחרת של מקרים בתחום החזרה מן ההצעה בה יכול ותהא תחולה לעקרון תוס' הלב הינה חזרה שלא בתום לב מהצעה רגילה, לפני שנתן הניצע הודעת קיבול. בחזרה כזו פועל המציע בגבולות המותרים בסעיף 3(א) לחוק החוזים, ובכל זאת ייתכן ויתעורר הצורך בפיצוי הניצע, אשר הסתמך על ההצעה ופעל על פיה<sup>111</sup>. תחולת סעיף 12 מותנית במסקנה של העדר תוס' לב מצד המציע בעת שהודיע על חזרתו מן ההצעה. אמור מעתה: גם פעולה מותרת במסגרת החוק חייבת להיות בתום לב<sup>112</sup>. הסתמכות הניצע על ההצעה, ופעולתו על פיה, אינם יסוד מעמיד של החבות, אלא של תביעת הפיצויים על-פי סעיף 12(ב). אולם כדי להפעיל את סעיף 12 לסובתו יהא על הניצע להוכיח כי פעולתו היתה בתום לב. סעיף 12 פורש את רשתו על שני הצדדים למשא ומתן.

108 בעמ' 131.

109 אולם פיצויים אלה חרף קיומו של חוזה בין הצדדים, יושתתו על אמת המידה של סעיף 12, לאמור: פיצוי האינטרס השלילי.

110 תגנה מופרות על הניצע משתקפת גם בסעיף 45 ל-"Restatement האמריקני, הקובע כי כל ביצוע חלקי של ההצעה על-ידי הניצע כובל את המציע. לביקורת תוראה זו, ראה:

Kessler & Fine, "Culpa in Contrahendo", 77 (1964), *Harv. L. Rev.*, 401, 425.

111 השווה: Schwenk, "Culpa in Contrahendo in German, French and Louisiana Law", 15 *Tulane L. R.* 87, 93. המחבר רואה בחובת הפיצוי הקיימת במשפט הצרפתי

במקרים של חזרה מוצעה החלה של תורת האשם בהתקשרות, אם כי לא בשמה המפורש.

112 השווה: Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 2e éd., 1933, n° 49, p. 28.

במשפט הצרפתי שקולה חזרה מהצעה שאינה מודרכת על-ידי מוטיב לגיטימי כנגד שימוש לרעה בזכות שלא להתקשר, וכורכת חבות בפיצויים.

## 6. סיכום וסיום: תום לב – עקרון חולש ושיורי

עקרון תום הלב הוטל אל עולם המשפט הישראלי בעת ובעונה אחת עם עקירת משפט החוזים בישראל מקרקע המשפט המקובל, והפיכתו למשפט עצמאי וחוק. לא ניתק, אם כן, לראות בעקרון תום הלב תוצר טבעי של החשיבה והמעשה המשפטיים: הורתו ולידתו במעשה המחוקק, אם כי האחריות להתפתחותו מסורה בידי אנשי המשפט בארץ. גם בכך נבדל סעיף 12 מקטגוריות שיוריות אחרות שהתפתחו בשיטות משפט אחרות בתחום יצירת החוזה: תורת האשם בהתקשרות נועדה לרכז את התאוריה הסובייקטיבית בית של המשפט הקונטיננטלי, המדגישה את הרצון הפנימי. תורת ההשתק שביושר נועדה למתן – ובמשפט האמריקני אף לנטרל – את התיאוריה האובייקטיבית ואת הלכת התמורה של המשפט המקובל. שתי תורות אלו קרבו, מבחינת התוצאות, את המשפט הקונטיננטלי והמשפט המקובל. על אף נקודות מוצא שונות באורח קוטבי, הגיעו שתי תרבויות המשפט הנזכרות לתוצאות דומות בהגנת אינטרס ההסתמכות ובדרישת התנהגות סבירה במהלך משא ומתן המיועד לכריתת חוזה. עקרון תום הלב נתון, בדומה לדין החוזים הישראלי כולו, בצומת שבין שתי שיטות המשפט, האנגלי והיבשתי. תוך שהוא מדגיש, מבחינת הרעיון הטמון בו, את התנהגותו של אחד הצדדים, הריהו מגן, מבחינת תוצאות הפעלתו, על ציפיותיו המוצדקות של הצד האחר.

עקרון תום הלב מהווה עקרון חולש ושיורי.

חולש על שום מה?

על שום שפעולתו משתרעת על תחום רחב ביותר: מראשית המשא ומתן ועד פקיעת החוזה;  
על שום שאין הוא ניתן להתנאה;  
על שום שהוא גושא בחובו מטען מוסרי, העוצר כוח לשנות את התפיסה החוזית במשפטנו;

113 במקורו היווה ההשתק שביושר (promissory estoppel) החליף לתמורה ונעשה בו שימוש כדי לאכוף הבטחות, כאשר הסתמכות מקבל ההבטחה באה במקום התמורה. כיום ניתן לראות בהשתק שביושר מקור חיוב עצמאי. סעיף 90 לרייסטייטמנט האמריקני, המגלם את תורת ההשתק שביושר, מתעל את הדין לחבות הבטחתית, תוך איזון זהיר של אינטרס הצדדים. סעיף זה אשר ניסוחו הרחב נותן מרחב פעולה ליצירה שיפוטית, הוחל על-ידי בית-המשפט העליון של מדינת ויסקונסין בפרשת *Haffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis. 2d 683. הוכרה כאן זכותו לפיצויים של צד למשא ומתן, מכוח הסתמכותו על הצהרות של הצד האחר, במסכת עובדתית בה טרם הגיע המשא ומתן לשלב של הצעה מחייבת. פסק-דין זה יצר עילת תביעה חדשה ומקורית במשפט האמריקני, שיסודה בחיוב לנהוג בתום לב במהלך משא ומתן. עקרון תום הלב חל במשפט האמריקני בעקרון חולש רק לגבי ביצוע חיובים חוזיים (סעיף 1-203 ל-U.C.C.); סעיף 231 ל-U.C.C. (Restatement, 2d.), אך לא בשלב כריתת החוזה, *U.S. v. Braunstein*, 75F. Supp. 137 (1947), או בשלב המשא ומתן (ראה, יחד עם זאת, את ניסוחו של סעיף 2-302 ל-U.C.C., הקובע את דרישת ה"מצפונית" בשלב כריתת החוזה. ור' גם סעיף 1-103 ל-U.C.C., והערה 1 לסעיף 1-202 ל-U.C.C.). החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן נובעת, במשפט האמריקני, מפעולה שיפוטית ופיתוח רעיון ההשתק שביושר.

סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן

על שום שהוא מוסיף מימד חדש לחיובים בדין הישראלי, בעצרו כוח לשנות, להרחיב או להעמיק את חוכנם.

שיורי על שום מה?

על שום שהפנייה אליו תעשה, דרך כלל, לאחר מיצוי הדין הקבוע והחד-משמעי; על שום שהוא קובע עילת תביעה נוספת, חלופית או מצטרפת, לעילות הקיימות במסגרת דין החיובים.

חלק ניכר מן המצבים העובדתיים שתוארו לעיל כהשתקפויות של עקרון תום הלב, ניתן להעלות ברשת הוראות פרק ב' של חוק החוזים, הדין הפגמים בכריתת חוזה, התנהגות המנוגדת לדרישת תום הלב במהלך משא ומתן יכול ותביא לידי טעות, יכול ותהווה הטעייה, ובנסיבות קיצוניות יכול ותגיע כדי עושק<sup>114</sup>. מתעורר, לפיכך, הצורך להבהיר את היחס בין עילות הביטול שבפרק ב' בחוק החוזים ובין הוראת סעיף 12 לחוק<sup>115</sup>.

עקרון תום הלב הגלום בסעיף 12 לחוק החוזים מהווה סינתזה של העילות המסורתיות לביטול חוזה, והוא טומן בחובו יסודות של הטעייה, עושק, כפייה, ואף תקנת הציבור. בכל מקרה בו קמה אחת העילות הנזכרות ישנו גם העדר תום לב. אולם ייתכנו מקרים בהם לא מגיע העדר תום לב כדי אחת העילות המוגדרות. במקרים אלה תעמוד עילת החיוב שבסעיף 12 בפני עצמה.

תחולת סעיף 12 רחבה מתחולת עילות הביטול שעל-פי פרק ב' לחוק החוזים גם בכך שבעוד שכל עילות הביטול מניחות – על-פי ניסוחן והגיונן – קיום חוזה, הל סעיף 12 גם כאשר לא ניכרת חוזה בתום המשא ומתן.

מכאן שניתן להניח חפיפה או התחרות בין העילות כאשר מתקיימים שני התנאים הבאים:

א. נכרת חוזה לאחר משא ומתן בו התנהג אחד הצדדים בניגוד לדרישת תום הלב;  
ב. התנהגות זו מגיעה כדי אחת מעילות הביטול שבפרק ב'. במקרה כזה מוקנית לצד הנפגע הברירה בין ביטול החוזה, על-פי עילת הביטול שבפרק ב', ובין פיצויים, על-פי סעיף 12(ב). הוא יכול גם לצרף את שתי העילות, ולזכות בשני הסעדים<sup>116</sup>.

ייתכנו גם מצבים בהם יחול סעיף 12 בלבד. זאת כאשר לא נכרת חוזה בתום המשא ומתן או כאשר העדר תום הלב אינו ממלא את יסודות אחת מעילות הביטול שבפרק ב'.

האם ייתכן מצב בו לא יחול סעיף 12 לצד אחת מעילות הביטול שבפרק ב'? לדעתי ייתכן מצב כזה אך ורק במסגרת הוראת הטעות, וגם אז רק על-פי אחת החלופות של הוראה זו.

סעיף 14, הכולל את הלכות הטעות בדין החוזים החדש שלנו, מדגיש את מצבו

114 ראה: סעיפים 14, 15 ו-18 לחוק החוזים.

115 לדיון ביחס בין סעיף 3 לחוק ובין הוראת סעיף 12: ראה לעיל, בעמ' 141 ואילך.

116 ראה: הוראת סעיף 22 לחוק החוזים, הקובעת כי אין בהוראות פרק ב' "כדי לגרוע מכל תרופה אחרת".

הנפשי-פסיכולוגי של הטועה. סעיף 12 לעומתו מדגיש את מצבו הנפשי של הצד השני להתקשרות. מכאן ברור כי לא תמיד יחפפו שני הסעיפים. המקרה הראשון הנדון בסעיף 14(א), הוא המקרה בו יודע ה"צד השני" כי בעל דברו טעה, ואלמלא הטעות לא היה מתקשר בחוזה. במקרה זה, אין ספק, פועל הצד השני בהעדר תום לב. הטועה רשאי אז לבטל את החוזה על-פי סעיף 14(א), וקמה זכותו לתבוע פיצויים בעד הנזק שנגרם לו, על-פי סעיף 12(ב). המקרה השני שבסעיף 14(א), הוא המקרה בו היה על הצד השני לדעת כי הטועה לא היה מתקשר בחוזה אלמלא טעותו. במקרה זה לא ניתן לטעון כלפי הצד השני העדר תום לב, ועל כן גם לא תקום עילת החיוב שבסעיף 12(ב) <sup>117</sup>. סעיף 14(ב) קובע עילה שהיא *sui generis* במסגרת עילות הביטול שבפרק ב'. במקרה בו לא ניתן לחלות בצד השני את קולר הטעות, לא על-פי מבחן אובייקטיבי ולא על-פי מבחן סובייקטיבי, ניתנת לצד הטועה הרשות לפנות אל בית-המשפט בבקשת ביטול. הביטול במקרה כזה אינו נעשה על-ידי הטועה, אלא על-ידי החלטה שיפוטית וחובת הפיצויים, גם היא תוצאת ההלטתו של בית-המשפט, מוטלת, אם בכלל, על הצד הטועה דווקא. בנסיבות אלה בוודאי אין התולה להוראת סעיף 12.

117 לעומת זאת מהווה מקרה של טעות מכרה אופייני ומובהק לתחולת תורת האשם בהתקשרות. טעות מהותית גורמת, במשפט הקונטיננטלי, לאי-שכלול חוזה, והרגשת אינטרס ההסתמכות של הטועה מביאה בעקבותיה את החלת חורתו של יהרינג.