

ארבעים שנה לדיני החוזים

מאת

גבריאלה שלוי*

א. תמונת-מצב של דיני החוזים עם קום המדינה. ב. שנות עצמאות ראשונות. ג. החקיקה בדיני חוזים. ד. דין החוזים כיום; 1. שינויים בחלוקת התפקידים; 2. חידושי החקיקה; 3. מקורות החקיקה; 4. מגמות בפסיקה. ה. עם הפנים לעתיד.

א. תמונת-מצב של דיני החוזים עם קום המדינה

עם קום המדינה וחקיקת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, נקלט במשפט הישראלי המשפט המנדטורי שחל ערב קום המדינה. דיני החוזים בישראל שלפני ארבעים שנה היו מורכבים משתי שכבות עיקריות: הדין העות'מני והדין האנגלי.

שכבת הדין העות'מני הורכבה בעיקר מן המג'לה ומהוראות מהותיות של חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני. כמה מספרי המג'לה הסדירו עסקאות חוזיות חשובות, כמו מכר ושכירות. בחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני נכללו הוראות בדבר פיצויי נזק, אולם הוראתו החשובה והבולטת היתה הוראת סעיף 64, אשר קבע במשפטנו את עקרון חופש החוזים. מכוח סעיף זה הוקנה תוקף לכל החוזים שנכרתו בארץ, למעט חוזים המנוגדים לחוק, למוסר או לסדר הציבורי, והוכר כוחם של צדדים לחוזה להתנות על הוראות המג'לה.

השכבה האנגלית של דיני החוזים שנקלטו בארץ עם קום המדינה היתה העיקרית והחשובה. ניתן לומר, כי עיקר דין החוזים בתקופת המנדט ובראשית שנות המדינה נשאב מן המשפט האנגלי. מצוות המחוקק המנדטורי בסימן 46 לדבר המלך במועצתו להשלמת חללים בדין על-ידי קליטת המשפט האנגלי, יחד עם השכלתם ונטיות-לבם של השופטים הארצי-ישראליים, הביאו לידי מצב שבו דיני החוזים שחלו בארץ עם קום המדינה היו דומים – ואולי אף כמעט זהים – לדיני החוזים האנגליים.

ב. שנות עצמאות ראשונות

בשנים הראשונות לאחר קום המדינה גילו השופטים נטייה לעצמאות משפטית גם בתחום המשפט האזרחי-פרטי. כתוצאה מכך רוסנה החלת הדין האנגלי, בעיקר באותם

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

תחומים שבהם הכלל האנגלי שיובא למשפטנו לא נראה כרצוי, כמו, למשל, בשאלה אם התמורה, ה-*Consideration*, ראוי לה להיחשב כיסוד חיוני ליצירת חוזה.¹ היו גם תחומים שבהם בית-המשפט הישראלי נקט עמדה עצמאית, שונה מזו של המשפט האנגלי, כמו, למשל, לעניין תוכנו של מושג המסגרת "הסדר הציבורי", שבסעיף 64 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני.²

דוגמא מובהקת לגישה עצמאית זו מצויה בפרשת צים נ' מזיאר.³ אגב דיון בתוקפה של תניית-פטור בחוזה של חברת-ספנות, אמר השופט זילכרנג: "...על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם עלינו להטיב מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו, כי מקור אחר זולתן ל'סדר' ול'תיקנות' אין!"⁴

עם זאת, הוסיף המשפט האנגלי לשמש מקור עיקרי למילוי לקונות בדין החוזים הישראלי, וכמעט כל דיני החוזים המהותיים נשאבו ממנו. כך, למשל, הוחלו במשפטנו ההלכות האנגליות בנושאי הטעות,⁵ אי-זקוקות חוזה⁶ וההבחנה בין קנס ובין פיצויים קבועים מראש.⁷

בסקירה של דיני החוזים לאזור תצפיות על שנות עצמאות מדינית, פרופ' צלטנר מציין לשבח את תרומת הפסיקה הישראלית בשנותיה הראשונות לתיקון עיוותים שגרמה הפסיקה המנדטורית בתהליך שאיבת הדינים האנגליים והתאמתם למציאות המקומית. הוא רואה כהישג גדול ביותר של הפסיקה בתקופה זו את עיצוב הסעד של ביצוע בעין, ומצביע על תרומות נוספות של הפסיקה, כמו ביטול ההבחנה בין טעות בעבודה ובין טעות בדין, וכמו אימוץ ההלכה האנגלית בנושא *non est factum*.⁸

ג. החקיקה הדינית חוזים

דיברנו עד כאן בעיקר על פעילות בתי-המשפט. ואכן, על-פי המסורת האנגלית, היו בתי-המשפט בבחינת כור-ההיתוך שבו נצרפו דיני החוזים הישראליים עד אמצע שנות השישים. דין החוזים היה, הן על-פי תוכנו, משפט אנגלי מקובל, מעשה ידי השופטים. מצב זה השתנה לחלוטין עם ראשיתה של תנופת החקיקה במשפט האזרחי בישראל. קו פרשת-המים הוא אכן ראשית שנות השישים. כמועד זה נכנס לתמונה, ובעצמה מרשימה, המחוקק הישראלי. החל מחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ועבור לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, אנו עדים לתנופת חקיקה מקורית במשפט האזרחי, כולל בתחום דיני החוזים. במסגרת זו יש לציין גם חוקים

- 1 ראה ע"א 307/59, 78 מדינת ישראל נ' הירגה, פ"ד יד 926.
- 2 ראה ע"א 136/56 פוקס נ' עעיוני, פ"ד יא 358, 361; ע"א 127/62 יחד נ' שימנסקי, פ"ד טו 2341; ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1012, 1016.
- 3 ע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד יז 1319.
- 4 שם, בעמ' 1322; וראה גם דברי השופט לנדוי, שם, בעמ' 1335.
- 5 ראה ע"א 130/50 עמל נ' שוינדלר, פ"ד ו 710.
- 6 ראה ע"א 373/54 אהרונוס נ' גוימן, פ"ד י 1121.
- 7 Cf. Daniel Friedmann, "Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel", 10 *Is.L.R.* (1975) 324.
- 8 ו' צלטנר, "דיני החוזים בישראל בהתפתחותם במשך חצי יובל מאז קום המדינה" הפרקליט כט (תשל"ד) 56, 62-67.

בתחום דיני הקניין, כמו חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, וחוק המטלטלין, תשל"א-1971; ובתחום דיני הירושה — חוק הירושה, תשכ"ה-1965. אולם ענייננו כאן בתחום דיני החוזים, ובהם אנו מוצאים, בתוך כשני עשורים, שלושה חוקים כלליים: חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים הכללי); חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות); וחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982; וכמה חוקים מיוחדים: חוק השליחות, תשכ"ה-1965; חוק הערכות, תשכ"ז-1967; חוק המשכון, תשכ"ז-1967; חוק השומרים, תשכ"ז-1967; חוק המכר, תשכ"ח-1968; חוק המתנה, תשכ"ח-1968; חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969; חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971; חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974; חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981. חוקים אלה תוכננו כחלקים של ספר-החוקים האזרחי העתיד להיווצר, אך נוסחו ונתקבלו כחוקים נפרדים, כדי שברבות הימים יקובצו ויאוחדו במסגרת חקיקתית אחידה.

עם התגברות חקיקה זו, נותק בהדרגה — בסעיפי עצמאות החוק שבחוקים השונים — הקשר עם העבר, בוטלו שרידי המג'לה, ובחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, בוטלה סופית הזיקה הפורמלית למשפט האנגלי, באמצעות ביטול סימן 46 לדבר המלך.

ד. דין החוזים כיום

1. שינויים בחלוקת התפקידים

סקירת התפתחותם של דיני החוזים עד היום, שנעשתה לעיל, אינה נותנת תמונה מהותית של דינים אלה. קשה לתאר בסקירה כזו את מהותם של דיני החוזים כיום. מהות זו השתנתה מן הקצה אל הקצה כתוצאה מן החקיקה המקורית כדיני החוזים וניתוק הזיקה והקשר למשפט האנגלי. עם זאת, נוכל להצביע כאן בקצרה על החידושים המרכזיים והמרשימים ביותר בחוקי החוזים. חידושים אלה, רובם ככולם, הם מבית-מדרשו של המחוקק ומעוגנים בחקיקה החדשה. בכך מתבלט היבט חדש של דיני החוזים במשפטנו, והוא — שינוי דרמטי בחלוקת התפקידים בין המחוקק לבין השופט. בעוד שבעבר, בתקופת שלטונו — הפורמלי והמהותי — של המשפט האנגלי כדיני חוזים, דרך כוכבם של הפוסקים וניתנה להם זכות בכורה ביישום החוק ובהפעלתו, כיום הפך תפקידו של הפוסק משני, לעומת תפקיד המחוקק. תפקיד בית-המשפט בתחום דיני החוזים הוא בעיקר להפעיל וליישם את חידושי החקיקה, אם כי בגלל המונחים הרחבים הרבים המאכלסים את החקיקה נותרו כר נרחב ל"חקיקה שיפוטית".⁹ ניתן לומר שבעקבות שינוי זה בשיווי-המשקל בין המחוקק לבין בית-המשפט והעתקת מרכז-הכובד מן התקדימים אל החוק החרות, הפך דין החוזים הישראלי לדימוקרטי יותר, בהיותו דין עצמאי ומקורי, פרי יצירת העם ורצונו. בנקודה זו יש לציין גם את עליית קרנו של חוקר המשפט, הפרופסור למשפטים, ואת תרומת ספרי הפירוש לחוקי החוזים בעריכתו ובהנהגתו של פרופ' טדסקי.

9 השווה א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 465 ואילך.

2. חידושי החקיקה

מהם אפוא החידושים המהותיים העיקריים שהנהיג המחוקק בתחום דיני החוזים? החידוש המרכזי והמרשים ביותר הוא הכנסת עקרון תום-הלב אל משפטנו. עיקרון זה צמח בתוך דיני החוזים ומעוגן פורמלית בחוק החוזים הכללי. אולם כבר בסמוך לחקיקתו בשנת תשל"ג הורחבה תחולתו, לא רק — כמצוות סעיף 61(ב) לחוק החוזים עצמו — על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה, אלא גם על תחומים שמחוץ למשפט האזרחי¹⁰.

עקרון תום-הלב הוחל במשפטנו באמצעות הסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים הכללי (ועוד קודם-לכן — בסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ז-1968). מכוח סעיפים אלה צרדים למשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה ואדדים לחוזה מחויבים לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב במהלך המשא-ומתן (סעיף 12), הקיום חיובים הנובעים מחוזה (סעיף 39, רישא) ובשימוש בזכויות הנובעות מחוזה (סעיף 39, סיפא).

נראה, כי סעיף 12 הוא המרשים והחדשני יותר מבין שני סעיפיו הנוכריים של חוק החוזים, כאשר לא זו בלבד שהוא מחיל עיקרון מהותי חדש, הוא עקרון תום-הלב, אלא שמכוחו הוחל עיקרון זה בטריטוריה שקודם-לכן לדין החוזים לא היתה כמעט אחיזה בה, היא הטריטוריה של המשא-ומתן המזרם-חוזי.

הכנסת עקרון תום-הלב למשפטנו — באמצעות שני הסעיפים הנ"ל — שינתה כליל את המפה החזיתית. ראשית, תחומיה של מפה זו הורחבו, ודיני החוזים כוללים היום גם את שלב המשא-ומתן. שנית, בעוד שבעבר נתפשו דיני החוזים כדינים נוקשים, רציונליים וברורים, ובטאו תפישת-עולם אינדיבידואליסטית-קפיטליסטית, כיום איברו דינים אלה את שרירותיותם ואת הדותם, והפכו לדינים גמישים, פחות חדים, והם מבטאים תפישת-עולם אלטראיסטית-מוסרית. גם החוזה הישראלי אינו עוד "מרובע" כמו החוזה במשפט המקובל. עקרון הביצוע המושלם והמדויק פינה את מקומו לרשימת הביצוע בתום-לב, וכתוצאה מכך החוזה הוא יצור דינמי ומשתנה.

עוד נחזור למהפך שחוללו סעיפי תום-הלב במשפטנו, כאשר נתאר את המגמות המשתקפות בפסיקת בתי-המשפט לאחר חוק החוזים הכללי.

גם החידושים החשובים האחרים שהנהיגו חוקי החוזים החדשים במשפטנו כולטים על-ירקע הגישה השונה של המשפט האנגלי.

כך, למשל, בנושא התמורה. כידוע, חוזה "אנגלי" טעון תמורה לשם יצירתו, ובמשפט הישראלי שטרם חוק החוזים שררה מבוכה בשאלה זו¹¹. המחוקק אינו מזכיר כלל דרישה זו, ומכלל הן שלו — חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול — אתה שומע לאור¹². אין צורך בתמורה, ובוודאי גם לא בקאזוזה הקונטיננטלית.

גם הכרת המחוקק, בפרק ד של החוק הכללי, בחוזה לטובת אדם שלישי, מקבלת משמעות ותוכן על-ירקע המצב ששרר במשפטנו ערב החוק¹³, ועל-ירקע אי-הכרתו

10 עקרון תום-הלב הוחל גם בתחום המשפט הציבורי. ראה להלן.

11 השוה ע"א 508/71 חלאוי נ' מפעל הפיס, פ"ד כז(1) 38, 45; וכן ד' צלטנר, "ביטול התמורה — הלאה?" הפרקליט יז (תשכ"א) 39.

12 השוה דברי ההסבר לסעיף 1 להצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ל-1970, הצ"ח 880.

13 מצב זה התאפיין במבוכה גם לגבי תחולת המוסד של חוזה לטובת אדם שלישי. השוה ע"א 307/59, 78 מדינת ישראל נ' הידנה, פ"ד יד 926.

של המשפט המקובל האנגלי, עד עצם היום הזה, בחוזה לטובת אדם שלישי¹⁴. שינויים מפליגים התחוללו גם בדיני החוזה הפסול, וכעיקר בהכרה העקרונית – שבסעיף 31 לחוק החוזים הכללי – בזכות ההשבה של צדדים לחוזה כזה. אמנם, באורח עקרוני, ועל-פי סעיף 30 לחוק החוזים הכללי, חוזה פסול בטל, אולם אי-החוקיות שהוותה בעבר מחסום לתביעת ההשבה, איננה עוד מחסום כזה. אדרבא: השבה היא עתה הסעד הטבעי והעיקרי כאשר חוזה מוכרז כפסול. כתוצאה מכך, ובניגוד לעמדתו המסורתית של הדין האנגלי¹⁵, שאף אומצה במשפטנו לפני חוק החוזים¹⁶, חוזה פסול במשפטנו, באורח עקרוני ובכפיפות לסמכויות המיוחדות של בית-המשפט לפי סעיף 31 – הוא חסר תוצאות ואין בכוחו להעביר זכויות קנייניות. תחום ההפרות והסעדים בעטיין, המוסדר בחוק התרופות, אף הוא גדוש שינויים לעומת הדין האנגלי המקביל, הן בתפישות-היסוד הן בפרטי הדינים¹⁷. תרופת האכיפה היא כיום במשפטנו הסעד העיקרי והטבעי הניתן במקרה של הפרת חוזה. עליונותה של תרופת האכיפה ממחישה את השינוי שחל בגישת המשפט הישראלי למושג "חוזה". כידוע, תרופת הביצוע בעין (specific performance) במשפט האנגלי היא תרופה משנית, לעומת תרופת הפיצויים שהיא הסעד העיקרי. גישה זו מוזרה ואינה טבעית, כשמדובר בחוזה. ואכן, המלומד הולמס העיר פעם, בסרקוזם מסוים, כי החוזה האנגלי אינו אלא חוזה לתשלום פיצויים, ומי שרוצה להשתחרר מן החבות הזו, יכול לקיים את החוזה¹⁸. אנומליה זו נובעת מן ההיסטוריה המיוחדת של החוזה האנגלי. חוזה זה צמח מתוך דיני הנזיקין, ומכאן תכונותיו המיוחדות, וכיניהן – תפישת סעד הפיצויים כסעד אופייני ועיקרי בגין הפרת חוזה.

לעומת השקפה זו, הרואה בהפרת חוזה משום עוולה נזיקית, הגוררת חובת פיצוי הנזק, ניצבת ההשקפה הקונטיננטלית. על-פי השקפה זו – שאומצה בפרק א של החוק הכללי – בנוי החוזה על ההסכמה כמבטאת מפגש רצונות¹⁹. מכאן גם ראשוניות הסעד של אכיפת החוזה ועליונותו של סעד זה על-פני תרופת הפיצויים. בהקשר זה ניתן לציין גם את חוק החוזים האחידים, תשכ"ד–1964, אשר עטה לאחרונה אדרת חדשה והוחלף בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג–1982; חוק זה היה החוק הראשון בעולם המערבי שנועד לאזן את אי-השוויון הטבוע ביחסי ספק-לקוח.

3. מקורות החקיקה

מקורותיה ההיסטוריים של החקיקה בתחום דיני החוזים מגוונים ורבים. ביניהם ניתן למנות את מקורות היניקה וההשראה הבאים:

(א) אמנות בינלאומיות. הצעות חוק וחוקים שנולדו כתוצאה מפעילות ועידות

14 Cf. Anson, *Law of Contract* (Oxford, 25th ed., 1975) 411

15 Cf. Anson, *supra* note 14, et 389 et. seq.

16 ע"א 110/53 ג'יקובס נ' קרטוז, פ"ד ט 1403; ע"א 373/54 אהרונוס נ' נוימן, פ"ד י 1121.

17 השווה ו' צלטנר, "דיני חוזים בישראל (הוראות כלליות)" הפרקליט כח 329, אשר על-סמך שינויים

אלה טען להחלת העקרונות שהשתקפו בהצעת חוק החוזים (חלק כללי) עוד לפני הפיכתה לחוק.

18 Holmes, *The Common Law* (1881) 298

19 לכירור השאלה מהו המושג המאפיין את התופעה החוזית, הבטחה או הסכם, ראה טדסקי,

"היבטים למושג חוזה" מסות במשפט (ירושלים, תשל"ח) 54.

בינלאומיות לאיחוד המשפט הפרטי. חוק המכר, תשכ"ח-1968, ובעקבותיו אף חוק השכירות והשאילה, תשל"א-1971, מושפעים מהוראות החוק האחד למכר טובין בינלאומי²⁰. גם הוראות הפרק הראשון של חוק החוזים הכללי, הודן בהצעה ובקיבול, נשאבו מחוק זה²¹.

(ב) ספרי חוקים קונטיננטליים. השפעתם של אלה ניכרת הן בטכניקה של החקיקה הן בהוראות מהותיות. טכניקת החקיקה של חוק החוזים הכללי דומה בעיקרה לטכניקה של הקוד סיביל הצרפתי, המשתמש בהוראות וחבות, ולא לטכניקה הפרטנית יותר של ה.ב.ג.ב. לעומת זאת, בצד המהותי הולטת במיוחד הוראת תום-הלב, הלקוחה מסעיף 242 של ה.ב.ג.ב.

(ג) משפט אנגלי. השפעתו של משפט זה, שנוערב שלט בכיפה של דיני החוזים, בולטת בחוקים ספציפיים (המחאת חיובים, שליחות, נאמנות) וגם בכמה מהוראות החוק הכללי (פרק ה: רבוי חייבים ונושים) וחוק התוודפות (סעיף 10 הודן בפיצויים וסעיף 17 הודן בהפרה צפויה)²².

(ד) משפט עברי. השפעתו של המשפט העברי על החקיקה החדשה פחותה מתקוות אוהדיו ומורגשת בעיקר בניסוח (למשל: המונח "גמירת-דעת" בפרק א לחוק הכללי) או במקומות שבהם הוראותיו המהותיות דומות להוראות של קודקסים זרים (למשל: הוראות פרק ד לחוק החוזים הכללי, הלקוחות כנראה מן ה.ב.ג.ב., אך דומות לגישת המשפט העברי). השפעה מסוימת של המשפט העברי ניתן בכלי-זאת למצוא בחוק השומרים, ואולי גם בסעיף 31 לחוק הכללי²³.

(ה) פסיקה ישראלית. חידושים מסוימים של חוק החוזים הכללי נובעים מפסיקה שקדמה להם. כך, למשל, בוטלה בסעיף 14(ד) לחוק החוזים הכללי ההבחנה בין טעות בעובדה לבין טעות בחוק, בעקבות פסיקה שמתחה ביקורת על הבחנה זו והמליצה על ביטולה²⁴. גם ההסדר לגבי חוזה למתן ציון, תואר או פרס, הטמון בסעיף 33 לחוק החוזים הכללי, בא לענות על בעיות שוהזעזערו בפסיקה שקדמה לחוק²⁵.

4. מגמות בפסיקה

בשיטה של משפט תרות, כמו שיטת המשפט האזרחי שלנו, הפסיקה עוסקת בפירוש הוראות החקיקה, וביישומן, כאשר מזדמנים המקרים הראויים ליישום כזה. מכאן

20 ראה א' זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 (פירוש לחוקי החוזים, המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי סאקר, ג' טדסקי עורך) 3-4.

21 ראה המבוא להצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ל-1970, הצ"ח 880.

22 Cf. Daniel Friedmann, "Independant Development of Israeli Law", 10 *Is. L.R.* (1975) 515, 544-545.

23 Cf. Friedman, *supra* note 7. אולם עמדת המשפט העברי כלפי חוזה פסול שונה מעמדת החוק. על-פי המשפט העברי, חוזה בלתי-חוקי תקף בדרך-כלל לעניין נפקויותיו האזרחיות (ראה דברי השופט אלון בע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה(2) 505, 519; וכן א' שוחטמן, מעשה הבא בעבירה - תוצאותיה של אי חוקיות במשפט העברי (ירושלים, תשמ"א) 172 ואילך). לעומת זאת, על-פי הוראת סעיף 30 לחוק החוזים הכללי, חוזה פסול הוא בטל.

24 ע"א 292/68 יפת נ' איסטוד, פ"ד כג(1) 604, 613; ע"א 570/70 חי נ' כהן, פ"ד כה(2) 339.

25 ע"א 338/65 מדינת ישראל נ' קרסניאנסקי, פ"ד כ(2) 281; ע"א 319/65 אלבלדה נ' האוניברסיטה העברית, פ"ד כ(1) 204.

שהמגמות העיקריות המסתמנות בפסיקה הישראלית בתחום דיני החוזים, מאז תחילת החקיקה בתחום זה, דומות למגמות החקיקה, ועיקרן הפעלת הדין החרות, על השינויים שהוכנסו כדיני החוזים.

דרך זו מודגמת יפה בפסיקה העניפה בסוגיית החוזה הבלתי-חוקי ותוצאותיו. מאז צאת החוק מתלבטת הפסיקה בסוגיה קשה זו, והפוסקים מנסים לאתר את מגמות המחוקק וליישם את חידושי החוק בהחלטותיהם. נוכח הסמכות שניתנה בחוק לבית-המשפט לעשות צדק בין הצדדים לחוזה בלתי-חוקי ולמנוע מצב שבו ייצא חוטא נשכר, אין בתי-המשפט נרתעים או סולדים עוד מפני התערבות במציאות שבה נכרת חוזה פסול ויצר תוצאות בשטח. על שינוי הגישה השיפוטית כלפי חוזה בלתי-חוקי עמד השופט שמגר באחד מפסקי-דינו, באומרו: "לאור שיקול-הדעת, המסור עתה לבית-המשפט, לפי סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), איבדה זהירות היתר שהיתה נהגת בכגון דא במידה רבה מחשיבותה, מבחינת המדיניות המשפטית"²⁶. בכך השופט מצביע על שינוי העמדה השיפוטית כלפי טענת אי-חוקיות: מגישה של דחייה והסתייגות שאפיינו בעבר את גישת בית-המשפט כלפיה, לגישה עניינית, פתוחה וגמישה. נוסף על מגמה נכונה זו של הליכה בעקבות דבר המחוקק ורוח החוק, ניתן להצביע על כמה נתיבים עיקריים שבהם הפסיקה פוסעת בתחום דיני החוזים.

ראשון ומרכזי בין נתיבים אלה הוא שורת פסקי-הדין שבהם הפוסקים חוזרים על מחויבותם לעקרון חופש החוזים המעוגן פורמלית — לפחות בחלקן²⁷ — בסעיף 24 לחוק החוזים הכללי. על-אף שלעיקרון זה גלויים חריגים רבים, חלקם פנימיים לדין החוזים (כמו סעיף 30 הקובע בטלות חוזה המנוגד לחוק, למוסר או לתקנת הציבור; וכמו סעיפים 12 ו-39 הדורשים תום-לב) וחלקם חיצוניים לדין זה (כמו הוראות כופות בתחומים שונים של החקיקה האזרחית, ובעיקר בתחומי העבודה, הביטוח, הצרכנות והדיירות המוגנת), הרי העיקרון עצמו עדיין קיים כעיקרון מנחה כדיני החוזים בישראל²⁸.

למגמה זו מתקשרת מגמת-משנה, כביש צדדי, אולם חשוב, והוא המגמה — המסתמנת לאחרונה בפסיקה — להשתחרר מדרישות פורמליסטיות²⁹. גישה שיפוטית זו ניתן לבסס על העיקרון הרחב של חופש הצורה, הקבוע ברישא של סעיף 23 לחוק החוזים הכללי, ולפיו "חוזה יכול שיעשה בעל-פה, בכתב או בצורה אחרת...". נתיב שני, מקביל לראשון, ולעתים אף חוצה אותו, הוא נתיב תום-הלב, שאף הוא שורטט בקווים כלליים על-ידי המחוקק, אולם נכבש ובוסס על-ידי הפסיקה. עצם

26 ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה(2) 505, 512.

27 סעיף 24 לחוק החוזים הכללי הוא אכסניה צנועה לעיקרון חשוב, והוא מבטא רק היבט אחד של עקרון חופש החוזים, הוא חופש העיצוב. ההיבט האחר, החשוב יותר, של חופש החוזים, הוא חופש ההתקשרות, יבוא לידי ביטוי בחוקה העתידית של מדינת ישראל. סעיף 8 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח (ה"ח 1085, עמ' 448) יקבע, כי "כל אדם זכאי להתקשר בחוים ולרכוש נכסים; אין מגבילים זכות זו אלא על פי חוק".

28 ראה ע"א 686/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט(2) 757, 762-763; ע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד לב(2) 141, 146; ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537, 542; ע"א 618/85 מעיינות הגליל המערבי נ' תבורי, פ"ד מ(4) 349.

29 השווה נ' כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן — בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו (תשמ"ז) 13.

החידוש הטמון בעקרון תוס-הלב הוא אמנם חידוש של המחוקק, אולם הפעלת העיקרון ויישומו מסודרים בידי בתי-המשפט. ואמנם, שופטי ישראל לא הססו להפעיל את טמכויותיהם והחילו בהרחבה ובנדיבות את עקרון תוס-הלב.

בשלב ראשון פורש המושג ונקבעה משמעותו, שהיא נאמנות³⁰, יושר והגינות³¹. מקובלת כיום ההשקפה — שביטא לראשונה השופט ש' לוי, בפסק-דין חלוצי שניתן בשנותיו הראשונות של חוק החוזים הכללי³² — ולפיה אין טעם לקבוע מראש מערכת כללים נוקשה התוחמת את גבולות העיקרון ויש לתת לסוגיה להתפתח באורח קדואיסטי, ממקרה אחד למשנהו. מושג תוס-הלב אינו ניתן אפוא להגדרה ממצה מראש ותוכנו נקבע על-פי המקרים שבהם הופעל.

סקירתם הרטרופקטיבית של התקדימים בנושא תוס-הלב מראה תנועת מטוטלת. בראשית היתה התנופה האדירה: בתריסר השנים הראשונות לחוק החוזים הכללי היה דומה כי אין כמעט תחום במשפטנו שבו לא הוחל, הלכה למעשה, עקרון תוס-הלב. כמו בגרמניה, בתקופה שבין שתי מלחמות-העולם, כך גם בישראל של שנות השמונים, כיסה עקרון תוס-הלב את כל שיטת המשפט³³.

תנופה זו נעצרה לאחרונה ומסתמנת רגיעה, ואולי אפילו נסיגה, בהחלתו של עקרון תוס-הלב.

את המגמה המרחיבה הנזכרת ניתן — לדעתי — לתאר באמצעות שרטוט שלושה מעגלי תחולה קונצנטריים. הראשון, הפנימי, הוא המעגל החוזי; השני, האמצעי, הוא המעגל של המשפט האזרחי; והשלישי, החיצוני, הוא המעגל של המשפט הציבורי. במעגל הראשון חל עקרון תוס-הלב — על-פי לשון הסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים הכללי — על משא-ומתן לקראת כריחתו של חוזה (סעיף 12(א)), על קיום של חיוב הנובע מחוזה (סעיף 39 רישא) ועל השימוש בזכות הנובעת מחוזה (סעיף 39, סיפא). כמעגלים השני והשלישי חל עקרון תוס-הלב מכוח שילוב הוראות הסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים הכללי, על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה.

מכיוון שתחולתו של עקרון תוס-הלב — מכוח סעיף 61(ב) — במשפט האזרחי (תחום דיני הממונות), פשוטה, קלה ומובנת יותר מאשר תחולתו במשפט הציבורי — בחרתי להבחין בין שני מעגלי התחולה.

נתאר תחילה את תחולתו ה"חיצונית" של עקרון תוס-הלב במשפטנו, במעגלים השני והשלישי, ולאחר-מכן נחזור אל המעגל החוזי הפנימי.

בתחום המשפט האזרחי במובנו הרחב (כולל גם משפט מסחרי) אין כמעט איזור, נושא, או גזרה שבהם לא הופעל עקרון תוס-הלב. בין נושאים אלה נמנה את הבאים:

30 ראה י' זוסמן, "תוס לב בריני החוזים — הזיקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו (תשל"ט) 485.

31 ראה דברי השופט ברק בע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לז(1) 533, 544; דברי השופט אשר בע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 241; וכן ר"ע 628/83 דליה בע"מ נ' שפירא, פ"ד לח(3) 462; ע"א 783/83 קפלן נ' נובוגרוצקי, פ"ד לח(3) 477.

32 ע"א 800/75 קוט נ' ארגון הדיירים במרכז המסחרי, רמת יוסף, פ"ד לז(3) 813.

33 לתיאור המצב בנושא זה בגרמניה של שנות העשרים ראה J.P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, 1968) 461 et seq.

חיובים סטטוטוריים³⁴, דיני חברות³⁵, דיני עבודה³⁶, דיני קניין³⁷, סדר-דין וראיות³⁸ ודיני משפחה³⁹.

בתחום המשפט הציבורי הופעל גם כן עקרון תום-הלב בנדיבות רבה, אולי בהשפעת פסיקתו⁴⁰ וכתביו⁴¹ של הנשיא זוסמן, אשר, בעקבות המשפט הגרמני, תמך בהחלת עקרון תום-הלב גם על פעולות הרשות הציבורית.

מבחינה אנליטית מתבקשת בתחום המשפט הציבורי הבחנה בין תחולת סעיפי תום-הלב, 12 ו-39 לחוק החוזים הכללי, על חוזה-רשות, ובין תחולתם של סעיפים אלה מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים, על פעולות משפטיות וחיוכים שאינם נובעים מחוזה. תחולתם של סעיפי תום-הלב על משא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה-רשות (הלובש בדרך-כלל צורה של מכרז או דמוי-מכרז) ועל קיום חוזה-רשות ושימוש בזכויות הנובעות ממנו, היא בעיני ישירה ומשתמעת מעצם מהותו של חוזה-רשות⁴². אשר על-כן, כל פסקי-הדין שהחילו את הוראת סעיף 12 לחוק החוזים הכללי על הליכי מכרז לא נזקקו — מבחינה אנליטית — לצינון של סעיף 61(ב). תחולת סעיף 12 על מכרזים ודמויהם נובעת מן התפישה הכללית של מכרז כחלק מן המשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה-רשות. לעומת זאת, ספק אם יש טעם וצורך לעשות שימוש בצינון של סעיף 61(ב) לחוק החוזים הכללי ולהחיל את עקרון תום-הלב, על מקורו החוזי, בתחום פעולותיה של הרשות. בשאלה זו נתגלעה מחלוקת פוסקים בפרשת לוגסי נ' שר התקשורת⁴³. שופטי הרוב — השופטים שמגר ובן פורת — גרסו כי מקור חובת הרשות לנהוג בתום-לב הוא ב"עיקרון אוניברסלי" הקיים במשפט הציבורי עוד פני חקיקת חוק החוזים⁴⁴. לעומתם, שופט המיעוט — השופט אלון — בחר לעגן את חובת הרשות לנהוג בתום-לב ביחסיה עם האזרח, בסעיפי תום-הלב שבחוק החוזים⁴⁵.

נחזור עתה אל מעגל התחולה הראשון של עקרון תום-הלב. סעיפיו של מעגל זה — הסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים הכללי — אינם נבדלים זה מזה במהות החובה המוטלת מכוחם, היא החובה לנהוג בתום-לב, אלא בהיקפה הכרונולוגי והפרסונלי של חובה זו. מן הבחינה הכרונולוגית ברור כי סעיף 12 חל עד לכריתת החוזה וכולל גם את שלב

- 34 ד"נ 15/79 מגדה ליבל נ' הרשות לנפגעי רדיפות הנאצים, פ"ד לה (3) 29.
 35 ע"א 817, 818/79 קוסוי נ' בנק פייכטוונגר, פ"ד לח (3) 285, 253.
 36 בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה (1) 828; ע"א 66/76 אלקו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לא (2) 197.
 37 ע"א 213/80 שמעונוף נ' ברוכים, פ"ד לז (3) 808; ע"א 810/82 זול-בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לז (4) 737.
 38 בר"צ 305/80 שילה נ' רעקובסקי, פ"ד לה (3) 449, 461.
 39 בג"צ 566/80 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז (2) 1; ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח (2) 736.
 40 ע"א 402/67 אורניקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (1) 270; בג"צ 640/77 ברנובסקי נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד לב (2) 75.
 41 Sussman, "A Forecast of Problems in the Law of Contracts" *Tel Aviv University Studies in Law* 17; וכן י' זוסמן, במאמר הנזכר לעיל, בהערה 30.
 42 ראה חווי רשות בישראל (ירושלים, תשמ"ה) 58 ואילך, 80 ואילך.
 43 בג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לז (2) 449.
 44 שם, בעמ' 465, 455.
 45 שם, בעמ' 465.

הכריתה⁴⁶. מרגע כריתת החוזה חל עליו ועל הצדדים לו סעיף 39. מפסיקת בית-המשפט העליון בשנים האחרונות עולה בבירור – הרף ספקות שהועלו בעבר⁴⁷ – כי סעיף 12 חל באורח עצמאי, הן כאשר לא נכרת חוזה בתום המשא-ומתן⁴⁸ הן כאשר נכרת חוזה בתום המשא-ומתן. כריתת החוזה כשלעצמה אינה שוללת את הזכות לפיצויים בשל העדר תוס-לב במשא-ומתן. עילת התביעה לפי סעיף 12 קמה בין אם נכרת חוזה ובין אם לאו⁴⁹. על-פי פסיקה זו סעיף 12 יכול לזוול גם בפני עצמו וגם כאשר קמה לצדו עילת תביעה חוזית נוספת⁵⁰.

מן הבחינה הפרסונלית עולה מפסק-הדין בר"ג 7/81 פנידר נ' קסטרו, כי סעיף 12 מטיל את חובת תוס-הלב על צד למשא-ומתן גם אם צד זה לא הפך בסופו של דבר צד לחוזה. הנשיא שמגר הרחיב בפסק-דין זה את החובה לנהוג בתוס-לב במשא-ומתן על כל מי שנטל בפועל חלק במשא-ומתן, גם אם לא הפך צד לחוזה (ואפילו לא נכרת חוזה בסוף המשא-ומתן). עצם ההשתתפות במשא-ומתן, ולא מעמדו של צד למשא-ומתן כצד עתידי לחוזה שייכרת, היא אמת-המידה לתחולתו של סעיף 12⁵¹.

מגמה מרחיבה נוספת הסתמנה בפסיקה לגבי הסעדים שניתן לקבל בגין הפרת החובה הקבועה בסעיף 12 (א) לנהוג בתוס-לב במשא-ומתן. בפרשת זפניק נ' שיכון עובדים קבעה השופטת בן-פורת, כי "תרופות הפיצויים המנויות בסעיף 12 (ב) אינן בגדר רשימה סגורה או ממצה"⁵². הלכה חדישנית זו – הפורצת מעבר לסעיף 12 (ב), וטומנת בחובה את האפשרות של אכיפת משא-ומתן שנוהל בחוסר תוס-לב – זכתה לביקורת⁵³, אך גם לתמיכה⁵⁴ וניתן לגרוס כי אף אומצה בפסיקה מאוחרת של בית-המשפט העליון⁵⁵.

ראינו, כי בשנים הראשונות לחייו של עקרון תוס-הלב הורחבה תחולתו של עיקרון זה לרוחב השיטה ולעומקה. העיקרון הוחל, כאמצעות סעיף 61 (ב) לחוק החוזים, בתחומי הרבים והשונים של המשפט האזרחי, ואפילו במשפט הציבורי. בתוך דיני החוזים הורחבה תחולתו – הכרונולוגית והפרסונלית – של סעיף 12, והורחב תחום הסעדים העומדים בגין הפרתו. רק בשנים האחרונות אנו עדים למגמה של רגיעה והתפכחות מ"שכרון" תוס-הלב.

פסק-הדין המסמן את ראשיתה של תנועה זו הוא פסק-הדין בעניין לסרסון נ' שיכון

46 ראה ג' שלו, כריתת חוזה (פירוש לחוקי החוזים, המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי סאקר, ג' טדסקי עורך) 86–87.

47 ראה ע"א 829/80 שיכון עובדים נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579, 584.

48 ראה ד"ג 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 682–683.

49 ראה ע"א 49/83 קסלו נ' מאירוב, פ"ד מא(2) 547. בכך שונה היקף תחולתו של עקרון תוס-הלב מהיקף תחולתה של תורת האשם בהתקשרות (*culpa in contrahendo*) של המלומד ירינג. תורה אחרונה זו חלק רק כאשר לא נכרת חוזה בתום המשא-ומתן, שנפגם בחוסר תוס-לב.

50 ראה ד"ג 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 697; ע"א 488/83 צנעני נ' אגמון, פ"ד לח(4) 141.

51 ד"ג 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673; וכן ע"א 253/82 חושי נ' הטכניון, פ"ד לח(1) 640.

52 ע"א 829/80 שיכון עובדים נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579.

53 ס' דריטש, "סעיף 12 לחוק החוזים: האמנת תרופה לכל מכאוב" מחקרי משפט ד (תשמ"ו) 39.

54 ג' כהן (לעיל, הערה 29).

55 ע"א 651/82 מדינת ישראל נ' החברה הנוילתית לשיירותים באניות, פ"ד מ(2) 785, 789; ע"א 579/83

זונשטיין נ' גרסו, פ"ד מב(2) 278, 286, 289.

עובדים⁵⁶. בפרשה זו נתעוררה השאלה אם מוטלת על המוכרת, מכוח חוזה רכישת הדירות, החובה להקים גנרטור להפעלת המעלית בבניין בשעת-חירום. השופט בייסקי הלך בעקבות הפסיקה המתקדמת בנושא תום-הלב, וכיסס את תשובתו החיובית לשאלה הנזכרת על הוראת תום-הלב⁵⁷. השופט אלון הסתייג מן הכיסוס האמור. תוך שהוא מגיע לתשובה חיובית כאמצעות פירוש החוזה, הצהיר השופט על השקפתו בנושא תום-הלב, בדברים היפים הבאים⁵⁸:

...מבחינת עצם יישומו של עיקרון זה והחלתו מן הראוי ומן הנכון להרחיב את היריעה ואת התחומים שבהם הוא מופעל... אך מידת הרחבה זו, שיפה היא לעניין היקף תחולתו הגיאוגרפית של עקרון תום הלב בתחום ענפי המשפט למיניהם ולסוגיהם, אינה יפה באותה מידה ובאותו שיעור לענין מילוי תוכן של עיקרון זה, ומכל שכן שאין להרחיב את תחום פעולתו והפעלתו מעבר למסלול המשפטי, שהמחוקק הועיד לו מלכתחילה.

בפסק-דין חדיש נוסף נעצרה גם תנועת ההחלה החיצונית של עקרון תום-הלב. השופט אלון דחה ניסיון להפעיל את עקרון תום-הלב כדי למנוע שימוש בזכות הנובעת מצוואה (המעגל השני דלעיל). "מידת תום הלב אינה באה במקום מידת הדין וכחלופה לה" — נאמר שם⁵⁹.

ואכן, בשנים האחרונות מסתמן בפסיקה כיוון חדש, "שמרני" מקודמיו, ולפיו אין לראות בעמידה על זכות חוזית פעולה המנוגדת לעקרון תום-הלב⁶⁰. ימים יגידו איוז מגמה תגבר: המגמה המרחיבה, שלפיה עקרון תום-הלב שליט ללא-מצרים בתחום דיני החוזים והמשפט האזרחי בכללו, או המגמה השמרנית, שלפיה אין בעיקרון זה כדי לשלול זכויות תקפות.

ה. עם הפנים לעתיד

כמעט שנשתיימה החקיקה בשלבים. עתה יושבת על המדוכה, כראשות השופט פרופסור ברק, "ועדת-הקודיפיקציה". ועדה זו היא ועדה מייצעת להכנת הקודיפיקציה במשפט האזרחי. תפקידה להציע הצעות לאיחוד החוקים השונים בתחום דיני הממונות למסכת הרמונית אחת, לקראת מעשה החקיקה הסופי — הוא קובץ דיני הממונות⁶¹. בקובץ דיני הממונות עתידים דיני החוזים לתפוש מקום מרכזי בשורה הראשונה. ואין תימה בכך: דינים אלה הם הגרעין והבסיס למשפט הפרטי ולמשפט האזרחי — מהם יתד, מהם פינה לכל דיני הממונות במשפטנו. כבר כיום, כתוצאה מהוראת סעיף 61(ב) שלו, חוק החוזים הכללי הוא יותר מחוק חוזים גרידא; הוא חוק חיובים כללי.

56 ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים, פ"ד לח(2) 237.

57 שם, בעמ' 250.

58 שם, בעמ' 262.

59 ע"א 202/85 קליינה ביק נ' גולדברג, פ"ד מא(2) 757, 767, שם מביא השופט את דבריו בע"א 391/80 הנ"ל, בהערה 56, בעמ' 264-265.

60 ראה ע"א 524/83 קרתור נ' אלון, פ"ד מ(2) 533, 553; ע"א 601/82 בל"ל נ' C.I.S., פ"ד מ(2) 673; ע"א 11/84 רבינוביץ נ' שלב, פ"ד מ(4) 533; ע"א 795/86 לודאית נ' השקעות שירליב, פ"ד מא(3) 645.

61 ראה הצ"ח לעריכת קובץ דיני ממונות, חש"ם-1980, הצ"ח 1448.

אם מותר להתנבא לגבי ילד שטרם נולד, ניתן לציין כאן כי סימני ההיכר החיצוניים, ותכונות האופי של העובר הקודיפיקטיבי שלנו יהיו דומים לאלה של החוקים בדיני החוזים – הוריו הרעיוניים של הקובץ המתוכנן. מיעוט עקרונות כלליים, שימוש במונחים רחבים, העדר חלק כללי והוראות תמציתיות – אלה הסימנים החיצוניים שיבלטו לעין.

מבחינת החוכן הפנימי לא יהיו מהפכות ושינויים ולא יהיו כנראה הבדלים רבים בין הקודיפיקציה ובין החוקים הקיימים כיום בשטח במשפט האזרחי. בכך תשתקף, קרוב לוודאי, עמדת ועדת הקודיפיקציה: שטח החוקים האזרחי השלם של מדינת ישראל לא יהיה הרבה יותר מסך כל החוקים המרכיבים אותו, וכי מקום שבו הופעלו ופעלו הוראות החוק בצורה נאותה, ובלי תקלות מיוחדות, אין צורך ואין טעם להמליץ על שינוי ולזעזע את מערכת דיני הממונות.