

הבטחה, השתק ותוס'לב

מאת

גבריאלה שלוי

א. מבוא

מטרתו של מאמר זה היא להאיר את תורת ההשתק מכוח הבטחה, כפי התפתחותה המרשימה במשפט האמריקני, ולעמתה עם עקרון תוס'הלב במשפטנו. אולם מכיוון שלא ניתן להגיע לתורת ההשתק האמריקנית אלא דרך אמהדורתה – תורת ההשתק האנגלית – נפתח מאמר זה בדיון כללי בתורת ההשתק, מהותה ומקורותיה.

כדי ליתן תשובה לשאלת תחולתו של עקרון ההשתק במשפטנו, יש לערוך שלושה חיתוכים.

הראשון, בין סוגי ההשתק השונים, וביתר דיוק: בין השתק על-ידי מצג (או התנהגות) ובין השתק מכוח הבטחה.

השני, בין הגישות השונות של הדין האנגלי והדין האמריקני להשתק מן הסוג האחרון, והא השתק מכוח הבטחה.

השלישי, בין הדיון בסוגיית ההשתק בטרם חוק החוזים הכללי ובין הדיון בסוגיה לאחר חוק זה.

עריכת חיתוכים אלה והצלבת ההבחנות הנובעות מהן, מאפשרות בחינה ביקורתית של שאלת תחולתו של עקרון ההשתק במשפטנו. לאחריה נגיע אל היעד הסופי של המאמר – השוואת הדין האמריקני בסוגיית הבטחה עם עקרון תוס'הלב במשפטנו.

1. חיתוך ראשון: השתק על-ידי מצג והשתק מכוח הבטחה

השתק על-ידי מצג (estoppel by representation) הוא ההשתק הקלאסי, הוותיק. על-פי אדם המציג כלפי זולתו מצג עובדתי, יושתק (או ידעה מנוע) מהכחשת הנכונות של המצג שעשה, אם נעשה המצג בכוונה כי האדם שכלפיו נעשה יפעל על-פיו, ואדם זה אמנם פעל בהסתמך על המצג ושינה את מצבו לרעה?

- פרופסור חבר כפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
- 1 שכן לא נדון כאן בהשתק שיוצר פסק דין, הלא הוא ההשתק הקבוע בתורת מעשה בית-דין ("דסיידיקטא").
- 2 ראה הגדרה המלאה והרחבה: Spencer Bower & Turner, *Estoppel by Representation*, 3rd ed. (Butterworth, 1977) 4; Cheshire & Fifoot, *The Law of Contract*, 10th ed. (Butterworth, 1977) 4.

השתק מכוח הבטחה (promissory estoppel) מונע – בנסיבות מסוימות – התכחשותו של מבטיח להבטחה שנתן לוולת, מתוך כוונה שמקבל הבטחה יפעל בהסתמך על הבטחה זו, והוא אמנם פעל כך.³

יסוד ההסתמכות הוא המשותף לשני סוגי ההשתק הנדונים. בהשתק על-ידי מצג נדרשת הסתמכות על המצג העובדתי, ובהשתק מכוח הבטחה נדרשת הסתמכות על ההבטחה. בראייה מודרנית ניתן לומר, כי שני סוגי ההשתק מיועדים להגן על אינטרס ההסתמכות.⁴ יסוד ההסתמכות המשותף להם מקנה גיבוי מוסרי לכללי ההשתק על סוגיו השונים. ואכן, הן ההשתק על-ידי מצג והן ההשתק מכוח הבטחה מבוססים על עקרונות של צדק⁵ ויושר⁶, היגיון והגינות, ובשניהם שזורים יסודות של מוסר ויחסי-אנוש תקינים. ההבדל העיקרי בין השתק על-ידי מצג ובין השתק מכוח הבטחה נוגע לנושא המצג. ביסוד ההשתק על-ידי מצג טמון מצג עובדתי, בעוד שהשתק מכוח הבטחה מופעל על-ידי מצג של כוונה, כלומר: הבטחה. הבדל נוסף נוגע לדרישת הנזק. בעוד שנוזק או שינוי לרעה במצבו של מי שפעל על-סמך המצג הוא יסוד ותנאי לתחולת ההשתק על-ידי מצג, תופעל הדוקטרינה של השתק מכוח הבטחה גם בהעדר נזק למקבל ההבטחה.⁷

כמובן, בעוד שפועלו של השתק על-ידי מצג הוא קבוע ותמיד, פועל ההשתק מכוח הבטחה רק באורח זמני, להשעיית זכויות, כך שהמבטיח יכול לחזור למצב זכויותיו המקורי.⁸ השתק על-ידי מצג איננו עילת-ביעה⁹; הוא יכול לשמש מגן, אך לא חרב¹⁰. נהוג לתאר

83 (Butterworth, 1969) 7th ed. ואצלנו: א' ברק, חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי) 17.

3 באנגליה מקורו של השתק זה הוא בפסק-דין של השופט דנינג בעניין *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* [1947] K.B. 130.

4 אינטרס זה, *Reliance Interest*, נחשף לראשונה בשנת 1936 במאמר המפורסם, Fuller & Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 *Yale L. J.* 52, 373 (1936-1937).

5 על ההשתק על-ידי מצג כמבטח לעשיית צדק, ראה 19-20 *S. Bower, op. cit.*; ועל ההשתק מכוח הבטחה כמבוסס על צדק ראה 199 *A. Denning, The Discipline of Law* (Butterworth, 1979) *et seq.*

6 מטרת שני סוגי ההשתק היא להגשים את ררישות הצדק והיושר: Fuller & Eisenberg, *Basic Contract Law* (4th ed. 1981) 29, 34.

7 זו עמדתו של מחולל הדוקטרינה של השתק מכוח הבטחה, הלורד דנינג. ראה מאמרו: "Recent Developments in the Doctrine of Consideration", 15 *M.L.R.* (1952) 1, 4-5; שונה ראה 394 *Bower, op. cit.*, המחלוקת נובעת כנראה מהגדרת נזק (detriment) בהקשר זה, וניתן לישבה על-ידי הגדרת נזק כאי-צדק שייגרם למקבל הבטחה אם יסוג המבטיח מהבטחתו.

8 הכתנה זו נכונה לגבי הדין האנגלי. ראה, G. H. Treitel, *The Law of Contract* (6th ed. 1983), 90; *Tool Metal Manufacturing Co. v. Tungsten Electric Co.* [1955] 1 *Anson, Law of Contract* (25th ed., 1975) 761, 117 *W.L.R.* המעיר כי ייתכנו מקרים בהם תהא גם פעולת ההשתק מכוח הבטחה סופית וקבועה.

9 *Snell's Principles of Equity* (22nd ed. by H. Gibson Rivington, London 1939) 550; *Law v. Bowerie*, Cross, *On Evidence* (6th ed. Butterworth, 1985), 96 (1981) 3Ch. 82, 105.

10 ראה ד' צלטנר, "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970" עיוני משפט ג (תשל"ג) 121; *S. Bower, op. cit.*, 19.

ככלל ראייתי¹¹ או דיוני¹², אם כי להשתק עליידי מצג, כמו לכללים רבים של דיני הראיות, תוצאות מעשיות במישור הדין המהותי¹³. לעומת זאת, השתק מכוח הבטחה, לפחות כפי התפתחותו במשפט האמריקני, יכול גם יכול ליצור עילת תביעה עצמאית, ועוד נרחיב את הדיבור על כך בהמשך. מכל-מקום, אפילו במשפט האנגלי נהוג לראות השתק זה ככלל דין מהותי¹⁴.

2. חיתוך שני: השתק מכוח הבטחה בדין האנגלי ובדין האמריקני

בפרקים הבאים נתאר בפירוט את התורות האנגלית והאמריקנית בנושא ההשתק מכוח הבטחה.

בשלב זה נעיר רק כי התורה האנגלית של השתק מכוח הבטחה, מבית מדרשו של השופט דינג, דומה מאוד להוראת סעיף 90 לריסטייטמנט האמריקני, הוא הסעיף המהווה את מקור התורה האמריקנית של השתק מכוח הבטחה. דמיון זה בולט בהיסטוריה של התורות, בראציונל המשותף להן, בתשתיתן האיריאולוגית וביסודות הנדרשים – על-פי כל אחת מן התורות – כדי להקים השתק מכוח הבטחה.

שתי התורות – האנגלית והאמריקנית – התפתחו במסגרת דין החוזים, תוך חיפוש אחר תחליף לתמורה. שתי התורות בנויות על הרעיון של אחריות אדם למוצא פיו, כיבוד הבטחות והגנת אינטרס ההסתמכות. יסודותיהם העיקריים של שתי התורות – הבטחה, הסתמכות ודרישת הצדק – זהים.

עם זאת, צרה התורה האנגלית מן התורה האחת שמעבר לאוקיינוס. ראשית, התורה האנגלית של השתק מכוח הבטחה חלה רק כאשר קיים כבר בין הצדדים – הצד המבטיח והצד מקבל הבטחה – קשר משפטי (חוזי) קודם, וההבטחה ניתנה על רקע קשר זה. דרישה זו לקשר משפטי קודם בין הצדדים נובעת מתורת התמורה. יש בכוח התורה האנגלית למנוע אכזבה וזכויות קיימות, אולם אין בכוחה ליצור עילות תביעה חדשות¹⁵. חרף לכטים וספקות, מקובל גם היום לומר באנגליה כי רק הבטחה שיש כנגדה תמורה (או הניתנת תחת חותם – deed under seal) יכולה ליצור זכויות מקוריות¹⁶.

11 Snell, *op. cit.*, 550; Bower, *op. cit.*, 7-8; צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (אבוקה, תשל"ד) 122-121.

12 א' ברק, חוק השליחות, תשכ"ח-1965, (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי), הערה 71 בעמ' 17, הערה 2 בעמ' 169, *Tel Aviv*; Sussman, "A Forecast of Problems in the Law of Contracts", *University Studies in Law*, vol. 2 (1976) 17, 32.

13 ואכן, יש הרואים גם בהשתק עליידי מצג כלל דין מחזתי. למשל, Atiyah, "Misrepresentation, Warranty and Estoppel", 9 *Alberta L. Rev.* 347, 369-373 (1971); Per Denning M.R. in *Moorgate Mercantile Co. v. Twitchings* (1976) Q. B. 225, 241-242.

14 Cross, *On Evidence*, *op. cit.*, 96; Denning, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, 217.

15 *Combe v. Combe* (1951) 2 K.B. 215.

16 עם זאת, אין זה מרוק לומר – כפי שנוהגים רבים לומר – כי התורה מהווה רק מגן ולא חרב. ראה Denning, *The Discipline of Law*, 280 et. seq., Treitel, *op. cit.*, 91-92, המראים כי בנסיבות מסוימות יכולה התורה להתייבב לצד תובע דיוקא ולהוות חרב (אם גם חרבי-משנית).

לעומת זאת, כפי שעוד נראה בהמשך, ובהרחבה, סעיף 90 לריסטימנט יכול גם יכול ליצור עילות תביעה חדשות בין צדדים ששום יחס קודם אינו קושר ביניהם. שנית, מן הפרופוזיציה לעיל, שלפיה אין בכוח ההשתק מכוח הבטחה ליצור עילה בדין האנגלי, נובע כי תורת ההשתק מכוח הבטחה באנגליה היא בעיקרה הגנתית: האפקט הרגיל והשכיח שלה הוא להגן על מקבל ההבטחה מפני תביעה המתבססת על החיוב המקורי¹⁷; ואילו סעיף 90 האמריקני מקנה למקבל ההבטחה בארצות הברית עילת תביעה מובהקת. שלישית, עיקר חשיבותה של התורה האנגלית היא בתחומי הויתור והגבלת זכויות חוזיות קיימות – תחומים שבהם היא מהווה תחליף יעיל וצורך לדרישה הטכנית של התמורה; ואילו באמריקה חרגה זה כבר התורה המעוגנת בסעיף 90 מן הגבולות שנתחמו לה עליידי מקורה ההיסטורי והרעיוני, והיום כמעט שאין עוד קשר בינה ובין דיני התמורה.

3. חיתוך שלישי: המשפט הישראלי בסוגיית ההשתק לפני חוק החוזים ולאחריו

בשנת תשל"ג נפל דבר בדין החוזים בישראל: חוק חוזים כללי מקורי נכנס לתוקף וביטל, בסעיף 63 אשר בו, את הדיקה למשפט האנגלי. סימן 46 – נאמר בסעיף זה – לא יחול "בעניינים שחוק זה דן בהם", כלומר: לפחות דיני חוזים, אבל גם (מכוח ההרחבה שבסעיף 61(ב)) המחיל את הוראות החוק גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה דיני חיובים אחרים בדרך-כלל. גם שנת תש"ם מהווה נקודת-מפנה לצורך דיוננו כאן, כאשר במהלכה נחקק חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, אשר ביטל לחלוטין, בסעיף 2(א), את סימן 46, אולם שימר, בסעיף 2(ב), את המשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה. בהמשך הדברים נבחן כיצד השפיעה חקיקתו של חוק החוזים הכללי על תחולת דיני ההשתק במשפט ישראלי, תוך התחשבות בהוראותיו הנוכחות לעיל של חוק יסודות המשפט.

ב. השתק מכוח הבטחה בדין האנגלי

דרישת התמורה מהווה באנגליה, עד עצם היום הזה, דרישה חיונית ויסוד מעמיד של החוזה הרגיל (להבדילו מן החוזה הנעשה תחת חותם – under seal). דרישה זו, והשלכותיה השונות, זכו לביקורת, וכבר לפני עשרות שנים (בשנת 1937), המליצה ועדה מלכותית על ביטולה¹⁸. השמרנות האנגלית הנודעת גרמה לכך כי המלצות הוועדה לא זכו לביטוי חקיקתי. אולם השופט היצירתי, השופט דנינג, הצליח להתגבר על חלק מן המכשולים שתורת התמורה מציבה בדרך לעשיית צדק חוזי, בדלותו מתקדימי האקוויטי במאה הי"ט כלל הקובע כוח חיוב מסוים להבטחות, אף אם הן נעדרות תמורה.

17. Treitel, *op. cit.*, 91

18. Cmnd. 5449, Sixth Interim Report of the Law Revision Committee

פסקדינו של השופט דנינג בפרשת High Trees¹⁹ נחשב כמקור המודרני²⁰ של תורת ההשתק מכוח הבטחה ברצ' האנגלי. מעניין לציין כי תקדים חשוב זה ניתן בערכאה ראשונה, ובהתדיינות רגילה לכאורה אשר לא היה ניתן לשער כי תצמיח הלכות שישנו את פני הרצ' האנגלי.

עובדות הפרשה היו כלהלן: בעת מלחמת העולם השנייה עזבו רבים מתושבי לונדון את בתיהם כדי להימלט מאימת ההפצצות. לפיכך נתקלו בעלי בתים בלונדון בקושי לאכלס את הדירות שהשכירו. החברה המשכירה בפרשה זו ניאותה להפחית כדי מחצית את דמי השכירות בדירות שהתרוקנו ושהושכרו לתקופה ארוכה. אולם עם תום המלחמה, כאשר שבו השוכרים לבתיהם, ביקש המשכיר לחזור לדמי השכירות המקוריים. תביעה זו של החברה המשכירה שנסבה על העתיד התקבלה. אולם החלק המעניין בפסקדינו של השופט דנינג הוא דווקא החלק הדין בתביעה היפותטית, שלא הוגשה, להחזר ההפרש בדמי השכירות שלא נגבו בעת המלחמה. לכאורה מוצדקת תביעה כזו, שכן הוויתור של המשכיר על מחצית דמי השכירות בעת המלחמה לא נתמך בתמורה, ולפיכך אינו מחייב. על כלל זה מתגבר השופט דנינג בהפעילו עיקרון אקוויטבילי, שלפיו הבטחה אשר ניתנה במטרה ליצור יחסים משפטיים ושלדיעת המבטיח פעל הנבטח בהסתמך עליה, מחייבת את נותנה.

התבוננות בהחלטתו של השופט דנינג באספקלריה של דיני ההשתק מאפשרת הצגת פסקהדין כזרחבת תורת ההשתק של המשפט המקובל. במקורה תורה זו חלה רק על מצגים עובדתיים²¹, והשופט דנינג מחיל אותה גם על הבטחות, במקרה שלפניו: הבטחה להפחית כדי מחצית את דמי השכירות בתקופת המלחמה.

כדאי להבהיר כי ראייה כזו של פסקהדין High Trees היא חד-צדדית, שכן השופט דנינג אינו מעוניין כלל בהשתק. אותו מעניין כוח החיוב של הבטחה שניתנה בסוגיה כי יפעלו על-פיה, ומקבלה אכן פעל כך. אמנם – הוא אומר – הבטחה כזו איננה אכיפה, מחמת העדר תמורה, אולם יש למנוע בעד נותנה מלחזור בו ממנה. במובן זה, אך רק במובן זה, הבטחה כזו מקימה השתק.

בר"ח הוועדה המשפטית שהוגש בשנת 1937²² נכללה המלצה להכרה בהבטחה רצינית שמקבלה שינה את מצבו בהסתמך עליה. למעשה היתה זו המלצה לביטול דרישת התמורה. הדו"ח האמור מעולם לא יושם, והיה ניתן לחשוב שפסקדינו של השופט דנינג בעניין High Trees מביא לידי אותה תוצאה, לאמור: ביטול דרישת התמורה כתנאי לאכיפת הבטחה. אולם שנים ספורות לאחר מתן פסקהדין High Trees, נקרתה לשופט דנינג ההזדמנות לקבוע את הגבולות הלגיטימיים של התורה החדשה, או המחודשת, מבית-מדרשו. הדבר היה בפסקהדין שניתן בין בניהוז Combe²³. בפרשה זו נתבע גבר על-ידי גרושתו לשלם לה 100 ליש"ט לשנה על-סמך התחייבותו הכתובה. בערכאה ראשונה החיל בית-המשפט את

19 לעיל, הערה 3.

20 אולם העיקרון האקוויטבילי שלפיו הבטחת צד לחזה למשגו כי לא יפעיל את זכויותיו מחייבת, אף בהעדר תמורה, נקבע במאה הקודמת. ראה Hughes v. Metropolitan Railway Co. (1877) 2 A.C. 439 המלומד Bower בספרו על ההשתק מתאר פסקדין זה כקובע עיקרון "אותנטי": Bower, op. cit., 366 et. seq.

21 Jorden v. Money (1854) 5 H.L.Cas. 185

22 ראה לעיל, הערה 18.

23 לעיל, הערה 15.

העיקרון שנקבע בפרשת High Trees וחייב את הגבר על-פי ההבטחה שבמכתבו, חרף העדר תמורה להבטחה זו. אולם בערעור נרתע השופט דנינג מפני החלתו של העיקרון כיוצר עילת-תביעה עצמאית וכמחליף את דרישת התמורה בכל מערכת-יחסים. העיקרון שנקבע ב"High Trees" – אומר עליו ממציאו – רק מונע צד לחוזה מעמידה עיקשת על זכויותיו הדווקניות, כאשר אכיפתו אינה נראית צודקת לאור ההתרחשויות הקודמות בין הצדדים. בין אם מי שהסתמך על ההבטחה וטוען לאחר-מכן לאכיפתה הוא התובע או הנתבע, בכל מקרה הבטחה זו איננה יוצרת עילת תביעה עצמאית. העיקרון – חוזר ומבהיר דנינג – הוא זה: מי שהבטיח לרעהו הבטחה, מתוך כוונה שהלה יפעל בהסתמך עליה, ודוא אמנם פעל כך, אינו יכול להתכחש להבטחתו.

ההשתק מכוח הבטחה אינו אצל אפוא כוח ליצור עילת תביעה חוזית עצמאית במשפט האנגלי²⁴.

התורה המקנה במשפט האנגלי כוח מחייב להבטחה שאינה נתמכת בתמורה, זכתה שם לכינויים שונים, שהבולטים בהם הם: *quasi estoppel*, *promissory estoppel*²⁵, *equitable estoppel*.

לרעתנו, ניתן לנתק תורה זו מדיני ההשתק הטכניים. השופט דנינג עצמו, מחוללה של תורה זו, מעיד כי הכלל שנקבע בפסקי-הדין בעניין High Trees, אינו כלל של השתק אלא עיקרון של צדק ויושר, אשר לפיו מי שיצר אצל רעהו, באמצעות הבטחה, מערכת של ציפיות, תקוות ואמונות, ורע זה הסתמך על ההבטחה, אינו רשאי להתכחש להבטחתו בניגוד לצדק²⁶. העיקרון שביסוד הענקת כוח מסוים להבטחה בדין האנגלי הוא אפוא עיקרון בסיסי של יושר והגינות, ולמעשה הכלל המוסרי של כיבוד הבטחות, המבוטא באמרה האנגלית "my word is my bond". כוח החיוב של ההבטחה בדין האנגלי, ויכולתה של התורה הנדונה להתגבר על דרישת התמורה ולייתר אותה, מותנים בהתקיימותם של מספר תנאים לגבי ההבטחה שבבסיס התורה.

התנאי הראשון נוגע להבטחה עצמה. כדי שיוכר לה תוקף מחייב ההבטחה צריכה להיות חרמש-מעית, רצינית וברורה. המבחן שיופעל לגביה הוא אובייקטיבי, לאמור: האם היה סביר לצפות כי הנבטח יפעל בהסתמך עליה. יש רגליים לרעה כי על מנת שהבטחה תחייב במסגרת תורה זו עליה להיות מסוימת, ככל שנדרש כדי שיוקנה לה תוקף חוזי אילו היתה כנגדה תמורה²⁷.

התנאי השני נוגע להסתמכות על ההבטחה. לא לכל הבטחה יוקנה תוקף, אלא רק להבטחה שמקבלה פעל בהסתמך עליה²⁸.

24 ראה גם Anson, *op. cit.*, 120.

25 Anson, *op. cit.*, 111; Cheshire & Fifoot, *op. cit.*, 84, f.n. 1.

26 ראה Denning, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, 255.

27 The Winson [1980] 2 Lloyd's Rep. 213, 222; Reversed on other grounds: [1982] A.C. 1939.

28 ראה הדוגמאות בספרו הנ"ל של דנינג בעמ' 207–208 וראה גם: M.P. Thompson, "From Representation to Expectation: Estoppel as a Cause of Action", 42 *Camb. L. J.* 257, (1983), על אף שהמחבר אינו מדויק ומרבה על ציפיות (expectation) אין ספק כי מונחיו להסתמכות דווקא.

לעומת זאת, נזק למקבל הבטחה איננו תנאי לתחולת העיקרון שנקבע ב־High Trees. מי שמקבל ארכה לתשלום חוב, או מי שנושהו נאות להסתפק בסכום כסף פחות לתשלום החוב המקורי, אינו סובל נזק²⁹. הסיבה שאין מאפשרים למבטיח לסגת מן הבטחה איננה הנזק שנגרם למקבלה אלא הסתמכותו עליה. בגלל עצם הסתמכות זו נחשבת, בדרך-כלל, חזרת המבטיח מהבטחתו כדבר לא הוגן המנוגד לצו היושר (inequitable). די בשינוי מצב בהסתמך על הבטחה, לאו דווקא לרעה, כדי שתחול התורה האקזיטבילית³⁰.

ג. השתק מכוח הבטחה בדין האמריקני

1. רקע

במחצית הראשונה של המאה העשרים החלה להתפתח בארצות-הברית של אמריקה תורת ההשתק מכוח הבטחה. על-פי תורה זו נאכפות הבטחות המניעות הסתמכות. תורת ההשתק מכוח הבטחה נוסחה ובוטאה לראשונה בסעיף 90 לריסטייטמנט הראשון על חוזים משנת 1932. כיום היא מגולמת בסעיף 90 לריסטייטמנט השני על חוזים. סעיף 90³¹ לריסטייטמנט השני על חוזים קובע (בתרגום חופשי מן המקור האנגלי)³² לאמור:

הבטחה אשר נותנה צריך לצפות כי תניע את מקבלה למעשה או למחדל, ואשר אכן מניעה מעשה או מחדל כאלו, היא הבטחה מחייבת, וזאת אם ניתן למנוע אי-צדק רק באמצעות אכיפתה. הסעד בגין הפרה יכול ויוגבל על-פי דרישות הצדק.

בתמצית ניתן לומר, כי סעיף 90(1) קובע בחלקו האופרטיבי את כוחה המחייב של הבטחה אשר מקבלה פעל בהסתמך עליה.

יש הרואים בסעיף 90 הנ"ל ביטוי לכלל החשוב ביותר בריסטייטמנט על חוזים³³, ובתורת ההשתק מכוח הבטחה את אחת ההתפתחויות החשובות והמרשימות ביותר בדין החוזים של ארצות-הברית במאה שלנו³⁴. סעיף זה הוא דוגמה, אולי הדוגמה הבולטת ביותר,

29 ואכן, על-פי ההצגה ההיפותטית של הארוע שם, לא היה נגרם להם כל נזק מהתבטחות המשכיר להבטחתו: ראה Anson, *op. cit.*, 115 הרואה בכך חוליה חלשה של פסקהדין *High Trees*.

30 השווה דברי לורד Cohen ב-1955 1 W.L.R. 761, 799 *Tool Metal v. Tungsten Electric*. שלפיהם גדרשת טעילה המונעת על-ידי הצד האחר. דעה זו אושרה גם בבית הלורדים: *Bremer v. Vanden* (1978) 2 Lloyd's Rep. 109, 116.

31 סעיף 90(2) דן בהקדשות לצרכי צדקה ובהסדרי נישואין, ואין הוא מענייננו כאן.

32 וזו לשון המקור האנגלי של סעיף 90(1) לריסטייטמנט השני על חוזים: "A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires".

33 Farnsworth, *Contracts* (Little Brown 1982) sec. 2.19; C.L. Knapp, "Reliance in the Revised Restatement: The Proliferation of Promissory Estoppel", 81 *Columbia Law Review* 52 (1981).

34 Feinman, "Promissory Estoppel and Judicial Method", 97 *Harv. L. Rev.* 678 (1984).

לסטיית הריסטייטמנט מתקדימים, מקום בו מתבקשת סטיה כזו לשם השגת דין צודק יותר.³⁵

כינויה הנפוץ של תורת ההבטחה, המגולמת בסעיף 90 של הריסטייטמנט על חוזים, הוא "השתק מכוח הבטחה" – promissory estoppel.³⁶ אולם שם זה אינו נראה מתאים, באשר אינו משקף את מלוא עוצמתה של התורה הנדונה.³⁷ הריסטייטמנט עצמו אינו כולל בהוראת סעיף 90, או בכותרתו, את המונח השתק (estoppel), וכפי שנראה להלן חורגת הוראת הסעיף הרחק אל מעבר לתחומי הדוקטרינה הקלאסית של השתק. במקום זה, אגב הדיון בשם הנאות לתיאור התורה המבוססת בסעיף 90, די לומר כי אין לראות תורה זו כשלוחה גרידא של דיני ההשתק, באשר הפעלתה אינה רק משתיקה או מונעת מבטיח מהתכחשות להבטחתו, אלא היא כובלת אותו בכבלי ההבטחה, עד כדי אכיפתה המלאה. ואמנם, המחברים האמריקניים דנים בתורת ההבטחה תחת כותרות שונות וכוללות, בדרך-כלל, את יסוד ההסתמכות ואינן כוללות בהכרח את המונח "השתק".³⁸ ומכיון שההבטחה מהווה, על-פי התורה הנדונה, מקור חבות בדין, בחרנו לכנות תורה זו בשם המהותי הרחב "תורת ההבטחה". בכך אין כוונתנו לומר כי כל הבטחה בדין האמריקני מחייבת. הרי גם תורת החוזה אינה מעניקה תוקף לכל חוזה, אלא היא מבחינה בין סוגים שונים ורמות תוקף שונות של חוזים. והיות שהבטחה העומדת במבחני סעיף 90 יכול שתאכף, נראה לנו תיאור סעיף 90 במונחים מהותיים כמשקף את המציאות המשפטית האמריקנית.

2. התפתחות התורה: מהבטחות-חינם להקשר עסקי

בראשיתה, סמוך לביטוייה בריסטייטמנט הראשון על חוזים, יוחסה עילת-ההבטחה להבטחות חינם, כלומר להבטחות הנעדרות תמורה בהקשר לא מסחרי.³⁹ הבטחות כאלה, שאינן אלא הבטחות למתנה, מופיעות תדיר בין קרובי משפחה. ניתן להדגים באמצעות מערכת העובדות הפשוטה, שאף נדונה בדיוני ה-American Law Institute לקראת גיבוש ההלכה של סעיף 90, והמופיעה כיום בין הדוגמאות הכלולות בריסטייטמנט עצמו:

בידעו כי אחיינו מתעתד ללמוד באוניברסיטה, מבטיח לו הודד סכום כסף נכבד (\$5,000) עם תום לימודיו האקדמיים. האחייין אכן נרשם ללימודים באוניברסיטה. כדי לממן את לימודיו ואת מחייתו בשנות לימודיו, הוא לווה סכומי כסף, המגיעים אף ליותר מן הסכום המובטח לו על-ידי

בהערה 3 למאמרו מציין המחבר כי ברק במחשב Key West את הפעלתו למעשה של סעיף 90, ונוכח כי בכל אחת מן המדינות בה נרדנו הבטחות, הופעל הסעיף.

35 ראה והשווה 29, 26, *Farnsworth, op. cit.*, המתאר את סעיף 90 כגיבוש יצירתי (creative "formulation").

36 הראשון שטבע מונח זה הוא כפי הנראה Williston בספרו *The Law of Contracts* (1st ed. 1920) sec. 204, 232-233. ראה Boyer, "Promissory Estoppel: Requirements and Limitations of the Doctrine", 98 *U. Pa. L. Rev.*, 459 n. 1 (1950).

37 אולם ראה Corbin, *On Contracts* (One Volume Edition, 1963) sec. 204, 232-233 המתנגד לכינוי התורה "השתק מכוח הבטחה" דווקא משום שלרעו המונח "השתק" רחב מדי.

38 למשל: Calamary & Perillo, *The Law of Contract* (2nd ed., 1977) Chapter 6: "Promissory Estoppel: Detrimental Reliance as a Substitute for Consideration".

39 ראה פסקדינו של השופט Learned Hand בעניין *James Baird Co. v. Gimbel Bros.*, 64 F. 2d 344 (2d cir. 1933).

הדרו. על סף הסיום של לימודי האחיין מדיע לו הודו כי אין ברעתו לקיים את הבטחתו. הפעלת סעיף 90 בנסיבות האמורות תביא לתוצאה שלפיה יחייב הדרו עליפי הבטחתו, ללא כוח חזרה ממנה.

אלם עד מורה ותברר כי אין להגביל את תחולת סעיף 90 לתחומים חוץ-מסחריים ולמצבים שמום נעדרת תמורה טכנית⁴⁰. סעיף 90 החל להופיע בהקשר מסחרי והחל גם בתחום העסקות והבטחות המסחריות. ואכן, העתקת סעיף 90 מן הריסטייטמנט הראשון לשני גרמה להידור ניסוח ולהדגמת הפעלתו גם בהקשר מסחרי מובהק. עתה ברור כי סעיף 90 חל בכל מגורי הבטחות, והוא מגן על אינטרס ההסתמכות של מקבלי הבטחות שפעלו על סמך הבטחות רציניות שניתנו להם⁴¹.

פסקהדין *Hoffman v. Red Owl Stores*⁴² מהווה אכן פינה בהתפתחות של תורת הבטחה ובניתוקה מן ההקשר החזי. עובדותיו והלכתו מדגימים יפה את הפעלתו הלכה למעשה של סעיף 90 בתחום המסחרי⁴³. טעמים אגאליטיים ומתודיים מצדיקים דיון מיוחד בפסקהדין זה.

הופמן שהיה אופה ובעל מאפייה בעיירה אמריקנית, היה מעוניין לקבל זכיון מרשת המרכולים "הינשוף האדום"⁴⁴. בפגישות עם נציגי הרשת הבטחה לו קבלת הזכיון בתנאי שירכוש נסיון בתחום מכירות מזון, ואף נאמר לו כי השקעה בסך \$18,000, מירב ההון שיכול היה לגייס, תספיק לשם קבלת הזכיון. במשך תקופה של שנתיים התכוון הופמן לקראת קבלת הזכיון; הוא מכר את המאפייה שלו; רכש, ולאחר מכן אף מכר, חנות מכולת קטנה אותה הפעיל כדי לרכוש נסיון בענף המזון; עקר מעיירת מגוריו לעיירה סמוכה; רכש חלקת קרקע במקום מגוריו החדש, ואף שילם רמי קדימה על חשבון רכישה זו. כל אחד מן הצעדים הללו עשה הופמן על-סמך הבטחות נציגי הרשת כי בתום התהליכים האלה יזכה בזכיון מטעם "הינשוף האדום". המשאומתן בין הצדדים התפוצץ כאשר העלו נציגי הרשת את סכום ההשקעה שגודש הופמן לשלם כתמורה לזכיון. במקרה זמן זה, בה נפסק המשא ומתן, טרם גובשו הצטרות והצון של הצדדים בחוזה, או אפילו בטיוטת חוזה. הופמן הגיש תביעה לפיצוי כספי בגין הנזקים שנגרמו לו עקב הסתמכותו על הבטחות "הינשוף האדום".

בית-המשפט העליון של מדינת ויסקונסין הכיר להלכה ולמעשה בזכותו של הופמן לפיצוי על הנזק שגרמה לו הסתמכותו על הבטחות נציגי הרשת. לפסקהדין של בית-המשפט האמריקני

40 ראה *Drennan v. Star Paving Co.*, 51 Cal. 2d. 409, 333 p. 2d. 757 (1958).

41 Comment A to sec. 90 *Restatement of Contracts* (second).

42 26 Wis. 2d. 683, 133 N. W. 2d. 267 (1965).

43 ראה דוגמא מס' 10 בריסטייטמנט השני על חוזים אשר לקוחה מעובדות פסקהדין הנדון. ככל שאר הדוגמאות בריסטייטמנט מופיעה גם דוגמא זו בעילום שם, כלומר ללא ציון שמות הצדדים לסכסוך המשפטי וללא הפנייה לפסקהדין הפותר סכסוך זה.

44 על-פי שיטת הזכיונות (franchises), הנפוצה בארצות-הברית ביובל השנים האחרונות, מקבל סוכן מקומי זכיון (סוכנות) מרשת שיווק גדולה להפיץ את מוצריה ולמכור את תוצרתה. בפסקהדין *Hoffman* נדרשו גישושים ומגעים בין סוחר ובין נציגי רשת שיווק שנועדו להשגת הסכם זכיון. ניתן לפיכך לראותו גם מזווית ראייה שונה, והיא כמגשים את השאיפה השיפוטית לגשר על הפער שבקעדות המיקוח ההתחלתיות של הצדדים-נכוח להסכם הזכיון: הסוחר המקומי הקטן אל מול רשת השיווק והחסונה. מנקודת מבט זו מדגים פסקהדין בעניין *Hoffman* את ההגנה על הצדדים החלשים והמקופחים-לכאורה במשא ומתן לקראת עריכת הסכם זכיון.

שלושה נרבעים. האחר עקרוני, והוא: ההכרה בעילת תביעה המושתתת על השתק מכוח הבטחה, כפי שהיא מודגמת בסעיף 90 לריסטייטמנט. השני קונקרטי, והוא: הנחת התשתית העובדתית לעילת התביעה בגין הפרת הבטחה כאמור. השלישי יישומי, והוא: חישוב הפיצויים במקרה הנדון. לאחר שבית-המשפט מכיר עקרונית בעילת תביעה שיסודותיה העיקריים הם הבטחה והסתמכות, ולאחר שהוא גם מכיר בהתקיימות יסודות העילה הנדונה במקרה של הופמן, הורה עובר לדיון בפריטי הנזק השונים. נפסק כי נזקי ההסתמכות של הופמן כוללים את הנזקים שנגרמו לו בפועל כתוצאה ממכירת המאפייה וחנות המכולת, וכן את הוצאות המעבר מעירית מגוריו לעיר אחרת, אולם אין הם כוללים את אבדן הרווח שהיה צפוי להפיק מן הזכיון.

3. תורת ההבטחה על-פי סעיף 90

(א) הבטחה כמקור חיוב עצמאי

על אף שסעיף 90 נכלל בריסטייטמנט על חוזים, אין בו זכר לשתי דרישות מהותיות, שהן נשמות אפו של החוזה במשפט המקובל האנגלי-אמריקני, והן דרישת ההסכמה ודרישת התמורה. על-פי תורת ההבטחה מחליפה עצם ההסתמכות על ההבטחה את ההסכמה, והפעולה על סמך ההבטחה מחליפה את התמורה.

קריאה נכונה של הוראת סעיף 90 והיווכחות באפשרויות הגלומות בו ומעקב אחר הפעלתו במשפט האמריקני מצדיקים, לדעתי, את המסקנה שלפיה יוצר סעיף 90 עילת תביעה עצמאית וחדשה. עילת תביעה זו מנותקת מן ההקשר החוזי ויסודותיה שונים מן היסודות היוצרים עילת תביעה חוזית. בראייה זו מבטא סעיף 90 התרחשות חשובה ביותר במשפט המקובל, האנגלי-אמריקני, והיא: הינתקות תורת ההבטחה מתורת החוזה.

על-פי תורת ההבטחה מהווה ההבטחה, ולא החוזה, את מקור החיוב. אמת, נכון הדבר: דין החוזים האמריקני רואה את בסיס החוזה ומקור כוחו המחייב בהבטחות הגלומות בו⁴⁵. אולם על-פי תורת ההבטחה מהווה הבטחה שפעלו בהסתמך עליה, היא עצמה, אף בהעדר תמורה ובהעדר הסכמה, מקור חיוב עצמאי, נפרד ונבדל מן המקור החוזי. שדה האחריות החוזי שונה אפוא משדה האחריות ההבטחתית.

התפתחות זו בדין החיובים האמריקני מזכירה במעט את התהליך שבו התרחקו וניתקו מעל הגלעין הקשה של דין החוזים חטיבות דין שלמות, והפכו למערכות עצמאיות, לפחות מן הבחינה המתודית⁴⁶. כך ניתקו בעבר מעל דין החוזים ענפי משפט המהווים היום מערכות סגורות, כמו דיני הביטוח, דיני המכר, דיני הסכמי העבודה.

תחילה יושם סעיף 90 במצבים חוזיים או דמויי-חוזה, אולם עד מהרה השתחררה ההבטחה מכבלי הדרישות החוזיות ותפסה את מקומה במשפט-דין חדשה.

45 Williston, *A Treatise on the Law of Contracts*, Rev. ed., N.Y. 1936, I, sec. 1; Corbin, *Contracts*, op. cit., sec. 3. גם המשפטים האנגלים המודרניים רואים את ההבטחה כבסיסו המוסרי של החוזה. ראה P.S. Atiyah, *Promises, Morals and Law* (Clarendon Press 1981). וראה לאחרונה C. Fried *Contract as Promise* (Harvard Press, 1981) המשתית את כל דין החוזים על תיאוריית ההבטחה האכיפה.

46 השווה: Kessler & Gilmore, *Contracts* 2nd ed., (Boston, 1974) 1117.

(ב) לא הסכמה

את השתחררות ההבטחה מדרישת ההסכמה ניתן לראות בויתור על היסודות הפורמליים של כריתת החוזה, שהם הצעה וקיבול.

עילת התביעה על-פי סעיף 90 יכולה להיווצר בשלב מוקדם של התגבשות ההצעה שבבסיס החוזה. הבטחה המזכה את הנבטח המאוכז בתביעה על-פיה איננה אפוא בגדר הצעה המבטלה כח קיבול אצל הנבטח, והיכולה להיות בסיס לחוזה. אין היא טעונה את היסודות ההופכים הבטחה במהלך משא ומתן לקראת כריתת חוזה להצעה, והם: גמירת דעת ומסוימות. כך, למשל, נקבע במפורש בפרשת *Hoffman* הנ"ל כי הצהרות נציגי הרשות והבטחותיהם לא היו מסוימות די צרכן על מנת להוות הצעה מגובשת היכולה להשתכלל לחוזה. עם זאת ברור כי העילה לפי סעיף 90 יכולה לקום גם כאשר ההבטחה שביסוד העילה מהווה הצעה מגובשת. למשל: כאשר הצעה זו טרם קובלה.

(ג) לא תמורה

על-פי דין וחוקים האמריקני, ששורשיו במשפט המקובל האנגלי, טעון חוזה, דרך כלל, תמורה, והתמורה צריכה להיות חלק מן העסקה.⁴⁷ במקורה היוותה תורת ההבטחה תחליף לדרישת התמורה. עקרון ההשתק מכוח הבטחה חולץ מתקדימים אשר הכירו בכוחה המחייב של ההבטחה שלא היתה כנגדה תמורה.⁴⁸

השתחררות ההבטחה, שהנבטח פעל בהסתמך עליה, מדרישת התמורה החוזית, ארעה כאשר הכיר המשפט האמריקני בהבטחה כמחייבת גם בהעדר יסוד העסקה (*bargain*). חשוב להטעים נקודה זו, באשר יסוד הנזק או שינוי המצב לרעה משותף לתורת החוזה ולתורת ההבטחה: פעולה של מקבל ההבטחה אשר שינתה את מצבו והסבה לו נזק יכולה לפרנט גם את יסוד התמורה החוזית וגם את יסוד הפעולה על סמך ההבטחה. ההבדל בין התורות נעוץ ביסוד אחר של תורת התמורה, הוא יסוד העסקה: פעולת הנבטח, שנעשתה אמנם לאחר הבטחה ואפילו כתוצאה ממנה, אלא שהצדדים להבטחה לא ראו בה חלק מן העסקה ולא היא שהניעה את ההבטחה, אינה בגדר תמורה המעמידה חוזה תקף.⁴⁹

מכאן שנוק, הפסד, איבוד או אי-נחוצות שנגרמו לנבטח עקב פעולתו שהונעה על-ידי ההבטחה, גם אם אינם המחיר לו ציפה ואותו ביקש המבטיח עבור הבטחתו, ולכן אינם תמורה חוזית, יכולים עדיין להיות אחד מיסודות העילה שלפי סעיף 90 לריסטיטוטנס, הוא יסוד הפעולה על סמך ההבטחה. פעולה שנעשתה בהסתמך על הבטחה מכלכלת את אחד מיסודותיה של עילת התביעה בגין הבטחה. גם כאשר אין פעולה זו בגדר מחיר ההבטחה או חלק מן העסקה בין הצדדים, הריה מהווה יסוד מעמיד של עילת ההבטחה, ומקבילה ליסוד התמורה בעילת החוזה.

⁴⁷ Farnsworth, *op. cit.*, 41

⁴⁸ השווה: Calamari & Perillo, *op. cit.*, 209-210.

⁴⁹ Farnsworth, *op. cit.*, 59

(ד) לא הבטחה חד-צדדית

הבטחה חד-צדדית שונה מחוזה (גם מחוזה חד-צדדי) בכך שאינה מתבססת על הסכמה, ועל כן אינה טעונה קיבול.

תוקפה של הבטחה חד צדדית כמושגה הטהור, ה-*pollicitatio*, נקבע ברגע בו היא ניתנת⁴⁹. בכך שונה ההבטחה על-פי סעיף 90 מן ההבטחה החד-צדדית כמקור לחיובים. תוקפה של ההבטחה לפי סעיף 90 אינו נקבע ברגע נתינתה, אלא בריעכר, על-פי אירועים מאוחרים.

(ה) לא השתק

השם "השתק מכוח הבטחה" (*promissory estoppel*) אינו מתאר נכונה את תורת ההבטחה. סעיף 90 מזוהה אמנם אימוץ של רעיון ההשתק הטמון במושג הצדק, אם כי בלי איזכורו המפורש. אולם כיום התרחקה תורת ההבטחה עד מאד מתורת ההשתק, והתרחבה מעל ומעבר לתחומים שניתן היה לשער כי יוצבו לה.

על כך שעקרון ההשתק במקורו כלל רק מצגים עובדתיים ניתן להתגבר באמצעות האפיון "מכוח הבטחה". אולם על כך שהשתק מעצם טיבו מהווה עילת הגנה הוא מנוסח בדרך כלל במונחים ראייתיים, ניתן להתגבר רק באמצעות ניתוק תורת ההבטחה מן הקרקע הדיונית-ראייתית בה צמחה, והעברתה לקרקע מהותית.

(ו) משא ומתן

ההכרה בעילת תביעה עצמאית, שיסודותיה העיקריים הם הבטחה והסתמכות, טומנת בחובה גישה חדשה ומרחיבה לתהליך המשא ומתן הטרנס-חוזי.

על-פי דין החוזים השמרני, הצהרות והבטחות במהלך משאומתן שלא הגיעו כדי הצעות מחייבות ולא קובלו בחוזה, אינן מחייבות. ואילו תורת ההבטחה משתרעת אל עבר התחומים הטרנס-חוזיים, ומבססת גם בהם חובה חוקית חדשה הדומה בתכנה ובתוצאותיה לחובה לנהוג תוסילב כמשא ומתן.

(ז) סוג האחריות

תורת ההבטחה יוצרת חבות שאינה אופיינית לדין החוזים, ולמעשה מתאימה יותר לדין הנזיקין. דין החוזים עוסק באחריות בגין מעשה רצוני של נטילת התחייבויות. דין הנזיקין עוסק באחריות בגין התנהגות שאינה ראויה. מבין שתי מערכות דין אלה נראה דין הנזיקין כמתאים יותר לאחסון תורת ההבטחה⁵⁰. גם הפיצוי לפי תורת ההבטחה, שהוא בדרך כלל

Walker, *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland* (Butterworth, 49 1979) 17; T.B. Smith, "Pollicitatio – Promise and Offer", In: *Studies, Critical and Comparative* (Edinburgh, 1962), 168, 176.

Seavey, "Reliance upon Gratuitous Promises or Other Conduct" 64 *Harv. L. R.* ראה 50 913, 926 (1950) המציע לראות בהשתק מכוח הבטחה בסיס לעילה נזיקית.

פיצוי האינטרס השלילי ומטרתו השבת הנפגע מהפרת ההבטחה למצבו בטרם ההבטחה, אפייני יותר לדין הנוזקין, אשר עיקרון יסודי בו הוא פיצוי בעד נזק שנגרם. אין ספק כי עצם התהוותה של תורת ההבטחה והתפתחותה בעת האחרונה, מצביעים על מגמה של התקרבות בין שתי מערכות דיני החיובים⁵¹ עד כדי היבלעות דין החוזים בקרב דין הנוזקין⁵².

מאירת עיניים בהקשר זה היא ההערה הפותחת את ההערות לסעיף 90 במהדורה השנייה של הריסטיטמנט. תוך הפנייה לסעיפים שונים בריסטיטמנט על נזיקין (וכן גם בריסטיטמנט על שליחות ועל השבה), מצביעה ההערה על הקשר והדמיון שבין פיצוי נזקיהסתמכות על-פי תורת ההבטחה ובין פיצוי נזקים כאלה על-פי דיני הנוזקין, ובעיקר דיני רשלנות ותרמית.

ואכן, הסעד של פיצוי על נזק שגרמה הפרה אפייני לדין הנוזקין, ואילו הסעד של אכיפת הבטחה שהופרה (או פיצוי הציפיות לקיומה של זו) אפייני לדין החוזים. ועל אף שסוגי הסעד שיכולים להיות מוענקים על-פי לשונו ורוחו של סעיף 90 הם רחבים ורבים כמו הסיטואציות שעשויות להיכלל בגדר הסעיף, הרי הסעד של פיצוי נזקי ההסתמכות הוא האפייני והשכיח במקרים של הפרת הבטחה עליה הסתמך התובע. עם זאת אין אני סבורים כי יש הכרח לשכן את תורת ההבטחה במערכת דינים זו או אחרת. נראה לנו כי ניתן להכיר בתורה כעומדת בפני עצמה, יוצרת סוג אחריות משלה, ותוצאותיה וסעדיה אפייניים לה, ולה בלבד.

(ח) יסודות העילה: הבטחה והסתמכות

עילת התביעה שיוצרת תורת ההבטחה כפי ביטוייה בסעיף 90 היא אפוא עילה עצמאית לאחזית. את יסודותיה של עילה זו ניתן ללמוד מתוך סעיף 90 ואלה בעיקר⁵³ הבטחה והסתמכות⁵⁴.

יסוד ההבטחה מתייחס להצדקת כוונה לגבי התנהגות עתידית. ההבטחה צריכה להצדיק את ההסתמכות. כלומר, צריכה היא להיות הבטחה שהמבטיח צריך היה לדעת כי תניע את מקבלה למעשה או למחלל. היא גם צריכה להיות ברורה. ומכיוון שמטרת סעיף 90 היא להגן על אינטרס ההסתמכות ברור כי מיבחינה הוא מבחן אובייקטיבי, לאמור: האם היה על המבטיח לצפות כי מקבל ההבטחה יסתמך עליה?

51 השווה, מנגד, פסק-הדין ה"נוזקי" בעניין *Hedley Byrne v. Heller* [1964] A.C. 465 התחזקות מגמה זו תביא ברין האנגלי לסגירת מעגל, שכן כידוע התפתחו דיני החוזים באנגליה מתוך דיני הנוזקין, באמצעות תביעת ה*assumpsit*. ראה *Anson, op. cit.*, 12 et seq.

52 השווה: 87 *Gilmore, The Death of Contract* (Ohio, 1974) וראה גם *Farnsworth, op. cit.*, sec. 3.26.

53 וכן גם יסוד הצדק, בו נרדף בגפרד.

54 ראה מאמרו של Boyer (לעיל, הערה 36). וראה גם מאמרו של Feinman (לעיל, הערה 34), בו מעיר המחבר (הערה 56 בעמ' 690 למאמר) כי בניתוח יסודותיו של סעיף 90 נעים הפוסקים בין שלושה יסודות לחמישה. עם זאת הוא מודה כי היסודות החשובים ביותר הם ההבטחה וההסתמכות.

יסוד ההסתמכות מקנה גיבוי מוסרי לתורה כולה. ההבטחה צריכה לגרום להסתמכות בפועל, וגם ההסתמכות, כמו ההבטחה, נמדרת עליפי מיבחן אובייקטיבי; צריכה היא להיות סבירה.

(ט) יסודות העילה: יסוד הצדק

לצד יסודות ההבטחה וההסתמכות קובע סעיף 90 את יסוד הצדק כיסוד קונסטיטוטיובי נוסף. עליפי לשון הסעיף תיחשב כמחייבת הבטחה שהנבטח הסתמך עליה, רק אם ניתן למנוע אי צדק (injustice) עלידי אכיפתה. בסיפא של סעיף 90 מופיע שוב יסוד הצדק. שם נקבע כי הסעד בגין הפרת ההבטחה ייקבע עליפי דרישות הצדק.

הצדק מופיע אפוא פעמיים בסעיף 90. בפעם האחת כיסוד מרכיב של עילת תביעה ובפעם השנייה כתנאי להענקת סעד. שני אזכורי הצדק בסעיף 90 אוצלים זה על זה: לא ניתן לנתק את יסוד הצדק בשיכלול העילה מיסוד הצדק בהענקת הסעד הנאות. אותן עובדות שילקחו בחשבון לפתרון השאלה אם יש להעניק סעד כלשהו, יילקחו בחשבון גם לפתרון השאלה איזה סוג סעד ינתן. לשון אחר: אותה מידת צדק התובעת הכרה בהבטחה, מכוונת גם את הסעד המתאים להפרתה. עם זאת דומה כי תהליך מדורג זה אינו אפייני להפעלת סעיף 90 בבתי-המשפט. בדרך-כלל קובע בית-המשפט המפעיל את תורת ההבטחה כי בנסיבות שבפניו ניתן למנוע עוול (א-צדק) עלידי מתן סעד מסוים לתובע שהסתמך על הבטחת הנתבע, ובקביעה זו מקופלות שתי קביעות נפרדות: האחת, לא ניתן למנוע אי צדק אלא עלידי הכרה בכוחה המחייב של ההבטחה דגן. השנייה, הצדק בעניין זה דורש הענקת סעד לתובע שהסתמך על ההבטחה.

ניסוחו המסורבל-קמעא של יסוד הצדק בגוף הוראת סעיף 90 – "ההבטחה מחייבת אם ניתן למנוע אי-צדק רק עלידי אכיפתה" – משמיע גם את שיוויון הסעד בגין הפרת הבטחה. מניסוח זה עולה כי סעד בגין הפרת הבטחה יוענק כמפלט אחרון, כאשר ניתן למנוע אי-צדק רק עלידי אכיפת ההבטחה. מכאן למשל שאם נכללת הבטחה מסוימת בחוזה, לא תופעל תורת ההבטחה, אפילו התקיימו היסודות האחרים של עילת התביעה, כאשר ניתן למנוע את אי הצדק הנובע מהפרת ההבטחה עלידי תביעות חוזיות רגילות. כך גם כאשר הסתמכות התובע על ההבטחה הולידה עילת תביעה בנוזקין.

יסוד הצדק, הדומיננטי בעיצוב תורת ההבטחה ובגיבושה הסטטוטורי בסעיף 90, משמיע לנו כי בתשתית התורה טמונים עקרונות וערכים של צדק, מוסר, יושר והגינות, אשר צריכים להתוות אנשים בפעולתם ובעסקיהם עם הזולת.

ברור כי מיבחן הצדק הוא מיבחן גמיש, מיבחן שסתום, הניתן לכאורה ליישום במערכת עובדתית רבות. באמצעות מיבחן זה יכול בית-המשפט, המפעיל את תורת ההבטחה, לסנן הבטחות הנראות לו כראויות לאכיפה ולפעול לחלוקת נזקים הנובעים מאי-קיומן של הבטחות כאלה.

(י) הסעדים

במהדורה השנייה של הריסטייטמנט על חוזים נוספה לסעיף 90 פיסקה, אשר זה לשונה: "הסעד בגין הפרה (של ההבטחה) יכול ויוגבל עליפי דרישת הצדק". תוספת זו נועדה לבאר ולהבהיר כי הסעד המוענק עליפי תורת ההבטחה גמיש, ומשתנה עליפי נסיבותיו השונות של העניין הנדון ודרישות הצדק, המשתנות אף הן בעקבות נסיבות אלה.

ואמנם, על אף שסעיף 90 נוקט מפורשות לשון "אכיפה" (enforcement), אין כל ספק כי הסעד בגין הפרת הבטחה שהתובע הסתמך עליה אינו מוגבל לאכיפה. בספר על דיני תזוזים מבהיר המלומד קורבין כי המונח אכיפה בסעיף 90 אין פירושו ביצוע בעין של ההבטחה או פיצויים מלאים, אלא כל סעד הנובע מעצם ההכרה בהבטחה המופרת.⁵⁵ התנהגות התובע בהסתמכו על הבטחת הנתבע, יותר מאשר התנהגות הנתבע בהפרת ההבטחה, מהווה שיקול חשוב במסגרת שיקולי הצדק המכתיבים את הסעד הנאות בנסיבות כל עניין. ובהיות המורד העקרי לסעד המוענק על-פי סעיף 90 מידת ההסתמכות, ולא תוכן ההבטחה⁵⁶, יהיו פיצויי ההסתמכות, ולא פיצויי צפיות, הסעד הרגיל על-פי סעיף 90. לעומת זאת, הסעד הטבעי בגין הפרת תווה במשפט האמריקני הוא פיצויי צפיות, הם הפיצויים שמטרתם להעמיד את הצד הנפגע מהפרת החוזה במצב בו היה נתון אילו קויים החוזה, כלשונו וכרוחו. פיצויים אלה אינם אלא אכיפה – באמצעות כסף – של ההבטחה הטמונה בחוזה.

בראשית התפתחותה של תורת ההבטחה, ובעוד היא מעוגנת ומאוחדת כדיני החוזים, נטו לראות את סעד האכיפה כסעד הרגיל בגין הפרת הבטחה שהנבטח הסתמך עליה. בריונים המכונים של ה-American Law Institute, לקראת גיטתו הסופי של סעיף 90, הציג אחד מן המתדיינים – עורך דין נדירורקי נכבד – למדווח פרופ' ויליסטון את האדע והיפוטטי הבא: דוד מבטיח לאחיינו \$1,000 על מנת שירכוש בסכום זה מכונת. בהסתמך על הבטחת הדוד רוכש האחייני מכונת במחיר של \$500. מהו הסעד שיעמוד לאחייני במקרה של הפרת ההבטחה על-ידי הדוד, נשאל ויליסטון, ותשובתו לא אחת: לבוא: על-פי סעיף 90 הסעד הוא \$1,000. והטעם: או שההבטחה מחייבת או שאיננה מחייבת. אם היא מחייבת יש לאכפה כלשונו. אכיפת הבטחה שהנבטח הסתמך עליה, צריכה, לדעת ויליסטון, להיעשות על-פי תנאי ההבטחה ולכן יש להעניק לנבטח המאוחד פיצויי צפיות.⁵⁷

אולם דעה זו, לפיה מוכח הפרת הבטחה בפיצויי צפיות לא היתה נחלת הכלל.⁵⁸ כיום אין עוד מחלוקת על כך שהסעד הרגיל על-פי תורת ההבטחה הוא פיצויי ההסתמכות. אשר על כן זכאי האחייני, המצוייד בהבטחה ולא בחוזה, לפיצוי נזקי ההסתמכות שלו, שהם במקרה זה \$500 ולא \$1,000.

פסק-הדין בעניין הופמן מדרגים יפה את ההבדל בין הענקת פיצויי ההסתמכות לבין הענקת פיצויי צפיות, וכן את התזה שלפיה הסעד השכיח על-פי סעיף 90 הוא פיצוי של נזקי ההסתמכות. כך זכה הופמן בפיצוי נזקי ההסתמכות שלו שנגרמו עקב מכירת המאפיה וחנות המכולת, והמעבר מעיירה אחת לאחרת, אולם לא זכה בפיצויים שנבעו מאבדן הרווח עקב מכירת חנות המכולת במהלך המשא ומתן, וכן לא זכה בפיצויים בגין אבדן הרווח שיכול היה לעשות אילו קיבל את הזכויות המיוחל. רוחמים כאלה ניתן לפצות כאשר עילת התביעה מעוגנת בחוזה, אבל בזכור לא נכרת חוזה בעניין הופמן.

עם זאת, מאז העתקת סעיף 90 לקרקע מסחרית, אין לשלול את האפשרות שהבטחה שהסתמך עליה תיאכף כפי שנאכף חוזה, כלומר: באמצעות פיצויים בהיקף רחב על-פי

55 Corbin, *Contracts* (1963), Vol. 1A, p. 221, sec. 200

56 ראה הערה D לסעיף 90 בריסטייטמנט השני.

57 4 A.L.I. Proceedings 8-99, 103-104, 111-112 (1920)

58 חלקו עליה: Corbin, *Contracts*, op. cit., sec. 205; Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 *Yale L.J.* 52, 373, 64-65 (1963)

תנאי ההבטחה, או על-ידי מניעת המבטיח מהתכחשות להבטחתו, מניעה אשר למעשה מהווה אכיפה.

סעד אפשרי אחר בגין הפרת הבטחה שהסתמך עליה הוא סעד ההשבה. אכן, גם השבה של סכומי כסף שניתנו בהסתמך על הבטחה, היא "אכיפה" מסוימת של ההבטחה במסגרת סעיף 590.

ד. השתק במשפט הישראלי לפני חוק החוזים

1. כללי

לאחר סקירת הדין האנגלי והאמריקני בנושא ההשתק מכוח הבטחה, שבים אנו ארצה. כאן, במקומותינו, שומה עלינו להבחין בין השתק על-ידי מצג לבין השתק מכוח הבטחה. שכן שני סוגי השתק אלה הוחלו על-ידי בתי-המשפט בישראל ללא הבחנה נאותה ביניהם. והרי ברור שמכיוון שהמדובר בשני מוסדות שונים, צריכה גם החלתם להיות מודעת ומובחנת.

2. השתק על-ידי מצג

(א) כללי

עקרון ההשתק האנגלי, על דיניו וכלליו, נקלט במשפט הישראלי (ועוד קודם לכן במשפט המנדטורי⁵⁹) באמצעות צינור השאיבה של סימן 46 לדבר המלך במועצתו. לראשונה בתקופת המדינה הוחל עקרון ההשתק בפסק-הדין צגלה נ' חיות⁶¹. השופט דונקנבלום מכנה עיקרון זה "מועיל וצודק"⁶², מתאר אותו ומבאר, ומפנה לאסמכתאות אנגליות לשם אישוש.

מאז פסק-דין זה ועד עצם הימים האלה הפך ההשתק על-ידי מצג לבד-בית קבוע בפסיקת בתי-המשפט בישראל, בתחומים רבים ומגוונים של המשפט האזרחי. חלק מהם נפרט כאן.

(ב) יחסים בין יורשים

ביחסים בין יורשים לבין עצמם הוחלה בפסיקה, החל בפסק-הדין של השופט חשין בעניין רצאבי נ' רצאבי⁶³, אותה שלוחה של דיני ההשתק המכונה אימוץ או השתק הנוצר על-ידי שתיקה.

59 השווה: Corbin, *op. cit.*.

60 המ' 537/47 נוסבאום נ' שטיינר, פסקים א 462.

61 ע"א 23/49, צגלה נ' חיות, פ"ד ד 475.

62 שם, בעמ' 485.

63 ע"א 74/53 רצאבי נ' רצאבי, פ"ד ט 520.

"הכלל הוא" אמר השופט חשין "כי במקום שאדם חייב להרים את קולו ולהכריז על זכויותיו החוקיות ואינו עושה כן, מעלה עליו הכתוב כאילו אימץ את מצב הדברים שנוצר עלידי יריבו והסכים לו".
הלכת רצאבי אושרה מהיבטים שונים והוחלה מספר פעמים בפסיקה מאוחרת של בית המשפט העליון.⁶⁴

(ג) הגנת הדייר ושכירות חוזית

דיני ההשתק הוחלו בתחום היחסים שיוצרת החקיקה להגנת הדייר, ומגעו גם בתחום זה טענות המנוגדות להתנהגות קודמת⁶⁵. גם ביחסי שכירות חוזית הוחל עקרון ההשתק כדי ליתן תוקף לריתור המשכיר על הפרת השוכר. פסקהדין הראשון והמנחה בנושא זה הוא לוי' נ' פרוינד⁶⁶. בפסקהדין זה נקבעה ההלכה שלפיה מעשה פוזיטיבי של המשכיר המעיד על כוונה ברורה לקיים את הסכם השכירות חרף הפרת השוכר מהווה ריתור על זכות הביטול. גם הלכה זו חזרה ונתאשרה פעמים רבות בפסיקה⁶⁷.

(ד) זכויות קניין

במקרים ידועים הביאה החלתם של דיני ההשתק ליצירת זכויות קנייניות⁶⁸. כך, למשל, נקבע בסכסוך שפרץ בין בעלי דירות בבית משותף ובין הקבלנים שבנו את הבית, כי משראו בעלי הדירות את הקבלנים עושים ברכוש המשותף בבתוך שלהם, ולא מיתו, הריהם מנועים מלתבוע "חלקם ונחלתם" ברכוש השייך להם על-פי שטרי החכירה של דירותיהם⁶⁹. בעניין אחר ראה השופט קיסטר את שתיקתם של עובדי המוכרת כמביאה לידי רכישת זכויות בנכס עלידי הקונים⁷⁰.

(ה) יחסים בין בני זוג

בית המשפט העליון לא התיר לגבר שהתחייב להעביר לאשתו פריטי רכוש מסוימים

64 ע"א קטלן נ' מוסיוף, פ"ד ט 1917; ע"א 22/57 צבחי נ' אלטאלם, פ"ד יב 387; ע"א 57/59 מסרה נ' רחמאן, פ"ד יד 565; ע"א 210/59 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד יד 568; ע"א 177/62 תומא נ' מעלון, פ"ד טז 2237; ע"א 112/63 מרוזק נ' מצטסה, פ"ד יז 2822; ע"א 83/76 אחמד נ' האפוטרופוס לנכסי נסקרים, פ"ד לב(1) 835.

65 ע"א 56/67 אלימלך נ' יחיאל, פ"ד כא(1) 666, 669; ע"א 359/72 בסון נ' ארלר, פ"ד כז(2) 163, 166.

66 ע"א 41/48 לוי' נ' פרוינד, פ"ד כ 604.

67 ע"א 24/54 גולדברג נ' ישראלית, פ"ד ח 684; ע"א 497/59 פרנק נ' לנגברג, פ"ד יד 1441; ע"א 74/62 קוסרמן נ' אנגלברג, פ"ד טז 1714; ע"א 257/64 עלים נ' בורנובסקי, פ"ד יט(1) 253.

68 לגבי המצב באנגליה, הנדון שם תחת הכותרת "השתק קנייני" 120 f.n. 5 Anson, *op. cit.* ראה (Proprietary Estoppel). המביא אסמכתאות מן הפסיקה לתמיכת הפרופוזיציה כי השתק יכול ליצור זכויות בעלות אופי קנייני.

69 ע"א 478/65 בורלא נ' החברה האי לבנין וקבלנות, פ"ד כז(3) 688.

במסגרת הליכי גירושין, להעלות טענה כי אינו רשום בפנקסי ישראל. והנימוק: התנהגות הבעל בעבר משתיקה אותו מטענת ההגנה האמורה.⁷¹

(ו) בוררות

טענת השתק היא טענה שכיחה בדיני הבוררות.⁷² בספרה של סמדר אוטולנגי על דיני בוררות מצינו התייחסות רחבה ומפורטת לטענת ההשתק ("מניעות" בפיה) בסוגיות רבות של בוררות.⁷³

תחולת דיני ההשתק בתחום הבוררות נובעת מהתנהגות צד לבוררות, מטענות שטען או נמנע מלטעון, ממעשים שעשה במהלך הבוררות, מעובדות שתאר וממצגים שהציג.

(ז) יחסי עבודה

טענת ההשתק צפה ועלתה גם בגזירות שונות של דיני העבודה. כך למשל העלה הממונה על גביית השכר טענה זו כלפי עובד שתבע ממעבידו גמול שעות נוספות.⁷⁴

בפרשה אחרת⁷⁵ בה תבע העובד פיצוי הלנת שכר אמר השופט ברנזון כי עובד אשר יחכה להתנפחות תביעתו לשכר מולן, עשוי להיות מועמד בפני טענה של השתק אשר תשים קץ לתביעתו לפיצוי הלנת השכר, וזאת אם יוכרר שהוא קיבל בזמנו את השכר המוסכם בשתיקה, תוך יצירת הרושם שאין לו כל תביעה נוספת לשכר או לפיצוי הלנה.⁷⁶ טענת השתק נדונה גם בקשר לתביעת שכר שעות נוספות על-ידי עובד לפי חוק שעות עבודה ומנוחה.⁷⁷ בית-המשפט הכיר באורח עקרוני באפשרות כי עובד ישתק בגלל התנהגותו מתביעה לפי חוק זה.

(ח) אגודות שיתופיות

עקרון ההשתק על-ידי מצג הופעל מספר פעמים בסכסוכים הקשורים בחברות באגודות שיתופיות.

- | | |
|----|--|
| 70 | ע"א 35/66 חברת אפריקה-א"י להשקעות נ' רייד, פ"ד כ(3) 350. |
| 71 | בג"צ 293/53 עמיצור נ' יחיד ההוצאים, פ"ד ז 38. |
| 72 | ראה לאחרונה: ע"א 24/81 שמן תעשיות בע"מ נ' חברת תבלין בע"מ, פ"ד לט(1) 561. |
| 73 | ס' אוטולנגי בוררות דין ונחל (מהדורה שניה, ת"א 1980) סעיפים 151, 154, 184, 175, 193, 238, 277, 241, 318, 350 ואילך. |
| 74 | בג"צ 44/63 חבר נ' הממונה על גביית השכר, פ"ד יז 1193. |
| 75 | ע"א 254/63 בלולו נ' עיטור לעצמאות ישראל, פ"ד יח(2) 689. |
| 76 | שם, בעמ' 699. |
| 77 | ע"א 309/63 החברה להנרסה הקלאית לישראל בע"מ נ' נאג'י, פ"ד יח(3) 290. |

לראשונה היה הדבר בפרשת בית חנניה נ' פרידמן⁷⁸. חברים במושב עובדים ביקשו לבטל החלטה של האסיפה הכללית של האגודה, ולשם כך נזקקו לטענה כי ההחלטה בטלה על שום שבהצבעה השתתפו נשות חברי האגודה, שאינן חברות בה. בתגובה לטענה זו אמר השופט ברנזון⁷⁹: "בית משפט של יושר לא ישעה לטענה המתעלמת מעובדות החיים ומנסה לבטלן במחי יד, אלא ינהג לפי העיקרון שאדם חייב להיות נאמן למעשיו ולמוצא פיו כאשר הזולת פעל על-פיהם וכתוצאה מזה שינה את מצבו"⁸⁰. ישום העיקרון האמור למקרה שלפניו מביא את בית-המשפט לקביעה כי חברי האגודה מנועים מלכפור בחברות הנשים באגודה, מחמת התנהגותם בעבר: היבחרם לתפקידים באסיפות בהן השתתפו נשים, וראיית הנשים כחברות שוות וזכויות וחובות באגודה.

דבריו הנ"ל של השופט ברנזון צוטטו, תוך הסכמה, בפסקדין אחר של בית-המשפט העליון שגם בו היתה האגודה השיתופית בית חנניה צד לסכסוך⁸¹. בעניין זה בקשו המערערים מבית-המשפט להצהיר כי אינם חברים במושב. בית-המשפט העליון קבע כי התנהגות המערערים, השתתפותם באסיפות הכלליות של האגודה וקבלת שירותים ממנה, די בהם כדי למנוע אותם מכפירה במעמדם כחברים.

במקרה אחר⁸² נטענה טענת ההשתק כלפי אגודה שיתופית, שניסתה לפסול החלטה מסוימת באסיפה כללית של אגודה שיתופית מרכזית. טענת ההשתק נדחתה לגופה: השופט קיסטר קבע⁸³ כי לא היה בהתנהגות האגודה כל יסוד המצדיק השתקתה מטענת פגם בנידול האסיפה הכללית.

פסקהדין בעניין בית ינאי נ' הולנדר⁸⁴ מדגים גישות שיפוטיות שונות באורח קטבי לטענת ההשתק. בעניין זה לא הגיב חבר אגודה שיתופית משך תקופה ממושכת על דרישות לתשלום מיסים ודמי חבר שנשלחו אליו, ואף עשה תשלומים על חשבון הסכומים שנדרשו ממנו. השופט לנרני, בדעת הרוב, ראה התנהגות זו כיוצרת מניעות מחמת רשלנות אשר חוסמת טענות המשיב נגד חוקיותן של דרישות התשלום. לעומת זאת אומר השופט חיים כהן: "השתקת בעל דין מלטעון כל טענותיו משאירה תמיד טעם מר בפי, וכשלעצמי איגע תמיד ואחפש דרכים "כדי למנוע את המניעות"⁸⁵. ואכן הוא מוצא לא פחות משהוא דרכים "כדי למנוע את המניעות": האחת, אין מניעות מחמת רשלנות אלא מקום שקיימת חובה חוקית שהופרה וכזו חובה לא היתה כאן; השנייה, שתיקה אינה יוצרת מניעות מקום שאין חובה לענות ולדבר, ובנסיבות העניין לא היתה חובה למחות נגד

78 ע"א 84/64, בית חנניה נ' פרידמן, פ"ד יח(3) 20.

79 שפ, בעמ' 27.

80 בהערת אגב נציין כי בין "עובדות החיים" משנות השישים מוכן השופט ברנזון, בניגוד לחברי המושב, להזכיר את השתתפותן של הנשים בהחלטות הנוגעות לחיי המושב.

81 ע"א 260/66 רובינשטיין נ' בית חנניה, פ"ד כא(1) 75.

82 בג"צ 77/69 שדה צבי נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד כר(1) 269.

83 שפ, בעמ' 279.

84 ע"א 448/69, בית ינאי נ' הולנדר, פ"ד כד(1) 378. פסקדין זה אוזכר לאחרונה בע"א 708/83 שלב

נ' גרין, פ"ד מ(1) 169, 181-182.

85 שפ, בעמ' 387.

דרישת התשלום הבלתי חוקית; השלישית, אין בכוח מניעות לרפא את אשר מעשה אשור לא יכול היה לרפא; הרביעית, האגודה לא הוטעתה על-ידי התנהגות החבר ודיעתה את המצב לאמיתו שוללת את טענת המניעות; החמישית, המצג שבהתנהגות הנתבע לא היה חד משמעי; ולבסוף, מצג הנתבע לא גרם לאגודה כל נזק.

אולי כאן המקום להעיר כי השתק מחמת רשלנות מן הסוג שהופעל בפרשת בית-ינאי אינו אלא סוג או היבט של השתק על-ידי מצג⁸⁶. יסודותיו של השתק מחמת רשלנות כוללים אף הם את יסוד המצג, אלא שיסוד זה נובע ממחדל, מקום בו יוצר המצג חייב היה לפעול, והפר חובה זו באורח שגרם לשנוי מצבו של הצד האחר⁸⁷.

(ט) יחסי בנק-לקוח

ההשתק מחמת רשלנות, אותו מזכיר ומפעיל השופט לנדוי בפסק-הדין בעניין בית ינאי נ' הולנדר⁸⁸, היווה ציר סובב ובסיס ההחלטה בשני פסקי-דין חשובים בתחום דיני הבנקאות. בפסקי-דין אלה העלה הבנק, כלפי לקוחות שחתימותיהם וויפו, את הטענה של השתק מחמת רשלנות. כאמור לעיל נוצר השתק כזה כאשר המצג, שהוא אחד מיסודות ההשתק על-ידי מצג, נובע ממחדל או משתיקה. בשני המקרים לא הגיבו לקוחות על העתקי החשבונות שנשלחו אליהם ואשר כללו חיוב בגין שיקים מזויפים.

בפסקי-הדין הראשון, שטאובר נ' בנק מזרחי⁸⁹, נקבע ברעת הרוב כי שתיקת הלקוח נובח זיוף חתימתו על שיקים, גורמת להשתקתו עם חיוב חשבונו בשיקים מזויפים. שכן – כדברי השופט לנדוי – השתק על-ידי התנהגות יכול להיווצר לא רק כאשר הצד מושתק ידע את העובדות לאמיתן, אלא גם כאשר היה יכול לגלותן אילו נהג בזהירות סבירה. אף כאן חולק השופט ח' כהן – ברעת מיעוט – על קיום השתק. וטעמו עמו: ביחסי בנק ולקוח נוצר השתק מחמת רשלנות רק כאשר קיימת חובה של הלקוח להעמיד את הבנק על העובדה ששיקים מזויפים המתיימרים להיות שלו מוצגים לפרעון. חובה זו אינה חלה כאשר הלקוח אינו יודע שהבנק עלול להתקל בשיקים מזויפים, כפי שהיה המצב כאן. לא היה אפוא, לדעת השופט ח' כהן, מצג ולכן הלקוח אינו מושתק מטענת הזיוף.

הלכת שטאובר הוחלה בעניין עובד סניטריאום נ' בנק לאומי⁹⁰. גם כאן נקבע כי לקוח של בנק שקיבל משך תקופה ממושכת העתקי חשבונות ובהם חיובים בגין שיקים מזויפים, ולא הגיב, מושתק מטענה כלפי הבנק לביטול החיובים בגין השיקים המזויפים.

86 כדברי השופט דנינג בפסקי-הדין, [1976] Q.B. 225, *Moorgate Mercantile Co. v. Twitchings*.
239. פסקי-דין נהפך בבית-ל: [1977] A.C. 890, *Moorgate Mercantile Co. v. Twitchings*, אולם דברים אלה של השופט דנינג אושרו. לביקורת המונח השתק על-ידי רשלנות ראה S. Bower, *op. cit.*, 72.

87 ראה והשווה הגדרת פרופ' א' ברק להשתק על-ידי רשלנות כמאמרו "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוח", משפטים א' 134, 139. וראה גם הגדרת בית-ל בפסקי-הדין בעניין *Moorgate* הנ"ל, בעמ' 894.

88 ראה הערה 84 לעיל.

89 ע"א 550/66, שטאובר נ' בנק מזרחי, פ"ד כב(1) 240.

90 ע"א 618/75, סניטריאום נ' בנק לאומי, פ"ד לא(3) 141.

ההלכה המחילה את עקרון ההשתק ביחסי בנק ולקוח זכתה לביקורת אקדמית. במאמר מפרי עטו מעיר פרופ' ברק כי עקרון ההשתק מכוח רשלנות אינו מתאים להפעלה ביחסים בין הבנק ולקוחו, והוא באשר עיקרון זה אינו אמצעי יעיל לא להגשמת מבחן פיזור הנזק ולא להגשמת מבחן האשמה⁹¹. מזווית אחרת מעיר פרופ' ד' פרידמן על החלת עקרון ההשתק מחמת רשלנות ביחסי בנק ולקוח. לדעתו אין מקום להתחלה זו באשר אין בה התחשבות ביחסי הכוח שבין הבנק ולקוחו ועמדות המיקוח השונות שלהם⁹².

(י) שטרות

לעומת הכלל שזיוף אינו ניתן לאישור, ופרשת פקודת השטרות שאדם יכול שיהא מושתק מלטעון שחתמתו זויפה. השתק המונע אדם מלכפור באמיתות חתימתו יכול לנבוע מהתנהגות אדם שהטעה אחר, וגרם לכך שזה חשב שהחתימה אמיתית היא ועקב כך הסב לו נזק.

השתק כזה, אומר ד"ר י' זוסמן בספרו על דיני שטרות, קם על יסוד עקרונות כלליים⁹³. מלבד עקרונות אלה מונה פקודת השטרות כמה עניינים שבהם מושתק צד לשטר מלטעון שהחתימה היא מזויפת, וההשתק נובע מן העובדה שאותו צד חתם על השטר. השתק "סטטוטורי" כזה אינו מותנה בכך שיוכחו כל שאר היסודות של השתק כמו במקרה הקודם; החתימה לבדה משתיקה את הצד⁹⁴.

3. השתק מכוח הבטחה

בית המשפט העליון נזקק לתורת ההשתק מכוח הבטחה לפני צאת חוק החוזים הכללי רק פעמים ספורות, וגם בפעמים אלה לא הצטיינה הפסיקה בדיוק מושגי. לראשונה אוזכרה תורת ההשתק מכוח הבטחה בסכסוך שפרץ בין בניזוג⁹⁵. השאלה הייתה אם יכול הבעל לחזור בו מויתור על זכותו לחזקה בדירה שעשה כלפי אשתו. כן השיב השופט מני, יכול גם יכול, באשר האשה לא נתנה כל תמורה עבור הויתור וגם לא הוכיחה כי שינתה מצבה לרעה. לא, השיב השופט לגרין, כי האשה כן שינתה מצבה לרעה בעקבות ויתור הבעל על זכותו. לא, השיב גם השופט זילברג, לאמור: הבעל אינו יכול לחזור בו מן הויתור באשר ויתור זה הוא "לפתות" מניעות מן היושר, הפועלת גם אם הנתבע לא שינה את מצבו לרעה. לתמיכת השקפתו, לפיה ההשתק אינו טעון נזק

91 א' ברק "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוח", משפטים א 134, 145.

92 פרידמן, "סוגיות בתחום החוזים האחרים", עיוני משפט 1 490, 503-505.

93 י' זוסמן דיני שטרות (מהדורה שישית ירושלים, תשמ"ג) סעיף 41.

94 שם, סעיף 202.

95 ע"א 413/66 פרנקסלר נ' פרנקסלר, פ"ד כ(4) 626.

מביא השופט זילברג אסמכתאות שונות מן הפסיקה (ה"יודיקטורה" בלשוננו) הישראלית, האנגלית והאמריקנית. פניה משולשת זו חשובה לביקורת. אשר לפניה אל הפסיקה הישראלית: זו אינה מבחינה כדבעי, ולפרקים אף אינה מבחינה כלל, בין ויתור ובין השתק. גם השופט זילברג אינו מבחין ביניהם, וקשה לדעת לאיזו דוקטרינה מכונים דבריו⁹⁶. אשר לפסיקה האנגלית שמביא השופט זילברג, הרי היא פסיקתו של השופט דנינג הקובעת את עקרון ההשתק מכוח הבטחה, ונכון הדבר כי השתק כזה אינו טעון באנגליה שינוי לרעה במצב הנבטח⁹⁷. רא עקא שהשופט זילברג נאחז בפסיקה זו כדי לבסס את השקפתו בהקשר של השתק עליידי מצג דווקא (התנהגות הבעל), והשתק כזה במשפט האנגלי טעון עדיין נזק. הפניה ליודיקטורה האמריקנית גם היא אינה מבארת ואינה מוצרית. האם נעשתה לצורך החלת הדין או השוואה גרידא? השופט זילברג מביא את דברי המלומד לון פולר המדבר על "מניעות מן היושר". אולם כינוי זה מאפיין גם השתק עליידי מצג וגם השתק מכוח הבטחה⁹⁸, ועל כן אין בו כדי לסייע בבירור יסודות ההשתק. פסקי-הדין היחיד לפני צאת חוק החוזים המחיל הלכה למעשה – אם גם באורח חלופי – את תורת ההשתק מכוח הבטחה, הוא תרשיש נ' שיינליבט⁹⁹. בעניין זה הבטיח שוכר לפנות את הדירה בתום תקופת השכירות, ולאחר מכן התכחש להבטחתו וטען כי הוא דייר מוגן עליידי חוק הגנת הדייר. השופט ברנזון קיבל את טענת ההשתק שהעלה רוכש הנכס, תוך שהוא מפנה לפסיקתו המתקדמת של השופט דנינג בנושא זה. בנסיבות הנדונות מוצא השופט ברנזון את כל יסודות ההשתק מכוח הבטחה. בעיקר יש להדגיש את הבטחת השוכר לפנות את הדירה בתום תקופת השכירות ואת הסתמכות רוכש הדירה על הבטחה זו בכך שרכש את הנכס שהיה דרוש לו לצורך עצמי, מתוך תקווה ואמונה כי בכוח עת הפיגוי לפי חוזה השכירות, יימסר הנכס לרשותו. השופט עציוני מסתייג¹⁰⁰, אולם דומה כי על אף שהוא אומר כי הסתייגותו היא מעצם הפעלת רעיון המניעות, הריהו מתייחסת לסעד שמוכן השופט ברנזון להעניק למי שמסתמך על ההשתק. לרעת השופט עציוני תרופתו של מי שהסתמך על הבטחה לפנות היא פיצויים ולא הסרת ההגנה של חוק הגנת הדייר. תורת ההשתק מכוח הבטחה כמרחיבה דינו של מצג על הבטחה אוזכרה בתקופה הנדונה בפסקי-דין נוסף של בית-המשפט העליון¹⁰¹, אם כי רק בדרך אגב¹⁰² ובתיאור המצב המשפטי לגבי ניהול משאומתן טרום חוזי עליידי הדין האנגלי.

96 ראה בעמ' 631: "העולה מכל ארבעת פסקי-הדין האלה הוא כי רעיון הויתור, או המניעות, פועל גם אם הנתבע לא שינה מצבו לרעה". (ההדגשות שלי).
 97 ראה לעיל, הערה 29 והטקסט הסמוך אליה.
 98 ראה למשל, Calamari & Perillo, *op. cit.*, 445.
 99 ע"א 251/73, תרשיש נ' שיינליבט, פ"ד כח(1) 572.
 100 שם, בעמ' 581.
 101 ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231.
 102 כי על החוזה שנדון שם חל כבר חוק החוזים משנת תשל"ג.

ה. השתק במשפט הישראלי אחרי חוק החוזים

1. השתק על-ידי מצג

(א) הפסיקה: ישום בפועל

בפסיקה שלאחר חקיקת חוק החוזים הכללי, לא מצינו התייחסות מפורשת לשאלת תחולתו של עיקרון ההשתק במשפטנו האזרחי. אולם מפסקי-הדין שהחילו בפועל את דיני ההשתק על-ידי מצג¹⁰³ ניתן ללמוד כי לדעת השופטים מוסיפים דינים אלה לחול במשפט ישראל, כחלק מהוראות תוס'הלב שבחוק החוזים¹⁰⁴ או לצד הוראות אלה¹⁰⁵.

(ב) דעת צלטנר בנושא, ביקורתה ותיחומה

בספרו "דיני חוזים של מדינת ישראל"¹⁰⁶, וכמאמר מפרי עטו¹⁰⁷, מכיע פרופ' צלטנר את השקפתו שלפיה חדלו דיני ההשתק האנגליים לחול במשפטנו, עקב חקיקת חוק החוזים הכללי, ובעיקר סעיף 39 אשר בו¹⁰⁸.

את סעיף 39 מתאר פרופ' צלטנר, בעקבות המשפט הגרמני שהוא מקורו הרעיוני וההסטורי של הוראת תוס'הלב, כסעיף שתפקידו (בין השאר) למנוע אדם משמוש בזכות בניגוד להתנהגות קודמת, כשהתנהגותו הצדיקה, מבחינה אובייקטיבית, את המסקנה שלא יזקק עוד לזכות זו, או כאשר היא עומדת בסתירה לתוס'הלב. זוהי התורה האוסרת על אדם לסתור את מעשיו שלו או לפעול בניגוד להתנהגותו הקודמת "venire contra factum proprium". תורה זו מקבילה לתורת ההשתק האנגלית, אך רחבה ממנה, בעיקר

103 כמו ע"א 402/80 אתגר נ' מ.ב.א., פ"ד לה(3) 309, 320, שם קובע השופט שמגר כי טענת השתק שיכולה היתה להשמע נגד מעביר דירה בבית משותף, טובה גם כלפי מקבל ההעברה. וכן: ע"א 811/81 שגשוע נ' מנעלם, פ"ד לה(4) 583, 586, שם דנה השופטת נתניהו בטענה לפיה קבלת פרמיה באחור על-ידי המבטח יוצרת השתק. על אף שהשופטת מרבית על השתק מכוח הבטחה, דומתני כי ראוי היה לדרוש בנסיבות העניין, ועל-פי טענת באימוח המבוטח, בהשתק על-ידי מצג רווקא, כשהמצג הוא קבלת הפרמיה באחור. וראה לאתרוגה: ע"א 708/83 שלב נ' גרין (לעיל, הערה 84), שם מחיל – ודוחה – השופט שמגר את טענת ההשתק על-ידי מצג ("מניעות" בלשוננו) לגבי פרק זמן שלאחר תחילת חוק החוזים.

104 ראה בג"צ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לה(2) 1, 9–10, שם רואה השופט אלוך את ההשתק כ"חלק מעקרון ההתנהגות בדרך מקובלת ובתום לב שבכלל המערכת המשפטית בישראל".

105 ראה ע"א 151/85 רדון נ' רדון, פ"ד לט(3) 186, שם קובע השופט ד' לוי בנשימה אחת שתי אלו: השתק מהעלאת טענה של חוסר תוקף הסכם בין בני-זוג וחוסר תוס'לב בעצם העלאת הטענה. "נראה לי", הוא אומר (בעמ' 193), "כי במקרה זה מנעוה המשיבה 2 (האשה) מלהעלות טענה זו בשלב כה מאוחר, 9 שנים לאחר שנכרת ההסכם, לאחר שהיא קיבלה מה שההסכם העניק לה ובעת שהיא נדרשת לעמוד בנדרש ממנה על פיר" (ההדגשה במקור). ובהמשך ישיר הוא אומר (שם, שם): "העלאת טענה זו בשלב כה מאוחר הינה שימוש בזכות שלא בתום לב, דבר העומד בסתירה לסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973".

106 לעיל, הערה 11 בעמ' 92, 121–122.

107 לעיל, הערה 10.

108 גם ד' פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, והזיקה לדין הגרמני", הפרקליט לו (תשמ"ד) 53, 66, סבורה כי חוק החוזים הכללי חוסם את הדרך לדין ההשתק במשפט האנגלי.

בכך שהיא יוצרת עילת תביעה מוזתית, בעוד שההשתק הוא כדברי צלטנר "דוקטרינה של דיני ראיות", וכמוה יכול רק להכשיל, אך לא לבסס, תביעה. מכיוון שחלק גדול של דיני ההשתק האנגליים נמצא, לדעתו של צלטנר, "בקיפולי סעיף 39", אין עוד מקום להזקק להם. מרעתו הגורפת של צלטנר, שלפיה מאז חקיקת עקרון תוס'הלב אין עוד מקום במשפט ישראל לתורת ההשתק על כלליה ודיניה, הסתייגו הפרופסורים ברק ופרידמן. בספרו על חוק השליחות מתייחס פרופ' ברק לעקרון ההשתק כאל עיקרון דיני, המוסיף לחול במשפט הישראלי¹⁰⁹ ובמאמר מפרי עטו הוא אף מבאר התייחסות זו באמרו כי "יהיה זה משגה להרחיב תוראה זו (תוראת תוס'הלב) בישראל, בדומה להרחבה שניתנה לה מעבר לים"¹¹⁰, כאשר הוא מתכוון להבלעת ההשתק בתוראות תוס'הלב. גם פרופ' פרידמן בספרו על דיני עשיית עושר ולא במשפט¹¹¹ ובשניים ממאמריו¹¹², מביע את השקפה כי דיני ההשתק האנגליים ממשיכים לחול אצלנו. עמדתו של צלטנר, בדבר רחיית עקרון ההשתק ממשפטנו לאחר חקיקת חוק החוזים הכללי ומחמת חקיקתו של חוק זה, ועמדות המסתייגים מרעתו, מתייחסות רק להשתק על-ידי מצג. פרופ' צלטנר מתאר את עקרון ההשתק הקלסי המושתת על התנהגות, באמצעות אסמכתאות אנגליות שמרניות, ומנגד הוא מביא את העיקרון הקונטיננטלי, הנסב אף הוא על התנהגויות, מעשים ומצגים (ולא על הבטחות). מכאן ששאלת תחולתו של ההשתק מכוח הבטחה בגירסתו האנגלית המתונה, או בגירסתו האמריקנית המתקדמת, היא בבחינת שדה שלא נחרש עדיין. בהמשך הדברים נחרוש תלמים ראשונים בשדה זה. כאן נעסוק בהשתק הקלאסי, הוא ההשתק על-ידי מצג.

(ג) תחולתו של עקרון ההשתק על-ידי מצג לצד עקרון תוס'הלב

תורת תוס'הלב רחבה מתורת ההשתק על-ידי מצג, הן בהיקף תחולתה על כלל מערכת המשפט האזרחי בישראל¹¹³, הן בתוצאות הפעלתה¹¹⁴. לפיכך נראה נכון לומר כי מקרים רבים שנדרשו אצלנו בעבר, ונדרשים עד היום באנגליה, במסגרת דיני ההשתק, יבואו כיום על פתרונם הצודק (ובדרך כלל גם על פתרונם הדומה) בגדר עקרון תוס'הלב¹¹⁵. שהרי מטרת שני העקרונות אחת היא: מניעת התנהגות שאיננה הוגנת.

109 א' ברק, חוק השליחות תשכ"ה-1965 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' סדסקי), עמ' 17, 60, 169.
110 א' ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים", משפטים ז (תשל"ו) 15, 25.

111 (ירושלים, תשמ"ב), סעיף 143. וראה גם סעיפים 48, 729, 736 בהם נדונה לגופה טענת ההשתק.
112 "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ד (תשל"ה) 245, 259, הערה 53; "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ה 463, 488.

113 מכת הרחבת תחולתם של סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים הכללי, על-ידי סעיף 61(ב) לאותו חוק.
114 לתוצאות אלה ראה דברי השופט ברק בבג"צ 59/80 שרותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 838-839.

115 ראה למשל ע"א 815/81 בליסא נ' שאול, פ"ד לו(3) 78, שם מגיעים השופטים לתוצאה זוהי – שלילת כוחם של המשיבים לחזור בהם מהסכמתם לפנייה על-ידי המערערים – שופט שופט ודרכו: השופט לגרדי באמצעות דיני ההשתק, והשופט ש' לויך באמצעות עקרון תוס'הלב.

עם זאת נראה כי אף לאחר אימוצו של עקרון תוס'הלכ' כעקרון על בשיטת המשפט שלנו, ניתן להכיר בתחולה מסוימת של עקרון ההשתק עלידי מצג במשפטנו. ראשית, מקובל לראות את עקרון ההשתק, לפחות בגירסתו האנגלית הצרה, כעיקרון דיוני המבטא כלל של דיני הראיות¹¹⁶. בתור שכזה ניתן להחילו – גם לאחר סעיף עצמאות החוק – להשלמת הדין האזרחי מהותי, בו שולט בכפה עקרון תוס'הלכ'¹¹⁷. בכך סמוגה תשובה, אם גם חלקית, להשקפת פרופ' צלטנר שעל-פיה רוחה עקרון תוס'הלכ' את עקרון ההשתק ממשפטנו. התשובה אינה מלאה באשר בחר כי מקום בו החלתו של עקרון ההשתק תגרום יצירת זכויות מהותיות¹¹⁸, ידחו הוראות הדין המקומי את העיקרון האמור. שנית, עקרון ההשתק עלידי מצג, על יישומיו הקונקרטיים בפסיקה הישראלית, על שלוחותיו בתחומי הדין האזרחי השונים ועל כלליו השונים, מהווה כיום חלק מן המשפט "שנקלט בארץ"¹¹⁹ לפני ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו. אשר על כן, אין בסעיף עצמאות החוק בחוק החוזים, אף לא בביטולו המוחלט של סימן 46, כדי לבטל את ההלכות השונות של תורת ההשתק שכבר אומצו וגובשו בפסיקה בישראל בטרם חוק החוזים¹²⁰. שלישית, ניתן לעגן את עקרון ההשתק עלידי מצג בסעיף 39, ולראותו כממשיך לתול במסגרת הישום הקונקרטי של סעיף תוס'הלכ'¹²¹. עלי-פי גישה זו מהווים כללי ההשתק הדגמה לתורת תוס'הלכ', ועקרון ההשתק מלכד קבוצה או קבוצות של מקרים שבגדר תורה זו. בסיסם החדש של דיני ההשתק במשפטנו יהא סעיף 39, ודינים אלה יהיו חלק מכללי ההתנהגות תמת הלב, כללים אשר מוורמים אל מערכת המשפט האזרחי באמצעות הצינור של סעיף 61(ב) לחוק החוזים הכללי¹²².

116 ראה לעיל, הערה 11 והטקסט הסמוך.

117 השווה לעמדתו של פרופ' ברק בספרו על חוק השליחות, בעמ' 60, שם הוא מציע לשלב את הכללים הדיוניים של ההשתק (וכדור כי כוונתו להשתק עלידי מצג) בכללים המהותיים של השליחות. עם זאת יש להודות כי החלת עקרון ההשתק לצד עקרון תוס'הלכ', בטענה כי הראשון דיוני והשני מהותי, אינה פשוטה כלל ועיקר. ראשית, עצם ההבחנה בין דין דיוני ודין מהותי אינה ברורה. שנית, בפסיקה הדישה נקבעה תחולת עקרון תוס'הלכ' גם בתחום הדיוני – ראיית (ראה בר"ע 305/80 שילה נ' רצקיבסקי, פ"ד לה(3) 449, 461. תחולה זו מטשטשת נוספות את ההבחנה בין כללים מהותיים ודיוניים בענייננו.

118 השווה: Proprietary Estoppel בדין האנגלי. ואצלנו בעבר: פסקי-הדין הנזכרים בהערות 69 ו70 לעיל.

119 כלשון סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט, תשמ"ז-1980. בהקשר זה יכולה להתעורר שאלת תוצאותיו של ביטול סימן 46. לשאלה זו תשובות נוגדות, הנובעות מ"תורת ההנהגה" או מ"תורת ההסמכה". ראה ג' טדסקי, "ביטול ס' 46 לדבה"מ וכוח פעולתו", משפטים ח (תשל"ז) 180.

120 השווה: ד' פרידמן, "עור לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" (לעיל, הערה 112), 488, שם הוא מביע הן את השקפתו הכללית שלפיה עקרונות כלליים שנהגו בדין הישראלי הקודם ממשיכים לחול, אף אם נתקלים אנו בחקיקה הישראלית כרוגמה ספציפית המיישמת אותו עיקרון או מגבילה את תחולתו בסיטואציה מסוימת, והן את דעתו כי דיני ההשתק ממשיכים לחול בישראל, אף לאחר חקיקת עקרון תוס'הלכ'.

121 שכן סעיף 39, בדומה לסעיף 12, אינו ניתן להגדרה עצמית או לדרוקציה בכללים נוקשים, אלא הוא רוכש את תוכנו באמצעות המקרים בהם יופעל. השווה: ג' שלו, בריתת חזקה (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי) 89.

122 השווה: בג"צ 566/81 עמרני נ' בית הדין דרבני הגדול (לעיל, הערה 104), שם מציג השופט אלון את ההשתק כ"חלק מעקרון ההתנהגות בדרך מקובלת ובתום לב שבכלל המערכת המשפטית בישראל".

2. השתק מכוח הבטחה

(א) הפסיקה: יסוס בפועל

גם לאחר צאת חוק החוזים הכללי, הוסיפה הפסיקה ליישם את תורת ההשתק מכוח הבטחה. לא הוענקה תשומת-לב מיוחדת להבחנות הפנימיות בין השתק על-ידי מצג והשתק מכוח הבטחה¹²³, או בין הדוקטרינה האנגלית והדוקטרינה האמריקנית של השתק מכוח הבטחה. כלל לא נדונה שאלת עצם תחולתה ומקור תוקפה של תורת ההשתק מכוח הבטחה נוכח הוראותיו של חוק החוזים החדש¹²⁴. כפי שהבהרנו לעיל גם הריון האקדמי לא התייחס להשתק מכוח הבטחה. שאלת תחולתו של השתק מכוח הבטחה פתוחה אפוא לדיון מכל כיוונה.

(ב) הערה על הויתור במשפטנו

דיון בתחולת הדוקטרינה האנגלית של השתק מכוח הבטחה במשפט הישראלי מחייב התחקות קצרה אחר דיני הויתור באנגליה ובישראל. במשפט האנגלי צמחה תורת ההשתק מכוח הבטחה במטרה לרכך את עיוותיה של תורת התמורה, ביניהם הכלל שלפיו הסכמת נושה להסתפק בתשלום חלק מן החוב אינה מחייבת אותו, ותשלום חלקי איננו בבחינת פרעון החוב (מחמת העדר תמורה)¹²⁵. התוצאה המעשית של החלטת השופט דנינג בפרשת High Trees היתה כי הבטחת נושה להסתפק בסכום קטן יותר מסכום החוב המקורי מחייבת אותו, חרף העדר תמורה.

123 למשל: ע"א 815/81 בליסא נ' שאול (לעיל, הערה 115) שם קובע השופט לגרדי "מניעות מסעמי צדק" של מי שמבקש לחזור בו מהסכמתו לבניה. מכיון שהשופט לגרדי מרבה על המניעות כטענת הגנה, וקובע את העובדה כי היה שינוי מצב לרעה בהסתמך על ההסכמה לבניה, נראה כי כוונתו להשתק על-ידי מצג. אולם הסכמה מהסוג שגורן שם יכולה גם יכולה להיות בסיס להשתק מכוח הבטחה. ערפל מושגי נפרש גם בע"א 811/81 שנישוע נ' מזעלם (לעיל, הערה 103), 586, בו נדונה טענת השתק כלפי חברת ביטוח שקיבלה תשלום פרמיה באחור: השופט נתניהו מונה את התנאים להיווצרות השתק מכוח הבטחה, ואף מפנה לפסקה הדין High Trees. את טענת ההשתק היא דוחה מכיון ש"לא היה בקבלת הפרמיה באחור בשנה הקודמת מאומה שיכול להתפרש כהבטחה שגם בשנה שאחריה תסכים המבטחת לתשלום הפרמיה באחור ותוותר על טענות בדבר אי הכותה עקב כך" (שם, בעמ' 586). המעשה של קבלת הפרמיה באחור יכול לדעתי להיות – אם בכלל – תנאי להשתק על-ידי מצג דווקא. נראה כי התקיימו גם היסודות האחרים של השתק כזה, ולפיכך לא היה מקום לדון בהשתק מכוח הבטחה. ראה גם ע"א 118/83 עמר נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד (ט) 693: דיונו של הנשיא שמגר נסב על השתק מכוח הבטחה, אולם האסמכתאות המובאות על-ידו מתייחסות כולן להשתק על-ידי מצג.

124 ראה למשל ע"א 19/81 ביבי נ' הרברט, פ"ד (2) 497, 501, שם נקבעה תחולתה לאחר חוק החוזים הכללי, של תורת ההשתק מכוח הבטחה, כדי למנוע התנכרות להצהרות מפורשות, בהסתמך על פסקדין שקדם לחוק החוזים הכללי (ע"א 251/73 תרשיש נ' שיינליכט, פ"ד כח(1) 572). ראה גם ע"א 118/83 עמר נ' מינהל מקרקעי ישראל (לעיל, הערה 123), שגם בו יושמו דיני ההשתק מכוח הבטחה ללא דיון במקורם ונשאלת תחולתם.

125 Foakes v. The Rule in Pinnel's Case (1602) 5 Co. Rep. 1179, אושר על-ידי בית הלורדים: Beer (1884) 9 App. Cas. 605.

ואמנם, ההשתק מכוח הבטחה משמש במשפט האנגלי מכשיר יעיל להכרה בוויתור ולהרחבת דיני הוויתור והתאמתם לכללי צדק ויושר¹²⁶. יתר-על-כן, קשר הדוק הקיים באנגליה בין תורות הוויתור וההשתק מכוח הבטחה, מביא לכך כי מערכות נסיבות רבות, בהן מבטיח צד שלא-יאכוף את מלוא זכויותיו החוקיות כלפי זולתו, מפרנסות שם את שתי התורות. מאז צאת חוק החוזים הכללי, שונים בתכלית הרקע המשפטי של סוגיית הוויתור והתנאים המשפטיים לתחולת הוויתור בישראל. ניתן לפיכך לומר כי כללי ההשתק מכוח הבטחה, אשר מסייעים למשפטן האנגלי להרחבת דיני הוויתור, אינם מתאימים למשפטנו, אף אינם נחוצים במסגרתו¹²⁷.

לא זו בלבד שתחזה רגיל אינו טעון תמורה במשפטנו, אלא שהוויתור הישראלי מוסדר כיום¹²⁸ בחוק המתנה, תשכ"ח-1968. מפתח ההסדר טמון בסעיף 1(ג) לחוק המתנה אשר קובע לאמור: "מתנה יכול שתהיה בוויתור של הנותן על זכות כלפי המקבל או במחילתו של הנותן על חיוב המקבל כלפי".

הוויתור במשפטנו הוא אפוא חוזה חד-צדדי, חסר תמורה, אשר מושווה על-ידי המחוקק למתנה. תוצאות השוואה זו הן כלהלן:

א. הוויתור, כמו המתנה, טעון במשפטנו חוזה. על אף שבדרך כלל תתקיים לגבי חזקה קיבול¹²⁹, נשאר ותקף הצורך העיני בהסכמת המקבל (וזהו זה מקבל הוויתור או מקבל המתנה) לשם שכלול המעשה המשפטי.

ב. הוויתור, בדומה למתנה, נגמר בהקנייה. תוצאתו הריאלית, כלומר שחרור החייב, היא מיידית.

ג. לעומת זאת טעונה התחייבות לותר, כמו התחייבות ליתן מתנה, מסמך כתוב.

מאז צאת חוק החוזים הכללי ברור – גם למי שלא היה ברור לו עוד קודם לכן¹³⁰ – כי תמורה איננה יסוד מעמיד של החוזה בישראל. מכאן גם שאין צורך ואין טעם לחפש אצלנו דרכים עקלקלות, כמו השתק מכוח הבטחה, למה שניתן להגיע אלי בדרך המלך, קרי: הכרה בחוזה חסר-תמורה¹³¹. משתמע מכך כי ויתור על חלק מחוב, אם נעשה בחוזה, תופס ומחייב במשפטנו.

126 ראה בהקשר זה רברי הלורר דנינג בספרו *The Discipline of Law, op. cit.*, 210 et. seq. בתייהמשפט באנגליה נוטים לראות את ההשתק מכוח הבטחה כקרב יותר לוויתור מאשר להשתק על-ידי מצג. ראה גם *Treitel op. cit.*, 93, f.n. 72.

127 גם בתייהמשפט שלנו לא הבחינו כרבעי בין השתק ובין ויתור. ראה ע"א 413/66 פרנקנפלד נ' פרנקנפלד (לעיל, הערה 95), שם מתאר השופט וילברג את ההשתק כסוג מיוחד של ויתור. אך ראה לעומת זאת ע"א 478/65 בורלא נ' החברה הא"י לבנין וקבלנות, פ"ד (3) 688.

128 כעבר הוסדר הוויתור על-ידי ספרי המג'לה על הפשרה והמחילה, אשר בוטלו בסעיף 1(1) לחוק החוזים הכללי.

129 ראה סעיף 7 לחוק החוזים הכללי, סעיף 3 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968.

130 השאלה אם תורת התמורה חלה במשפט שקדם לחוק החוזים לא הוכרעה מעולם. ראה צלטנר חוזים (תל אביב, 1963) כרך ראשון, 180. אך ראה ע"א 78+307/59 מדינת ישראל נ' הירדנה, פ"ד יד 926, 930 (דברי השיפוט ח' כהן).

131 השווה: 3 *Calamari & Perillo, op. cit.*, 203 f.n. כי שיטת משפט שאין בה דרישה לתמורה כתנאי לתוקף חוזה, אינה זקוקה לתורת ההשתק מכוח הבטחה.

(ג) הערה לתחולת הדוקטרינה האמריקנית

סעיף 12 לחוק החוזים הכללי נותן במשפטנו פתרון לחלק מן הבעיות שנפתרות בארצות-הברית באמצעות ההסדר של סעיף 90 לריסטייטמנט. להלן, בפרק הבא, נערוך עימות של הוראות שני הסעיפים הנדונים, סעיף 12 שלנו וסעיף 90 לריסטייטמנט. תוצאותיו של עימות זה יכדירו את משמעותו העיונית והמעשית של סעיף 12, יציגו את כוחו, ויראו כי לא רק להלכה, אלא גם למעשה, אין מקום ואין טעם לפנות מן המשפט הישראלי אל הסדרי המשפט האמריקני הטמונים בסעיף 90 לריסטייטמנט.

ו. השוואת סעיף 90 לריסטייטמנט עם סעיף 12 לחוק החוזים הכללי

1. כללי

שתי הוראות החוק הנדונות כאן, סעיף 90 לריסטייטמנט האמריקני וסעיף 12 לחוק החוזים הישראלי, מצביעות על מגמה של התקרבות בין חלקיו השונים של דין החיובים. מגמה זו ניתן לאתר גם במגזרים אחרים של תורת המשפט. באורח כללי ניתן לומר כי כל מיני חלוקות מתודיות ומחזוריות שהכרנו בעבר בעלמות כיום, ומסגרות דין ישנות מתמוטטות. כך, למשל, לא ניתן עוד לתחום בקלות בין המשפט הפרטי-האזרחי לבין המשפט הציבורי-המנהלי.¹³² אפשר לומר כי סכרים שהוצבו בעבר בין תחומים אלה של המשפט נפרצו, ואנו עדים לזרימה הדדית, דרכיונית, של עקרונות וכללים מתחום אחד למשנהו. מגמת ההתקרבות בין המשפט הפרטי ובין המשפט הציבורי באה לידי ביטוי מובהק בפסקדינו של השופט ברק בע"א 207/79 רביב נ' בית יולם.¹³³ בפסקדין זה מייבא השופט ברק אל תוך המשפט הפרטי את דיני המכרזים שהתפתחו במשפט הציבורי. ומנגד, התיזה לפיה חלים דיני החוזים גם על חוזי הרשות¹³⁴, מהווה דוגמא לזרימה בכיוון הפוך – מן המשפט הפרטי אל המשפט הציבורי.

חלוקה אחרת נעשתה בקרב דין החוזים עצמו. נקודת החיתוך עלי-פי חלוקה זו היתה: רגע כריתת החוזה. מה שהתרחש קודם לכן הופקע מתחום החוזים, ורק מה שנעשה בעקבות הכריתה ועל-פי החוזה נכלל בגדר התעניינותו של דין זה. במשפט הישראלי המתחדש

132 השווה: דברי השופט זוסמן בבג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 2004, וראה גם דברי השופט ד' לוינ בע"א 404/80 בני עטרות נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 30, 48: המשפט הוא אחר ואין הוא ניתן לפיצול מלאכותי בין סקטור המיותר למשפט הציבורי לבין סקטור המיוחד למשפט הפרטי. בשנים האחרונות נדונה גם באנגליה שאלת ההבחנה בין המשפט הציבורי ובין המשפט הפרטי. לדעה הרומה שם את ההבחנה כמנוגדת למסורת המשפט האנגלי, מיושנת ובלתי רצויה, ראה C. Harlow, "Public and Private Law: Definition without Distinction", 43 *Mod. L. Rev.* (1980) 241. ומנגד, לדעה התומכת בהבחנה זו במסגרת המשפט המקובל, ראה G. Samuel, "Public and Private Law: A Private Lawyer's Response", 46 *Mod. L. Rev.* (1983) 558. and P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979) 717. וראה (לוח) 333: "המשפט הפרטי והמשפט הציבורי, ועל הצורך להיזון חוזר בין משפטים משני התחומים האלה."

134 ג' של, חוזי רשות בישראל (אבישר, תשמ"ה).

נעלמה אף חלוקה דיכוטומית זו. עם הצטרפות שלב המשאומתן לתמונה, בעקבות חקיקתו של סעיף 12 לחוק החוזים, הפכה הדילמה: חוזה או לא חוזה, לטרילמה. ובארצות-הברית נוסף למערך החוזי תוס' חשוב שעניינו אינו היווצרות החיוב החוזי, אלא הסתמכות על הבטחות.

גם ההבחנה בין דיני החוזים ודיני הנזיקין איננה עוד כה חדה וחלקה, ויעידו עילות התביעה שיוצר בארצות-הברית סעיף 90, ויוצר במשפטנו סעיף 12. עילות אלו אינן ניתנות לשיבוץ ולאחסון קל באף לא אחת מקבוצות דיני החיובים.¹³⁵

2. תשתית אידיאולוגית

דין החוזים הקלסי ששרר במאה הי"ט העלה על נס את אוטונומיות הרצון וחופש החוזים. תיאוריות אלה היו המקבילות המשפטיות לתורות כלכליות וחברתיות שהתבססו על אינדיבידואליזם, יזמה חופשית וחופש רצונו של הפרט.

במאה הנוכחית עלתה קרנן של תורות חברתיות כלכליות ומשפטיות שונות, שבהן מושמעת לפרקים הדרישה המוסרית להחליף את האגואיזם הצרוף וראגת הפרט לעצמו באלטרואיזם ובדאגה לחברה ולזולת. בתחום המשפט בכלל ובתחום דיני החוזים בפרט משתקפת מגמת החיברות (הסוציאליזציה) בהכללת תיאוריות ותורות המכירות באינטרס ההסתמכות ונותנות לו תוקף, ובתביעה למינימום של התנהגות מוסרית וצודקת בקשרים החברתיים והמסחריים של הגופים והיחידים הפועלים במשק.¹³⁶

הן על-פי תורת ההבטחה והן על-פי תורת תוס'הלב, נדרש היחיד הפועל לנהוג תוך התחשבות בזולת ושתוף פעולה עמו. בכך יוצרות הזראות הסעיפים 90 ו-12 יחס של מעין נאמנות בין הצדדים. במשפט האמריקני נובעות מיחס זה חובות כלפי הזולת שהסתמך על ההבטחה ופעל על-פיה.¹³⁷ במשפטנו מחייבת הנאמנות האמורה את הצדדים למשאומתן להתנהג בתוס'הלב, ביושר ובאמון עוד לפני כריתת החוזה, ואפילו אם לא ייכרת.¹³⁸ לאחר כריתת החוזה מטיל סעיף 39 את חובת תוס'הלב אשר פירושה הגשמת האמון שצד אחד נותן במשנהו.¹³⁹

135 ראה באותו כיוון: דיני Warrantty בארצות-הברית, ופסקהדין בפרשת *Hedley Byrne v. Heller* (לעיל, הערה 51) באנגליה.

136 השווה: L. Fuller, "Consideration and Form", 41 *Columbia L. Rev.* 799, 823 (1941) אשר כבר לפני כמעט יובל צפה כי התלות הגוברת של בני האדם זה בזה תהפוך את ההסתמכות לבסיס חבות בדין.

137 השווה: Knapp, "Reliance in the Revised Restatement: The Proliferation of Promissory Estoppel", 81 *Columbia L. Rev.* 52 (1981) אשר מגדיר את היחס עליו מגן סעיף 90 כיחס של נאמנות ואמון.

138 השווה: ד"ר 7/81 סניידר נ' קסטרי, פ"ד (4) 673, 682, דברי הנשיא שמגר שלפיהם החובה לנהוג בתוס'הלב כמשאומתן קמה באופן עצמאי בשל ניהול המשאומתן, וכריתת חוזה בסוף המשאומתן איננה תנאי לתחולתה.

139 השווה: כג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה (לעיל, הערה 114), 834, דברי השופט ברק המתאר את מערכת היחסים הנוצרת בין בעלי חוזה בעקבות סעיף 39

3. עצמאות העילה

בראיה ריאליסטית ניתן לומר כי סעיף 90 לריסטרטמנט יוצר ברין האמריקני עילת תביעה עצמאית, לא חוות, המבוססת על אדני ההבטחה. לעומת זאת, במשפט הישראלי, הן לפני חוק החוזים¹⁴⁰ והן לאחריו¹⁴¹, לא מוכרת ההבטחה כמקור לחיובים¹⁴². גם השאלה אם ניתן להפיק מסעיפי תוס'הלב עילות תביעה חדשות, טרם זכתה לתשובה חד-משמעית במשפטני¹⁴³.

4. מטרת ההוראה

שתי ההוראות המשוות כאן נועדו לפתוח קמעא את דין החוזים, באמצעות קטגוריה שיורית, אשר תיתן, מצד אחד, פתרונות למקרים שדין החוזים אינו ערוך להתמודד עמם, ואשר תאפשר, מן הצד האחר, זרימה של רעיונות ומושגים חדשים אל תוך דיני החוזים במגמה להתאימם לרעיונות ולמושגים כאלה. שתי ההוראות, באמצעות מושגי השסתום הקבועים בהן, מאפשרות לבתי-המשפט לחלק מחדש נזקים שארעו כתוצאה מהתנהגות שאינה ראויה. באופן מובהק וברור מגינות שתי ההוראות על אינטרס ההסתמכות¹⁴⁴. הגנה זו היא מטרתו המוצהרת והעיקרית של סעיף 90¹⁴⁵. גם סעיף 12 התפרש בפסיקה הישראלית ובספרות הפירושים כמגן על אינטרס ההסתמכות בשלב המשאומתן הטרם-חוזי, ומוזה את מי שנפגע מהפרתו בפיצוי בגובה אינטרס זה, המכונה גם האינטרס השלילי¹⁴⁶.

כחסי נאמנות "כאשר בעל חוזה חייב לבצע את החוזה באמונה, תוך הגשמת האמון שהצד האחר נותן בו".

- 140 ג' שלו, "צדק ודין חוזים", משפטים ו (תשל"ו) 544.
- 141 סדסקי, "הצעת חוק החוזים (חלק כללי) וגבולותיה", משפטים (תשל"א) 105, 109.
- 142 אם כי הכרה מסויימת בתוקפן של הבטחות חד צדדיות ניתן למצוא הן בהוראות סעיף 12 לחוק החוזים והן בהסדר הסטטוטורי של הצעה בלתי חוזרת, המצוי בסעיף 33 (ב) לחוק החוזים.
- 143 ראה מחלוקת הפוסקים בשאלה זו בע"א 391/80 לברכין ג' שיכון עובדים, פ"ד לח(2) 237, 253, 262. ראה גם Sussman "A Forecast of Problem in the Law of Contract" Tel Aviv University Studied in Law, Vol. 2 (1976) 17; פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, והזיקה לדין הגרמני" (לעיל, הערה 108) 68.
- 144 לאחרונה נעזרה במשפטנו מודעות להשיפת האינטרסים המוגנים בהוראות הדין השונות: ראה פסקדינה של השופטת נתניהו בע"א 156/82 ליפקין ג' דור הזהב, פ"ד לט(3) 85, 95, ובו תיאור האינטרסים השונים של הנפגע שעליהם באות התרופות להגן.
- 145 ראה למשל מאמריהם של Feinman ו-Knapp הנ"ל, בהערות 137 ו-34 לעיל.
- 146 ראה למשל, ע"א 800/75 קיט ג' ארגון הדיירים, פ"ד לא(3) 813, 818; ע"א 207/79 רביב ג' בית יולם (לעיל, הערה 133), 552; צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (אבוקה, תשל"ד) 100; ראבילן, "סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973", קובץ היצאות בימי העין לשופטים, תשל"ה (בעריכת ש' שטרית, תשל"ו) 57, 58; ראבילן, ספרים בדיני חיובים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, תשל"ז) 203. אולם ראה לאחרונה סטיה מקר זה בפסקדינה של השופטת בן פורת בע"א 829/80 שיכון עובדים ג' זפניק, פ"ד לז(1) 579, 583, בו נקבע, אם כי באמרת אגב,

5. סוג האחריות

סעיף 90 האמריקני וסעיף 12 הישראלי יוצרים, כל אחד, עילת תביעה עצמאית, לאחזיות. תחולתם של הסעיפים הנדונים על מערכת עובדות קונקרטית תיקבע באמצעות בחינת יסודותיהם, ובכל מקרה ללא זיקה לשאלת היווצרותו של חוזה¹⁴⁷.

משום כך נוטים פוסקים ומלומדים לדון בשאלת סוג האחריות שיוצר כל אחד מסעיפים אלה. אחריות זו אינה אחריות חוזית¹⁴⁸ שכן מקורה איננו בהסכמה או ברצון של הצדדים¹⁴⁹. האחריות היא חוץ חוזית¹⁵⁰.

יש הבחורים לראות את האחריות הנוצרת לפי כל אחד מן הסעיפים, כאחריות במסגרת דיני הנזיקין¹⁵¹ או כאחריות מעין חוזית¹⁵².

המקור הפורמלי של האחריות המוגדרת בסעיף 12 הוא החוק החרות¹⁵³. החובה לנהוג בתום-לב במשאומתן קיימת על-פי מצוות המחוקק. על אף שהמחוקק כלל את הנורמה הקבועה בסעיף 12 בחוק החוזים, היא דומה יותר לחובה נזיקית, שמקורה ברין, מאשר לחובה חוזית, שמקורה בהסכמת הצדדים.

נראה כנכון לומר כי הן סעיף 90 והן סעיף 12 יוצרים אחריות מיוחדת ועצמאית, שקיומה במערכת עובדות נתונה ייקבע באמצעות בחינת התקיימותם של יסודות ההוראה החלה¹⁵⁴.

6. היקף

תחום תחולתו ההיקפי של סעיף 90 רחב מתחום תחולתו של סעיף 12. בעוד שסעיף 12

כי הסעד בגין הפרת סעיף 12 (א) אינו מוגבל לפיצויים שליליים (פיצויי הסתמכות), אלא ניתן לתבוע בגינו בנסיבות ידועות, גם סעדים אחרים. לביקורת גישה זו ראה ס' דויטש, "סעיף 12 לחוק החוזים: האומנם תרופה לכל מכאוב? מחקרי משפט ד' (תשמ"ז) 39.

147 השווה: דברי השופט שמגר בד"נ 7/81 הנ"ל, בעמ' 683: "החובה שנוצרה בסעיף זה עומדת על רגליה שלה בקובעה נורמה לגבי שלב המשא ומתן בתור שכזה, תהיה ההתפתחות המאוחרת אשר תהיה".
148 השווה: דברי השופט שמגר בד"נ 7/81 הנ"ל, בעמ' 686: "ברור וגלוי על כן... שאין אנו דנים בסוגיה אופיינית מתחום דיני החוזים, גם אם מיקומה בחוק החרות הוא בחוק החוזים".

149 ראה טרסקי (עורך) דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית (ירושלים, תשל"ז), 12, שם מבחין פרופ' אנגלרד בין חוזים ונזיקין על-פי דרך התהוות החיוב: בחוזה מקור החיובים הוא בהסכמת המתקשרים (ולו כמושג טכני) ואילו בנזיקין אחראי המעוול בעל כרחו.

150 אבל לא חוץ-משפטית. השווה: דבר השופט ברק בע"א 207/79 הנ"ל, בעמ' 542: "השלב הסיוםי חוזי איננו שלב טרום-משפטי".

151 לגבי סעיף 12: ד' פלפל, "תום לב במשא ומתן", עיוני משפט ה' (תשל"ז) 608, 610. לגבי סעיף 90: Seavey, "Reliance upon Gratuitous Promises or other Conduct", 64 Harv. L. Rev. 913, 926 (1950).

152 ראבילוב, פרקים בדיני חיובים, מן המשפט הדיני אל חוק החוזים החדש (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"ז) 143, 149, 168.

153 ראה ד"נ 7/81 הנ"ל, בעמ' 688 וההפניות שם לפסיקה בית-המשפט העליון.

154 כדברי השופט שמגר לגבי סעיף 12 בד"נ 7/81 הנ"ל, בעמ' 682: "החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן קמה באופן עצמאי בשל ניהולו של המשא ומתן".

חל רק בשלבי המשאומתן הטרומי חוזי ומשתרע עד אל תחומי החוזה (ואז מתחיל לחול סעיף 39), יכול סעיף 90 לחול, והוא חל בפועל, גם בתחומים חוזיים מובהקים. סעיף 12 יוצר עילה עצמאית, ותחום משפטי חדש ונפרד, שעניינו השלב הטרומי-חוזי, אשר סעיף 12 הוא בינתיים עיקרו ותמציתו¹⁵⁵. לצדו של סעיף 12 קיימים עקרונות וכללים נוספים, לאו דוקא חוזיים, החולשים על התנהגות הצדדים טרם כריתת החוזה. כמו: חיוב בניזקין בשל מצג שוא רשלני¹⁵⁶, או חיוב בשכר ראוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בגין שירותים שניתנו תוך כדי ניהול המשאומתן¹⁵⁷. עם זאת, ברור כי סעיף 90 יכול לחול גם בתחום הטרומי-חוזי. ואם נדרשת אסמכתא לכך הריהי מצויה בפסקה הדין הופמן הנ"ל. בעובדות מקרה זה טרם גובשו רצונות הצדדים בחוזה, ובכל זאת הוכר תוקפן המחייב של הבטחות שניתנו בשלב המשאומתן. שני הסעיפים משקפים גישה חדשה, הכוללת גם את המשאומתן הטרומי חוזי במסגרת הרחבה של דין החוזים. שכן דין החוזים הוא המסגרת המתודית בה נדונים עד כה שני סעיפים אלה. בהחלת נורמות התנהגות של תוס'לב או צדק בשלב הטרומי-חוזי יש משום שינוי הגישה העקרונית וההלכתית לשלב המשאומתן, שהושאר בעבר מחוץ לדיני החוזים. כאשר משאומתן לקראת כריתת חוזה אינו מניב את התוצר החוזי המיוחל, ניתן לבחון את התנהגות הצדדים, דבריהם ומעשיהם, באספקלריה של סעיף 90 בארצות-הברית ובאספקלריה של סעיף 12 בישראל. מיותר אולי לומר כי החלת כל אחד מסעיפים אלה יכולה להביא לתוצאה שונה, עקב שוני היסודות המרכיבים אותם, ושוני אמות המידה שהם מופעלים לפיהן.

7. תוכן

מבחנו של סעיף 90 הוא מבחן הצדק, ואילו מבחנו של סעיף 12 הוא מבחן תוס'להלב. אנו רגילים ליחס משמעות שונה לכל אחד מן המונחים האלה, כאשר המחוקק הישראלי משתמש בהם בהקשרים שונים¹⁵⁸. נראה לנו כי המונח צדק בחקיקה האזרחית שלנו משמעו צדק יחסי, בין הצדדים לחוזה, בנסיבות המיוחדות של העניין הנדון¹⁵⁹. ואילו המונח תוס'לב מכונן לנורמה מוסרית, המוטלת מן החוץ על היחס החוזי. אולם בהשוואת המושגים צדק ותוס'לב יש להתחשב בקרקע נביטתם וצמיחתם. שני המושגים משמשים, כל אחד בשיטת המשפט שלו, משגי שפתום שנועדו ליתן למפעיליהם מרחב פעולה לתיקון עיוותים שנוצרו ביחסי הצדדים. בראיה רחבה ניתן לומר כי הוראות

155 ר"נ 7/81 הנ"ל, בעמ' 686 וראה גם ע"א 207/79 הנ"ל, בעמ' 343.

156 ע"א 86/76 עמידר נ' אהרון, פ"ד לב(2) 337; נ' ולצמן, "הצהרה כחובת רשלנית בשלב משא ומתן לכריתת חוזה", עיני משפט ח 55.

157 ע"א 474/80 גרבר נ' תל יוסף, פ"ד לה(4) 5, 4, וכן ר' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, 243.

158 ראה סעיף 14(ב) לחוק החוזים הכללי וסעיף 7(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

159 לפירוש מושג הצדק בסעיף 14(ב) ראה פירושי לפרק ב לחוק החוזים: פגמים בכריתת חוזה (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי), 46-47.

שני הסעיפים מסמיכות את השופט לקבוע מסמרות ערכיות וסטנדרטים של התנהגות ראוייה בין הצדדים. המונחים "צדק", "יושר", "מוסר", "תוסלב", "התחשבות" ו"הגינות" משמשים בתחום דיונו בערובידי, והם נועדו לקבוע מבחן גמיש שניתן להתאמה לנסיבות כל מקרה.

שתי ההוראות הנדונות קובעות אפוא אמת מידה מוסרית שתופעל באמצעות מושג שסתום, שהוא גם יחסי וגם דינמי, באין סוף של מקרים ואפשרויות, שאינם ניתנים לצפיה מראש, אלא רק לניתוח בדיעבד. המושגים המבוטאים בסעיפים הנדונים אינם ניתנים להגדרה עצמאית או לרדוקציה בכללים נוקשים. הם רוכשים תוכנם באמצעות המקרים בהם יופעלו, והם פושטים צורה ולובשים צורה ממקרה אחד למשנהו.

8. אמת המידה

חילוקי דיעות מסוימים בשאלת אמת המידה הנאותה לפירוש תוסלהב בחוק החוזים, לאמור האם הוא אובייקטיבי¹⁶⁰ או סובייקטיבי¹⁶¹, הפכו כיום אקדמיים גרידא. בית המשפט העליון קבע כי עניינו של מבחן תוסלהב "אינו רק במצב פסיכולוגי, אלא אף בצורת התנהגות, הנקבעת על-פי סטנדרטים מסוימים, הנראים לחברה כראויים"¹⁶². מבחנו של סעיף 12 הוא אפוא אובייקטיבי¹⁶³, מבחן האדם המתחשב בזולתו התחשבות סבירה ומקובלת¹⁶⁴.

לעומת זאת, מבחן סעיף 90 הוא מבחן של התנהגות מוסרית הנקבעת גם על-פי מצב אמונתו וכוונותיו של המבטיח¹⁶⁵. בארצות הברית נוהגים לדבר במסגרת הדיון בסעיף 90 על התנהגות הראויה לגנאי מוסרי (blameworthy). בכך מתקרב דווקא סעיף 90, ובעיקר כאשר הוא מוחל לגבי שלב המשאומתן (כמו בפרשת דופמן), לתורת ה-culpa in contrahendo, המונחת כביכול בתשתית סעיף 12.

9. יסודות העילות

כל אחת מן העילות הנוצרות על-ידי הסעיפים הנדונים עומדת על כנה כעילה עצמאית,

160 ראה ראבילי, "סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי)", תשל"ג-1973, קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים, תשל"ה, 57 וכן: ראבילי, פריקים בדיני חוזים, 182.

161 ראה ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי (לעיל, הערה 101) 248. וכן: ה"פ (ת"א) 247/81 עמישי נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"מ תשמ"ג(1) 281, 285.

162 רבני השופט ברק בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים נ' בית הדין הארצי לעבודה (לעיל, הערה 114) 835. אם כי הדברים נאמרו לגבי סעיף 39 אין סיבה שלא להחילם גם לגבי סעיף 12. ואמנם, הם אומצו בהסכמה והוחלו לגבי סעיף 12 כד"צ 7/81, בעמ' 689.

163 על אף שהשופט ברק עצמו מכנהו מבחן "מעורב": ע"א 207/79, בעמ' 544.

164 ראה רבני השופטת בן פורת בע"א 701/79 שוחט נ' ליביאנקר, פ"ד (2) 113, ובע"א 435/81 זמזורי נ' מצהרי, פ"ד (2) 561.

165 השווה: סעיפים 1-203, (b) 2-103 Uniform Commercial Code, שלפיהם נדרשת חובת תוסלהב הסובייקטיבי מכל מתקשר, בעוד שמסחר נדרשת גם חובה אובייקטיבית.

שהתקיימותה מותנית במילוי תנאיה ויסודותיה. עם זאת, קיימת חפיפה חלקית בין העילות דגן.

כך למשל יתפסו לכאורה שתי העילות ברשתן מצב של אי קיום הבטחה במהלך משאומתן לקראת כריתת חוזה. אולם חפיפה זו היא חלקית בלבד, ולכל אחת מעילות התביעה תחום תחולה עצמאי, שחברתה אינה נוגעת בו.

כך יחול סעיף 90, אך לא יחול סעיף 12, על כל ההבטחות שלא ניתנו במהלך משאומתן לקראת כריתת חוזה, אך מקבליהן הסתמכו עליהן (כמו הבטחה לויתור על חוב). לעומת זאת יחול סעיף 12, אך לא יחול סעיף 90, על כל ההתנהגויות שאינן טומנות בחובן הבטחות, במהלך משאומתן לקראת כריתת חוזה (כמו: התקשרות עם צד שלישי בעת ניהול משאומתן עם אחר).

בהקשר זה של עימות העילות על-פי יסודותיהן יש לציין הכולל חשוב הנעוץ במועד התגבשות העילות. בעוד שעילת התביעה על-פי סעיף 12 מתגבשת באחת, עם התקיים יסודותיה, נקבע תוקפה של ההבטחה הנדונה בסעיף 90 במועד מאוחר לביטוייה, על-פי התפתחויות מאוחרות לה, ובעיקר¹⁶⁶, הסתמכות הנבטת.

עילת התביעה על-פי תורת ההבטחה אינה מאופיינת אפוא באחידות הזמן והמקום. ראשיתה בהבטחה, המשכה בהסתמכות וסופה בשיקולי הצדק של בית-המשפט. רק בריעבד, במבט לאחור, ניתן יהיה לדעת האם התגבשה, ומתי התגבשה, עילת התביעה לפי סעיף 167⁹⁰.

10. סעדים

(א) כללי

במסגרת דיוננו בהשתק מכת הבטחה בדין האמריקני הראינו לעיל כי:

א. באורח עקרוני, ואף מעשי, ניתן להעניק על-פי סעיף 90 כל סעד הנראה צודק בנסיבות העניין;

ב. הסעד הרגיל בגין הפרת הבטחה שהיא נשוא הסעיף הוא פיצויי הסתמכות.

בפרופוזיציה הראשונה דומה סעיף 90 האמריקני דוקא לסעיף 39 הישראלי, ואילו בפרופוזיציה השנייה הריהו דומה לסעיף 12.

(ב) סעיף 39

ההלכה לגבי הסעדים הנובעים מהפרת סעיף 39 נקבעה בבג"צ 9/80 שרותי תחבורה

166 אך לא רק כי גם התרחשויות אחרות יכולות להשפיע על שיקולי הצדק שביסוד סעיף 90.
167 השווה: Knapp המדגיש במאמרו הנ"ל (לעיל, הערה 137) כי סעיף 90 מתרכז בהתנהגות שלאחר ההבטחה.

ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים¹⁶⁸. בפסקדין מנחה זה קובע השופט ברק¹⁶⁹ כי התוצאות הנובעות מאי קיום החוזה בדרך מקובלת ובתום-לב משתנות על-פי ההקשר בו מתעוררת השאלה, והסעדים המוענקים מגוונים ומקיפים לפחות¹⁷⁰ את קשת הסעדים המקובלת, לאמור: פיצויים, אכיפה, ביטול.

(ג) סעיף 12

הסעד הרגיל, ואולי¹⁷¹ אף היחיד, בגין הפרת סעיף 12 הוא: פיצויי הסתמכות. האינטרס המוגן בסעיף 12 (כ) הוא אינטרס ההסתמכות של צד למשאומתן אשר הפיצויים לשיקומו מיועדים להשבת המצב לקדמותו. אלה הם פיצויים שליליים המשקפים את אינטרס ההסתמכות, ומטרתם להעמיד את הנפגע במצב בו היה אלמלא נכנס למשאומתן או אלמלא הניח קיומו של חוזה.

בע"א 800/75 קוט נ' ארגון הדיירים במרכז המסחרי, רמת יוסף¹⁷², קבע השופט ש' לוי כי "בגדר סעיף 12 לחוק החוזים... אין הנפגע יכול לתבוע את נזקיו שהיו עשויים להגרם לו אילו הושלמה העסקה, אלא רק החזרת המצב לקדמותו ערב כניסתו למשאומתן". יישום הלכה זו הביא בנסיבות שנדונו שם להענקת פיצויים לפי סעיף 12 בגין תשלום דמי תיווך, תשלום שכר טרחת עורך דין והוצאות מימון התשלום הראשון, אך לדחיית התביעה לפיצויים בגין ההפרש במחיר הנכס בין יום הגשת התביעה ויום ההסכם המיועד כמו גם דחיית התביעה בגין פיצויים קבועים מראש לפי החוזה¹⁷³.

גם בע"א 207/79 רביב נ' בית יולס¹⁷⁴, מצביע השופט ברק על-כך שמי שנפגע עקב חוסר תום-לב במשאומתן איננו זכאי לפיצויים בגין הרווח שנמנע ממנו בעסקה עצמה, והוא אומר¹⁷⁵ "וצא שסעד זה אינו מגיע... על-פי הוראותיו של סעיף 12 לחוק החוזים, שכן הוראה זו מעניקה 'פיצויים שליליים'...." (ו) הפיצוי אינו בגין הנזק שנגרם מאי כריתת החוזה, אלא על הנזק שנגרם מאי ניהול משאומתן בתום-לב ובדרך המקובלת...¹⁷⁶.

את ההלכה שהתגבשה בפסיקת בית-המשפט העליון ובספרות המשפטית בנושא הסעדים בגין הפרת סעיף 12 ניתן אפוא לסכם כהלכה בת שני רכיבים עיקריים:

168 לעיל, הערה 139.

169 בעמ' 838.

170 למעשה קובע השופט ברק תוצאות רבות מעל ומעבר לסעדים השגרתיים, כמו: שלילת פיצויים או אכיפה; מתן כוח לצד הנפגע לפעול פעולות מסוימות בתחום החוזה שאחרת היו נחשבות להפרה; ראה שם בעמ' 838-839.

171 הספק נובע מפסקדין שבו עובדים נ' זשניק שיירון להלן.

172 ע"א 800/75, קוט נ' ארגון הדיירים, פ"ד לא(3) 813, 819.

173 שם, שם.

174 ע"א 207/79, רביב נ' בית יולס, פ"ד לו(1) 533.

175 בעמ' 552.

176 וראה בעמ' 553 לפסקהדין אשר בו קובע השופט ברק כי נזק כזה נגרם לתובע כתוצאה מעצם ההשתתפות במכרז שנוהל שלא כדין.

- א. הסעד היחיד שניתן לקבל בגין הפרת החובה הקבועה בסעיף 12(א) לנהוג בתוס'לב וברוך מקובלת במהלך משאומתן הוא פיצויים¹⁷⁷.
- ב. פיצויים אלה הם פיצויים שליליים, שמטרתם שיקום אינטרס ההסתמכות של הנפגע מחוסר תוס'הלב של רעוה במהלך המשאומתן¹⁷⁸.

(ד) לא רק פיצויים?

שינוי בגישה דווקנית זו ניתן להסיק מפסקדינה של השופטת מ' כדפורת בע"א 829/80 **שיכון עובדים נ' זפניק**¹⁷⁹. בפסקדין זה מובעת ההשקפה – המנוגדת למה שקדם לה – כי ניתן לחייב צד שהפר את חובת תוס'הלב במשאומתן לא רק בפיצויים שליליים אלא גם באכיפה.

"לפי השקפתי", אומרת השופטת כדפורת¹⁸⁰, "תרופות הפיצויים המנויות בסעיף 12(ב) לחוק החוזים, אינן בגדר רשימה סגורה או ממצה. גהפוך הוא, מעצם ההכרה בדרישת תוס'הלב בעקרוך על או בעיקרון תולש נובע, שאין להצר את תחום התרופות לפיצויים בלבד".

בנסיבות העניין שגורן בפניה קובעת השופטת הכרה בקיבול מחמת חוסר תוס'הלב שמנע את שכלול החוזה: "תגובתו של השופט על כך היא, שרואים את ההצעה כאילו קובלה"¹⁸¹ (ההדגשה במקור). ככל הנראה דעתה של השופטת בן פורת היא כי אין שני חלקי הסעיף 12 קשורים ביניהם בקשר בליינתק, אלא ניתן לראות את סעיף 12(א) כקובע את החובה המופשטת, הכללית, לנהוג בתוס'לב במהלך משאומתן, חובה שבגין הפרתה ניתן לפסוק תרופות וסעדים מעבר לאמור בסעיף 12(ב).

רמז מסוים באותו כיוון ניתן למצוא במאמר מפרי עטו של פרופ' ר' פרידמן בו הוא כותב כי אפשר לראות את סעיף 12 כמבטא רעיון רחב של עשיית הישר והטוב "ואז נפתחות אפשרויות אחרות"¹⁸².

ניתוק שני חלקי סעיף 12 אינו עומד לעניות דעתי בפני הביקורת. נראה כי פרשנות נכונה של סעיף זה אכן מורה על סגירת רשימת הסעדים שבסעיף 12(ב)¹⁸³. בעבר פורש

177 ולא ביטול (דברי השופט י' כהן) בע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי (לעיל, הערה 101), 248, דברי השופט שמגר בע"א 440/75 זנבנק נ' דנציגר פ"ד (2) 260, 273 או אכיפה (בג"צ 159/81, 184 חברת מזיר בע"מ נ' חברת נתיבי איילון בע"מ, פ"ד לה (3) 596, 601). אך ראה ע"א 173/81 אדמיר נ' קלו, פ"ד לה (4) 293, 300, שם הופעל סעיף 12 כדי למנוע הסתמכות על חוזה.

178 עוד בכיוון הגבלת הסעד בגין הפרת סעיף 12 לפיצויים שליליים המייצגים את אינטרס ההסתמכות ראה צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, 100; ראבילוב, פרקים בדיני חוזים 203; דברי ההסבר להצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ז-1970, ה"ח 880; דברי השופט ברק בע"א 230/80 סנדר נ' קסטורי, פ"ד לה (2) 713, 727.

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

180 שם, בעמ' 583.

181 בעמ' 584. אם כי בנסיבות שגורנו שם לא הופעלה גישה זו הלכה למעשה, ולכן ניתן לראות את דברי השופטת כאמרות אגב.

182 פרידמן, "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור", עיוני משפט ז (תש"מ) 431, 435.

183 לכישרות פסקדינה של השופטת בן פורת בעניין שיכון עובדים נ' זפניק ראה: ס' דויטש (לעיל, הערה 146).

הסעיף תוך זיקה הדוקה בין שני חלקיו¹⁸⁴, ודרך זו נראית נכונה גם מבחינת המטרה החקיקתית. לא נראה כי צורך וראוי להעניק בשלב המקדמי, הטרנסזיטיו, בו טרם גובשו רצונות הצדדים בחוזה, סעד שפירושו המעשי הוא אכיפת המשאומתן ואכיפת חוזה שטרם נכרת. פיצויים בהיקף האינטרס השלילי די בהם כדי להחזיר על כנו את הסדר הכלכלי והחברתי שעוד.

(ה) הדגמה

אם נחזור להשוואת הסעיפים 90 ו-12 מבחינת הסעדים המוקנים בגין הפרת החובות הקבועות בהם, ניתן להציב זה מול זה לשם הדגמה שני פסקי דין אפיניים: פסקי הדין הופמן האמריקני ופסקי הדין קוט הישראלי. בשני המקרים הגדונים בפסקי דין אלה לא הבשיל המשאומתן בין הצדדים חוזה מוגמר, ובשניהם גרמה התנהגותו של צד אחד להבשלת המשאומתן. בשני פסקי הדין נקבע כי התנהגות זו היתה מנוגדת לודישה המהותית של הסעיף החל (תוס' לב לגבי סעיף 12 וצדק לגבי סעיף 90)¹⁸⁵, ובשני המקרים העניק בית המשפט לצד שנפגע מהתנהגות רעהו פיצוי שלילי על התוצאות שנגרמו לו עקב המשאומתן.

11. התגברות על דרישות צורניות

בניגוד לסעיף 39 לחוק החוזים, אשר אינו כולל כל הוראה באשר לתוצאות הנובעות מכך שצד לחוזה אינו מקיים את החוזה בתוס' לב ובדרך מקובלת¹⁸⁶, סמוך לסעיף 12(א) הסעיף 12(ב), אשר קובע את סעד הפיצויים כסעד הנאות במקרי הפרת החובה שבסעיף 12(א). עד לפסקי הדין של השופטת כרפורת בפרשת שכונ עובדים נ' זפניק, נהוג היה לחשוב כי סעד זה של פיצויים הוא סעד ממצה. יתכן שלאחר פסקי דין זה נפתח פתח להגמשה מסוימת של תוצאות הפרת החובה לנהוג בתוס' לב במשאומתן, וניתן יהיה בעתיד לכלול ברשימת התוצאות האפשריות, לצד פיצויים, גם אכיפה (כמו בשכונ עובדים נ' זפניק עצמו) וגם השתקת הצד שפעל כחוסר תוס' לב במשאומתן מהעלאת טענות מסוימות כלפי רעהו.

184 ר"נ 7/81 פנידד ב' קסטרו (לעיל, הערה 138), 684, 685.

185 ראה Henderson, "Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine" 78 Yale L. J. 343 (1969), אשר רואה את פסקי הדין הופמן כראשית הצנחה של חובת תוס' לב במשאומתן, אך מציין (בהערה 73 למאמר) כי לא היה חוסר תוס' לב בפרשה שנהונה כפסקי דין זה. נראה כי כוונתו לחוסר תוס לב במובן הסובייקטיבי.

186 אולם אין פירוש הדבר שהחובה הקבועה בסעיף היא חובה מוסרית בלבד. לנפקייתיה המשפטיות ראה דברי השופט ברק בבג"צ 59/80 הנ"ל, בעמ' 838.

בגרמניה, מכותרתו הרעיונית של סעיף 12, עשה בית-המשפט העליון שימוש בתורת תום-הלב (ליתר דיוק: תורת ה-culpa in contrahendo) כדי להתגבר על דרישת הכתב בעסקאות מקרקעין. הדבר נעשה שם באמצעות מעידה-השקט: אשמו של צד במהלך משאומתן גרם לכך כי יראו את החוזה שצריך היה להערך בכתב, אך נעשה בדיבור פה, כאילו נקשר¹⁸⁷. יתכן ובעתיד אפשר יהא לנסות ולהתגבר על דרישת סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, באמצעות סעיף 12. טענת חוסר תום-לב במשאומתן תוכל לשמש כלי להשתקת טענות פורמליסטיות, כמו דרישת הכתב.

גם בארצות-הברית נעשה שימוש בהוראות סעיף 90 לריסטייטמנט כדי להתגבר על דרישת הכתב, או להתעלם ממנה. הדבר משקף שם מגמה כללית של צמצום דרישות פורמליסטיות. בהיות מטרתו של סעיף 90 הגנה על הסתמכות והגשמת צדק בין הצדדים, חשיבות הכתב היא משנית, והוא מהווה רק שיקול אחד מבין שיקולים רבים הנשקלים במסגרת סעיף 90. ניתן לומר כי ההגנה החוזית של העדר כתב, המעוגנת בארצות-הברית ב־Statute of Frauds¹⁸⁸, איננה עומדת למי שמתגונן בפני תביעה על-פי סעיף 189⁹⁰.

דוגמא לשימוש שנעשה בסעיף 90 כדי להתגבר על דרישות צורניות ולאכוף חוזה בעל-פה, בניגוד להוראות ה־Statute of Frauds מצויה בפסק-הדין בפרשת *Alaska Airlines Inc. v. Stepenson*¹⁹⁰. התובע הועסק כטייס קבוע בחברת תעופה פנים אמריקנית. הוצע לו להצטרף לחברה הנתבעת, והוסכם עמו בעל-פה כי יועסק על-ידי החברה משך חצי שנה, ואם תקבל החברה הנתבעת זכיון לקיים טיסות מסחריות מסיאטל לאלסקה, יערך עמו חוזה כתוב לשנתיים. התובע התפטר מעבודתו הקבועה, ועקר עם משפחתו מקליפורניה לאלסקה תוך הפסד הטבות זכויות סוציאליות. משניתן לחברה הנתבעת הזכיון, אך היא בחרה לפטר את התובע, הוגשה התביעה על סמך ההסכם בעל-פה. בית-המשפט פסק לטובתו של התובע בהסתמך על סעיף 90 לריסטייטמנט.

187 ראה זוסמן, "תום לב בדיני החושים – הויקה לדין הגרמני", עיני משפט 1 (תשל"ט) 485, אשר על אף שהוא מציג להתחשב במשפט הגרמני בפירוש המושג תום לב בסעיף 12, ועל אף שהוא מתאר את השימוש הנרחב שנעשה בגרמניה בתורת Culpa in Contrahendo כדי להתגבר על דרישת הכתב, איננו מציג להחיל את סעיף 12 לנטרול פעולת סעיף 8 לחוק המקרקעין, אלא ממליץ על קיום מצוות המחוקק בסעיף 8, שלא ליתן תוקף לעסקה, וראה גם, באותו כיוון, ע"א 285/75 זינגר נ' קימלמן, פ"ד ל(1) 804, 811, שם אומר השופט בייסקי כי (כנראה) לא ניתן להסתמך על דוקטרינת ההשתק מכוח הבטחה כדי להתגבר על דרישת הכתב לגבי עסקות במקרקעין.

ראה לעומת זאת צלטנר דיני חוזים, בעמ' 121–122, המראה שבגרמניה יכול צד החפץ להסתמך על חוזה הלוקה בחוסר צורה, להשתית עליו תביעה, ולהדוף טענת חוסר הצורה בטענה הנובעת מדרישת תום-הלב. מרבירי משתמע כי גם אצלנו ניתן להשיג תוצאה זו מכוח סעיפי תום-לב.

188 וכן גם הגנת התיישנות, או הגנה המונעת טענות בעל-פה כנגד מסמך כתוב.

189 ראה *Gilmore, The Death of Contract, op. cit.*, 135 n. 176. המפרש חלק מן הדוגמאות שבריסטייטמנט כמצביעות על כך שבמסגרת סעיף 90 אין להעלות טענות המבוססות על ה־Statute of Frauds.

190 15 Alaska 272, 47F. 2d 295 (1954).

12. חופש התנאה

סעיף 12 פורש בפסיקה כהוראת דין קוגנטית. בר"נ פנידור נ' קסטרו אומר השופט שמגר את הדברים הבאים:

לאור מהותה (של האחריות) – כתולדתו של עקרון יסוד משפטי המשלב סייגים חברתיים-אתיים לתוך הכללים החלים על פעולות משפטיות ועל פעולות אחרות המתלוות אליהן – יש לראותה כבעלת יסודות קוגנטיים: נסיבות עובדתיות שונות ומשתנות משפיעות, כמובן, על הצורה המוחשית אותה לובשת החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב, ועל אופן יישומן של אמות המידה המשפטיות לנסיבות האמורות, אך החובה עצמה לעולם עומדת, ואין להתנות עליה¹⁹¹.

לעומת סעיף 12 הקוגנטי, או לפחות קוגנטי בחלקו¹⁹², סעיף 90 ניתן כנראה להתנאה. המבטיח יכול לסייג את הבטחתו ואמירה מסייגת כזו מגבילה מראש את היקף ההסתמכות המותרת של מקבל ההבטחה, ומציבה גבולות לצדק שיפעיל בית-המשפט בבואו לבחון ולשקלל את נסיבות ההבטחה וההסתמכות¹⁹³.

13. הצטברות עילות

בעוד סעיף 90 יוצר עילה עצמאית וייחודית, אשר מקום בו מתקיימים יסודותיה ולא מתקיימים יסודות העילה החוזית היא מוחלטת בבדידותה, יוצר סעיף 12 עילה היכולה לקום בפני עצמה, אולם יכולה גם יכולה לקום יחד עם עילה אחרת. מכאן שמעשה מסוים הנעשה בארצות-הברית יאוחסן באחת המסגרות של דיני החיובים: החוזית או ההבטחתית. ואילו בישראל יכול מעשה מסוים לבטא העדר תום-לב ולהקים גם בעת ובעונה אחת עילת תביעה נוספת¹⁹⁴. ניתן לומר כי בעוד שסעיף 12 הרחיב את תחום האחריות בשלב הטרום חוזי¹⁹⁵, והוסיף עילה לעילות הקיימות, קבע סעיף 90 עילה עצמאית וייחודית, אשר העילה החוזית מייתרת אותה והיא מייתרת את העילות האחרות.

14. שיוריות ההוראות

סעיף 12 קובע הוראת דין שיורית. הפניה אליו תיעשה, דרך כלל, לאחר מיצוי הדין הקבוע

191 ר"נ 7/81 בעמ' 688.

192 להבחנה בין יסודות תום-הלב והדרך המקובלת על-פי אפשרות ההתנאה על כל יסוד, ראה ג' שלו, ברייתת חוזה (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, תשל"ח), 81.

193 השווה: Farnsworth, *op. cit.*, p. 192 המעיר, אנב דיון בפסק-דין דרשמן, כי בפסק-דין זה צרונה. חבות בשלב שלפני התגבשות הצעה חוזית, ולכן אי אפשר היה לדבר שם על התנאה בחוזה.

194 השווה לדברי הנשיא שמגר בר"נ 7/81 בעמ' 697 וראה למשל ע"א 488/83 צנעני נ' אנמון, פ"ד לח 141, בו נקבע כי אותו מעשה הגיע כרי הטעיה (סעיף 15 לחוק החוזים) והתנהגות שלא בתום-לב.

195 בדברי השופט ברק בע"א 207/79, בעמ' 545.

החדר משמעי. העילה שקובע סעיף 12 היא עילת תביעה נוספת, חלופית או מצטרפת, לעילות הקיימות ברין החיובים¹⁹⁶. כך גם לגבי הוראת סעיף 90. בדרך המלך נותרו עדיין דיני החוזים. ואילו תורת ההבטחה המגולמת בסעיף 90 היא תורה שיורית (אם כי בוודאי לא שולית) אשר גם הפנייה אליה תיעשה כאשר לא נכרת חוזה, מטעם זה (העדר תמורה) או אחר (העדר כתב).

196 ראה דברי השופט ברק בע"א 207/79, בעמ' 545, ודברי הנשיא שמגר בר"נ 7/81, בעמ' 685, 697.