

על דיני המכר כמכירתם של עקרון תום הלב ועל עקרון תום הלב כמעוז דיני האמון במשפט הישראלי

מאת

עלי בוקשפן*

מאמר זה, שנכתב לרגל המהדורה החדשה לספרו של פרופ' איל זמיר על חוק המכר, מבקש לאתגר שתי הנחות, האחת צורנית והשנייה מהותית, הנוגעות לעקרון תום הלב במשפט הישראלי. ראשית, המאמר מסתייג מהצעתו של פרופ' זמיר למחיקת סעיף 6 לחוק המכר העוסק בעקרון תום הלב ומדגיש את חשיבות שימורה של ההיסטוריה המשפטית ואת תרומתם המרכזית והמתמשכת של דיני המכר לעיצוב עיקרון זה. שנית, וזהו עיקר הדיון, המאמר חולק על טענתו של פרופ' זמיר בדבר קיומה של הבחנה איכותית בין תום לב לבין דיני האמון ומציע תפיסה מאחדת המביאה עימה יתרונות תאורטיים, טרמינולוגיים ומעשיים כאחד. לפי תפיסה זו, חובות האמון וחובת ההגינות מייצגות חובות המשתייכות למשפחת תום הלב כעקרון-על, ובפועל ממוקמות על שנתות שונות שבספקטרום אחד הנע בין האינטרס העצמי לבין התחשבות בענייניו של הזולת. לתפיסה מאחדת זו ארבע הצדקות, שיובאו בהרחבה במאמר: **הראשונה** מתמקדת בשכיחותם ההולכת וגדלה של מוקדי כוח חוזיים ותאגידיים, אשר גם במסגרתם קיימות חובות אמון תוך כדי התמקדות בפסק הדין המפורסם ע"א 817/79 **קוסי נ' י.ל. בנק פויכטוונגר בע"מ**, שבו פותחו הלכה למעשה דיני האמון במשפט הישראלי על גבה של עסקת מכר תוך כדי שימוש במונח "תום לב"; **השנייה** מדגישה את היותן של שתי החובות ביטוי לאומד דעתם ולציפיותיהם המצויות והרצויות של הצדדים; **השלישית** נוגעת לקיומו של בסיס רעיוני זהה לשתי החובות החותר להתחשבות בזולת וליצירת נורמות התנהגות דומות; **הרביעית** מאירה את הצורך בהפגת ערפול מושגי וביצירת מערכת דינים אחידה, עקיבה ושיטתית הבוחנת בכל מקרה נתון את מידת הכפיפות והתלות של הצד החוזי בכוחו ובהשפעתו של הצד שכנגד ואת פרשנותה ותוכנה של ההתחייבות החוזית שבה עסקינן לצורך קביעת המינון של מידת ההתחשבות בזולת ואת נורמות ההתנהגות הנגזרות ממנה.

מבוא. א. תוכנו ומעמדו של עקרון תום הלב (האוברייקטיבי) במשפט הישראלי. ב. התייחסות להצעה למחיקת סעיף 6 לחוק המכר. ג. התייחסות לטענה ברבר קיומה של הבחנה מושגית בין עקרון תום הלב לחובת הנאמנות. 1. שכיחותם של מוקדי כוח חדשים בדיני החוזים והתאגידיים

* פרופסור חבר, בית הספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. מאמר זה נכתב בעקבות הרצאה שנישאה לכבוד פרופ' איל זמיר בסימפוזיון שנערך לרגל צאת המהדורה השנייה לספרו **חוק המכר, תשכ"ח-1968** באוניברסיטה העברית בירושלים, הפקולטה למשפטים ב-2 באפריל 2025, והוא מוקדש בהערכה רבה לאהרן ברק. תודה לשמעון לנג על הסיוע בחשיבה על נושא המאמר, ליפעת נפתלי בן ציון על הערותיה, להגר אסקול ולמאי גרודברג על עזרתו המעולה במחקר, לאדם קרני על העזרה בהתקנת המאמר לדפוס ולמערכת כתב העת **משפטים על אתר** על מלאכת העריכה.

המודרניים. 2. ההמשגה החוזית לתפיסה המאחדת – חובת תום הלב וחובת האמון כתניות מכללא הנובעות מציפיות הצדדים. 3. חובת האמון וחובת תום הלב – More of the Same. 4. הגישה המאחדת כמונעת ערפול מושגי וכמסייעת ביישומן השיטתי של חובת האמון וחובת ההגיונות. ד. סיכום.

מבוא

פרופ' איל זמיר הוא מגדולי חוקרי המשפט הפרטי בישראל בכלל ודיני החוזים בפרט. כתיבתו הענפה של איל מדלגת בוירטואוזיות בין התבוננות תאורטית ובין-תחומית לבין כתיבה מעשית, ובאופן בלתי שכיח, עיסוקו מעורר ההשראה בעקרונות משפטיים וחוקי-משפטיים כלליים ומופשטים אינו מונע ממנו, בפרפרזה על הביטוי המוכר, להימצא גם בפרטים הקטנים וביישומי הקונקרטיים של המשפט. כאלו הם ספריו החשובים העוסקים בחוקי החוזים הספציפיים – חוק חוזה קבלנות, חוק המכר (דירות) – וספרו על חוק המכר, מושא הסימפוזיון ומושא מאמר זה, שזכה לאחרונה לצאת במהדורה שנייה.

במאמר זה אבקש להתייחס לשתי נקודות שבהן עסק איל בקצירת האומר בספרו בהקשר של עקרון תום הלב. אכן, נהרות של דיו נשפכו על עקרון תום הלב במשפט הישראלי, ובכל זאת איל הצליח לאתגר את הנושא בכיוונים חדשים. כיוון אחד – צורני – עולה מהצעתו למחוק מספר החוקים את סעיף 6 לחוק המכר, התשכ"ח–1968, שבו נקבע, לראשונה בישראל, עקרון תום הלב בהקשר החוזי, וכיוון שני – מהותי – עולה מסיווגה של חובת תום הלב כחובה שונה מהבחינה העקרונית מחובת האמון ומחובת ההגיונות, אשר נוכחותן כיום הולכת ומתרחבת בהקשרים חוזיים.

לצורך התייחסות לנקודות אלו מבנה המאמר יהיה כדלקמן: **בחלק הראשון** אקדים כמה מילים על משמעותו ועל מעמדו של עקרון תום הלב במשפט הישראלי שיסייעו בהבהרת מסגרת הדיון. **בחלק השני** יעסוק המאמר באופן ביקורתי בהצעתו של איל למחוק את סעיף 6 לחוק המכר מספר החוקים. **החלק השלישי** יעסוק, באריכות רבה יותר, בהצדקת עמדה השונה אף היא מעמדתו של איל, ולפיה קיימת תפיסה מאחדת בין עקרון תום הלב לעקרונות האמון וההגיונות המוחלים בישראל בהקשרים חוזיים שעליהם מוצע להשקיף כמקרים פרטיים של עקרון תום הלב כעקרון-על במשפט הישראלי. **החלק הרביעי והאחרון** יביא דברי סיכום.

א. תוכנו ומעמדו של עקרון תום הלב (האובייקטיבי) במשפט הישראלי

עקרון תום הלב הוא עיקרון בעל נפקויות ומובנים מגוונים, ועל כן נכון להבהיר, כבר בראשית הדברים, כי ההתייחסות אליו במאמר זה היא כמובנו האובייקטיבי. שלא כמובנו הסובייקטיבי, המתמקד ביסוד נפשי ואשר מופיע גם הוא לעיתים בחקיקה הישראלית,¹ עקרון תום הלב

¹ ראו למשל בסעיפי העסקאות הנוגדות בס' 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969, בס' 12 לחוק המטלטלין, התשל"א–1971, ובס' 34 לחוק המכר, התשכ"ח–1968, אשר עוסק ב"תקנת השוק". ראו גם E. Allan Farnsworth, *Good*

האובייקטיבי קובע אמות מידה להתנהגות ראויה הנגזרת מציפיותיהם הסבירות של הצדדים לחוזה לשיתוף פעולה ולהתחשבות הדדית.² דוגמה טובה ומעניינת לשימוש בו-זמני בשני מופעיו ומובניו של עקרון תום הלב – האובייקטיבי והסובייקטיבי – ניתן למצוא בפסק הדין ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ.³ בפסק דין זה מופיע פעם אחת עקרון תום הלב, אשר מנוסח בסעיף 9 לחוק המקרקעין, במובנו הסובייקטיבי, כאחד משלושת התנאים הנדרשים בעסקאות חוזיות נוגדות לצורך בחינת המצבים שבהם יועדף החוזה השני בזמן. בהקשר זה באה דרישת תום הלב לבחון אם צד לחוזה מקרקעין ידע באופן סובייקטיבי על קיומה של עסקה חוזית קודמת ונוגדת או עצם עיניו לגביה. בפעם השנייה מופיע שוב עקרון תום הלב באותו פסק דין, אך הפעם כנוסחו בסעיף 39 לחוק החוזים (וסעיף 6 לחוק המכר שיידון להלן), במשמעותו האובייקטיבית והנורמטיבית אשר באה לבחון עד כמה נהג צד לחוזה באופן המתחשב בזולת.⁴ באותו פסק דין אפוא שימשו שני מופעיו של עקרון תום הלב לצורך הכרעה בשאלת האיזון בין זכויות חוזיות מנוגדות, כאשר במובנו האובייקטיבי באותו מקרה – מובן שבו מאמר זה מתמקד – בחן עקרון תום הלב את התנהגותו של בעל הזכות החוזית הראשונה בזמן אשר נמנע מלרשום הערת אזהרה על זכותו במקרקעין במהלך 17 שנים לאחר עריכתה של עסקה במקרקעין. פסק הדין קבע כי הימנעות זו עולה לכדי הפרת חובת תום הלב האובייקטיבית, ותוצאתה באותו מקרה פעלה להשתקת בעל הזכות הראשונה בזמן מלטעון לעדיפותו, אף שבעל הזכות השנייה בזמן היה חסר תום לב סובייקטיבי בשל ידיעתו בפועל על העסקה הראשונה בטרם השלים את רישומה, ועל כן לכאורה לא היה אמור לזכות בנכס על פי הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין.

מלבד ההבחנה הטרימינולוגית בין חובת תום הלב האובייקטיבית לחובת תום הלב הסובייקטיבית, הלכה זו הבהירה גם את מעמדו הבכיר של עקרון תום הלב האובייקטיבי במשפט הישראלי:

Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code 30 CHICAGO L. REV. 666, 667–68 (1963) וגישת המיעוט של השופט חשין ברע"א 6339/97 ווקר נ' סלומון, פ"ד נה (1) 199 (1999), המצדד במעמדו הסובייקטיבי גם של עקרון תום הלב הקבוע בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 (להלן: חוק החוזים).

השוו ל-UCC § 1-201.(b)(20), אשר מגדיר את חובת תום הלב כך: "except as otherwise provided in Article 5 means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing"

ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז (2) 385 (2003).

מסתמן כי במשפט הקונטיננטלי הבחינה האובייקטיבית של חובת תום הלב שכיחה יותר במשפט המקובל, ראו Erjon Marku, *The Principle of Good Faith in Civil Law and Common Law Systems: The Albanian Legal System, Comparative Analysis*, 10 INTERDISCIPLINARY J. RES. & DEV. 255, 256 (2023), שם נאמר "Civil law systems impose an objective duty of good faith". עם זאת גם במשפט המקובל קיימים קולות להכנסת רכיבים אובייקטיביים לבחינת תום הלב, ראו למשל Thomas Rivers, *How to Be Good: the Emphasis on Corporate Director's Good Faith in the Post-Enron Era*, 58 VAND. L. REV. 631, 671–72 (2005).

אחת מאותן דוקטרינות כלליות החלות בכל תחומי המשפט היא עקרון תום-הלב. על-פיה, כל בעל זכות (במובנה הרחב) צריך להפעיל את זכותו בתום-לב. עיקרון זה – אשר מקורו הפורמאלי הוא בהוראות הסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 – הוא עיקרון 'מלכותי' [. . .] 'מצודתו פרושה... על כלל המערכת המשפטית בישראל' [. . .]. הוא קובע אמת-מידה אובייקטיבית של התנהגות ראויה במכלול היחסים הבין-אישיים. אכן, הדוקטרינה של תום-הלב 'חותכת את משפט ישראל כולו לאורכו ולרוחבו, מלוא כל הארץ כבודה'.⁵

לסיום חלק זה, ולקראת המשך המאמר, תוזכר גם תמציתו של עקרון תום הלב האובייקטיבי אשר נעוצה בתפיסת עומק של התחשבות בזולת וחתירה להגשמת ציפיותיהם של כלל המעורבים באינטראקציה החוזית, כפי שניתן לשמוע למשל בדבריה הצלולים של השופטת ארבל בע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס:

חובת תום הלב מחייבת כל אחד מהצדדים לחוזה לנהוג ביושר, הגינות ומוסר, תוך הגשמת ציפיותיו הסבירות של הצד השני לחוזה אשר ניצב מולו. מידת תום הלב אינה מידה של חסד ולא של 'חסידות' [. . .]. אין עניינה באלטרואיזם או בביטול חשיבות מאווי של האחד על חשבון אלה של השני. כל תכליתה, אם נבקש למצות בקצרה, הנה ליצור בסיס משפטי-נורמטיבי המחייב את הצדדים לנהוג אחד בשני באותו האופן בו היו מצפים ורוצים שאחרים ינהגו כלפיהם.⁶

ב. התייחסות להצעה למחיקת סעיף 6 לחוק המכר

כיום, ועד שייכנס לתוקפו חוק דיני ממונות – שבו נקבע עקרון תום הלב כסעיף השני מתוך 996 סעיפיו ומייד לאחר הסעיף הראשון אשר קובע את תכליות החוק – חוק החוזים הוא נושא הדגל של תחולת העיקרון במשפט הישראלי.⁷ עם זאת עקרון תום הלב החל דרכו בחקיקה החוזית בסעיף 6 לחוק המכר,⁸ והוא סלל, ועודנו סולל, את דרכו המרחיבה במשפט הישראלי, בפסקי דין שעוסקים בחוזי מכר.

לגישתו של איל, משנחקק חוק החוזים, אין עוד הצדקה לקיומה של ההוראה הקבועה בסעיף 6 לחוק המכר (כמו גם בחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, שנחקק אף הוא לפני חוק החוזים הכללי), משום שאין היא מוסיפה לדעתו על הדין הכללי, ובלשונו: "כשם שלא קבעו

⁵ עניין גנו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 400. על מעמד בכיר זה של עקרון תום הלב כעקרון-על במשפט הישראלי ניתן ללמוד מפסקי דין נוספים רבים, דוגמת ע"א 6370/00 קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד (נו) 289 (2002), שבו נקבע כי עקרון תום הלב "מהווה הוראת יסוד במשפט הישראלי, בכלל, ובמשפט הפרטי, בפרט. היא משקפת דוקטרינה 'מלכותית' [. . .] היא מהווה את ה'נשמה' של מערכת המשפט".

⁶ ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס, פס' 13 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו 1.9.2005).

⁷ עקרון תום הלב חל, בשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה מכוח ס' 61(ב) לחוק החוזים.

⁸ למקורותיו של עקרון תום הלב וחקיקתו של הסעיף ראו איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 כרך א 263 (מהדורה שנייה 2023).

הוראות תום-לב בחוקי החוזים שחוקקו אחרי חוק החוזים הכללי, כך ניתן עתה למחוק את ההוראות הללו בחוקים שקדמו לחוק החוזים הכללי.⁹ אף שהצעתו זו של איל היא פורמלית, ואין בה כדי להשפיע במאום על תוקפו המשפטי של עקרון תום הלב במשפט הישראלי, ניתן לחשוב על כמה טעמים מדוע מוטב להותיר את עקרון תום הלב בחוק המכר.

ראשית, סעיף 6 לחוק המכר הוא הסעיף החלוצי אשר אימץ בישראל את עקרון תום הלב בחקיקה החוזית חמש שנים בטרם נחקק חוק החוזים, ומשכך קיים ערך, ולו אקספרסיבי, לשימור המורשת ומכורתו ההיסטורית בחוק המכר של עקרון תום הלב עד כניסתו לתוקף של חוק דיני ממונות, שבו קבוע העיקרון כבר בראשיתו.

שנית, חוזי מכר, על מגוון מופעיהם, הם החוזים הנפוצים והחשובים ביותר,¹⁰ והם גם (בעיקר עסקאות מכר מקרקעין)¹¹ שנושאים על גבם את פיתוחיו המרכזיים ביותר של עקרון תום הלב בפסיקה הישראלית. עם פסקי הדין האלו אשר עסקו בחוזי מכר ניתן למנות למשל את אלו:

1. ע"א 701/79 **שוחט (נסים) נ' לוביאניקר** – שבו נקבע כי חיוב חוזי עצמאי יכול להיחפך לחיוב שלוב בשל התנהגות חסרת תום לב של החייב אשר אינה עולה בקנה אחד עם ההתנהגות המצופה מאדם בעל מטען הגינות סביר (באותו מקרה, חשש מוצדק לביצוע חיוב חוזי בשל היעדרות החייב לזמן ארוך).¹²
2. ע"א 829/80 **שיכון עובדים בע"מ נ' זפניק** – שבו נקבע, הגם שרק באמרת אגב, השימוש האפשרי בעקרון תום הלב האובייקטיבי כטענת השתק בדיני החוזים.¹³
3. ד"נ 7/81 **פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו** – שבו גובשה התשתית העיונית של עקרון תום הלב ככזה שנועד להטמיע עקרונות של הגינות ואמון בשלב המשא ומתן באמצעות חובת הגילוי, והורחבה תחולתו של העיקרון על כל צד למשא ומתן גם אם אין מדובר בצד לחוזה עצמו.¹⁴
4. ע"א 986/93 **קלמר נ' גיא** – שבו שימש עקרון תום הלב טענת השתק כנגד טענה להיעדר דרישת הכתב בעסקת מכר מקרקעין, הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, בשל "זעקת ההגינות" וחוסר תום ליבו של הצד אשר התכחש לעסקה בשל חסרונה של דרישת הכתב.

⁹ ש.ם.

¹⁰ סיני דויטש "חוק המכר – קווים לפירושו וההוררים על יחסי מוכר-צרכן" משפטים יט 493 (1990). במאמרו זה, שנכתב כביקורת והערכה על המהדורה הראשונה של איל זמיר על חוק המכר, גורס סיני דויטש שחוק המכר צריך להדגיש יותר את זכויות הקונים (להרחבה נוספת על חוזי מכר צרכניים ראו ע"א 8336/17 **ראובן נ' סופר-דוש בע"מ**, פס' 35 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו 15.5.2022).

¹¹ מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" **עיוני משפט** לר 525 (2011).

¹² ע"א 701/79 **שוחט (נסים) נ' לוביאניקר**, פ"ד לו(2) 113 (1981).

¹³ ע"א 829/80 **שכון עובדים בע"מ נ' זפניק**, פ"ד לז(1) 579 (1983).

¹⁴ ד"נ 7/81 **פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו**, פ"ד לז(4) 673 (1983) (להלן: **עניין פנידר**).

- בפסק דין זה נקבע כי במקרים המתאימים שבהם נהג צד לחוזה שלא בתום לב, עקרון תום הלב עדיף על דרישת הצורה המהותית הקבועה בחוק המקרקעין.¹⁵
5. ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ – שבו נדונו עסקאות חוזיות מנוגדות במקרקעין, ונדרחה תביעתו של בעל ההתחייבות הראשונה בזמן אף שעמד בתנאי העדיפות הקבועים בסעיף 9 לחוק המקרקעין, וזאת בשל חוסר תום לב מצידו לאחר שלא רשם במשך שנים רבות הערת אזהרה בדבר זכותו המוקדמת.¹⁶
6. ע"א 2274/21 מור נ' אלעד ישראל מגורים בע"מ – שבו הוחלה חובת תום הלב בשלב המשא ומתן באמצעות חובות גילוי מוגברות על קבלן כלפי רוכש דירת יוקרה "על הנייר" בדבר אפיוניה של הדירה שמכר על אף יכולתו של הקונה לברר את מצבה התכנוני של הדירה.¹⁷
7. ע"א 3912/90 Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל בע"מ – שבו הוכרה, לראשונה בישראל על גבה של עסקת מכר טובין בין-לאומי, דוקטרינת האשם התורם בדיני החוזים גם מצידו של הנפגע בשל הפרת החוזה באמצעות עקרון תום הלב.¹⁸
8. ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ – פסק דין זה, שעליו נדון בהרחבה בחלק הבא של המאמר, עוסק בעסקת מכר של מניות, והוא משמש, עד היום, פסק הדין המכונן במשפט הישראלי בנוגע לבסיס התאורטי לדיני האמון, תוך אזכור המונח "תום לב" ושימוש רב בו.¹⁹
- אכן, סעיף 6 לחוק המכר אינו מוזכר בכל פסקי הדין אשר עסקו בפיתוחיו של עקרון תום הלב, אך עדיין קיים ערך בשימור מקום של כבוד לעיקרון גם בחוק המרכזי העוסק בעסקאות אלו.

ג. התייחסות לטענה בדבר קיומה של הבחנה מושגית בין עקרון תום הלב לחובת הנאמנות

הטענה השנייה של איל שברצוני להתייחס אליה היא ההבחנה המושגית והמהותית שקיימת לטענתו בין עקרון תום הלב לחובת הנאמנות. כך, בהתייחסותו בספרו ל"גובה הסטנדרט: חובת תום הלב וחובות נאמנות" מתאר איל את העמדה המקובלת במשפט הישראלי, ולפיה:

על פני הספקטרום שבין התעלמות מהאינטרסים של הזולת והתחשבות באינטרס העצמי בלבד, לבין התעלמות מהאינטרס העצמי וקידום האינטרסים של הזולת בלבד, ניתן להציב את נקודת האיזון במקומות שונים. בפועל, המשפט אכן מציב את הנקודה במקומות שונים בהתחשב במאפייני הצדדים, בטיב היחסים ביניהם ובמהות העסקה.²⁰

¹⁵ ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996).

¹⁶ עניין גנז, לעיל ה"ש 3; ראו לעיל, בחלק הראשון.

¹⁷ ע"א 2274/21 מור נ' אלעד ישראל מגורים בע"מ (נבו 1.1.2023).

¹⁸ ע"א 3912/90 Eximin S.A., תאגיד בלגי נ' טקסטיל בע"מ, פ"ד מז(4) 64 (1993).

¹⁹ ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984).

²⁰ זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 277.

עם זאת מייד לאחר מכן מבצע איל דילוג מחשבתי ומתייחס בלאקוניות להבחנה מושגית ואיכותית, ולא רק כמותית, הקיימת כביכול בין שתי החובות:

מהצד האחד, ברגע שנכרת בין הצדדים חוזה, שוב אין הם זרים זה לזה, ולכן נדרשות מהם סולידריות והתחשבות הדדית ברמות גבוהות יותר מאלה הנדרשות בין שני זרים, למשל לפי דיני הנזיקין. מהצד האחר, הדין מבחין באורח איכותי, ולא רק כעניין של דרגה, בין סטנדרט ההתנהגות הרגיל החל ביחסים חוזיים מכוח עיקרון תום-הלב לבין הסטנדרט החל על מי שמופקדים על שמירה וקידום של האינטרסים של אנשים אחרים, כמו נאמנים, שלוחים, אפוטרופסים, מנהלי עיזבון, נושאי משרה בחברה ואמונאים אחרים.²¹

עמדה אחרונה זו, שאיל אינו מנמק אותה, היא מוקשית, ובחלק זה אטען כי מדובר בהבחנה מדומה, וכי שני הסטנדרטים של ההתנהגויות, החלים "ביחסים חוזיים מכח עקרון תום הלב", כמו גם בהקשרים חוזיים שמעורבים בהם "שמירה וקידום האינטרסים של אנשים אחרים", קשורים זה לזה בטבורם. על פי הגישה שתובא להלן, חובת האמונים וחובת ההגינות מייצגות חובות המשתייכות למשפחת תום הלב והממוקמות על שנתות שונות שבאותו ספקטרום המשתרע בין האינטרס העצמי לבין התחשבות בענייניו של הזולת. מיקום זה נקבע לפי מאפייני הצדדים, לפי טיב היחסים ביניהם ולפי מהות החוזה ביניהם וגוזר את סטנדרט ההתנהגות הנדרש מהצדדים בכל חוזה נתון.²²

גישה זו, חלף הגישה המשקיפה על חובות תום הלב והנאמנות כשתי מדרגות מובחנות איכותית,²³ מועילה גם ברמה הטרימינולוגית והאנליטית וגם ברמה המעשית והיישומית, והיא

²¹ שם (ההדגשה הוספה).

²² השוו ל- D. Gordon Smith, *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty* 55 VAND. L. REV. 1399, 1487–88, 1492 (2022) ("Fiduciary duty and the duty of good faith and fair dealing are variations on a theme").

²³ לדיון המשווה בין חובת תום הלב לחובת הנאמנות ראו Yifat Naftali Ben Zion, *Good Faith and Loyalty* 98 TUL. L. REV. 471, 519 (2024). לטענתה של הכותבת, למרות הדמיון בין שתי החובות שמשמשות, גם לגישתה, להשגת מטרת דומות כגישור על פערי מידע ומניעת ניצול וכן עידוד התנהגות הוגנת, קיימים ביניהן גם הבדלים, שכן כל חובה מעבירה כביכול מסר אחר לצדדים (חוזה While loyalty concentrates mostly on taking care of the interest of the other in specific situations of trust and confidence, good faith is about cooperation and fairness in all contractual relationships). גישתנו היא כי המסר הבסיסי להתחשבות בזולת הטמון בשתי החובות גם יחד אחד הוא, כאשר חובת תום הלב היא חובת-על שנגזרות ממנה חובות שונות, דוגמת חובת אמון, שבה הציפייה לשיתוף פעולה, להוגנות ולהתחשבות בזולת על חשבון האינטרס העצמי מקבלת מינון מוגבר.

מבנה תבחינים מדודים ועקיבים לבחינת השאלה מתי נולדות חובות אמון מוגברות,²⁴ מה תוכן של חובות אלו, מהו סטנדרט ההתנהגות הנובע מהן, ומה צריכות להיות תוצאות הפרתן.²⁵ במילים אחרות, התפיסה המאחדת, המתכוננת ביחד על עקרון תום הלב וחובות האמון, אינה משקיפה על חובת תום הלב כשיורית וכתקפה מחוץ למערכות יחסים מתוחמות שבהן מתקיימים דיני הנאמנות, אלא בדיוק ההפך, ככזו האופפת אותם ממעל. תפיסה זו נשענת על ארבע הצדקות: **הראשונה** יונקת את הגיונה משכיחותם כיום של מוקדי כוח חוזיים ותאגידיים לא פחות ממוקדי כוח לא רצוניים שעל גבם התפתחו דרך מסורת עקרונות האמון, כפי שניתן להיווכח מפסק הדין בעניין **קוסוי**, אשר ניתן בהקשרה של עסקת מכר של מניות שליטה בתאגיד גדול ובעל השפעה (בנק), ואשר משמש עד היום המקור העיוני המעודכן של דיני האמון בישראל; **השנייה** רואה בחובת הנאמנות וההגינות, כמו בחובת תום הלב האובייקטיבית, חובות חוזיות המשקפות את אומדן דעתם המצוי והרצוי של הצדדים;²⁶ **השלישית**, והמרכזית בעינינו, עניינה בתמצית הרעיונית הזוהה של חובת תום הלב, חובת האמונים וחובת ההגינות, אשר חותרות כולן להטמעה משפטית של התפיסה הרעיונית המכוונת להתחשבות בזולת באמצעות כללי התנהגות אובייקטיביים; ההצדקה **הרביעית** עניינה בהפגת ערפול מושגי וביצירת מערכת דינים אחידה ושיטתית המשקיפה על עקרון תום הלב כעל עקרון-על במשפט הישראלי וכמי שמכוחו נגזרות, במקרים המתאימים, חובות מוגברות אשר כינוןן תואם את עקרונות האמון וההגינות הוותיקים.

²⁴ לטרבול הקיים כיום בשאלות אלו תחת התפיסה המפרידה בין החובות השווה לעמיר ליכט "חובת אמון – אימת" **חובות אמון בדין הישראלי** 35, 44 (רות פלאטו-שנער ויהושע שוקי שגב עורכים 2016).

²⁵ מאמר זה לא עוסק במפורט בהשוואת הסעדים המוקנים מכוח החובות השונות אלא בעיקר בטענה המושגית והעקרונית. עם זאת, ניתן לציין כי גם ההבחנה המסורתית בין הסעדים הצמודים לכל אחת מהחובות מאבדת כיום מחשיבותה מחמת העובדה שבדין הישראלי מקובלת העמדה בדבר תוצאותיה המגוונות של חובת תום הלב, הכוללות גם את אלו המשויכות לחובת האמון. עמדה גמישה זו ביחס לסעדים מכוחה של חובת תום הלב הופכת כל הבדל נטען בין הסעדים הצמודים לחובות תום הלב ולחובות האמונים למיותרת ולמצער כסוגייה פתוחה. ראו דבריו של השופט ברק בעניין **שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ**, להלן ה"ש 60, בפס' 12 לפסק דינו: "סעיף 39 לחוק החוזים אינו כולל כל הוראה באשר לתוצאות נובעות מתוך כך, שבעל חוזה אינו מקיים את החוזה בתום-לב וברוך מקובלת. אין משמעות הדבר, כי זו חובה מוסרית בלבד, שאין לה נפקות משפטית. היעדר הוראה באשר לתוצאות הנובעות מאי-קיום החובה האמורה בסעיף 39 לחוק החוזים, מקורו בעובדה, שתוצאות אלה אינן אחידות, אלא הן משתנות על-פי ההקשר בו מתעוררת השאלה. לעתים תוצאת אי-קיום החובה היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה. לעתים התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר. לעתים תוצאת ההפרה היא במתן כוח לבעל החוזה האחר לפעול פעולות מסוימות בתחום החוזה, שאחרת היו נחשבות להפרה, או שלילת כוח, הנתן לבעל החוזה המפר על-פי הוראות החוזה. לעתים התוצאה אינה אלא זו, שהפעולה, שבוצעה תוך הפרת החובה, אינה משתכללת ואינה תופסת". לדיון מעודכן בתוצאותיה החוזיות של הפרת חובת האמונים הנקובה בחוק החברות ראו ע"א 1137/23

דרעי נ' קרן קיימת לישראל, פס' 100 ואילך, ובעיקר פס' 122, לפסק הדין של השופט כבוב (נבו 5.5.2025).
²⁶ בהקשר זה ראו Mariana Pargendler, *Modes of Gap Filling: Good Faith and Fiduciary Duties Reconsidered*, 82 TUL. L. REV. 1315, 1318–19 (2008). גישה נוספת ליחס המשותף שבין חובת האמון לבין חובת תום הלב, ולפיה שתי החובות הללו נועדו למלא פערים חוזיים ולהגן על הצד החלש ומשכך מצויות בנקודות שונות על אותו רצף העוסק בתכלית השימוש בחובות אלו.

1. שכיחותם של מוקדי כוח חדשים בדיני החוזים והתאגידים המודרניים

התפיסה אשר הופכת את דיני תום הלב ואת דיני החוזים לאכסנייה הטבעית לחיובי אמון במשפט המודרני היא התפתחות אבולוציונית ומתבקשת עם התפתחותם ושכיחותם של מוקדי כוח בולטים בדיני החוזים ובדיני החברות של היום. אכן, אף שנהוג לייחס את מקורם של דיני האמון לאנגלייה הפאודלית של המאה השתים-עשרה,²⁷ מוקדי הכוח הדומיננטיים השכיחים כיום נמצאים דווקא בספּרה החוזית ולא רק בחוזים דוגמת חוזי שליחות ונאמנות שמאז ומתמיד הרבו לדבר בהם על חיובי אמון. כך בכלל וכך במיוחד בהקשרים החוזיים השכיחים שבהם מעורבים תאגידים,²⁸ שמאופיינים כשלעצמם כ"פקעת של חוזים". בהתאמה, הסדרתם המעודכנת של דיני האמון מחייבת כיום הלימה לעקרונות משפטיים פנימיים הנובעים מדיני החוזים הכלליים חלף עקרונות משפטיים חיצוניים אשר אבד עליהם הכלח ומקורם בתקופה אחרת ובאינטראקציות משפטיות אשר זוהו כמוקדי כוח שמקורם בסטטוס.²⁹

נקודת ייחוס משכנעת במיוחד להתבוננות מחודשת זו על דיני האמון במשפט המודרני בולטת לעין במהלך התפתחותם במשפט הישראלי, בפסק הדין הידוע בעניין קוסוי, שבו פותחה תורת האמון על גבה של עסקת מכר. בפסק דין זה, שגם היום – ארבעים שנים לאחר נתינתו – הוא בגדר מגדלור של דיני האמון בישראל, נדונה שאלת אחריותם של בעלי מניות שליטה בבנק שמכרו מניותיהם בידעה כי מימון הרכישה ייעשה מכספי הבנק, וכי יהא בכך משום סכנה לקיום הבנק מאחר שרוכש המניות הוא החייב הגדול ביותר של הבנק אשר עלול לבזוז את כספו של הבנק לאחר שישתלט עליו.³⁰

²⁷ עמיר ליכט דיני אמונות: חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי 4 (2013).

²⁸ השוו למימרתו של השופט ברק בע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינו ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, 383 (1991): "בחברה המודרנית, התאגיד הוא בסיס עיקרי לפעילות אנושית. ישנן מדינות בהן יש יותר תאגידים מבני אדם".

²⁹ על המעבר המשפטי מסטטוס לחוזה ראו דבריו הידועים של Maine המובאים אצל נילי כהן ודניאל פרידמן חוזים כרך א 20, פס' 2.10 (מהדורה שנייה 2018). לטענה כי דיני החוזים המודרניים, בעיקר אלה העוסקים בחוזים אחידים ובחוזי יחס, חוזרים במובן מסוים לתקופת הסטטוס: Katharina Isabel Schmidt, *Henry Maine's "Modern Law": From Status to Contract and Back Again?*, 65 AM. J. COMP. L. 145 (2017).

³⁰ סוגיה זו של חובותיהם של הפועלים מטעמה של החברה העסקית קשורה בטבורה לשאלה רחבה יותר של הזיקה בין עקרון תום הלב לתכליתה של החברה ולמחויבותה למחזיקי העניין ולא רק לבעלי המניות. השוו לדבריו של הנשיא שמגר בעניין פנידר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 695, בקשר לעקרון תום הלב: "ניתן להעיר, כי דומה שהמגמה המודרנית המתפתחת היא, כי על החברה ועל מנהליה הפועלים עבודה לקחת בחשבון לא רק את טובתם של בעלי המניות [..]. אלא גם את טובתם של עובדי החברה, צרכניה והציבור הרחב בכללותו", ולדבריה של השופטת פרוקצ'יה בע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מפרק אפרוחי הצפון בע"מ, פ"ד סג(1) 548, 599 ו-602 (2009): "עקרונות של צדק והגינות מהווים כיום חלק אינטגרלי מהמשפט הפרטי, וניטעו עמוק בדיני החוזים ובדיני התאגידים כאחד [..]. בעידן האחרון, מתאפיין התאגיד העסקי בדואליות, שהפך האחד שלה הוא – שיקולים עסקיים המודרכים על-ידי שיקולי יעילות ותועלת, והפך האחר הוא – קיום חובות הגינות ותם לב ביחסים עם קבוצות שונות עמן בא התאגיד במגע

פסק הדין, אשר מצוי כאמור בליבתם של דיני המכר ודיני החברות, מתחיל בציטוט הגישה המסורתית המונחת בבסיסם של דיני המכר:

נקודת המוצא העקרונית של המשפט המקובל האנגלי הייתה, כי בעל מניות רשאי לעשות במניותיו כרצונו, ואין הוא חב כל חובת אמון לא לחברה ולא לבעלי מניותיה האחרים. מניה היא נכס, ובעל המניה רשאי לעשות ברכושו כרצונו.³¹

אך באותה נשימה פסק הדין מסייג עמדה זו וקורא לאמץ עמדה חוזית המכירה בחובות תום לב מוגברות נוכח קיומם של יחסי כוח-כפיפות בעסקת מכר ספציפית זו.³² במהלך טבעי וצלול בית המשפט מנמק את עמדתו, בפורסו יריעה שלא ניתן להפריז בחשיבותה, בנוגע לחובות אמון במשפט הישראלי ומניה את יסודותיהן המודרניים על גבה של עסקה חוזית-תאגידיית תוך כדי זריעת הזרע של זיקתן של חובות אלו לעקרון תום הלב:

ישאל השואל: חובת אמון זו של בעלי המניות, מאין היא נובעת במשפטנו? התשובה כבר ניתנה על-ידינו. עיקרון מוכר וידוע הוא במשפטנו, כי בעל השליטה נתון במסכת של חובות אמון, הבאות לשמור את בעל הכוח מפני השימוש בכוחו. ביטוי לעיקרון זה מצוי בענפי משפט רבים. ביטוי לו מצוי גם בדיני החברות. על-כן מוטלת חובת אמון על היזם ועל המנהל. מכוח אותו עיקרון עצמו מוטלת חובת האמון גם על בעל מניות השליטה לעניין מכירתו. היזם, המנהל ובעל מניות השליטה מפעילים כוח בחברה. כוח זה הם מחזיקים באמון [. . .] אכן, ביטוי פורמאלי וספציפי לחובת אמון זו של בעל המניה לא נעשה עד כה במשפטנו, אך עקרון היסוד, עליו הוא מתבסס, מצוי בשיטתנו מזה שנים. מעקרון יסוד ידוע ומוכר זה, רשאים אנו גם רשאים לגזור חובות משנה חדשות, התואמות את צרכינו. דוגמא בתחום אחר, שבו נעשתה פעולה דומה, היא תחום הרשלנות בנוזיקין, שאף בו מכיר בית-משפט זה מדי פעם בפעם בחובות זהירות חדשות ברשלנות וזאת על יסוד עקרון הרשלנות הכללי, המוכר בשיטתנו. מכיוון שכך, שוב אין לי צורך

במסגרת פעילותו העיסוקית. להרחבה בנושא זה ראו עלי בוקשפן "עשרים ומאה שנים לשאלת תכלית החברה – הצעה להתאמת סעיף 11 לחוק החברות לעידן התאגידי המודרני" **המשפט** כו 141 (2021); עלי בוקשפן "הוגנות תאגידיית ומטרת החברה בראי הכלכלה ההתנהגותית" **משפט ועסקים** כט 347 (2024).

³¹ עניין **קוסי**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 283. עמדה זו נשמעת גם בדברי ההסבר להצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח הממשלה 2, 107: "החברה היא רכושם של בעלי המניות, ולפיכך רק הם מוסמכים להכריע בשאלה האם למכור אותה למציע, ואם כן – באילו תנאים. אם מניותיה של החברה מרוכזות בידי בעל מניות אחד דומיננטי, אין הן שונות מכל נכס אחר המצוי בבעלותו של בעל מניות דומיננטי יחיד, וההצעה מניחה, כי בעל מניות זה יוכל להכריע בעצמו האם ברצונו למכור את רכושו ובאילו תנאים. כאמור, מכירה מעין זו איננה מצריכה התערבות חקיקתית, ויחולו עליה דיני המכר הרגילים".

³² עניין **קוסי**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 284: "בעל מניות שליטה, המבקש למכור את מניותיו, חב חובת אמון לחברה באשר למכירה זו, ועליו לפעול כלפיה בתום-לב ובהגינות, והוא מפר את חובתו, אם הוא מוכר מניותיו לקונה, אשר למיטב ידיעתו ירוקן את החברה מנכסיה ויביא אותה למצב של אי-סולוונטיות".

לבחון, אם אין מקום להגיע לתוצאה זו עצמה, על יסוד הפעלתו של עקרון תום הלב, הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.³³

אכן, בפסק דין זה נשאב עקרון האמון מעקרונות יסוד כלליים המיועדים לשמור על בעל הכוח מפני שימוש בכוחו³⁴ מבלי שנערך דיון עומק על זיקתו של עיקרון זה לעקרון תום הלב. עם זאת עיגונה של ההלכה במגרש החוזי-תאגידי והזרע שנזרע במשפט האחרון המובא בציטוט שלעיל בנוגע לזיקתו האפשרית של עקרון תום הלב לחובת האמון – הם אלו אשר אליהם מפנה מאמר זה את הזרקור. בראייתנו, לו היה אהרן ברק ממשיך בניתוח הסוגיה שהוא הותיר פתוחה, מסקנתו הייתה כי אפשר גם אפשר היה להגיע לאותה תוצאה על יסוד הפעלתו של עקרון תום הלב האובייקטיבי הקבוע בחוק החוזים, כשם שקבע שכאשר מדובר ביחסי כוח-כפיפות לא רצוניים נטועה חובת האמון בעולת המסגרת הכללית של רשלנות בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. אם זה הדין ביחסים לא רצוניים, זה הדין שצריך להיות גם ביחסי כוח-כפיפות בתוך יחסים רצוניים שבהם חובת האמון נטועה ב"עילת המסגרת" הכללית והמקבילה של תום הלב (האובייקטיבי) הקבועה בחוק המכר ובחוק החוזים. ככלות הכול, שתי חובות אלו – עולת הרשלנות בדיני הנזיקין וחובת תום הלב בדיני החוזים – הן החובות הכלליות ביותר במשפט הפרטי שדרכן המשפט הפרטי מתאים עצמו לתמורות חברתיות וכלכליות החלות עם השנים.

תמיכה "חקוקה" בעמדה זו ניתן למצוא בסעיפים אשר נוספו לאחר ההלכה בעניין קוסי לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, ולאחר מכן לחוק החברות ואשר עוסקים בחובות נושאי המשרה. בסעיפי חוק אלו מוזכרת עולת המסגרת הנזיקית של רשלנות, הקבועה בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין, בתוך סעיף 252 לחוק החברות כחלק מחובת הזהירות, וכך מוזכרת גם עילת המסגרת של תום לב בסעיף 254 לחוק החברות כחלק מחובת האמונים.³⁵

2. ההמשגה החוזית לתפיסה המאחדת – חובת תום הלב וחובת האמון כתניות מכללא הנובעות מציפיות הצדדים

כשעסקינן באינטראקציות חוזיות ותאגידיות, חובת האמון, וההתחשבות המוגברת (עד כמעט מלאה לעיתים) בזולת שהיא מביאה עימה, משקפות את ההיגיון העסקי ואת ציפיותם של הצדדים לפי החוזה שבו עסקינן, ממש כשם שחובת תום הלב משקפת ציפייה לשיתוף פעולה ולהתחשבות

שם, בעמ' 285.

³³ "חובת האמון היא חובה כללית המוטלת על בעל הכח", שם, בעמ' 278.

³⁴ קריאה אחרת של חוק החברות מייחסת לעקרון תום הלב הקבוע בס' 254 לחוק החברות אופי סובייקטיבי (ראו להלן ה"ש 66). קריאה כזו משמעה חוסר עקיבות והתעלמות מעקרון תום הלב האובייקטיבי על אף מעמדו ה"מלכותי" במשפט הישראלי. כאמור, לגישתנו, וכפי שעולה גם מהפסיקה הענפה בנושא, אין כל ספק שחובת האמון של נושאי משרה טומנת בחובה חובות התנהגות של התחשבות מוגברת בזולת מסוגן של חובות המוכרות השכם לבקרים גם במסגרת הפסיקה אשר עוסקת בחובת תום הלב האובייקטיבית, הקובעות מגבלות על ניגודי עניינים ומגבירות נטלי גילוי, חובות המוכרות גם במסגרת חובת האמונים של נושאי משרה.

³⁵

בזולת ברמה בסיסית והדדית יותר.³⁶ בסוגי חוזים שבהם מתקיימים יחסי כוח-כפיפות מוגברים ובסוגי חוזים שבהם ההתחייבות החוזית עצמה מיועדת לשמירת עניינו של הזולת ולקידומו (דוגמת נאמנות הנוצרת מכוח חוזה³⁷ וחווה שליחות³⁸) אומד דעתם בפועל או המשוער של הצדדים מכוון להתנהגויות מסוגן של אלו שהיו מגולמות בעבר בחובת האמון המסורתית. במילים אחרות, נורמות ההתנהגות המוטלות בפסיקה ובחקיקה בחוזים המקימים חיובי אמון מכוונות להדחת האינטרס העצמי, להימנעות מניגודי עניינים ולגילוי מוגבר, והן מבטאות ציפיה חוזית למינונים גבוהים של שיתוף פעולה והתחשבות בזולת האופפים כל חוזה באשר הוא חוזה ונדרשים בו כיום ממילא ברמה כזו או אחרת.³⁹ משכך, חובות ההגיונות והאמון וכללי ההתנהגות הנגזרים מהן ביחסים חוזיים המערכים כוח והשפעה על עניינו של הזולת חולקים רציונל חוזי משותף בהיותם נובעים מציפיותיהם החוזיות בפועל, ולמצער במשוער, של הצדדים לאינטראקציה החוזית, לא כל שכן בעידן שבו מוסדרת חובת תום הלב כחלק אינטגרלי של מסגרת חוק החוזים עצמו.⁴⁰

התפיסה המייחסת את חיובי האמון בהקשרים חוזיים לציפיות הצדדים עצמם משמשת גם בקרב התומכים בגישה המפרידה באופן עקרוני בין דיני תום הלב לחובות האמון. בכך קיימת

³⁶ גישה זו בדבר הלימתן של חובת תום הלב וחובת האמון לציפיותיהם בפועל או המשוערות של הצדדים לחוזה אינה מחייבת את המסקנה כי חובות אלו הן חובות דיספוזיטיביות, וזאת בשל מטרתם של דיני החוזים להגן גם על ציפיות רצויות מבחינה חברתית (ועל כן קוגנטיות) ולא רק על ציפיות מצויות. ראו עלי בוקשפן "רעיון האמון הבין-אישי ומודל 'משולש הציפיות' בדיני החוזים – דיני החוזה הפסול, דיני תום-הלב ודיני כריתת החוזה כמקרי-מבחן" ספר אור 397 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013).

³⁷ מהותה של הנאמנות מוגדרת בס' 1 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, כך: "זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת" (ההדגשה הוספה).

³⁸ שליחות מוגדרת בס' 1(א) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, כך: "יפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי" (ההדגשה הוספה).

³⁹ לצד גישתנו, אשר רואה בחובת תום הלב חובה שמקורה בחוזה ובציפיות הצדדים עצמם, בשונה מחובת האמון הנובעת כביכול אך ורק מקיומם של יחסים בין הצדדים, כפי שטען למשל Matthew T. Bodie, *Employment as Fiduciary Relationship* 105 GEO. L. J. 819 (2017) ניתן להביא גם את העמדה המשכנעת בעניינו של מלפיה ניתן להתייחס ממילא לכל חוזה כיוצר יחס, ראו Melvin A. Eisenberg, *Why There is no Law of Relational Contracts* 94 NW. U. L. REV. 805, 816 (2000). להתייחסות לעמדות בפסיקה אשר התמקדו במאפיינים אלו כעומדים במוקד הטעם להטלתן של חובות אמון על מערכות היחסים ראו יפעת נפתלי בן ציון דיני האמונות במבט השוואתי: על תאוריה משפטית, פסיקה ומה שביניהן 86-87 (2022).

⁴⁰ השו"ל ל-Easterbrook & Fischel, להלן ה"ש 53, בעמ' 427 *When Do Fiduciary Duties Arise?*, 126 L. Q. REV. 302 (2010). גישה זו מקבלת משנה תוקף לאור הפסיקה הענפה העוסקת בדיני תום הלב ואשר אכן נעזרת בקריטריון יחסי הכוח-כפיפות בין הצדדים כדי להנביע מתוכה את ההתחשבות המוגברת בזולת ומטילה בעטיה אמות מידה התנהגותיות איכותיות הכוללות, באופן זהה לחובות האמון, את האיסור על הימצאות בניגודי עניינים והטלתן של חובות גילוי מוגברות עד מלאות.

להבנתנו באופן משתמע, גם לשיטתם של התומכים בגישה זו, קרבה רעיונית הקושרת את דיני תום הלב ודיני האמון לציפיות החוזיות של הצדדים.⁴¹

לפיכך מתאים לבחון בכל חוזה נתון את אומד דעתם המפורש והמשתמע של הצדדים כמפתח מרכזי למינוח של הציפייה להתחשבות בעניינו של הצד השני לחוזה ולקביעת אמות המידה ההתנהגותיות הנגזרות מציפייה זו. כשהחוזה נערך בין צדדים שווי מעמד הדואגים כל אחד לעניינו שלו, "יריבים" בלשון הפסיקה, הציפייה ההדדית אינה חורגת ממחויבות בסיסית לשיתוף פעולה ולגילוי בסיסי. לעומת זאת, ככל שהשליטה החוזית בפעולותיו ובכסו של הזולת גדולה יותר מתוקף תפקידו של בעל הכוח ובשל ההתחייבויות שקיבל עליו מרצון לשמור על עניינו של הזולת ולקדמו, "ידידים" בלשון הפסיקה, כן מתגברת הציפייה החוזית להתחשבות בעניינו של הכפוף, הכוללת לעיתים גם ציפייה להימנעות מלאה מניגודי עניינים, לכיבוש האינטרס העצמי של בעל הכוח ולגילוי מלא מצידו.

לצורך המחשת הדברים באמצעות עסקאות מכר שבהן עוסק בעיקר מאמר זה, ניתן להתבונן על ארבע עסקאות מכר שונות שבהן גדלה מידת ההתחשבות בזולת, וגובה סטנדרט ההתנהגות הנובע ממנה, לפי ציפיות הצדדים הנובעות מטיב היחסים וממושא החוזה ביניהם:

1. **חוזה מכר של מניה שנערך בין משקיע לרעהו** – במקרה זה ההתחשבות בזולת והגילוי ההדדי יהיו ברמה הבסיסית והגנרית הטמונה בעקרון תום הלב, בחינת "אדם לאדם – אדם",⁴² כנובע מציפיות הנגזרות מהנחת השוויון בין הצדדים לחוזה.
2. **חוזה מכר של ניירות ערך שנערך בחברה המציעה מניחיה במסגרת הנפקה לציבור** – כאן, בשל פערי המידע והכוח, קובעות החקיקה והפסיקה חובת התחשבות מוגברת, הכוללת חובות גילוי נרחבות המשקפות ציפיות מוגברות מצד המשקיעים שמצויים בנחיתות ביחס לחברה המוכרת, וממילא גזרות סטנדרט התנהגות גבוה יותר שעיקרו בחובות גילוי מוגברות.⁴³

⁴¹ כך למשל כותב עמיר ליכט, לעיל ה"ש 27, בעמ' 289: "חוזה אמונאות הוא חוזה פשוט בתכלית: זהו חוזה שבו אדם נוטל על עצמו לפעול כאמונאי של אדם אחר. כאשר מדובר בנושא משרה, הרי הוא מתחייב לפעול כאמונאי של החברה, לפי הדינים החלים על נושא משרה בחברה [. . .]. כשם שניתן לראות אדם הנוטל על עצמו להיות אמונאי כמסכים, מכללא אם לא במפורש, להמנע מניגוד עניינים ולתת גילוי מלא, כך יש לראותו כמסכים, באותו אופן, שעל הפרת חיובי האמונאות שלו יחולו דיני החשבון. יתר הדינים האופפים את חיובי האמונאות – למשל, המגבלות על התנייה עליהם – יחולו אף הם בהתאמה". נקודה זו מתיישבת עם אמירתו, שאליה מאמר זה מצטרף בהסכמה, ולפיה "תחולתו של מושג הכוח מקיפה, כאמור, מצבים שבהם אדם מקבל באופן רצוני אפשרות לשלוט ולהשפיע חד-צדדית על עניינו של אחר" – שם, בעמ' 12 (ההדגשה הוספה). ראו גם לגישתו שלפיה "אין די בעצם קיומם של יחסי כח ופגיעות להפוך אדם בעל כח לאמונאי, אלא יש להראות התחייבות שלו – בין מפאת הסכמתו לשמש אמונאי ובין מחמת התחייבות שהדין מייחס לו" – עמיר ליכט "יחסי אמונאות בתאגיד – חובת האמון" משפט ועסקים יח 237, 230 (2014). ומאמרו "חובת אמון – אימתי?", לעיל ה"ש 24, בעמ' 45–50, שבו הוא עוסק בגישת ההתחייבות להטלת חובות אמון.

⁴² עניין יתח, לעיל ה"ש 6.

⁴³ חוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968, וע"א 5320/90 א. צ. ברנביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד (מו) 202 (1992) 818.

3. **חוזה מכר של מניה בידי בעל שליטה בחברה לבעל שליטה חדש אשר למיטב ידיעתו ירוקן את החברה מנכסיה ויביא אותה למצב של אי-סולוונטיות – בחוזה כזה, שכמותו נדון בעניין קוטאי, תחול חובת התחשבות ברמה גבוהה במיוחד, המחייבת, מצידו של המוכר, דחיקה מלאה של האינטרס העצמי ושמירה על אינטרס הזולת שיושפע מעסקה זו (החברה ובעלי המניות הנותרים בחברה ואשר מתקיימים ביניהם יחסים חוזיים מכוח תקנון החברה). כוחו של המוכר וכפיפותם המוחלטת של החברה ובעלי המניות לתוצאות החלטתו מנביעים ציפיה חוזית סבירה כי בעל השליטה לא יתעשר על חשבונם של בעלי המניות התלויים בהחלטתו ויביא להרס החברה, ומצדיקים אפוא החלתו של סטנדרט התנהגות מרבי האוסר על ניגודי העניינים הכרוכים בעסקת מכר זו ועל הגשמת האינטרס העצמי של בעל השליטה.**
4. **חוזה מכר של מניה השייכת לשולח שנערך בידי השלוח לעסקה זו עבור עצמו – כאן תחול חובת האמון הגבוהה ביותר, הכוללת הימנעות מהעדפת האינטרס העצמי והעדפת אינטרס הזולת תוך כדי הטלת חובת גילוי מלאה, כפי שמצופה מההתחייבות המפורשת שקיבל עליו בעל הכוח, מתוקף תפקידו, לדאוג לענייניו של הזולת ולא לענייניו שלו.**
- המשותף לכל הדוגמאות הללו הוא עיסוקן בעסקות מכר אשר בכולן חל עקרון תום הלב האובייקטיבי, אשר קבוע בסעיף 6 לחוק המכר (כמו גם בסעיף 39 לחוק החוזים). במקרה הראשון חל עקרון תום הלב ברמתו הבסיסית, המאזנת בצורה קלה יחסית בין האינטרסים של שני הצדדים לחוזה, אולם במקרים השני, השלישי והרביעי, מתעצמות בהדרגה הציפיות של המתקשרים החוזיים, כמו גם של הציבור,⁴⁴ להתחשבות רבה יותר בענייניו של הצד הכפוף להחלטותיו של הצד החזק. התחשבות זו באה לידי ביטוי באמצעות הטלת אמות מידה התנהגותיות המטילות, ברמה עולה ומתגברת, מגבלות על הימצאות בניגודי עניינים ודורשות גילוי מוגבר עד מלא אגב כיבוש, במקביל, של האינטרס העצמי מצד בעל הכוח. ודוק, גם ויתור ברמה מוגברת על האינטרס העצמי ביחסים חוזיים מסוימים מקורו בציפיות מצויות ורצויות של הצדדים.⁴⁵ מקורן של אמות מידה התנהגותיות אלו מצוי בחובת תום הלב וביציפיות הצדדים במערכת היחסים החוזית הנתונה ושאינן נדרשות עוד לדיני אמון אמורפיים אשר נבעו בעבר ממקור חיצוני של יחסי שליטה אשר נכפו על הצדדים הר כגיגית.

3. **חובת האמון וחובת תום הלב – More of the Same**

ההצדקה החוזית שהובאה לעיל ואשר נשענת על אומד דעתם וציפיותיהם של הצדדים לחוזה ככאלו המנביעים מינונים שונים של חובת התחשבות בזולת וכללי התנהגות המיועדים להגשמתה, מקבלת חיזוק נורמטיבי גם מההיגיון היסודי המשותף והעמוק אותן חולקות חובת תום הלב וחובת האמון. היגיון זה, אשר נועד להטמיע סטנדרטים להתחשבות בזולת, נשמע היטב

⁴⁴ עלי בוקשפן "רעיון האמון הבין-אישי ומודל 'משולש הציפיות' בדיני החוזים – דיני החוזה הפסול, דיני תום-הלב ודיני כריתת החוזה כמקרי-מבחן" ספר אור 397 (אהרן ברק, רון סוקול ועוד שחם עורכים 2013).

⁴⁵ כך הוא הדבר למשל גם במערכות יחסים שבהן נדרשת אמת מידה של "אדם לאדם – מלאך" – ראו להלן ה"ש 67. לדין במטרת דיני החוזים להגשים ציפיות מצויות בצד ציפיות רצויות ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 36.

בציטוטים שהובאו בחלקו הראשון של המאמר, המבטאים את הפילוסופיה התמציתית וה"מלכותית" שעקרון תום הלב בא להשריש כמכנה משותף לכל חוזה ולכל פעולה משפטית.⁴⁶ במילים אחרות, עקרון תום הלב מטמיע בדנ"א של דיני החוזים, ושל המשפט בכלל, תפיסה של אמון בין-אישי וציפייה כללית ועקרונית להתנהגות המתחשבת בזולת במינונים שונים לפי טיב היחסים החוזיים שבהם עסקינן.⁴⁷ בהתאמה, משעה שמרבית האינטראקציות המשפטיות כיום במשפט הפרטי הן אינטראקציות חוזיות, ובכללן אלו שמתקיימים בהן יחסי כוח-כפיפות, אין חולק כי עקרון תום הלב החוזי, כעקרון-על בישראל, אינו פוסח על אף אחת מהן וחל גם עליהן.⁴⁸ אכן, עקרון תום הלב עצמו אינו מפרט את המינונים ואת המשקל היחסי של מידת ההתחשבות בזולת ביחס להתחשבות באינטרס העצמי, ואין הוא מפרט את כללי ההתנהגות הנגזרים ממידות אלו. עם זאת, וכאמור, עיקרו של העיקרון בהטמעת תפיסה עקרונית וכלל-משפטית של שיתוף פעולה והתחשבות בציפיות הזולת. בהקשר זה ניתן להבין את דבריו של איל בספרו כי נקודת המוצא בחוק החוזים, כמו גם בחוק המכר, כשני חוקים כלליים ועקרוניים, היא קיומה הנגרי של "הנחת השוויון בין הצדדים".⁴⁹ הנחה זו אשר משפיעה באופן בסיסי על טווח הציפיות הסבירות של המעורבים בחוזה להדחקה מסוימת, הדדית ומינימלית של האינטרס העצמי תוך התחשבות באינטרס הזולת, נובעת מתכליתו האינהרנטית של המוסד החוזי הכרוך מטבעו בשיתוף פעולה. עם זאת טווח ציפיות אלה לשיתוף פעולה, להדדיות ולהתחשבות בזולת משתנה ככל שהנחת השוויון בין הצדדים לחוזה נשחקת ומאבדת מתוקפה, כפי שקורה הדבר השכם לבקרים בדיני החוזים המודרניים, ובלשונו של איל:

מן האמור לעיל לא נובע שרוב חוזי המכר שעליהם חל החוק נערכים בין שני צדדים שווים מעמד וכוח. להיפך, רוב חוזי המכר נערכים בין צדדים שאינם שווים זה לזה בעושרם, בכוחם ובתחכומם. בפרט, חוזי מכר רבים נערכים בין פירמות

⁴⁶ גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 17 (מהדורה רביעית 2019): "עקרון תום-הלב משקף ערכים חברתיים, חיצוניים לרצון הצדדים, של יושר, צדק, הוגנות, סולידריות, שיתוף פעולה והתחשבות בזולת"; עלי בוקשפן "חופש החוזים, תום לב ותקנת הציבור – מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים" **דין ודברים** י' 267 (2018); **ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה** 87 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים 2021).

⁴⁷ עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** 179–418 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים 2007) השער השני של הספר אשר עוסק ב"רעיון האמון הבינאיש כבסיסם החברתי של דיני החוזים"; עלי בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתיאוריית על של דיני החוזים ועל עיקרון תום הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בדיני חוזים בראי פסיקתו של הנשיא מאיר שמגר" **עיוני משפט** כג 11 (2000).

⁴⁸ משכך, לגישתנו, טעות היא לומר כי "אין לחובת תום-הלב נפקות כאשר היא מופנית כלפי אמונאי", ראו: עמיר ליכט "יחסי אמונאות בתאגיד", לעיל ה"ש 41, בעמ' 291–292. לטענתו של ליכט, הסיבה להיעדר הנפקות של עקרון תום הלב במסגרת יחסי אמונאות היא שחובת תום הלב מתגמדת לנוכח חובת האמון. דעתנו הפוכה ומשקיפה על העובדה שחובת האמון בנויה מ"חומרים דומים" ומוגברים לחובת תום הלב ככאלו הדוחפים לסיווגה כמקרה פרטי של חובת תום הלב האובייקטיבי.

⁴⁹ זמיר, לעיל ה"ש 8, בפס' 11, בעמ' 61–63.

שעיסוקן במכירת נכסים מאותו סוג לבין צרכנים הרוכשים אותם לצרכים אישיים, ביתיים, או משפחתיים.⁵⁰

אובזרוציה זו נשמעת היטב גם בע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בל"ל בע"מ: ההבנה שהתגבשה בעידן המודרני, כי דיני החוזים שוב אינם מגבילים את עצמם להסדרת התקשרויות רצוניות בין יחידים, אלא עוסקים במערכות יחסים נרחבות ומורכבות הרבה יותר של אינטראקציות כלכליות, חברתיות וציבוריות, שקיום רבות מהן כלל אינו מבוסס על חופש הבחירה החוזי במשמעותו הקלאסית. כאלה, בין היתר, הן מערכות היחסים החוזיות שמקיימים גופים כלכליים עתירי כוח – כמו בנקים, חברות-ביטוח ותאגדי ענק למיניהם – עם המוני הנזקקים לשירותיהם... קיום תלות של צד אחד במשנהו מטיל על הצד החזק חובת-אמון מוגברת כלפי הצד החלש.⁵¹

התבוננות נרחבת על הפסיקה הישראלית שדנה בעקרון תום הלב מעלה שמידת ההתחשבות בציפיות הזולת, וסרטוטם של כללי התנהגות הנגזרים ממידה זו רגישים להעדרה של "הנחת השוויון" ומצויים על שנתות שונות באותו סרגל מדידה אשר נקבעות באופן קזואיסטי (על ידי הפסיקה כמו גם על ידי החקיקה החוזית הספציפית)⁵² לפי שני קריטריונים:

(1) קריטריון מהות היחסים בין הצדדים – אשר בוחן את מידת השליטה ואת יחסי הכוח והכפיפות הנלווים לאינטראקציה החוזית;

(2) קריטריון טיבה ותוכנה של ההתחייבות החוזית – אשר בוחן עד כמה זו מיועדת על פי מהותה ועל פי הגיונה לדאוג לענייניו של הזולת בשל נחיתות כלשהי שבה הוא מצוי, דוגמת נחיתות מקצועית, אינפורמטיבית, כלכלית או גופנית.

בחוזים שמצויים בהם קריטריונים אלו, או אחד מהם, ברמה מוגברת – דוגמת חוזים שיש בהם פערי כוחות ניכרים בין הצדדים, ובהם חוזי שליחות, אפורופסות ונאמנות – מידת הציפייה להתחשבות בזולת ולדחיקת האינטרס העצמי של הצד החזק, באמצעות סטנדרטים התנהגותיים הנגזרים מציפייה זו ואשר עיקרם בחובות הגילוי ובמגבלות על ניגודי עניינים, מוגברים גם הם. אלו, כמו אלו, יונקים את הצדקתם העקרונית מהתפיסה העקרונית לשיתוף הפעולה הקיימת בבסיסו של כל חוזה וממצוותו המושגית של עקרון תום הלב להתחשבות בזולת ולהגשמת האמון שצד לחוזה נותן בזולתו.⁵³

⁵⁰ שם, בעמ' 61. ראו גם סיני דויטש, לעיל ה"ש 10.

⁵¹ ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בל"ל בע"מ, פ"ד נז(6) 769, פס' 17–18 (2003) (ההדגשה הוספה).

⁵² דוגמת חוק השליחות, התשכ"ה–1965, וחוק הנאמנות, התשל"ט–1979. בדומה לכך, וכבר מסקירה טרחנית של זהות הצדדים בפסקי הדין המנחים שדנו בעקרון תום הלב, עולה כי ברוב המקרים של הצד שעליו הוטלה חובת תום הלב היה גוף מאוגד וחזק (דוגמת חברות ביטוח, בנקים וקבלנים) לעומת הצד השני, ראו עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 71.

⁵³ לגישה שונה, אף שגם בה ניכרים זרעים המתיישבים עם האמור במאמר זה, ראו צביקה טריגר "חובות אמון בדיני חוזים" **חובות אמון בדין הישראלי** 65 (רות פלאטו-שנער ויהושע שוקי שגב עורכים) 2016. טריגר גורס במאמרו כי חובות אמון ודיני החוזים הם כביכול סוג של אוקסימורון, שכן חובות אלו אינן אמורות לחול בדיני החוזים. עם זאת

לסיום תת-פרק זה ניתן להוסיף ולומר כי ניתן ללמוד על ההצדקה המאחדת בין חובת האמונים לחובת תום הלב גם על דרך השלילה. מכיוון שלעקרון תום הלב האובייקטיבי (כעיקרון כללי החל בכל חוזה באשר הוא חוזה) אין תוקף עצמאי המנביע חובות משפטיות נוספות על אלו הקבועות ממילא בחיובי אמן, מחד גיסא, וגם אין להניח כי עקרון זה אמור להיות כקבוצה ריקה וחסרת נפקות משפטית עת מדובר בחיובי אמן מאידך גיסא,⁵⁴ מתבקשת המסקנה שחיובי האמן הם-הם תכניה של חובת תום הלב במקרה נתון והם בבחינת ביטוי מוגבר לחובה זו כ"חובת-על" גם אם כינון לובש כסות טרמינולוגית השואלת את שמה מחובת האמן הוותיקה.⁵⁵

בהמשך המאמר הוא מעלה ביסוסים זהירים להתפתחותה של גישה שונה ומציע "בחינה ראשונית של אפשרות קיומן של חובות אמן במשפט הישראלי גם במסגרת יחסים חוזיים על אף הסתירה הבלתי ניתנת ליישוב לכאורה בין הרציוליים שבבסיס דיני הנאמנות ודיני החוזים" (שם, בעמ' 87) וגורס כי "ניתן לזהות איים של החלת ההיגיון של חובות אמן גם בהקשרים חוזיים, ולעתים אף החלת חובות אמן של ממש" (שם, בעמ' 68). גישתנו היא שאיים אלו שטריגר מזהה הפכו זה מכבר ליבשת בשל שינוי תהומי בהנחת השויון הקלאסית הטמונה בדיני החוזים המודרניים, תופעה שגם טריגר עומד עליה, בעמ' 73-74 למאמר, בהתייחסותו לנפילתה של תאוריית הרצון הקלאסית ולדומיננטיות הגוברת והולכת של חוזים אחידים והתעצמות פערי כוחות בין הצדדים במרבית החוזים כיום. ראו גם את מאמרה של תמר פרנקל "נפילת המחסומים שניצבו בפני שימוש לרעה באמן והולכת שולל: השינויים הנסתרים בדוקטרינה המשפטית ובפרשנות המשפטית" *משפט ועסקים* ה' 113, 128-132 (2006), שבו מבקרת פרנקל את גישתם האחידה גם של Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Contract and Fiduciary Duty*, 36 J. L. & ECON. 425 (1993), שלפיה כללי הנאמנות הם למעשה תנאים חוזיים ("כללים המחייבים את הנאמנים להיות ישרים והוגנים כלפי המוטבים שלהם הם אותם כללים שהצדדים היו מסכימים עליהם אילו נשאלו על כך").

אף שעמדה ברוח זו משתמעת מדבריו של עמיר ליכט, ולפיהם "בהקשר לדיני האמן אין לעקרון תום הלב נפקות ממשית", ראו לעיל ה"ש 27, בעמ' 28. עם זאת מייד בהמשך דבריו נראה שליכט מכוון ליסוד תום הלב כמוכונן הסובייקטיבי ולא האובייקטיבי, באומרו ש"יסוד תום הלב בדיני האמן היה ונותר יסוד נפשי לפי מסורת המשפט המקובל", שם. נקודה אחרונה זו אינה מתיישבת עם נקודות המוצא שלו בספרו הכורכות את עקרון האמן עם פסק הדין בעניין קוסי, לעיל ה"ש 19, ופסק הדין בעניין א. צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ, לעיל ה"ש 43, שבהם מוזכר עקרון תום הלב במשמעותו האובייקטיבית ולא כיסוד נפשי, והיא מרוקנת מתוכן מעשי את נפקותו של עקרון תום הלב האובייקטיבי כאשר עסקינן בדיני האמן. יתר על כן, גם עמדתו של ליכט, שלפיה בעקרון תום הלב טמון יסוד נפשי, אינה משתלבת עם כללי ההתנהגות המסורתיים הנגזרים מדיני האמן (האיסור על הימצאות בניגוד עניינים וגילוי מלא) והנעוצים כהיבטיו המרכזיים גם של עקרון תום הלב האובייקטיבי היוצרים כללי התנהגות אובייקטיביים המיועדים להתחשבות באינטרס הזולת (השוו לנוסחם של ס' 2 ו-39 לחוק החוזים, הקובעים כי "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב" (ס' 12) ו"בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב" (ס' 39) (ההדגשות הוספו)). לחיזוק העמדה שלפיה חובת תום הלב ביחסי אמן צריכה להיבחן גם בצורה אובייקטיבית, ראו Mark Abell & Victoria Hobbs, *The Duty of Good Faith in Francise Agreements – A Comparative Study of the Civil and Common Law Approaches in the EU Yam Seng* 11 INT'L J. FRANCHISING L. 13 (2013), שבו מתואר השינוי שחל בדין האנגלי בעקבות עניין *Pte Ltd. v International Trade Corp Ltd.* [2013] EWHC 111 (QB), שבו קבע השופט Leggatt J. שיש להכיר בחובת תום הלב בהקשר של חוזים מסוימים, ושעליו להיבחן אובייקטיבית.

העמדה שלפיה תום הלב מיושם במינון מוגבר ביחסי אמן באה לידי ביטוי גם אצל Leo E. Strine et al., *The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, 98 Geo.

54

55

4. הגישה המאחדת כמונעת ערפול מושגי וכמסייעת ביישומן השיטתי של חובת האמון וחובת ההגיונות

לתפיסה הממסגרת את חובות האמונים וההגיונות כחובות הנגזרות מעקרונות תום הלב יתרונות מושגיים ויישומיים⁵⁶ חלף התפיסה המפרידה ביניהם, כולל זו המציעה את המונח "אמונאי" (משל המדובר בבעל מקצוע או עיסוק) ככינוי לחלק מצדדים לחוזים מסוימים שבעיקר עליהם מוטלת החובה להתחשב בזולתם. כידוע, חובת האמון, כבר כשלעצמה וגם ללא קשר לחובת תום הלב, הותירה בלבול רב ומחלוקות אף שזכתה לדיון רחב במשפט האנגלי-אמריקאי מאות בשנים. לא בכדי נאמר עליה כי "תאורטיקנים ומומחים שונים לא הצליחו להגדיר מתי נולדת חובת אמון, מהי משמעותה המדויקת, מה נחשב הפרה של החובה ומה תוצאות ההפרה"⁵⁷. יתר על כן, גם מאחר שהיקפן ועוצמתן של החובות הקונקרטיים הנובעות מיחסי אמון, כמו גם הסעדים בגין הפרתן, משתנים לפי הנסיבות ולפי טיב היחסים בין הצדדים, מלומדים רבים ומובילים הטילו ספק אם בכלל עסקינן במערכת דינים אחידה גם כאשר עסקינן בחובות האמון עצמן.⁵⁸ אין זה פלא אפוא שגם הפסיקה אשר נדרשת ליישם את חובת האמון נתקלה ונתקלת בקשיים לא מבוטלים בכלל ובהקשרה של חובת תום הלב בפרט.

לפיכך מטרתו של מאמר זה היא להציע חשיבה שיטתית חלף חוסר הבהירות אשר פרנסה כתיבה רבה אשר מקשה על עקיבות בהתייחסויות למהותן וליישומן של חובות האמון המשמשות לא אחת בערבוביה עם חובת תום הלב ויוצרות בלבול טרמינולוגי והבחנות מוקשות.⁵⁹ בלבול מושגי זה ניכר כבר בפסק הדין המרכזי אשר הטביע את חותמו על עקרונות תום הלב בפסיקה הישראלית. בפסק דין זה, בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, שנתן השופט ברק, ועוד קודם לכן, בפסק הדין בעניין קוסוי שנתן אותו שופט, משתמש השופט ברק בנשימה אחת במונחים "אמון", "הגיונות" ו"תום לב" בכאילו להסביר

L. J. 629, 629 (2010), אשר טוענים כי תום הלב הוא היבט יסודי בגרעין חובת הנאמנות: "[...] in the American corporate law tradition, the basic definition of the duty of loyalty is the obligation to act in good faith"

⁵⁶ תפיסה דומה נשמעת גם בדין הקונטיננטלי למרות הבדלים הקיימים בינו לבין המשפט המקובל בשתי החובות (M. Gelter and G. Helleringer, *Fiduciary Principles in European Civil Law Systems*, in THE OXFORD HANDBOOK OF FIDUCIARY LAW 583 (Evan J. criddle, Paul B. Miller, Robert H. Sitkoff ed., 2019)).

⁵⁷ רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב "דבר העורכים" **חובות אמון בדין הישראלי** 9, 10 (רות פלאטו-שנער ויהושע שוקי שגב עורכים 2016). ראו גם במשפט הפתיחה במאמר: Deborah A. DeMott, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation* 1988 DUKE L. J. 879 (1988) ("Fiduciary obligation is one of the most elusive concepts in Anglo-American law")

⁵⁸ פלאטו-שנער ושגב, שם, בעמ' 11 והמקורות בה"ש 15 למאמרם.

⁵⁹ שם, בעמ' 12. בלבול מושגי זה מופיע לא אחת גם במשפט בדלוור, ובהקשר זה ראו, Strine et al., לעיל ה"ש 55.

את משמעותה של כל אחת מהחובות. וכך מתאר השופט ברק את חובת תום הלב בעניין **שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ**:

משמעותה של החובה לקיים חוזה בתום-לב ובדרך מקובלת היא, כי הצדדים ליחס החוזי חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר, בהגינות ועל-פי המקובל על בעלי חוזה הוגנים [. . .] על כל הצדדים לחוזה מוטלת החובה לשתף פעולה זה עם זה ולפעול תוך התחשבות באינטרס המשותף להם בחוזה. על בעלי החוזה לפעול להגשמתה של כוונתם המשותפת, תוך נאמנות ומסירות למטרה, שעמדה לנגד עיניהם, ותוך עקביות בהגשמת ציפיותם המשותפת הסבירה. **אכן, לולא היו הביטויים 'אמון', 'אמונה', ו-'נאמנות' תפוסים, ניתן היה לתאר את מערכת היחסים הנוצרת בין בעלי חוזה בעקבות סעיף 39 לחוק החוזים כיחסי נאמנות, כאשר בעל חוזה חייב לבצע את החוזה באמונה תוך הגשמת האמון, שהצד האחר נותן בו.**⁶⁰

בדומה לכך, בעניין **פנידר קושר הנשיא שמגר** גם הוא את חובת תום הלב לקיומם של יחסי אמון:

הנורמה האמורה [עקרון תום הלב], החלה על כל מי שמנהל משא ומתן, מכתובה קיומם של יחסי אמון, אשר ביטויים ומידתם, היינו תרגומם למציאות מוגדרת, מושפעים גם במקביל ממערכת הנתונים הקונקרטיים, אשר במסגרתה מנהלים הצדדים את המשא ומתן. סיכומם של דברים, החובה המשפטית מכתובה דרך התנהגות מסוימת, המופעלת במסגרת מערכת היחסים, אשר בה עליה להיות מיושמת. **החובה המשפטית יוצרת ציפייה לגיטימית להתנהגות של אמון ויושר** אשר אינה כרוכה, בין היתר, במעמדו של הצד השני כצד מעוניין ישיר או כשלוחם של אחרים אלא במעמדו כצד המנהל משא ומתן.⁶¹

לשימוש הרב במושג "אמון" בפסיקה אשר דנה בחובת תום הלב, כמו גם השימוש המקביל במונח "תום לב" בפסיקה אשר דנה בחובת האמון,⁶² מתלווה לעיתים בפסיקה הישראלית הבחנה לא ברורה נוספת אשר מבדילה גם בין טיב היחסים בין צדדים לחוזה מסוים כ"יריבים" לעומת "ידידים", הבחנה אשר רק מוסיפה לעמימות המושגית.⁶³ הבחנה ציורית זו בין "יריבים" ל"ידידים" מביאה גם היא את הפסיקה לדיפרנציאציה בין חובות תום הלב לחובות האמון וההגינות ללא קריטריונים ברורים ושיטתיים תוך כדי שימוש מגושם ולא עקיב במונחים "תום לב", "תום לב מרבי", "הגינות" ו"נאמנות". כך למשל בבג"ץ 164/97 **קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר** נאמר:

⁶⁰ בג"ץ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לה (1) 828, 834 (1980) (ההדגשה הוספה).

⁶¹ עניין **פנידר**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 688–689 (ההדגשות הוספו).

⁶² ראו את הציטוט מעניין **קוסי** המופיע הסמוך לה"ש 31 לעיל.

⁶³ הבחנה זו משליכה על מידת הציפייה להתחשבות הדדית ולקיומם של יחסי אמון, ולכן ברוח האמור במאמר זה, הצעתנו היא להתיתוס להבחנה בין "ידידים" ל"יריבים" כמילים נרדפות ליחסי כוח-כפיפות החורגים מהנחת השוויון אשר חלה בין הצדדים לחוזה טיפוסי.

תום הלב קובע, איפוא, כללים של משחק הוגן בין 'יריבים'. לעומת זאת, חובת ההגינות קובעת כללים של משחק הוגן בין 'ידידים' [. . .]. חובת ההגינות של השלטון – בדומה, במובן מסויים, לחובת ההגינות של שלוח כלפי שולח, דירקטור כלפי החברה, אפוטרופוס כלפי הנתון לפיקוחו – היא איפוא חובה 'כבדה' יותר מחובת תום הלב.⁶⁴

בדומה לכך, בע"א 262/86 רוט נ' **Deak and Co. Inc.**, אשר עוסק בחובותיו של יזם כלפי החברה לעתיד ולשותפיו המשקיעים לצידו, מכנה השופט כך חובות אלו כקובעות "תום לב מרבי" ללא הסבר בדבר נפקותו האיכותית, בשונה מזו הכמותית, בנוגע לחובת תום הלב ה"רגילה".⁶⁵

הקשר נוסף אשר מדגים את השימוש הטרמינולוגי הלא אחיד מצוי בהתייחסות הפסיקה לסעיף 254 לחוק החברות, סעיף המגדיר את חובת האמונים שחב נושא המשרה לחברה כחובה לנהוג ב"תום לב" ו"לטובתה" של החברה. חובה זו, אשר מקימה כללי התנהגות אובייקטיביים המאפיינים גם את פועלו האובייקטיבי של עקרון תום הלב הקבוע בחוק החוזים ובחוק המכר,⁶⁶ פורשה בפסיקה ככזו המכוונת למינון המרבי של התחשבות בזולת, ונדמתה בפסיקה כיחס של "אדם לאדם – מלאך".⁶⁷

⁶⁴ בג"ץ 164/97 **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר**, פ"ד נב(1) 289, 348 (1998). במאמר מוסגר, המדגים אף הוא את חוסר העקביות הטרמינולוגית, יצויין כי בפסק דין זה משתמש הנשיא ברק במונח "חובת ההגינות", ולא "חובת האמונים" כמקובל, כחובה שבה מחויב שלוח כלפי השולח, דירקטור כלפי החברה ואפוטרופוס כלפי הנתון לפיקוחו.

⁶⁵ ע"א 262/86 **רוט נ' Deak and Co. Inc.**, פ"ד מה(2) 353, 365 (1991).

⁶⁶ השימוש בביטוי "תום לב" בהגדרת חובת האמונים של נושאי המשרה יצר קושי נוסף, אליבא דחלק מהמלומדים, אשר התעלמו מאופיו האובייקטיבי של המונח. גישה זו נובעת ככל הנראה מהסתמכות יתר על הדין בדלוואר, חלק הסתמכות על התפתחותו הייחודית של עקרון תום הלב האובייקטיבי במשפט הישראלי. ראו למשל זוהר גושן ואסף אקשטיין **דיני חברות** 253 (2023), אשר טוענים כי "חובת תום הלב דורשת מנושא המשרה לפעול כאשר הוא מאמין, באופן סובייקטיבי, כי הוא פועל לטובת החברה" ומוסיפים "יש להבחין, כאמור, בין חובת תום הלב לפי חוק החברות לבין חובת תום הלב ה'רגילה', המתייחסת לציפייה מכל אדם לדבוק בסטנדרט אובייקטיבי של הוגנות בסיסית ותו לא, בעת ביצוע פעולות משפטיות"; ראו גם אירית חביב סגל **דיני חברות** כרך א 505 (2007), אשר מתייחסת לקשר שבין חובת הנאמנות לדיני עשיית העושר ולא במשפט וטוענת שבסיס האחריות בגין הפרת חובת הנאמנות הוא המניע הסובייקטיבי של נושא המשרה להפיק רווח אישי מהפעולה. השוו לדבריו של השופט כרוב בעניין **דרעי**, לעיל ה"ש 25, בפס' 87 לפסק דינו. נהפוך הוא, עמדתנו שונה גם בשל מעמדו העקרוני של תום הלב האובייקטיבי במשפט הישראלי, ראו לעיל ה"ש 35, וגם בשל העובדה שדיני עשיית עושר אינם מחייבים את הפרשנות הסובייקטיבית לתום הלב הנדרש מנושא המשרה בשל הזיקה המקובלת בדין הישראלי בין דיני עשיית עושר לתום לב האובייקטיבי. "אכן, בין התעשרות" שלא על פי זכות שבדין" לבין דיני תום הלב (כביטויים בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)) קיים קשר ישיר והדוק [. . .]. חובת ההשבה על-פי חוק עשיית עושר ולא במשפט היא ביטוי לתפיסת היסוד של התנהגות בתום-לב ביחסים הבין-אישיים" – הנשיא ברק ברע"א 5768/94 **א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289, 467 (1998).

⁶⁷ ע"א 610/94 **בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה**, פ"ד נד(4) 289, 333 (2003). למרות דברים אלו הקוראים למיקוד מקסימליסטי של נושא המשרה בהתחשבות בעניינה של החברה, עסקינן ביחסים עסקיים, ואין המשמעות לאלטרואיזם ולביטולו המוחלט של האינטרס העצמי של נושא המשרה, למשל לשכור.

כל אלו מאיצים את הנחיצות בגיבושה של תפיסה שיטתית ואחידה למונחי משפט אלו של "תום לב", "אמון" ו"הגינות", חלף הגישה המסורבלת השגורה היום במשפט הישראלי ואשר עלתה גם מדבריו של השופט גרוסקופף שנאמרו לאחרונה בהקשרו של חוזה בנקאי בע"א 4880/19 **הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' גזונטהייט**:

מבחינה טרמינולוגית, השימוש במונחים 'נאמנות' או 'אמון' לתיאור חובת ההתחשבות בה נושא הבנק כלפי הלקוח אינו מוצלח [. . .]. חובת הבנק כלפי הלקוח איננה מגיעה, במקרה הכללי, לרמת מחויבות זו. אכן, הבנק נדרש להתחשב באינטרס הלקוח בצורה מוגברת, העולה על זה הנדרש מעוסק רגיל, ואולם לכדי חובת ההתחשבות המוחלטת, המתבטאת באיסור על ניגוד עניינים ובחובת גילוי מלא, המהווה את ליבת מוסד 'הנאמנות', אין הוא נדרש [. . .]. משכך, מוטב היה לכנות חובות התחשבות מוגברות אלה בשם מיוחד המלמד כי מדובר בחובת התחשבות החורגת לצד החומרה מ'תום לב' הנדרש מכל נותן שירות, ואינה מגיעה לכדי 'חובות אמון' הנדרשות מ'נאמן' או 'אמונאי'.⁶⁸

השופט גרוסקופף מניח בציטוט זה קיומה של הבחנה איכותית ועקרונית בין חובות תום הלב לחובות האמון, ובהתאמה גוזר דיפרנציאציה אשר קיימת כביכול בין סטנדרטים של התנהגות הנדרשים במסגרת כל אחת מהן. דרך חשיבה זו מביאה אותו להביע חוסר נחת מחסרונן של קטגוריה וטרמינולוגיה נוספות אשר תתאמנה לניתוח החובות ההולמות לשיטתו את היחס החוזי המסוים שבו עסק באותו פסק דין. מנגד, התפיסה המוצעת במאמר זה, היוצאת מנקודת המוצא שלפיה קיימת תפיסה מאחדת בין חובת תום הלב לחובת האמון ואשר מסרטטת "סקאלה" של מידת ההתחשבות בעניינו של הצד החוזי בכל מקרה נתון (לקוח בנקאי בעניינו) לפי שני התבחינים המוצעים במאמר זה, הייתה מובילה למסקנה עקיבה בדבר סטנדרט ההתנהגות המתאים לצורך זה ללא צורך בחיפוש אחר קטגוריה משפטית נוספת, יהא כינויה אשר יהא. כזו היא תפיסה כמותית שהתפתחה בפסיקה הענפה סביב עקרון תום הלב ויצקה לתוכו רגיש לפרמטרים מהותיים הבוחנים את הציפיות הנובעות מכפיפותו של הלקוח לכוחו של הבנק ומטיב ההתחייבות החוזית המפורשת והמשתמעת שהבנק קיבל על עצמו כלפי לקוחו. ניצנים לגישה אחידה ו"כמותית" זו ניתן למצוא בדבריו של אהרן ברק בספרו **שיקול דעת שיפוטי**, אשר משמיעים לכאורה הבחנה בין החובות הנבדלת במינוניה השונים:

⁶⁸ ע"א 4880/19 **הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' גזונטהייט**, פס' 83 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו 18.7.2022). בפסק הדין קושר השופט גרוסקופף את המושג "נאמנות" לחובות המלוות לדידו את ליבת מוסד זה ואשר אוסרות על ניגודי עניינים ועל חובת הגילוי המלא, אלא שאלו מוזכרות בפסיקה פעמים רבות גם בהקשרי תום לב "רגילים". לאיסור על פעולה בניגוד עניינים ולחובות גילוי בהקשרי תום לב "רגילים" ראו בע"א 5893/91 **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח**, פ"ד מח(2) 573 (1994) ולחובת הגילוי ראו בע"א 2469/06 **סויסה נ' חברת זאגא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ** (נבו 14.8.2008). במילים אחרות, וכפי שהודגם גם בתת-הפרק השלישי לעיל, שני הסטנדרטים ההתנהגותיים אשר אפיינו בעבר את מוסד הנאמנות – האיסור על ניגוד עניינים וחובת הגילוי המלא – הם כיום חובות מכווח של עקרון תום הלב ואשר מייצגות התחשבות מוגברת, עד כדי מוחלטת, בסוגי חוזים מיוחדים שבהם הדאגה לזולת משקפת את ההתחייבות החוזית עצמה ואת הציפייה של שני הצדדים לחוזה גם יחד.

חובת תום הלב 'החוזית' לחוד, וחובת האמון לחוד. כל אחת משתי חובות אלה קובעת רמת התנהגות שונה. חובת תום הלב החוזית קובעת סטנדרט מינימלי של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם – אדם. לעומת זאת, חובת האמון קובעת סטנדרט גבוה של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם – מלאך.⁶⁹

אך הוא מסביר הבחנה זו במקום אחר, בספרו על **חוק השליחות**, ככזו אשר ניתן לייחס לקיומה של גישה עקרונית המאחדת את החובות וגוזרת רמות שונות של סטנדרט התנהגות מפרמטרים ייחודיים לחוזה שבו מדובר:

ייתכן וניתן לקשור באופן הדוק יותר בין חובת הנאמנות לבין חובת תום הלב. הלכה פסוקה היא כי לענין תום הלב 'סטנדרט ההתנהגות מעוגן לא רק בסוג העסקה, מקומה ותנאיה, אלא גם במספר תכונות, שהן אינדיבידואליות לבעלי החוזה'. נמצא, כי דרישות תום הלב משתנות בהתאם למהות היחסים שבין הצדדים. לענין זה, נראה לנו, כי אין מקום להבחין בין היחסים הספציפיים שבין הצדדים לבין היחסים הטיפוסיים שביניהם. על רקע זה ניתן לטעון כי כאשר הצדדים הם שולח ושלוח, דורש עקרון תום הלב סטנדרט התנהגות גבוה, כנדרש בדיני הנאמנות. על פי גישה זו, נוצר קשר ישיר בין חובת הנאמנות לבין חובת תום הלב. על פיה ניתן לראות בהפרת הנאמנות הפרת תום לב.⁷⁰

ד. סיכום

בחלוף ארבעים שנים מאז ההלכה בעניין **קוסי**, מתאים לשוב להגדרתה של חובת האמון ולקווים שהותו לתחולתה ולאופן התפתחותה במשפט הישראלי:

חובת האמון היא חובה כללית, המוטלת על בעל הכוח. משמעותה של חובה זו היא, כי בעל הכוח חייב לפעול בתום-לב, בהגינות ולמען טובת הגשמת תפקידו. זהו עיקרון כללי הטמון בשיטתנו, והפעלתו הלכה למעשה מחייבת קונקרטיזציה

[. . .] בצדק ציין השופט פרנקפורטר: To say that a man is a fiduciary only begins analysis. It gives direction to further inquiry: To whom is he a fiduciary? What obligations does he owe as a fiduciary? In what respect has he failed to discharge these

⁶⁹ אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטי** 495 (1993).

⁷⁰ אהרן ברק **חוק השליחות** כרך א 1039–1040 (מהדורה שנייה מורחבת 1996). רמז לגישתו זו ניתן למצוא גם בפסק הדין בעניין **פנידר**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 703, מפסקי הדין המכוננים של עקרון תום הלב במשפט הישראלי: "יש בה, בצעירה זו, יצירת תשתית דוגמאטית ראויה לאחריות לפי סעיף 12 לחוק. יש בה כדי ליתן ביטוי למדיניות המשפטית, לפיה נקבעת רמת התנהגות, המבוססת על **אמון והגינות**, והחלה על כל מי שמנהל בפועל משא ומתן לקראת כריתת חוזה, תהא הפונקציה שלו אשר תהא. אין בגישה זו משום נקיטת עמדה באשר למהות המשפטית של האחריות לפי סעיף 12 לחוק מעבר לקביעה, כי זו אחריות סטטוטורית מיוחדת כשלעצמה" (ההדגשה הוספה).

obligations? And what are the consequences of his deviation
from duty?⁷¹

קונקרטיזציה מתודולוגית זו לתחולתה של חובת האמון, "אשר במסגרתה יש ליתן ביטוי לאופיו המיוחד של היחס המשפטי, עליו מוטלת חובת האמון",⁷² היא תהליך בלתי נמנע, שכן "תוכנה של חובת האמון אינו זהה בכל היחסים המשפטיים בהם היא חלה [. . .] כל חובת אמון ותוכנה שלה, שכן כל כוח והיקפו שלו".⁷³

שלא במקרה, לא רק שהגדרת חובת האמון שהובאה בעניין קוסי מפנה כבר בראשיתה לעקרון תום הלב, אלא שגם המהלך המשפטי-קזואיסטי שבאמצעותו נקבע כיצד מתפתחת ומיושמת חובת האמון זהה לאופן שבו מתפתחת ומיושמת חובת תום הלב בפסיקה בישראל. בהתאמה, ותוך כדי התבססות על גישה אחידה לדיני האמון ולדיני תום הלב, מאמר זה מציג לבחון וליישם את חובות האמון וההגינות באמצעות אותה תפיסה עקרונית, באמצעות אותם קווים מנחים ובאותה מתודולוגיה שפותחו והונחלו בפסיקה הענפה אשר יישמה את עקרון תום הלב במהלך השנים.

ואם נחזור עתה למילים שבהן סיכם איל את עמדתו בנוגע לדיני תום הלב ולדיני האמון במהדורה החדשה לספרו על חוק המכר, ניתן להדגים את יתרונותיה התאורטיים והיישומיים של התפיסה האחידה שזרעיה נטמנו גם הם בעסקת המכר שנדונה בעניין קוסי. וכך כותב איל:

בצד ההבחנה העקרונית בין חובת תום-הלב לבין הדרישות הגבוהות יותר החלות על אמונאים, סטנדרט ההתנהגות הנדרש בכל אחת משתי הקטגוריות משתנה ממקרה למקרה. בין היתר, סטנדרט ההתנהגות הנדרש ממי שמתקשר בחוזה במסגרת עיסוקו יהיה ברגיל גבוה יותר מהסטנדרט החל על מי שמתקשר בחוזה כאדם פרטי, וסטנדרט ההתנהגות הנדרש מאדם המבצע פעולות או מספק נכסים בתמורה גבוה יותר מזה החל על המבצע או הנותן חנם. כיוצא בזה, כאשר הצלחת הפרוייקט מושא החוזה דורשת שיתוף פעולה קרוב והדוק בין הצדדים, עשויות לחול עליהם חובות רבות יותר לתאם את פעולותיהם ולעדכן זה את זה בעניינים הקשורים לביצוע החוזה מאשר בחוזה חד-פעמי ופשוט יחסית כחוזה למכירת מכונת משומשת. על כן, במקרים רבים חובת תום-הלב החלה על מוכרים וקונים בחוזי מכר תהיה מצומצמת יותר מזו החלה לא רק על אמונאים אלא גם מזו החלה על מבטחים, על צדדים ליחסי שותפות, על מארגנים של טיולים מאורגנים ועל בעלי מקצוע אחרים הנותנים שירות מתמשך.⁷⁴

ציטוט זה מקבל כנתונה את המושגיות הישנה ומניח קיומה של הבחנה עקרונית בין חובת תום הלב לחובת האמון, אך אין בו הסבר למהותה של הבחנה זו, וממילא אין בו פירוט בדבר הקריטריונים הרלוונטיים בקביעת סטנדרט ההתנהגות אשר חל במגוון היחסים החוזיים שהוא

⁷¹ עניין קוסי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 278–279.

⁷² שם, בעמ' 285.

⁷³ שם, בעמ' 285–286.

⁷⁴ זמיר, לעיל ה"ש 8, בפס' 178.

ציין. לעומת זאת גישה מהותית, מאוחדת ומעודכנת למונחי המשפט "תום לב", "אמון" ו"הגינות"⁷⁵ ומסגורם של דיני האמון כחלק אינטגרלי מדיני תום הלב, למצער ביחסים חוזיים שבהם כל צד מקבל עליו מחויבויות מרצון, נתמכים בהצדקות תאורטיות הנשענות על שכיחותם של יחסי כוח-כפיפות בדיני המכר, בדיני החוזים ובדיני התאגידים המודרניים, ועל התפיסה היסודית הטמונה בעקרון תום הלב החותרת להטמעת רעיון האמון בכל פעולה משפטית באמצעות נורמות התנהגות המיועדות לשיתוף פעולה, להגינות ולהתחשבות בציפיות הזולת.⁷⁶ תפיסה מאוחדת זו מנביעה מאליה גם יתרונות יישומיים המשקיפים באופן הרמוני על שלל חובות האמון וההגינות כתתי-קטגוריות המיועדות לווסת את אמות המידה ההתנהגותיות המאזנות בין האינטרס העצמי לאינטרס הזולת כחלק מדיני תום הלב ולא לצידם, לפי מידת הכפיפות והתלות של הצד החוזי בכוחו ובהשפעתו של הצד שכנגד ולפי פרשנותה ותוכנה של ההתחייבות החוזית שבה עסקינן. הא ותו לא.

⁷⁵ לגישה הדוגלת בהתבוננות מהותית וגמישה על מושגי המשפט ראו את דבריו של הנשיא ברק בדנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 826-827 (1998): "מושגי המשפט משקפים תבונה וניסיון של דורות. הם מבטיחים יציבות וודאות. בכך חשיבותם. הם מזככים את מחשבתנו. הם מבטיחים כי נשקול את מכלול השיקולים הראויים. אכן, מושגי המשפט הם נקודות מוצא ראויות. מכאן חשיבותם. אל להם להיפך לנקודות סיום מחייבות. מכאן סכנתם [...] מושגי המשפט אינם אדונים. אין הם אלא עזרים מסייעים. הם פרי השקילה והאיזון בין שיקולים מתנגשים. הם תוצאה של התנגשות בין ערכים נוגדים. אין הם הערכים עצמם. על-כן, עלינו להיעזר במושגים היוריספרודנטליים. עלינו לראות בהם מסד לפעולותינו. אך עלינו להיות מוכנים, בכל מקרה, לסטות ממושגיות קיימת, לשנותה או לבנות מושגיות חדשה. איננו חיים עוד בעולם של מושגים. העיקר הוא המטרה החברתית שהמשפט נועד להגשים, ולא המושגים שבהם עוטה המשפט".

⁷⁶ בוקשפן, לעיל ה"ש 47.