

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

מאת

עלי בוקשפן*

המאמר מציג התבוננות מחודשת על שלושת עקרונות הליבה החוזיים – עקרון חופש החוזים, עקרון תום הלב ועקרון תקנת הציבור – ועל יחסי הגומלין ביניהם. משימה זו רלוואנטית מתמיד לנוכח "נפילתם" בעידן המודרני של דיני החוזים הקלאסיים המבוססים על רצון הצדדים ולאור העובדה שהאינטראקציה החוזית הינה כה שכיחה, מגוונת ונוגעת באופן פוטנציאלי בערכים חברתיים רבים באופן אשר מעורר את הפיתוי לרתום את המוסד החוזי גם לשמירתם ולביסוסם של ערכים אלו, בעיקר באמצעות עקרונות תום הלב ותקנת הציבור. באקלים החוזי הקיים כיום, אם כך, אחד האתגרים המרכזיים הניצבים בפני דיני החוזים הוא עיצובם של קריטריונים שיטתיים ליישומם של עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, הם עמודי "יכין" ו"בועז" החוזיים במשפט הישראלי, ולאיוונם עם עקרון חופש החוזים. אתגר זה מקבל משנה תוקף לאור העובדה ששלושת עקרונות אלו גם יחד מוכרים וקבועים בתוככי חוק החוזים עצמו ללא סדרי עדיפויות מפורשים ביניהם.

מאמר זה נכנס לשדה בלתי חרוש זה ומציע כי השיקולים המכריעים בקביעת המידה הראויה של האחריות החברתית המוטלת באמצעות עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, ראוי להם שיתחשבו באופן קואיסיטי במעמדם ובחשיפתם החברתית של הצדדים לחוזה ובעוצמת הפגיעה בעקרונות היסוד המתנגשים במסגרת החוזה. במילים אחרות, ההבחנה אשר מאמר זה בא להציע היא בין החוזה הקלאסי, שבו שני צדדים, או מספר מצומצם אחר של צדדים, מתקשרים ביניהם בהסכם אשר השפעתו אינה חורגת מעניינם האישי ואינה "מקרינה" אל מעבר למישור היחסים שביניהם, לבין החוזה, השכיח מאד בעידן המודרני, בו מעורבים גופים אשר להם השפעה על כמות גדולה של פרטים (ובו נחלש בדרך כלל גם המרכיב הרצוני) וככזה השפעתו אינה תחומה למישור היחסים "הפרטי" במובנו המסורתי. באותה נשימה, מאמר זה מתייחס גם להבחנה בין חוזים שעניינם מסחרי-שגרתי לבין חוזים הנוגעים ומתנים בצורה משמעותית על זכויות חוקתיות. ככל שהאינטראקציה החוזית מקרינה בעוצמה רבה יותר על מרכיבים "ציבוריים" אלו, יהיה בכך כדי להזמין הטלתה של אחריות חברתית רחבה יותר

* מרצה בכיר, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי – הרצליה. תודתי לרועי גזית ולרן מס על עבודת המחקר המצוינת, למערכת כתב העת **דין ודברים**, לעורכי **ספר שלו** ולקורא החיצוני על הערותיהם המאתגרות.

מאמר זה עתיד להתפרסם גם בספר **עיונים בתורת החוזה – קובץ מאמרים לכבודה של פרופ' גבריאלה שלו** (בעריכת יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח).

במסגרת החוזית באמצעות עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, וזאת בשל העובדה שהצדדים עצמם, או מי מהם, מיקמו את החוזה בממלכה הציבורית ומחוץ למשפט הפרטי הטהור. בממלכה זו, גם ערכים נוספים, מלבד חופש החוזים, מבקשים למצוא את תקנתם.

מבוא. א. עקרון חופש החוזים ומיפוי המגבלות עליו; 1. עקרון חופש החוזים בקליפת אגוז; 2. מגבלות "על" ו"בשם" חופש החוזים. **ב. עקרונות תום הלב ותקנת הציבור – המשפט המצוי והשפעתו על מעמד החוזה במשפט הישראלי.** ג. עקרונות תום הלב ותקנת הציבור – המשפט הרצוי ובחינת פרטיותה של הזכות החוזית; 1. האינטראקציה החוזית – בין הפרטי לציבורי; 2. המבחנים המוצעים; (א) מבחן הערך החברתי הסגולי של הזכות המתנגשת; (ב) מבחן הקרינה הציבורית ומיחות הצדדים לאינטראקציה החוזית; (ג) עקרון חופש החוזים כנקודת מוצא פרשנית; 3. יישום המבחנים והבהרתם. **סיכום.**

מבוא

בתוך כתיבתה הענפה ורבת השנים של גבריאלה שלו, החובקת כל תג ותג בדיני החוזים, שמור מקום של כבוד לעקרון חופש החוזים והתמורות שחלו וחלות בו. בסדרת מאמרים שכתבה, שקצה קצהו של הקרחון שלהם נגלה במאמריה "מה נותר מחופש החוזים"¹ ו"שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים"², מזכירה שלו כי עקרון חופש החוזים הינו "העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים"³ וקוראת בעקיבות לשמור מכל משמר על מעמדו כעיקרון המנחה את דיני החוזים. שלו מראה בבהירות, בשיטתיות ובכתיבה משכנעת כי עקרון חופש החוזים נשחק באמצעות דוקטרינות משפטיות מגוונות, כשביקורתה מופנית בעיקרה אל "הנהירה אל עבר מושגי השסתום הערכיים, ובעיקר תום לב ותקנת הציבור" אשר פוגעים לדידה פגיעה נרחבת מדי בעקרון חופש החוזים ודוחקים אותו לקרן זווית.⁴

המאמר הנוכחי נכנס לתלם שאותו חרשה שלו ומציע התבוננות מחודשת על שלושת עקרונות הליבה החוזיים המוזכרים לעיל – עקרון חופש החוזים, עקרון תום הלב ועקרון תקנת הציבור – ועל יחסי הגומלין ביניהם. משימה זו רלוונטית מתמיד בשל "נפילתם" בעידן המודרני של דיני החוזים הקלאסיים המבוססים על רצון הצדדים.⁵ נראה כי לא ימצא מי שיחלוק, ולו במובן הדסקריפטיבי,

- 1 גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" **משפטים** יז 465 (תשמ"ח).
- 2 גבריאלה שלו "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים" **קריית המשפט** ה 335 (תשס"ה). וראו גם בספרה: גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 41–84 (מהדורה ג', תשס"ה).
- 3 שם, בעמ' 336.
- 4 שם, בעמ' 346; גבריאלה שלו "עוד על עקרון תום הלב" **קריית המשפט** ג 121 (תשס"ג); גבריאלה שלו "סוס הפרא – לאן או מה ארע לתקנת הציבור?" **קריית המשפט** ב 21 (תשס"ב).
- 5 JAMES GORDLEY, THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES 3 (2003). במאמר זה לא ניכנס לשאלת התאוריה המודרנית המחליפה את התאוריה הקלאסית ואשר לדעת Gordley טרם נמצאה. להצעה כי רעיון האמון הבין-אישי צובע בצבעים מדויקים יותר את הצדקתם ותיאורם של דיני החוזים בעת הזו, ראו עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** (תשס"ז).

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

שתורת הרצון הקלאסית מוסיפה לאבד מכוחה בתיאורם ובהצדקתם של דיני החוזים המודרניים, שעליהם נאמר זה כבר כי הם "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".⁶ לפיכך והיות שהאינטראקציה החוזית היא כה שכיחה, מגוונת ונוגעת פוטנציאלית בערכים חברתיים רבים, ניתן להבין את הפיתוי לרתום את המוסד החוזי גם לשמירתם ולביסוסם של ערכים אלו, בעיקר באמצעות עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, באופן המאיים על חופש החוזים במובנו המסורתי.⁷ אם כך, באקלים החוזי הקיים כיום אי אפשר להפריז בחשיבותם של כל אחד ואחד משלושת העקרונות של חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור – על פועלם שלעתים נוגד זה את של זה – ובמיוחד כאשר שלושה עקרונות אלו גם יחד מוכרים וקבועים בתוככי חוק החוזים עצמו ללא סדרי עדיפויות מפורשים ביניהם.⁸

המאמר מצטרף בהסכמה לעמדתה של שלו שלפיה אין ניכרת בפסיקה הקיימת העדפה מספקת לעקרון חופש החוזים במסגרת האינטראקציה החוזית. אדרבה, יעדיהם החברתיים של דיני החוזים נתפסים כיום בפסיקה – במיוחד במחלוקות העוסקות גם בתחולתם של עקרונות היסוד – כשווי מעמד לערכים חברתיים אחרים.⁹ המאמר יציג נימוקים מדוע יש להעלות את קרנו של עקרון חופש החוזים ולהעניק לו מעמד אפריורי גבוה מזה שניתן לו היום, גם נוכח התמורות הניכרות המשפיעות על מעמד המוסד החוזי בעידן המודרני. עם זאת המאמר אינו מסתייג מתחולה עקיפה (ואף ישירה) של עקרונות יסוד בדיני החוזים, ועמדתנו היא כי אכן יש מצבים שבהם תחולה זו ראויה והיגיון רב בצדה.¹⁰ ההבחנה אשר מאמר זה בא להציע היא בין החוזה הקלאסי, שבו שני צדדים, או מספר מצומצם אחר של צדדים, מתקשרים ביניהם בהסכם אשר השפעתו אינה חורגת מעניינם האישי ואינה "מקרינה" אל מעבר למישור היחסים שביניהם, לבין החוזה, השכיח מאוד בעידן המודרני, שבו מעורבים גופים אשר

- 6 השופט מצא בע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נז(6) 769, 787–788 (2003).
- 7 לא בכדי התייחס השופט זמיר למחלוקת בינו לבין הנשיא ברק בדנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד נד(5) 330, 375 (2000) – בנוגע למידת המחויבות החברתית המוטלת על בעלי חוזה באמצעות עקרון תקנת הציבור כ שיש לה פוטנציאל השפעה על "מעמד החוזה במערכת המשפט", לא פחות. ראו גם מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 566–567 (תשנ"ג).
- 8 עקרון חופש החוזים קבוע בס' 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973, עקרון תום הלב קבוע בס' 12 ו-39 לחוק החוזים, ועקרון תקנת הציבור קבוע בס' 30 לחוק החוזים.
- 9 ראו למשל גישתה של השופטת ביניש בעניין רקנט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 382: "חופש החוזים וכיבוד האוטונומיה של רצון הפרט הינם ערכים חשובים בשיטתנו המשפטית, אך במלאכת האיזון של הערכים אין ליתן לו משקל מכריע כנגד ערכי יסוד אחרים בשיטתנו. דומה, כי מסיבות טובות אף הועם זוהרו של הערך של חופש החוזים בחברה בת זמננו". כן ראו דבריו של השופט ברק, כתוארו אז: "...גם אין לומר שתקנת הציבור היא שחוזים יקוימו. יש לומר כי אחד הערכים החשובים שיש להתחשב בהם בגיבוש תקנת הציבור הוא הערך בדבר חופש החוזים והערך בדבר קיום חוזים הנגזר ממנו" (שם, בעמ' 364).
- 10 להרחבה ראו עלי בוקשפן ואסא כשר "החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל" עיוני משפט מ 45 (תשע"ז).

להם השפעה על מספר גדול של פרטים, וככזה השפעתו אינה תחומה למישור היחסים ה"פרטי". בד בבד מאמר זה מתייחס גם להבחנה בין חוזים שעניינם מסחרי-שגרתי לבין חוזים הנוגעים לזכויות חוקתיות והמתנים עליהן במידה רבה. להבחנות אלו השפעה מרכזית על מיקומה הגאומטרי, הפרטי או הציבורי, של האינטראקציה החוזית במקרה הנתון, ובהתאמה, על השאלה עד כמה ראוי לאפשר לעקרונות היסוד המוכרים במשפט הציבורי להיות מיוצגים בעקיפין באמצעות עקרונות תום הלב ותקנת הציבור (או במישרין) גם במסגרתה של האינטראקציה החוזית. לצורך כך המאמר יציע קריטריונים מעודנים ומעודכנים ליישומם של עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, הם עמודי "יכין" ו"בועז" החוזיים, בעיקר בכל הנוגע למפגשם של דיני החוזים עם זכויות אדם מתנגשות. מבנה המאמר יהיה כדלקמן: **הפרק הראשון** יוקדש, בחלקו הראשון, לדיון קצר בעקרון חופש החוזים והתמורות שחלו בו. חלק זה אינו מתיימר להוסיף לניתוח העיקרון, אשר דיו כה רבה נשפכה עליו, אלא אך להביא סקירה מקדימה ותמציתית על העיקרון אשר עמד כדרך מסורת במרכזם של דיני החוזים ועומד גם במרכזו של מאמר זה. חלקו השני של פרק זה עניינו במיפוי מושגי ובסיווגם של סוגי המגבלות על עקרון חופש החוזים למגבלות מהותיות, אשר מכרסמות בעיקרון האמור, ולמגבלות צורניות, אשר תכליתן העמוקה היא הבטחתו של חופש החוזים אצל כלל המתקשרים החוזיים. מאחר שרק המגבלות המהותיות (שמקור חלקן בחקיקה ספציפית אך חלק ניכר מהן נטוע בעקרונות תום הלב ותקנת הציבור) מכרסמות ברצון הצדדים ומאתגרות את עקרון חופש החוזים, יתרכז המאמר בדיון בסוג מגבלות זה. **הפרק השני** יפתח בהצגת גישתה המרחיבה של הפסיקה לעקרונות תום הלב ותקנת הציבור, אשר לטעמנו מוהלת יתר על המידה את עקרון חופש החוזים, וימשיך בביקורת על גישה מרחיבה זו ובהצגת הגישה המצדיקה את העלאת קרנו של עקרון חופש החוזים. **הפרק השלישי** יוקדש לניסוחם של קריטריונים אשר יסייעו בסיווג הפרטי או הציבורי של הזכות החוזית בכל מקרה נתון ואשר שאובים מתפיסת עומק חברתית המתפתחת בשנים האחרונות במשפט העסקי.¹¹ קריטריונים אלו יסייעו ביישומם השיטתי והזהיר של עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, במיוחד בשל השימוש בהם כיום כמקור הגבלה כוללני ומרחיב של עקרון חופש החוזים¹² ובשל העובדה ששני עקרונות כלליים אלו, ממוקמים גם הם בתוך חוק החוזים, לצדו של עקרון חופש החוזים, והם נטולי תוכן קונקרטי. המאמר יחתום בדברי סיכום.

11 בוקשפן, לעיל ה"ש 5. מהלך זה דומה במטרתו, אם כי שונה בנקודת המוצא שלו, בהצדקה לו ובתוכנו, מהמהלך שמציעה ג' שלו להכיר, אם בכלל, בהבחנה בין סוגי גופים וסוגי פעילויות כאמצעים לקביעה של עצם תחולתן של זכויות היסוד ושל עוצמת תחולתן (גבריאלה שלו "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" **קריית המשפט** א 41 (תשס"א)).

12 שלו "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 341–344. במאמר זה מרחיבה שלו על עקרון תום הלב: "עקרון תום הלב, שנכנס למשפט החוזים הישראלי דרך סעיפי חוק החוזים הכללי, הוא העיקרון המרכזי ומונח השסתום העיקרי שהופעל כדי להזרים לדיני החוזים ערכים חיצוניים. כך היווה, ועדיין מהווה, עקרון תום הלב את הגבלתו הראשית של עקרון חופש החוזים". וברומה לזה, אשר לעקרון תקנת הציבור, כותבת שלו כך: "גם המושג העמום 'תקנת הציבור', המופיע בסעיף 30 לחוק החוזים הכללי והמאפשר לקבוע פסלותו ובטלותו של חוזה המנוגד לו הופעל כדי לצמצם את חופש החוזים". כלים אלו אינם עומדים בגפם בתוך חוק החוזים, ולהם ניתן להוסיף גם את השימוש המרחיב בדיני הפרשנות (ראו גם, למשל: רע"א 3128/94 **אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נ(3) 281, 304–305 (1996)).

א. עקרון חופש החוזים ומיפוי המגבלות עליו

1. עקרון חופש החוזים בקליפת אגוז

המוסד החוזי עוסק בפעולה משפטית בסיסית, אולי הבסיסית, הטבעית והשכיחה ביותר, אשר מסדירה אינטראקציות אנושיות בסיסיות הכרוכות ביחס בין-אישי, בהדדיות, ביחסי גומלין, בחילופי הבטחות רצוניות, בציפיות, ובעיקר בשיתופי פעולה וולונטריים.¹³ ככזה המוסד החוזי קיים מקדמת דנא – גם אם לא הוגדר תמיד במפורש,¹⁴ וגם אם לא גובשה לו תאוריה משפטית עד שלב מאוחר יחסית.¹⁵ במאה התשע-עשרה, אשר כונתה "תור הזהב של החוזים",¹⁶ הגיעה לשיאה תפיסה אחידה פחות או יותר למוסד החוזי. תפיסה זו, שהושפעה מתורות פוליטיות וכלכליות ליברליות וממשנתו של אדם סמית, העלתה על נס את עקרון חופש החוזים.¹⁷

עיקרון חשוב זה סוכם היטב בדבריה התמציתיים של גבריאלה שלו:

עקרון חופש החוזים הוא העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים, בארץ ובעולם החופשי. עיקרון זה מהווה אבן יסוד לכלכלה חופשית ומסחר תחרותי. הוא טומן בחובו הן את חופש ההתקשרות והן את חופש העיצוב, כמו גם את כוחו המחייב של החוזה. חופש ההתקשרות הוא החופש של אנשי עסקים ומסחר להחליט באורח חופשי למי ברצונם להציע את מרכולתם ואת שירותיהם, וממי ברצונם לקבל את הסחורות והשירותים הנדרשים להם. חופש העיצוב הוא החופש של צדדים לחוזה לקבוע את תוכנם של החוזים שביניהם. גם כוחו המחייב של החוזה נגזר מחופש החוזים באשר הוא מושתת על ההנחה כי חוזה שנכרת כדין, ומתוך חופש, מחייב את הצדדים לו.¹⁸

במילים אחרות, מכוח עקרון חופש החוזים "הצדדים הם 'ריבוניים' על החוזה",¹⁹ והם בעלי הסמכות הבלעדית בכל הנוגע לקביעת תוכן החוזה.²⁰ לפי דיני החוזים של המאה התשע-עשרה החוזה צודק אם הוא משקף את ההסכמה שהושגה בין הצדדים. דיני החוזים של המאה התשע-עשרה הושתתו גם על תפיסה של אטומיזם, היינו היחס החוזי נתפס כבעל ממד חברתי מצומצם. רק במקרים נדירים סווגו

13 בוקשפן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 183–184.
14 הגדרתו המדויקת והמלאה של המוסד החוזי, אם יש כזו, יכולה להתפרס על פני ספר שלם, אם לא למעלה מזה. ראו ARTHUR L. CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS 6 (1952).
15 G. GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT 12–13 (1974); ראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים א 11–32 (תשנ"א).
16 שלו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 466.
17 P. S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT 292–294 (1979); שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 46; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 17–20, 32–33.
18 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 45.
19 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 37.
20 Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553, 562 (1993). אף שאנליטית, מאחר שהפרטים נזקקים לכוחה האוכף של המדינה, דיני החוזים הם בעלי ממד ציבורי מאז ומתמיד.

הנורמות שקבעו הצדדים בחוזה שלהם כפוגעות באינטרסים של החברה או של צדדים שלישיים, ולכן צריך להגבילן באמצעות נורמות חיצוניות.²¹

נכון הדבר שגם הוגים המזוהים עם תקופה זו השתמשו במבחן אובייקטיבי וחיצוני לכוונת הצדדים, אך שימוש זה לא נעשה כדי לעקוף את רצון הצדדים אלא כמבחן קירוב לאבחון כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים או מתוך צורך להגן על הסתמכותו של צד לחוזה על גילויים חיצוניים של הסכמה לצורך השגת יציבות מסחרית.²²

דברים אלו, אשר היו יפים למאה התשע-עשרה, נשחקו דרמטית במאה העשרים אם כי עד היום נשמעות בפסיקה אמירות על חשיבותו המרכזית של עקרון חופש החוזים.²³ פיהות ניכר זה בעקרון חופש החוזים נבע משינויי עומק בתפיסות החברתיות והכלכליות.²⁴ עקרון חופש החוזים, אשר נשען במידה רבה על תאוריות כלכליות שהבטיחו כי הכרה בו תוליד שגשוג מצרפי, הוליד בסופו של דבר גם תופעות חברתיות לא רצויות.²⁵ תופעה זו נגזרה מהתעצמות כוחם הכלכלי של תאגידים גדולים אשר איתגרו את קיומו של חופש החוזים במתכונתו הקלאסית. היטיב לסכם דברים אלו השופט זמיר:

במדינה המודרנית, ואולי נכון יותר לומר בעולם המודרני, שוררים תנאים נוחים להתפתחותן של חברות גדולות המספקות שירותים ומצרכים חיוניים. החברות רוצות רווחיות, והרווחיות נובעת מן הצרכן. האינטרס של החברה והאינטרס של הצרכן מתמודדים זה כנגד זה. בהתמודדות זו קיים פער כוחות בין החברה לבין הצרכן. אם ההתמודדות נערכת בזירה של חופש החוזים, ורק החברה והצרכן נמצאים בזירה, אין לצרכן סיכוי סביר בהתמודדות. חופש החוזים, במצב כזה, הוא לעתים קרובות חופש של החברה להכתיב תנאים לצרכן. התוצאה הצפויה היא, לא רק פגיעה בצרכן כפרט, אלא בסופו של חשבון גם פגיעה בציבור כולו: הציבור נאלץ לצרוך שירותים ומצרכים ברמה נמוכה יותר ובמחירים גבוהים יותר מן הראוי והאפשרי. זהו לקח שנלמד מן המדינה המתירנית (laissez faire) של המאה התשע-עשרה. המדינה המתירנית הותירה את הזירה הכלכלית להתמודדות בין הספק לבין הצרכן, וכן גם להתמודדות בין

21 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 15 (מ' מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא", פורסם בכרך ג, בעמ' 313, 344).

22 לדוגמה מובהקת, גם אם שנויה במחלוקת, לתפיסה זו ראו Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

23 ROY KREITNER, CALCULATING PROMISES 200 (2007); Charles E. Hughes, Samuel Williston,

James Byrne and George Wharton Pepper, *Restatement Of Contracts Is Published By The American*

GILMORE; *Law Institute*, 18 A.B.A.J. 775 (1932), לעיל ה"ש 15, בעמ' 44-48; השו: שלו, לעיל ה"ש

2, בעמ' 134; O.W. HOLMES, *THE COMMON LAW* 242 (1881); Cohen; לעיל ה"ש 20.

צידוק נוסף לשימוש במבחן האובייקטיבי הוא שמרבית הסכסוכים החוזיים נגעו דווקא בנושאים אשר

הצדדים בחרו שלא להסדיר במפורש או אף לא צפו אותם, ומכאן שקיים קושי מקדמי ראיתי להגיע אל

"אומד דעתם" הסובייקטיבי.

23 השופט אלון בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' ריב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 477-478 (1989)

מתאר את עקרון חופש החוזים כ"אחד מעקרונות היסוד בתפיסתנו המשפטית וחברתית"; דבריו של אהרן

ברק **פרשנות במשפט** כרך ג - פרשנות חוקתית 421 (תשנ"ד); שלו **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 48-

50.

24 שם, בעמ' 47-48; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 41-43.

25 Cohen, לעיל ה"ש 20.

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

המעביד לבין העובד, על בסיס של חופש חוזים רחב מאד, כמעט ללא מעורבות של המדינה. התיאוריה היתה שכוחות השוק, ובעיקר כוחות של היצע וביקוש, יספיקו כדי להסדיר כראוי את היחס בין כלל הספקים לבין כלל הצרכנים, ללא צורך במעורבות של המדינה. אך התוצאה היתה ניצול, עוני ופיגור עמוק ורחב. המסקנה המעשית היתה, כי המדינה המתירנית, והעיקרון של חופש חוזים כמעט בלתי מוגבל, נכשלו. במקום המדינה המתירנית התפתחה, בעיקר באירופה, מדינת הרווחה (welfare state). מדינת הרווחה שמה לעצמה מטרה לקדם את הרווחה של כל האוכלוסייה, ובמיוחד לקדם את הרווחה של שכבות חלשות באוכלוסייה. מטרה זאת כללה אספקה של שירותים ומצרכים חיוניים בתנאים סבירים לכל האוכלוסייה. מכאן נבע הצורך בפיקוח מטעם המדינה על אספקת שירותים ומצרכים. לצורך זה נחלצה המדינה, במהלך המאה העשרים, לחוקק כללים ולהקים מוסדות לפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים לציבור...²⁶

התפתחויות אלו הביאו, כמתואר, להתערבות מאסיבית בעקרון חופש החוזים.²⁷ ההתערבות תוארה כהתפתחות החשובה ביותר בדיני החוזים המודרניים.²⁸ לא זו אף זו, בשל התמורות הכלכליות שחלו במאה העשרים, וביתר שאת במאה העשרים ואחת, התפתחו מדרך הטבע גם תפיסות מגוונות ומורכבות למוסד החוזי אשר עמעמו את זוהרם של הרצון ושל חופש החוזים והסיטו את הדגש לכיוון של הצדקות חברתיות וציבוריות לדיני החוזים.²⁹ מהתמקדות ברצון הצדדים עצמם הפכו דיני החוזים לכלי להגנתן של ציפיות והסתמכות של כלל המעורבים באינטראקציה החוזית, הכוללים את הצדדים עצמם (היינו, המבטיח והנבטח) אך גם את ציפיותיו והסתמכותותיו של הציבור.³⁰

- 26 בג"ץ 7221/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 630–631 (1998); ראו גם: Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43 COLUM. L. REV. 629 (1943); וגם: עניין ש.א.פ., לעיל ה"ש 6.
- 27 עדות חזקה נוספת לשינוי התפיסה בדיני החוזים ניתן למצוא בס' 90 לריסטייטמנט השני בדיני חוזים (בוקשפן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 229–230), ובמאמרם המפורסם של Fuller & Perdue *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52 (Part I), 373 (Part II) (1936), שנאמר עליו ש"מילא תפקיד מרכזי בהעברת הדגש מן הרצון של נותן ההבטחה לרעיון בדבר הסתמכותו של הצד האחר על ההבטחה שניתנה לו ועל ההפסד שנגרם לו עקב כך" (פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 70).
- 28 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 45 וראו גם: ATIYAH, לעיל ה"ש 17, בעמ' 775; GILMORE, לעיל ה"ש 15, בעמ' 79.
- 29 השו" : Melvin A. Eisenberg, *The Emergence of Dynamic Contract Law*, 88 CALIFORNIA L. REV. 1743, 1753 (2000) ("In contrast to the formal reasoning of classical contract law, modern contract law reasoning is substantive. That is, modern contract law seeks to justify doctrines on the basis of social propositions. Of course, doctrines have a role to play in substantive legal reasoning, but that is because of the social values of that underlie doctrinal stability, not because doctrines are either self-evident or established by deduction"). ראו בנוסף: Cohen, לעיל ה"ש 20.
- 30 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 (תשע"ג).

שינוי זה בחופש החוזים תואר "מבוכת משפטנים"³¹. דיני החוזים תוארו בספרות המשפטית "ממלכת המשפט הפרטי" וכלי שבו רשאים הצדדים לעצב במו ידיהם את תוכן התקשרותם, אולם אט אט הפכו מגבלות קוגנטיות וכללי הפרשנות האובייקטיביים את החוזה לכלי שבו התנאים והתוכן קבועים במידה רבה מראש ולא נותרה אלא הבחירה הוולונטרית אם להיכנס אל תוך החוזה אם לאו – קרי חופש התקשרות. רבים מתארים מהלך זה ככזה שהפך את החוזה לארגון או מוסד המאופיינים בכך שהכניסה אליהם היא אכן וולונטרית, אך היכולת לעצב את תנאיהם מוגבלת עד כדי בלתי אפשרית עבור היחיד.³²

עם זאת נראה שמגמה זו, אשר מובנת בשל שינויי העומק הנמשכים בעולם הכלכלה ובמעמד של המתקשרים החוזיים,³³ הרחיקה לכת, והגיעה השעה לכייל מחדש את המטוטלת, ובמילותיה של גבריאלה שלו: "חרף הפיחות הניכר שחל במעמדו לא תש עדיין כוחו של עקרון חופש החוזים, ויש להתאימו, ככל עיקרון ותיק, לסדר החברתי החדש והמתחדש בחיי מסחר וכלכלה דינמיים כמו אלה השוררים במדינת ישראל"³⁴. כפפה זו מנסה המאמר להרים.

2. מגבלות "על" ו"בשם" חופש החוזים

כידוע, עקרון חופש החוזים, ככל זכות חוקתית, אינו מוחלט.³⁵ גם בתקופות שבהן היה מצוי בשיא תפארתו היה עקרון זה נתון למגבלות,³⁶ אלא שלא לו ניתן פירוש מצומצם.³⁷ עם זאת כיום אין לכחד

- 31 ג'ד טדסקי "אי-אילו היבטים למושג חוזה" מסות במשפט 70 (תשל"ח).
- 32 מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17 (תשס"ה); Cohen, לעיל ה"ש 20, בעמ' 590.
- 33 ראו אייל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" עלי משפט יג 7, 12-15 (תשע"ז): "אף במשפטנו – באיחור של כרבע מאה – נשמעו ונשמעים קולות הקוראים להגדלת משקלו של עיקרון חופש החוזים, לצמצום המשקל של הערכים המתחרים מעין הוגנות ושיתוף פעולה ולהצנעת תפקידו של בית המשפט בענייני חוזים. בשל התפתחויות אלה, עד לפני שנים אחדות ניתן היה לדבר על 'עלייתו, נפילתו ועלייתו' של עקרון חופש החוזים. בשנים האחרונות – למן שלהי העשור הראשון של המאה העשרים ואחת – יש אולי ניצנים של שינוי מגמה חוזר. עם המאפיינים של התפתחות זו בארץ ובעולם, ניתן למנות בראש ובראשונה, את משבר הסאב פריים בארצות הברית, שגרר את המשק האמריקאי והעולמי למשבר חריף ועורר ספק בתבונתה של מגמת הדה-רגולציה בעולם המערבי. בעקבות ממשלים בעלי אוריינטציה ימנית מובהקת, כמו אלה של מרגרט תאצ'ר באנגליה ורונלד רייגן וג'ורג' בוש האב בארצות הברית, עלו ממשלים בעלי אוריינטציה חברתית יותר, כמו ממשלת הלייבור באנגליה והנשיאים ביל קלינטון וברק אובמה בארצות הברית. בישראל למן שנת 2008 לערך התנחשל גל אדיר של חקיקה צרכנית, שבא לידי ביטוי בשורה ארוכה של תיקונים לחוק הגנת הצרכן ומכוחו ... בתאוריה של דיני החוזים, הגישה הכלכלית עודנה משפיעה מאד, אולם הניתוח הכלכלי עצמו הושפע במידה רבה ממחקרים ביהיוראליים, הקוראים תיגר על הנחות המוצא של הניתוח הכלכלי הסטנדרטי. ההכרה בכך שאנשים שוגים לעתים באופן שיטתי וצפוי בהחלטותיהם, וכתוצאה מכך לא משיאים את תועלתם או את התועלת החברתית הכוללת, מצריכה שינויים בניתוח הכלכלי ועשויה להצדיק רגולציה גם אם דבקים ביעד של הגדלת סך כל הרווחה החברתית כיעד בלעדי – עד כדי הצדקה לפטרנליזם בדיני חוזים".
- 34 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 48.
- 35 ברק פרשנות במשפט כרך ד – פרשנות החוזה 75 (תשס"א); ד"נ בית יולס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 486.
- 36 Cohen, לעיל ה"ש 20, בעמ' 558.
- 37 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 39.

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

כי המגבלות על עקרון חופש החוזים התרחבו במידה כה דרמטית, ששאלתה של ג' שלו "מה נותר מחופש החוזים" אכן נותרה מהדהדת.³⁸

ובכל זאת ריבוי ההתערבויות לכאורה בחופש החוזים, גם אם הן נעשות קוגנטית, לא קורץ מעור אחד והוא בא לתת מענה לשני סוגים של התפתחויות עומק בדיני החוזים ומחוצה להם: האחד עיקרו בהתפתחויות אשר נבעו מהתעצמותו של המגזר העסקי ומריבויין של עסקאות המוניות אשר מאיימות על מעמדו של הרצון החופשי במרבית ההתקשרויות החוזיות בנות זמננו,³⁹ והשני עיקרו בתפיסה אשר רותמת את המוסד החוזי להגנתם גם של ערכים חברתיים, זולת חופש הרצון. לפי זה במסגרת מאמר זה נסווג לשני סוגים את ההתערבויות הרבות בחופש ההתקשרות ובחופש העיצוב והתוכן בעידן המודרני, ונייחד את הדיון רק לאחת מהן. "משפחה" אחת של מגבלות חובקת את אלו אשר מתערבות מהותית בעקרון חופש החוזים בשם ערכים ועקרונות חברתיים חוץ-חוזיים, ו"משפחה" אחרת של הוראות חובקת את אלו המתערבות בעקרון חופש החוזים התערבות צורנית בלבד, ואשר "אף שהן מצרות את ידי הצדדים, אינן פוגעות בחופש החוזים אלא מבטיחות למעשה את קיומו האמיתי".⁴⁰ התערבויות מן הסוג הראשון, בין שהן נקובות בחוק החוזים (דוגמת סעיף 30 לחוק החוזים) ובין שהן קבועות מחוץ לחוק החוזים (דוגמת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א–2000 וחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח–1988) יכוננו במאמר זה "התערבויות ציבוריות", אשר אף שהן מוטלות על צדדים פרטיים, הצדקתם חיצונית לעקרון חופש החוזים.⁴¹ לעומת זאת התערבויות מן הסוג השני, אשר נועדו לשפר את חופש הרצון, העיקרון המסורתי שדיני החוזים נועדו להגשמתו ולהבטיחו, יכוננו במאמר זה "התערבויות חוזיות", בין שהן קבועות בתוך חוק החוזים (דוגמת סעיפים שונים הקבועים בפרק ב' לחוק החוזים) ובין שהן קבועות מחוץ לחוק החוזים (כגון חוק הגנת הצרכן, תשמ"א–1981).⁴² ההתערבויות החוזיות משתלבות עם התורה הקלאסית לדיני החוזים, הדוגלת בהגנה של הרצון החופשי,⁴³ ואילו ההתערבויות הציבוריות

38 לעיל ה"ש 2. לא בכדי סברו דניאל פרידמן ונילי כהן בספרם כי "אפשר שההתפתחות החשובה ביותר בדיני החוזים המודרניים נוגעת להתערבות העצומה מכח הדין (בעיקר באמצעות חקיקה) בחופש החוזה" (פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 45).

39 ראו עניין **פ.א.פ.**, לעיל ה"ש 6; וראו עניין **איגוד שמאי הרכב**, לעיל ה"ש 26.

40 הנשיא שמגר בד"נ **בית יולס**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 464; ראו גם Cohen, לעיל ה"ש 20, בעמ' 587–588.
41 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א–2000 וחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח–1988 הובאו כדוגמאות לחוקים אשר עיקר הצדקתם נעוץ בערך החוקתי של שוויון, אף שניתן, בדוחק, לטעון שעניינם גם בהגנה על הרצון החופשי. למשל, יהיו שיטענו כי חוקים אלו משמעים להגן על הצדדים מפני הטיות קוגנטיות חסרות כל בסיס רציונלי, ובכך למעשה לאפשר חופש התקשרות אמתי.

42 להבחנה דומה ראו שלו **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 51 ונילי כהן "השוויון" מול חופש החוזים המשפט "המשפט א 131 (תשנ"ג). לסוגי הגבלות נוספים ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 45–65.

43 Cohen, לעיל ה"ש 20, בעמ' 587: "To put no restrictions on the freedom to contract would logically lead not to a maximum of individual liberty but to contracts of slavery, into which, experience shows, men will 'voluntarily' enter under economic pressure, a pressure that is largely conditioned by the laws of property. Regulations, therefore, involving some restrictions on the freedom to contract are as necessary to real liberty as traffic restrictions are necessary to assure real freedom in the general use of our highways"

משתלבות עם גישות מודרניות יותר לדיני חוזים, אשר מדגישות ערכים חברתיים,⁴⁴ ואשר במקרים מסוימים אף מגלמות את "רצון השיטה" ביחס לרצון הצדדים.⁴⁵ לאור ההבחנה האמורה נראה שאלו הדוגלים בהעלאת קרנו של עקרון חופש החוזים לא יתנגדו, או יתנגדו פחות, לשימוש במנגנוני ההתערבות החוזיים, שכן אלו לא רק שאינם מסכנים את עקרון חופש החוזים אלא אף באים למעשה לבססו. לעומת זאת היות שמנגנוני ההתערבות הציבוריים, ובראשם עקרונות תום הלב ותקנת הציבור שאליהם נפנה בחלקיו הבאים של המאמר, הם שמכרסמים בעקרון חופש החוזים, בשם ערכים חברתיים אחרים, יתמקד המאמר בסרטוט קו הגבול הראוי – שישאב גם הוא את הצדקתו ממבחנים חברתיים וציבוריים – בנגזרת זו בלבד.

משימה זו עוסקת ברקמה העדינה ביותר של דיני החוזים, והיא בעלת משמעות תאורטית ויישומית רבה משום שעל אף השימוש הנרחב בעקרונות החוזיים של תום הלב ותקנת הציבור באיזון שבין עקרון חופש החוזים לבין זכויות חברתיות מתנגשות,⁴⁶ לא חוורה דייה שאלת אופן האיזון בין הערכים החברתיים שאליהם מחויבים הצדדים לחוזה בכל מקרה נתון.⁴⁷ אכן, זכורה ההצהרה העקרונית שניתנה בעניין **קסטנבאום**, שלפיה "דומה כי מובן וברור הוא שעקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי... זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון, הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם", הצהרה שבצדה הובאה גם העמדה ה"מידתית" העקרונית, שלפיה "בהעברתם של עקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, מתחומי המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי, חלה בהם תמורה. חובתו של השלטון לקיים זכויות אדם אינה זהה בתוכנה לחובתו של הפרט לקיים זכויות אדם".⁴⁸ עם זאת אין בקביעות עקרונית אלו, ובעיקר בזו השנייה, קווים מנחים לסרטוט היקפה ומידתה של אותה תמורה. במילים אחרות, במשפט הישראלי דהיום נוכחת גישה לא עקיבה שטרם התנתקה מההבחנה בין משפט ציבורי למשפט פרטי, אשר קוראת קריאה רטורית להטלתה של אחריות חברתית עמומה ביחסים בין אדם לרעהו – בעיקר באמצעות עקרונות תום הלב ותקנת הציבור – אך אינה מנחה מתי וכיצד תיקבע מידתה של אותה אחריות שמשמעה כרסום בעקרון חופש החוזים. לפיכך חלקו השני של המאמר יוקדש לסקירת ההתייחסויות הקיימות כיום בפסיקה לעניין זה וידגים את חוסר העקיבות העולה מהן. חלקו השלישי של המאמר יוקדש להצעה של קריטריונים שיש לשקול

44 השוו: ברק, לעיל ה"ש 23, בעמ' 98–100.

45 שם, בעמ' 539; השוו: ע"א 11418/03 Megason Publishing APS נ' אורנים פרויקטים 1994 בע"מ, פס" 8 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנוב, 11.4.2005) ובג"ץ 846/93 ברק נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(1) 3 (1994).

46 מאמר זה מתייחס לשימוש בעקרונות אלו אך בהקשר של איזון עם זכויות חברתיות מנוגדות, ואין הוא עוסק בשימוש בעקרון תום הלב בהקשר של ביסוס תרבות של אמון בין-אישי במסגרתם של דיני החוזים – להרחבה בנושא זה, ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 39.

47 השוו: שלו, לעיל ה"ש 11.

48 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 531 (1991). בעבר, בעידן של טרם חקיקתם של חוקי היסוד, ביטא גישה זו ביטוי מובהק השופט זוסמן בבג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115 (1969), "בעוד שאזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לאלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית". ספק רב אם דברים אלו, בנימתם הגורפת, היו תקפים כיום, בעידן שלאחר חקיקת חוקי היסוד והעצמתו של עקרון השוויון.

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

במלאכת האיזון האמורה. בחלק זה יציע המאמר כי קריטריונים אלו צריכים להתחשב ביעדיה הרחבים של התמורה החברתית המתחוללת במשפט הפרטי בישראל ולהיגזר, בכל מקרה נתון, מתוך שיקולים חברתיים הנוגעים למשקלם הסגולי של זכויות היסוד שבהם מדובר, למעמדם ולחשיפתם החברתית של הצדדים לאינטראקציית החוזית ולמעמדו הפרלמינרי והבכיר של העיקרון החברתי המוגן כדרך מסורת דיני החוזים – עקרון חופש החוזים – כל עוד עסקינן באינטראקציית חוזית שעיקרה הוא בספרה האישי והפרטי.⁴⁹

ב. עקרונות תום הלב ותקנת הציבור – המשפט המצוי והשפעתו על מעמד החוזה במשפט הישראלי

כאמור, בעמדה העקרונית והמבורכת המקובלת כיום שלפיה גם במשפט הפרטי חלים עקרונות היסוד על כלל מרכיביה של השיטה המשפטית,⁵⁰ עדיין אין כדי לענות על השאלה מהו היקפם ומשקלם של עקרונות אלו במסגרת המוסד החוזי.⁵¹ לטענתנו, שתפותח יותר בחלקו הבא של הפרק, קביעת מידתה של האחריות החברתית בדיני החוזים צריכה לנבוע, בראש ובראשונה, ממהותם האפיוורית של דיני החוזים המתחשבת בהגשמת הציפיות של כלל המרכיבים הנוכחים בכל אינטראקצייה (כלומר הצדדים עצמם והציבור) בדבר עצם תפקידו של החוזה בשיטת המשפט. אכן, חוזים הם מטבעם מכשירים משפטיים בסיסיים ושכיחים, ומכאן כוחם להשפיע על ערכים חברתיים רבים ומגוונים. עם זאת עובדה זו יוצרת פיתוי הנכר כבר כיום בפסיקת בית המשפט העליון, להסתייע בהם להטמעתם של ערכים חברתיים במידה המעוררת חשש למעמדו החברתי של עקרון חופש החוזים ולמעמדו של המוסד החוזי במשפט הישראלי. לא בכדי התייחס השופט זמיר להלכה של הנשיא ברק בפרשת **רקנט** – שנסבה על היקף תחולתו של עקרון תקנת הציבור בסכסוך חוזי – כבעלת פוטנציאל של השפעה רבה על "מעמד החוזה במערכת המשפט", לא פחות.⁵²

ייכוח דומה, הנסב על מעמדו ותפקידו של עקרון תום הלב בדיני החוזים, נתגלע בפרשת **בית יולס**, שם הגדיר השופט אלון את גישתו של השופט ברק בנושא זה "פאטרנליזם שיפוטי".⁵³ לדידנו, קביעתה של מחויבות חברתית לכלל העקרונות החברתיים של השיטה המשפטית, ללא "נביעה" מהעיקרון החברתי הפרלמינרי של חופש החוזים – מאיימת על היעד החברתי האמור. לא זו אף זו, חלק גדול מהביקורת על המשך תהליך הטמעתה של התמורה החברתית המבורכת במשפט הישראלי ומההתנגדות לו, שאליהן התייחסנו ארוכות במקום אחר,⁵⁴ נובעות מהתחושה שהרעיון

49 בוקשפן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 173–174.

50 ראו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** 363 (תשע"ב) ובוקשפן וכשר, לעיל ה"ש 10.

51 בעניין זה חולק המאמר על עמדתה של גבריאלה שלו שלפיה לא צריכה להיות תחולה לערכי המשפט הציבורי ולזכויות האדם החוקתיות בתחום דיני החוזים (שלו, לעיל ה"ש 11).

52 עניין **רקנט**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 375 וראו להלן טקסט ליד ה"ש 75–80. עניין **רקנט** מייצג גם מחלוקת פוסקים בדבר מעמדם של שיקולים עסקיים במסגרת החברה העסקית במשפט הישראלי.

53 ד"נ **בית יולס**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 495.

54 בוקשפן, לעיל ה"ש 5.

החברתי המרכזי בבסיסם של דיני החוזים נמהל יתר על המידה, ובעקבותיו נמהלת גם תחושת הוודאות והיציבות הנגזרת מהציפיות הראויות של מרכיבי השיטה המשפטית. אכן, זיהוי של כלל הערכים החברתיים הנחשפים בכל אינטראקציה חוזית, ויכולת האיזון ביניהם, מעידים על ההתמרה, על יכולת ההפשטה ועל בשלותה של השיטה המשפטית. עם זאת פסקי הדין המנחים שדנו בעקרון תום הלב וכן אלה שדנו בתופעת "חלחולו" של המשפט הציבורי למשפט הפרטי באמצעות עקרון תקנת הציבור, השתמשו ברטוריקה שלא התייחסה דייה לשאלת האיזון, וממילא לא ניתנה העדפה למטרותיהם החברתיות הטבועות והראשוניות של דיני החוזים,⁵⁵ ועמן ניתן למנות את עקרון חופש החוזים ואת רעיון האמון הבין-אישי.⁵⁶ משמעות הדברים היא כי במצב המשפטי הקיים נקל לאבד את מוקד ההתבוננות החברתית על המוסד החוזי ולהיקלע למצב של בלבול, חוסר ודאות וחוסר יציבות דווקא בתחום המשפטי שבו ערכים אלו חיוניים במיוחד.

המהילה – ולו הרטורית – של העקרונות החברתיים שבבסיסם של דיני החוזים באה לידי ביטוי מובהק בכמה פסקי דין מרכזיים שידגימו את טענתנו במאמר זה, עניין **טבעול**, עניין **רקנט** ועניין **סער**.⁵⁷ חשיבותם הנורמטיבית של פסקי הדין נובעת מעיסוקם הישיר בשאלת מידתם ואיזונם של עקרונות היסוד במשפט הפרטי; לא בכדי זכו שניים מתוך שלושת פסקי הדין האמורים לדיון נוסף בהרכב מורחב של שבעה שופטים. מסיבה זו ניתן לראות בפסקי הדין האלה גם מבטאים את כיוון הרוח המנשבת כיום בבית המשפט העליון בשאלות שבהן אנו עוסקים.

בעניין **טבעול** נדונה שאלה בתחומם של דיני ההגבלים העסקיים הנוגעת לשאלות יסוד של דיני החוזים ובכפפותם לעקרונות יסוד חברתיים. ביתר פירוט, השאלה שנדונה נגעה לתקפותו ולקימומו של חוזה הנחזה כ"הסדר כובל" לפי חוק ההגבלים העסקיים ולשאלת יכולתו של צד להתנכר לחוזה שכרת בטענה כי החוזה אינו חוקי ועל כן בטל.⁵⁸ כפי שניתן להבחין בעת קריאת פסק הדין, דיון כזה, לרבות

55 גבריאלה שלו "חופש העיסוק וחופש החוזים" ספר **מנחם גולדברג** 485, 500 (אהרן ברק עורך, תשס"א): "בעימות הפנימי בקרב כללי תקנת הציבור, בין השאיפה לקיום התחייבויות ובין הגנת העובד והעוסק, בין חופש החוזים ובין חופש העיסוק, יש ליתן משקל נאות (ורב יותר לדעתי מאשר לדעת ברק) לחופש החוזים, לערך של קיום התחייבויות ולאינטרס ההסתמכות של צד לחוזה (המעביד). גם אם נקבל את השקפת ברק בדבר תחולת העקרונות של חוקי היסוד במשפט הפרטי ואת דעתו, שלפיה עלה חופש העיסוק בדרגה נורמטיבית, יש ליתן משקל דומה לחופש החוזים, אשר גם הוא מעוגן כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

56 בוקשפן, לעיל ה"ש 30. לגישה נוספת, המתיישבת אף היא עם האמור במאמר זה והמונה עם מטרותיהם של דיני החוזים את הרעיונות בדבר הגינות, ודאות משפטית, הגנה על ציפיות, הסתמכות ואמון, ראו סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני החוזים" **מאזני משפט** ו 21, 32–35 (תשס"ז).

57 דנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ**, פ"ד נ(1) 56 (2001); ע"א 6601/96 **AES INC SYSTEM נ' סער**, פ"ד נ(3) 850 (2000); עניין **רקנט**, לעיל ה"ש 7.

58 לא מפתיע כי השופט חשין בחר לפתוח את פסק דינו בדנ"א **טבעול**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 61, בדברים האלה: "שתיים הן השאלות הצורכות הכרעה אופרטיבית, ואלו הן השאלות. שאלה אחת: הסכם לפירוק שותפות שבעלי-הדין כרתו ביניהם כלל תניית אי-תחרות. תנייה זו, האם תניית-הסדר-כובל היא, אם לאו? שאלה שניה: מי שהוא צד להסדר כובל – הסדר אשר כרת עם בעל-החוזה האחר מרצונו החופשי – הנשמע לטענתו כי ההסדר הכובל הסדר בלתי-חוקי הוא? האם הסדר הוא שאינו ראוי לאכיפה? האם הסדר הוא שלא יצמיח עילת תביעה? אלו הן השאלות הצורכות הכרעה מיידית, ואולם בחינה מקרוב תגלה לנו כי ניסיון לאתר את היסודות המרכיבים את התשובות יגרוור אותנו ויוליך אותנו דרך-שרשרת אל

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

הדיון בשאלה המקדמית בדבר סיווגו של החוזה כהסדר כובל בנסיבות המקרה, יונק משיקולים של מדיניות משפטית הנובעים כשלעצמם מעמדותיהם של השופטים השונים כלפי מעמדה של הזכות החוזית בשיטת המשפט וכלפי מקומו של הערך החברתי בדבר חופש החוזים (באמצעות איזונו עם עקרונות חברתיים שבבסיס החוק השולל הסדרים כובלים) – וכל זאת כשצד לחוזה טוען לאי-חוקיותו של ההסדר הכובל כדי להיפטר מהתחייבות חוזית שנטל על עצמו.⁵⁹

עובדות המקרה נגעו להסכם שותפות שנחתם ביום 25 בדצמבר 1989 בין חברת טבעול (1993) בע"מ (להלן: "טבעול"), שבין היתר עסקה בייצור ובשיווק של מוצרי מזון דמויי-בשר, לבין קיבוץ אילון, שעסק בייצור ובשיווק של מוצרי מזון שמקורם בדגים והקרניים מוצרי סורימי. מטרת השותפות הייתה לעסוק בייצור, בפיתוח ובשיווק של המוצרים דמויי-הבשר לפי הידע שהיה בידי טבעול, ושל מוצרי סורימי לפי הידע שהיה בידי קיבוץ אילון. ביום 9 ביוני 1993 כרתו השותפים והשותפות הסכם נוסף, ובו נקבע בין היתר כי טבעול תפרוש מן השותפות ללא תמורה כלשהי ובשחרורה מהתחייבויות השותפות, וכי הצדדים לא יעסקו זה בעיסוקו של זה במשך תקופה של חמש שנים אשר נספרו מתום "התקופה הקובעת" בהסכם. תקופה זו תמה ביום 31 במאי 1994, ולכן ההתחייבות הייתה צריכה לחול עד ליום 31 במאי 1999. בחודש מרס 1997, בטרם חלפו חמש השנים של היעדר תחרות, פרסם משרד הביטחון מכרז לקנייה של כחצי מיליון "שניצלים מחלבוץ צמחי". במכרז זה התחרו גם טבעול וגם השותפות שממנה פרשה – והיא שזכתה במכרז. לטענת טבעול, השותפות הפרה את ההסכם ביניהן, ולפיכך פנתה אל משרד הביטחון בדרישה כי יימנע מלהתקשר עם השותפות בהסכם להספקת המזון. משרד הביטחון לא נעתר לדרישתה של טבעול, והיא עתרה לבית המשפט למנוע את כריתת ההסכם בין משרד הביטחון לבין השותפות. בית המשפט המחוזי דחה את העתירה, וכך גם בית המשפט העליון בערעור ובדיון הנוסף שנערך בעניין זה.

לגישתו של שופט המיעוט בערעור ובדיון הנוסף, השופט טירקל:

בני אדם עשויים להרתע מלהתקשר בהסדר כובל המיטיב עימם אם יידעו שהצד המתקשר איתם בהסדר עלול לטעון בעתיד כי ההסדר אינו חוקי ולהמנע מלקיים אותו. אכיפתם של דיני ההגבלים העסקיים יעילה יותר, אולם היעילות מושגת על חשבון פגיעה בעקרונות בסיסיים של תום לב, הגינות, יושר ואמון בין הצדדים... כאשר

עיקרית-תשתית הטמונים במעבה-המשפט, עד שנידרש לחוט של אריאדנה כדי לגשש את דרכנו חזרה אל אור השמש".

59 "השאלה אם יש לנקוט גישה של פרשנות מרחיבה של החוק, הלוכדת ברשתה הסדרים רבים, או גישה של פרשנות מצרה הלוכדת ברשתה הסדרים מעטים, אינה פשוטה, והשיקולים שביסודה של כל גישה מורכבים. בעיני, הגישה הרצויה היא המצרה, כזאת שנקטתי בפסק דין זה, וזאת משלושה טעמים עיקריים. האחד, צמצום תוצאותיה של הקביעה שהסדר הוא הסדר כובל בתחום המשפט הפלילי; השני, העדפת ערכים של תום לב, הגינות ויושר על פני השיקול של ההגנה על התחרות החופשית; השלישי, הכרוך בקודמו, צמצום הפגיעה בוודאות המשפטית על ידי הפחתת מספר המקרים של ביטול חוזה בשל אי-חוקיות הנובעת מן הקביעה שהוא הסדר כובל", ע"א 6222/97 **טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3) 145, 163–164 (1997). יצוין כי לאור קיומו של ס' 31 לחוק החוזים, בטלותו של החוזה לפי ס' 30 לאותו חוק אינה מונעת את האפשרות להתחשב בציפיות הצדדים; השוו בג"ץ 6231/92 **זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מט(4) 749 (1995), בו נעשה מהלך מעניין להגשמת ציפיות הצדדים לחוזה הבטל באמצעות ס' 31 לחוק החוזים.

מניחים על כף המאזניים האחת את מניעת הפגיעה בתחרות החופשית, שמטרתה לפתח את המשק הלאומי, ועל כף המאזניים השנייה ערכים מוסריים שעליהם אנו מבקשים להשתית את החברה שבה אנו חיים, אין לי ספק שהכף השנייה מכריעה את הראשונה. אם הברירה היא בין חברה עשירה, אך חסרת ערכים, לבין חברה דלה, שערכים על דגלה, אני בוחר בשנייה. אם עומדת התחרות מול אמיתו של החוזה, אמת עדיפה. מטעמים אלה, בעיקר מטעמים אלה, יש לנקוט פרשנות מצמצמת שסופה שהיא ממעטת עבריינים וממעטת את אלה שאינם עומדים בדיבורם.⁶⁰

אף השופט גולדברג הביע אי-נוחות מטענתה של השותפות, המנוגדת להתחייבות שקיבלה עליה, אך העדיף את התכלית החברתית המוסדרת בחוק ההגבלים העסקיים:

אין לחדד כי העלאת הטענה מצד שף הים על אי-חוקיותה של התניית ההגבלה, מעלה תהיות לגבי תום ליבה. היא חתמה מרצון על הסכם אשר נתפס על ידי שני הצדדים כמחייב וכמשקף את מפגש רצונותיהם, ולאחר מכן הפרה אותו בטענה כי תניית ההגבלה אינה חוקית ועל כן אינה מחייבת. אולם אין בחוסר תום הלב כדי לגבור על הוראת החוק לגבי נפקותה של תניית ההגבלה.⁶¹

השופט דורנר ביכרה – בקול חזק אף יותר – את יעדיו החברתיים של חוק ההגבלים העסקיים על אלו של חוק החוזים. השופט דורנר לא התייחסה בנפרד לטענת אי-החוקיות של החוזה מפיו של צד לחוזה, אלא ראתה בסוגיה מקרה "שגרת" של אי-מימוש התחייבות חוזית; אף שמדובר במחלוקת חוזית, היא לא ייחסה יתרון לא לרעיון האמון הבין-אישי ולא לאוטונומיית הרצון הפרטי:

במחלוקת שנפלה בין חבריי, השופט טירקל והשופט גולדברג, דעתי היא כדעתו של השופט גולדברג. אף אני סבורה, ומטעמיו, כי יש לדחות את הערעור. עם זאת, אני מבקשת להשאיר בצריך-עיון את קביעתו בדבר חוסר תום-ליבה של המשיבה; ומה-גם שאפשר להטיל ספק אף בתום-ליבה של המערערת, העומדת על מימוש זכויותיה לפי הסדר כובל הפוגע בציבור... איסור ההתקשרות בהסדר כובל ללא קבלת אישור מן המועצה להגבלים עסקיים, מונע התארגנות קרטלית הפוגעת בציבור. ההגנה על

60 ע"א טבעול, לעיל ה"ש 59, בעמ' 167–168. ראו גם דבריו – שעליהם הסתמך גם השופט טירקל – של השופט שלמה לוין, כתוארו אז, בד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 237 (1982): "מי שדורש מצד לחוזה להתנהג בתום-לב לא יתייחס בסלחנות לצד אשר יפר חוזה ממניעים של רצון קוניוקטורלי להתעשר על חשבון הצד האחר. הגישה החוזית האמורה מעבירה את הדגש מהסיכון שבנוקי ההפרה אל ההפרה עצמה; יש בה כדי להרתיע צד לחוזה מלהפר את התחייבויותיו על פיו; יש בה כדי להשתלב בתחושת הצדק הרווחת בחברה הישראלית, שעל פיה לא יצא החוטא נשכר. היא אמנם מנוגדת לאסכולה הכלכלית של המשפט, אך תפיסתה של אסכולה זו מתעלמת, לענייננו, מהעובדה, שמדובר בבני אדם בעלי תחושה מוסרית ולא ברובוטים".

61 ע"א טבעול, לעיל ה"ש 59, בעמ' 180.

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

הציבור מפני הסדרים כובלים אינה בעלת ערך מוסרי הפחות מן הערך המוסרי שבמימוש התחייבויות חוזיות.⁶²

עמדותיהם של שופטי הרוב בע"א **טבעול** קיבלו חיזוק ו"קבוע" בדיון הנוסף באותו עניין. כאנקדוטה, ובטרם נפנה לפסק הדין עצמו, נציין כי פחות מחמישה חודשים לאחר פסק הדין בע"א **טבעול** ניתן בבית המשפט העליון פסק דין במחלוקת דומה למדי – בעניין **וולטה**⁶³ – וממנו עולה עמדה חברתית הפוכה, המצדדת במתן בכורה לשיקולי אמון וכיבוד הסכמים במסגרת דיני החוזים. בעניין **וולטה** אמנם הכיר השופט מצא בתוקפו של החוזה שבו דובר, בהבחינו אותו מעניין **טבעול**,⁶⁴ אך הנמקותיהם של השופטים טירקל ואריאל הוקדשו רובן ככולן לשיקולי מדיניות מתחומם של דיני החוזים לשם הצדקת תוקפו של החוזה. השופט טירקל חזר על דבריו בע"א **טבעול**, ואילו השופט אריאל הדגים את מקום עגינתה החברתי והמשפטי של המחלוקת בדבר מקומו של עקרון חופש החוזים. הדברים הבאים מהווים – בניכוי הפניות – כמעט את מלוא פסק דינו בסוגיה:

משאני חרד למגמה ההולכת וגוברת של בעלי-דין להתחמק מקיום חוזים, בכל דרך שהיא, בבחינת: 'חוזה-לך ברח', מצאתי לנכון להוסיף מילים מספר... 'קדושת החוזה', או 'קדושת חופש החוזים', כבר, כנראה, הולכת ומאבדת את קדושתה, על מזבח האיזון, בין עקרון זה לעקרונות חברתיים כלכליים ואחרים, ואולי ניתן עוד להחזיק, במידה כל שהיא, ב'חופש החוזים'. משצד אינו שבע רצון מתוצאות ההסכם אליו הגיע בעל-פה או בכתב, הוא מנסה להתנער ממנו, בעזרת בית-המשפט, אף-על-פי שהוא חייב בקיומו ובביצועו של ההסכם בתום לב, בתואנות שונות כשהוא מנסה להיעזר בטענות מאי-גמירות דעת וטעות ועד לטענות בדבר אי-אפשרות קיום ואכיפתו של ההסכם או מנסה למצוא את מפלטו בטענה של 'תקנת הציבור', או כמו כאן בטענה של 'הסדר כובל', במסווה של תום לב, כביכול, להפרת ההסכם, במקום לקיומו... לדידי, הטענה האמורה, בענייננו, בעניין 'ההסכם הכובל', אכן נטענת בחוסר תום-לב, כדי 'לברוח' מהתחייבות, בעוד נושא ההסכם אינו נכלל בגדר 'הסכם כובל'. מה עוד שמדובר בתקופה קצרה, ש'לא לעסוק במשך 12 חודשים...' חרף התמורה המספיקה, אם לא הנדיבה, שבגינה באה התחייבות זו... נדמה לי שיש מקום להרהר מחדש באיזון שבין עקרון חופש ההתקשרות לבין העקרונות החברתיים, הכלכליים והאחרים, שמא הופר האיזון, האמור, יתר-על-המידה.⁶⁵

62 שם, בעמ' 181.

63 רע"א 2059/98 **וולטה יצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S. מדיטרניין בע"מ**, פ"ד נב(4) 721 (1998).

64 אם כי שם, בעמ' 731, התייחס השופט מצא אגב אורחא ובמרומו גם לשיקולי אמון והגשמת ציפיות: "אם

בנסיבות כאלה לא יינתן תוקף מחייב לתניית אי התחרות, עלולה המעצרת להפיק מהסתלקותה מן החוזה תועלת כלכלית פסולה. קבלת עמדתה, כי כך אמנם מתחייב מפירושו של סעיף 3(6) לחוק ההגבלים העסקיים, תרבה חלילה (כביטוי של חברי, השופט טירקל, בפסק-דינו החולק בפרשת **טבעול**, בעמ' 168) את 'הנבלים ברשות חוק ההגבלים העסקיים', המחפשים מפלט מפני קיום התחייבויותיהם החוזיות".

65 שם, בעמ' 733.

הבזקה היפה והקצר של עמדה זו, המשיקה לקביעה בע"א **טבעול**, לא האריך ימים, והיא נדחקה לפינה בדיון הנוסף בעניין **טבעול**. דיון נוסף זה, שנערך בהרכב של שבעה שופטים, הותיר את עמדתו של השופט טירקל בע"א **טבעול** בבדידות אל מול עמדתם של השופטים ברק, ש' לוי, חשין, שטרסברג-כהן, דורנר ואנגלרד.

לדעתו של השופט חשין בדיון הנוסף בעניין **טבעול**, החובה לקיים הסכמים נחלשה עם חקיקתו של חוק ההגבלים העסקיים. לגישתו, טרם חקיקתו של חוק ההגבלים העסקיים נבדק מעמדה של "תקנת הציבור" בהקשר של תניית אי-תחרות "מבעד לחובה לקיים הסכמים",⁶⁶ ואילו לאחר חקיקתו עלה מעמדו של עקרון אי-התחרות. עמדה נורמטיבית זו של השופט חשין אינה מחויבת המציאות, ונראה שכבר בה יש כדי למהול יתר על המידה את מרכזיותה הכלל-חברתית והמשפטית של "החובה לקיים הסכמים" ואת החובה שלא לטעון כלפיהם בחוסר תום לב לאחר כריתתם כי אין הם חוקיים.⁶⁷ דיני החוזים, המשמשים כלי רב עוצמה בהטמעתה של אחריות חברתית ביחסים הבין-אישיים, עושים כן בראש ובראשונה באמצעות הבניה של תרבות כיבוד הסכמים והגנה על רצון הצדדים. למגמה זו יש לתת מעמד אפריורי גבוה במסגרתה של התמורה החברתית המתחוללת במשפט הישראלי, במיוחד משום שזו עשויה לסייע – במובן העמוק וארוך טווח – לעידודם של יעדים כלכליים המצויים גם בבסיסו של האיסור על הסדרים כובלים. השופט חשין אמנם התייחס לרעיון זה במרומו, אך לא ייחס לו נפקות נורמטיבית וחברתית החורגת מהיחסים שבין הצדדים לבין עצמם:

אסכים, כמובן, כי בין התובע לבין הנתבע – בחלוקת הצדק בין שני אלה – תהא אהדתנו נתונה לתובע ולא לנתבע *pacta sunt servanda*. כך לימדונו – ונעשה כמיטבנו לאכוף על צד להסכם התחייבות שנטל על עצמו. ואולם בל ניחפז בדרכנו ובל נראה נגד עינינו אך את שני אלה הניצבים לפנינו כהיום הזה. נזכור-נא, אל-נשכח, כי אותם שניים שאנו מתבקשים להכריע בעניינם, קשרו קשר ביניהם להפקיע לטובתם-שלהם נכסים מנכסיו של הכלל, לשלול שלל מיחידי הכלל. כי מהו הסדר כובל אם לא הסכם בין שניים (או יותר) להחניק ולדכא תחרות ביניהם בכוונה לשלול שלל ולבוז בז מן הציבור הרחב? ומי הוא – אם לא בית-המשפט – שיטען לאותו ציבור שהשניים

66 כך שאם ההגבלה על חופש העיסוק הייתה סבירה והוגנת כלפי הצדדים עצמם, "רק לעיתים רחוקות תיחשב היא כנוגדת את האינטרס הציבורי" – דנ"א **טבעול**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 74. השופט חשין הסתמך, בין היתר, על ע"א 2600/90 **עלית נ' סרנגה**, פ"ד מט(5) 796, 809 (1990).

67 השופט חשין לא נשאר אדיש לטענת אי-החוקיות הנשמעת מפיו של צד שכרת מרצונו חוזה עם התובע ואף נהנה מפרותיו, אך קבע את האיזון הבא: "אכן, טענת אי-חוקיות הנשמעת מפיו של נתבע מסיבה אי-נחת רבה. פלוני כרת מרצונו הסכם עם תובע, ובמהלך הדברים הרגיל אף נהנה מפירותיו; והנה עתה, סב הוא פלוני על עקביו, מתכחש הוא לחיובים שנטל על עצמו, ונושא הוא ברמה דגל של שמירת שלטון החוק. נתבע מעין-זה אפשר נבוז לו בליבנו, והיה הוא בעינינו כטובל ושרץ בידו. יחד-עם-זאת, תהא הרגשתנו רעה כאשר תהא, חייבים אנו להשיב על שאלה התובעת פתרון במפגיע; והשאלה היא: האם נסב ראשנו אל-צד ונתעלם מאי-החוקיות, או שמא נסיק את המסקנה הנדרשת ונמנע סעד מן התובע? גם ראשונים עמדו לפני קושי זה והכרעתם היתה חד-משמעית, לאמור: תובע לא יישמע בתביעה הסומכת עצמה על הסכם בלתי חוקי; נבלע את רוקנו ונדחה תביעה הסומכת עצמה על עילה בת-עוולה" (דנ"א **טבעול**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 105).

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

מבקשים להיבנות על חשבוננו? אכן, בית-המשפט רק הוא יכול שיעמוד לציבור, ופירוש הדברים הוא שטענת אי-חוקיות תישמע וינתן לה תוקף.⁶⁸

הצגה זו של הדברים, המתמקדת בחשיפתו החברתית של ההסדר הכולל ובפגיעתו בעקרונות ובנכסי הציבור ("שיינתנו לו המוצרים והשירותים האיכותיים ביותר במחיר הנמוך ביותר"⁶⁹), מובילה כמעט מאליה למסקנה כי חוזה כזה דינו בטלות לאור מצוותו של סעיף 30 לחוק החוזים. עם זאת הערך החברתי של חופש החוזים והגשמת הציפיות של הצדדים לא הוצג בידי השופט חשין באספקלריה חברתית אלא בעיקר באספקלריה פרטית, ולפיכך ההתייחסות אליו הייתה חלקית ומרוככת. לטעמנו, החלשה כזו של הערכים האמורים עלולה לסכן לאורך זמן את הסדר החברתי הרבה יותר מהקרבתם של אינטרסים מתחומם של ההגבלים העסקיים, שהרי הערך החברתי של חופש החוזים ואמון בין-אישי הוא אקסיומטי למדי גם כשהדברים אמורים בשמירה על אינטרסים מתחומם של דיני ההגבלים העסקיים. איזון חברתי עדיף היה מעניק התייחסות חברתית רחבה ואפריורית לערכים שבבסיס דיני החוזים, שבעקבותיה ייבחן אד הוק כל מקרה הנחזה כנופל לכאורה בגדרה של טענת אי-חוקיות.

ניתן לחשוב על דרכים שונות להתמודדות מאוזנת עם התנכרותו של צד להסכם שעליו חתם, בהתחשבות הולמת ביעדיהם של דיני החוזים להבנייתה של תרבות אמון בין-אישי והגשמת חופש החוזים וציפיותיהם המוצדקות של הצדדים המעורבים באינטראקצייה החוזית. כך, בבואו של בית המשפט לקבוע מלכתחילה מהו הסדר כובל, ניתן לאמץ אמת מידה פרשנית מרוככת. פירושו של הסדר כזה על דרך הצמצום – כפי שעשה השופט טירקל בערעור בעניין **טבעול** – מאפשר לבטא את בכירותם האפריורית של עקרונות היסוד של דיני החוזים ללא פגיעה בדיני ההגבלים העסקיים.⁷⁰ בכירות זו מוצאת ביטוי בכך שדיני החוזים נועדו, בראש ובראשונה, לקדם את הגשמת ציפיותיהם של המעורבים באינטראקצייה החוזית,⁷¹ שבתורם מסייעים לעקרונות כמו ודאות, יציבות, הסתמכות והגינות, שהם תשתיתיים לעצם ביסוסו של שוק ומסחר שוטף. לעומתם, דיני ההגבלים העסקיים

68 שם, בעמ' 106–107.

69 שם, בעמ' 75.

70 מגמות הצמצום של ההתייחסות להסדרים כובלים, והעדפה של עקרון כיבוד החוזים, ניתן לראות למשל ברע"א 4933/01 **סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' חברת קניון אדומים בע"מ** (פורסם בנבו, 11.7.2001), שם נדון ערעור על דחייה של בקשה שהוגשה לבית המשפט למתן צו מניעה זמני המבוסס על הסכם בלעדיות בנימוק שמדובר בהסדר כובל. השופט שטרסברג-כהן, בקבלה את הערעור, קבעה כי יש להעדיף את קיום התחייבויות הצדדים הברורות ולא להיכנס לשאלת תוקפו של הסדר הנראה לכאורה הסדר כובל בשלב הבקשה לסעד זמני. ראו גם רע"א 3700/98 **א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים**, פ"ד נז(2) 590 (2003); רע"א 10910/02 **פז חברת נפט בע"מ נ' פרץ**, פ"ד נח(1) 385 (2003) כן ראו את פסק הדין המחוזי שניתן בת"א (מחוזי ת"א) 2011/02 **יקבי רמת הגולן בע"מ נ' שטרן** (פורסם בנבו, 14.10.2002). פסק הדין אושר בבית המשפט העליון בע"א 10638/02 **שטרן נ' יקבי רמת הגולן בע"מ** (פורסם בנבו, 2.3.2003), בין היתר בנימוק: "ענייננו, לאמיתו של דבר, איננו אלא במי שנטל על עצמו התחייבות חוזית מפורשת, שקיבל בגינה תמורה כספית מלאה, ועתה מבקש הוא להשתחרר מהתחייבותו. טיעונו המפורטים של בא-כוחו, בכתב ועל-פה, לא שכנעונו שאילוצי הדין הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים כופים עלינו לאפשר למי שנטל על עצמו את ההתחייבות החוזית האמורה, לחמוק מקיום התחייבותו"; עוד ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1160/03 **שיקובטה סירו נ' לב אשדוד בע"מ** (פורסם בנבו, 17.3.2003).

71 בוקשפן, לעיל ה"ש 30.

נוגעים לבעיה מסדר שני והיא כשלים אפשריים בשוק ובמסחר. מכל מקום, תהא אשר תהא הדרך שבה ילך בית המשפט, יש לזכור כי עקרון חופש החוזים, כרעיון חברתי מהמעלה הראשונה, מקרין לא רק על הצדדים עצמם אלא גם על ציפיות הציבור כולו הנסמך על המוסד החוזי, וממילא גם על קיומה של תחרות חופשית, בעוצמה לא פחותה (ואולי אף רבה יותר) מהסדריו של חוק ההגבלים העסקיים. מכאן שאין הכרח להצטרף לעמדתו של השופט חשין, שלפיה גישתו של השופט טירקל "משקפת – בעיקרה – את המשפט המקובל הקלאסי, משפט שביקש לעשות צדק בין המתדיינים לפניו בלא שנתן דעתו לטובת הציבור הרחב ולתחרות החופשית כאמצעי לרווחת הציבור". ההפך הוא הנכון: גישתו של השופט טירקל יונקת גם יונקת מקיומם של ערכים מוסריים חברתיים בסיסיים המשפיעים על גישה כלכלית רחבה.

לסיכום ההתייחסות לעניין **טבעול**: נראה כי עמדת הרוב בו, כפי שביטאה השופט חשין, מדגימה התייחסות מרחיבה למדי לתחולתם של עקרונות היסוד בצד התייחסות צרה למעמדו החברתי האפריורי של עקרון חופש החוזים, אוטונומיית הרצון הפרטי והאמון הבין-אישי במסגרת האינטראקציה החוזית.

בהכרעה זו לא ניכר כי בית המשפט היה ער דיו לאפשרות שהפסיקה תוביל לפגיעה באמון הציבור במוסד החוזי, הן בשל הכשרת מצב שבו צד מתנכר להבטחותיו החוזיות והן בשל כך שבית המשפט צמצם את מרחב ההתקשרות במשפט הפרטי. בכך נמהלים מעמדו החברתי של המוסד החוזי בשיטת המשפט בישראל והעקרונות שבבסיסו, ובהתאמה, מתערערת יכולתו של המוסד החוזי לחזק את ההגנה על הציפיות המצויות והרצויות של הצדדים לאינטראקציה החוזית.

פסק דין נוסף המשמש חקר מקרה חשוב המדגים את מהילתם הנוכחית של העקרונות החברתיים שבבסיס דיני החוזים, הוא פסק הדין בעניין **רקנט**. הסכסוך שנדון אמנם מצוי במישור של דיני העבודה הקיבוציים, וגם התאגיד המעורב היה באותה עת חברה ממשלתית בעלת חשיבות ציבורית גדולה ("המוביל הלאומי", בלשונו של הנשיא ברק). עם זאת, ובמיוחד בשל המגמה הכוללנית של פסק הדין,⁷² חשיבותו של פסק דין זה לענייננו רבה. פסק דין זה, שעבר כמה גלגולים בבית הדין לעבודה, הסתיים בערכאה העליונה של מדינת ישראל בישבה כסמכות ביקורת על בית הדין הארצי לעבודה, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, וגם זאת בהליך לא שכיח של דיון נוסף ומדגים מחלוקת פוסקים ביניהם. מהציטוטים שיובאו להלן ניתן להסיק על מעמדו של החוזה בשיטת המשפט בישראל. בעניין זה נתגלעה מחלוקת בין הנשיא ברק לשופט זמיר. מאחר שהחלטתו של הנשיא ברק היא שביטאה את דעתם של רוב השופטים, היא מבטאת גם את עמדתו הנוכחית של המשפט הישראלי בשאלות הנדונות במאמר זה. לדעתנו, גישתו העקרונית של הנשיא ברק, המנתבת את דרכו של המשפט הישראלי בהטמעתה של האחריות החברתית המוטלת על מרכיבי השיטה המשפטית, היא ראויה ונכונה. עם זאת

72 ראו דבריו של הנשיא ברק בעניין **רקנט**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 362: "אכן, עקרונות היסוד אינם נחלתו של המשפט הציבורי בלבד; הם חלק מהשיטה כולה, והם מכוונים את ההתנהגות האנושית בכל היבטיה". עדיין אין לכחד כי מעמדה של אל על כמוביל לאומי – חברה ממשלתית ולא מעביד רגיל – היוותה שיקול נוסף "לטובת" החלתו של עקרון השוויון בנסיבות המקרה ("עקרונות היסוד של המשפט, וביניהם עקרון השוויון, צריכים לקבל משקל כבד במיוחד בפעולותיה", שם, בעמ' 365). עם זאת קריאת פסק הדין מעלה כי תוצאתו נבעה לא במעט מכוחו העצמאי של עקרון השוויון ("לשיקול של השוויון – או איסור ההפליה – יש ליתן משקל נכבד", שם, בעמ' 366).

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

נראה כי יש ברטוריקה המשפטית וברשימת הערכים החברתיים המשמשים במלאכת האיזון כדי למהול יתר על המידה את עניינם המרכזי של דיני החוזים ברעיון האמון הבין-אישי ובקידום חופש החוזים. בעניין **רקנט** ביטל בית המשפט הגבוה לצדק הוראה בהסכמים הקיבוציים בין חברת התעופה אל על לבין עובדיה, שקבעה את גיל הפרישה של דיילי האוויר ל-60, ואילו גיל הפרישה לעובדי הקרקע נקבע ל-65. בית המשפט קבע כי הוראה זו היא "הפליה מחמת גיל", האסורה על פי סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, כפי שתוקן ב-1995. בכך דחה בית המשפט את טענת אל על כי השוני בגיל הפרישה בין דיילי הקרקע לדיילי האוויר מתחייב מתנאי התפקיד ומאופיו, היינו מהעובדה שדיילי האוויר נדרשים להופעה נאה ולכושף פיזי גבוה (טענה שאימץ בית הדין האזורי לעבודה). הדין הנוסף סב סביב השאלה אם קביעת בג"ץ עומדת, ואם הוראה זו בטלה גם בהיותה סותרת את "תקנת הציבור" כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים, ולכן חלה גם על דיילים שפרשו לפני כניסתו לתוקף של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

לדעתנו, נימוקי התערבותו של בית המשפט בהסכם שהושג בין הצדדים אינם משכנעים כאשר מציבים מולם את העובדה כי מדובר בהסכם אשר הצד הטוען נגדו הוא שהסכים לו לאחר הליך קיבוצי המערב בדרך כלל מיקח וממכר מפורט ומחושב, וכאשר כל התערבות של בית המשפט בחוזה היא הלכה למעשה התערבות בשיקול הדעת העסקי של החברה ופגיעה בתכלית של השאת רווחיה.⁷³ פסק הדין בעניין **רקנט** מדגים החלה של אחריות חברתית על תאגיד עסקי במסגרת סכסוך עבודה, באמצעות התערבות לא רק בשיקול הדעת של המעסיק אלא גם בחוזה שנחתם בין המעסיק לעובדיו. אומנם בעניין זה מדובר בהסכם קיבוצי, שבעניינו – כפי שעולה גם מפסק הדין – יש שיאמרו כי מידת השמירה על חופש החוזים צריכה להיות חלשה מזו שבחוזה רגיל, אך יהיו גם שיאמרו ההפך.⁷⁴ בהתחשב בהשקפתנו כי פרשת **רקנט** היא נקודת ציון כללית ומרכזית בסוגיה הנוגעת בהרחבת אחריותם החברתית של פרטים וגופים במשפט הפרטי – הרבה יותר מבסוגיה הנוגעת בהסכמים קיבוציים – לא נתעכב על משמעותו של חופש החוזים בהקשרו של הסכם קיבוצי. עם זאת נציין בהרחבה בחלק הבא ועל קצה המזלג בחלק זה שכאשר עסקינן בהסכם מסוג כזה, עולה מידת החשיפה וההשפעה החברתית של הסוכן החברתי שניסח הסכם כזה או הסכים לו, וכבר משום כך יש מקום להתערבות ולהחלה של אחריות חברתית במידה רבה יותר מבחוזה שגרת.

73 ראו ס' 11(א) רישא לחוק החברות, תשנ"ט-1999: "תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את עניניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור...".

74 ראו דעתו של הנשיא ברק בעניין **רקנט**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 365 כי בהסכם קיבוצי יש לתת משקל מועט לאוטונומיה של הרצון הפרטי ולחופש החוזים הנגזר ממנו, שכן אף ששיקול זה "חזק בחוזה היחיד שיקול זה נחלש בהסכם קיבוצי, שבו אין נדרשת כלל הסכמתו של העובד". השופטת ביניש הצטרפה לדעה זו ופסקה "כי דווקא כאשר מדובר בהסכם קיבוצי, השיקול של כיבוד האוטונומיה של רצון הפרט נחלש, כאשר היחיד אינו הצד לחוזה, אלא מחויב על-פיו" (שם, בעמ' 383). לעומת דעה זו, ראו דבריו של השופט זמיר: "אמנם מדובר בהסכם קיבוצי ולא בחוזה אישי. ונכון הדבר, כפי שנאמר לא פעם, כי הסכם קיבוצי דומה יותר לחוק מאשר לחוזה. אך האם קל יותר או ראוי יותר לבטל סעיף בחוק מאשר סעיף בחוזה אישי? להיפך. המסקנה היא, שביטול סעיף בהסכם קיבוצי מחייב זהירות יתירה, גם משום שהוא פוגע באוטונומיה של רבים, גם משום שהוא דומה לביטול סעיף בחוק, וגם משום שהוא מאיים לשבש את יחסי העבודה הקיבוציים" (שם, בעמ' 373).

בשאלת האיזון בין חופש החוזים והעיקרון בדבר קיום הסכמים לבין ערכים חברתיים אחרים התגלעה, כאמור, מחלוקת בין הנשיא ברק לשופט זמיר. למחלוקת זו יש פוטנציאל להשפיע על "מעמד החוזה במערכת המשפט", כדבריו של השופט זמיר.⁷⁵ לדעתו, ראוי לצמצם את מידת ההתערבות השיפוטית בהסכמים שאליהם הגיעו הצדדים:

...לסיכום, אני מבקש להבהיר בתמצית הקיצור את עיקר ההבדל בין דעתו של הנשיא ברק לבין דעתי. ההבדל נעוץ במידת המשקל שבית המשפט נותן להסכמה של הצדדים לחוזה, וכפועל יוצא מכך לאפשרות שבית המשפט נותן לאחד הצדדים להשתחרר מן ההסכמה שנתן, וכן להיקף השימוש של בית המשפט בסמכות לעצב את החוזה מחדש, שלא לפי הסכמת הצדדים, על יסוד הטענה של תקנת הציבור. לדעתי, הנשיא ברק מרחיב את הסמכות של בית המשפט להתערב בחוזים על יסוד הטענה של תקנת הציבור, וכתוצאה תרחיב גם ההתדיינות הצפויה סביב טענה זאת, מעבר למקובל עד כה ואף מעבר לראוי כיום, לא רק בנוגע להפליה מחמת גיל, אלא גם בנוגע לעניינים רבים אחרים.⁷⁶

השופט זמיר הדגיש במחלוקת החוזית את עדיפותו המקדמית של עקרון חופש החוזים, ואילו הנשיא ברק נראה כי העניק לעיקרון של חופש החוזים מעמד זהה לזה של יתר הערכים החברתיים המתנגשים עמו:

...גם אין לומר שתקנת הציבור היא שחוזים יקוימו. יש לומר כי אחד הערכים החשובים שיש להתחשב בהם בגיבוש תקנת הציבור הוא הערך בדבר חופש החוזים והערך בדבר קיום חוזים הנגזר ממנו. בצד ערכים אלה יש להעמיד שיקולים נוגדים המבקשים לקבוע גבולות לחופש החוזים ולקיום החוזה, כגון עקרון השוויון... תקנת הציבור היא אמת המידה הקובעת את יחסיות הערכים ואת גבולות החוזים.⁷⁷

אמנם הנשיא ברק קבע כי חופש החוזים הוא ערך חוקתי חשוב ביותר, וכי אין כוונה למוטטו,⁷⁸ אך לדעתו הציב השופט זמיר "רף גבוה מדי לתחולתה של תקנת הציבור בדיני החוזים. רף זה מקובל הוא על אותם שופטים המצמצמים עד למינימום את תחולתה של תקנת הציבור בדיני החוזים".

75 שם, בעמ' 375.

76 שם.

77 שם, בעמ' 364. הנשיא ברק מנה את הערכים והעקרונות שהתנגשות ביניהם מעצבת את תקנת הציבור בנסיבות המקרה: "מחד גיסא, עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי של הצדדים להסכם הקיבוצי – בענייננו, האוטונומיה של הרצון הפרטי של אל-על – שממנה נגזרים חופש החוזים והערך בדבר קיום החוזה. כן יש להעמיד בצד זה של המאזניים את קניינו של המעביד ואת חופש העיסוק שלו, שמהם מתבקשת הכרה בחירותו לעצב את קניינו-עסקו כרצונו. מאידך גיסא, עומדים כבודו של הדייל המבוגר והצורך להבטיח את שוויונו. ייתכן כי יש להציב בצד זה של המשוואה גם את חופש העיסוק של העובד, שממנו מתבקשת הכרה בזכותו להמשיך בעיסוקו ככל שיכולתו תאפשר לו".

78 שם, בעמ' 370: "תקנת הציבור – ולצדה העיקרון של תום הלב (הקבוע בס' 12 ו-39 לחוק החוזים) – משמשים שניהם מכשירים חשובים להגבלת חופש החוזים... חופש החוזים הוא ערך חוקתי חשוב ביותר. ההגבלות עליו, מטבע הדברים, לא נועדו למוטט אותו".

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור : מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

המוסד החוזי, ככלי שכיח המקיף מגוון עצום של התייחסויות-גומלין אנושיות, אכן משפיע על ערכים חברתיים רבים.⁷⁹ עם זאת קיים חשש ממהילה ומהעמסה של יעדים רבים מדי על החוזה ללא העדפה מקדמית של יעדיו החברתיים הבסיסיים שהם חופש החוזים ורעיון האמון הבין-אישי. לפיכך ראויה בעינינו עמדתו של השופט זמיר, שממנה עולה הקריאה להדגיש ביתר שאת את חופש החוזים הנגזר מאוטונומיית הרצון בעת האיזון החברתי במסגרתם של דיני החוזים:

תקנת הציבור, כמכשיר לביטול חוזים, אף כי אינה סוס פרא, היא מכשיר מסוכן. בעצם, מבחינת החוזה, היא נשק קטלני. אסור שהיד תהיה קלה על ההדק... כדי לבטל חוזה, משום שהוא סותר את תקנת הציבור, לא צריך לעשות איזון עדין, כמו במאזניים של בית מרקחת, כדי לשקול את הערכים והאינטרסים המעורבים, אלא ראוי להסתפק באיזון גס יותר, ודי לשם כך בעין טובה ושכל ישר, וצריך שיהיה ברור לעין (דגש על ברור) כי החוזה סותר את תקנת הציבור. לעומת זאת, כאשר החוזה, גם אם אין הוא נאה מן הבחינה האישית של צד לחוזה, עדיין אין הוא בלתי-נסבל מן הבחינה הציבורית, ראוי לקיים את החוזה. קיום חוזה הוא אינטרס ציבורי חשוב. גם זוהי תקנת הציבור.⁸⁰

פסק דין נוסף אשר ממחיש את מהילת עקרון חופש החוזים, הפעם בשם עקרון היסוד בדבר חופש העיסוק, הוא פסק הדין AES נ' סער, אשר עסק באינטראקציית החוזית שבין חברה לבין עובד שפסק מלעבוד בה.⁸¹

משה סער עבד בחברת במברגר רוזנהיים בע"מ (להלן: החברה), שקיבלה מחברת AES את הזכות הבלעדית להפצה של מערכות עיבוד תמלילים מסוג "לאניר" בישראל ושימש בה טכנאי מחשבים במשך שנתיים וארבעה חודשים. במהלך עבודתו בחברה חתם סער על הסכם שבו הוא מתחייב שלא להתחרות בה בכל הקשור בשיווק ובתיקון של מערכות לאניר, וכן בשמירת סודיות שבמסגרתה התחייב שלא לעשות שימוש מסחרי במידע שהייתה אפשרות שיגיע לידיו במהלך עבודתו בחברה. לאחר שפוטר פתח סער עסק עצמאי של שירות למערכות מחשב ופרסם מודעה בעיתון על אודות שירותיו (לרבות שירותים למערכת "לאניר"), ובדרך זו כרת חוזה עם חברת רפא"ל, שבעבר הייתה לקוחה של החברה שממנה פוטר.

חברת AES וחברת במברגר רוזנהיים תבעו יחדיו את סער בגין שימוש בזכויות היוצרים של חברת AES, שחברת במברגר רוזנהיים היא הרשאית לעשות בהן שימוש בלעדי. בית המשפט המחוזי דחה

79 רעיון דומה הביע אייזנברג, ראו Eisenberg, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1747 : "The basic contracts principle : rejects single-value theories of contract, such as autonomy theories, and instead accepts multiple values and even conflicting values. Part of the human moral condition is that we hold many proper values, some of which will conflict in given cases. Part of the human social condition is that many values are relevant to the creation of a good world, some of which will conflict in given cases. Contract law should not attempt to escape these moral and social conditions. In contract law, as in life, all meritorious values should be taken into account, even if those values may sometimes conflict".

80 עניין רקנט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 372-373.

81 עניין סער, לעיל ה"ש 57.

את טענותיהן של החברות באשר להפרת זכויות היוצרים ופגיעה במוניטין שלהן. החברות ערערו לבית המשפט העליון, ולפניו עמדו שתי שאלות משפטיות העוסקות בתוקף המחייב של תניות חוזיות המגבילות את חופש העיסוק: אחת מהן (הרלוונטית לענייננו) היא אם ההתחייבות של סער כלפי החברה שלא להתחרות בה היא כדין.

הנשיא ברק יצק תוכן למושג השסתום "תקנת הציבור" וייחס ערכים חברתיים אובייקטיביים הנגזרים מעקרון חופש העיסוק, שככל הנראה הצדדים לא התכוונו להכלילו בחוזה, וקבע כי במקרה זה עקרון חופש החוזים נותר וידו על התחנתה למול עקרון היסוד בדבר חופש העיסוק הנגזר מכבוד האדם והמכיל בתוכו את חופש התחרות:

אכן, למעביד אינטרס משלו, ולעובד אינטרס משלו. אינטרסים אלה עשויים להיות שונים מאינטרס הציבור. אך אנו איננו מתעניינים באינטרס הצדדים. אנו מתעניינים באינטרס הלגיטימי של הצדדים. הלגיטימיות של האינטרס נקבעת על-ידי שיקולים כלליים של שיטת המשפט, עקרונותיה ותפיסותיה. האינטרס של הציבור והאינטרס הלגיטימי של הצדדים הם היינו הך. על-כן, אף שאמשיך לדבר על האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים ועל האינטרס הלגיטימי של הציבור, אינני רואה בהם מושגים שונים, אלא מושג אחד של אינטרס לגיטימי של הציבור ('תקנת הציבור') המתחשב מצדו, בין השאר, באינטרסים של הצדדים, תוך שלחלק מהם ניתנה הגנה (הם 'לגיטימיים') ולחלק אחר לא ניתנת הגנה.⁸²

במילים אחרות, במקרה זה קבע הנשיא ברק כי חופש העיסוק והתחרות גובר שעה שהאינטרס העומד למעביד הוא שלא יתחרו בו, הא ותו לא, ואילו חופש החוזים עשוי לגבור שעה שההתחייבות המגבילה את חופש העיסוק והתחרות מגנה על אינטרס לגיטימי של המעביד, לרבות מוניטין וסודות מקצועיים. הגבלה שכזו, לפי ברק, הולמת את תקנת הציבור ותמנע התערבות שיפוטית מתוך שיקולי הגנה אישיים על המעביד לצד שיקולים ציבוריים.

ניתן לומר אפוא שגם לשיטתו של הנשיא ברק חופש החוזים מתקיים, אך הוא מוגבל לאותם "אינטרסים לגיטימיים" שנקבעים מכוח שיקולים כלליים של שיטת המשפט. דא עקא, שלא ברור מדוע לא הוכר עקרון חופש החוזים, כשלעצמו, כ"אינטרס לגיטימי", ומדוע לא הוזכרה האפשרות כי גם תכלית החברה העסקית להשיא רווחיה, תכלית הנקובה כיום בסעיף 11 לחוק החברות, תשנ"ט–1999, אף היא עשויה לשמש במקרים מסוימים "אינטרס לגיטימי". היעדר הכרה זו יש בו כדי לפגום באיזון המתחייב בין חופש החוזים ובין ערכים מתחרים, בעיקר כאשר איזון זה מתקיים בזירת המשפט הפרטי גרידא.

לסיכום ובשולי חלק זה, מן הדוגמאות לעיל ניתן ללמוד על מהילתם הרחבה של עקרונות היסוד ונגיסתם בעקרון חופש החוזים דרך השימוש בעקרון תקנת הציבור ככלי המשמש ל"יבוא" ערכי היסוד של השיטה והזכויות החוקתיות אל תוככי המשפט הפרטי. מהילה זו נעדרת קריטריונים לאיזון של עקרון חופש החוזים עם זכויות חוקתיות אחרות. השימוש בעקרון תום הלב, כעיקרון המאזן בין חופש

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

החוזים, בעיקר בין חופש ההתקשרות ובין ערכי היסוד, נוכח פחות. עם זאת הן בספרות⁸³ והן בפסיקה⁸⁴ הובעה העמדה כי עקרון תום הלב משמש גם הוא, בצד עקרון תקנת הציבור, אמצעי להחזרתן של זכויות אדם לתוככי מחלוקות חוזיות. לטעמנו, היעדרה של הנמקה סדורה וקריטריונים ברורים לתחולה עקיפה (או ישירה) של זכויות חוקתיות בדיני החוזים – הן באמצעות עקרון תקנת הציבור והן באמצעות עקרון תום הלב – תורמת למהילת יתר של זכויות אלו במשפט הפרטי. היעדר קריטריונים ודרך הנמקה סדורה מאפשר מרחב גדול מן הרצוי לשיקול דעת שיפוטי אשר לא תמיד מתחשב באיזונים הנצרכים, בעיקר בהתחשב בכך שהחלה זו נעשית בתוככי דיני החוזים, המצויים, לפחות כנקודת מוצא, בזירת המשפט הפרטי, שבו הפרטים הם קובעי הנורמות, ולא בזירת המשפט הציבורי, שבו המחוקק ובתי המשפט הם קובעי הנורמות. נוסף על היבט זה, האיזון האמור, אשר מבוצע בדיעבד בבתי המשפט ללא הנמקה סדורה ושיטתית, פוגע גם ביציבות, בהסתמכות ובוודאות שהן תכליות משנה חשובות נוספות של המשפט הפרטי בכלל ושל דיני החוזים בפרט.⁸⁵ לפיכך מטרת הפרק הבא היא להציע הצדקות וקריטריונים ברורים ועקיבים יותר להחלתם של עקרונות היסוד במסגרת האינטראקציות החוזיות באמצעותם של עקרונות תקנת הציבור ותום הלב.

ג. עקרונות תום הלב ותקנת הציבור – המשפט הרצוי ובחינת פרטיותה של הזכות החוזית

1. האינטראקציה החוזית – בין הפרטי לציבורי

בשונה מעמדתה העקרונית של שלו, שלפיה אין מקום לתחולת זכויות היסוד החוקתיות בתחום החוזי,⁸⁶ מאמר זה תומך בהחלת זכויות אדם בדיני החוזים כחלק ממגמה חברתית עמוקה יותר המתפתחת במשפט הפרטי.⁸⁷ עם זאת מאמר זה מצטרף בהסכמה לעמדתה של שלו שלפיה "עקרון חופש החוזים הוא עדיין העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים" ומן הראוי להעלות את קרנו.⁸⁸ כאן

83 אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות במשפט הפרטי" ספר קלינגהופר 163, 201–205 (תשנ"ג).
84 "המשפט הפרטי כולל בחובו מספר דוקטרינות, כגון עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, אשר משמשות צינור שבאמצעותו מוזרמים עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט מהמשפט הציבורי אל תוך המשפט הפרטי" (ע"א 239/92 אגד נ' משיח, פ"ד מח(2) 66, 71 (1994); ועניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 48, בעמ' 530; וכן "סעיף 30 לחוק החוזים הוגדר כ'מכשיר משפטי עיקרי – בצד עקרונות אחרים, כגון תום הלב – אשר באמצעותו מובטחת ההרמוניה הכללית בשיטת המשפט. זהו הכלי המרכזי המשקף את אושיות היסוד של הסדר החברתי", שם בעמ' 531). ראו גם רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213, 234 (2003); כן ראו דעת המיעוט בד"נ בית יולס, לעיל ה"ש 23, שהפכה להלכה הנוהגת בעניין פלונית; לעמדה דומה שלפיה דעת המיעוט בד"נ בית יולס הפכה לדעה המובילה, ראו שלו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 56.

85 דויטש, לעיל ה"ש 56.

86 שלו, לעיל ה"ש 11.

87 בוקשפן, לעיל ה"ש 5.

88 שלו "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 336. ובהמשך דבריה בעמ' 337 אומרת שלו כי "בין אם חופש החוזים הוא זכות יסוד חוקתית ובין אם לאו, הכל מסכימים כי עקרון חופש החוזים הוא עיקרון חשוב, ראשון במעלה, בתחום דיני החוזים. עקרון זה מגלם בחובו ערכים ואינטרסים חשובים רבים: הערך של קיום חוזים; הערך של כיבוד הבטחות; ערך הוודאות והיציבות

בוודאי יתמה הקורא כיצד מאמר זה יכול להסכים עם שלו ועם זאת לקרוא לתחולה עקיפה (ואף ישירה לעתים) של זכויות חוקתיות בדיני החוזים. נבהיר: אנו אכן מסכימים עם עמדתה של שלו כי כאשר מדובר בכריתת חוזה קלאסי, כזו המתבצעת בין שני צדדים, שהשפעתו תחומה רק להם ושאינה כוללת התניה על זכות חוקתית החורגת מעקרון חופש החוזים, אז על עקרון חופש החוזים לגבור, ולא יהיה מקום לאיזון עדין בין חופש החוזים ובין ערכים ציבוריים. מנגד, במצבים שבהם חוזה נכרת בין צדדים שלהם השפעה ניכרת על המרחב הציבורי, וכאשר השפעת החוזה "מקרינה" אל מחוץ למישור היחסים שלהם, אזי יש מקום לשקול נסיגת מעמדו של חופש החוזים, משום שאין מישור היחסים ממקום עוד אך ורק בספרה הפרטית, אלא מתקיימת "גלישה" למגרש הציבורי, ובמקום זה יש גם יש הצדקה פוטנציאלית להחלת מגבלות חוקתיות על חופש החוזים. אם כן, במצבים כאלו, בצד עקרון חופש החוזים ניצבות ומתעוררות לחיים הוראות תום הלב ותקנת הציבור אשר מיועדות להגשים מטרות חשובות מחופש חוזים, לאמור: הגינות, מוסר, סדר חברתי וצדק (יחסי) בין הצדדים לחוזה.⁸⁹ עם זאת דווקא בשל יעדיהם המתנגשים לעתים של עקרונות אלו עם עקרון חופש החוזים, שאף הוא בעל ערך חוקתי חשוב ביותר, יש להבהיר ולנסח קווים לתחולתם, ודאי משום ש"העיון בהוראות חוק אלה והפעלתן, מעתיק את מוקד דיוננו מזירת המחוקק אל זירת השופט, שכן ההוראות בדבר תקנת הציבור ותום לב, מעוגנות ב'סעיפי סתום'".⁹⁰ משימה זו מתבקשת בשל יעדם האינהרנטי של דיני החוזים להבטיח ודאות, יציבות ויכולת הסתמכות,⁹¹ ובעיקר בשל מיקומם של שלושת העקרונות הללו ב"משולש הגבולות" של דיני החוזים, ממלכת המשפט הפרטי, קרי ברקמה הרגישה ביותר של דיני החוזים ובממשקיהם עם המשפט הציבורי המקיף אותם.⁹² בפרק זה אפוא יוצגו נימוקים מדוע יש להעניק לעיקרון החברתי של חופש החוזים מעמד אפרירי גבוה מזה שניתן לו היום, גם נוכח התמורות הניכרות המשפיעות על מעמד המוסד החוזי בעידן המודרני, ויסורטטו קריטריונים ליישומם של עקרונות תום הלב ותקנת הציבור.

כאמור, כיום אין ניכרת בפסיקה העדפה אפרירית של ההצדקה המסורתית לדיני החוזים – אוטונומיית הרצון וחופש החוזים – במסגרת האינטראקציה החוזית. אדרבה, יעדיהם החברתיים של דיני החוזים נתפסים במחלוקות חוזיות העוסקות בתחולתם של עקרונות היסוד כשווי מעמד לערכים

המשפטית; חופש הרצון; אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפיות". גישתנו בדבר חשיבותו של רעיון האמון הבין-אישי כתאוריית-על לדיני החוזים (בוקשפן, לעיל ה"ש 5) חובקת את הגישה האמורה. 89 שלו **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 470.

90 שם. וכן מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321, 326 (תשמ"ח): "כלל הוא נורמה סגורה; תוכנה של הנורמה נמסר בו מראש ברמה גבוהה יחסית של ספציפיות. הפעלתו של כלל היא טכנית; אין היא מצריכה שימוש בשיקול דעת: מפעילו של הכלל אינו נדרש לתרום תרומה מהותית כלשהי משלו לעיצוב תוכנה של הנורמה. לעומת זאת, סטנדרט הוא נורמה 'פתוחה': תוכנה של הנורמה נמסר בו מראש באורח כללי, באופן המחייב הוספה בשלב שהוא מאוחר להתרחשות האירוע שלגביו מוחל הסטנדרט. מפעילו של הסטנדרט נדרש להפעיל שיקול דעת לצורך הכרעתו במסגרת הקריטריון המופיע בסטנדרט".

91 יעד דומיננטי בדיני החוזים גם אליבא דהמלומדים שמקבלים את ירידת קרנו של חופש החוזים. השוו Gilmore, לעיל ה"ש 15; Fuller & Perdue, לעיל ה"ש 27 וכן ס' 90 לריסטייטמנט, לעיל ה"ש 27.

92 ראו Cohen, לעיל ה"ש 20.

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

חברתיים אחרים.⁹³ על רקע זה ניתן להבין את הקולות הביקורתיים העולים מהפסיקה ומהספרות המשפטית בעניין זה, כפי שניתן לשמוע למשל בדבריו של השופט אריאל בעניין **וולטה**, המובאים לעיל.⁹⁴

עמדה דומה הביעה גם גבריאלה שלו:

מי שיוצא, כמוני, מנקודת המוצא שלפיה עקרון חופש החוזים הוא העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים בישראל ימצא את נקודת האיזון בין העקרונות והערכים המתנגשים בסוגייה מסויימת קרוב יותר אל הקוטב של חופש החוזים ורחוק במידת האפשר ממושגי השסתום, החייבים לדעתי להיותר מחוץ למרכז הפעילות המסחרית, כמושגים שיוריים. מנגד, מי שיוצא מנקודת המוצא שלפיה ערכים אחרים גוברים מראש על עקרון חופש החוזים, ימצא את נקודת האיזון קרוב יותר אל הקוטב של תום לב ותקנת הציבור.⁹⁵

ובמפורש ציינה שלו:

השקפת השופט ברק, בדבר תחולת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על גופים פרטיים, מגבילה אפוא את האוטונומיה של הפרט ומשנה את הדין המהותי של המשפט הפרטי, על-ידי הרחבת התחום הקוגנטי שאינו ניתן להתנאה, ועל ידי הטלת חובות פוטנציאליות נוספות על פרטים ועל גופים מאוגדים הפועלים במישור הפרטי המובהק. השקפה זו פוגעת בחופש החוזים, מהווה התערבות לא רצויה ולא מוצדקת בשיקוליו העסקיים של הפרט ובתהליך קבלת ההחלטות על ידיו ועשויה לעכב את הדינמיות המסחרית שהיא חיונית למשפט הפרטי. יש בהשקפתו של השופט ברק פגיעה באינטרס ההסתמכות וביכולת התכנון של צדדים למשא ומתן מסחרי והיא עשויה להביא לחוסר בהירות. עקרונות היסוד של המשפט הפרטי, ובעיקר עקרון חופש החוזים, שוללים התערבות שיפוטית מיותרת, גם באמצעות נורמות מיובאות מן

93 ראו למשל גישתה של השופטת ביניש בעניין **רקנט**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 382: "חופש החוזים וכיבוד האוטונומיה של רצון הפרט הינם ערכים חשובים בשיטתנו המשפטית, אך במלאכת האיזון של הערכים אין ליתן לו משקל מכריע כנגד ערכי יסוד אחרים בשיטתנו. דומה, כי מסיבות טובות אף הועם זוהרו של הערך של חופש החוזים בחברה בת זמננו". השוו לדבריו של השופט ברק, שם, בעמ' 364. דוגמה נוספת לאי-מתן עדיפות פרלימिनרית ליעדים חוזיים במחלוקות חוזיות ניתן לשמוע בעניין **סער**, לעיל ה"ש 57, וראו גם עניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 533 ("כשם שחופש החוזים אינו ערך מוחלט, כך גם זכויות האדם האחרות אינן משקפות ערכים מוחלטים. עניין לנו בזכויות חוקתיות יחסיות מעצם מהותן. הן עשויות לנגוד זו את זו ולהתנגש זו בזו. נדרשת פעולה של שקילה ואיזון... חופש ההתקשרות אינו חופש מוחלט. ככל זכות יסוד חוקתית, זהו חופש יחסי. יש לאזן אותו כנגד חופשים אחרים וכנגד אינטרסים אחרים הראויים להגנה").

94 עניין **וולטה**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 733. גישה ביקורתית על מידת מהילתם של עקרונות היסוד החברתיים האפריוריים של דיני החוזים עולה גם מדבריו של השופט זמיר, שהביע עמדת מיעוט בעניין **רקנט**, לעיל ה"ש 7.

95 שלו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 51; ראו גם את מאמרה: "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים", לעיל ה"ש 2.

המשפט הציבורי. במסגרת המשפט הפרטי אין לאזן את עקרון חופש החוזים באיזון אופקי עם עקרונות וערכים אחרים, אלא – אם בכלל – באיזון אנכי, כאשר עקרון חופש החוזים נמצא במעמד נורמטיבי גבוה מערכים אחרים, אפילו ערכים שזכו לעיגון חוקתי בחוקי היסוד.⁹⁶

ההסתייגות ה"מינונית" העקרונית העולה מדבריה של שלו – שלפיה, ככלל יש לתת לחופש החוזים מעמד בכיר מזה הניתן לו כיום – נכונה בעינינו. עם זאת מונחי השסתום הם כלים משפטיים, שאם ימולאו באפיונים הראויים ויאוזנו כיאות במקרים המתאימים שבהם הזכות החוזית כבר אינה מצויה אך בספרה הפרטית, הרי שאלו יוכלו להעניק למוסד החוזי מעמד חברתי מגובש וראוי יותר לאור התמורות החברתיות הכבירות שאופפות את השימוש במוסד זה בעידן המודרני. הגישה המוצעת כמאמר זה, אם כך, תומכת בטענה כי מעמדו של המוסד החוזי אכן נשחק כיום. עם זאת אף שאין לגישתנו למהר ולנטוש את האיזונים העדינים הנערכים על ידי הפסיקה הנוהגת, ראוי כי איזונים אלו יתחשבו יותר בבכירותו של עקרון חופש החוזים בידי החוזים. איזון מסוג זה, לצד מודעות וערנות ליתר הערכים המעורבים באינטראקציית החוזית, יהיה ביטוי חזק יותר ונוח להזדהות עם תהליך ההתמרה של המשפט הישראלי ולראייה החברתית המתפתחת בו כיום. אכן, אפיונים ציבוריים-חברתיים מחלחלים כיום גם בבחינת היחסים בין הפרטים לבין עצמם,⁹⁷ אפיונים "פרטיים" מחלחלים בבחינת היחסים בין הפרט לשלטון,⁹⁸ וזכויות האדם אינן מוחלטות ביחסו של השלטון לפרט כשם שאין הן מוחלטות ביחסו של הפרט כלפי רעהו.⁹⁹ עם כל זאת ראוי

- 96 שם, בעמ' 502.
- 97 ברק, לעיל ה"ש 83, בעמ' 194: "המשפט הפרטי קובע את מידת ההגנה הניתנת לזכויות האדם ביחסן עם זכויות אדם אחרות. דיני החוזים, הקניין והנוזיקין, קובעים עד כמה מותר לאדם לפעול להגשמת זכויות האדם שלו מבלי שפעולתו תפר זכות אדם מוגנת של הזולת". ראו גם דבריו ברע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, 280 (1999): "מהותו של היחס בין בעל הקניין לבין זולתו קובעת את אינטנסיביות פעולתו של תום הלב. הקניין נועד לבטא את שליטתו של האדם ואת אישיותו. עם זאת, לקניין היבט ציבורי... תום הלב צריך לתת ביטוי לצורך זה לאזן, בגדריו של הקניין פנימה, בין אינטרס הפרט לאינטרס הכללי. זאת ועוד: היקפו של תום הלב נקבע על פי אופי היחסים בין בעל הקניין לבין האחר. לא הרי יחס המתאפיין על יד ה'לחוד' כהרי יחס המתאפיין על ידי ה'ביחד' (ויסמן, 'יחד ולחוד בבית משותף' **משפטים** טז 197 (1986)). לא הרי מעמדו של תום הלב ביחסים בין בעל קניין וזר, כהרי מעמדו של תום הלב ביחסים בין בעל קניין לשותפו. לא הרי פגיעה על ידי אדם שהקשר עימו הוא חד-פעמי (כגון מסיג גבול מזדמן) כהרי פגיעה על ידי אדם שהקשר עימו נמשך (כגון דייר בבית משותף)".
- 98 גם בבחינת היחסים בין הרשות הציבורית לפרט אפשר שיחלחלו שיקולים הנוגעים לפרטים אחרים. כך, כאשר נתבעת הגשמתה של זכות אדם מצדו של השלטון, אין מנוס מבחינה משתמעת ומפורשת של זכויות אדם אחרות ופגיעה בפרטים אחרים.
- 99 השוו: ברק בעניין **רוקר**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 278: "האין לומר כי זכות הקניין היא 'מוחלטת', וממילא אינה כפופה לעקרון הכללי של תום הלב, ואינה מאפשרת שיקול דעת בכל הנוגע לסעדים בגין הפגיעה בה? האין לחשוש כי תחולתו של עקרון תום הלב בדיני הקניין – בין אם מקורם בחוק המקרקעין ובין אם מקורם בחוק אחר המעמיד זכות קניינית – תביא לחוסר בטחון בקניין? התשובה היא זו: זכות הקניין ככל זכות האחרת אינה מוחלטת. כל הזכויות כולן הן יחסיות. זכות הקניין אינה הזכות לנהוג שלא בתום לב. על כן נתון תמיד שקול דעת שיפוטי – בגדרי עקרון תום הלב – בהענקת סעדים בגין פגיעה בזכות הקניינית. עם זאת, דרישות תום הלב בגדרי זכות הקניין אינן זהות לדרישות תום הלב בגדרן של זכויות החיובים. מהותה של הזכות משפיעה על היקף פעולתו של עקרון תום הלב בגדריה. כל זכות והערכים והאינטרסים

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

לזקק את יעדיהם הבסיסיים של דיני החוזים וליצור סינתזה ותמהיל שקולים יותר בינם לבין התמורה החברתית במשפט הפרטי. רק כך יהיה כדי לקבוע את המינונים הראויים של חופש החוזים ואחריות חברתית כשני צדדיו של אותו מטבע במסגרת דיני החוזים, ללא הקרבת יתר של יעדיהם ובאופן שיקל על הגשמת ציפיות מהמוסד החוזי ואת היכולת לקבל ולהזדהות עם אחריות זו שמוטלת במסגרתם. ככלות הכול, דיני החוזים מוצאם מגישה אישית וולונטרית החותרת להגשמת ציפיות ואמון בין-אישי, ולכן רצוי שהאחריות החברתית המוטלת במסגרתם תהלום נקודת מוצא זו.¹⁰⁰

כאמור, מטרתנו היא לבסס מבחנים ושיקולים אשר יעזרו בהבחנה בין חוזים שהם פרטיים לחלוטין, שבהם אין מקום לתחולה עקיפה של עקרונות היסוד, ובין חוזים פרטיים אשר בהם קיימת גלישה למתחם הציבורי בשל קיומה של "קרינה" אל עבר הספרה הציבורית ובשל התנייתם על מה שנתפס כערכים וזכויות יסודיות ובעלות ערך סגולי רב במשפט ובחברה הישראלית. השיקולים שיוצעו להלן לאופן ולהיקף של יישומם של עקרונות תום הלב ותקנת הציבור במלאכת האיזון בין ערכים חברתיים רחבים לבין עקרון חופש החוזים עדיין אינם מזוהים במישרין בפסיקה, אך הם ניתנים לחילוץ משתמע ממנה ומהתמורות החברתיות המתפתחות במשפט הישראלי ונוגעים ל"אישיותה" החברתית, תרתי משמע, של הזכות החוזית. בתת-החלק הבא נמנה את שלושת המבחנים המוצעים, ובתת-החלק שלאחריו נרחיב בהצדקתם ובדוגמאות ליישומם.

2. המבחנים המוצעים

(א) מבחן הערך החברתי הסגולי של הזכות המתנגשת

מטרתו של מבחן זה היא לזהות את הערך המרכזי אשר נפגע מכריתתו ומקיומו של החוזה בכל מקרה נתון. בבוא בית המשפט לבחון את ההשפעה החברתית של האינטראקציה החוזית הנתונה, הוא יעשה זאת, ראשית, באמצעות בחינת סוג הזכות הנפגעת והיקף הפגיעה בה בעקבות החוזה (וכאן הכוונה להיקף הפגיעה בזכות עצמה בשונה מהיקף הנפגעים). כך, קיים הבדל בין חוזה המתנה על זכות חוקתית גרעינית מן "המעגל הראשון", שהפגיעה בה קשה ורחבה, לבין חוזה המתנה על זכות נגזרת, אשר הפגיעה בה קלה יותר ומצומצמת בהיקפה.¹⁰¹ ואכן, מעיון בפסקי הדין אשר הובאו לעיל בחלק השני של המאמר, שבהם כרסמו עקרונות היסוד את עקרון חופש החוזים, ניתן להיווכח כי היה מדובר

המוגנים על ידה; כל זכות ועוצמתה שלה; כל זכות ואיזוניה שלה ביחסה עם ערכים ואינטרסים נוגדים; כל זכות ומידת השפעתו של תום הלב עליה". ראו גם ברק, לעיל ה"ש 23, בעמ' 683–684: "אכן, זכויות האדם אינן מוגנות במשפט כדי מלוא היקפן. הגנה על זכות האדם של ראובן כדי מלוא היקפה פוגעת בהכרח בתביעתו של שמעון להכרה דומה בזכות האדם שלו. מכאן התפיסה, כי זכויות האדם אינן מוחלטות (כלומר, הזכויות אינן זכות להגנה כדי מלוא היקפן) אלא יחסיות (מוגנות חלקית בלבד). מידת ההגנה נקבעת תוך התחשבות בערכים, באינטרסים ובעקרונות הראויים להגנה. חלקם מבטאים אינטרס ציבורי (שלמות המדינה, אופיה הדמוקרטי, סדר ציבורי). ברובם ככולם מעורבים אינטרסים של הציבור וזכויות אדם של הפרטים".

100 להרחבה בנושא זה ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 5, בשער השני.

101 ברק, לעיל ה"ש 23, בעמ' 420–421.

במקרים שבהם התרחשה בעקבות החוזה פגיעה גדולה בכבוד האדם (עניין קסטנבאום), בעקרון השוויון מחמת גיל (עניין רקנט) ובחופש העיסוק (עניין סער).¹⁰² במקרים שבהם החוזה מתנה על זכות חברתית בעלת משקל סגולי גבוה קשה לראות בחוזה כממוקם אך, ואפילו בעיקר, בספרה הפרטית המסורתית גרידא. במקרים כאלו – שהם שכיחים כיום יותר מאי פעם¹⁰³ – מביאה עצמה הזכות החוזית, בשל פגיעתה בערך חברתי חשוב הנוגד אותה, אל תוך הספרה הציבורית, ובמקומות אלו יהיה נכון לפנות למסגרות של עקרונות תקנת הציבור ותום הלב כדי להבטיח הרמוניה כללית במשפט ולהתאים את החוזה לסדר החברתי הכולל.¹⁰⁴

(ב) מבחן הקרינה הציבורית ומיהות הצדדים לאינטראקציה החוזית¹⁰⁵

מעיון בדרך הנמקתה של הפסיקה עד כה, ובשימושה בעקרונות המשפטיים של "תום הלב" ו"תקנת הציבור", הממוקמים בדיני החוזים, ניתן להסיק שכיוונה הראוי והמסתמן של המגמה החברתית במשפט הישראלי הוא הטלת אחריות חברתית עקרונית על כלל מרכיבי החברה ועל כלל היחסים הבין-אישיים. עם זאת, ואף שבית המשפט מתנסח בלשון כוללנית, בפועל ניכר כי בית המשפט נוטה לסווג את המחלוקת החוזית בקטגוריות שונות ומעין-ציבוריות בהתחשב בזהות הצדדים, ובמלאכת האיזון בין העקרונות המתחרים הוא נוטה להעניק תחולה רחבה יותר לעקרונות היסוד כשמדובר בתאגידים,¹⁰⁶ וככל שמידת החשיפה הציבורית של הצדדים גדולה יותר, גם אם אין מדובר בגופים שלטוניים או דו-מהותיים, וגם אם אין מדובר בפעילות מעין-שלטונית.¹⁰⁷ כפי שראינו בסקירת התמורות שחלו במוסד החוזי, האינטראקציה החוזית כיום חורגת, לא פעם, מהגישה האינטימית והפרטית שאפיינה את המוסד החוזי הקלאסי.¹⁰⁸ מהתייחסותה המרחיבה של

102 מפסק הדין בעניין סער, לעיל ה"ש 57, ניתן ללמוד כי בית המשפט מייחס חשיבות חברתית רבה למידת הפגיעה בזכות גם מתוך השימוש שעשה בעקרונות הסבירות והמידתיות, באומרו שדין פגיעה קלה בחופש העיסוק (הגבלת עיסוק לאזור מסוים או לתקופת זמן מסוימת) אינה כדין פגיעה קשה בו.

103 ראו בתת-החלק הראשון של הפרק הראשון.

104 ראו דבריו של השופט (כתוארו אז) ברק בעניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 48, בעמ' 531. בסכסוכים כאלו, השייכים בעיקר לספרה הציבורית, ראוי במקרים המתאימים אף להחיל במישרין את חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם בשל הקשרן החוקתי הדומיננטי של המחלוקת, לא פחות מהקשרן החוזי. השוו': בוקשפן וכשר, לעיל ה"ש 10.

105 קרינה ציבורית, לצורכי מאמר זה, היא זו המתבוננת על השפעתה הרחבה של האינטראקציה החוזית הנתונה מחוץ למישור היחסים המצומצם של הצדדים הישירים לחוזה, למשל עקב חשיפתו החברתית של המתקשר החוזי. במובן זה המבחן המוצע רחב מהמבחן הנותן משקל אך לפערי הכוחות בין הצדדים לאינטראקציה החוזית כפי שהדבר נעשה למשל בפסק דינו של השופט חשין ברע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281 (1996), שבו הטיל השופט אחריות מוגברת על חברת הביטוח בשל היותה הצד החזק בעיצוב תנאי החוזה.

106 בוקשפן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 71–115.

107 במובן זה הצעתנו יוצאת מנקודת מוצא שונה, וממילא מנביעה מסקנה שונה מזו שמביאה שלו, לעיל ה"ש 10, בעמ' 60, ולפיה עקרון חופש החוזים מתיר לאדם או לגוף מסחרי-פרטי "להפלות, להתנות בהסכמת הזולת על זכויות היסוד שלו ולהתנהג כאוות רוחם ורצונם, הן במישור הטרנס-חוזי והן במישור החוזי, וזאת כמובן כל עוד הם פועלים במסגרת החוק ובתום-לב".

108 עניין ש.א.פ., לעיל ה"ש 6.

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

הפסיקה לתאגידי כנושאי הדגל של התמורה החברתית,¹⁰⁹ ניתן להסיק כי מגמה זו מתחשבת בהשפעה החברתית, המורכבת מחשיפתם של הצדדים לחוזה שבהם מדובר.¹¹⁰ ביטוי לגישה זו ניתן למצוא בהכרעתו של השופט חשין בדנ"א טבעול:

המסגרת המשפטית הפורמאלית מסגרת אחת היא – מסגרת של איסור תחרות – ואולם תוכנה המהותי יכול שישתנה מעניין לעניין, ולעתים אף יהא השוני מקצה אל-קצה. הנה היא, למשל, התחייבות עובד שלא לתחרות במעסיקו עם סיום חוזה ההתקשרות בין השניים – תניה שבנסיבות עניין מסוים תשלול מן העובד יכולת סבירה להתפרנס – וכנגדה נעמיד הסכם בין שתי חברות-ענק השולטות על שוק מוצרים מסוים והמחלקות את השוק ביניהן (בין מבחינה גאוגרפית, בין מבחינת המוצרים שתשווק כל אחת מהן ובין מכל בחינה אחרת). הנה הם שותפים המתחייבים אהדי כי לעת השותפות לא יתחרו איש ברעהו בתחום שהשותפות עוסקת בו, וליד הסכם זה נעמיד הסכם בין מוכר עסק – על המוניטין – לבין רוכש העסק, ולפיו מתחייב המוכר שלא לתחרות ברוכש בתחום העסק שנמכר. הוא שאמרנו: המסגרת המשפטית הפורמאלית אותה מסגרת היא – תניית אי-תחרות – ואולם התוכן שניתן ליצוק אל-תוכה יכול שיהא כה שונה במהותו מעניין לעניין, עד שהתמה יתמה וישאל שתי אלו, בזו-אחר-זו: אחת, אם תניית אי-תחרות יוצרת, מעיקרו של דין, מערכת משפטית, כלכלית או חברתית, שראוי לקבוע לעניינה דין מיוחד. שתיים, גם אם נאמר כי יש לקבוע בעניינה של תניית אי-תחרות דין מיוחד, ובתננו דעתנו למגוון הרחב-מני-רחב של תניות אלו, האם נכון וראוי לקבוע כלל אחד, אחיד ויחיד לכל תניות האי-תחרות שבעולם אך באשר תניות אי-תחרות הן. האם אין לומר – האם אין זה ראוי שייאמר – כי השוני בין דוגמת העובד-מעביד לבין דוגמת חברות-הענק רב הוא מן הדמיון, עד שלא יהא זה ראוי להכניס תניית אי-תחרות במקרה האחד ותניית אי-תחרות במקרה האחר תחת חופה אחת?¹¹¹

כפי שניתן לראות, שאלת זהות הצדדים, כשמטרתה להבין את מידת השפעת החוזה על הציבור הרחב, קיימת במשתמע עוד מקדמת דנא בפסיקה, אך היא לא קיבלה ביטוי הולם ומספק. מבחן "הקרינה הציבורית" אפוא מתרכז במידת ההחצנה שקיימת בחוזה כלפי פרטים שאינם שותפים לניסוחו או מושפעים ממנו. לרוב קביעת מידת ההחצנה תלויה במהות הצדדים, קרי זהותם. ברור כי תאגידי גדולים (דוגמת חברת אל-על שעניינה נדון בעניין **רקנט**), אשר לכל פעולה שלהם השפעה על ציבור רחב (משקיעים, נושים, עובדים, צרכנים), הם מועמדים טבעיים לבחינה על פי מבחן משנה זה. מטרתו של מבחן זה היא אפוא ליצור הבחנה בין החוזה הפרטי והקלאסי ובין החוזה הפרטי שגולש אל עבר

109 בוקשפן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 71–115.

110 ברק, לעיל ה"ש 83, בעמ' 202: "חופש ההתקשרות הוא בעל העוצמה הרבה ביותר, כאשר הוא קשור לפרטיותו של אדם, והוא הולך ונחלש ככל שהוא מכון כלפי הציבור כולו".

111 דנ"א טבעול, לעיל ה"ש 57, בעמ' 69.

המתחם הציבורי, בהתמקדות במיהות הצדדים לחוזה כפי שיודגם ויורחב בתת-הפרק העוסק ביישום המבחנים והבהרתם.

(ג) עקרון חופש החוזים כנקודת מוצא פרשנית

לאחר זיהוי זהות הזכות הנפגעת במסגרת מבחן "הערך הסגולי", ולאחר שנבחן היקף הפגיעה במבחן "הקרינה הציבורית" של הצדדים לחוזה, יש לבחון את היחס שבין תוצאות מבחנים אלו ובין עקרון חופש החוזים של הצדדים טרם ההכרעה כי אכן יש מקום לתחולה של עקרונות היסוד. מבחן זה נועד להזכיר כי ככלות הכול, האינטראקציה המשפטית שבה עסקינן צמחה בזירת המשפט הפרטי ולא הציבורי, וכי לפיכך נדרשות נסיבות ייחודיות וכבודות משקל טרם יערב השופט בהכרעה החוזית שיקולים מן המשפט הציבורי. דיני החוזים – כממלכת המשפט הפרטי – משקפים את בכירותו החברתית של עקרון חופש החוזים ורעיון האמון הבין-אישי, ואלו דוחפים למתן עדיפות פרלימינרית לערכים חברתיים אלו בקביעת היקפה ותכניה של האחריות החברתית המוטלת במסגרתם. עדיפות זו נגזרת מייעודם החברתי העיקרי של דיני החוזים להגשים את רצונם וציפיותיהם הסובייקטיביות של הצדדים הקשורים באינטראקציה החוזית, והיא הולמת את ציפיותיו המוצדקות של הציבור הנסמך על המוסד החוזי.¹¹² על פי זה נקודת המוצא הפרשנית צריכה להיות מצמצמת בתחולתם של עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, ועל הטוען לתחולתם ולקרינתה הציבורית של האינטראקציה החוזית הנתונה, הנטל לשכנע בדבר התקיימותם של נסיבות הדוחפות לסיווג האינטראקציה כציבורית יותר מפרטית.¹¹³

המבחנים שאנו מציעים יונקים ממבחן עמוק יותר של הציפיות המוצדקות והראויות של שני הצדדים לחוזה ושל הציבור. כפי שהראינו בהרחבה במקום אחר, מבחן זה של "משולש הציפיות" מצדיק ומסביר את דיני החוזים המודרניים, והוא נגזר מרעיון האמון הבין-אישי.¹¹⁴ מבחן-על זה הוא שמצדיק את בחינת משקלו החברתי הסגולי של הערך החברתי הנוגד את עקרון חופש החוזים, וכך לא דומה יהיה מעמדו של עקרון חופש החוזים במקרה של הגבלה חוזית גורפת של חופש העיסוק (בשל משקלו הסגולי הגבוה של ערך חברתי זה) לבין הגבלה רצונית מזערית בחופש העיסוק שכמעט אינה משפיעה על עניינו וציפיותו של הציבור מהמוסד החוזי, אם בכלל. בדומה לזה, מבחן הציפיות המוצדקות והראויות הוא שמצדיק גם את הרגישות למבחן הקרינה הציבורית, שכן במקרים של חשיפה חברתית רבה (למשל כאשר עסקינן במתקשר חוזי דוגמת תאגיד גדול או כזה שניסח חוזה אחיד) מתחזקות הציפיות הציבוריות ממתקשר חוזי זה, ובהתאמה מתחזקת ההצדקה להטלת אחריות חברתית מוגברת עליו. לפיכך לא דומה בדרך כלל ציפייה חוזית טיפוסית הנוצרת מחוזה שנערך עם תאגיד בנקאי אשר הציבור רוחש כלפיו אמון, לציפייה חוזית אשר נוצרת מחוזה שנערך עם מי

112 בוקשפן, לעיל ה"ש 30.

113 השוו דבריו של השופט חשין בע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 131, 127 (2000) לעניין ההבחנה בין חובה דיספוזיטיבית לבין חובה קוגנטית: "... כנגזרת מעקרון חופש החוזים, נקבע כתחנת מוצא לפרשנות כי חובה פלונית שהוטלה בחוק – חובה דיספוזיטיבית היא, והטוען לקוגנטיות של אותה הוראה יישא בנטל הפרשנות".

114 בוקשפן, לעיל ה"ש 30.

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

שמשכיר את דירתו הפרטית או שוכר שירותיו של ארכיטקט,¹¹⁵ וזאת מחמת חשיפתו וכוחו החברתי העודף בדרך כלל של התאגיד הבנקאי והאמון שהציבור רוחש לו.¹¹⁶ במילים אחרות, לא רק מיהותו, השפעתו וחשיפתו של המרכיב החברתי (פרט, גוף מאוגד או רשות ציבורית) הן חשובות לעניין ההשפעה החברתית שתצדיק התערבות רבה יותר בחופש החוזים. לעיתים דווקא טיבם החברתי האינהרנטי של הערכים והזכויות הנפגשים באינטראקציה מסוימת הוא המשפיע על מידת החשיפה וההשפעה החברתית, ועל כן גם על האחריות הציבורית הנכרכת בה.¹¹⁷ שיקולים אלו כולם יונקים את הצדקתם ממשקלם הציבורי של המרכיב החברתי ושל הערכים החברתיים המעורבים באינטראקציה החברתית-משפטית הספציפית ומוציאים לעיתים את המוסד החוזי מהקשר הפרטי גרידא. עם זאת, ולעניין זה נועד המבחן השלישי, אין לשכוח כנקודת מוצא (וסיום) את ההקשר המשפטי שבו נערך האזון, היינו דיני החוזים שבהם עקרון חופש החוזים הוא הערך הבסיסי המוגן. ככלות הכול, גם מבחן שלישי זה נגזר ממבחן הציפיות המוצדקות והראויות של הצדדים לאינטראקציה החוזית ושל הציבור מהמוסד החוזי.

המבחנים והשיקולים אשר נדונו בחלק זה ניתנים לאיתור ספורדי כבר היום בפסיקותיו של בית המשפט העליון, אך נכון יהיה להצדיקם, ברמה הנורמטיבית, בשם ההבחנה בין הספרה הפרטית לציבורית ובשם התמורה החברתית המתחוללת במשפט העסקי,¹¹⁸ ונכון יהיה לחדדם ולעצבם, גם ברמה היישומית והדסקריפטיבית, לצורך יצירתה של הנמקה שיפוטית סדורה בתחום חשוב זה. כך לדוגמה ניתן לראות בעניין **רקנט** כיצד נבחנו הן ערכה הסגולי של הזכות לשוויון והן הקרינה הציבורית הבוקעת מן הפגיעה בה, בהיות חברת אל על "המוביל הלאומי", בלשונו של הנשיא ברק. בשונה ממקרה זה, ניתן לראות שבעניין **סער** עיקר החשיבות יוחס לערך הסגולי של זכות היסוד לחופש העיסוק, כמו גם לבחינת היקף הפגיעה בה בתוך כדי שימוש בעקרונות הסבירות והמידתיות, ולא למיהות הצדדים. לעומת זאת בעניין **טבעול** הדגש הושם דווקא על זהות הצדדים. זאת ניתן לחלץ מדבריו של חשין, שהובאו לעיל, באשר לדרך הבחינה של תניית אי-תחרות אשר תשתנה לפי זהות הצדדים.

לסיכום חלק זה נבהיר את המתודולוגיה שאנו מציעים. מדובר בשלושה קריטריונים שנועדו לסייע במסקנה אם מיקומה הגאומטרי הדומיננטי של האינטראקציה החוזית הנתונה הוא בספרה הפרטית או בזה הציבורית. לפי הקריטריון הראשון, סיווג הזכות הנפגעת באמצעות החוזה הנתון והיקף הפגיעה בה עשוי להוביל למסקנה כי עסקינן בספרה הציבורית למרות נקודת המוצא החוזית והפרטית שהובילה אותנו לספרה זו; בדומה לזה, לעתים גם קרינתה וחשיפתה החברתית של האינטראקציה החוזית הנתונה יכולות להשליך על מידת ה"ציבוריות" שיש לחוזה הנתון ולהצדיק התערבות בחוזה

115 השוו לדוגמאות המובאות על ידי שלו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 62.

116 ע"א 5893/91 **טפחות נ' צבאח**, פ"ד מח(2) 573, 585 (1994).

117 כך ניתן להבין את נטייתם של השופטים בעניין **רקנט**, לעיל ה"ש 7, להטיל אחריות חברתית המתחשבת בערך השוויון, וזאת לאור מעמדו החברתי של ערך השוויון מחמת גיל והכיעור בהפליה על רקע זה (פס' 43 ופס' 45 לפסק דינו של הנשיא ברק); כך ניתן להבין גם את האחריות שהוטלה בבג"ץ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מז(4) 702 (1993), על הפרט אשר הפר את סודותיה המקצועיים של מעסיקתו לשעבר. במקרה זה הוטלה האחריות על הפרט כלפי תאגיד בשל משקלו החברתי של חוסר תום הלב של הראשון.

118 בוקשפן, לעיל ה"ש 5.

באמצעות עקרונות תום הלב ותקנת הציבור. הספרה הציבורית אפוא אינה תלויה רק במשקלה הסגולי של הזכות החברתית הנפגעת במקרה כזה או אחר מן המפגש החוזי, אלא גם במידת חשיפתו הפומבית של החוזה הנתון כלפי צדדים רבים שמעורבותם בחוזה לא הייתה מושתתת על חופש החוזים במשמעותו המסורתית. עם זאת בצד שני קריטריונים חלופיים (ולעתים מצטברים) אלו יש לזכור כי האינטראקציה החוזית מצדיקה מתן עדיפות, כנקודת מוצא פרשנית, לעקרון חופש החוזים על סמך רעיון האמון ומבחן משולש הציפיות,¹¹⁹ ועל הטוען ההפך, הנטל להוכיח התקיימותם של לפחות אחד משני המבחנים הקודמים.

3. יישום המבחנים והבהרתם

לצורך המחשת הדברים נדגים להלן את משקלם המשונה של השיקולים החברתיים המוצעים לעיל לצורך קביעת היקפה הראוי של האחריות החברתית בהקשרים משפטיים שונים. שתי הדוגמאות הראשונות יעסקו בחוזה בין פרטים, הדוגמה השלישית תעסוק בתאגיד כצד לחוזה, הדוגמה הרביעית – בגוף ציבורי כצד לחוזה, והדוגמה החמישית – שוב בפרטים, אלא שהפעם הפרטים מעורבים באינטראקציה פלילית ולא בחוזה. דוגמאות אלו ממחישות כי השיקולים המכריעים בקביעת המידה הראויה של האחריות החברתית נגזרים בעיקר משיקולים של חשיפה וקרינה חברתית, כפי שהיא נגזרת ממעמד המתקשרים החוזיים או מהערך החברתי המתנגש בעקרון חופש החוזים.

1. ראשית נבחן מה היקף אחריותם החברתית הרצויה של שני פרטים שכרתו ביניהם חוזה שגרתי, כגון חוזה למכירת רכב. על פי השיקולים שהובאו לעיל, אחריות זו מתמצה בחובתם לקיים, איש כלפי רעהו, את ההסכם. מאחר שהזכות המעורבת במפגש זה היא חוזית-רצונית ואישית, ומאחר שמדובר במפגש מצומצם בהשפעתו ובהיקפו הפרסונלי, אחריותם החברתית של הצדדים מתמצה באכיפת ההסכמה ובקיום של כל צד את ציפיות רעהו, ובכך יקודם כמיטבו עקרון חופש החוזים ורעיון האמון הבין-אישי המוגן באמצעות דיני החוזים.

2. שנית נבחן את הדוגמה שבה הגיעו שני פרטים להסכמה חוזית הכרוכה למשל בפגיעה גורפת בעיקרון חוקתי דוגמת חופש העיסוק. במקרה זה השניים חושפים את עצמם למעגל ערכים רחב ומשפיעים גם על יעדים ציבוריים החורגים ממימוש רצונם שלהם. בכך נחלש מאוד הנופך ה"אישי" והפרטי של המפגש ביניהם. במילים אחרות, האינטראקציה הרצונית מחצינה, מקרינה ומשפיעה במקרה זה על הציבור, קרי על התרבות החברתית והעסקית, באופן הנוגע לא רק בכיבוד הציפיות שלהם עצמם אלא גם בביסוסן של ציפיות והסתמכויות ראויות מהמוסד החוזי בשיטת המשפט. במקרה זה, שלא כדוגמה הראשונה, חשיפתה החברתית של האינטראקציה המשפטית נבעה מהפגיעה בעקרונות היסוד. בכך יש כדי להמחיש כי המשפט הפרטי אינו עוסק אך ורק באינטראקציות אינטימיות ואוטונומיות אלא גם בכאלו העשויות להשפיע על צדדים נוספים ועל ערכי השיטה כולה. לכן במקרה זה מתבקש איזון בין מתן תוקף לאינטרס החברתי של אוטונומיית הרצון והגשמת הציפיות של הצדדים לבין אינטרס חברתי אחר. איזון זה בין אינטרסים חברתיים מצוי כבר בספרה הציבורית, ולכן מצדיק את ההתלבטות בדבר בחינת הטלתה של אחריות חברתית. עמדה כזו מודגמת למשל בפסק

119 בוקשפן, לעיל ה"ש 30; השוו גם דויטש, לעיל ה"ש 56.

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

הדין בעניין **סער**, שבו די היה בערך חברתי שנפגע מן החוזה שבין הצדדים (חופש העיסוק) כדי לצבוע בצבעים "ציבוריים" את האינטראקציה כולה, ללא נפקות למיהות הצדדים ולמעמד הפרטי, המסחרי או המעין-ציבורי. גישה דומה עולה גם מדנ"א **טבעול**, שם נבחנה השפעתו של החוזה על העיקרון החברתי של תחרות חופשית (אף שנדון שם גם מעמדו וזהותו של המתקשר החוזי).¹²⁰

רמז נוסף לגישה המייחסת משקל למעמד החברתי של עקרונות היסוד בכל מקרה נתון, כשיקול להצדקת הטלתה של אחריות חברתית במנותק משאלת מיהות הגוף וחשיפתו הפומבית של החוזה שבו עסקינן, משתמע גם מדבריו של השופט (כתוארו אז) ברק בעניין **קסטנבאום**. בעניין זה השתית אהרן ברק את פסיקתו, אשר התערבה בחופש החוזים, על הפגיעה בזכות אדם נוגדת ולא על שיקולים הנוגעים במעמד הגוף שבו מדובר או שיקולים חוזיים, על הפגיעה בזכות אדם נוגדת ולא על שיקולים לכלל מסקנה כי מרכז הכובד של הבעיה המשפטית שבפנינו אינה פעילותה של חברה קדישא בתחומי המשפט הציבורי, ואף לא אופיו המקפח של החוזה האחד. מרכז הכובד של הבעיה הינו תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי... בתחומי המשפט הפרטי.¹²¹

3. בדוגמה השלישית נתאר מקרים דוגמת אלו שהובאו לעיל, אלא שהפעם הצד להסכם יהיה גוף מאוגד, גדול ובעל השפעה חברתית ניכרת. במקרה כזה גדל כמעט אוטומטית משקלו של השיקול הדין בחשיפתו הפומבית של השחקן החברתי, בצורה הנוטה יותר להטיל עליו אחריות חברתית. תחזית זו מסתייעת הן בהתבוננות כי ההתערבות המקובלת כיום בפסיקה בחופש החוזים (באמצעות עקרונות תום הלב ותקנת הציבור) היא רבה יותר בהקשרים תאגדיים בהשוואה להקשרים שבהם מדובר בפרטים.¹²² ויודגש לעניין זה כי השיקול בדבר כוחו ועוצמתו של המרכיב החברתי – שיקול שהוכר בספרות כמצדיק את "הפרטתן" של זכויות אדם¹²³ – נכנס בגדרו של השיקול הנוגע לחשיפתו ולהשפעתו החברתית של המרכיב המשפטי אך אינו ממצה אותו. מטבע הדברים, גוף בעל משמעות ועוצמה חברתית-כלכלית, הפועל מול הפרט, יידרש לשאת באחריות חברתית רבה יותר מזו המוטלת על הפרט ביחסו לרעהו. עם זאת, "הפרטת" זכויות האדם אינה מוגבלת אך לגופים כאלה, ומקורה בנימוקים חברתיים רחבים יותר שאינם כרוכים אך בעוצמה.¹²⁴ זאת ועוד: ככל שהדברים אמורים

120 ראו דברי השופט חשין בדנ"א **טבעול**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 75: "תניית אי-תחרות נועדה להיטיב עם המתקשרות בהסכם ועומדת היא בבחינת הסבירות ביחסיהן ההדדיים של השותפים. ואולם, אין צורך בדמיון מפליג כדי לדעת ולהבין כי תניית אי-תחרות זו פוגעת – מכל מקום, עלולה היא לפגוע – בציבור הרחב. אכן, דווקא היותה של התנייה תנייה מיטיבה עם בעלי-ההסכם, דווקא תכונה זו שלתנייה היא המרעה לציבור הרחב. והטעם לדבר פשוט: בעוד אשר בהסכם רגיל אומרים בעלי-ההסכם לקבוע משטר נורמטיבי ליחסיהם ההדדיים באשר לזכויותיהם-שלהם, בתניית אי-תחרות אומרים בעלי-ההסכם (בין השאר) לחלק ביניהם-לבין-עצמם זכויות שאינן שייכות להם כלל, לאמור: זכותו של הציבור כי יינתנו לו המוצרים והשירותים האיכותיים ביותר במחיר הנמוך ביותר". עוד ראו שם, בעמ' 108: "נזכור-נא – בל-נשכח – כי תכליתו של הסדר כובל היא למנוע תחרות בין הצדדים לו; והסדר כובל אינו אלא מכשיר שבאמצעותו מבקשים בעלי-ההסכם לנצל לרעה את יחיד הציבור הרחב".

121 הנשיא ברק בעניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 529.

122 גישה זו שלובה גם בהתפתחותה של תפיסה חברתית מרחיבה בנוגע לתכליתה – וממילא גם בנוגע לאחריותה – של החברה העסקית בעידן המודרני ראו הדיון בוקשפן, לעיל ה"ש 5, בשער השלישי.

123 פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח "משפטים כג 21 (תשנ"ד).

124 השוו בג"ץ 4212/91 **סמיון רוזינסקי נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל**, פ"ד מז(2) 661, 678 (1993), בדבר מהותה של הסוכנות היהודית לארץ ישראל. אף שגוף זה לא הוקם מכוח חוק, ואין לו סמכויות לפי

בגוף מואגד הנעדר ממד אנושי, ניתן לגרוס כי ממילא פוחת מעט גם כובדו של השיקול הנוגע להגנת העיקרון החברתי של אוטונומיית הרצון וחופש החושים.¹²⁵ דוגמא זו ניתנת להמחשה באמצעות קופת חולים אשר מעסיקה עשרות אלפי עובדים, נותנת שירות ציבורי חיוני ומפעילה מאות מוסדות רפואיים. מטבע הדברים, מעמדו וחשיפתו החברתית של גוף מסוג זה כ"מרכיב חברתי" היא רבה ומשמעותית ומטה את הכף להגדלת האחריות החברתית, ברוח דבריו של השופט חשין בעניין ניב:

...קופ"ח אין היא כשאר מעסיקים במדינה. לא זו בלבד שמעסיקה היא עשרות אלפי עובדים אלא שנותנת היא שירות ציבורי וחיוני – על-פי דין – למיליוני מבוטחים (לדבריה – כשלושה מיליונים וחצי מבוטחים) ומפעילה היא מאות רבות של מוסדות רפואה, בהם בתי חולים ומירפאות. אכן, קופ"ח היא גוף ציבורי במלוא משמעותו של המושג (מבחינה חברתית ולאומית). גם הסדר הפרישה שנעשה לא היה הסדר רגיל: הממשלה היתה מעורבת בו וההסתדרות הכללית היתה צד לו. בנסיבות אלו, דומה, הצורך בשמירה על עקרונות-יסוד במשפט מתעצם והולך, והפרתם של עקרונות אלה תיחשב פסולה וחמורה במיוחד. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן מקום שהמדובר בהפלייתן לרעה של נשים-עובדות ביחס לגברים-עובדים. מי היה מאמין שכך תנהג קופ"ח? מי צפה כי כך תנהג ההסתדרות הכללית, מגינת העובדות והעובדים?¹²⁶

אכן, השופט חשין השתמש במונח "ציבורי", אך גם זאת במובן החברתי ולא השלטוני של הביטוי, וגם בכך יש כדי לסייע לחיזוק המסקנה כי חשיבותו החברתית, ולא השלטונית, של הגוף מצויה בעומק השיקולים להטלת אחריות חברתית.

השפעתו של המרכיב החברתי שבו מדובר רלוונטית לא רק משום הסיכון הפוטנציאלי בפעילותו לערכים חברתיים, אלא גם בשל טיבו ה"ייצוגי" והפומבי. טיב זה יש בו כדי לסייע כמתווך חברתי בתהליך הטמעתה של התמורה החברתית במשפט הישראלי. דומה כי גם עניין זה עולה מדבריו של השופט חשין בעניין ניב, בהתייחסו לאפליה שנקטה קופת חולים בין נשים לגברים:

חוק, קבע השופט אלון: "ייתכן שמקום יהא לפסוק שהסוכנות פועלת בנושא העתירה [החלטתה שלא לתמוך במוסדות מסוימים בשל אי-קליטתם של בני נוער מאתיופיה כל עוד לא עברו גיור לחומרה כדי להסיר ספק באשר ליהדותם] כגוף דו-מהותי, מכוח שיתוף הפעולה בינה לבין ממשלת ישראל, מכוח מהותו הציבורית המובהקת של נושא קליטת העליה וקיבוץ גלויות וכיוצא באלה ואם כך יתכן שמקום יהא לטענה שיסודה בעילת ההפליה".

125 ראו הדיון בוקשפן. לעיל ה"ש 5, בעמ' 99–105.

126 בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 699 (2002). דברים דומים אמרה השופטת פרוקצ'יה בנוגע לקופת חולים "מכבי" בה"פ (מחוזי י-ם) 278/96 העמותה לדמוקרטיה וטוהר המידות בקופת חולים "מכבי" נ' קופת חולים "מכבי", פ"מ נח(2) 433, 446–445 (1999): "המדובר בגוף שפעילותו ושירותיו משתרעים על פני המדינה כולה וחלק נכבד מאוכלוסיית המדינה חברים בה; השירותים הניתנים הם בעלי אופי חיוני שחובה על השלטון לספקם בין בעצמו ובין באמצעות אחרים. הפיקוח הממשלתי על פעילות הגוף הוא צמוד ביותר ורחב ביותר, ובענינים רבים חודרים החקיקה והפיקוח הממשלתי ומתערבים בפעילות הקופה ומצרים בכך את תחומי האוטונומיה של פעילותה". כן ראו דבריו של הנשיא ברק בעניין רקנט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 365, שבו נדון סכסוך שחברת אל על – ה"מוביל הלאומי", בלשונו – הייתה צד לו.

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

אם גוף מכובד כסוכנות היהודית נהג כפי שנהג; ואם בדרך זו הלכה גם קופ"ח הכללית, אף היא גוף מכובד בקהילתה; כנראה שענייננו בצופן הגנטי של החברה, צופן גנטי המורה אותנו כי אשה נחותה מגבר, ואם זה הוא אמנם הצופן הגנטי של החברה, נדרשים אנו, כמסתבר, למוטציה מעשה ידי אדם. מוטציה זו נעשה אנו – בתי המשפט – בעקביות ובעקשנות, עד אם ידעו הכל כי זכויותיה של אישה הן כזכויות הגבר, אף לא כחוט השערה פחותות מהן. כך נעשה, כך נמשיך ולא נרפה.¹²⁷

במילים אחרות, אמנם ההצדקה להטלתה של אחריות חברתית רבה יותר כאשר קיימים פערי כוחות נעוצה בצורך למנוע פגיעה בחירויות בידי אלו המסוגלים לכך יותר,¹²⁸ אך חשוב לא פחות: מטרתה של הטלת האחריות היא גם חיובית וקונסטרוקטיבית במובן זה שחשיפתו החברתית של הגוף יכולה לשמש גם מנוף פוטנציאלי לתיווכם ולהטמעתם של עקרונות היסוד בפעילות החוזית שהיא הפעילות המשפטית הבסיסית ביותר שנועדה להגשמת ציפיות מצויות ורצויות.¹²⁹

4. הדוגמה הרביעית עניינה בגוף שלטוני כצד לחוזה. במקרה זה מדובר בשחקן חברתי האמון על האינטרס הציבורי מעצם הגדרתו, ומכאן גם השפעתו ומקומו החברתיים. בשל מעמדו ואופיו החברתי המובנה משמש הגוף השלטוני המחשה נוספת לכוחו של מבחן הקרינה החברתית כמבחן המצדיק התערבות רבה יותר בעקרון חופש החוזים. במילים אחרות, שיקול זה מטה את הכף לטובת גישה מרחיבה יותר לאחריותו החברתית של הגוף השלטוני ולכפיפותו לעקרונות היסוד לעומת זו של הפרט וזו של גוף מאוגד. בשונה מהפרט ומגוף מאוגד, לגוף השלטוני אין כל ציפייה מוצדקת כי יפעל גם על פי שיקולים עצמיים להשאת עניינו שלו, במנותק מהאינטרס החברתי שעליו הוא אמון. ההפך הוא הנכון – כגוף שלטוני חשיפתו לאחריות חברתית מובנית מעצם תפקידו והציפיות ממנו.¹³⁰

127 עניין ניב, לעיל ה"ש 126, בעמ' 705–706.

128 השו: Michael J. Horan, *Contemporary Constitutionalism and the Legal Relationship Between Individuals*, 25 INT. & COMP. L. Q. 848, 860 (1976): "...The basic assumption shared by most jurists and writers who have dealt with the general subject is that concentrations of economic or political power in large scale private organizations in the twentieth century have created the potential for serious abuse of individual freedoms. These 'private governments', such as large industrial concerns, trade unions and broadcasting networks, possess the means of influencing or controlling the lives of their employees and millions of other persons. It is imperative, therefore, that these organizations, and perhaps any person or group whose 'power' grossly overshadows those with whom they enter into legal relations, be compelled to observe the fundamental human rights guaranteed by the institution".

129 ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 91–99.

130 עם זאת, וככל שמדובר באינטראקציה חוזית, מכיוון שהאחריות החברתית העיקרית שאליה חותרים דינים אלו היא הטמעתו של רעיון חופש החוזים והאמון הבין-אישי, יש ליתן לערך זה מקום של כבוד גם ביחס לרשות המנהלית ולא להרחיב בחסינות הניתנת לה – מגמה שאכן נראה כי היא קיימת במשפט הישראלי – ראו להלן, הדיון בבוקשפן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 413–418 ("הגנת הציפייה והאמון בדיני החוזים המנהליים"). התייחסותה העדכנית של הפסיקה לנושאים אלו מאותתת אף היא על ריכוך התייחסות למיהותו השלטונית של אחד הצדדים ולהתגברות מעמדם של השיקולים החברתיים, דוגמת זה של אמון. ראו גם דפנה ברק-ארוז "הגנת הציפייה במשפט המינהלי" **עיוני משפט** כז 209 (תשס"ג).

5. בדוגמה החמישית והאחרונה נניח כי אין ענייננו באינטראקצייה חוזית ולא בגוף בעל עצמה חברתית, אלא במצב שבו אדם גנב מרעהו. דוגמה זו מסייעת בהצדקת כוחו של מבחן הערך החברתי הסגולי של הזכות המתנגשת בזכות החוזית כמבחן עצמאי לבחינת קרינתה החברתית. גם בדוגמה זו לא מיהות הצדדים – פרטים במקרה זה – תהפוך את האינטראקצייה לציבורית, אלא מהותם האינהרנטית של הערך והזכות שנפגעו. החובה שלא לגנוב אינה נתפסת כפגיעה אישית אלא כפגיעה באינטרס חברתי, כפי שנתפסת גם הפגיעה החריפה בערכים חוקתיים במסגרת דיני החוזים. הפגיעה באינטרס החברתי היא המקרינה על השפעתו ועל אחריותו החברתית והמשפטית של הפרט שביצע את הגנבה ולא הסיווג השלטוני, המעין-שלטוני או התאגידי שלו.

לסיכומו של חלק זה, תחולתה של האחריות החברתית המוטלת באמצעות דיני תום הלב ותקנת הציבור צריכה להיבחן בזהירות ובהסתייגות לאור התכלית החברתית האפריורית של דיני החוזים, קרי חופש החוזים, אך גם לאורם של שיקולים חברתיים עמוקים ורחבים בנוגע למידת ההשפעה החברתית, המורכבת מחשיפתם וממעמדם החברתי של עקרונות היסוד הנפגעים וקרינתם החברתית של המתקשרים החוזיים שבהם מדובר.¹³¹ שיקולים אלו יונקים כולם ממבחן הציפיות הראויות, המונח בבסיס התמורה החברתית במשפט הפרטי, ואלו צריכים לצאת, כנקודת מוצא, מעקרון חופש החוזים שעומד כך או אחרת במאתיים וחמישים השנים האחרונות בבסיסם של דיני החוזים.¹³² ככל שהאינטראקצייה החוזית מקרינה בעצמה רבה יותר על ערכי יסוד ועל כללי ההתנהגות הבין-אישית הראויה, או ככל שהשפעתו וקרינתו החברתית של המרכיב המשפטי רבה יותר – כך תהיה האחריות הציבורית שיהיה אפשר להזמין את הטלתה על הסיטואציה – רבה יותר. אחריות זו משמעה כרסום בעקרון חופש החוזים, אך זאת בשל הפיכת הפרטי לציבורי, היינו פלישתה של האינטראקצייה החוזית למתחם הציבורי והעובדה כי השפעת החוזה אינה תחומה עוד למישור הפרטי שביניהם, אלא יש בה כדי להשפיע במידה ניכרת על ערכים וצדדים נוספים.

סיכום

המוסד החוזי השתנה רבות במהלך השנים. בעידן שבו מרבית האינטראקציות החוזיות הן המוניות ונערכות במתכונת של חוזים אחידים עם תאגידיים עסקיים, ולא מעט מהן משיקות גם להקשרים חברתיים רחבים ומגוונים, התפיסה שלפיה החוזה הוא מכשיר פרטי ואינטימי אשר מבטא תמיד את רצונם החופשי של הצדדים לו ואינו נוגע בזכויות יסוד מתנגשות, היא אנכרוניסטית. טבעי אפוא

131 ע"א 3414/93 שמחה און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196, 208 (1995). כך ניתן להבין את הפרמטרים ואת אמות המידה שהציע השופט זמיר בפסק דינו בנוגע לבחינת השאלה אם הבורסה ליהלומים היא גוף "דו-מהותי": "התשובה כרוכה בשאלה מה הם המהות והתפקיד של הבורסה. בין היתר יש לברר מי הקים ומי שולט במשיבה; מה היחסים בין המשיבה לבין הבורסה; מה התפקיד של הבורסה; האם יש לה להלכה או למעשה מעמד מונופוליסטי; מה התלות של יהלומן בבורסה זאת; מה המשמעות העסקית של החלטה למנוע בעד יהלומן את הכניסה לבנין הבורסה. התשובות לשאלות אלה, ונתונים נוספים, יאפשרו לקבוע אם המשיבה היא גוף דו-מהותי, ואם אכן כן, האם היא מחוייבת, מכוח כללים של המשפט הציבורי, לאפשר למערער כניסה לבנייני הבורסה".

132 זמיר, לעיל ה"ש 33.

חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור : מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים

ששינויים אלו מאתגרים את התפיסה המסורתית בדבר חופש החוזים שליוותה את דיני החוזים שנים רבות, אך נראה שהמטוטלת התרחקה מדי מתפיסה מסורתית זו. עיון בדרך הנמקתה של הפסיקה ובשימושה בעקרונות תום הלב ותקנת הציבור – שני העקרונות החוזיים המכרסמים בעקרון חופש החוזים – מעלה שהמגמה המתפתחת במשפט הישראלי דוגלת בהטלת אחריות חברתית עקרונית על כלל מרכיבי החברה גם במסגרת היחסים החוזיים ביניהם. עם זאת אף שעמדה עקרונית זו חיונית ומובנת בעידן החוזי והתאגידי הנוכחי, עדיין אין בה כדי לתת משקל הולם לעקרון חופש החוזים וחסרות בה אמירות שיטתיות בדבר היקפם ומשקלם הרצוי של עקרונות תום הלב ותקנת הציבור בכל מקרה ומקרה. מאמר זה נכנס לשדה לא חרוש זה ומציע להתמקד התמקדות פרטנית בקרינה החברתית והציבורית של האינטראקציה החוזית הנתונה, כפי שהיא משתקפת ממעמד עקרונות היסוד העומדים למבחן וממעמדם החברתי של המתקשרים החוזיים שבהם מדובר. בחינה מהותית כזו, כשיקול מרכזי בקביעת היקפה הרצוי של האחריות החברתית המוטלת באמצעות עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, ראוי לה שתינק מההקשר החוזי שבו נבחנים הדברים ואשר דוחף למתן עדיפות פרלימנרית לעקרון חופש החוזים כערך הייחודי המוגן בדינים אלו מקדמת דנא. ערך זה נגזר מייעודם החברתי של דיני החוזים להגשים בראש ובראשונה את רצונם ואת ציפיותיהם והסתמכויותיהם של הצדדים הקשורים באינטראקציה החוזית. עם זאת ערך זה נחלש ככל שהאינטראקציה החוזית זולגת גם לעברו של המתחם הציבורי. המבחן החברתי המוצע במאמר זה ל"התערבויות הציבוריות" בחופש החוזים עדיין אינו מזוהה ככזה בפסיקה, אך הוא ניתן לחילוץ ולהכללה ממגמות העולות ספורדית בכמה פסקי דין אשר בוחנים בחינה חברתית את המחלוקת החוזית ואשר הודגמו במאמר. דוגמאות אלו מסייעות בהצדקת הטענה כי השיקולים המכריעים בקביעת המידה הראויה של האחריות החברתית המוטלת באמצעות עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, ראוי להם שיתחשבו קזואיסטית במעמדם ובחשיפתם החברתית של הצדדים לחוזה ובעוצמת הפגיעה בעקרונות היסוד המתנגשים במסגרת החוזה. ככל שהעוצמה שתקרין האינטראקציה החוזית על מרכיבים אלו תהיה רבה יותר, כך האחריות החברתית שיהיה אפשר להזמין הטלתה במסגרת החוזית באמצעות עקרונות תום הלב ותקנת הציבור תהיה רחבה יותר,¹³³ בשל העובדה שהצדדים עצמם, או מי מהם, מיקמו את החוזה בממלכה הציבורית ומחוץ למשפט הפרטי. בממלכה זו גם ערכים נוספים, מלבד חופש החוזים, מבקשים למצוא את תקנתם.

133 ואף, לדידנו, באמצעות פנייה ישירה לעתים לחוקי היסוד אשר עוסקים בכבוד האדם : בוקשפן וכשר, לעיל ה"ש 10.