

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

נילי כהן*

א. פתח דבר. ב. רקע כללי. ג. פרשת זפניק – הסיפור העובדתי; 1. שיכון עובדים ופרויקט רקאנטי; 2. סיפורם של הזוגות זפניק ועמישי. ד. עילת התביעה – היעדר כוונה לכרות חוזה? הפרת הבטחה במהלך המשא ומתן; 1. הפרת החובה לנהוג בתום לב כעילת התביעה; 2. ביטוי של חוסר תום הלב בפרשת זפניק; 3. סיכום. ה. הסעד בשל הפרת עקרון תום הלב במשא ומתן. ו. בעיית הוויתור והתוצאה בפועל; 1. בין ויתור מראש לויתור בדיעבד; 2. בין שחקן חוזר לשחקן חד-פעמי. ז. השפעת פסק הדין – בין פורמליזם לקונטקסטואליזם. ח. שלושים שנה אחרי.

א. פתח דבר

פסק דינה של השופטת בן-פורת בע"א 829/80 **שכון עובדים בע"מ נ' זפניק**¹ הוא מפסקי הדין המרכזיים בדיני חוזים. במשך קרוב לשלושים שנה הוא משמש בסיס איתן לפרשנותה של חובת תום הלב במשא ומתן, המעוגנת בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים").

סעיף 12 הוא אולי המהפכני ביותר בחוק החוזים. הוא הפנה את פניו של המשפט הישראלי לעברו של המשפט הקונטיננטלי, בייחוד המשפט הגרמני, והציב אתגר פרשני

* פרופסור למשפטים, מופקדת הקתדרה לדיני חוזים השוואתיים על שם בנו גיטר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה לתומר שוירמן, אלי בלכמן ואלרן שפירא בר-אור, עוזרי מחקר בפקולטה למשפטים על סיועם המצויין.
1 פ"ד לז(1) 579 (1983) (להלן: עניין זפניק).

בפני שופטי ישראל². השופטת בן-פורת נענתה לאתגר, וסימנה תוואים ברורים וזהירים באשר להיקף פריסתה של חובת תום הלב, ועמדה חלוצית באשר לסעדים בגין הפרתה. ההלכה שקבעה השופטת לא היוותה תקדים מחייב. היא נאמרה אגב אורחא, ולמרות זאת, צברה כוח רב מיד עם הינתנה. כוחו המיוחד של פסק הדין נבע ממעמדה של השופטת בן-פורת ומעצמתם של הטענות שעלו בפניה.

בחרתי לעסוק בפסק דין זה מזווית מיוחדת. ביקשתי לעיין בתיק כולו, החל מכתבי הטענות, עבור דרך הראיות והסיכומים בבית המשפט המחוזי, וכלה בטיעונים ובסיכומים בבית המשפט העליון. באופן טבעי גילה העיון בתיק עולם סבוך ומורכב, שחלק ממנו אבקש להציג ברשימה זו. אבחן את המקרה על רקע האירועים הכלליים שאפפו אותו, אציג את פרטיו, אבחן את ההלכה שנקבעה לגביה, את משמעותה ואת השפעתה, ואסיים בשינויים שהתחוללו מאז ועד היום הנוגעים הן להלכה והן לגיבוריה.

ב. רקע כללי

השנים 1977, 1978, 1979 היו מהשנים המכריעות במדינת ישראל. בשנת 1977 עלה הליכוד לשלטון, ומנחם בגין מונה לראש ממשלת ישראל. בשנה זו ערך נשיא מצרים, אנואר סאדאת, את ביקורו ההיסטורי, ביקור ראשון של מנהיג ערבי בארץ. מיד לאחר מכן החלו להתקיים שיחות בין מנהיגי ישראל למצרים שהובילו בשנת 1978 לחתימת הסכמי קמפ דייוויד. באותה שנה קיבלו בגין וסאדאת את פרס נובל לשלום. הסכם השלום עצמו נחתם בשנת 1979.

ניתן להניח שהמהפך השלטוני שהעלה את הליכוד גרם, באופן טבעי, לחששות בייחוד בקרב אלה שהיו מקורבים למפלגת העבודה. לראשונה, לאחר קרוב לשלושים שנה, איבדה מפלגת העבודה את ההגמוניה. אין מדובר בהגמוניה שלטונית בלבד. מפלגת השלטון שלטה במפעלים כלכליים רבים, בין השאר, באמצעות הסתדרות העובדים בארץ ישראל. ניתוק הקשר הישיר שהיה לאותם מפעלים עם מוסדות השלטון עורר, מן הסתם, חששות. החששות הכלליים היו מלווים בסימני דאגה, שאט אט הפכו לבעיה של ממש.

בסוף אוקטובר 1977 הודיע שר האוצר שמחה ארליך על "המהפך הכלכלי". תכנית זו כללה שורה של רפורמות, לרבות הסרת הפיקוח על מטבע חוץ, ביטול מסים וצעדים נוספים ברוח העיקרון של "השוק החופשי". צעדים אלה הביאו להגדלת הצריכה ללא בסיס

2 לניתוח: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א פרק 12 (1990). בפרק זה ריכזו אסמכתאות כולל. ספרות ופסיקה מאוחרות יותר יוזכרו במהלך הרשימה.

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

כלכלי איתן, והם גררו אינפלציה דוהרת. כישלון התכנית הביא להתפטרותו של השר ארליך בשנת 1979. הוא הוחלף על ידי יגאל הורביץ, שבניסיונותיו להילחם באינפלציה הדוהרת החליף את הלירה הישראלית בשקל.

מצב הדיור שיקף גם הוא את הבעיות הכלכליות שבהן הייתה נתונה המדינה: בשנת 1979 הקימו צעירים מחוסרי דיור מאהל בלב העיר תל-אביב במחאה על מצב הדיור ועל מחירי הדירות להשכרה. בשל מצב השוק, המיתון ואחוזי האינפלציה שהגיעו עד לכ-120 בשנה, נרשמה ירידה דרסטית בהיקף התחלות הבנייה בעיר³.

רקע זה זורה אור על פעילותן של חברות הבנייה שפעלו באותה תקופה. אחת מהן היא חברת "שיכון עובדים", חברת בנייה הסתדרותית. תכניתה למכור דירות בשנת 1978 בפרויקט מסוים, המשא ומתן לרכישת הדירות והחוזים שנערכו בעקבותיו עומדים במרכז הרשימה.

ג. פרשת זפניק – הסיפור העובדתי

1. שיכון עובדים ופרויקט רקנאטי

חברת שיכון עובדים, חברת בנייה ציבורית, הוקמה בשנת 1955, בעקבות מיזוג בין שתי חברות בנייה הסתדרותיות: "שיכון", שבנתה בעיקר באזורים העירוניים של הארץ, ו"נווה עובד", שבנתה בעיקר בהתיישבות העובדת. שיכון עובדים הייתה לחברת השיכון הציבורית הגדולה בארץ. היא בנתה יחידות דיור בהיקף רחב בכל רחבי המדינה.

בשנת 1978 הודיעה חברת שיכון עובדים על תכניתה לבנות פרויקט בצפון תל-אביב, באזור בנייה חדש, בקצה הצפוני של תל-אביב, מעבר לרמת אביב. באזור זה, המכונה "רמת אביב גימל", נבנו בעיקרו של דבר כמה שיכונים שכללו דירות קטנות, אשר היו מיועדות לזוגות צעירים ולמפונים מדרומה של העיר. פרויקט רקנאטי של חברת שיכון עובדים, שהוקם ברחוב הכניסה לשכונה החדשה ההולכת ונבנית, היה שאפתני יותר⁴. דובר בדירות רחבות ידיים בנות ארבעה או חמישה חדרים, ששטחן הכולל בין מאה ארבעים למאה שישים מ"ר, בסטנדרט בנייה גבוה. באזור המיועד לבנייה הוצב שלט שהודיע על התכנית. השלט עורר התעניינות, ולא מעט אנשים פנו לחברת שיכון עובדים כדי לקבל פרטים על הדירות לצורך רכישתן.

3 לתיאור מצב הנדל"ן הכללי בשנת 1979 ראו: עיתון תל אביב (חומר שמור במערכת).

4 שם, הוכתר כפרויקט הנחשק ביותר בארץ אותה עת (חומר שמור במערכת).

החברה תכננה למכור את הדירות בפרויקט בשנת 1978. השלמת המפרט כנדרש על פי חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, לא הסתיימה בזמן, ועל כן לא ניתן היה למכור את הדירות ב-1978. ב-27 לדצמבר 1978, ביום רביעי, התכנסה ישיבה במטרה לנסות ולמצוא דרך שבמסגרתה ניתן יהיה לכלול את הפרויקט בין אלה המוצעים למכירה בשנת המאזן של 1978. הדעת נותנת שהחברה ביקשה בדרך זו לשפר את מאזנה, אך הואיל והיה מדובר בימים ספורים שלפני תום השנה, היה עליה לפעול בלחץ זמנים לא קל.

בישיבה התגבשו לראשונה הפרטים המדויקים⁵, שעיקרם מכירת הדירות בשני שלבים: הראשון, שלב רישום, שעליו לא יחול חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973; השני, השלב של כריתת החוזה, הכפוף לחוק האמור. כוונתה של שיכון עובדים הייתה למכור עשרים דירות בלבד. למחרת, ב-28 לדצמבר 1978, יום חמישי, פרסמה חברת שיכון עובדים במשרדה מודעה שבה נאמר כי החברה התחילה בהרשמה ובקבלת פיקדון על חשבון רכישת דירות ברחוב רקנאטי 10. עוד נאמר במודעה שהבניין הוא בן 16 קומות, ובו שישים דירות, וכי ההרשמה וקבלת הפיקדון מסתיימות ב-31 דצמבר 1978, בשעה 12 (לפני הצהריים). המודעה פירטה את מחירי הדירות, אך לא את סכום הפיקדון שנדרש. כן לא נאמר בה כי מוצעות למכירה עשרים דירות בלבד⁶.

עם פרסום המודעה החל לחץ של קהל בסניף התל-אביבי של החברה. ביום שישי פנו פקידת המכירות ומנהל המכירות למנהל החברה, וביקשו לקבל ממנו הבהרות כיצד לטפל בלחץ הפונים, אך הם לא השיגו אותו. השניים סיכמו לפנות אליו ביום ראשון, וכך היה. בישיבה בבוקרו של יום ראשון, שנסתיימה בסביבות השעה עשר בבוקר, הועלתה האפשרות, נוכח הביקוש הגואה לדירות, לשנות את תנאי המכירה, אך הוחלט, בסופו של דבר, להשאיר את התנאים המקוריים בעינם⁷. כן הוחלט לא לתגבר בכוח אדם נוסף את המשרד, ולפקידה נאמר כי עליה לטפל גם בפרויקטים האחרים שעליהם הופקדה. נערכה גם שיחה עם המשטרה, וזו הקצתה ניידת שתגיע למקום, אם יתעוררו מהומות. משחזרה הפקידה למשרד בסביבות עשר בבוקר צבאו עשרות מעוניינים על המשרד, שהמתינו לה החל מהשעה תשע. היא פעלה לבד, ועד השעה 12:00 הספיקה לקבל את שבעת הממתנינים הרשומים כראשונים באותה רשימה. בשעה 12:00 נסגרו דלתות המשרד.

עשרים וחמישה מועמדים מאוכזבים – ביניהם בני הזוג זפניק ועמישי – נאלצו לעזוב את המקום מבלי שעלה בידם לחתום על חוזה הרכישה. אחד מהם, עורך דין במקצועו, טען

5 ה"פ (ת"א) 392/79 זפניק נ' שכון עובדים בע"מ, פ"מ התשמ"א(2) 45 (1980) (עדותו של יעקב שרון, מנהל המכירות) (להלן: עניין זפניק מחוזי).

6 שם, פס' 2.

7 ה"פ (ת"א) 247/81 עמישי נ' שכון עובדים בע"מ, פ"מ התשמ"ג(1) 281 (1981) (להלן: עניין עמישי).

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

לפני מנהל סניף החברה, כי על החברה להעניק להם את אותן זכויות שהוענקו לאלה שעלה בידם לסיים את ההליכים במועד. מנהל הסניף ערך רשימה של הממתינים, והעבירה להנהלת החברה כדי להכריע בדבר. לאחר דיון, שהסתיים, כנראה, ב-17.1.79, החליטה החברה לאפשר לממתינים לרכוש את הדירות במחיר הגבוה ב-10 אחוזים מהנקוב במודעה, ובתוספת של 3.5 אחוזים כעלייה במדד יוקר הבנייה, שפורסם ב-15.1.79. עם זאת, דרשה החברה שכל מי שיבקש לממש הסדר זה, יאשר בחתימתו כי הוא מוותר על תביעות כלפי חברת שיכון עובדים. הסתבר בדיעבד, שלמרות זאת, ארבעה מבין הממתינים שלא הספיקו להירשם קיבלו דירות במחיר הישן: היו אלה מי ששילמו את הפיקדון מבלי שמולאו הטפסים, ובניגוד להוראות שיכון עובדים.

אירוע זה הטביע חותם בעולם המשפט. שני זוגות רוכשים שרכשו דירה על פי ההסדר החדש הגישו תביעות לבית המשפט. וכך נולדו שלושה פסקי דין בשתי פרשות. הפרשה האחת היא **זפניק נ' שכון עובדים בע"מ**. פסק הדין של הערכאה הראשונה בפרשה זו ניתן על ידי בית המשפט המחוזי מפי השופטת ולנשטיין⁸, והוא נהפך בערעור בפסק דינה של השופטת בן-פורת בבית המשפט העליון **בשכון עובדים בע"מ נ' זפניק**⁹, שיהווה מוקד דיונו; והפרשה השנייה, **עמישי נ' שכון עובדים בע"מ**, שבגדרה ניתן פסק דינו של השופט שטרוממן בבית המשפט המחוזי בתל-אביב¹⁰.

פסק דין **זפניק** הוא פסק דין מרכזי בנושא חובת תום הלב במשא ומתן. הוא אחד מראשוני פסקי הדין שתרם לעיצובה המאוזן והראוי של חובה זו. הצבענו על כך שהשנים 1979–1977 היו מכריעות מבחינה פוליטית-מדינית-כלכלית. מסתבר שלשנים אלה הייתה גם חשיבות משפטית רבה.

2. סיפורם של בני הזוג זפניק ועמישי

שרה וד"ר יחיאל זפניק התעניינו באפשרות לרכוש דירה בבניין ההולך ונבנה ברחוב רקנאטי 10 מאז הוצב השלט במקום. ביום 28.12.78, בשיחה טלפונית עם משרד שיכון עובדים בתל-אביב, נמסר להם כי החלה ההרשמה לפי המפורט במודעה, וכי יש להירשם ולהפקיד 500,000 ל"י עד לשעה 12:00 ביום ראשון ה-31.12. באותו יום חמישי נתנו השניים הוראות מכירה לבנק שלהם, של ניירות ערך בסכום זה. ד"ר זפניק הוא רופא, ששירת אותו זמן בצבא, ונבצר ממנו לטפל אישית בסידורים הכרוכים בחתימת החוזה. הסידורים נעשו על ידי שרה זפניק ואביה, שניגשו למשרדי החברה ביום שישי, והצליחו –

8 עניין **זפניק מחוזי**, לעיל ה"ש 5.

9 עניין **זפניק**, לעיל ה"ש 1.

10 עניין **עמישי**, לעיל ה"ש 7.

אם כי בקושי רב שנבע מלחץ הפונים ומאי־נקיטה של האמצעים הדרושים מצד החברה – לקבל טופס הפקדה ואף לברר מה היא הדירה המסוימת שיוכלו בני הזוג זפניק לרכוש. הפקידה מסרה להם כי יוכלו להגיע עד ליום ראשון עם הכסף. ביום ראשון בשעה 9:15 הגיעו, שרה ואביה, למשרד שיכון עובדים עם הפיקדון כדי לסיים את ההליכים. כשראה שהשעה דוחקת, הציע אביה של שרה זפניק להפקיד את הכסף על דעת עצמו וללא מסמכים. הוא נענה על ידי מנהל המכירות שהדבר לא יעזור, ואף יקשה עליו לקבל את כספו בחזרה. חרף המתנה של שעות, נאלצו השניים לעזוב את משרדי החברה כלעומת שבאו. ב־8.2.79 חתמו שרה ויחיאל זפניק עם החברה על חוזה חדש. כן חתמו, תחת מחאה בעל פה, על מסמך שלפיו אין להם עוד תביעות משיכון עובדים. לאחר מכן הגישו תביעה נגד שיכון עובדים ובה ביקשו הצהרה כי החברה נהגה כלפיהם שלא בדרך המקובלת ושלא בתום לב במשא ומתן, וכי הם זכאים לפיצוי בסכום ההפרש בין ההצעה המקורית להסדר החדש.

השופטת ולנשטיין זיכתה אותם בשיעור הפיצויים שדרשו, כלומר בהפרש שבין מחיר הדירה במודעה לבין מחיר הרכישה. היא הדגישה את האשם שרביץ לפתחה של שיכון עובדים שלא עשתה את הסידורים הנאותים למימוש הזכות, "ועוד הוסיפה חטא על פשע, כאשר לאחר מעשה קבעה 'קריטריונים' אשר לפיהם זיכתה אנשים שנהגו בניגוד לתנאים שקבעה, והפקידו כספים לזכותה בלא שיקיימו את התנאים שהציבה כקודמים להפקדת הכסף"¹¹. אך בערעור בעליון נהפך פסק הדין. השופטת בן־פורת הגיעה למסקנה כי דין תביעתם להיכשל בשל הוויתור המאוחר שיידון בהמשך.

אירית וליאור עמישי אף הם התעניינו באפשרות לרכוש דירה בבניין ההולך ונבנה ברחוב רקנאטי 10 עוד לפני פרסום המודעה. מדי פעם הייתה אירית עמישי מצלצלת למשרדי שיכון עובדים כדי לברר אם הוצעו דירות למכירה. כאשר נודע לה, בשיחה שקיימה עם פקידת המכירות, ב־28 בדצמבר, על מכירת הדירות, פנתה בו ביום למשרדי החברה לקבלת מידע על תנאי המכירה. למחרת חזרה עם בן זוגה לפקידה, והם ניהלו אתה שיחה ארוכה. בשיחה זו הודיעו לה על כוונתם לרכוש אחת משתי דירות מסוימות בבניין. הפקידה הודיעה להם שעליהם לחזור אליה עד ליום ראשון, בשעה 12:00 בצהריים לביצוע העסקה, וכי עד לאותו מועד יוכלו לרכוש את הדירה בתנאים המוצעים במודעה. לשם כך יהיה עליהם לחתום על טופס, שנמסר להם לעיון, ובו מפורטים תנאי ההתקשרות העיקריים, לשלם מקדמה בסכום של 560,000 ל"י, וכן להודיע לה באיזו דירה משתי הדירות הם בוחרים. באותו יום שישי הורו בני הזוג עמישי לבנק על מכירת ניירות ערך בסך של 400,000 ל"י, כמו כן לוו 160,000 ל"י, וביום ראשון התייצבו בשעה תשע במשרד עם

11 עניין זפניק מחוזי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 54, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ולנשטיין.

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

הפיקדון. כאמור, הפקידה לא הייתה במשרד, וכשהגיעה כשעה לאחר מכן, השתרך תור ארוך של ממתנים. בנסיבות אלה פנה עמישי לאחראים על פקידת המכירות כדי שיוכלו לסייע לה או לפחות לקבל ממנו את תשלום הפיקדון ללא המתנה. פניותיו לא הועילו. בני הזוג עמישי חזרו לביתם כלעומת שבאו. במשך חודש ינואר חזרו לשיכון עובדים, ותבעו ממנה לקיים את הבטחתה, אך לשווא. ב־22 בינואר 1979 רכש הזוג עמישי דירה ברחוב רקנאטי 10 על פי ההסדר החדש שהציעה שיכון עובדים לממתנים. במעמד החתימה על החוזה, חתמו הרוכשים, תחת מחאה בעל פה, על מסמך שלפיו אין להם עוד תביעות משיכון עובדים. לאחר מכן הגישו תביעה כספית נגד שיכון עובדים על הנזק שנגרם להם בעקבות התנהגותה של שיכון עובדים במשא ומתן עמם, התנהגות שהיוותה הפרת חובת תום הלב במשא ומתן. הם ביקשו לקזז סכומי נזק אלה ממחיר הדירה שרכשו. בית המשפט המחוזי דחה את תביעתם.

בתביעתם הסתמכו בני הזוג עמישי, לשווא, על פסק הדין המחוזי שניתן בעניינם הדומה של שרה וד"ר יחיאל זפניק, ושבו זכו בתביעתם כלפי שיכון עובדים¹². כאמור, זכייתם של בני הזוג זפניק הייתה זמנית. השופטת בן-פורת הגיעה למסקנה זהה לזו של השופט שטרומן, ודחתה בערעור בבית המשפט העליון את תביעתם.

שני הזוגות, עמישי וזפניק, נחלו כישלון בתביעתם המשפטית. אולם ההלכות המשפטיות האופפות את שני פסקי הדין שונות. בשני המקרים הכריעה את הכף החתימה על מסמך הוויתור. בשני המקרים עלתה שאלת הפרתה של חובת תום הלב כשאלה שהתעוררה אגב אורחא. אולם בניגוד להלכת עמישי המצמצמת את משמעותו של תום הלב, הלכת זפניק נותנת לו תוכן רחב יותר.

השופטת בן-פורת בחנה את החובה באופן עקרוני ובהקשר שבו התעוררה, וקבעה עקרונות מנחים לגבי הסעד בגין הפרת החובה, עקרונות שייושמו בהמשך. פסק דינה העקרוני של השופטת בן-פורת הוא אחד הראשונים שבהם נבנתה תשתית להתנהגות הראויה במהלך של משא ומתן, ומכאן חשיבותו.

ד. עילת התביעה – היעדר כוונה לכרות חוזה? הפרת הבטחה במהלך המשא ומתן?

12 עניין עמישי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 285, פס' 3 לפסק דינו של השופט שטרומן. חוק-יסוד: השפיטה קובע בס' 20(א): "הלכה שנפסקה בבית משפט תנחה בית משפט של דרגה נמוכה ממנו". מכאן שאין פסק דין של בית משפט מחוזי משמש תקדים מחייב בפסיקתו של בית משפט מחוזי אחר. עם זאת, הוא משמש תקדים מנחה בפסיקת בית משפט השלום. במקרה דנן שימשו שני פסקי הדין שניתנו בבית המשפט המחוזי כתקדימים מנחים סותרים.

1. הפרת החובה לנהוג בתום לב כעילת התביעה

המהלך שנקטה שיכון עובדים הוביל להפרדה בין שני שלבים: הראשון, הרשמה והפקדת פיקדון; השני, כריתת החוזה. השלמת השלב הראשון אמורה הייתה להעניק לרוכשים זכות לכריתת חוזה עם שיכון עובדים (מעין זיכרון דברים, או אופציה, כפי שכינתה אותו השופטת ולנשטיין¹³). אין חולק על כך שביום ראשון לא הושלם השלב הראשון של ההרשמה, לא עם הזוג זפניק ולא עם הזוג עמישי, וממילא גם לא נחתם עמם חוזה. עילת התביעה לא הושתתה על הפרת הזכות לכרות חוזה או על הפרת חוזה, אלא על הפרת החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת במשא ומתן.

פנים רבות לה לחובה זו¹⁴. בע"א 800/75 קוט נ' ארגון הדיירים¹⁵, שנפסק זמן מה לאחר חקיקת חוק החוזים, נקבע כי כניסתו של אדם למשא ומתן ללא כוונה לכרות חוזה, מהווה הפרתה של חובת תום הלב. ראוי להדגיש שמעשה כזה הוא בבחינת תרמית. לנפגע עשויה לעמוד העילה של סעיף 12 לחוק, אך גם עוולות הנזיקין של תרמית ומצג שווא רשלני¹⁶. ענף אחר של חובת תום הלב משתרע על אותם מקרים שבהם במהלך משא ומתן נותן צד הבטחה, היוצרת ציפייה כי ייכרת חוזה, והבטחה זו מופרת.

אך מתי ראוי להטיל אחריות בשל הפרת הבטחה לא חוזית? השאלה מעוררת קושי, שכן אחריות בשל הפרת הבטחה במהלך משא ומתן עשויה לעמוד בניגוד לכללי היסוד של דיני חוזים, הקובעים מתי הופכת הבטחה לחוזה. בכך היא עשויה לעמוד בסתירה לעקרון חופש החוזים, שלפיו כל עוד לא נוצר חוזה, ראוי להותיר בידי הצדדים כוח לפרוש מן המשא ומתן. עם זאת, קיימים מקרים שבהם הפרת הבטחה שלא הבשילה כדי חוזה תהווה הפרת חובת תום הלב במשא ומתן. במקרים אלה עקרון תום הלב אכן מצמצם את חופש הפרישה מהמשא ומתן. באילו מקרים אפוא ראוי להטיל אחריות בשל הפרת הבטחה בשלבי המשא ומתן?

חוק החוזים עצמו קובע אחריות הנובעת מהבטחה מסוג זה, בקובעו בסעיף 3(ב) שהמציע הצעה ללא חזרה אינו רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה לניצע. המוסד של הצעה ללא חזרה אכן שימש בסיס לגישתה של השופטת בן-פורת בפרשת זפניק, והוא יידון

13 עניין זפניק מחוזי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 54, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ולנשטיין.
 14 ראו באספקלריה השוואתית: Alfredo M. Rabello, *The Culpa in Contrahendo Theory and the Israeli Contracts Law (General Part) 5733-1973 Precontractual Liability in Israeli Law*, in *ESSAYS ON EUROPEAN LAW AND ISRAEL* 245 (Alferdo M. Rabello ed., 1996)
 לדיון מפורט בעילות התביעה השונות שאותן מעמיד עקרון תום הלב במשא ומתן: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 2, ס' 12.112–12.47.
 15 פ"ד לא(3) 813, 818 (1975).
 16 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 2, ס' 12.54–12.62.

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

בהמשך (להלן פרק ד.2). אך גם הבטחות אחרות, שאין להן עיגון מפורש בחוק, עשויות לשמש בסיס לאחריות בשל הפרת חובת תום הלב במשא ומתן¹⁷. בתחילת שנות השמונים היו ניצנים רכים ומעטים שביססו אחריות כזו, ופרשת **זפניק** הייתה מהראשונות שבה התמודד בית המשפט עם הנושא. כבר באותה עת ניתן היה לקבוע שמידת האמון שרחש מקבל ההבטחה למבטיח, כמו גם הסתמכותו של מקבל ההבטחה ואשמתו של המבטיח היו רכיבים מרכזיים בהכרעה אם ראוי להטיל על המבטיח אחריות¹⁸. יודגש שאחריות בשל הפרת הבטחה לא־חוזית לא הייתה זרה למשפט הישראלי, והיא הייתה מוכרת בו אף לפני חקיקתו של חוק החוזים ובכללו סעיף 12, זאת מכוח עקרונות מקבילים במשפט האנגלו־אמריקני, בייחוד עקרון המניעות או ההשתק¹⁹. חקיקת סעיף 12 שיצרה בסיס אחריות רחב בשל אשמה במהלך המשא ומתן, פתחה לקליטה לא פורמלית של המשפט הקונטיננטלי, במיוחד הגרמני, שגם בו הוכרה אחריות בשל הפרת הבטחה לא־חוזית מכוח עקרון תום הלב.

האם העובדות בפרשת **זפניק** מבססות הפרת חובת תום הלב מצד שיכון עובדים על שתי שלוחותיה? כלומר, האם הייתה בפרשה כניסה למשא ומתן ללא כוונה לכרות חוזה וגם התכחשות להבטחה בנסיבות הכרוכות באשמה?

2. ביטויו של חוסר תום הלב בפרשת **זפניק**

אבחן, ראשית, את השאלה אם שיכון עובדים הניעה את תהליך המשא ומתן ללא כוונה של ממש לכרות חוזה עם הפונים. ציינתי כי ההחלטה הפנימית של שיכון עובדים הייתה למכור עשרים דירות בלבד, מתוך שישים. הגבלה זו לא הופיעה במודעה. האם לא עולה מכאן

17 שם, ס' 12.77–12.90; עניין **זפניק** נדון שם, ס' 12.87, ומודגש כי ההלכה הנובעת ממנו אינה מוגבלת להצעה ללא חזרה. שם, בעמ' 596, ה"ש 320.

18 להבלטת יסודות האשמה וההסתמכות בכל הנוגע להטלת אחריות במקרים שבהם לא קוימה דרישת הכתב, ועל כן לא נכרת חוזה מחייב: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 2, ס' 10.66–10.72. לניתוח יסוד האמון במשפט האמריקני ולהבהרת עמדת הפסיקה באמצעותו: John J. Chung, *Promissory Estoppel and the Protection of Interpersonal Trust*, 56 CLEV. ST. L. REV. 37 (2008). ראו עוד: עלי בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר" **עיוני משפט** כג 11 (2000). להדגשת חשיבותו של יסוד האמון בפסיקה חדשה: "וככל שקיימים [...] יחסי אמון משמעותיים יותר כך יגבר היקף החובה", ראו: ע"א 8817/02 **קליר כימיקלים שווק** (1994) **בע"מ נ' צבי עצמון ז"ל**, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 27.3.2008). לניתוח יסודות ההסתמכות והאשמה: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 2, ס' 12.77–12.90.

19 שם, לעיל ה"ש 2, ס' 12.19–12.23.

כוונה להאט את קצב המכירות כדי לא למכור יותר מעשרים דירות, ואולי אף פחות (כזכור, נמכרו ארבע בלבד)? גם אם נניח לעניין זה, ונתרכז באירועי יום ראשון, האם לא ניתן לטעון שההתרחשות ביום זה, כלומר הכשל המנהלי מצד חברת שיכון עובדים, מצביעה על כך שהחברה ביקשה למעט במספר הקונים? משמעות טענה זו, שהקונים רמזו עליה בפרשת **עמישי**, היא ששיכון עובדים גרמה לקונים העתידיים לחזור ולפנות אליה כשבידם הפיקדון הנדרש, בהסתמכם על כוונתה להתקשר עמה בחוזה, אך לאמתו של דבר לא התכוונה כלל להתקשר עמם.

עניין זה מעורר בעיה עקרונית. נניח שמתקשר מציע דירה למכירה, ולאחר תחילת המשא ומתן הוא מתחרט, והוא חפץ לסיים את המשא ומתן או לשנות את התנאים. האם הוא רשאי לעשות זאת? כעיקרון, כשמדובר בתחילת המשא ומתן התשובה חיובית (מובן שעליו להודיע על כך). חירות ההתקשרות משמעותה החופש לסיים משא ומתן לא רצוי. מדוע אפוא לא יכלה שיכון עובדים לשנות את תנאי ההתקשרות או להודיע לפונים כי אינה מעוניינת להמשיך במשא ומתן? התשובה נעוצה בטיב המודעה שפרסמה.

וכך קובעת השופטת בן-פורת בעניין **זפניק**: "מוכנה אני בשלב זה להניח [...] כי המודעה המופנית לציבור יחד עם הטופס שנמסר למשיבים והעובדה [...] שכבר יוחדה למשיבים הדירה המסוימת מהווים יחדיו הצעה בלתי הדירה"²⁰. הנחה זו תשמש גם אותנו לצורך הניתוח: כאשר מודעה נתפסת כיוצרת הצעה ללא חזרה, מוענק לניצע כוח קיבול מוחלט, שכן המציע כבר אינו יכול לחזור בו מהצעתו (סעיף 3(ב) לחוק החוזים). אם הניצע מממש את הקיבול בדרך שקבע המציע, ייכרת חוזה. ולענייננו: קיבול השלב הראשון היה רישום והפקדת הפיקדון במשרדי החברה. מדובר בקיבול שמימושו תלוי בשיתוף פעולה עם המציע. הניצע עשה מבחינתו כל מה שצריך לעשות כדי לממש את הקיבול. הקיבול נמנע בעטיו של המציע, שיכון עובדים. האם בכך הפרה שיכון עובדים את חובת תום הלב במשא ומתן? אנו חוזרים אפוא לשאלה שהצגתי בראשית הדברים, והתשובה לה היא ששיכון עובדים לא הייתה רשאית לחזור בה מההצעה בהיותה הצעה ללא חזרה²¹. הדרך היחידה לאי-כריתתו של החוזה הייתה אי-קיבולו על ידי הניצע. במקרה שלנו הניצעים, בני

20 עניין **זפניק**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 583.

21 אפשר לטעון שלמציע אין זכות לחזור בו מהצעה ללא חזרה, אך יש לו כוח לעשות זאת. לפי טענה זו הסעד של הניצע כלפי המציע יהיה פיצויים על פי סעיף 12. אולם העמדה העדיפה היא זו השוללת תוקף מחזרה כזו: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 2, ס' 7.112. הטעם לכך נעוץ הן בלשון הסעיף, הן בתפיסה המהותית של הצעה ללא חזרה. הצעה כזו היא, למעשה, חוזה אופציה. מכאן שחזרה מהצעה כזו היא בבחינת הפרת חוזה, שהסעד הראשון בגינה הוא אכיפה. לעמדה אחרת: סיני דויטש "הצעה בלתי חוזרת ואופציה: האמנם סמנטיקה בלבד?" **עיוני משפט** יב 275 (1987).

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

הזוג זפניק, רצו לקבל את ההצעה. המציעה, שיכון עובדים, היא שמנעה את הקיבול, בכך שלא אפשרה להם לשלם ולהשלים את תהליך הרישום. האם מניעת הקיבול משמעותה ששיכון עובדים המשיכה להניע את תהליך המשא ומתן ללא כוונה של ממש לכרות חוזה עם הפונים, אף על פי שהתחייבה לכך?

עניין זה טעון, כמובן, הוכחה בראיות משכנעות. כזכור, לאחר שנוכחה לדעת על הביקוש הגואה לדירות, חשבה שיכון עובדים לשנות את תנאי המכירה, ואף דובר על כך באותו יום ראשון בשיחה בין פקידת המכירות, מנהל הסניף ומנהל החברה, אך הוחלט, בסופו של דבר, להשאיר את תנאי המכירה בעינם. מעובדה זו כשלעצמה לא הסיק השופט שטרזמן כי החברה התכוונה להפחית את מספר הדירות המוצעות למכירה. ולעניין הטענה שצריך היה להוסיף פקידים נוספים, הוא מציין שאין הוא יודע במה עסקו אותה עת פקידים אחרים של שיכון עובדים ומי המתין להם. לו הוכח ששיכון עובדים יכלה להעמיד פקידים נוספים וכי היא לא עשתה כן כדי להפחית את מספר הקונים, ניתן היה להאשימה בחוסר תום לב, דהיינו בהכשלת הקיבול מתוך היעדר כוונה לכרות חוזה, אך לא בנסיבות הקיימות. השופט שטרזמן הניח אפוא שחוסר תום הלב משתקף ביסוד נפשי של כוונה אצל המתקשר. כלומר, אם החברה פעלה בכוונת מכוון להימנע מכריתת חוזה עם המשיבים, כי אז פעלה שלא בתום לב. אך אם התרשלה בעשיית הסידורים הנאותים לצורך קבלת הטפסים והפיקדונות, אין לומר שהפרה את חובת תום הלב. תום הלב, לגרסתו, הוא בעל אופי סובייקטיבי. שיכון עובדים לא התכוונה לנהוג בחוסר תום לב כלפי הרוכשים. רשלנות גרידא, הבאה לביטוי בסדרי מנהל לקויים, אינה מהווה, לדעתו, חוסר תום לב.

דומה שבכך הקל השופט עם חברת שיכון עובדים. כמעט מראשית פרשנותו של עקרון תום הלב אומצה הגישה, שלפיה העיקרון מצייב קנה מידה אובייקטיבי. משום כך חריגה מסטנדרט התנהגות ראוי עשויה להוות הפרת החובה, גם בהיעדר כוונה להביא לתוצאה מזיקה²². האם שיכון עובדים חרגה מסטנדרט ההתנהגות הראוי? האם שיכון עובדים פעלה בחוסר תום לב בכך שלא השכילה להעמיד לרשות הפונים את האמצעים המנהליים הדרושים לתהליך הרישום שעליו התחייבה במודעה? התשובה חיובית, והדבר עולה מפסק דינה של השופטת בן-פורת.

22 הדברים נקבעו אגב פרשנותו של ס' 39 לחוק החוזים: בג"ץ 59/80 שרותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 835 (1980) (השופט ברק); ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאניקר, פ"ד לו(2) 113, 120 (1981) (השופטת בן-פורת); ע"א 435/81 זנזורי נ' מהצרי, פ"ד לו(2) 561, 567 (1982) (השופטת בן-פורת). להחלה על ס' 12 לחוק החוזים: ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 689 (1983) (השופט שמגר). לפירוט: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 2, ס' 12.44–12.45.

המודעה שפורסמה ביום חמישי דיברה על הצעה של שישים דירות. מן העובדות עולה שימי חמישי ושישי הוקדשו בפועל בעיקרם למענה על שאלות ולמתן טפסים, כך ששנת יום ראשון לרישומם הפוטנציאלי של רוכשי שישים דירות. במשרד ישבה פקידה אחת בלבד, שהגיעה בסביבות השעה 10:00, ואשר עזבה, כפי ש"הובטח" במודעה, בשעה 12:00. איושו של המשרד בפקידה אחת לצורך ביצוע משימה של טיפול ברוכשי שישים דירות במשך שעתיים, נראה בלתי סביר בעליל. אכן, השופטת בן-פורת קבעה שבשיכון עובדים דבק אשם בשל כך שלא דאגה לסדרי עבודה נאותים ולא העמידה את האמצעים הדרושים לקבלת הטפסים והפיקדונות.

ציינתי כי ארבעה מבין הממתינים קיבלו דירות במחיר הישן: היו אלה מי ששילמו את הפיקדון מבלי שמולאו הטפסים, ובניגוד להוראות שיכון עובדים. עוד ציינתי שהוצע על ידי משפחת זפניק להפקיד את הכסף על דעת עצמם וללא מסמכים, אך נאמר להם על ידי מנהל המכירות שהדבר לא יעזור, ואף יקשה עליהם לקבל את כספם בחזרה. על כך העירה השופטת ולנשטיין שחברת שיכון עובדים "הוסיפה חטא על פשע, כאשר לאחר מעשה קבעה 'קריטריונים' אשר לפיהם זיכתה אנשים שנהגו בניגוד לתנאים שקבעה, והפיקדו כספים לזכותה בלא שיקימו את התנאים שהציבה כקודמים להפקדת הכסף". ועוד הפטירה, שחברת שיכון עובדים לא הבהירה "מדוע מגיע להם פרס על כך"²³. מדברים אלה נובע שחברת שיכון עובדים פעלה שלא בתום לב גם בשלב המאוחר שבו הסדירה את זכויות הממתינים. היא הבטיחה "הבטחה שלילית" לגבי מי שיפקיד את הכסף באופן חד-צדדי, ולא עמדה בהבטחה. ובמילים אחרות, היא הפלתה לרעה את הזוג זפניק בכך שלא נתנה לו ליהנות מהתנאים המקוריים, שמהם נהנו אלה שנהגו בניגוד להוראותיה. גם כאן ניתן היה להפעיל את עקרון המגיעות כלפיה, ולטעון כי הואיל ושיכון עובדים מנעה מהזוג זפניק את הפקדת הכספים שהייתה מזכה אותם לאחר מכן במחיר המקורי, היא עצמה מנועה מלטעון שהם לא הפקידום, ומכאן שגם אותם ראוי לזכות במחיר המקורי.

3. סיכום

לסיכום הנקודה: בחנתי שני קווי טיעון באשר לחוסר תום הלב של שיכון עובדים. קו טיעון אחד נגע לטענה שלפיה שיכון עובדים נכנסה למשא ומתן ללא כוונה לכרות חוזה. קו טיעון שני נגע לטענה ששיכון עובדים הפרה שלא כדין הבטחות שנתנה במהלך המשא ומתן. השופטת בן-פורת ביססה את חוסר תום הלב על קו הטיעון השני. חוסר תום הלב מתבטא כאן בכך ששיכון עובדים התרשלה במימוש יכולתה לכרות חוזה עם הפונים אליה. בכך

²³ עניין זפניק מחוזי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 52, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ולנשטיין.

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

הפרה את הבטחתה להשלים את כריתת החוזה עם הפונים שיעמדו בתנאים שהיא עצמה הציבה, כלומר בחתימה על הטופס ובהפקדת הכספים. לכך מצטרפת גם הפרת "ההבטחה השלילית" לגבי ההסדר עם זכויות הממתינים (שלא נדונה בבית המשפט בעליון).

הדגשתי שבבסיסו של כלל האחריות שבסעיף 12 נמצא האמון שצד אחד רוחש למשנהו בתהליך המשא ומתן. ככל שמידת האמון גבוהה יותר, כן תוצדק הטלת אחריות בגין מעשה שיש בו משום הפרת האמון. אכן מידת האמון שהלקוחות רכשו לשיכון עובדים הייתה גבוהה. מדובר בחברה ציבורית בעלת מוניטין, ומולה צרכנים המבקשים לרכוש – כך ניתן להניח – את הנכס החשוב ביותר בחייהם. בני הזוג זפניק ועמישי גייסו כמות גדולה של כסף כדי לממש את רצונם לרכוש דירה למגורים. הם פעלו על פי הבטחות של פקידי שיכון עובדים, שעמם היו בקשר עוד לפני האירועים נשוא ההתדיינות. הם סמכו על שיכון עובדים בהתבסס על האמון שרחשו לחברה. מדובר במשא ומתן בין ספק ללקוח. בין הלקוחות לבין החברה ישנם פערי מידע ופערים בכושר המיקוח. על רקע זה, התנערותה של החברה מההבטחות הברורות שנתנה, אפילו ברשלנות, מהווה בכירור חוסר תום לב.

הצגתי מחלוקת בין עמדת השופטת בן-פורת (תום הלב הוא אובייקטיבי) לבין זו של השופט שטרוזמן (תום הלב הוא סובייקטיבי). לאמיתו של דבר, נראה שבפועל קיימת ביניהם הסכמה, שהרי השופט שטרוזמן מציין שעמישי "דרש, ובצדק, מהמשיבה ליתן לו את האפשרות לקיים את חלקו בקיבול הצעתה המקורית [...] כפי שהיה מוכן ומזומן ב-31.12.78, והמשיבה חייבת הייתה להיענות לו. הטענה, שתוקפה של ההצעה פג בצהרי יום ב-31.12.78, אינה תופסת לגבי המבקשים שבאו ליתן את הודעת הקיבול כמוצע וכמוסכם בינם ובין פקידת המכירות של המשיבה, ושרק בגלל סדרי המנהל הלקויים של המשיבה נבצר מהם לחתום על הטופס (זכרון הדברים) ולהפקיד פיקדון"²⁴.

אך מדוע, לגרסתו של השופט שטרוזמן, לא פגה ההצעה לאחר עבור המועד לקיבולה (כפי שמתחייב מסעיף 4 לחוק החוזים)? הדבר לא נאמר מפורשות בפסק הדין, אך הוא משתמע ממנו. עקרון תום הלב הקבוע בסעיף 12 חולש על הליך כריתתו של החוזה. בכוחו לסייג את הכללים הקבועים בפרק א' לחוק החוזים, המורים מתי נכרת ומתי לא נכרת חוזה. סעיף 12 מונע משיכון עובדים לטעון שההצעה פקעה עם עבור מועד הקיבול. סעיף 12 מונע משיכון עובדים לטעון שלא היה קיבול. נכונותם של בני הזוג עמישי לקיים את דרישות הקיבול, ואשמתה של שיכון עובדים במניעת הקיבול, יוצרות קיבול של ממש. מכאן, שלמרות ניסוחה המצומצם של חובת תום הלב, אפשר להבין את השופט שטרוזמן כאילו קבע שבהתרשלותה של שיכון עובדים היה משום חוסר תום לב. הרי התרשלות זו היא שמנעה את הקיבול, ולכן אף שהקיבול לא התקיים כנדרש, הוא נחשב כאילו קיים

24 עניין עמישי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 286, פס' 4 לפסק דינו של השופט שטרוזמן.

בפועל. נמצא אפוא שגם לדידו מצב נפשי של התרשלות המונע כריתת חוזה חרף הבטחה מחייבת לעשות כן, הוא בגדר חוסר תום לב במשא ומתן. עם זאת, השופט שטרוזמן ציין שהתובעים "אינם צריכים להצטרע על כך שהעדיפו לרכוש דירה אחרת בבנין הנדון על פני התדיינות עם המשיבה, כי לדעתי לא היו יכולים לאכוף על המשיבה מכירת דירה להם [...] עילת אכיפה לא הייתה למבקשים"²⁵. גדר המחלוקת הוא אפוא בשאלה מהו הסעד בגין הפרת החובה לפעול בתום לב ובדרך המקובלת במהלך המשא ומתן, הקבוע בסעיף 12 לחוק החוזים הכללי: האם הסעד מוגבל לפיצויים (כעמדת השופט שטרוזמן) או שניתן לכלול בגדרו גם אכיפה.

ה. הסעד בשל הפרת עקרון תום הלב במשא ומתן

סעיף 12(ב) לחוק החוזים קובע שהסעד בשל הפרת החובה לפעול בתום לב ובדרך מקובלת במשא ומתן הוא פיצויים. הפיצויים יינתנו בשל הנזק שנגרם במשא ומתן או בשל כריתת החוזה. סעיף 12(ב) מחיל את הוראות סעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 ("להלן" "חוק התרופות") בשינויים המחויבים גם על פיצויים לפי סעיף 12. ומהם השינויים המחויבים? סעיף 12 שולט על תהליך הכריתה ועל עצם הכריתה, לא מעבר לכך. על הזירה של קיום החוזה ותוצאות אי-קיומו שולט חוק התרופות. מכאן נובע שהפיצוי שעליו מדבר סעיף 12(ב) הוא זה שיחזיר את הנפגע למצב שבו היה אלמלא המשא ומתן ואלמלא כריתת החוזה. זאת בניגוד לפיצוי שעליו מדבר חוק התרופות, המיועד להביא את הנפגע למצב שבו היה אלמלא ההפרה, כלומר למצב שבו היה לו קיום החוזה.

על פי פשוטו של מקרא זכאי הנפגע מהפרת חובת תום הלב לסעד של פיצוי שלילי, כלומר לסעד שיעמיד את הנפגע במצב שבו היה אלמלא המשא ומתן, וכך גם קבע השופט שטרוזמן. כיום, ממבט של לאחר קרוב לשלושים שנה, אנו יודעים כי לרשותו של הנפגע מהפרת חובת תום הלב שלל סעדים. נוסף על הפיצוי השלילי, שהוא הסעד השגרתי, זכאי הנפגע לתבוע אכיפה או פיצוי חיובי, כלומר פיצוי שיעמידו במצב שבו היה לו נכרת עמו החוזה.

בשלב זה ברצוני להדגיש שקיימת נקודת מפגש בין פיצויי ההסתמכות (הפיצוי השלילי) לבין פיצויי הקיום (הפיצוי החיובי), וזאת במסגרת ראש הנזק של אבדן ההזדמנות, שאותו ניתן לתבוע כחלק מפיצויי ההסתמכות. התביעה של אבדן ההזדמנות מניחה שמה שהושקע

25 שם, בעמ' 287, פס' 6 לפסק דינו של השופט שטרוזמן.

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

במסגרת הנוכחית והלך לאיבוד באופן מוחלט או זמני, היה מניב עסקה מוצלחת חלופית, שנמנעה עקב ריתוק המשאבים לעסקה הנוכחית²⁶. במילים אחרות, לו היו בני הזוג עמישי או זפניק מראים כי ניתן היה להשיג דירה דוגמת זו שבפרויקט רקנאטי במחיר דומה לזה שהוצע על ידי שיכון עובדים, והם נמנעו מלעשות זאת עקב ריתוק משאביהם לפרויקט רקנאטי, הם היו יכולים לזכות בפיצוי שישקף את ההפרש בין מה ששילמו לבין המחיר שהוצע במודעה.

אלא שבני הזוג לא יכלו להוכיח זאת, כיוון שהצעתה של שיכון עובדים הייתה נמוכה במיוחד. ראייה לכך היא העובדה שחלק ניכר מהפונים שלא הצליחו להתקבל עד 12:00, הסכימו בסופו של תהליך לקנות את הדירות גם במחירים היקרים ב-13.5% מהמחיר המקורי, ושאר הקונים "הרגילים" קנו את הדירות במחירים היקרים ב-20% עד 30 אחוז מהמחיר המקורי. אכן, למעורבים בפרשה היה ברור מלכתחילה, שמדובר בהצעה מושכת במיוחד²⁷.

מכאן שפיצוי ההסתמכות לא היה מעניק לתובעים, אלא את שווי ההוצאות לרכישת הכסף לצורכי ההפקדה ואת ההוצאות בגין הטרחה שהייתה כרוכה בהליך. לעומת זאת, פיצויי הקיום או סעד האכיפה היו מעניקים לתובעים את מלוא ההפרש בין המחיר ששילמו לבין המחיר המקורי. מכאן חשיבותו של הסעד.

הפריצה בפרשנותו של הסעד בגין הפרת החובה בסעיף 12 נעשתה על ידי השופטת בן-פורת בעניין זפניק, בקובעה ש"מקובלת עלי טענתו המשפטית של מר מלצר, כי מכוח ה"אשם בהתקשרות" יש שרואים פעולות שאותו אשם מונע את ביצוען [...] כאילו בוצעו [...] לפי השקפתי, תרופות הפיצויים המנויות בסעיף 12 (ב) לחוק החוזים אינן בגדר רשימה סגורה או ממצה"²⁸.

ראוי להדגיש ששנים מספר קודם לכן קבע השופט ויתקון, בע"א 846/76 עטיה נ' "אררט" חברה לביטוח בע"מ²⁹, שחברת ביטוח שהבטיחה למבוטח במהלך המשא ומתן כיסוי ביטוחי מסוים ולאחר מכן לא כללה אותו בפוליסה, מנועה מלטעון שהפוליסה אינה כוללת את הכיסוי המסוים. וכך ציין: "ההגינות האלמנטארית [...] דורשת לגלות עיני המציע ולהסביר לו את ההבדל בין מה שביקש מהחברה ומה שזו קיבלה. אם יש צורך

26 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 2, ס' 125.12.

27 ראו גם עיקרי הטיעון של שיכון עובדים בבית המשפט העליון, פסקה ג(2): "בנסיבות הענין היה על המשיבים לצפות כי הפניה שכה קסמה להם תקסום באותה מידה גם לאנשים רבים נוספים" (חומר שמור במערכת).

28 שם, פס' 3. עם עורך דין מלצר הופיע באותו עניין גם עורך דין טל, וטענותיו התרכזו בפן של החוזה האחיד, שאותו לא אבחן.

29 פ"ד לא(2) 780 (1977).

באסמכתה, הרי לך הוראתו המפורשת של סעיף 12 (א) לחוק החוזים". בכך הרחיב השופט ויתקון את הסעדים שבסעיף 12, והפך את עקרון תום הלב לכללי לפרשנותו של חוזה צרכני, מבלי שהרחיב את הדיבור על כך.

מעניין לציין שבבית המשפט המחוזי נדונו הן עניין עטיה, הן עניין זפניק, בפני אותה שופטת, השופטת ולנשטיין. בשני המקרים נדון עניינם של צרכנים מול תאגידים: חברת ביטוח וחברה קבלנית. שני המקרים ממחישים את חשיבות הטיעונים המשפטיים המוצגים בפני בתי המשפט על ידי עורכי הדין של הצדדים. בכל אחד מהמקרים הגיעה השופטת ולנשטיין לתוצאה שונה.

בעניין עטיה פסקה השופטת לטובת חברת הביטוח, דהיינו שהפוליסה מחייבת לפי לשונה. פסק הדין הוכרע בבית המשפט המחוזי על פי כללי החוזים המסורתיים, שכן המבוטח, התובע, לא התייחס כלל לסעיף 12. יצוין, עם זאת, שהשופטת ולנשטיין עצמה העלתה את האפשרות שלרשות המבוטח, שלא קיבל את מבוקשו, תעמוד אולי תביעה בגין אשם בכריתת חוזה המבוססת על סעיף 12³⁰, אך הואיל והמבוטח לא ביסס עליו את תביעתו, היא לא פסקה על פיו. בעניין זפניק שימש סעיף 12 בסיס מרכזי של עילת התובעים. הדבר אפשר לשופטת ליישם גישה שונה לחלוטין. היא פסקה לטובת הצרכן, שלא בהתאם לכללים המסורתיים, זאת על פי סעיף 12, שכוחו בתיקון הכללים הפורמליים. סעיף 12, שפוטנציאל השימוש בו כמניעות כבר הובהר על ידי בית המשפט העליון שדן בערעור על פסק דינה של השופטת ויינשטיין בעניין עטיה, עמד עתה במוקד הדיון.

אכן, בסיכומיו היסודיים לבית המשפט העליון, חזר וטען עורך דין מלצר כי יש להעניק לזפניק סעד של פיצוי מלא, על בסיס ההנחה שבין הצדדים נכרת חוזה. הוא הבליט את הפן הציבורי הכרוך במקרה, בהדגישו ששיכון עובדים היא חברה הסתדרותית בעלת אופי ציבורי. הוא הסתמך הן על פסקי דין שבהם הוטלו חובות מוגברות על רשות ציבורית³¹, הן על הכללים המטילים חובות מוגברות על מי שמספק שירותים לציבור (public callings)³². הוא הדגיש את הקשר למשפט הקונטיננטלי, בייחוד הגרמני, בהסתמכו על מאמר מרכזי של

30 ת"א (ת"א) 479/76 עטיה נ' בריגה, פ"מ התשל"ז(1) 274, 284 (1976).
 31 בג"ץ 640/77 ברנובסקי נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד לב(2) 75 (1978), שבו ביקש אזרח לשלם סכום למכס כדי לשחרר טובין. בשלט מעל אשנב הקופה היה רשום שזו פתוחה עד השעה 12:00, אך בהתייצבו שם, כבר הייתה סגורה. אחר הצהריים חל מהפך כלכלי, ושעורי המכס עלו באופן משמעותי. השופט זוסמן קבע על סמך עקרון תום הלב (הקבוע בס' 39), שמשלא קיימה המדינה חובתה, אין היא יכולה לדרוש תשלום נוסף.
 32 וראו בעניין זה כיום חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. לעיון מקיף: אמנון רובינשטיין וערן דויד "המדינה היא לא עסק פרטי" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 855 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

השופט זוסמן העוסק בתום לב ובזיקתו למשפט הגרמני³³. מאמר זה נכתב לזכרו של השופט צלטנר, שתמך בהתלהבות בהידוק הזיקה למשפט הגרמני³⁴. מהלך זה לא היה ברור מאליו, בשיטה שמסורתה אנגלית, ובתקופה שבה מוראות מלחמת העולם השנייה עדיין הטילו צל כבד. מכל מקום, שיטת המשפט הגרמנית הייתה קרובה הן לשופט זוסמן, הן לשופט צלטנר³⁵, כמו גם לשופטת ולנשטיין עצמה, שציינה בעקבותיהם ש"את מובנו הנכון [של הסעיף] יש לדלות מן המקור שממנו הועתק, דהיינו סעיף 242 לחוק האזרחי הגרמני". ומכאן ניתן להבין את נכונותה ליישם את עקרון תום הלב כמניעות באופן דומה לאופן יישומו במשפט הגרמני. יישום זה מאפשר להעניק לנפגע בגין הפרת הסעיף פיצויי קיום (פיצוי חיובי) ולא רק פיצויי הסתמכות (פיצוי שלילי)³⁶.

כאמור, שאלת השימוש בסעיף 12 כמניעות וכבסיס לאכיפתו של חוזה עלתה לדיון מפורש בבית המשפט העליון על ידי השופטת בן-פורת בעניין **זפניק**, והיא זו שהבהירה לראשונה שתורת הפיצויים המנויה בסעיף 12 (ב) אינה ממצה, וכי מעצם ההכרה בסעיף 12 כעיקרון חולש ניתן להפעילו כמניעות וכמכשיר לאכיפתו של החוזה³⁷. בנסיבות המקרה:

33 וואל זוסמן "תום לב בדיני חוזים – הזיקה לדין הגרמני" **עיוני משפט** ו 485 (1979).
34 השופט צלטנר, ששימש גם פרופסור בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, כיהן כנשיא בית המשפט המחוזי עד לפטירתו בשנת 1977 והיה אחד מאדריכלי יצירת הקשר בין הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב למכון מקס פלנק הגרמני בהמבורג. הקשר נוצר בראשית שנות השבעים, זמן קצר לפני חקיקתו של חוק החוזים.

35 שאותם כינתה השופטת "מוריי ורבותיי". עניין **זפניק מחוזי**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 57, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ולנשטיין. השופטת ולנשטיין ירבה עם השופט צלטנר באותו הרכב תקופה ארוכה.

36 האסמכתא הישירה בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון הייתה המקרה הגרמני של מכירת המניות: באותו מקרה סוכם שהקונה יודיע על נכונותו לקנות את המניות עד שש בערב. הקונה הודיע על כך בשעה חמש וארבע-עשרה דקות, אך לא ניתן היה להשיג את המוכר אלא בשבע בערב. למחרת עלו שערי המניות, והקונה תבע את ההפרש. נקבע שעל פי תנאי ההצעה נוצר חוזה, כאשר הודיע הקונה על כך, והקונה זכאי להפרש השערים (אם כי הפיצוי הופחת בשל אשמו התורם: פקידתו של התובע לא הייתה צריכה להסתפק במסירת הודעת הקנייה לפקידתו של הנתבע, אלא היה עליה לקרוא לנתבע לטלפון ולמסור לו את ההודעה על הרכישה). האשם בהתנהגות המוכר היה בכך שהיה עליו לדאוג שעד שש בערב ניתן יהיה להשיגו: זוסמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 488–489. האסמכתא המדויקת: T v. S, Reichsgericht, First Civil Senate, 3.1.1920, 97 ERG (Z) 336 (1957).
ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, THE CIVIL LAW SYSTEM 491–489. עד היום הכלל במשפט הגרמני הוא שעקרונות הפיצוי הניתן בגין אשם בכריתת חוזה הוא פיצוי הסתמכות (שלילי), ורק במקרים מיוחדים יינתן פיצוי קיום (חיובי): HUGH BEALE, ARTHUR HARTKAMP, HEIN KÖTZ & DENIS TALLON, CASES, MATERIALS AND TEXT ON CONTRACT Law 256–255 (2002).

37 שם, בעמ' 583–584.

מציע המונע קיבול שלא כדין, מנוע מלטעון שלא היה קיבול. חוסר תום הלב עשוי לגרום לשכלולו של חוזה, אף שהקיבול לא התבצע כהלכתו. ובמילים אחרות, בנסיבות מסוימות ניתן להפוך משא ומתן לחוזה כפוי³⁸. בעניין זה אימצה אפוא השופטת בן-פורת את גישתה של השופטת ולנשטיין, בהסתמכה על העיקרון כפי שפותח במשפט הגרמני³⁹.

ו. בעיית הוויתור והתוצאה בפועל

1. בין ויתור מראש לויתור בדיעבד

כאמור, ההלכה החשובה שנקבעה בעניין זפניק באשר לסעד שמציע סעיף 12 נשארה בבחינת אמרת אגב, שכן בסופו של דבר לא זכו התובעים בסעד כלשהו בשל כתב הוויתור שעליו חתמו. כזכור, עמדת השופטת ולנשטיין בעניין זה הייתה שהוויתור אינו תופס, שכן "זה נחתם תחת מחאה, ובלית ברירה, כי אחרת לא היו הוא ורעייתו יכולים לרכוש את הדירה שרצו לרכוש"⁴⁰. עמדה זו נדחתה בבית המשפט העליון. גם השופט שטרומן דחה אותה בעניין עמישי, בציינו: "המחאה איננה מילת קסם המתירה לאדם לחתום הסכם עם יריבו, ליהנות מפרי ההסכם, ואחר-כך לתבוע אותו כאילו לא היה הסכם. המחאה [...] אינה מועילה כאשר האילון איננו קיים [...] לא הובא שמץ של ראיה שהמבקשים היו במצב של אילון כאשר הגיעו להסכם לרכישת דירה אחרת בבנין הנדון וחתמו על הסכמתם לוותר על תביעותיהם מהמשיבה"⁴¹.

38 נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמאלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לז' 13, 37 (1986).

39 תרומתו של המשפט הגרמני לפיתוחו של עקרון תום הלב אינה שנויה במחלוקת. לא זה המקום לדון בשאלה אם אין למצוא בכל שיטה יישום לעיקרון דומה, גם אם אין קוראים לו בשם זה. גם במקורותינו מצוי ביטוי למתח בין הכלל הפורמאלי לעקרונות היושר. במשנה, בבא מציעא לט, ב, מסופר על מרי בר איסק, שהיה איש חזק ותקיף, שנתבע על ידי אחיו לחלוק את רכושם המשותף. מרי בר איסק טען שאין הוא מכיר את האח, ותבע שהאח יוכיח את קרבתו בעדים. תגובתו של האח הייתה שיש לו עדים, אך הם חוששים להעיד כנגד מרי בר איסק בשל אלימותו. רב חסדא פסק כי אף שמרי בר איסק הוא נתבע, חובת ההוכחה היא עליו, ועליו הנטל להוכיח שהתובע אינו אחיו. במינוח מודרני ניתן לומר שמרי בר איסק היה מנוע מלהסתמך על הכלל הרגיל של המוציא מחברו עליו הראיה. כלל המניעות הופעל בשל החשש משימוש לרעה בכוחו של הנתבע על העדים.

40 עניין זפניק מחוזי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 55, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ולנשטיין.

41 עניין עמישי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 286–287, פס' 5 לפסק דינו של השופט שטרומן.

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

השופטת בן-פורת ציינה שההסדר שהצדדים הגיעו אליו "דומה [...] לפשרות רבות, שבתי המשפט מעודדים אותן"⁴². אכן לשאלת אופיו הקוגניטי של סעיף 12 חשיבות כאשר מדובר בויתור מראש, ולא בדיעבד. בעקבות הגילוי על הפרת החובה לפעול בתום לב במשא ומתן רשאים הצדדים להגיע להסכם פשרה המתייחס לתוצאות ההפרה⁴³. הסכם זה מחייב ככל הסכם פשרה במישור דיני הנזיקין. הסכם פשרה (או ויתור) מחייב אם לא נפל פגם בכריתתו. מכאן שיש להבחין בין ויתור שנעשה בידיעת העובדות לבין ויתור סתמי, כאשר הצד אינו ער להפרה, ואינו יודע על מה הוא מוותר. הויתור האחרון לא יתפוס⁴⁴, שכן הוא לוקה בטעות או בהטעיה⁴⁵. באותו אופן, ויתור שנעשה מתוך כפייה או עושיק, גם הוא לא יתפוס⁴⁶.

במקרה דנן נעשה הויתור בדיעבד תוך ידיעת העובדות. כאמור, גם לא הובאה ראיה כלשהי למצב של חוסר בררה, שבו נמצאו החותמים. בין הצדדים פרץ סכסוך אמיתי בשאלה אם החברה כבולה כלפי הרוכשים, אם לאו. הרוכשים, שעדיין לא שילמו לחברה דבר, סברו שהחברה כבולה, ואילו החברה כפרה בכך. סירוב להכיר בתוקף החוזה הוא כשלעצמו אינו עולה כדי כפייה. החותמים היו חופשיים לפנות לבית משפט, אך הם העדיפו להתפשר ולחסוך את הפנייה שהייתה יכולה להבטיח להם את הדירה. הפשרה שעשו הרוכשים הייתה מודעת ורצונית, ומכאן שהייתה תקפה ומחייבת⁴⁷.

- 42 עניין זפניק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 585.
- 43 פרידמן וכהן, ס' 12.41–12.43. לויתור מראש: שם, ס' 12.39–12.40.
- 44 כפי שאירע בפסק הדין ע"א 86/76 "עמידר", החברה הלאומית לשכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרן, פ"ד לב(2) 337 (1978).
- 45 ס' 14, 15 לחוק החוזים.
- 46 ס' 17, 18 לחוק החוזים. הפסיקה הכירה בכך שכפייה היא לעתים קרובות כלכלית ולא פיזית: ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד בע"מ, פ"ד מח(5) 705 (1994); ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נז(6) 769 (2003) (להלן: עניין ש.א.פ.); ע"א 7664/00 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' עיריית חולון, פ"ד נו(4) 117 (2002) (להלן: עניין רובינשטיין).
- 47 לניתוח ולעמדה כי לא היה בפשרה יסוד של כפייה: פרידמן וכהן, ס' 16.31. השוו לעניין ש.א.פ., לעיל ה"ש 46, שבו חתם לקוח עסקי של בנק שנוקק לאשראי (ואשר מצבו הכספי היה רעוע) על כתב ויתור כתנאי לקבלת האשראי, וטען כי אולץ לעשות כן עקב כפייה כלכלית. בית המשפט קבע ש"ככלל, חוזה שבאופן אובייקטיבי הינו הוגן וסביר אינו ניתן לביטול מחמת כפייה כלכלית" (שם, בעמ' 788). ועוד נקבע: "כאשר ההתקשרות מותנית בויתור הצד החלש על זכות שהייתה לו, די לברר אם החוזה 'מפצה' את המוותר על ויתורו, משמע: שהחוזה מבטיח לו טובת הנאה סבירה וראויה בתמורה לויתורו" (שם). באותו מקרה נקבע שהויתור הוגן וסביר, והודגש, כמו במקרה שלנו, שהלקוח נהנה מייעוץ משפטי בחתימתו שעל כתב הויתור (שם, בעמ' 790).

בשולי הדברים יצוין שימים אחדים לפני מתן פסק הדין בבית המשפט העליון הגיעו בני הזוג זפניק לפשרה נוספת וחדשה, שלפיה ישלמו לשיכון עובדים רק כמחצית מסכום ההפרש שהיה עליהם להוסיף למחיר המקורי של הדירה. הצדדים הודיעו על כך לבית המשפט, בהסכימם שפסק הדין שיינתן לא יגרע מהפשרה שאליה הגיעו. כך זכינו לטוב מכל העולמות: זכינו בהלכה חדשנית, מקורית, שתומה משמעותית לעיצובו של עקרון תום הלב, תוך שהיא שומרת על העיקרון הבסיסי שחוזים יש לקיים. במאבק בין ההבטחה שהופרה לבין החוזה שוויתר על ההפרה (חוזה הפשרה המקורי), הכריעה הלכת זפניק, כראוי, לטובת חוזה הפשרה המקורי. מן הצד השני, התוצאה הסופית (על פי הפשרה החדשה, שאליה הגיעו לפני ההכרעה בבית המשפט העליון), שפעלה כדיעבד לטובתם של בני הזוג זפניק, קירבה, בכל זאת, את החוזה להבטחה המקורית שהופרה, ובכך הועילה לתקנה.

2. בין שחקן חוזר לשחקן חד-פעמי

מנקודת מבט חברתית ממחישות העובדות במקרה זה את התאוריה הקלאסית של מרק גלנטר, המבחינה בין שני סוגי מתדיינים: שחקנים חד-פעמיים ושחקנים חוזרים. גלנטר מבהיר שסיכוייהם של שחקנים חוזרים לזכות בהתדיינות גבוהים מאלה של שחקנים חד-פעמיים⁴⁸. ממילא יוצר הדבר רתיעה אצל שחקנים חד-פעמיים להפעיל את נשק ההתדיינות, ומוכן שהדבר גם משפיע על הצלחתם של אלה במשא ומתן עם שחקנים חוזרים מחוץ לכותלי בית המשפט⁴⁹.

זפניק (כמו גם עמישי) הוא שחקן חד-פעמי. הוא מתדיין יחיד, בעל משאבים מוגבלים, הוא "שונא סיכון", והוא מבקש להתדיין כדי לזכות בתוצאה מיידית. שיכון עובדים היא שחקנית חוזרת. משאביה מאפשרים לה לשאת בסיכונים ולפורם, ולחשוב על אינטרסים ארוכי טווח.

Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC. REV. 95 (1974–1975). לבחינת התאוריה כיום על סמך נתונים סטטיסטיים: HERBERT M. KRITZER & SUSAN S. SILBEY IN LITIGATION: DO THE "HAVES" STILL COME OUT AHEAD? (2003).

Gillian K. Hadfield, *Exploring Economic and Democratic Theories of Civil Litigation: Differences between Individual and Organizational Litigants in the Disposition of Federal Civil Cases*, 57 STAN. L. REV. 1275, 1317 (2005). מאמר זה מחזק את נכונות התאוריה של גלנטר, ואף מוכיח כי הפער בין שני סוגי המתדיינים אף התעצם.

גלגולו של סיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

שחקנים חוזרים הם לרוב תאגידיים, בנקים, רשויות מקומיות והמדינה עצמה, כלומר בעלי דין "חזקים"⁵⁰. במובנים מסוימים, שחקנים חוזרים אלה הם "אוהבי סיכון" – הם יודעים שיש באפשרותם "לרפא" פגמים בהתנהלותם על ידי כתבי ויתור מאוחרים תוך נטילת סיכון שבחלק מהמקרים הרוכשים יסרכו ו"יגררו" אותם לבית המשפט. לעומתם, השחקנים החד-פעמיים, בהיותם "שונאי סיכון" ובעלי משאבים מוגבלים, יטו להסכים לפשרות ולחתימה על כתבי ויתור מאוחרים⁵¹.

כמענה חלקי לבעיה קובע המחוקק בתחומים צרכניים מסוימים הגבלה על תוקפם של חוזים העומדים בניגוד להסדר החקיקתי. חוזים כאלה תקפים, אם הם מנוסחים לטובת הלקוח. לדוגמה, סעיף 7 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 קובע כי "אין להתנות על הוראות חוק זה אלא לטובת הקונה". מצב שכיח בשוק הדירות הוא זה של קבלן המחזים קונה דירה על כתב ויתור כתנאי לקבלת הדירה. מסעיף 7 לחוק המכר (דירות) ניתן להסיק, כי כתבי ויתור בנוגע לפגמים מאוחרים המתגלים בדירות (אשר חוק זה עוסק בחובות הקבלן לתקנם) לא יתפסו⁵². סעיף זה מבטא רציונאל "צרכני" ואת שאיפתו של המחוקק להגן בנסיבות כאלה על הרוכש. אך קיים הבדל בין קבלן המבקש לכפות מראש ויתור לגבי פגמים בדירה העומדת להימסר שהרוכש אינו מודע להם, לבין ויתור בדיעבד במקרה שבו העובדות ידועות, ואשר בו כלל לא היה ברור אם בכלל נכרת חוזה, כפי שהיה בעניין זפניק.

50 לעיון בשאלה אם צד חזק כלכלית רשאי לנצל את היתרון הכלכלי שעומד לרשותו במסגרת היחסים החוזיים עם צד חלש ואם "ניצול יתרון" כזה מהווה עילה להתערבות בית המשפט בחוזה, ראו מאמרו המכונן של אנטוני קרונמן בנושא צדק חלוקתי בדיני החוזים: Anthony Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 472 (1980).

51 נדמה שההפרדה שמבצע גלנטר בין שחקנים חוזרים לשחקנים חד-פעמיים מיטשטשת במידת מה, כאשר נושא כתב הויתור וטענת הכפייה הכלכלית מועלים גם על ידי מי שניתן להגדירה כשחקנית חוזרת קלאסית: בעניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 46, טענה חברת אברהם רובינשטיין (חברה גדולה בתחום הבנייה, אשר אין חולק כי הנה שחקנית חוזרת בעולם המשפט, ויעידו מספר פסקי הדין הרבים על שמה) כי חתימתה על הסכם עם עיריית חולון, שבו התחייבה בתשלום אגרה מסוימת, נעשתה מתוך כפייה של העירייה. בית המשפט קבע כי דרישת העירייה לתשלום האגרה (כתנאי למתן היתר בנייה לחברה) הייתה בלתי חוקית ונעשתה תוך ניצול מעמדה החזק במערכת היחסים החוזית עם החברה (למרות זאת, נדחתה טענת החברה מנימוקים משפטיים אחרים).

52 השור ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617 (1979), שבו שימש ס' 39 לחוק החוזים כלי אפשרי לפסילת תניית פטור שכלל קבלן בחוזה עם רוכש דירה. השופט שמגר הבהיר בדעת המיעוט כי ראוי לפסול את התניה בהיותה עומדת בניגוד לתקנת הציבור. להעדפתה של עמדה זו: דניאל פרידמן "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור" עיוני משפט ז 431 (1980). פסיקה זו קדמה לס' 7 לחוק המכר (דירות) שהוסף בשנת התש"ן.

כעיקרון, המדיניות הנקוטה על ידי בתי המשפט גם בהקשר צרכני הנשלט על ידי חקיקה, היא כי יש להכיר בתוקפן של פשרות וכתבי ויתור, כאשר אלה נעשים בדיעבד לאחר התגבשות זכותו של הצרכן⁵³, ופסק הדין משקף עמדה זו⁵⁴. כפי ששאלת אופיו הקוגנטי של סעיף 12 מאבדת מחשיבותה כאשר מדובר בויתור בדיעבד, כך גם השאלה בדבר אופיים הקוגנטי של סעיפי החקיקה הצרכניים. מכאן שהחקיקה הצרכנית מגבילה אמנם את השחקנים החוזרים בניסוח חוזיהם מראש, אך מוענק להם יתרון לא מבוטל בדיעבד בניסוח הסכמי הפשרה עם הלקוחות.

ציינתי שלפני מתן פסק הדין בבית המשפט העליון הגיעו בני הזוג זפניק לפשרה נוספת וחדשה, שלפיה ישלמו לשיכון עובדים רק כמחצית מסכום ההפרש שהיה עליהם להוסיף למחיר המקורי של הדירה, מבלי שפסק הדין שיינתן יגרע מהפשרה החדשה. ניתן לומר ששיכון עובדים ערכה הפרדה ויזואלית בין הכלל המשפטי (אינטרס ארוך טווח) למקרה הקונקרטי (אינטרס מידתי). כפי שהסתבר בדיעבד, הכלל המשפטי (שנקבע על סמך הפשרה הישנה, הפומבית) פעל לטובתה, אך במקרה הקונקרטי (על ידי הפשרה המאוחרת הנסתרת מעין הציבור) יכלה להפגין נדיבות חלקית, בלי שהדבר יחייבה כלפי אחרים.

ז. השפעת פסק הדין – בין פורמליזם לקונטקסטואליזם

53 ראו עניין **ש.א.פ.**, לעיל ה"ש 46, שבו חתם הלקוח על ויתור על תביעה כלפי הבנק. הוויתור כלל גם תביעה בגין טענה שהבנק התנה שירות בשירות. לכאורה, התניה כזו אסורה על פי ס' 17 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 המהווה על פניה הוראה קוגנטית שעל פי פשוטתה מבטלת כל הסכם פשרה בעניין זה. אולם בהסתמכו על ע"א 4644/91 **משה כובשי חברת הובלה ותעבורה בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ**, פ"ד מט(1) 617, 622–624 (1995) (להלן: עניין **משה כובשי**), ציין בית המשפט שלמרות הוראת הסעיף די בכך שכתב הוויתור נחתם במסגרתו של הסכם הוגן וסביר (בעמ' 791–792). פסק הדין בעניין **משה כובשי** הסתמך על הלכת **זפניק**, וראו גם להלן ה"ש 61. וראו החלה בהקשר של ס' 7 לחוק המכר (דירות): ת"א (אש') 2446/98 **גרופית – חברה לבנין ועבודות ציבוריות בע"מ נ' ביטון** (פורסם בנבו, 22.4.1999) (השופטת מ' נד"ב).

54 רע"א 9460/06 **וינרייב נ' קרן גמלאות של חברי דן בע"מ**, פס' ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "תביעתם של המבקשים בסוגיות אלה מיוסדת על ביטולו של שטר הפיטורין, אם בטענת הפרתו על ידי הקרן, ואם בטענת טעותם של המבקשים. אך בידוע, לא בנקל יקבל בית המשפט טענות המבטלות כתבי ויתור, סילוק והפטר" (פורסם בנבו, 13.3.2007).

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

פסק דינה המאלף והמקיף⁵⁵ של השופטת בן-פורת הוא מנכסי צאן ברזל של דיני החוזים הישראליים. עמדתה בנושא המניעות והסעדים עוררה דיון ער בספרות ובפסיקה⁵⁶. היא זכתה לתמיכה חזקה בפסיקה מאוחרת יותר, והיום היא מגובשת כהלכה ברורה, שפתחה פתח כולל להרחבת הסעדים בסעיף 12.

וכך מציין הנשיא ברק בעניין קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה⁵⁷:

"מדוע לא יעמיד המשפט את הצדדים במצב שבו היו נתונים אילו נכרת החוזה, מקום שהמשא והמתן ביניהם הגיע לשלב כה מתקדם, עד כי תנאי ההסכם ידועים, והוא היה נכרת לולא אותה התנהגות שלא בתום-לב שמנעה 'ברגע האחרון' את כריתת ההסכם? [...] מצויים מצבים שבהם הסעד בגין הפרת החובה לנהל משא ומתן בתום-לב הינו באכיפת החוזה שעמדו הצדדים לכרות אילו נוהל המשא והמתן בתום-לב. עמדה על כך השופטת בן-פורת באחת הפרשות, בציינה: 'מכוח ה'אשם בהתקשרות' יש שרואים פעולות, שאותו אשם מונע את ביצוען [...] כאילו בוצעו בנסיבות מיוחדות קיימת האפשרות של 'הפיכת משא ומתן לחוזה כפוי' [...] מכאן קצרה הדרך להכרה בפיויים 'חיוביים' ('פיויים קיום'). אכן, אם אנחנו יוצאים מתוך ההנחה כי החוזה נכרת, וכי הוא הופר, כי אז אנו יוצאים מגדריו של סעיף 12 לחוק תוך שהפיויים נקבע במישרין על-ידי הוראות סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)".

55 כך כינה אותו השופט מליץ בע"א 651/82 מדינת ישראל נ' החברה האילתית לשירותים באניות, פ"ד מ(2) 795, 785 (1986).

56 לריכוז אסמכתאות: פרידמן וכהן, ס' 12.135 במיוחד ה"ש 501, 500, 496. המאמרים הבאים מתייחסים ישירות לפסק הדין: דרורה פלפל "סעדים עקב העדר תום לב במשא ומתן" עיוני משפט יא 307 (1986); סיני דויטש "סעיף 12 לחוק החוזים: האומנם תרופה לכל מכאוב?" מחקרי משפט ד (1986) 39. וראו פסיקה נוספת: דנ"א 5712/01 ברזני נ' בוק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(6) 385, פס' 9 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (שהייתה במיעוט, אך לא לעניין זה) (2003); ע"א 567/89 זוסמן נ' קיין, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא שמגר (פורסם בנבו, 5.9.1993); ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, פס' 35 לפסק דינו של השופט חשין (1993); בג"ץ 244/85 האחים בנקיר נ' מפעל הפיס, פ"ד לט(4) 480, 477 (1985); בג"ץ 126/84 גלבוש נ' מפעל הפיס, פ"ד לט(4) 68, 73 (1985).

57 ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה, פ"ד נו(3) 289, 300–302 (יידון בסמוך, בפרק זה, כהדגמה להחלתו הבעייתית של סעיף 12) (2002) (להלן: עניין קל בנין); ע"א 8144/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, פ"ד נו(1) 158 (2002). בפסקי דין אלה לא נאכף החוזה, אך כפי שנאמר מפורשות, הנכונות להעניק פיויים קיום בשל הפרת חובת תום הלב במשא ומתן משמעותה היא הכרה בקיומו של חוזה כפוי.

הלכת שכון עובדים נ' זפניק אוזכרה בעשרות פסקי דין, אם אגב אורחא⁵⁸, אם כנדבך בהכרעה⁵⁹. גם היבטיו האחרים של פסק הדין, הן באשר לפרשנות ההצעה⁶⁰, הן באשר לויתור ולמחאה⁶¹ זכו לתמיכה ולאזכור.

החידוש המרכזי בפסק הדין נוגע לעניין הסעדים שמציע סעיף 12, ובו אדון בפירוט. כאמור, הכלל הוא שהסעד הראשון בגין הפרת חובת תום הלב הוא פיצויי הסתמכות, אך במקרים חריגים, שבהם הבשיל, למעשה, חוזה, ורק חוסר תום הלב מנע את שכלולו, יהיה הסעד פיצויי קיום או אכיפה. הלכה זו יושמה בכמה הקשרים. לשופטת בן-פורת היה חלק

58 למשל, ע"א 49/83 קסלר נ' מאירוב, פ"ד מא(2)547, 551 (1987); ע"א (ת"א) 1450/07 אופן סקיי בע"מ נ' Polskie Linie Lotnicze, פס' 8 לפסק דינה של השופטת גנות (פורסם בנבו, 31.10.2007); ת"א (חי') 697/02 חוסייסי נ' מרכוס, פ"מ התשס"ד(1) 97, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית (2005); ה"פ (י-ם) 616/01 ויטנברג נ' עמידר החברה הלאומית לשכון בע"מ, פס' 57 לפסק דינו של השופט גל (פורסם בנבו, 26.10.2003); ה"פ (י-ם) 684/97 אוגלי נ' אביב שני חברה לשירותים כלכליים בע"מ, פ"מ התשס"ב(2) 449, פס' 45 לפסק דינו של השופט אוקון (2003); ע"א (י-ם) 3309/02 לוי נ' ציון, חברה לכיטוח בע"מ, פס' 11 לפסק דינו של השופט אוקון (פורסם בנבו, 26.2.2003).

59 למשל, ה"פ 465/06 סוטרא בע"מ נ' החברה המאוחדת לפרסומים והדפסה בע"מ (חובת התקשרות במכרז עם חברה פרטית, שאופיה ציבורי בהיותה חברה מפלגתית) (השופטת שבח) (פורסם בנבו, 8.8.2006); ת"א (ת"א) 1161/01 פלוצניק נ' דור אנרגיה (1998) בע"מ, פס' 49 לפסק דינו של השופט בנימיני, ניתוח הסעדים על פי ס' 12 (פורסם בנבו, 10.2.2006); ת"א (ת"א) 1202/02 אלימלך נ' אייל, פס' 51 לפסק דינה של השופטת אחיטוב – מניעות מלטעון שחווה מכר לא נחתם חרף היעדר חתימה (פורסם בנבו, 29.11.2005); ת"א (נצ') 528/99 מאירי נ' מנהל מקרקעי ישראל, פס' 10 לפסק דינו של השופט הווארי (פורסם בנבו, 18.5.2006): אי-הצדקה להלכת המניעות נוכח אשמו של התובע; ת"א (י-ם) 945/95 דעוס נ' אחיעזר מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות בע"מ, פס' 29 לפסק דינו של השופט עדיאל: מניעות מלהתכחש לזכות מועמדת לקבלת מגרש בתחומי מושב (פורסם בנבו, 16.11.1998); ע"א (ת"א) 258/93 סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' חבס, פ"מ התשנ"ה(1) 3, פס' 12 לפסק דינו של השופט י' גרוס: אי-החלת סעד האכיפה בנסיבות המקרה לאור היותו של סעד הפיצויים הולם בשל פרישה שלא כדין מהמשא ומתן (גם במקרה אחרון זה הופיע עו"ד חנן מלצר) (1994). לגלגול נוסף של הפרשה: רע"א 2445/04 ניופארם דראגסטורס בע"מ נ' סופרפארם (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 15.2.2005) (שבו נדונו היבטים של מעשה בית דין). בסופו של דבר הסתיים העניין בפשרה.

60 ע"א 379/82 נווה עם רמת-גן בע"מ נ' יעקובסון, פ"ד לח(1) 740, 743 (1984). ת"א (ת"א) 1202/02, לעיל ה"ש 59, פס' 46 לפסק דינה של השופטת אחיטוב (2005). לשאלה הכללית: עופר גרוסקופף "סיווג מסרים המוחלפים במהלך משא ומתן" עיוני משפט כב 745 (1999).
61 עניין משה כובשי, לעיל ה"ש 53 (בית המשפט המחוזי יישם את הלכת הויתור, ופסק דינו אושר בערעור); ע"א (י-ם) 5242/04 עיריית בית שמש נ' ד' רוטשטיין חברה לבנין ונכסים בע"מ, פ"מ התשס"ג(2) 481, פס' 81 לפסק דינו של השופט גל (אין דיני חוזים מכירים במחאה כמקור ליצירת זכות) (2004).

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

חשוב ביותר בפיתוחה. כך, למשל, כאשר חוזה למכירת מקרקעין בוצע כמעט במלואו, ולאחר מכן התכחש לו המוכר בטענה שלא קוימה בו דרישת הכתב, הורה בית המשפט על קיומו ועל אכיפתו, מכוח עקרון תום הלב⁶², זאת, בין השאר, בעקבות אמרת אגב של השופטת בן-פורת בע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ⁶³. אמרה אחרונה זו (שנסמכה, בין השאר, גם על עניין זפניק⁶⁴) היא המשך ישיר לעמדה שהביעה בע"א 289/78 אשד נ' לובר, שבו קבלן הפר חוזה למכירת דירה לקונה. במקום זאת התחייב הקבלן בעל פה כלפי הקונה למכור לו דירה אחרת, ואחר כך התחייב למכור את אותה דירה לצדדים שלישיים. השופטת בן-פורת קבעה שכשם שהמוכר-הקבלן מנוע מלטעון שהחוזה בקשר לדירה האחרת אינו מלווה במסמך בכתב, כך גם הצדדים השלישיים שבאים מכוחו⁶⁵.

הקשר אחר שבו הוחל העיקרון של השופטת בן-פורת, הוא זה של מכרזים פרטיים. בעניין קל בנין שליבן בבירור את שאלת הסעד בשל הפרת חובת תום הלב במשא ומתן, נערך מכרז על ידי חברה פרטית. מנהלי החברה פנו למציע אחד מבין המציעים, וערכו עמו משא ומתן נפרד, שבמסגרתו הורד המחיר. לאחר מכן סוכם עם אותו מציע שהוא יבצע את העבודה, אך נאמר לו שהדבר טעון אישור מועצת המנהלים. אישור מועצת המנהלים לא ניתן, והעבודה נמסרה למציע אחר שכלל לא השתתף במכרז. נקבע כי בפרישה מהמשא ומתן בנסיבות שבהן כמעט שנכרת חוזה, הפרה החברה את חובת תום הלב במשא ומתן, והמציע הראשון זכאי לפיצויי קיום⁶⁶.

אלא שפסק דין זה מצביע גם על הקושי הכרוך בפיתוחו של עקרון תום הלב⁶⁷. ההתדיינות הממושכת במקרה האמור הניבה חמישה פסקי דין (שלושה בבית המשפט

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

63 פ"ד מב(2) 278, 286–288 (1988). לדיון מפורט: פרידמן וכהן, ס' 8.40–8.43; 10.69–10.71.

64 שם, בעמ' 286.

65 פ"ד לג(1) 13, 18 (1978). אוזכר בעניין זוננשטיין, לעיל ה"ש 63, בעמ' 288.

66 ראו לעיל טקסט גלויה לה"ש 57.

67 כמו כן מעורר פסק הדין ספקות באשר לצדקת ההכרעה במישורים נוספים: ראשית, הוא מניח שלאחר שסוכמו פרטי ההתקשרות בין המציע למנהלי החברה, חייב היה הדירקטוריון לתת אף הוא את אישורו. הנחה זו בעייתית, שכן היא הופכת את אישורה של מועצת המנהלים למעין חותמת גומי על החלטות ההנהלה. שנית, פסק הדין מסתמך על מקרה דומה שנפסק בהולנד, (1982) Plas v. Valburg (פס' 20) – www.student.unimaas.nl/jch.pronk/frame_plas-valburg.htm (נבדק לאחרונה ב-13.12.2010), אך שם דובר במכרז ציבורי (עם רשות מקומית), ובמכרז מסוג זה אין אפשרות לפנות למציע שלא השתתף במכרז ולקשור עמו חוזה. לעומת זאת, כאן נדון מכרז פרטי, שעליו חלים כללים שונים. יצוין שבפסק דין מאוחר יותר (HR 14 June 1996) סויגה הלכת

העליון, שניים בבית המשפט המחוזי), שהתלבטו בשאלות אם נכרת חוזה, אם הופרה חובת תום הלב, ומהו הסעד הראוי בגין הפרת החובה⁶⁸. ההליכים בעניין זה מהווים הדגמה לבעיה מטרידה הנובעת מיישומה הבעייתי, המופרו של העיקרון, הן בשלב הטרם-חוזה, הן בשלב החוזי⁶⁹, יישום שגרר אחריו ריבוי התדיינויות, חוסר יציבות וחוסר ודאות. אין לתמוה על כך שכנגד מגמה זו הוטחה ביקורת חריפה למדי⁷⁰.

הוויכוח המתחולל בארץ סביב פרשנותו של עקרון תום הלב מהווה הד לדיון ער בשאלה מהם דיני החוזים הראויים. בספרות האמריקנית מתנהל מאבק בין שתי גישות מתחרות: הגישה הפורמליסטית והגישה המהותית (או הקונטקסטואלית). הגישה הפורמליסטית דבקה בכללים המסורתיים ונותנת עדיפות ללשון החוזה; הגישה הקונטקסטואלית נותנת עדיפות לערכים של סבירות והגינות, מתוך חתירה לתוצאה הנראית צודקת בנסיבות המקרה⁷¹. ניתן לומר שעמדתה של השופטת בן-פורת נותנת ביטוי לשתי

Plas v. Valburg, ונקבעו לה סייגים שלפיהם שינוי נסיבות או אינטרס מוצדק מאפשרים פרישה מהמשא ומתן: ראו Beale, לעיל ה"ש 36, בעמ' 263.

אצלנו נעשו ניסיונות למזג בין כללי המכרז הפרטי למכרז הציבורי, אך ההבחנה קיימת, וראוי שתתקיים, במיוחד כשמדובר בהתקשרות בין שני גופים עסקיים. ראו: בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989), שביטל את פסק הדין שבערעור, ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לז(1) 533 (1982), נקבע שעקרון השוויון החל על מכרזים ציבוריים אינו חל על מכרזים פרטיים.

68 בבית המשפט המחוזי נקבע שלא נכרת חוזה וכי לא הופרה חובת תום הלב במשא ומתן. בערעור בבית המשפט העליון נקבע שהופרה חובת תום הלב, והדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי כדי שיקבע את גובה הפיצויים: עניין קל בנין, לעיל ה"ש 57. על ערעור זה הוגשה בקשה לדיון נוסף שנדחתה: דנ"א 140/99 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ (פורסם בנבו, 27.5.1999). בבית המשפט המחוזי נפסקו פיצויי הסתמכות, אך בערעור לבית המשפט העליון נפסקו פיצויי קיום.

69 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום, פ"ד מט(2) 265 (1995); דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.5.2006).

70 מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17 (2005); דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – בטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט ו 9 (2006); סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" מאזני משפט ו 21 (2008).

71 הגישה הפורמליסטית מקושרת עם הגישה הכלכלית למשפט, והיא באה לביטוי בולט אצל: Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541 (2003). לביקורת: James W. Bowers, *Murphy's Law and the Elementary Theory of Contract Interpretation: A Response to Schwartz & Scott*, 57 RUTGERS L. REV. 587 (2004–2005) (הטוען, בניגוד לשוורץ וסקוט, שצדדים מסחריים רבים היו מעדיפים גישה קונטקסטואלית). לביטוי אמפירי המבסס את הטענה שצדדים מתוחכמים מעדיפים כללים פורמליים: הם מעדיפים להתדיין בניו-יורק, שפסיקותיה החוזיות פורמליות, פחות

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

הגישות. גדולתה נעוצה באופן שבו קבעה את העקרונות ובמידת יישומם. גישתה בעניין **זפניק**, הדומה לזו שבזונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ⁷² (שתיבחן בסמוך), מדגימה כיצד ניתן לאזן באופן מוצלח בין הגישה הפורמליסטית לגישה הקונטקסטואלית.

בשני המקרים משקפות ההלכות חזון יצירתי ויישום מושכל, המבטא חוש מעשי והבנת תהליכים כלכליים וחברתיים. בשני המקרים קבעה השופטת בן-פורת, באמרת אגב, שעקרון תום הלב עשוי להפוך משא ומתן לחוזה מחייב, גם בניגוד לכללים הבסיסיים: בעניין **זפניק** – אף שלא הושלם תהליך הקיבול, ובעניין **זונשטיין** – אף שלא הושלמה דרישת הכתב. נקודת המוצא היא אפוא שאין בכללים קדושה, וכי ניתן לסטות מהם במידת הצורך. בשני המקרים הושארו הדברים בגדר אמרות אגב בשל הצורך לאזן את עקרון ההגינות עם אינטרסים אחרים: בעניין **זפניק** – עם סופיות הסכם הפרשה (הראשון); בעניין **זונשטיין** – עם העיקרון של החופש השלילי, המאפשר פרישה ממשא ומתן כל עוד לא נכרת חוזה.

כדי להפוך משא ומתן לחוזה כפוי יש צורך ביותר מחוסר הגינות במשא ומתן⁷³. נדרשת הסתמכות של ממש כפי שהיה בעניין **זפניק**. אלמלא הוויתור היו הרוכשים בעניין **זפניק** זוכים בתביעתם כלפי שיכון עובדים, שכן בהתנהגותם הייתה הסתמכות משמעותית ביותר (הרוכשים עשו כל מה שהוטל עליהם כדי להקים את זכותם לכרות חוזה); בעניין **זונשטיין** – כמעט לא נעשה דבר (למעט תשלום ראשוני של סכום פעוט), ולא נוצר בסיס הסתמכות שיצדיק הכרה בקיומו של חוזה שלא נכרת. בעיה דומה התעוררה בעניין **קל בנין**: גם אם דבקה אשמה בחברה, מזמינת המכרז, לא נוצר בסיס הסתמכות ממשי שיצדיק הכרה בסעד של קיום חוזה. לכל היותר, ראוי היה לזכות את המציע-התובע בפיצוי הסתמכות⁷⁴.

ראוי גם להבליט שוב את מעמד הצדדים בהתדיינויות אלה: **קל-בנין** עוסק בתחרות בין סוחרים. **זפניק** ו**זונשטיין** הם מקרים שבהם נדון עניינו של צרכן מול ספק. במקרים אלה

בקליפורניה, שפסיקותיה החוזיות משקפות מגמה קונטקסטואלית: Geoffrey P. Miller, *Bargaining on the Red-Eye: New Light on Contract Theory*, NYU Law and Economics Research Paper No. 08-21 (May 6, 2008), available at SSRN: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1129805 (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

72 עניין **זונשטיין**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 292–293. עמדתה היא עמדת ביניים בין זו של השופט בייסקי, שלדידו דרישת הכתב גוברת על עקרון תום הלב, לבין זו של השופט ברק (בעמדת מיעוט באותו מקרה), שלפיה עקרון תום הלב יכול להכניע את דרישת הכתב, גם כאשר לא נעשה כמעט דבר על פי החוזה. לביקורת על עמדתו של השופט ברק: גבריאלה שלו "זכרון דברים ותום לב" **משפטים** יט 457 (1990). לדיון מפורט: פרידמן וכהן, ס' 8.40–8.43; 10.69–10.71.

73 אם כי חוסר הגינות במשא ומתן הגורמת נזק מהווה עילה לתביעת פיצויי הסתמכות. בדיונו כאן אנו מתרכזים בסעד האכיפה.

74 כפי שנפסק בגלגול השני בבית המשפט המחוזי: שם נפסקו לתובע פיצויים בשיעור של כ-12,000 ש"ח; בבית המשפט העליון תפחו הפיצויים לסכום של 400,000 ₪.

שבהם הפער בין הצדדים בולט, מפנה, לא אחת, העיקרון של חופש החוזים, שממילא אינו פועל בהם במלוא העוצמה מלכתחילה, את מקומו לטובת העיקרון של הגינות החוזה⁷⁵. עם זאת, בהקשר שלנו ניתן מעמד עדיף לכללים הפורמליים, וכאמור מהטעמים שהובהרו, התוצאה נראית בעיני צודקת.

ח. שלושים שנה אחרי

שלושים שנה חלפו מאז האירועים שהולידו את פרשת זפניק. בתחילת רשימתי התייחסתי לחשיבותן של השנים ההן מבחינה פוליטית וכלכלית. בסיכום הדברים אצטמצם, ואתרכז בשינויים שחלו מאז הנוגעים לדיוננו.

הדירות של פרויקט רקנאטי, שהיו קוסמות כבר אז, הפכו לקוסמות אף הרבה יותר. שכונת רמת אביב גימל נחשבת לאחת מן השכונות המוצלחות בתל-אביב. שוויין של הדירות בשכונה הוא עדות לכך: ב-1979 מחירה המקורי של דירת 5 חדרים בפרויקט, כפי שהוצע במודעה, היה זול משמעותית ממחירה של דירת שלושה חדרים בשיכון בבלי⁷⁶. כיום, לאחר שלושים שנה, ניתן לקנות במחירה של אחת מהדירות מפרויקט רקנאטי, לפחות שתי דירות של שלושה חדרים בשיכון בבלי⁷⁷.

חברת שיכון עובדים ממשיכה להיות אחת מחברות הבנייה המובילות בישראל. נוסף לתפקידה בעיצובה של חובת תום הלב במשא ומתן, תרמה שיכון עובדים, כשחקנית חוזרת מובהקת, אף לעיצוב תום הלב בקיום חוזה בע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים⁷⁸, וגם כאן היה תפקיד מרכזי לשופטת בן-פורת⁷⁹.

במשך השנים הללו פותח עקרון תום הלב והתעצם באופן דרמטי. עקרון תום הלב חולל שינויים מפליגים בדיני החוזים, ולא רק בהם⁸⁰. עיצובו הוזן באופן אינטנסיבי למדי על ידי

75 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 2, ס' 3.9.

76 מקור: סיכומי המשיבים בעניין עמישי, סיכומי זפניק מחוזי. הצעות מפרויקטים מקבילים של חברת שכון עובדים מ-1979 ממחישות גם הן את אטרקטיביות ההצעה. בהרצלייה וברמת גן, היו דירות 4 חדרים יקרות יותר מדירת 5 חדרים בפרויקט רקנאטי.

77 לקוח מהאתר "בלי דירה" 2008: blidira.co.il/searchsale.php (נבדק לאחרונה ב-12.10.2010).

78 פ"ד לח(2) 237 (1984) (בחווה עם הדיירים נקבע שעל שיכון עובדים להתקין תא גנרטור בבניין, ובית המשפט הטיל עליה לספק גם את הגנרטור עצמו).

79 שהדגישה את כלל הפרשנות של חוקיות החוזה, כלומר את הצורך ליישב בין הוראות החוזה להוראות החוק המסדירות את הנושא: שם בעמ' 256.

80 מנחם מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג פרק 26 (2003). לתחולת העיקרון בתחומי המשפט השונים: סעיפים 26.15–26.16.

גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן

המשפט הגרמני, אך באופן פרדוקסלי הורחב השימוש בישראל בעקרון תום הלב הרבה מעבר למה שנהוג בגרמניה, מכורת העיקרון⁸¹. בעקבות כך נוצר פיתוי גדול להתדיין, שהרי אם עקרון תום הלב גובר על הכללים, על התקדימים ועל לשון החוק והחווה, קיים סיכוי להצליח בכל תביעה, ומכאן שכדאי לנסות ולתבוע. אין צריך לומר שמדובר בתופעה לא רצויה, שהשלכותיה מזיקות, אם כי לאחרונה קיימים סימנים המצביעים על בלימת שימוש היתר בעקרון תום הלב בכל הנוגע לפרשנות חוזה בהקשר עסקי⁸². אנו רואים אפוא שהמגמה הקונטקסטואלית, שהגיעה לשיאה הבעייתי בשנים האחרונות, מפנה מקומה למגמה פורמליסטית יותר. רק נותר לקוות שיעשה במסגרתה איזון נאות בין הכללים לבין מיתונם בהפעלתו של עקרון תום הלב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. במסגרת זו יש חשיבות מכרעת להקשר. הקשר עסקי תומך בהחלת כללים פורמליים. הקשר צרכני, כשהצרכן הוא שחקן חד-פעמי בזירה המשפטית, עשוי להצדיק הגמשתם של הכללים הפורמליים, בהתחשב בשיקולי אשמה והסתמכות. יצוין ששיקולים של הגנת הצרכן הניעו גם את המחוקק, שהוביל במהלך השנים הללו חקיקה אינטנסיבית למדי במישור זה⁸³. גם בחייהם של גיבורי הפרשה חלו שינויים: בני הזוג זפניק שינו את שמם לזיו, והם אינם דרים עוד ברחוב רקנאטי 10. עורך הדין חנן מלצר, שטען בפרשת זפניק בכישרון, בעומק וביסודיות, הוא מאז שנת 2007 שופט בית המשפט העליון⁸⁴.

81 על כך מצביע מחקר השוואתי העוסק בהיקף האחריות הטרומ חוזית במדינות המרכזיות באירופה. Nili Cohen, *From the Common Law to the Civil Law: the Experience in Israel*, in PRECONTRACTUAL LIABILITY IN EUROPEAN PRIVATE LAW 398 (John Cartwright & Martijn Hesselink eds., 2008).

82 ראו שתי ההלכות החשובות שניתנו על ידי השופט דנציגר בע"א 5856/06 לוי נ' גורקייט בע"מ: "אני סבור כי על אף כללי הפרשנות שנקבעו בהלכת אפרופים ובהלכת ארגון מגדלי ירקות, מן הראוי כי במקום בו לשון ההסכם היא ברורה וחד משמעית, כגון המקרה שבפני, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם", פס' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 28.1.2008); ובע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו-סקסון – סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ, פס' 43 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 13.2.2008). אולם הוויכוח בעניין המשך תחולתה של הלכת אפרופים נמשך. נזכיר את ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 12.10.2009) (השופטת פרוקצ'יה דבקה בהלכת אפרופים והנשיאה ביניש השאירה את השאלה פתוחה); ע"א 10849/07 פוארסה נ' פוארסה (פורסם בנבו, 12.11.2009) (השופט ריבלין דבק בעמדת אפרופים וזו גם עמדתה של השופטת נאור).

83 ראו בעיקר חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981; חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981. לדיון כולל: ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א: יסודות ועקרונות (2001).

84 וזו ההזדמנות להודות לשופט מלצר ולמשפחת זיו (זפניק) על שהואילו להעמיד את התיק לעיוני.

ואילו השופטת בן-פורת, שקבעה ציוני דרך בפסיקתו של בית המשפט העליון, והייתה אחראית לפיתוחו המושכל והזהיר של עקרון תום הלב הן בכריתתו של חוזה, הן בקיומו⁸⁵, פרשה מכס המשפט, ושימשה מבקרת מדינה במשך שתי תקופות כהונה שהטביעו חותם עז באורחות ניהולה של המדינה. כשם שהצטיינה בתפקידה השיפוטי, בכהונתה האקדמית, במחקריה המגוונים, כך גם הצטיינה בתפקידה כמבקרת מדינה, תפקיד שאותו בנתה מחדש, כמכשיר רב עצמה לפיקוח על גופי הממשל השונים⁸⁶.

מרים בן-פורת, כלת פרס ישראל, שילבה בכל פעילותה מצוינות משפטית עם חיבור לקרקע המציאות. היא ממשיכה בפעילותה המחקרית במלוא התנופה. כתיבתה החדה, העמוקה והבהירה מבוססת על ידע משפטי רחב הקף וכושר אנליטי יוצא דופן. היא משקפת מקוריות ויצירתיות, תעוזה ואיפוק.

כיום מהוות הנשים השופטות רוב בקרב כלל השופטים, ובראש בית המשפט העליון מכהנת נשיאה. כן מכהנות נשיאות בכתי המשפט המחוזיים ובבית משפט השלום. אולי משום כך קשה להעריך את התרומה ואת החלוציות של מרים בן-פורת, שהייתה נשיאת בית המשפט המחוזי בירושלים, האישה הראשונה שנבחרה לכהונה בבית המשפט העליון, וממלאת מקום נשיא בית המשפט העליון.

מרים בן-פורת הקדימה את דורה. לבאות אחריה היא סללה את הדרך, ולציבור כולו היא ממשיכה לשמש דמות מופת.

85 ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאניקר, פ"ד לו(2) 113 (1981). לדיון: דניאל פרידמן "ביצוע חוזה

נוכח חשש בדבר קבלת התמורה הנגדית" **ציוני משפט** י 169 (1984).

86 ראו ספרה המקיף והמעמיק: מרים בן-פורת **חוק יסוד: מבקר המדינה** (2005).