

מאמרים

שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל

מאת
אריאל פורת*

- א. מבוא
- ב. סוגי שיקולים בדיני החוזים
 1. הצגת השיקולים
 2. איפיון השיקולים
- ג. כריתת חוזה ויצירת יחסים משפטיים
 1. רקע
 2. עניין לזין
 3. מוסד ההבטחות הלא-משפטיות ומעמדן של נשים גרושות
- ד. חוזים אחידים
 1. רקע
 2. עניין קשת
 3. אייזעלרות ופגיעה בשכבות החלשות
 - (א) עולם של מידע מלא
 - (ב) עולם של מידע חסר ופערי מידע
 - (ג) עיון מחדש בעניין קשת
- ה. תרופות בשל הפרת חוזה – פיצוי בגין נזק לא-ממוני
 1. רקע
 2. עניין גולדמן
 3. כוונה היפותטית של הצדדים לחוזה: ביטוח והרתעה
 - (א) היבט הביטוח
 - (ב) היבט ההרתעה
 - (ג) עיון מחדש בעניין גולדמן
- ו. סיכום ומסקנות

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה לחברי איל
בנבנשתי, חנוך דגן, עמרי ידלין, ברק מדינה ורותי רונן, וכן לסגן עורך עיוני משפט
יהושע (שוקי) שגב ולחברי המערכת אפי ברק ומיה זינגר, על הערותיהם החשובות
לסיוסה קודמת של המאמר.

א. מבוא

מתח טבוע קיים במשפט בין השאיפה לעשות צדק בין צדדים לסכסוך משפטי קונקרטי לבין השאיפה לקבוע, אגב ההכרעה בסכסוך, כלל משפטי שיכוון כראוי את התנהגויותיהם של נמעני המשפט.¹ אין בכוונתי לעסוק במאמר זה בשאלה לאילו התנהגויות ראוי לכוון ולאילו לא. התשובה לשאלה זו תלויה בתפיסה הערכית שהנשאל מחזיק בה. יש מי שיאמר שהתנהגויות ראויות הן התנהגויות יעילות. אחר יטען כי התנהגויות ראויות הן אלה התורמות להגשמת תפיסה כזו או אחרת של צדק הלוקתי, כגון שהן מביאות לידי חיזוקן של קבוצות חלשות בחברה או מצמצמות פערים חברתיים או כלכליים בין הפרטים השונים. שלישי יסביר שהתנהגויות ראויות הן אלה התורמות לשימורם ולחזוקם של מוסדות חברתיים שלחברה יש עניין בהם.

במאמר זה ברצוני לטעון שבפסיקתו של בית המשפט העליון בסכסוכים חוזיים, לפחות בתחומים אחדים, ניכרת התמקדות בעשיית צדק – על-פי השקפתו של בית המשפט – בין הצדדים העומדים לפניו, תוך שהיא דוחקת לשוליים את השיקולים ארוכי-הטווח שכללים מכווני התנהגויות מעוצבים על-פיהם. מוויית אחרת ניתן לומר שבית המשפט העליון שוקל שיקולים שלאחר מעשה (שיקולי ex post) ביתר תשומת-לב מאשר שיקולים שלפני מעשה (שיקולי ex ante), ובכך הוא מחמיץ את ההזדמנות להשפיע על התנהגויותיהם של נמעני המשפט בכלל ושל הצדדים לחוזה, בטרם נגלע סכסוך ביניהם, בפרט.²

- 1 בתחום דיני הנזיקין, המתח הוא בדרך-כלל בין מטרתם ההרתעתית של דיני הנזיקין לבין שאיפתם לעשות צדק בין הצדדים לסכסוך. הצדק בין הצדדים לסכסוך מכונה בדרך-כלל צדק מתקן. ראו להלן פרק ב.1. על מטרתם ההרתעתית של דיני הנזיקין, ראו: G. Calabresi *The Costs of Accidents* (New Haven, 1970); S. Shavell *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge Mass., 1987); W.M. Landes & R.A. Posner *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge Mass., 1987). צדק מתקן בדיני הנזיקין, ראו: G.P. Fletcher "Fairness and Utility in Tort Theory" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 537; R.A. Epstein "A Theory of Strict Liability" 2 *J. Leg. Stud.* (1973) 151; C.H. Schroeder "Corrective Justice and Liability for Increasing Risks" 37 *UCLA L. Rev.* (1990) 439; J. Coleman *Risks and Wrongs* (Cambridge, 1992); E.J. Weinrib "Understanding Tort Law" 23 *Val. U. L. Rev.* (1989) 485; E.J. Weinrib *The Idea of Private Law* (Cambridge Mass., 1995); R.W. Wright "Substantive Corrective Justice" 77 *Iowa L. Rev.* (1992) 625; S.R. Perry "The Moral Foundation of Tort Law" 77 *Iowa L. Rev.* (1992) 449. לגישה ביקורתית הן על המטרה ההרתעתית והן על תפיסות הצדק המתקן בדיני הנזיקין, ראו: I. Englund *The Philosophy of Tort Law* (Aldershot, 1993) 29–70.
- 2 יתר על-כן, בחינת השיקולים שלפני מעשה מעמידה לעיתים באור אחר אף את השיקולים שלאחר מעשה. במילים אחרות, תחושת הצדק עשויה להשתנות לא-אחת לאחר

עיקר המאמר מתחקה אחר מופעיה של התופעה המתוארת לעיל בשלושה תחומים: דיני כריתת החוזה ויצירת יחסים משפטיים, דיני החוזים האחידים ודיני התרופות בשל הפרת חוזה. אך לפני שאגש לכך, ברצוני לנסות לאפיין את סוגי השיקולים המשמשים להכרעה בסכסוכים חוזיים, ואף לבחון אילו מהם מתמקדים בעשיית צדק בין הצדדים לחוזה ואילו בהכוונת התנהגויות.

ב. סוגי שיקולים בדיני החוזים

1. הצגת השיקולים

סוגים שונים של שיקולים משמשים לשם הכרעה בסכסוכים חוזיים. חלקם רלוונטיים לכל סוגי הסכסוכים וחלקם לסוגי סכסוכים מסוימים בלבד. שיקולים מסוג אחד הם שיקולי צדק מתקן. במקורם, הם יוחדו לאירועים גזיקיים, אך ניתן להסב אותם על נקלה לתחום דיני החוזים.³ שיקולים אלה עוסקים בשאלה אם ראוי לתקן את הנזק שנגרם לאחד הצדדים לחוזה כתוצאה מהתנהגותו של הצד האחר, ואם כן, כיצד יש לעשות זאת. המייחד את שיקולי הצדק המתקן הוא שהם נובעים מהאירוע המסוים שבגיניו גוצר הסכסוך, ומיועדים לאיתורו של פתרון צודק מתוכו. אין להם כל יומרה להביא לקביעתו של כלל משפטי שיכוון התנהגויות כראוי או שיביא לידי הקצאה "צודקת" של העושר בחברה.⁴ מטבע הדברים, לסוג זה של שיקולים יכול שתהא תחולה בראש ובראשונה במקרים של הפרת חוזה. כך, אם הופר חוזה ועולה השאלה אם ראוי לפסוק לנפגע פיצוי בגין נזק מסוים, שיקול על-פיו הפרת החוזה הינה פגיעה עוולתית בזולת, ובשל כך בלבד יש לפסוק פיצוי לנפגע נטול-אשם, מהווה שיקול של צדק מתקן.⁵

בחירת השיקולים מכווני ההתנהגויות לעומק. ראוי, למשל, הטקסט הסמוך להערות 50-59.

3 על מקומם של שיקולים אלה בתחום דיני החוזים, ראו: Weinrib *The Idea of Private Law*, *supra* note 1, at pp. 56-83.

4 לעיל הערה 1. למותר לציין ש"הפתרון הצודק" אינו נגזר מתחושת הצדק הסובייקטיבית של השופט היושב בדין, אלא מכללים ועקרונות הנגזרים מתיאוריית הצדק המתקן הרואלנטית לשיטת המשפט שמדובר בה.

על עקרונות הצדק המתקן עמד לראשונה אריסטו. הוא אף שהבחין ביניהם לבין עקרונות הצדק החלוקתי (ראו להלן הטקסט הסמוך להערות 21-26): אריסטו אתיקה - מהדורת ניקומאכוס (תרגום י"ג ליבס, תשמ"ה) 116-120.

5 נראה שכך ראה אריסטו את הדברים: J. Gordley *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Oxford, 1991) 10-11. נכון שניתן לנמק את החבות בפיצוי בגין הפרת חוזה אף בשיקולי יעילות, אך בטקסט להערה זו כוונתי לכך שאף במנותק משיקולי יעילות, ולעיתים בניגוד להם, ניתן לנמק את חובת הפיצוי בצדק

בדומה לכך, השיקול על-פיו אין לאכוף לעיתים חווה אם האכיפה תגרום נזק לצדדים שלישיים עשוי להתבסס אף הוא על תפיסה של צדק מתקן, ממנה עולה כי מלכתחילה אין להרשות פגיעה עוולתית בזולת.⁶

שיקולים מסוג אחר הם שיקולי צדק מעניש (או מתגמל). גם מקורם של אלה הוא בתחום דיני הנזיקין, ועוד יותר מכך בתחום דיני העונשין. בדומה לשיקולי הצדק המתקן, אף שיקולי הצדק המעניש נובעים מהאירוע נשוא הסכסוך, ואין הם עוסקים בהכוונת התנהגויות.⁷ אולם בעוד השיקולים הראשונים מתמקדים בנפגע ובתיקון מצבו, אלה האחרונים עניינם בגורם הפגיעה ובהענשתו.⁸ יש שיאמרו שאין לשיקולי ענישה מקום בתחום של דיני החוזים, שכן ענישה זרה לדינים אלה.⁹ מכל מקום, שיקול על-פיו מי שמפר חווה בודון חייב לשאת במקרים מסוימים בפיצוי גבוה יותר מאשר הפיצוי בו היה עליו לשאת אילו הפר את החווה בתום-לב הינו שיקול של צדק מעניש.¹⁰ כך גם השיקול

מתקן. כוחו העצמאי של גימוק הצדק המתקן יבלוט במקרה שבו על-פי שיקולי יעילות, אין מתחייב פיצוי לנפגע מהפרת החווה, אך על-פי שיקולי צדק מתקן, המבוססים על הרע שבהפרה, פיצוי כזה הכרחי. לדעה כי עקרון הצדק המתקן בדיני חוזים משמעו כי החווה חייב להיות חווה הוגן, ועל המסקנות הנובעות מכך, ראו: J. Gordley "Enforcing Promises" 83 Cal. L. Rev. (1995) 547.

6 אני ער לכך כי שיקולי צדק מתקן גידונים בדרך-כלל בתחום דיני הנזיקין בהקשר תיקונו של נזק שאירע, ולא בהקשר למניעתו מלכתחילה. מניעת נזק מלכתחילה מתקשרת בדרך-כלל לשיקולי יעילות (המכונים לא אחת, בהקשר הנזיקי, שיקולי הרתעה), ואילו עניינם בהכוונת התנהגויות, ולא בעשיית צדק בין הצדדים לסכסוך הקונקרטי. אולם לדעתי, אין כל מניעה להכיר בכך שכאשר מעמי צדק מתקן מצדיקים הענקת פיצוי לאחר מעשה, הם עשויים אף להצדיק את מניעת הנזק לפני מעשה. מניעה כזו תעלה במקרים מסוימים בקנה אחד עם הרתעה ויעילות, ובמקרים אחרים היא לא תעלה בקנה אחד עימם.

7 אין לבלבל בין עונש לצדק מעניש. ברור שעונשים מכוונים לעיתים למטרות מסוגים שונים, ובוודאי גם להרתעה, וכך גם להכוונת התנהגויות. אך צדק מעניש (להבדיל מעונש בסרמינולוגיה הרווחת) עניינו אך ורק בגמול לאדם על הרע שעשה, ולא מעבר לכך.

8 T. Honore "The Morality of Tort Law – Questions and Answers" *Philosophical Foundations of Tort Law* (ed. by D.G. Owen, Oxford, 1995) 73, 86–90.

9 השוו: M. Mautner "A Justice Perspective of Contract Law: How Contract Law Allocates Entitlements" 10 *T.A.U. Stud. L.* (1990) 239. במאמר זה מציע פרופסור מאוסנר תיאוריה לדיני חוזים המבוססת על: Needs and Deserts.

10 מובן שניתן לנמק אף כלל משפטי זה בשיקולי יעילות. אך ראו לעניין זה לעיל הערה 5. ההתחשבות באשם בדיני החוזים מוכרת בתחומים שונים הנוגעים בקביעת ההיקף של האחריות החוזית, ופחות בתחומים הנוגעים בעצם קיומה של אחריות חוזית. ראו ביתר פירוט, א' פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (תשנ"ז) 65–71.

על-פיו, במקרה של טעות של צד לחוזה, אין לאפשר לאותו צד לבטל את החוזה אם חתם עליו בלא כל בדיקה או בפזיזות, עשוי להוות שיקול של צדק מעניש.¹¹ שיקולים מסוג נוסף הנשקלים בתחום דיני החוזים והאופייניים לדינים אלה בלבד הם שיקולי צדק הסכמי. שיקולים אלה נסבים על הגשמת רצונותיהם של הצדדים לחוזה, הממשיים וההיפותטיים כאחד. אשר להגשמת הרצון הממשי, נראה שכל הסבר יהיה מיותר: צדק הסכמי משמעו ליתן לצדדים את שחפצו בו בעת כריתת החוזה. מכאן שכל שיקול הנסמך של הגשמת חפצם של הצדדים הוא שיקול של צדק הסכמי. אולם גם כאשר אין דרך לדעת את רצונם או את כוונתם הממשיים של הצדדים לחוזה, יהווה שיקול המבוסס על שיעור מאווייהם ההיפותטיים, כפי שהיו באים לידי ביטוי בעת כריתת החוזה, שיקול של צדק הסכמי.¹² כך, השיקול שצדדים לחוזה, לו היו חושבים על כך בעת כריתת החוזה, היו מעוניינים בסוג מסוים של מקרים בהגנת האשם התורם הוא שיקול של צדק הסכמי.¹³ כפי שגיוכח מייד, הגשמת כוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה מתקשרת אף לשיקולי יעילות, ויש הסבורים שהגשמת כוונה זו מוצדקת משיקולי יעילות בלבד. שיקולי יעילות הם שיקולים מסוג רביעי. עניינם הוא בעיקר במקסום התועלת של הצדדים לחוזה. הם נסבים בדרך-כלל על צדדים לחוזה באופן כללי, ולא על הצדדים לחוזה שבגינו נוצר הסכסוך הקונקרטי.¹⁴ מכאן ששיקולים אלה משמשים לעיצוב כללים

- 11 אם כי ניתן לבסס זאת אף על שיקולי יעילות. ראו להלן הטקסט להערות 14-20.
- 12 לכך שההצדקה להיוקק לכוונה היפותטית של הצדדים לחוזה הינה רציונליות, ולא הסכמיות, מכיוון שחקירת הכוונה ההיפותטית מגיחה היעדר הסכמה בפועל, ראו: J.L. Coleman, D.D. Heckathorn & S.M. Maser "A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law" 12 *Harv. J.L. & Pub. Policy* (1989) 639. לתפיסות נוספות הרואות בכוונה היפותטית הגשמת צדק הסכמי, ראו אצל: D. Charny "Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation" 89 *Mich. L. Rev.* (1991) 1815; R.E. Barnett "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent" 78 *Virg. L. Rev.* (1992) 821; R. Craswell "Efficiency and Rational Bargaining in Contractual Settings" 15 *Harv. J.L. & Pub. Policy* (1992) 805. לביקורת על ביסוסם של דיני החוזים על כוונה היפותטית, ראו: J. Braucher "Contract Versus Contractarianism: The Regulatory Role of Contract Law" 47 *Wash. & Lee L. Rev.* (1990) 697.
- 13 פורת, לעיל הערה 10, בע' 85 ואילך.
- 14 ניתן להבחין בין שיקולי יעילות מראש (ex ante) לבין שיקולי יעילות בדיעבד (ex post): בעוד הראשונים, שהם אף המשמעותיים יותר, עניינם ביצירת כללים משפטיים שיכוונו מלכתחילה להתנהגות יעילה, האחרונים עניינם בהשגת פתרון יעיל במקרה הקונקרטי הנידון. לעיתים עלול להיווצר מתח בין שני סוגי השיקולים. לדוגמה, במקרה של טעות רשלנית בכריתת החוזה, שיקולי יעילות מראש עשויים לשכנע שאין זה ראוי לאפשר לטועה הרשלן לבטל את החוזה, שכן רק כך יתומצו צדדים-בכוח לחוזה לזהירות ראויה, וכך ייכרתו פחות חוזים שהם תוצאה של טעות. בכך תושג יעילות.

משפטיים הבאים להשפיע מראש על התנהגויותיהם של צדדים לחוזה ולעשותן יעילות. כך, השיקול שיש להטיל סיכונים מסוימים שלא הוקצו במפורש בחוזה על מי שיכול למנוע או לפזר אותם בצורה הזולה ביותר, מכיוון שכך יוקטנו עלויות החוזה ותגדל התועלת ממנו, הוא שיקול של יעילות.¹⁵ אף שיקול שכלל משפטי מסוים עדיף על אחר מכיוון שהוא מתמרץ טוב יותר מהאחר העברת מידע מצד אחד למשנהו, וכך ממקסם את התועלת המופקת מן החוזה, הינו שיקול של יעילות.¹⁶

שיקול בעל חשיבות מיוחדת לפרשנותם ולעיצובם של דיני החוזים הוא שכללי המחדל (או כללי הרקע) של דיני החוזים יעלו בקנה אחד עם כוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה. כפי שציינתי, יש הרואים בשיקול זה שיקול של צדק הסכמי. לעומת זאת, אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט רואים בו שיקול של יעילות: כאשר כללי המחדל עולים בקנה אחד עם כוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה, הם חוסכים לצדדים, ברוב המקרים, את הוצאות המשאומתן שהיו מוצאות לשם הסכמה על כללים אלה אלמלא היו בנמצא, ולעיתים אף מאפשרים כריתת חוזים שעקב הוצאות משאומתן גבוהות לא היו נכרתים.¹⁷

לעומת זאת, שיקולי יעילות בדיעבד עשויים להצדיק במקרים מסוימים את שחרורו של הטועה הרשלן מן החוזה, מן הטעם שהחליפין הספציפיים נשוא החוזה עלולים להיות בלתי-יעילים עקב הטעות שהובילה לכריתתו (מובן שקיימים במקרים אלה אף שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה, שבהם איני דן כעת).

15 לניתוח קלסי של הקצאות סיכונים, המתייחס לסיטואציות של סיכול ודומותיה, ראו: R.A. Posner & A.M. Rosenfield "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis" 6 *J. Leg. Stud.* (1977) 83.

16 I. Ayres & R. Gertner "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules" 99 *Yale L.J.* (1990) 87; I. Ayres & R. Gertner "Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules" 101 *Yale L.J.* (1992) 729.

17 לתפקידם של כללי המחדל בדיני החוזים על-פי התפיסה הכלכלית, ראו: R.A. Posner *Economic Analysis of Law* (4th ed., Boston, 1992) 89-96; Posner & Rosenfield, *supra* note 15, at p. 88; A.T. Kronman & R.A. Posner *The Economics of Contract Law* (Boston, 1979) 4; R.E. Scott & D.L. Leslie *Contract Law and Theory* (1988) 8; R.E. Scott "A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts" 19 *J. Leg. Stud.* (1990) 597; J.S. Johnston "Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules" 100 *Yale L.J.* (1990) 615; A. Schwartz "Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreement and Judicial Strategies" 21 *J. Leg. Stud.* (1992) 271; A. Schwartz "The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law" 3 *S. Cal. Interdisciplinary L.J.* (1993) 389; "א' פרוקציה 'זה חוזה? זה הפץ? זה חוק? תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושג-היסוד במשפט' משפטים יח (תשמ"ט) 395. לביקורת על מאמרו של פרוקציה, ראו ג' טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני

זאת ועוד: לשיטתם של אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט, כוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה היא לאמץ אל תוך החוזה תניות יעילות בלבד, הממקסמות את התועלת שהם מפיקים מן החוזה. מכאן, שכדי שכללי המחדל יעלו בקנה אחד עם כוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה, הם עצמם צריכים להיות יעילים. בדרך זו, החיפוש אחר כללים יעילים מתמוגג לחלוטין עם החיפוש אחר כוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה: הכלל היעיל הוא הכלל התואם את הכוונה ההיפותטית, והכלל התואם את הכוונה ההיפותטית הוא לא אחר מאשר הכלל היעיל.¹⁸

שיקולי יעילות אינם מתמקדים תמיד בצדדים לחוזה: לעיתים הם עוסקים בצדדים שלישיים ובמשאבים חברתיים, ובמיקסום התועלת מהם. כך, שיקול על-פיו יש להעדיף כלל משפטי מסוים על כלל אחר מכיוון שזול יותר ליישמו בבית-המשפט הינו שיקול של יעילות שאינו נוגע דווקא בצדדים לחוזה המסוים, אלא ביכולתו של המינהל השיפוטי.¹⁹

- משפט טו (תש"ן) 5. לכך שכלל מחדל יהיה מוצדק כלכלית אם יאומץ בדרך-כלל, אף אם לא תמיד, על-ידי הצדדים לחוזה, ראו: Ayres & Gertner "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", *ibid*, at pp. 91–92. לתיאוריות של כללי מחדל המקדמים שיתוף-פעולה בין הצדדים לשם הפחתת סיכונים, ראו: R.E. Scott "A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts", 19 *J. Leg. Stud.* (1990) 597. לסענה שאין למעשה תיאוריה אחידה לכללי מחדל, וכי לעיתים הם מקדמים שיתוף-פעולה ולעיתים אינם עושים כן, ראו: C.P. Gillette "Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks", 19 *J. Leg. Stud.* (1990) 535. לביקורת על התיאוריות הכלכליות ביחס לכללי המחדל ולהצעת חלופה, ראו: T.D. Rakoff "The Implied Terms of Contracts: Of 'Default Rules' and 'Situation-Sense'" *Good Faith and Fault in Contract Law* (J. Beatson & D. Friedmann eds., Oxford, 1995) 191.
18. לכך שכללי מחדל אינם תואמים לעיתים את הכוונה ההיפותטית של הצדדים לחוזה, ומתפקדים כ"כללי מחדל עונשיים", הנותנים יתרון לצד הנחות מבחינת המידע, כרי שהצד שיש לו עדיפות במידע יעבירו לראשון (ולעיתים אף לבית-המשפט), ראו: Ayres & Gertner, *ibid*.
19. אם כי ניתן, עקרונית, לגרום לכך שעלויות המינהל השיפוטי יגולגלו לצדדים ויופנמו על-ידם, כך שיגדל הסיכוי שהחלטתם לעשות שימוש במינהל השיפוטי להכרעת הסכסוך ביניהם תהא יעילה. השוו: J.A. Henderson "Process Constraints in Tort" 67 *Cornell L. Rev.* (1982) 901. H. Collins *The Law of Contract* (2nd ed., London, 1993) 367. לשיקול ההכבדה על המינהל השיפוטי כנימוק להעדפת סעד של פיצויים על סעד של אכיפה, שעה שסעד אחרון זה כרוך בפיקוח מתמשך של בית-המשפט, ראו: A. Schwartz "The Case for Specific Performance" 89 *Yale L.J.* 271, 292–296 (1979). שיקול זה אף מסביר את קיומו של סעיף 3(3) לחוק התרופות, על-פיו לא ייאכף חוזה כאשר "ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי-סבירה של פיקוח מטעם בית-משפט או לשכת הוצאה לפועל", אם כי בתי-המשפט, בפסיקתם, צמצמו

בדומה לכך, שיקול על-פיו יש להעדיף כלל משפטי שיתמרון חיפוש אחר מידע בעל ערך כלכלי לכלל הציבור,²⁰ והשיקול האחר, על-פיו חווה הפוגע בצדדים שלישיים או בתקנת הציבור בטל עקב היותו מחצין את עלויות החווה, חורגים גם הם מהתועלת של הצדדים לחווה, ובכל זאת הם מהווים שיקולי יעילות שיש להם מקום בפתרון סכסוכים חוזיים. שיקולים מסוג חמישי הם שיקולי צדק חלוקתי. עניינם של אלה הוא בחלוקתם הצודקת של משאבים ונטלים בחברה. שיקולי הצדק החלוקתי בתחום דיני החוזים לובשים אחת משתי צורות. בצורתם האחת, הם נסבים על העדפת קבוצה מסוימת בחברה על קבוצה אחרת.²¹ אומנם, בפועל, שיקולי צדק חלוקתי מיטיבים עם צד אחד לחווה על חשבון הצד האחר, אך זאת בדרך-כלל כחלק מתוכנית העדפה כוללת המוענקה לחברי הקבוצה שהצד הראשון משתייך אליה. כך, שיקול לפיו יש להטיל על הספק בחווה צרכני חובת גילוי רחבה, שכן הוא הצד החזק העלול לנצל את יתרונותיו בדרך בלתי-ראויה, פועל להעדפת צד אחד לחווה על הצד האחר.²² בדומה לכך, שיקול על-פיו אין לאפשר

חריג זה עד למאוד: ע"א 846/75 עוניסון – חברה לבניין בע"מ נ' דויטש, פ"ד (2) 398. שיקול ההכבדה על בתי-המשפט מוכר היטב מתחום דיני הרשלנות הגזיקיים. החשש מהצפת בתי-המשפט בתביעות עשוי לשכנע את בתי-המשפט לא להכיר בקיומה של חובת זהירות, אם כי יש להודות שלשיקול זה אין בדרך-כלל משקל רב. ראו א' פורת "עוולת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ו) 373, 389–390.

A.T. Kronman "Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts" 7 J. 20
Leg. Stud. (1978) 1

21 על צדק חלוקתי בדיני חוזים, ראו: B. Ackerman "Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: Of House Codes, Housing Subsidies and Incomes Redistribution Policies" 80 Yale L.J. (1971) 1093; R.S. Markovits "The Distributive Impact, Allocative Efficiency, and Overall Desirability of Ideal Housing Codes: Some Theoretical Clarifications" 89 Harv. L. Rev. (1976) 1815; D. Kennedy "Distributive and Paternalist Motive in Contract and Tort Law, With Special References to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power" 41 Md. L. Rev. (1982) 563. לשיקולים בעד ונגד שקילתם של שיקולי צדק חלוקתי בדיני חוזים, ולשאלה אם המשפט הפרטי מתאים להשגת חלוקה צודקת של עושר בחברה, ראו א' זמיר פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו) 100–107. לביסוסם של דיני החוזים על העיקרון לפיו חלוקת המשאבים בחברה צריכה להיעשות באופן שוויוני, אלא אם החלוקה הלא-שוויונית פועלת לטובת כל בני הציבור, ראו: J. Rawls A Theory of Justice (Cambridge Mass., 1971) 342–350; R. Craswell "Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising" 88 Mich. L. Rev. (1989) 489.

22 אם כי ניתן לראות בכך אף שיקול של יעילות: חובת גילוי רחבה תורמת לצמצום פערי מידע הקיימים בין הצדדים לחווה, שכן פערים אלה עלולים להניב חוזים לא-יעילים. ראו להלן הטקסט הסמוך להערות 86, 88.

התנאה שתגרע מן הזכויות הסוציאליות המוענקות לעובדים בחוק, עקב מעמדם החברתי והכלכלי הנחות, פועל לשיפור מעמדו של העובד בחוזהו הקונקרטי עם מעבידו. עם זאת, בשני המקרים, שיקולי הצדק החלוקתי מיועדים להגן על קבוצות מסוימות בחברה – צרכנים ועובדים – וההגנה הניתנת לצד זה או אחר לחוזה אינה אלא מקרה פרטי בדרך להגשמת המטרה האמורה.²³

לא ייפלא איפוא ששיקולי צדק חלוקתי ירעו לעיתים עם צד לחוזה המשתייך לקבוצה החברתית או הכלכלית ששיקולים אלה נועדו להעדפתה, מכיוון שטובתו הפרטית אינה תואמת את טובת הקבוצה.²⁴ כך, בדונו בסכסוך בין ספק לבין צרכן, בית-המשפט עשוי לסרב לבטל תניית פטור בחוזה האחיד שנכרת בין הצדדים והפועלת לטובת הספק, תוך אימוץ השיקול שאם תבטל תניית הפטור, יביא הדבר לידי העלאת מחיר המוצר, וציבור הצרכנים יימצא ניוזק. שיקול הצדק החלוקתי המנחה את בית-המשפט הינו אס-כן להיטיב עם ציבור הצרכנים, אף-על-פי שהצרכן-התובע במקרה הקונקרטי משלם על כך מחיר כבד.²⁵ עד כאן ראינו כי שיקולי הצדק החלוקתי, בדומה לשיקולי היעילות, פועלים לקביעת כללים משפטיים "טובים", המיועדים לכוון התנהגויות.

בצורתם האחרת, שיקולי הצדק החלוקתי חותרים לעשיית צדק בין הצדדים לחוזה ללא כל יומרה לכוון התנהגויות ומבלי להתכוון כלל להעדיף קבוצה חברתית או כלכלית מוגדרת על קבוצה אחרת. שיקולי הצדק החלוקתי בצורתם זו עוסקים במצבם המיוחד של הצדדים לחוזה, אך במנותק מהאירוע הקונקרטי שהניב את הסכסוך המשפטי. בכך הם נבדלים משיקולי הצדק האחרים שהזכרתי (צדק מתקן, צדק מעניש וצדק הסכמי), היונקים את חיותם מהחוזה המסוים שבין הצדדים או מהאירוע שהוליד את הסכסוך המשפטי. כך, השיקול שאין לאכוף על צד לחוזה ביצוע בעין מכיוון שהאכיפה תכביד עליו מאוד עקב מצבו הכלכלי הקשה הוא שיקול של צדק חלוקתי בצורתו השנייה.²⁶ שיקולים מסוג שישי צנינם בהשפעת הכללים המשפטיים על מוסדות וערכים

23 על המתח שבין האידיאולוגיה הצרכנית-הסוציאלית שבבסיס דיני החוזים המודרניים לבין אידיאולוגיית השוק האינדיווידואליסטית, ראו: J.N. Adams & R. Brownsword, *Understanding Contract Law* (2nd ed., London, 1994) 186-199.

24 A.T. Kronman "Contract Law and Distributive Justice" 89 *Yale L.J.* (1980) 472.

25 ראו הדיון להלן פרק ד.

26 למקרה חוזי בו הניעו שיקולי ההכבדה על המפר את בית-המשפט לדחות את מועד קיומו של החוזה, ראו ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89. על כך שבת-המשפט נכונים לשקול את ההכבדה על המפר כשיקול בין שיקולי צדק אחרים נגד אכיפה, ראו ע"א 509/83 דוד נ' יאסין, פ"ד מא(4) 651, 661. למקרה בו נשקלה ההכבדה על המפר, אך בסופו של דבר ניתן סעד האכיפה, ראו ע"א 3023/91 ינאי נ' יחיא, פ"ד מז(4) 773. כן ראו א' ידן חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971 (פירוש לחוק החוזים, ג' סדסקי עורך, מהדורה שנייה, תשל"ח) 54-61. בדומה לכך, סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), עשוי גם הוא להיות מופעל תוך התחשבות בשיקולים של צדק בין הצדדים לחוזה: ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (כרך ב, תשנ"ג) 717-721; ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 196-197.

חברתיים.²⁷ כך, השיקול על-פיו שחרורו של צד לחוזה מן ההתחייבויות שנטל על עצמו יפגע בתפקודו של מוסד החוזה הינו שיקול הנמנה עם סוג השיקולים השישי. השיקול על-פיו אכיפת חוזה של ידועים-בציבור תפגע במוסד המשפחה²⁸ הינו שיקול מאותו סוג, וכך גם השיקול שאכיפת הסכמים פוליטיים תפגע במעמדה של הרשות השופטת או תשבש את אופן תפקודה של המערכת הפוליטית.²⁹

השיקולים הנסבים על השפעתם של הכללים המשפטיים על מוסדות וערכים חברתיים עשויים להתמוגג לעיתים עם שיקולי היעילות או עם שיקולי הצדק החלוקתי. כך, אם השיקול שראוי לדבוק בכלל משפטי מסוים עקב היותו מחזק את מוסד החוזה נסמך על שיקול אחר, על-פיו מוסד החוזה ממקסם תועלת, הרי השיקול הראשון ניתן לסיווג כשיקול של יעילות. אם, לעומת זאת, ההצדקה לקיומו של מוסד החוזה היא בהיותו מאפשר חלוקה מחדש של משאבים בחברה, ייתכן שהשיקול בדבר חיווק כוחו יישא אופי של צדק חלוקתי. עם זאת חשוב להדגיש כי השיקולים הבאים להצדיק את דבר קיומו של מוסד או ערך חברתי מיוחדים לא-אחת לו עצמו, ואינם נמנים עם השיקולים הטיפוסיים לדיני החוזים. כך, השיקול של שימור מוסד המשפחה אינו חייב כמובן להתבסס על שיקולים של יעילות או של צדק חלוקתי, אלא, למשל, על אמונה דתית. בדומה לכך, הצגת השיקול של פגיעה במערכת הפוליטית כמקרה פרטי של יעילות או צדק חלוקתי מהווה פישוט-יתר של המציאות והתעלמות ממגוון רחב יותר של שיקולים הפועלים בזירה.

2. איפיון השיקולים

אחדים מסוגי השיקולים שנידונו בתת-הפרק הקודם מתאפיינים בהיותם שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה, ואחרים מתאפיינים בהיותם שיקולים של הכוונת התנהגויות. כפי שראינו, כללים ועקרונות משפטיים בדיני חוזים מוסברים ומוצדקים לעיתים על-ידי סוג השיקולים הראשון, לעיתים על-ידי סוג השיקולים השני ולעיתים על-ידי שני הסוגים גם יחד.

שיקולי הצדק המתקן ושיקולי הצדק המעניש הם שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה. אין להם כל יומרה לעסוק בהכוונת התנהגויות, והם מבוססים על בחינת הצדק שבין הצדדים הקונקרטיים לחוזה ועל הכרעת הסכסוך על-פיו בלבד. דברים דומים ניתן לומר על

27 לעניין זה ראו קידום הערך של התנהגות שיתופית באמצעות הדין המרשה במאמרו של ב' מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות דין מרשה – תכליתם של דיני התרופות בגין הפרת חוזה" המתפרסם בחוברת זו של עיוני משפט. וכן ח' דגן "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 601.

28 השוו ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד כ(3) 244.

29 השוו בג"צ 1635/90 דרדבסקי נ' ראש הממשלה, מר יצחק שמיר, פ"ד מה(1) 749; נ' כהן "ההסכם הפוליטי" המשפט א (תשנ"ג) 59, 76-77; ג' שלו "הסכמים פוליטיים" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 215.

שיקולי הצדק ההסכמי, המבוססים על הגשמת רצונם הממשי של הצדדים לחוזה.³⁰ מיוגם של שיקולי הצדק ההסכמי המבוססים על הגשמת כוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה בעייתי מעט יותר. מן הצד האחד, אף הם באים לכאורה להגשים רצון של צדדים לחוזה, אך למעשה הם עוסקים בצדדים עלומים, ולא בצדדים ממשיים. לפיכך, במובן מסוים, הם משמשים לקביעת כללים שישפיעו כראוי על התנהגויותיהם של צדדים רבים לחוזים אחרים, ואין הם מתמקדים בעשיית צדק בין שני הצדדים לסכסוך הקונקרטי. שיקולי היעילות ושיקולי הצדק החלוקתי הם שיקולים מובהקים של הכוונת התנהגויות. ראינו אומנם שקיימים שיקולים של צדק חלוקתי שאינם מכווני התנהגויות, והדומים במידה רבה לשיקולי הצדק המתקן, הצדק המעניש והצדק ההסכמי, אך נראה כי זה חריג המלמד על הכלל. השיקולים הנסבים על מוסדות וערכים חברתיים הינם גם שיקולים של הכוונת התנהגויות: אף הם מבוססים על כך שבעת הכרעה בסכסוכים חוזיים, אין די להתמקד בצדדים לחוזה, ויש לבחון אף את השפעת הכלל המשפטי על התנהגויותיהם של בני-אדם שמחוץ לחוזה. עתה נותר לנו לבחון כיצד שיקולים אלה באים לידי ביטוי בפסיקתם של בתי-המשפט בישראל.

ג. כריתת חוזה ויצירת יחסים משפטיים

1. רקע

כל תביעה חוזית נסמכת על ההנחה שהצדדים לחוזה אכן כרתו ביניהם חוזה מחייב.³¹ הנחה זו אינה מעוררת בדרך-כלל קושי מיוחד, אך יש מקרים המעוררים קשיים לא-מעטים. מסתבר לעיתים שהצדדים, אף שנוצרה ביניהם הסכמה כלשהי, לא נכנסו כלל בעולו של המשפט או לפחות בעולם של דיני החוזים. טעמים מספר לכך. ראשית, ייתכן שהצדדים לא הבטיחו כל הבטחה איש לרעהו, ובאין הבטחה, ממילא אין חוזה.³² שנית,

30 אם כי ניתן לסבור שלשיקולים אלה עשוי להיות לעיתים פן של הכוונת התנהגויות. למעשה, ניתן לטעון כי הצורך להתחשב בכוונת הצדדים הממשית ולתת לה משקל מכריע לעומת שיקולים אחרים מונע מהשיקול שכך יתומצו הצדדים להביע את הסכמתם הממשית בבירור, ולא דווקא מכיוון שכך צודק לעשות.

31 תביעה לפי סעיף 12 לחוק החוזים אינה נזקקת להנחה זו, אך למעשה, אין היא תביעה חוזית, אלא דומה יותר באופיה לתביעה נזיקית. ראו ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (כרך א, תשנ"א) 636-637. לעניין החוזה הפסול ראו להלן.

32 זה שיקול של צדק הסכמי: לעיל הטקסט הסמוך להערות 12-13. ראו למשל עניין ע"א 51/83 מרום נ' אוניברסיטת תל אביב, פ"ד לו(3) 518. באותו מקרה נתבעה אוניברסיטת תל-אביב בגין הבטחה שנתנו לה, לסענתה של התובעת, גורמים מוסמכים באוניברסיטה שהיא תתקבל ללימודי רפואה אם תשפר את ציוני-

יכול שהצדדים הבטיחו הבטחות זה לזה, אך חפצו להותירן בתחום החברתי או המוסרי, ולא להכניסן תחת כנפיו המאיימות של המשפט.³³ שלישית, אף-על-פי שהצדדים התכוונו לכרות חוזה מחייב, המשפט עשוי להימנע מלהכיר בקיומו של חוזה. הטעם השלישי ראוי להסבר מפורט יותר. סירובו של המשפט להכיר במקרים מסוימים בכוחם של הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב נובע מטעמים שונים, המכונים לא-אחת טעמי "מדיניות משפטית" או "מדיניות שיפוטית".³⁴ כך ייתכן שיצירת קשר חוזי מחייב תזיק למערכת היחסים של הצדדים לחוזה, ואף-על-פי שהם חפצו ליתן להבטחותיהם ההדדיות צביון משפטי, לא יגשים המשפט את רצונם זה מטעמים פטרנליסטיים.³⁵ ייתכן אף שיצירת

הבטחות שלה כך שיגיעו לרמה מסוימת. התביעה נדחתה, בין היתר מן הטעם שלא היתה לאוניברסיטה כוונה ליצור יחסים משפטיים עם התובעת, והיעדר כוונה זו היה צריך להיות ברור לתובעת. עם זאת, מקריאת פסק-הדין עולה כי בית-המשפט סבר אף שהאוניברסיטה לא הבטיחה לתובעת כי תתקבל בכל תנאי אם רק תשפר את ציוני-הבגרות שלה. ראו אף ב: *Restatement, Contract 2d, §1*; הגדרתו של החוזה נסמכת על הגדרת הבטחה; באין הבטחה, ממילא לא נכרת חוזה.

33 זה שיקול של צדק הסכמי: לעיל הטקסט הסמוך להערות 12-13.

כך, למשל, הבטחות בין בני-זוג, בין קרובי משפחה ולעיתים אף בין חברים, בעניינים אישיים, לא יהיו חוזה. יש הסוברים שאפילו יחפצו אנשים אלה ליצור קשר חוזי, לעיתים לא יעלה הדבר בידם עקב היעדר אינטרס למשפט להתערב ביחסים כאלה: פרידמן וכהן, לעיל הערה 31, בע' 366-367. מכך אין ללמוד כמוכח שלהבטחות אלה אין תוקף מוסרי או חברתי, ולעיתים תהא הפרתן ראויה לגינוי מוסרי או חברתי חריף לא-יפחות מאשר הפרת חוזה.

34 עם זאת יש להבחין ביניהם. המדיניות השיפוטית עניינה "...בגיבוש המודע של השיקולים על פיהם עובד השופט בבחירה בין האפשרויות החוקיות השונות הניצבות בפניו במקרים הקשים". לעומתה, המדיניות המשפטית היא "...תכליתה של הנורמה המשפטית. אלה הם העקרונות, המטרות החברתיות ואמות המידה אשר הנורמה המשפטית החקוקה או ההלכתית, באה להגשים". ראו א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 300.

35 זה שיקול של צדק חלוקתי, לעיתים מהסוג הפועל להכוונת התנהגויות ולעיתים מהסוג הפועל בין הצדדים לתוזר הספציפי. לשיקולים פטרנליסטיים בדיני חוזים, ראו: A.T. Kronman "Paternalism and the Law of Contracts" 92 *Yale L.J.* (1983) 763; M.J. Trebilcock *The Limits of Freedom of Contract* (Cambridge Mass. & London, 1993) 147-163; R. Spertzel "Paternalism and Contract: A Critique of Anthony Kronman" 10 *Cardozo L. Rev.* (1988) 593; זמיר, לעיל הערה 21, בע' 107-113; E. Zamir "The Efficiency of Paternalism" 84 *Virg. L. Rev.* (1998) 229.

לשיקול זה יש אולי השפעה על התייחסותו של המשפט להבטחות נישואים. הכרה בכוחן המחייב משפטית של הבטחות מעין אלה עלול להעמיד את הצדדים במצב בו המבטיח/ה יקיים/תקיים את הבטחתו/ה לשאת את מקבל/ת ההבטחה מחשש מפני הסנקציה המשפטית, וספק אם תופעה זו תועיל למי מן הצדדים. בשל כך, שיטות משפט אחרות

קשר חווי מחייב תזיק לפעילות שהצדדים פועלים במסגרתה, תזיק לצדדים שלישיים או תזיק לערכים חברתיים שהמשפט מעוניין לגונן עליהם.³⁶ אף כאן המשפט עשוי להימנע

איגן מכירות בתוקפן המשפטי של הבטחות נישואים. בישראל, לעומת זאת ננקטת גישת-ביניים, על-פיה יש להבטחות נישואים תוקף משפטי, אלא שהתרופות המוענקות בגין הפרתן מצומצמות למדי. ראו ע"א 58/73 שקד נ' זילברפרב, פ"ד כט(1) 151; ע"א 647/89 שיפברג נ' אבטליון, פ"ד מו(2) 169.

36 שיקול זה עשוי להיות לעיתים שיקול של יעילות, אך לעיתים שיקול הנוגע במעמדם של מוסדות או של ערכים חברתיים: לעיל הטקסט הסמוך להערות 27-29. כך, למשל, מתן תוקף משפטי להבטחות בין בני-זוג בתחומים מסוימים עלול לפגוע במוסד המשפחה. דברים אלה נכונים אפילו אם הפצו הצדדים במקרה הקונקרטי ליצור ביניהם קשר חווי. בדומה לכך, מתן תוקף משפטי להבטחות הגיתנות במסגרת של תחרויות ספורט, אירועי בידור וכדומה עלול לשבש פעילויות אלה. דוגמה שלישית ניתן למצוא בתחום חווי ההימורים. במשפט הישראלי המחוקק נוקט בעניין זה בעמדת-ביניים - בין אי-הכרה בתוקף משפטי של חוזה הימורים לבין הכרה מלאה בתוקפו - בכך שהוא מאפשר על-פי חוזה כזה תביעת השבה בלבד (ואת בתנאי שאין מדובר בחוזה הימורים שהותר בחוק, שאז החוזה תקף לכל דבר ועניין: סעיף 32 לחוק החוזים). לבסוף, אף אי-מתן תוקף ל"חוזים" למתן תואר, ציון או פרס עשוי להיות מוצדק באי-רצון לשבש פעילויות של גופים העוסקים במתן תארים, ציונים או פרסים, כגון אוניברסיטות ובתי-ספר, אם כי לעיתים ינבע הדבר מהסקת היעדר כוונה של הצדדים ליצור יחסים משפטיים (לעיל הערה 32), או מהטעם המוזכר להלן, על-פיו בית-המשפט אינו גוף מתאים לפתרון סכסוכים מעין אלה. חוזה למתן תואר, ציון או פרס מוסדר בישראל בסעיף 33 לחוק החוזים, על-פיו "חוזה שלפיו יינתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה על פי הכרעה או הערכה של אחד הצדדים או של אדם שלישי, אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית משפט".

מקרים נוספים בהם אי-הכרה בתוקפו של החוזה עשויה לנבוע מהחשש לפגוע במוסדות או בערכים חברתיים הם ההסכמים הפוליטיים: יש הטוענים שמתן תוקף חווי להסכמים אלה עשוי לשבש את הפעילות הפוליטית במגזרים רבים. אף בתחום זה, גישה שאינה נותנת תוקף חווי להסכם עשויה להיות מבוססת על החשש לאי-התאמתו של בית-המשפט לפתרון סכסוכים המתעוררים בתחום זה. ראו להלן הערה 38 והטקסט הסמוך לה, וכן כהן, לעיל הערה 29, שם.

כאשר החוזה עלול לפגוע במוסדות חברתיים, בערכים חברתיים או בצדדים שלישיים, הוא יוגדר לעיתים כחוזה פסול, הבטל מכוחו של סעיף 30 לחוק החוזים (אם כי ניתן לעיתים "להחיותו" מכוחו של סעיף 31 לאותו חוק). אולם בעוד החוזה הפסול פגום מכיוון שההבטחות שניתנו במסגרתו נחשבות בעיני המשפט לפסולות, הרי שבאשר בית-המשפט קובע כי לא נוצר קשר חווי מחייב בין הצדדים, הוא עושה כן עקב החשש שמתן תוקף משפטי להבטחות (שאינן פסולות כשלעצמן) אינו רצוי. על-כן, דוגמת חוזה ההימורים מצויה בתווכ: ניתן לסעון שחוזה הימורים הוא חוזה שההבטחות הגלומות בו

מליתן תוקף לרצונם של הצדדים לקשור עצמם בחוזה. לבסוף, שלילת כוחם של הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב עשויה לנבוע אף מן החשש שבמקרים מסוימים אין לבתי-המשפט הכישורים המתאימים להכריע בסכסוכים חוזיים,³⁷ או מן החשש שמעמדם עלול להיפגע אם יעשו כן.³⁸

ההבחנה בין אימתן תוקף חוזי להסכם בין הצדדים עקב אי-רצונם ליצור קשר חוזי מחייב לבין אימתן תוקף חוזי להסכם מטעמים של מדיניות משפטית או שיפוטית אינה כה חדה וברורה. הטעם לכך הוא שכוונת הצדדים נבחנת על-פי קנה-מידה אובייקטיבי, ושיקולי המדיניות משפיעים בלי ספק על פרשנות ה"אובייקטיבית" של החוזה. כך, בית-המשפט לא ימהר לפרש שהצדדים התכוונו ליצור קשר חוזי כאשר האינטרס שלהם בעת "הכריתה", כפי שבית-המשפט מבין אותו, היה לא להיכנס לקשר כזה. בדומה לכך, בית-המשפט עשוי לפרש שהצדדים לא התכוונו ליצור קשר חוזי באותם מקרים בהם בית-המשפט אינו מוסר מתאים לפתרון סכסוכים חוזיים. אכן, קשה לא-אחת להבין מפסקי-הדין אם שיקולי המדיניות שבתי-המשפט עושים בהם שימוש עומדים בזכות עצמם, או שמא הם משמשים כלי לחקר כוונת הצדדים. קו הגבול בין שיקולי הצדק בין הצדדים לחוזה לבין שיקולים להכוונת התנהגויות מיטשטש אס-כן לעיתים קרובות. שאלת יצירתם של יחסים חוזיים עלתה לאחרונה בבית-המשפט העליון, בע"א 3833/93 לוי' נ' לוי,³⁹ מזווית שונה מזו שהורגלו לה עד כה. בעוד שבעבר עסקו בתי-המשפט בשיקולי מדיניות לשלילת כוחם של הצדדים לכרות חוזה מחייב, הרי עניין לוי

פסולות בעיני המשפט, אך ניתן גם לטעון שלא ההבטחות, אלא מתן תוקף משפטי להן הוא שנתפס כפסול.

שיקולים של פגיעה בערכים חברתיים, במוסדות חברתיים או בצדדים שלישיים עשויים להביא לעיתים לידי מסקנה שהחוזה תקף, אלא שאין לאוכפו בעין (מכוחו של סעיף 43 לחוק החוזים (תרופות)). במקרה זה, לא ההבטחות הגלומות בחוזה פסולות, ואף אין סיבה לשלול את תוקפו המשפטי של החוזה: אכיפתו בעין, ורק היא, עלולה לפגוע באינטרסים שהמשפט מעוניין להגן עליהם. לכך שניתן להימנע מאכיפת חוזה מטעמים של צדק שאינם נוגעים דווקא בצדדים הקונקרטיים לחוזה, ראו ע"א 3833/93 לוי' נ' לוי, פ"ד מח(2) 862, 877-880; א' פורת "השלכות אכיפת החוזה על צדדים שלישיים כנימוק לאי אכיפתו משיקולי צדק" ספר לובנברג (ר' פרידמן וי' שילה עורכים, תשמ"ח) 138.

37 שיקול זה עשוי להצדיק את גישת המשפט הישראלי ביחס לחוזים למתן תואר פרס או ציון (ראו לעיל הערה 36), והוא אף ישים ביחס להסכמים פוליטיים.

38 שיקול זה עשוי להסביר ולהצדיק את הרתיעה של בתי-המשפט מלעסוק בהסכמים פוליטיים. ראו דברי המשנה לנשיא אלון בעניין זרד'בסקי נ' ראש הממשלה, מר יצחק שמיר, לעיל הערה 29, בע' 763-764.

שני השיקולים האחרונים הם בעיקרו של דבר שיקולי יעילות, אך גם שיקולים הנוגעים במוסדות ובערכים חברתיים.

39 פ"ד מח(2) 862 (להלן: עניין לוי).

עוסק בשאלה אם ראוי לעיתים להתעלם מרצונם המוצהר של הצדדים שהסכמתם לא תהווה חוזה מחייב. לפסק־דין זה אנו באים עתה.

2. עניין לוין

בעניין לוין⁴⁰ נחתם בין שני בני־זוג חוזה גירושין. נקבע בו, בין היתר, כי "עד מתן הגט ימשיך הבעל לשאת בכל הוצאות החזקת הבית והמזונות בהתאם לחוזה שייערך בין הבעל והאשה ויופקד בידי צו"ד ליבוביץ אלינור מייצגת את שני בני הזוג ואשר יוחזר לבעל ביום קבלת הגט. החוזה יהיה חסר תוקף משפטי ויהווה קניינו בלבד של הבעל ביום מתן הגט. הצדדים מתחייבים שלא להשתמש בחוזה זה כולו ו/או מקצתו ומסכימים כי לא ישתמשו בו לכל מטרה שהיא לרבות הצגתו לבית משפט". [ההדגשות שלי - א' פ'].

בהתאם לאמור בחוזה הגירושין, נחתם הסכם המזונות, שאכן הופקד בידי עורכת־דין ליבוביץ. אף בהסכם זה נכתבה הפסקה המודגשת לעיל. לימים התגרשו בני־הזוג, ועלתה השאלה: מהו שיעור המזונות בהם היה הבעל צריך לשאת עד למועד הגירושין? האשה חפצה להסתמך על הסכם המזונות, שהבטיח לה ולילדי בני־הזוג שיעור מזונות גבוה משיעור המזונות שהיו זכאים לו בלעדי הסכם זה, ואילו הבעל חפץ למנוע את השימוש בהסכם בטענה שאין לו תוקף משפטי, וכי אף נקבע במפורש בין הצדדים שהוא לא יוגש לבית־המשפט.

בית־המשפט העליון דחה את טענותיו של הבעל, והורה שמזונותיהם של האשה והילדים ייפסקו לפי הסכם המזונות. השאלה הראשונה שדן בה בית־המשפט היתה אם הסכם המזונות הינו חוזה בעל תוקף משפטי; והשאלה השנייה בה דן היתה אם - בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה חיובית - ניתן להציגו בבית־המשפט כבסיס לתביעת המזונות. לשתי השאלות נתן בית־המשפט העליון תשובות חיוביות. אשר לשאלה הראשונה קבע בית־המשפט כי למרות לשונם המפורשת של הצדדים, לפיה הסכם המזונות אינו חוזה מחייב, בסופו של דבר, לשון ההסכם היא דו־משמעית. שלוש סיבות לכך: (א) כדי לתת משמעות ותוקף לחיובי הבעל בהסכם הגירושין, יש לדאוג את הסכם המזונות כחוזה מחייב. (ב) הסכם המזונות כונה "חוזה", ומאחר שנוסח על־ידי משפטן, יש להניח שלא במקרה נבחר מינוח זה (ולא נכתב, למשל, "הסכם", "הבנה" וכדומה). (ג) הסכם המזונות מנוסח כחוזה.

מסקנתו של בית־המשפט העליון היתה אם־כן כי לשון ההסכם דו־משמעית, ופרשנותו תוכרע לפי שיקולים של מדיניות שיפוטית.⁴¹ על־פי שיקולים אלה, כך קבע בית־המשפט,

40 שם.

41 ראו לעיל הטקסט העוקב להערה 38 (שיקולי מדיניות כשיקול עצמאי או ככלי לאיתור כוונת הצדדים). להבחנה בין מדיניות משפטית ושיפוטית, ראו ברק, לעיל הערה 34, שם. על־פי הבחנתו של פרופסור ברק, לכל היותר השיקול הרביעי מאלה שיפורטו להלן הוא שיקול של מדיניות שיפוטית. יתר השיקולים הינם שיקולים של מדיניות משפטית.

יש להעדיף פירוש (א) הנותן ממש להתחייבות ברורה שנטל על עצמו המערער בחוזה הגירושין; (ב) המתיישב עם חובת תום-הלב הכרוכה בהתחייבות זו; (ג) המיטיב לא רק עם האשה, אלא גם עם ילדי הזוג; (ד) המשאיר את הדרך פתוחה לפני הצדדים לסכסוך לבוא אל בית-המשפט, עם כל הראיות הנדרשות, כדי שבית-המשפט יוכל לעשות משפט צדק.⁴² מכאן מסקנתו של בית-המשפט שהסכם המזונות הוא חוזה תקף.

לאחר-מכן דן בית-המשפט בשאלה השנייה (שאלת הצגתו של ההסכם בבית-המשפט), וקבע חוקה פרשנית, על-פיה צדדים לחוזה אינם מתכוונים למנוע תביעה על-פי החוזה בבית-המשפט, ואם הם בכל זאת עושים זאת, הרי מניעת הפנייה לבית-המשפט עשויה להיות נוגדת את תקנת הציבור, ועל-כן בטלה מכוחו של סעיף 30 לחוק החוזים.⁴³ בית-המשפט הדגיש:

"תקנת הציבור דורשת שהדרך אל בית המשפט תהיה פתוחה, כדי שבית המשפט יוכל לדון ולהכריע בסכסוכים משפטיים למיניהם... גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד... מכאן נובעת המדיניות הראויה כלפי הוראה חוזית המתימרת לחסום את הדרך אל בית המשפט או להניח מכשולים של ממש על דרך זאת."⁴⁴

עקב כך נטה בית-המשפט לדעה כי התניה המונעת את הצגת הסכם המזונות בבית-המשפט בטלה.

למרות זאת, העדיף בית-המשפט לא להכריע סופית בשאלת הבטלות,⁴⁵ ופנה לשם הכרעת הסכסוך למישור התרופתי. בית-המשפט קבע כי אכיפת התניה בה הצדדים מתחייבים לא להציג את הסכם המזונות בבית-המשפט אינה צודקת, ועל-כן, על-פי סעיף 3(4) לחוק התרופות, אין לאוכפה. בית-המשפט אף הדגיש כי אי-צדקתה של האכיפה נוגעת לאו דווקא בצדדים לחוזה, אלא בטובת הציבור.⁴⁶ התוצאה אליה הגיע בית-המשפט היתה שמוזנותיה של האשה והילדים ייפסקו לפי הסכם המזונות, ושיעורם יהיה גבוה מזה שהיה על הבעל לשלם בלעדיו. בית-המשפט היה ער לכך שאי-אכיפתה של התניה האמורה אינה שוללת את זכותו של הבעל לתבוע פיצויים, אך כדברי בית-המשפט, "תביעת פיצויים על ידי המערער [הבעל] לחוד, ותביעת מזונות על ידי המשיבה [האשה] לחוד."⁴⁷ ממילא, שאלת הפיצויים שהבעל זכאי להם עקב הפרת החוזה

42 עניין לוין, לעיל הערה 36, בע' 872. למעשה, השיקול האחרון רלוונטי יותר לשאלה השנייה מאשר לזו הראשונה.

43 שם, בע' 873-876. לשוני בין סוגי השיקולים שעניינם בפסלותו של חוזה לבין סוגי השיקולים שעניינם בשאלת יצירתם של יחסים משפטיים, ראו לעיל הערה 36.

44 שם, בע' 874.

45 הספק התעורר בליבו של בית-המשפט בעיקר לנוכח העובדה שהאיסור שאסר הסעיף על הצגתו של הסכם המזונות בבית-המשפט לא חסם את האשה וילדיה מלפנות לערכאות, אלא רק מנע את עצם ההסתמכות על ההסכם: שם, בע' 875-876.

46 שם, בע' 878.

47 שם, שם.

עלידי אשתו (הפרה המתבטאת בעצם הגשתו של הסכם המזונות לבית המשפט) לא נידונה.

3. מוסד ההבטחות הלא-משפטיות ומעמדן של נשים גרושות

נראה שבית המשפט בעניין לוין חש שעשיית צדק בין הצדדים הנוגעים בדבר – הבעל, האשה והילדים – מחייבת היוקקות להסכם המזונות ומתן תוקף משפטי להסכם זה. ניכר בדבריו של בית המשפט כי הפתרון "הצודק" הוא, לשיטתו, לא לאפשר לבעל להתחמק מהבטחותיו בהסכם המזונות בטענה הפורמלית שהסכם זה אינו חוזה מחייב או שאין להציגו בבית המשפט. המיוחד בפסק-הדין הוא בכך שבניגוד למקרים קודמים, בהם שימשו שיקולים של מדיניות משפטית ושל מדיניות שיפוטית לתמיכה בדעה שאין ליתן להסכם תוקף משפטי,⁴⁸ שימשו שיקולי מדיניות בעניין לוין למטרה ההפוכה: להכניס תחת כנפי המשפט הסכם שנועד במוצהר להיות בטל תוקף משפטי.

טענתי העיקרית נגד תוצאתו של פסק-הדין ואף נגד ההנמקה שהניבה את תוצאתו היא שבית המשפט הקריב את השיקולים ארוכי-הטווח, הנוגעים בהכוונת התנהגויות, למען עשיית צדק במקרה הקונקרטי. עוד אטען שאף ספק אם אכן עשה בית המשפט צדק בין הצדדים לחוזה.

כאמור, בית המשפט חש שהוא עושה צדק עם האשה והילדים. אחרי ככלות הכל, הבעל הבטיח לאשתו סכום מזונות מסוים, ואף מן הצדק שיעמוד בדיבורו. מהיבט זה, אחת היא אם ההסכם שגיבש את הבטחותיו הינו בעל תוקף משפטי אם לאו: תוקף מוסרי בוודאי שיש לו. דרך מהשבה זו אף מגביעה את הנמקותיו של בית המשפט: ראית הסכם המזונות כחוזה מחייב ואף התרת הצגתו בבית המשפט נותנת ממש להתחייבויותיו של הבעל בחוזה הגירושין ועולות בקנה אחד עם עקרון תום-הלב. כעניין של מדיניות משפטית ותקנת-ציבור – כך עולה מדברי בית המשפט – טוב שהסכמים מהסוג שנדון באותו עניין, דהיינו, הסכמי מזונות, יהיו בעלי תוקף משפטי, שהרי רק כך יכולה המערכת השיפוטית לדאוג שיקיימו.⁴⁹

אך בזה בדיוק טמון הקושי. עניין לוין מתעלם מחשיבותו החברתית העצומה של מוסד ההבטחות הלא-משפטיות, שבסיסן מוסרי בלבד. באופן ספציפי יותר, בפסיקתו, שלל בית המשפט מבני-זוג שהשלום אינו שורה ביניהם את האופציה לנסות להסדיר את יחסיהם בצנעה, מבלי שהמשפט יאיים לחדור לביתם פנימה. עניין לוין עצמו עשוי לשמש דוגמה טובה לכך. בעת שנחתמו הסכם הגירושין והסכם המזונות, היה בסיס להידברות בין בני-הזוג לוין, ואף-על-פי שראו לנגד עיניהם את אופציית הגירושין, לא אבד האמון ההדדי ביניהם. בנסיבות אלה ייתכן שהבעל היה מוכן ליתן מזונות לאשתו ולילדיו מעבר

48 לעיל הערות 34–38 והסקס הנלווה אליהן.

49 ייתכן ששיקול זה עניינו בחיזוק מוסד ההבטחות הלא-חוזיות, שחשיבותו החברתית אינה מוטלת בספק. כפי שניזכר מייד, דווקא תוצאה הפוכה מזו אליה הגיע בית המשפט היתה תורמת לחיזוקו של מוסד חברתי זה.

למזונות בהם היה מחויב על-פי הדין. אולי כדי להבהיר את הדברים ואף להעשות אותם באיצטלה של רצינות, שלא ייוותרו כדברים בעלמא, העלו בני-הזוג לזין את שהוסכם ביניהם על הכתב.⁵⁰ והנה, לאחר שהשתבשו יחסיהם והם בחרו במסלול המשפטי, נשלף ההסכם שלא נועד לכך מלכתחילה.

מתן תוקף משפטי להסכם המזונות והתרת הצגתו בבית-המשפט משמיעים מסר ברור באוזני זוגות שיימצאו במצב דומה לזה בו נמצאו בני-הזוג לזין עובר לניסוחו של הסכם זה: אין מקום להבטחות לא-משפטיות ביחסיהם ההדדיים. אכן, במקרה לזין מס' 2, כאשר יחפץ הבעל ליתן מזונות לאשתו ולילדיו מעבר לשיעור בו הוא מחויב בדין, ואף להבהיר את הדברים בכתב, יוהירו יועצו המשפטי, בצדק, שהוא מסתכן: אם יחסי האמון שקיימים עדיין בינו לבין אשתו יעלו על שרטון, הוא עלול למצוא עצמו מחויב לשאת בשיעור המזונות הגבוה על-אפו ועל חמתו. אם יציע הבעל לכתוב במפורש שההסכם יישאר בינו לבין אשתו בלבד, במישור המוסרי-המשפחתי, יצטט לו יועצו המשפטי את עניין לזין, ממנו עולה כי נסיונו זה נידון לכישלון. יתר על-כן, אף אם יציע הבעל לשלם את סך המזונות הגבוה מבלי להעלות את הדברים על הכתב, הוא יוהר בצדק כי בית-המשפט עלול להסיק מהתנהגותו התחייבות משפטית.⁵¹ במילים אחרות: מר לזין מס' 2 עלול להירתע מלהיטיב עם גב' לזין מס' 2 על-אף יחסי האמון השוררים ביניהם ורצונו הכן להיטיב עימה ועם ילדיהם המשותפים, מחשש שמא רצונו הטוב יהיה בעוכריו. מר לזין מס' 2 עשוי להתפתות לוותר על המחווה, ולהסתפק בתשלום דמי המזונות שהוא מחויב בהם על-פי דין.

הקורא את עניין לזין עשוי להתרשם שפסק-דין זה מונע משקולי צדק חלוקתי, ובבסיסו העדפת קבוצה חלשה בחברה על קבוצה חזקה יותר: נשים גרושות וילדיהן על גברים גרושים. אך ברור שפסק-הדין אינו עושה בעניין זה את המלאכה כדבעי. נהפוך הוא: כפי שניסיתי להראות, פסק-דין לזין מרתיע את הקבוצה החזקה יותר – הגברים העומדים לפני גירושין – מלהיטיב עם נשותיהם וילדיהם, מתוך חשש שזו דרך שאין חזרה ממנה. עניין לזין מקעקע אס-כן מוסד חברתי חשוב – מוסד ההבטחות הלא-משפטיות – שחשיבותו בהקשר המיוחד בו עסק פסק-דין לזין כפולה ומכופלת. קבוצת הנשים העומדות לפני גירושין, כגב' לזין, וילדיהן לא יוכלו עוד ליהנות ממוסד זה שהיה יכול להועיל להם עד מאוד. בית-המשפט, בשאיפתו להיטיב עם גב' לזין וילדיה, התעלם

50 Atiyah טען שבדיני החוזים של המאה השמונה-עשרה שימש החוזה ראייה לחבות ואמצעי להבהרתה, ולא מקורה. מקור החבות היה הסתמכות או העברת טובת-הנאה. לשענתו, הדברים השתנו במאה התשע-עשרה, בעידן דיני החוזים הקלאסיים, אך במאה העשרים ניכרים סימנים, לפחות בתחומים אחדים, שהגישה של המאה השמונה-עשרה לא פסה מן העולם. P.S. Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979), 681–779.

51 ראו דברי השופט בך בע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מ"י, פ"ד (2) 633, וכן פרידמן וכהן, לעיל הערה 31, בע' 166–168, המבקרים את הנמקתו של השופט בך לאור עובדות המקרה.

מהאינטרסים של גב' לוי' מס' 2, מס' 3 וכן הלאה. צדק במקרה הקונקרטי אינו יכול אם-כן להיות מטרתו היחידה של בית-המשפט.

לבסוף, אי-אפשר להימנע מן השאלה: האם אכן עשה בית-המשפט בעניין לוי' צדק עם הצדדים שלפניו? אף בכך ניתן להטיל ספק. התעלמות כה בוטה מרצונם החד-משמעי של הצדדים לא לקשור עצמם בחוזה⁵² אינה בדיוק עשיית צדק הסכמי⁵³ עימם. כידוע, עקרון-יסוד של דיני החוזים הוא חופש החוזים. לחופש החוזים שני פנים: החופש לקבוע את תוכנו של החוזה והחופש להחליט אם לקשור חוזה.⁵⁴ לפן הראשון של חופש החוזים יש חריגים רבים, שלא כאן המקום לפרטם.⁵⁵ חריגיו של הפן השני הם בדרך-כלל מסוג אחד בלבד: לעיתים אין בית-המשפט מכבד את רצונם של הצדדים להתקשר בחוזה מטעמי מדיניות שפורטו לעיל,⁵⁶ ושעיקרם פגיעה באינטרס חברתי כלשהו, וקובע על-אף רצונם שלא נוצרו ביניהם יחסים משפטיים. בעניין לוי' יצר בית-המשפט העליון חריג חדש לפן השני של חופש החוזים שלא היה מוכר כמעט עד כה:⁵⁷ ניתן לכפות חוזה מחייב על צדדים שתפצו להותיר את יחסיהם במישור המוסרי-המשפחתי, ובלבד שהדבר משרת מדיניות משפטית הולמת.

החריג החדש לפן השני של חופש החוזים שנקבע בעניין לוי' שונה במהותו תכלית שינוי מהחריגים "המסורתיים" לפן זה. ראשית, האוטונומיה של הצדדים לחוזה, שהיא אחד הצידוקים העיקריים לקיומו של מוסד החוזה,⁵⁸ נפגעת פגיעה אנושה הרבה יותר כאשר

52 אומנם, בית-המשפט נעזר בהנמקות לשוניות, המנסות להתחקות אחר כוונת הצדדים, אך נראה שהוא חש עד כמה אינן משכנעות. קשה לי להעלות על הדעת נוסח ברור וחד-משמעי יותר מזה בו בחרו הצדדים בעניין לוי' כדי להודיע קבל עם ועדה: "איננו יוצרים יחסים משפטיים בינינו". אין ספק שעיקר הדגש בהנמקותיו של בית-המשפט הושם בשיקולי המדיניות המשפטית והשיפוטית ותקנת-הציבור, וההנמקות הלשוניות אינן יותר מאשר יציאה ידי חובה.

53 לעיל הטקסט הסמוך להערות 12-13.

54 ג' שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז (תשמ"ה) 465; פרידמן וכהן, לעיל הערה 31, בע' 32-36.

55 שלו, שם; פרידמן וכהן, שם, בע' 45-65; פורת, לעיל הערה 10, בע' 71-76.

56 לעיל הטקסט הסמוך להערות 34-38.

57 חריג זה מתייחס לחופש החוזים השלילי: החופש לא להתקשר בחוזה. חופש זה עשוי להיות מוגבל במידת-מה כאשר נכנסו הצדדים למשא-ומתן ועקרון תוס-הלב חולש על יחסיהם. ראו: N. Cohen "Pre-contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate" *Good Faith and Fault in Contract Law* (J. Beatson & D. Friedmann eds., Oxford, 1995) 25. לפסק-דין המשקף את הגבלת החופש האמורה, ראו ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו, פ"ד מב(2) 278 (פסק-דינו של השופט (כתוארו אז) ברק). בהקשרים מיוחדים מאוד מוכר "החוזה הכפוי", ראו מ' דויטש "החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה" עיוני משפט טז (תשנ"א) 35.

58 C. Fried *Contract as Promise* (Cambridge Mass., 1981) 7-17; R. Craswell

חוזה נכפה על צדדים בניגוד לרצונם מאשר במקרה בו אין המשפט נותן תוקף לרצונם לכרות חוזה ומותיר את יחסיהם מחוץ למשפט.⁵⁹ שנית, שיקולי המדיניות המצדיקים את התריגים המוכרים מן הפן השני של חופש החוזים, שתוארו לעיל,⁶⁰ עניינם באינטרסים חברתיים שקשה לחלוק על חשיבותם (אפילו אם יכולה להתעורר מחלוקת באשר למשקל שיש לייחס להם לנוכח הפגיעה באוטונומיה של הצדדים). לעומת זאת, ניתן להטיל ספק רב אם התקיימו במקרה הקונקרטי האינטרסים החברתיים שבית-המשפט נחלץ להגן עליהם בעניין לוי. האומנם יש אינטרס חברתי בכך שבית-המשפט יכריע בסכסוך "חוזי" כאשר הצדדים לא חפצו מלכתחילה לכרות חוזה? האם כפיית חוזה, הר כגיגית, על צדדים שוויתרו במפורש על שירותיו הטובים של המשפט ושל בית-המשפט מקדמת אינטרס חברתי כלשהו? ניסיתי להראות שאם יש לפסיקתו של בית-המשפט בעניין לוי השפעה כלשהי על אינטרסים חברתיים, הרי השפעה זו כולה שלילית.⁶¹

לסיומו של פרק זה אביא אנקדוטה הנוגעת בטכניקה באמצעותה בחר בית-המשפט בסופו של דבר להכריע בעניין לוי. כזכור, בית-המשפט קבע שהתניה בחוזה הגירושין האוסרת את הצגתו של הסכם המזונות בבית-המשפט אינה אכיפה מטעמי צדק. התוצאה היתה שההסכם ניתן להצגה בבית-המשפט. בית-המשפט היה ער לכך שלבעל עומדת תרופת הפיצויים, שהרי אשתו הפרה את חוזה הגירושין בכך שהציגה את הסכם המזונות בבית-המשפט.⁶² לו נתן בית-המשפט את דעתו על שיעור הפיצויים שהבעל זכאי להם כנגד אשתו, היה לומד כי סוכלה מטרתו לפסוק לאשה מזונות לפי הסכם המזונות: נזקיו של הבעל עקב הפרת חוזה הגירושין על-ידי אשתו הם ההפרש בין שיעור המזונות שהוא חב בהם לפי הסכם המזונות לבין שיעור המזונות בהם היה חב אלמלא הוצג הסכם זה בבית-המשפט. אם-כן, התוצאה הינה שלאחר קיוויו חוב המזונות של הבעל לפי הסכם המזונות כנגד חובה של אשתו כלפיו בשל הפרת חוזה הגירושין, היה הבעל נושא בדמי

"Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising" 88 *Mich. L. Rev.* 489 (1989).

59 לכך שחוב לעשות מעשה מהווה פגיעה חמורה יותר בחופש הפרט מאשר איסור לעשות מעשה, ראו: R.A. Epstein "A Theory of Strict Liability" 2 *J. Leg. Studies* (1973) 151, 189 *et seq.*; E.J. Weinrib "The Case for a Duty to Rescue" 90 *Yale L.J.* (1980) 247; S. Levmore "Waiting for Rescue: An Essay on the Evolution and Incentive Structure of the Law of Affirmative Obligations" 72 *Virg. L. Rev.* (1986) 879.

60 לעיל הטקסט הסמוך להערות 34–38.

61 יש להדגיש כי לא הוזכרה בפסק-דינו של בית-המשפט כל טענה באשר לפגם בכריתתו של הסכם הגירושין או הסכם המזונות. אגב, גם אילו נטענה טענה כזו והיתה מתקבלת, היה דינו של הסכם הגירושין להתבטל על-ידי גב' לוי, ולא לשמש בסיס לפסיקת סכום המזונות שנקבע בהסכם המזונות, תוך התעלמות מאותם חלקים בשני ההסכמים האמורים שמכותם לא נוצרו יחסים משפטיים בין בני-הזוג לוי.

62 לעיל הטקסט הסמוך להערות 40, 47.

מזונות בשיעור... זהה לזה בו היה נושא אילו נדחתה תביעת האשה להצגת הסכם המזונות.⁶³ מכאן שבית-המשפט לא השיג את מטרתו להיטיב עם האשה וילדיה במקרה הקונקרטי שנידון לפניו (כמובן בהנחה שהבעל יממש את זכותו ויתבע פיצויים). כדי להיטיב עימם, היה על בית-המשפט לבסס את הכרעתו על היות התניה האוסרת את הצגת הסכם המזונות בבית-המשפט נוגדת את תקנת-הציבור, ועל-כן בטלה.⁶⁴ המישור התרופתי בו בחר בית-המשפט להכרעת הדין לא התאים אם-כן להגשמת הצדק שראה לנגד עיניו.

ד. חוזים אחידים

1. רקע

התערבות שיפוטית וחקיקתית בתוכן החוזה הינה תופעה שקנתה לה שביטה בדיני החוזים המודרניים בתחומים שונים,⁶⁵ אך היא בולטת יותר מכל בתחום החוזים האחידים. על-פי חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982,⁶⁶ בית-המשפט או בית-הדין לחוזים אחידים "יבטלו או ישנו... תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשם לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות".⁶⁷ בחוק מפורטים תנאים שקיימת לגביהם חוקת קיפוח, ועיקרם תנאים המגבילים את אחריותו של הספק, המקנים לו יתרונות תרופתיים או כוחות חד-צדדיים, והשוללים זכויות או תרופות העומדות ללקוח על-פי דין.⁶⁸ לחוק החוזים האחידים קדם

63 אם כי לכאורה היו הילדים זכאים לתבוע לפי הסכם המזונות מבלי שהיה אפשר לתבוע אותם אישית בגין הפרת הסכם הגירושין, שכן לא הם שהפרו אותו, אלא אימם. אך ספק אם לעניין זה יש חשיבות מעשית: נזקיו של הבעל מהפרת חוזה הגירושין כוללים אף את סכום-היתר שישלם לילדיו, והסכום כולו יקוץ מתביעת המזונות של אשתו. בקצרה: האשה והילדים יחדיו יקבלו בסופו של דבר אותו סכום שהיו מקבלים אלמלא הוצג הסכם המזונות בבית-המשפט. (עם זאת ראו את ע"א 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד (לח) 31, 197. מפסק-דין זה עולה כי בנסיבות מסוימות ייתכן שאב יחויב במזונות בנו או בתו אף-על-פי שלאם יש חובה חוזית לשפוטו, וקיום חובת השיפוי יושהה עד שתתעשר או עד שיגיע הילד לבגרות.)

64 לעיל הטקסט הנלווה להערות 43-45. כזכור, בית-המשפט נטה לקבל נימוק זה, אם כי העדיף לא להכריע את הדין לפיו.

65 שלו "מה נותר מחופש החוזים", לעיל הערה 54, שם; פרידמן וכהן, לעיל הערה 31, בע' 45-65; פורת, לעיל הערה 10, בע' 71-76.

66 ס"ח 8 (להלן: חוק החוזים האחידים או חוק החוזים האחידים החדש).

67 סעיף 3 לחוק החוזים האחידים.

68 סעיף 4 לחוק החוזים האחידים.

חוק החוזים האחדים, תשכ"ד-1964,⁶⁹ אשר בעיקרו העניק לבתי-המשפט סמכויות דומות לאלה הקיימות בידיהם כיום. התוספת העיקרית של החוק החדש היא בכך שעל-פיו הוקם בית-דין לחוזים אחדים, והוענקו לו סמכויות מיוחדות שאינן קיימות בידיו של בית-משפט "רגיל".⁷⁰

זמן קצר לאחר שנחקק חוק החוזים האחדים הישן, עלתה השאלה: מהו המבחן לביטולו של תנאי בחוזה אחד? או במילים אחרות: אימתי ייחשב תנאי בחוזה אחד למקפח? במהלך השנים הסתמנו בפסיקה שתי גישות. על-פי הגישה האחת, השמרנית יותר, תנאי הינו מקפח בהתקיים התנאים המצטברים הבאים: הוא פוטר את הספק מאחריות בגין נזקי גוף; הספק הוא מוגופול או שקיימים יחסי תלות בינו לבין הלקוח; והשירות או המצרף שמדובר בהם הינם חיוניים (ולא מותרות גרידא).⁷¹ גישה זו הושפעה מהגישה שרווחה בפסיקה לפני חקיקת חוק החוזים האחדים הישן, על-פייה היתה הדרך לבטל תניות בחוזה אחד באמצעות הכלי המשפטי של "תקנת הציבור".⁷²

בספרות ובפסיקה נמתחה ביקורת על הגישה השמרנית.⁷³ נטען שהיא אנכרוניסטית בהתעלמה מחקיקתו של חוק החוזים האחדים ובהחילה את מבחני הפסיקה שנקבעו לפני שחוק זה נחקק. על-פי הגישה החדשה, שהחליפה בסופו של דבר את הגישה השמרנית, מטרתו של חוק החוזים האחדים הינה כלכלית, ואין הוא מכוון לפסילת תנאים שהיו נפסלים ממילא לפי דיני החוזים הכלליים. המבחן להגדרתו של תנאי בחוזה אחד כמקפח על-פי הגישה החדשה הינו מבחן ההגינות והסבירות. לשם הגדרתו של תנאי כמקפח, אין כל הכרח שהוא מדובר במוגופול דווקא, בתלות מיוחדת של הלקוח בספק, בשירות חיוני או בנזקי גוף. בעידן בו חוזים אחדים שולטים בכיפה, אין ללקוח יכולת מיקוח אף כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים. מטרתו של חוק החוזים האחדים על-פי הגישה החדשה היא למנוע את הספק מלגצל את כוח המיקוח החזק שיש לו ואת עדיפותו במידע על פני הלקוח. לפיכך, השאלה הנשאלת על-פי מבחן ההגינות והסבירות היא: האם התנאי המגביל את אחריותו של הספק, או השולל זכויות מן הלקוח, מגן על אינטרס לגיטימי של

69 ס"ח 58 (להלן: חוק החוזים האחדים הישן).

70 ראו ביתר פירוט על תולדות החקיקה, א' בן-גון חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982 (פירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך, תשמ"ז) 5-9.

71 ע"א 285/73 לגיל טרמפולין בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63; ע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ, פ"ד לא(3) 113, 115-121 (להלן: עניין שמעוני).

72 ע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד יז 1319; ע"א 99/59 "שהם" שירותי הים בע"מ נ' פיינר, פ"ד יד 1451.

73 ד' פרידמן "סוגיות בתחום החוזים האחדים" עיוני משפט ו (תשל"ח) 490, 495-499; ד' פרידמן "חוזים אחדים, תום לב ותקנת הציבור" עיוני משפט ז (תש"ם) 431, 433; ס' דויטש "חוק החוזים האחדים: כשלון ולקחים לעתיד" מחקרי משפט א (תש"ם) 62; ס' דויטש "שמרנות בפרשנות חוק החוזים האחדים, תשכ"ד-1964" הפרקליט לב (תשל"ח) 27; שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ, לעיל הערה 71, בע' 121-123; עח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' י"מ, פ"ד לד(3) 365.

הספק, או שמא אך מנצל את מעמדו העדיף? במקרה הראשון ייותר התנאי בתוקפו ואילו במקרה השני – יבוטל.

פסקי-הדין בו אומצה הגישה החדשה ונדהתה זו הישנה הוא עח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' הי"מ.⁷⁴ במקרה זה התמקד בית-המשפט בסכסוך משפטי פוטנציאלי בין ספק לבין לקוח,⁷⁵ ולא בחן בשלמות את ההשלכות שיש לפסיקתו על התנהגויות לפני מעשה.

2. עניין קשת

בעניין קשת עלתה שאלת תוקפו של תנאי בחוזה אחיד שבין קשת – בעלת מפעלים לניקוי יבש של מוצרי טקסטיל – לבין לקוחותיה. התנאי השנוי במחלוקת קבע כדלקמן: "אבד הפץ או ניזוק באשמתנו לא ישלם הלקוח דמי טיפול, ואנו נשלם ללקוח את דמי הנוק שנגרמו לו ובלבד שהסכום לא יעלה על הסכום שהוא כפול 15... מדמי הניקוי הקבועים ב'קשת' בגין אותו הפץ בעת מסירת החפץ לטיפול. הגבלה זו תופסת אם 'קשת' הפנתה לפני מסירת הסחורה את תשומת לבו של הלקוח להגבלה הנוכרת בפיסקה הקודמת, ולאפשרות של הביטוח כנאמר להלן בסעיף זה. ההפניה יכולה להעשות או על ידי הפניה מפורשת או על ידי מודעה במקום הקבלה... אם הלקוח מעונין לבטח את החפץ בסכום גבוה מכפי האמור, נאפשר לו לעשות זאת בעת מסירת החפץ לטיפול, לנקוב בערכו ולשלם בו במעמד את דמי הביטוח לפי התעריף המוצג בסניף חברתנו..."

בית-המשפט העליון קבע, תוך שהוא דוחה את הגישה השמרנית ששלטה עד אז בפסיקה, כי תנאי זה דינו להיפסל עקב היותו מקפת. העובדה ש"קשת" הציעה ללקוחותיה החפצים בכך לרכוש ביטוח בו במקום לא שכנעה את בית-המשפט להימנע מפסילת התנאי, מן הטעם שהיא לא פירטה מהם תנאי הביטוח ותעריפיו. אף הצעתה של "קשת" להוסיף לתנאי סיפא על-פיו "כל תביעה על פי תנאי הביטוח בגין החפץ המבוטח תופנה אל ["קשת"] ו["קשת"] אחראי[ת] כלפי הלקוח לתשלום על-פי ההוראות דלעיל" – לא הניעה את בית-המשפט לשנות את מסקנתו הסופית. בית-המשפט הדגיש:

"במקרה דנא מדובר על שירות הניתן לציבור לקוחות נרחב, המכיל שכבות אוכלוסייה רבות ומגוונות, ביניהן רבים ממשוטי העם שלא תמיד ההסבר שינתן להם על ידי עובדי המערכת, שבוודאי יהיה שונה ממקרה למקרה, או האמור במודעות המוצגות בעסקי המערכת, יוכל לחדור להבנתם ולהבהיר להם, שאם

74 פ"ד (דנ3) 365 (להלן: עניין קשת). לפני-כן הוצעה הגישה החדשה על-ידי השופטת (כתוארה אז) בן-פורת בעניין שמעוני, שם, אך השופטת בן-פורת נותרה באותו מקרה בדעת מיעוט.

75 מדובר בערעור על מועצת ההגבלים העסקיים, שסמכויותיה על-פי חוק החוזים האחדים הישן דמו לסמכויותיו של בית-הדין לחוזים אחדים על-פי החוק החדש.

לא יעשו ביטוח מיוחד הם יקבלו רק חלק קטן מהנזק שיגרם להם, גם באותם מקרים שאובדן הפציהם יהא כולו באשמת המערערת.⁷⁵

כאמור, התוצאה היתה שהתנאי האמור נפסל, ו"קשת" חוייבה בפועל לא להגביל את אחריותה הנזיקית כלפי לקוחותיה.

3. אייזעילות ופגיעה בשכבות החלשות

בעניין קשת שאף בית-המשפט העליון להגן על הציבור מפני ספק של שירות עממי, שמא ינצל את מעמדו בשוק, מחד גיסא, ואת עדיפותו במידע, מאידך גיסא, ויכתיב ללקוחותיו תנאים בלתי-הוגנים. אף-על-פי שההליך המשפטי לא התנהל בין לקוח מסוים לבין "קשת", ברור למדי מיהו הלקוח הטיפוסי אותו עימת בית-המשפט עם הספק: "האדם הקטן", שהבנתו מוגבלת, שנגרם לו נזק או אובדן עקב אשם של "קשת", המסרבת לפצותו באופן מלא. הצדק במקרה מעין זה מחייב – כך חש כנראה בית-המשפט – שהספק ישלם את מלוא הנזק ולא יוכל לחסות תחת כנפיו של תנאי מגביל אחריות.

טענתי היא כי בפוסלו את התנאי שבמהלוקת, הביא בית-המשפט העליון לידי תוצאה לא-ייעילה מבחינה כלכלית, שאף אינה עולה בקנה אחד עם תפיסת הצדק החלוקתי אותה שאף לקדם. מכאן שפסיקתו של בית-המשפט בעניין קשת הינה בעייתית למדי מן ההיבט של הכוונת התנהגויות. עוד אטען שבית-המשפט הפריז באי-הערכת תבונתם של אלה שכונו בפסקיהדין "פשוטי העם", ואף אם קיימים טעמים של צדק מתקן לפצות לקוח שרכשו נזק עקב אשמו של הספק, לא תמיד כך הדבר, ומכל מקום, שיקול הפיצוי אינו השיקול היחיד שראוי להתחשב בו. כדי לבסס טענות אלה, אניח תחילה שעסקינן בעולם של מידע מלא, ולאחר-מכן אבחן כיצד המסקנות משתנות כאשר הנחה זו ננטשת.⁷⁶

(א) עולם של מידע מלא

בעולם של מידע מלא, צדדים לחוזה שקובעים תניית פטור ביניהם עושים זאת רק כאשר כך יעיל לעשות, כלומר, כאשר הצד לחוזה שצפוי לשאת בנזקים עקב קיומה של תניית הפטור הוא מונע נזק או מפזר נזק זול יותר מאשר הצד לחוזה שתניית הפטור נועדה להגנתו. טול דוגמה של חוזה בין מוכר לבין קונה של טובין, על-פיו המוכר פטור מאחריות לנזקיו התוצאתיים של הקונה במקרה של אי-הספקה במועד. קיומה של תניית

76 לניתוח כלכלי מפורט, שנעשה בטרם נפסק עניין קשת, ואשר מתווה את דרך הניתוח הראויה מזווית היעילות, ראו א' פרוקצ'יה "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק" משפטים ט (תשל"ט) 25. ראו בעניין זה בין היתר: L.A. Kornhauser "Unconscionability in Standard Forms" 64 Cal. L. Rev. (1976) 1152; A. Leff "Contract as Thing" 19 Am. U.L. Rev. (1970) 131, 137–157; Kennedy, *supra* note 21.

הפטור מלמד שמונע הנזק או מפזר הנזק הוול יותר של הנזקים התוצאתיים הוא הקונה, שאם לא כן, לא היו הצדדים קובעים תניית פטור כזו. הטעם לכך הוא ששני הצדדים לחוזה מעוניינים למקסם את רווחיהם, וככל שהתועלת הכוללת מן החוזה תהא רבה יותר, כן יהיו להם רווחים רבים יותר לחלק ביניהם. מאחר שהקטנת עלויותיו של החוזה מגדילה את התועלת ממנו, יקצו צדדים לחוזה סיכונים למונע הנזק או למפזר הנזק הוול יותר מביניהם. למותר לציין שעלות הנשיאה בסיכון (במניעה או בפזור) לצד אליו הועבר הסיכון תתומחר בחוזה, ועליכן אין לתניית הפטור כל השלכה על אופן החלוקה של רווחי החוזה (להבדיל מהשלכתה על סך הרווחים הכולל).

עד כאן ראינו שבתנאים של מידע מלא, כל תניית פטור הקיימת בחוזה הינה יעילה ורצויה לשני הצדדים לחוזה. השאלה היא אם מסקנה זו משתנה כאשר כוח המיקוח של הצדדים אינו שווה. בניגוד להנחה הרווחת בפסיקה,⁷⁷ התשובה לשאלה זו הינה שלילית, וזאת בתנאי שהמחיר נקבע בין הצדדים לחוזה, ולא מכוח התערבות חיצונית.⁷⁸ לשם המחשת הדברים, הבה נניח כי בדוגמה דלעיל, המוכר הוא ספק-מונופוליסט, ויכולתו להכתיב לקונה-הצרכן את תנאי החוזה אינה מוטלת בספק.⁷⁹ גם ספק כזה לא יכתוב לצרכן תניית פטור, אלא אם הקונה הוא מונע הנזק או מפזר הנזק הוול יותר של הסיכון שמדובר בו, בענייננו – סיכון הנזקים התוצאתיים. הטעם לכך הוא שאין לספק כל אינטרס להגדיל את עלויות החוזה כאשר הוא יכול להקטין: אם הספק הוא מונע הנזק או מפזר הנזק הוול יותר של הנזקים התוצאתיים, במקום להותירם על כתפי הצרכן, הוא ייטול את האחריות להם על עצמו, התועלת הכוללת מן החוזה תגדל, והנתח ברווחים בו יזכה הספק יגדל עימה. במילים אחרות: אין לספק כל סיבה לגבות מן הצרכן מחיר בדרך של הכתבת תניית פטור החלה על סיכון שהספק יכול לשאת בו בעלות נמוכה יותר מהצרכן, שעה שבמקום זאת, הוא יכול לשאת בסיכון בעצמו ולגבות במחיר המוצר את עלות הנשיאה בסיכון ואף יותר מכך.⁸⁰ דוגמה תסייע להמחשת הדברים.

77 עניין קשת, לעיל הערה 73, בע' 373-374; שמעוני נ' מפעלי רכב אשרדוד (מ.ל.) בע"מ, לעיל הערה 71, בע' 119.

78 ראו פרוקציה, לעיל הערה 76, בע' 37-38; במקרה של מונופולין והגבלת מחירים בחוק, תניות פטור עשויות לשמש טכניקה לבעל המונופול לעקוף את הגבלת המחיר המוטלת עליו.

79 חשוב להדגיש כי פעמים רבות קיימת תחרות למרות קיומו של חוזה אחד; Trebilcock, *supra* note 35, at p. 119. מעניין שאת הדוגמות שהמחבר נותן היא שירות של ניקוי יבש.

80 הספק יכול אומנם לסעות ולקבוע תניית פטור לא-יעילה, ואז תוצדק לכאורה התערבותו של בית-המשפט. עם זאת יש לתת את הדעת על כך שאף בית-המשפט עלול לסעות בהתערבותו, ולקלקל במקום להועיל. על בעיית התאמתו של בית-המשפט לתיקון סעויות של הצדדים לחוזה, ראו, בין היתר: A. Schwartz "The Myth that Promisees Prefer Supercompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damages Measures" 100 *Yale L.J.* (1991) 369.

בניח שעלות ייצורו של מוצר היא 80, ומחירו בשוק 100. המוצר צפוי לגרום לצרכן נזקים (כולם תוצאתיים) של 10. לפיכך, במצבו המקורי (להלן: מוצר סוג 1), ובהנחה שהספק נהנה מתניית פטור ביחס לנזקים התוצאתיים, מחירו המלא לצרכן (הכולל את תוחלת הנזק של המוצר שיוותר על כתפיו של הצרכן) יהיה 110. בניח עתה שהספק יכול לפעול למניעת הנזקים או לפיזורם בעלות של 5 (להלן: מוצר סוג 2). במקרה זה אין לו כל צורך בתניית פטור: אם האחריות לנזקים התוצאתיים מוטלת עליו, הוא אכן ישקיע 5 במניעה או בפיזור. במקרה זה יעלה מחירו של המוצר בשוק, בשלב הראשון, ל-105, ובכך אף מחירו המלא לצרכן (שכן עתה אין עוד נזקים שיוטלו על כתפיו). הצרכן יעדיף את מוצר סוג 2 על מוצר סוג 1, שהרי מוצר סוג 2 זול יותר. אם הספק לא יעלה את מחיר המוצר מעבר ל-105, רווחיו למוצר יישארו כשהיו קודם-לכן (20), והוא יוכל למכור מוצרים רבים יותר ולהרוויח יותר. אם יבחר הספק בחלופה השנייה ויעלה את מחירו של מוצר סוג 2 ל-110, יהיו רווחיו למוצר סוג 2 (25) גבוהים ב-5 מרווחיו למוצר סוג 1 (20), ומחירו המלא של המוצר לצרכן ייוותר כשהיה (110). לפיכך, מספר הצרכנים שירכשו את מוצר סוג 2 יהיה כמספר הצרכנים שירכשו את מוצר סוג 1, ואף לפי חלופה זו יעלו רווחי הספק. כך או אחרת, אין לספק כל סיבה לייצר את מוצר סוג 1 הכולל תניית פטור לא-יעילה.⁸¹

מכאן שכאשר נקבעת תניית פטור בחוזה לטובת הספק בתנאים של מידע מלא, אין כל סיבה לבטלה עקב אי-יעילות. התניה הינה יעילה במובן זה שהצרכן הוא מונע הנזק או מפור הנזק הכול יותר של הסיכון שהיא חלה עליו, שאלמלא כן, כפי שהראיתי, לא היה בה כל צורך.⁸² ביטולה של התניה יאלץ את הספק לדאוג מלכתחילה לכך שהתניה לא תיכלל בחוזה ושנטל הנשיאה בנוק ירביץ על כתפיו. מובן שעקב כך תגדל עלות החוזה, והוא יהיה בלתי-יעיל. איש מן הצדדים לחוזה לא ירוויח מכך, ואחת היא אם בספק-מונופוליסט עסקינן אם לא.

עד כאן היבש היעילות. אולם לביטולה של תניה כזו יש אף היבט של צדק חלוקתי. כדי להבהיר את הדברים, אשוב לעניין קשת. הבה בניח שהחוזה שנידון שם נכרת עם לקוחות שונים של קשת בתנאים של מידע מלא. אם תניית הפטור שנידונה שם אינה אפשרית, התוצאה תהיה ש"קשת" תישא בכל נזקי לקוחותיה – נזקים לפרטי הכביסה שלהם – שייגרמו עקב אשמה. אין ספק ש"קשת" תיאלץ לגלגל מחיר זה על הלקוחות, שהרי לדידה, הפיצויים בהם תחויב הם חלק מהוצאות הייצור שלה. התוצאה תהיה שמחיר השירות ש"קשת" מספקת יעלה. החשוב לענייננו הוא שהמחיר יעלה לגבי כל הלקוחות

81 יש לציין שגם אילו היתה תניית פטור, בהנחת מידע מלא, היה לספק תמריץ לספק את מוצר סוג 2, מביוון שמניעת נזק של 10 בהוצאה של 5 היתה זוכה בהערכה מלאה של הצרכן, שהיה מבין כי עדיף לו לרכוש מוצר העולה בחנות 105 ותוחלת נזקיו היא 0 ממוצר העולה בחנות 100 אך תוחלת נזקיו היא 10.

82 כך, אילו בדוגמה דלעיל, היה הצרכן יכול למנוע את הנזק בעלות של 2 (להבדיל מהספק, שעלות המניעה שלו היא 5), היתה תניית הפטור מחייבת אותו לפעול למניעת הנזק. תוצאה זו היא אכן התוצאה היעילה, ושני הצדדים יפיקו ממנה תועלת.

של "קשת" במידה שווה, שכן יש להניח ש"קשת" לא תפלה במחירים בין לקוח ללקוח. עליית המחיר תחושב כפרמיית ביטוח הנקבעת לפי תוחלת הנזק של הלקוח הממוצע של "קשת". מאחר של"קשת" לקוחות שפרטי הכביסה שלהם יקרים ולקוחות שפרטי הכביסה שלהם זולים, ישלמו הראשונים פרמיה נמוכה מדי (שכן תוחלת הנזק שלהם גבוהה מהתוחלת הממוצעת), ואילו האחרונים – פרמיה גבוהה מדי (שכן תוחלת הנזק שלהם נמוכה מהתוחלת הממוצעת). התוצאה תהא אפ־כן שעקב האיסור שהוטל על "קשת" להכליל את תניית הפטור בחוזה שלה עם לקוחותיה, ייפגעו לקוחותיה העניים – "פשוטי העם" בלשון בית־המשפט – שייאלצו לשאת בפרמיה גבוהה מדי "לביטוח" (כפוי) של פרטי הכביסה שלהם. יתר על־כן, ייווצר מצב לא־צודק של סבסוד צולב: לקוחותיה העניים של "קשת" יסבסדו למעשה את לקוחותיה העשירים.⁸³

אילו גותרה תניית הפטור בתוקפה, היה המצב שונה לחלוטין. ללקוחות העניים של "קשת" (דהיינו, אלה שפרטי הכביסה שלהם זולים) היה די בביטוח המכסה נזק בשיעור של פי חמישה־עשר ממחיר הניקוי, הוא הביטוח ש"קשת" חפצה לספק כחלק בלתי־נפרד מהשירות.⁸⁴ הלקוחות העשירים, לעומת זאת, לא היו אולי מסתפקים בכך, והיו רוכשים ביטוח משלים לפרטי הכביסה שלהם – ביטוח שהיה מוצע להם על־ידי "קשת" – וכך היו משלמים למעשה מחיר גבוה יותר בעד שירות הכביסה מהמחיר שהיו הלקוחות העניים משלמים. תופעת הסבסוד הצולב היתה מצטמצמת במידה ניכרת (אם כי לא היתה נעלמת, שכן גם בין אלה שכיסוי של פי חמישה־עשר ממחיר הניקוי מכסה את נזקיהם יש בעלי פריטי כביסה יקרים יותר וכאלה שפרטיהם יקרים פחות), ובסך־הכל היה מחיר השירות לשכבות החלשות זול יותר מהמחיר שייגבה מהם במצב שבו תניית הפטור אינה אפשרית.⁸⁵

83 מובן שתופעה זו בעייתית אף מזווית היעילות. הסבסוד הצולב גורם לכך שצרכנים אינם משלמים את המחיר האמיתי שהשימוש בשירות או במוצר עולה להברה: הם משלמים פחות מדי או יותר מדי. עקב כך רמת הצריכה אינה אופטימלית. עלולה אף להיווצר תופעה של adverse selection: הצרכנים דלי האמצעים עלולים לוותר על צריכת המוצר אף־על־פי שהיו צורכים אותו לו היו נדרשים לשלם מחיר המשקף את תוחלת הנזק האמיתית שלהם. R. Cooter & T. Ulen *Law and Economics* (2nd ed., Glenview, 1998) 50–51; G.L. Priest "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law" 96 *Yale L.J.* (1987) 1521, 1564–1567.

84 השימוש כאן בביטוי עניים ועשירים הוא שימוש יחסי: ייתכן שגם כאלה שאינם עניים במובן המקובל של המלה היו מסתפקים בביטוח המוגבל בסכום הגדול פי חמישה־עשר ממחיר הניקוי, שכן היה בכך די לכסות את נזקם במקרה של נזק לפרטי הכביסה או אובדנו.

85 לתופעת הסבסוד הצולב כשיקול המשפיע על פסיקת פיצויים בדיני תווים, ראו: R.A. Epstein "Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract" 18 *J. Leg. Stud.* (1989) 105.

תופעה מקבילה אנו מוצאים בהסדר הפיצויים לנפגעי תאונות־דרכים הנהוג בישראל.

המסקנה היא אם-כן שבתנאים של מידע מלא, ביטול תניית פטור כגון זו שנידונה בעניין קשת מוציאה מן השוק מצרך או שירות שרבים – הנמנים לא-במקרה עם השכבות החלשות בחברה – היו חפצים בו: שירות של כביסה + ביטוח המכסה נזק בשיעור של פי חמישה-עשר ממחיר הניקוי, ולא מעבר לכך. אכן, כאשר בית-המשפט מבטל תניית פטור בחוזה אחד, ולמעשה, כל תניה אחרת בחוזה כזה, עליו להביא בחשבון את השיקול שהוא מוציא בכך סוג מסוים של מוצרים או שירותים מן השוק, ואוסר את מכירתם. שירות כביסה עם תניית פטור הוא שירות שונה משירות כביסה בלי תניית פטור, ורק טעמים כבדי-משקל עשויים לשכנע כי הוצאת השירות הראשון מן השוק מוצדקת. היותו של שירות הכביסה עם תניית פטור שירות שדווקא השכבות החלשות נזקקות לו מקנה לדברים אלה משנה תוקף.

(ב) עולם של מידע חסר ופערי מידע

עתה הגיע המועד לשנות את הנחת העבודה שעמדה בבסיסו של הדיון עד כה, ולהניח כי אין אנו חיים בעולם של מידע מלא, וכי קיים פער מידע בין הספק לבין הצרכן, לטובת הספק.⁸⁶ בהקשר הנידון כאן הדבר מתבטא בכך שהצרכן שרוכש מוצר או שירות אינו מודע תמיד למשמעותה של תניית הפטור ולסיכון שהוא נוטל על עצמו בכך שהוא מסכים לה. מכאן שבמקרים אלה הספק עשוי "לגבות מחיר" מן הצרכן באמצעות תניית הפטור מבלי שהצרכן יהיה מודע לגובהו של מחיר זה. מעבר לבעייתיות שיש בכך מהיבט הצדק החלוקתי, אף הטיעון שתניית הפטור הינה יעילה, מכיוון שהספק יחפוץ בה רק כאשר הצרכן הוא מונע הנזק או מפזר הנזק הוול יותר – אינו יכול לעמוד. ביטול עשוי על-כן להיות מוצדק.

להמחשת הדברים נשוב לדוגמה שנידונה לעיל, על-פיה הספק מוכר לצרכן מוצר (במחיר 100), וקובע תניית פטור המשחררת אותו מאחריות לנזקי התוצאותיים של הצרכן

מכוח צו פיצויים לגפגעי תאונות דרכים (שיעורי דמי ביטוח), תשנ"ג-1993, גובהן של פרמיות הביטוח שהמשתמשים ברכב נושאים בהן תלוי בעיקרו בנפח המנוע של הרכב, ולא בגורמים אחרים המשפיעים על פוטנציאל הנזק של כל משתמש ומשתמש. עקב כך קיים חשש רציני לסבסוד צולב, כך שהמבוטחים בעלי פוטנציאל הנזק הנמוך יסבסדו את המבוטחים בעלי פוטנציאל הנזק הגבוה. בעלי פוטנציאל נזק גבוה הם, בין היתר, בעלי ההכנסות הגבוהות, שכן כידוע, אב-נזק מרכזי בפיצויים בגין נזקי גוף הוא הפסד השתכרות, והביטוח מכסה, בין היתר, את נזקי הגוף שעלולים להיגרם להם בתאונות דרכים. מכאן שקיים חשש משמעותי כי עקב הפרמיות האחידות, בעלי ההכנסות הנמוכות מסבסדים את בעלי ההכנסות הגבוהות – תופעה בעייתית הן מהיבט הצדק החלוקתי והן מהיבט היעילות. תופעה זו מצטמצמת במידה רבה עקב קיומו של סעיף 4 לחוק הפיצויים לגפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, על-פיו קיימת תקרת-פיצוי בגין נזקים של הפסד השתכרות: המירב שבית-המשפט רשאי לפסוק בגין אב-נזק זה הוא פי שלושה מהשכר הממוצע במשק.

86 להצדקה להתערב במצב זה, ראו פרוקציה, לעיל הערה 76, בע' 40-43.

(שתוחלתם 10). כזכור, טענתי שם שאם הספק הוא מונע הנזק או מפזר הנזק הוול יותר, אין כל סיבה שישחרר עצמו מאחריות כאשר יש ביכולתו למנוע או לפזר את הנזק בעצמו (למשל בעלות 5), ולגבות את העלות הכרוכה בכך ואף יותר במחיר המוצר. אולם כאשר אין לצרכן מידע מלא (בניגוד להנחתי שם), המצב שונה. כך, נניח עתה שהצרכן סבור בטעות שצפויים לו נזקים תוצאתיים של 2, ולא של 10, או שאין הוא מבין היטב את משמעותה המשפטית של תניית הפטור, ומטעם זה הוא מעריך את נזקה לגביו ב-2.⁸⁷ בנסיבות אלה יהיה לספק תמריץ ברור לקבוע תניית פטור בחוזה, ולא למנוע או לפזר את הנזק בהשקעה של 5, תוך הבנה שהצרכן חסר-המידע יעדיף מוצר שמחירו בשוק הוא 100 ושגורם נזק של 10 על מוצר שמחירו בשוק הוא 105 ושגורם נזק של 0: מחירו המלא של המוצר הראשון (מחירו בשוק + תוחלת הנזק של המוצר) יוערך על-ידי הצרכן ב-102, ואילו מחירו המלא של המוצר השני יוערך על-ידו ב-105. תניית פטור תהווה אס-יכן טכניקה אפשרית בידי הספק לגביית מחיר גבוה יחסית מן הצרכן מבלי שזה יהיה מסוגל להעריך כראוי את גובה המחיר שהוא משלם למעשה בהסכימו לתניית הפטור.

תוצאה זו הינה בעייתית מהיבט הצדק החלוקתי אם הגנת הצרכן הינה מטרה שראוי למשפט לקדמה. תוצאה זו אף אינה יעילה. אין צורך להכביר מילים על כך שבדוגמה דלעיל הפתרון היעיל הוא שיסופק המוצר שנוקזי הם 0, ולא המוצר שנוקזי הם 10. כדי שיהיה כך, אין מנוס מלבטל את תניית הפטור, ובדרך זו לתמרץ את הספק להשקיע 5 במניעת הנזק או בפיוורו. אכן, הספק היודע שיהא עליו לשאת בסופו של דבר בנזקיו התוצאתיים של המוצר ישקיע 5 במניעה או בפיוור, ולא יסתכן בתשלום פיצויים בגין נזקים שתוחלתם 10.

המסקנה העולה מן הדיון הינה שכאשר בית-המשפט בא לבטל תניית פטור בחוזה אחיד, עליו להיות ער לכך שביטול התניה עשוי להיות מוצדק בשיקולי יעילות ובשיקולים של הגנת הצרכן רק כאשר קיים חשש שעקב פערי המידע הקיימים בין הספק לבין הצרכן הראשון עלול לגבות "בהסתר" מהשני מחיר שאין הוא מודע לו,⁸⁸ ואף להימנע עקב כך ממניעה או מפיוור של הנזק על-אף היותו המונע או המפזר הוול ביותר שלו. עם זאת, גם כאשר קיימים פערי מידע, אין זה מן הנמנע שתניית הפטור תהא מוצדקת עקב היותו של הצרכן מונע הנזק או מפזר הנזק הוול במקרה הקונקרטי, שאז קיומה עשוי להועיל לשני הצדדים לחוזה.⁸⁹ יתר על-כן, גם כאשר מתקיימת ההצדקה העקרונית לביטול תניית הפטור עקב פערי המידע, על בית-המשפט להיות מודע לכך שבבטלו את תניית הפטור,

87 יש אף להניח שהספק יתרום לא-אחת לכך שהצרכן יחשוב שתוחלת הנזק של המוצר נמוכה יותר מכפי שהיא למעשה.

88 איני מתייחס לתניות פטור מפני נזקי גוף. במקרים אלה עשוי להיות לחברה אינטרס למנוע קיומן של תניות פטור אפילו אם הצרכן מודע לסיכון שייפגע בגופו ולא יפוצה בגין נזקיו. ראו לגיל טרמפולין בע"מ נ' נחמיאס, לעיל הערה 71.

89 אם כי קיימת עדיין אפשרות שבשל פערי המידע, לא יהיה הצרכן מודע למחיר האמיתי שהוא משלם בהסכימו לתניית הפטור. נראה שבמקרה זה יש לשקול את סיכוייה של תניית הפטור להועיל מול הסיכון שיש בקיומה לנוכח פערי המידע שבין הצדדים.

הוא מוציא מן השוק סוג של מוצרים או שירותים שציבור מסוים של צרכנים עשוי לחפון בו. ראינו כבר שלעיתים, דווקא קיומה של תניית פטור עשוי לפעול לטובת שכבות חלשות בחברה שהמשפט חפץ ביקרן.⁹⁰

(ג) עיון מחדש בעניין קשת

נשוב עתה לעניין קשת. מסקנתי היתה כי בעולם של מידע מלא, טוב היה בית-המשפט עושה לו היה נמנע מלבטל את תניית הפטור. האם מסקנה זו משתנה בעולם האמיתי, בו אין מידע מלא ובו קיים פער מידע ברור בין "קשת" לבין ציבור לקוחותיה? נראה לי שהתשובה לשאלה זו היא שלילית. אמת, הלקוח המביא את כביסתו ל"קשת" אינו יכול להעריך כראוי את הסיכון שפרטי הכביסה יינזקו או יאבדו; "קשת" מסוגלת בלי ספק לעשות זאת טוב יותר. על-כן קיים חשש מסוים ש"קשת" תטיל על הלקוח, באמצעות תניית הפטור, מחיר שאין הוא מודע לגובהו, ואף לא תשקיע במניעת הנזק או בפיוורו אף אם יש ביכולתה לעשות כן בעלות נמוכה יחסית. אולם כזכור, תניית הפטור שהציעה "קשת" חייבה אותה לדאוג שכל לקוח יהיה ער לקיומה של תניית הפטור, והעיקר, "קשת" התחייבה לאפשר לכל לקוח לרכוש ב־במקום ביטוח לפרטי הכביסה שלו. זאת ועוד, כדי שלא ייאלץ הלקוח "להפש" את חברת הביטוח שאת שירותיה שכר באמצעות "קשת", הסכימה "קשת" להוסיף התחייבות על פיה התביעות יופנו אליה, והיא תהיה אחראית כלפי הלקוח לתשלום תגמולי הביטוח.

מאחר שכך, קשה לחשוב על יתרון משמעותי שיש בביטול תניית הפטור לעומת הותרתה בתוקף. היתרון לכאורה בביטול תניית הפטור הוא שבמקרה כזה קשה יותר "לרמות" את הלקוח: זה נדרש לשלם בעד שירות הכביסה בכסף, ולא בדרך של נטילת תניית פטור על עצמו שקשה לו מאוד לאמוד את שוויה. אולם כאשר תניית הפטור נכללת בחוזה, אך ב־במקום מוסבר ללקוח שעליו להוסיף למחיר השירות סכום נקוב כדי להסיר מעצמו את עולה של תניית הפטור, מצטמצמת סכנת ה"תרמית" במידה ניכרת. הלקוח ששווי פרטי הכביסה שלו נמוך ממחיר הניקוי פי חמישה-עשר אינו מועד ל"תרמית" מלכתחילה, ואילו הלקוח ששווי פרטי הכביסה שלו עולה על מחיר הניקוי פי חמישה-עשר יודע היטב מה מחירה של תניית הפטור. בהקשר זה אף נראה לי שבית-המשפט הפריז במקצת באי-האמון שביטא בפסק-הדין ביחס ליכולתו של הצרכן להבין את ההבדל בין שירות עם ביטוח (קרי: בלי תניית פטור) לבין שירות בלי ביטוח (קרי: עם תניית פטור).⁹¹ לבסוף יש לומר שהפחתת החשש לסכנת ה"תרמית", כמוסבר לעיל, מפחיתה במידה ניכרת את התמריץ של "קשת" לא להשקיע במניעה ובפיוור של הנזק כאשר היא המונעת או מפזרת הנזק הזולה ביותר שלו.

כאשר בית-המשפט הביא אס-כן לידי ביטולה של תניית הפטור, הוא לא צמצם באופן

90 ראו: Trebilcock, *supra* note 35, at pp. 119–120, המציע לבחון אם המוצר שמדובר

בו נמכר בנסיבות בהן היה חשש ממשי שהצרכן לא הבין את התניית בחוזה האחיד או לא ידע על קיומן.

91 הטקסט הסמוך להערה 76.

משמעותי את סכנת ה"תרמית". למעשה, אילץ בית-המשפט את "קשת" לספק לציבור לקוחותיה ביטוח חובה, ובמחיר אחיד. בכך יש בעייתיות מיוחדת: הלקוחות שפרטי הכביסה שלהם זולים מהממוצע – הלקוחות מיעוטי-היכולת – אינם יכולים לקבל שירות כביסה במחיר זול. עקב ביטול התניה ייאלצו לקוחות אלה לשלם מחיר גבוה מדי ולסבסד את הלקוחות העשירים. אפילו היתה סכנה כלשהי שהלקוחות העשירים לא יעריכו כראוי את שוויה של תניית הפטור שהם רוכשים עם השירות, על הבעייתיות הכרוכה בכך, ספק רב אם מהיבט היעילות או מהיבט הצדק החלוקתי⁹² ראוי להטיל את מחירה של סכנה זו על לקוחותיה מיעוטי-היכולת של "קשת".⁹³

מסקנתי היא אם-כן שבית-המשפט לא בחן בשלמות את השפעת פסיקתו בעניין קשת על התנהגויות הצדדים מלכתחילה. שיקולי הצדק המתקן, על-פיהם מוזק הגורם נזק באשמו צריך לפצות את הניזוק, גבר כנראה על כל השיקולים האחרים.⁹⁴ באופן פרדוקסלי, המטרה המעין-חלוקתית היחידה שהוזכרה בפסק-הדין – הגנת "פשוטי העם" – היתה מקודמת טוב יותר דווקא אילו נותרה תניית הפטור בתוקפה.

ה. תרופות בשל הפרת חוזה – פיצוי בגין נזק לא-ממוני

1. רקע

בשיטות משפט שונות ניכרת רתיעה מפני מתן פיצוי לנפגע חוזי או לניזוק נזיקי בגין נזק לא-ממוני שלא נלווה לו נזק פיסי (להלן: נזק לא-ממוני גרידא).⁹⁵ בתחום דיני

92 לעיל הטקסט הנלווה להערות 19–25.

93 שאלה היא אם "קשת" תוכל להסכים באופן פרטני עם לקוח שיחפוץ בכך כי תניית הפטור שנפסלה תחול עליו, ומחיר המוצר יפחת בהתאם. לפי סעיף 2 לחוק החוזים האחידים, הגדרת ה"תנאי" החשוף לביקורת שיפוטית הינה: "תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסויים." על-פי הגדרה זו, הסכמה פרטנית עם לקוח על תחולת תניית הפטור אינה לכאורה "תנאי" לפי ההגדרה האמורה, ועל-כן אינה חשופה לביקורת שיפוטית. אולם לדעתי, אם תיעשה הסכמה כזו באופן שיטתי, היא תחדל להיות הסכמה שנעשתה "במיוחד לצורך חוזה מסויים" (כאמור בהגדרה דלעיל), וממילא תיחשב ל"תנאי" החשוף לביקורת שיפוטית.

94 ניתן לטעון, כי דווקא בעניין קשת נשקלו שיקולים רחבי-היקף, ולא שיקולי צדק שבין ספק מסוים לבין לקוח מסוים, שהרי היה מדובר בהליך מיוחד שנועד לבחון את תקינותו של החוזה במועצה להגבלים עסקיים תוך התחשבות בכל ציבור הלקוחות. למרות זאת אני סבור כי בית-המשפט ראה לנגד עיניו סכסוך-בכוח קונקרטי בין לקוח לבין ספק, והפעיל על סכסוך זה את אינטואיציות הצדק שלו.

95 W.L. Prosser & W.P. Keeton *Torts* (5th ed., St. Paul, 1984) 359–364; Winfield

הנזיקין איפיינה רתיעה זו אף את הדין הישראלי: עד אמצע שנות השמונים עמדה בתוקפה הלכה על-פיה לא ניתן לתבוע פיצוי בגין נזק לא-ממוני גרידא.⁹⁶ הלכה זו בוטלה אומנם,⁹⁷ ובתי-המשפט מגלים כיום נכונות לפסוק פיצויים בגין נזק כזה, אך הם עושים זאת בזהירות רבה. כך מקפידים בתי-המשפט שפסיקת הפיצויים תגרום להרחבה רבה מדי של חוג התובעים בגין אירוע נזיקי⁹⁸ ולא תעודר תביעות-סרק.⁹⁹ בתי-המשפט אף פיתחו אמות-מידה שונות לפסיקת הפיצויים, בעיקר כאשר התובע הינו הנזוק העקיף, קרוב משפחתו של הנזוק הישיר, שנגרם לו נזק לא-ממוני כבד עקב כך שתווה את ייסורי יקירו.¹⁰⁰

בתחום דיני החווים, לעומת זאת, מעת שנחקק חוק החווים (תרופות), אין עוד ספק באשר לסמכותו של בית-המשפט לפסוק פיצוי בגין נזק לא-ממוני.¹⁰¹ על-פי סעיף 13 לחוק, "גרמה הפרת החווה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין". בתי-המשפט מצאו בסעיף זה הסמכה כללית לפסוק פיצויים בגין נזק לא-ממוני, ואין הם מתחבטים כלל בשאלה באילו סוגי מקרים ראוי לעשות בו שימוש. השאלות המעסיקות אותם בדרך-כלל בעניין זה הן אם נגרם נזק לא-ממוני לנפגע החווי במקרה הקונקרטי, ומהו שיעורו. הנחתם היא שבכל מקרה בו נגרם נזק כזה והוא ניתן לצפייה, ראוי לפסוק פיצוי בגינו.¹⁰²

התפיסה המקובלת בעניין זה על בתי-המשפט בישראל אינה נוהגת בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית. בשיטה משפטית זו, בתי-המשפט פוסקים פיצויים בגין נזק לא-ממוני בעיקר כאשר החווה מגן על אינטרסים אישיים, וכן לעיתים כאשר הפרת החווה הינה זדונית.¹⁰³ בחווים בעלי אופי מסחרי, לעומת זאת, לא נהוג כמעט לפסוק פיצויים בגין נזק

& Jolowicz On Tort (14th ed. by W.V.H. Rogers, London, 1994) 119–125

לעומת זאת, אין לבתי-המשפט כל קושי לפסוק בדיני הנזיקין פיצוי בגין נזק לא-ממוני שנלווה לו נזק פיסי: פסיקת פיצוי בגין נזק כבד וסבל בתביעות נזקי גוף הינה תופעה שכיחה למדי.

96 ע"א 4/57 נדיר נ' כהנוביץ, פ"ד יא 1464. דין שונה קיים באותם מקרים של עוולות המגינות על אינטרסים אישיים, כגון לשון הרע.

97 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113.

98 עיריית ירושלים נ' גורדון, שם, בע' 141–142.

99 רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397; א' פורת "דיני נזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב) 267–270.

100 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, שם.

101 ממילא אין עולה בדיני החווים השאלה אם הנזק הלא-ממוני נלווה לנזק פיסי, שהרי הנזק הטיפוסי בדיני החווים הוא נזק כלכלי גרידא.

102 ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31 (להלן: עניין גולדמן).

103 התשובה לשאלה אם הפרה מכוונת הינה בגדר הפרה זדונית תלויה בתפיסה הערכית בה מחזיק הנשאל ביחס להפרת חווה. כך, תומכי תורת ההפרה היעילה יאמרו כי הפרה מכוונת הינה מעשה ראוי במקרים רבים: Posner Economic Analysis of Law, supra

לא־ממוני.¹⁰⁴ טענתי היא שבתי־המשפט בישראל אינם נותנים את דעתם אף בתחום זה על שיקולים ארוכי־טווח של הכוונת התנהגותית. הם מונחים באינטואיציה המבוססת על שיקולי צדק מתקן ואולי אף על שיקולי צדק מעניש, שהפרת חוזה הינה רע כשלעצמו והנזקים בגינה – ממוניים ושאינם ממוניים – ראויים לפיצוי מלא כל עוד אין הם חורגים מגדר הצפוי. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי,¹⁰⁵ שיוצג להלן, ממחיש סענה זו.

2. עניין גולדמן

בעניין גולדמן נערך הסכם קומבינציה בין גולדמן, בעלים של מקרקעין, לבין קבלן, עליפיו היתה גולדמן אמורה לקבל דירה בבית שיבנה הקבלן על חלקתה. עוד בטרם קיבלה חזקה או בעלות בדירה, התחייבה גולדמן למוכרה לזוג מיכאלי. עקב אי־השלמת הבנייה עלידי הקבלן במועד, הפרה גולדמן את החוזה עם מיכאלי. בין יתר הנזקים שתבע הזוג מיכאלי נכלל אף נזק לא־ממוני. בית־המשפט העליון אישר את פסיקתו של בית־המשפט המחוזי על־פיה עיקר הפיצוי שנפסק לקונים היה בגין נזק לא־ממוני.¹⁰⁶ נזק זה התבטא בעוגמת־הנפש של הקונים המאוכזבים, שקיבלו חזקה בדירה באיחור של אחד־עשר חודשים. בית־המשפט עמד על כך שהגישה המחמירה של המשפט האנגלי באשר לפיצוי בגין נזק לא־ממוני (קרי: גישה המצמצמת את האחריות בגין נזק זה) לא באה לידי ביטוי בחוק התרופות. כן ציין בית־המשפט כי אין כל סיבה להחמיר בפסיקת פיצוי בגין נזק לא־ממוני בדיני החוזים בעוד אין עושים כן בדיני הנזיקין. הנזק הלא־ממוני, כמו הנזק הממוני, צריך לעמוד במבחני הסיבתיות והצפיות, שאו תקום לנפגע זכות לפיצוי בגינו, לדוגמה של המפר יכולה להיות רלוונטיות – כך קבע בית־המשפט – רק אם הוא השפיע על חומרת הפגיעה בנפגע.¹⁰⁷ במקרה הקונקרטי היתה עוגמת־הנפש של הקונים

D. Friedmann, note 17, at pp. 117–126. לא כן מי שדוחה את תורת ההפרה היעילה: "The Efficient Breach Fallacy" 18 *J. Leg. Stud.* (1989) 1.

E.A. Farnsworth *Contracts* (2nd ed., Boston, 1990) 934; *Restatement, Contracts* 104 2d, §353 & comm. a; G.H. Treitel *The Law of Contracts* (9th ed., London, 1995) 894.

105 לעיל הערה 102.

106 סך הפיצוי בגין אי־מסירת הדירה במועד עמד על 22,165 ל"י, כאשר מתוך זה 20,000 ל"י היוו פיצוי בגין הנזק הלא־ממוני (2,165 ל"י היוו פיצוי בגין תשלומים שנאלצו מיכאלי לשלם לקונים מהם, עקב הפרת החוזה מצידם, שנגרמה עקב הפרת החוזה עלידי גולדמן). נוסף על־כך נפסקו לטובת מיכאלי פיצויים בגין הוצאות תיקון, אך היות שלא נתגלעה בין הצדדים מחלוקת בנוגע לאב־נזק זה, לא צוין שיעור הפיצויים בפסק־דינו של בית־המשפט העליון.

107 כלומר, בית־המשפט מתבסס על שיקול של צדק מתקן ודוחה שיקול של צדק מעניש.

בת־צפייה מנקודת־ראותו של האדם הסביר, וזה, בצירוף התנהגותו הגסה של בא־כוח המוכרת, הצדיק בעיני בית־המשפט פסיקת פיצוי משמעותי בגין הנזק הלא־ממוני.¹⁰⁸

3. כוונה היפותטית של הצדדים לחוזה: ביטוח והרתעה

ברצוני לבחון עתה את שאלת הפיצוי בגין הנזק הלא־ממוני מזווית כוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה. שיקול הכוונה ההיפותטית יכול להיחשב לשיקול של צדק הסכמי, אך בה במידה אף לשיקול של יעילות.¹⁰⁹ טענתי תהיה שצדדים רציונליים לחוזה היו נמנעים במקרים רבים מלאמץ כלל על־פיו יהיה הנפגע זכאי לפיצוי בגין נזקיו הלא־ממוניים (להלן: כלל של נזק לא־ממוני). עוד אטען שרצוי שבית־המשפט יתחשב בכוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה, ולא יכפה עליהם כלל של פיצויים שבו לא חפצו מלכתחילה.

האם צדדים לחוזה היו מעוניינים בעת כריתת החוזה שכלל של נזק לא־ממוני יחול על יחסיהם המשפטיים, בודעם שכלל זה מתומחר בחוזה? אשר למפר־בכות של החוזה, נראה שאם תוצע לו פרמיה שתשקף את סיכונו לשאת בפיצוי בגין נזק לא־ממוני, הוא יסכים לתחלת הכלל.¹¹⁰ נקודת־המבט הבעייתית יותר, ובה אתמקד, היא זו של הנפגע־בכות.¹¹¹

(א) היבט הביטוח

לכאורה, הנפגע בכות היה מסרב לשלם פרמיה על־מנת לרכוש את הזכות לפיצוי בגין נזק לא־ממוני במקרה שהחוזה יופר. תיאוריית הביטוח מסבירה זאת היטב. כידוע, ביטוח נועד להפחתת סיכונים. בני־אדם הם שונאי־סיכון בדרך־כלל, ועל־כן יעדיפו לשלם פרמיית ביטוח המשקפת פחות או יותר את תוחלת נזקיהם (ואף מעבר לה), כדי להימנע מהסיכון שיינזקו בעתיד באופן ניכר ולא יהא להם ממי להשתפות על הנזק. ניתן להסביר את הדברים אף על בסיס של עקרון התועלת השולית הפוחתת של הכסף (שאינו אלא ניסוח אחר של תכונת שנאת־הסיכון): אדם יאות ביתר קלות לוותר על השקל הראשון שלו מאשר על זה האחרון. לפיכך, הוא יחפוץ להפריש מדי זמן סכומי כסף קטנים יחסית, אלה "שקליו הראשונים", כדי שביום פקודה, עת ייאלץ לוותר על "שקליו האחרונים", יהא מי שישפה אותו בגינם.¹¹²

108 בית־המשפט אף קבע שאין לפסוק פיצוי בגין נזק לא־ממוני על הסבל שנגרם לקונים עקב שהות של ימים מספר בדירה בלא מים ובלא חשמל, מכיוון שכניסתם לדירה היתה שלא כחוק, ועל־כן נזק זה אינו בגדר הצפוי מנקודת־ראותה של המוכרת.

109 לעיל הערה 12 והטקסט הנלווה אליה, וכן הטקסט הנלווה להערות 17–18.

110 פרמיה זו צריכה כמובן לשקף אף את שנאת־הסיכון שלו.

111 הדברים שלהלן מבוססים על מאמרו של: S.A. Rea "Non-Pecuniary Loss and Breach of Contract" 11 J. Leg. Stud. (1982) 35.

112 Cooter & Ulen, *supra* note 83, at pp. 42–51.

מכל זה ניתן ללמוד מדוע אין לצפות מבני-אדם שיבטחו עצמם מפני נזק לא-ממוני. נזק לא-ממוני אינו משפיע על הכנסתו של אדם (כנזק פיסית)¹¹³ ואף אינו פוגע בנכסיו (כנזק רכוש). אין הוא שולל את השקל האחרון של הנפגע ואף לא את זה הראשון. פיצויים בגין נזק לא-ממוני אינם מתקנים את הנזק שנגרם (כבמקרה הנזק הממוני), אלא מוסיפים ממון למסת נכסיו של הנפגע מקום בו לא נגרע ממנה דבר. אדם רציונלי לא יאות על-כן לשאת בפרמיית ביטוח על-מנת לזכות בעתיד בפיצוי אם ייגרם לו נזק לא-ממוני. לא במקרה אין למצוא בשוק הביטוח פוליסה המבטחת אדם מפני נזק כזה: באין ביקוש – אין היצע.¹¹⁴ מכאן שאדם הרוכש דירה מקבלן או מאחר, כבעניין גולדמן, לא יאות להוסיף על המחיר רק כדי להבטיח לעצמו פיצוי בגין עוגמת-הנפש שתיגרם לו אם תימסר הדירה באיחור.

מסקנה זו נכונה לכאורה אף כאשר בחוזה המגנים על אינטרסים לא-מסחריים עסקינן. טול כדוגמה את המקרה שנידון בע"א 430/79 בנישתי נ' ששון.¹¹⁵ דובר שם בחוזה על-פיו רכשו התובעים חבילת טיול מסוכנת-נסיעות. החוזה הופר בכך שהטיול היה קצר מן המתוכנן, ואף היקפו צומצם בלא כל הצדקה. בית-המשפט פסק לנפגעים פיצוי גבוה מאוד בגין עוגמת-הנפש שנגרמה להם.¹¹⁶ נראה שהתובעים לא היה מעלים של דעתם לבטח את עצמם מפני נזק זה אצל חברת-ביטוח.

האם המסקנה היא שאין כל הצדקה לפסוק פיצויים לנפגע מהפרת חוזה שנגרם לו נזק לא-ממוני? האין בפסיקת פיצוי כזה משום כפיית ביטוח על הנפגע, בגינו הוא משלם טבין ותקילין ובו אינו חפץ מלכתחילה? היש טעם לאלץ את הצדדים לחוזה להעלות על שולחן המשא-ומתן את עניין הפיצוי הלא-ממוני כאשר ברור מאליו שהם ישללו את תחולתו של סעיף 13 לחוק התרופות? התשובה לכל השאלות כאחת היא ששיקול הביטוח אינו השיקול היחיד העומד לנגד עיניו של הנפגע-בכוח שעה שהוא בא להחליט אם רצונו בפיצוי בגין נזק לא-ממוני במקרה של הפרת חוזה. שיקול התרתעה מיתוסף לשיקול הביטוח, ואליו אנו ניגשים עתה.

113 לעיתים יכול להיגרם לאדם נזק לא-ממוני של עוגמת-נפש או פגיעה ברגשות שבגיניו הוא מושבת מעבודתו, ונגרמים לו עקב כך נזקים ממוניים. הדברים שבסקסט מתייחסים למקרים בהם הנזק הלא-ממוני אינו מלווה בנזק ממוני.

114 Rea, *supra* note 111. אין לבלבל בין פוליסה המבטחת מפני נזק לא-ממוני לבין פוליסה המבטחת מפני נזק ממוני שהוא תוצאה של עוגמת-נפש, פגיעה ברגשות וכדומה. כאשר הנזק הלא-ממוני גורם נזקים ממוניים, כגון הפסד השתכרות, תצדיק תיאוריית הביטוח ואף תסביר עשיית ביטוח לכיסוי הנזקים הממוניים. לא כן ביחס לחלקי הנזק הלא-ממוניים: כאמור, אין הצדקה לבטח מפניהם.

115 פ"ד (להלן) 400 (עניין בנישתי).

116 סכום הפיצוי היה 5,000 ל"י, שעה שמחיר הטיול כולו עמד על 4,395 ל"י ועוד \$435 (במחירי קיץ 1976). נוסף לפיצוי בגין עוגמת-הנפש, הושב לתובעים מחיר הטיול כולו, וכן הם שופו בגין ההוצאות הנוספות שהוציאו לקראת הטיול.

(ב) היבט ההרתעה

האינטרס של נפגע מהפרת חוזה לזכות בפיצוי נובע לא רק מרצונו להשתפות על נזקיו, אלא אף מרצונו להרתיע את מפר החוזה מפני הפרה. מפר-בכוח היודע כי ישלם פיצוי על הפרת החוזה לא יראה בה עניין של מה בכך. הוא ישקיע משאבים במניעתה ויוותר על רווחים שהיא עשויה להניב. מובן שאין מדובר בהרתעה מוחלטת, שכן לעיתים יהיה כדאי לו להפר את החוזה ולפצות את הנפגע בגין נזקיו (בתנאי שתרופת האכיפה לא תופעל עליו ובתנאי שרווחי ההפרה, לפחות בחלקם, ייוותרו בידיו). אלא שאז, לפחות תיאורטית,¹¹⁷ לאחר תשלום הפיצויים, לא יימצא הנפגע ניוזק. ההפרה במקרה זה אף תהא יעילה: היא תתרחש רק כאשר התועלת בה למפר תהיה גדולה מנזקה לנפגע.¹¹⁸

שיקול ההרתעה, להבדיל משיקול הביטוח, פועל אף על נזקים לא-ממוניים. נשוב לדוגמה של חבילת הטיול שנידונה בעניין בנישתי. אילו נשאלו התובעים בעת כריתת החוזה אם רצונם לזכות בפיצוי בגין עוגמת-הגפש שתיגרם להם אם הטיול ייכשל, הם היו משיבים בחיוב. אמת, שיקול הביטוח, לו עמד לבדו, היה מניע אותם לוותר על הפיצוי, אלא ששיקול ההרתעה היה הופך את הקערה על פיה. לתובעים היה חשוב להניע את סוכנת-הנסיעות להשתדל כמיטב יכולתה שהטיול יצליח. התובעים אף היו יודעים שככל שיגדל סכום הפיצויים בהם תחוייב הסוכנת במקרה של הפרה, כן ירבו מאמציה להכתיר את הטיול בהצלחה. אמת, אף בלעדי פיצוי בגין נזק לא-ממוני לא היתה סוכנת-הנסיעות אדישה להצלחת הטיול, שהרי כשלונה היה עלול לחייבה בהשבת הכספים ששולמו לה ואף להסב פגיעה מסוימת למוניטין שלה. אלא שבכך לא היה די כנראה מנקודת-ראותם של התובעים. היה חשוב להם להפוך את הביצוע המוצלח לכדאי יותר לסוכנת-הנסיעות. השיפתה לפיצוי נוסף בגין נזק לא-ממוני היתה עשויה לקדם מטרה זו. אם-כן, התובעים בעניין בנישתי, אף שלא היו מעלים על דעתם לרכוש פוליסת ביטוח שתכסה את נזקיהם הלא-ממוניים, היו עושים כן אילו היתה סוכנת-הנסיעות מבטחתם. הרתעתה של הסוכנת, ולא עשיית ביטוח, היא שהיתה עומדת לנגד עיניהם.¹¹⁹

שיקול ההרתעה פועל באופן שונה לחלוטין במקרה דוגמת עניין גולדמן. שם דובר בחוזה שהגזק הצפוי מהפרתו היה ממוני בעיקרו: אי-מסירת דירה במועד עלולה לגרום נזקים תוצאתיים שונים, ובכללם הפרת חוזים עם צדדים שלישיים, הוצאות על מגורים חלופיים וכדומה. בנסיבות אלה קיימת סנקציה ברורה על המוכר: אם יפר את החוזה יהא עליו לשאת בתשלום פיצויים בשיעור משמעותי אף בהיעדר כלל של נזק לא-ממוני. הצורך להרתיע את המוכר באמצעות כלל של נזק לא-ממוני פחות במידה ניכרת במקרה כזה לעומת מקרה דוגמת בנישתי, בו היה הנזק, רובו ככולו, בעל אופי לא-ממוני.

117 לעיתים קרובות, הפיצוי החוזי אינו פיצוי מלא, ונזקים רבים נותרים לא-מפוצים. ראו: Friedmann, *supra* note 103.

118 Posner, *supra* note 17, at pp. 117–126; Cooter & Ulen, *supra* note 83, at p. 215.

119 Rea, *supra* note 111.

(ג) עיון מחדש בעניין גולדמן

המסקנה העולה מן הדיון היא שכאשר חלקו של הנזק הלא-ממוני מתוך סך הנזק הכולל צפוי להיות גדול, שיקול ההרתעה פועל בעוצמה רבה, גובר על שיקול הביטוח ומניע את הנפגע-בכוח להעדיף כלל של נזק לא-ממוני. לעומת זאת, כאשר חלקו של הנזק הלא-ממוני צפוי להיות קטן והנזקים הממוניים מהווים את העיקר, חשיבותה של ההרתעה פוחתת, ושיקול הביטוח ישכנע את הנפגע-בכוח לוותר על כלל של נזק לא-ממוני. בעניין בנישתי היה עליכן מוצדק לפסוק פיצוי בגין נזק לא-ממוני. בעניין גולדמן, לעומת זאת, התעלמה פסיקת הפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני מרצונם ההיפותטי של הצדדים לחוזה, וכפתה עליהם פיצוי שלא חפצו בו מלכתחילה. לא במקרה נמנעים בתי-המשפט באנגליה ובארצות-הברית מלפסוק פיצוי בגין נזק לא-ממוני באותם מקרים שהנזקים הצפויים לנבוע מהפרת החוזה הם ממוניים בעיקרם. אומנם, אין להתעלם מכך שתיתכן גישה על-פיה פסיקת פיצוי בגין נזק לא-ממוני תוצדק בתפיסה של צדק מתקן. על-פי גישה זו, הפרת חוזה הינה רע, והגורם נזק תוך הפרת חוזה חייב לשפות את הנפגע בגין כל נזקיו, ממוניים ושאינם ממוניים כאחד.¹²⁰ ייתכן שתפיסה זו של צדק היא שהנחתה את בית-המשפט העליון בעניין גולדמן ואף את בתי-המשפט שפסקו במקרים חוזיים אחרים, כדבר שבשגרה, פיצוי על נזק לא-ממוני. ההתעלמות מהשיקולים שלפני מעשה, מכווני ההתנהגויות, מאפיינת אם-כן שוב את פסיקתם של בתי-המשפט בהכריעם בסכסוכים חוזיים.

1. סיכום ומסקנות

אין בכוונתי לטעון כי בתי-המשפט בישראל מתעלמים תמיד משיקולים של הכוונת התנהגויות. אף אין בכוונתי לטעון ששיקולים של עשיית צדק בין הצדדים לחוזה אינם ראויים להתחשבות הולמת. כל שביקשתי להדגיש במאמר זה הוא שלעיתים אין בתי-המשפט בישראל מקדישים תשומת-לב ראויה לשיקולים של הכוונת התנהגויות, וגם כאשר הם בוחנים שיקולים כאלה, לעיתים קרובות אין בחינתם שלמה. בחרתי להמחיש את טענתי בשלוש דוגמות הלקוחות משלושה תחומים של דיני החוזים. הדוגמה הראשונה שעסקתי בה – עניין לוין – לקוחה מתחום דיני כריתת החוזה. ייתכן שבמקרה זה עשה בית-המשפט צדק עם התובעת (ואף בכך ניסיתי להטיל ספק), אך הוא התעלם מכך שפסיקתו עלולה להזיק מכאן ולהבא לקבוצה החברתית החלשה – נשים גרושות וילדיהן – אליה השתייכה התובעת. עניין קשת, המהווה עד היום את אבן-הפינה של דיני החוזים האחידים המודרניים של

120 לטיעון שפיצוי (בנויקין) בגין נזק לא-ממוני אינו מתחייב מעקרונות הצדק המתקן, ראו: B. Chapman "Wrong Doing, Welfare, and Damages: Recovery for Non-Pecuniary Loss in Corrective Justice" *Philosophical Foundation of Tort Law* (D.G. Owen ed., Oxford, 1995) 409.

ישראל, שימש לי כדוגמה שנייה לביסוס טענתי. שם סבר בית־המשפט שהוא מסייע ללקוחות להיחלץ מציפורניו של ספק שירות המבקש לחסות בצילה של תניית פטור המגבילה את אחריותו לנזק רכושי. בית־המשפט לא נתן את דעתו על כך שבפוסלו את תניית הפטור, הוא עלול לגרום לפגיעה דווקא בשכבות החלשות עליהן שאף להגן, ואף התעלם מהיבט היעילות של תוצאות פסק־דינו.¹²¹

הדוגמה האחרונה לקוחה מתחום דיני התרופות בשל הפרת חוזה, והיא מבוססת על עניין גולדמן, שהשפעתו על דרכם של בתי־המשפט בפסיקת פיצוי בגין נזק לא־ממוני הינה משמעותית למדי. מפסק־דין זה עולה גישה על־פיה לא קיים שוני רלוונטי לעניין זכות הפיצוי בין נזק לא־ממוני לבין נזק ממוני. גישה זו מתעלמת מכך שדיני התרופות הם כללי מחדל, שהצדדים רשאים בדרך־כלל להתנות עליהם, וכי כך או אחרת, התחשבות בכוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה מהווה שיקול ראוי. אילו היה בית־המשפט בוחן את כוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה, היה מגיע למסקנה שאין להודרו ולפסוק פיצוי בגין נזק לא־ממוני בשל הפרת חוזה כאשר עיקר הנזק הצפוי מהפרתו הוא נזק ממוני. בכך הביא בית־המשפט לידי תוצאה שצדדים לחוזה יזכו בפיצוי בו אינם חפצים למעשה מלכתחילה.

המתח בין שיקולי צדק שבין הצדדים לסכסוך משפטי קונקרטי לבין השיקולים של הכוונת התנהגויות אינו מיוחד לדיני החוזים. הנטייה של בתי־המשפט להתמקד בשיקולי הצדק שבין הצדדים מובנת למדי, ואם יורשה לי לומר, אפילו נסלחת. השופט אינו עוסק בצדדים אלמוניים, כפי שעושה המחוקק או איש־האקדמיה, ובוודאי שאין לדרוש ממנו להתעלם מתחושות הצדק המפעמות בליבו. עם זאת, מודעות להשלכות פסיקתו על התנהגויותיהם של נמעני המשפט הכרחית לשם שכלולה ועשייתה שלמה יותר. כך בדיני החוזים, וכך בדרך־כלל.

121 לעיל הטקסט הנלווה להערות 83, 92-93. כפי שצוין, פסק־דין זה לא עסק בלקוח קונקרטי, ועל־כן ניתן לסעון כי שיקולי בית־המשפט נגעו בהכוונת התנהגויות, אפילו אם בדרך שניתן לחלוק עליה. אני מציע להשקיף על פסק־הדין באופן שונה: לעיל הערה 94.