

פרק 5:

## עקרון תום-הלב

א. מבוא

ב. תחולתו של עקרון תום-הלב

1. מעגלי תחולה  
(א) המעגל החוזי  
(ב) מעגל המשפט האזרחי  
(ג) מעגל המשפט הציבורי
2. מישורי תחולה  
(א) תחולה כרונולוגית  
(ב) תחולה פרסונלית  
(ג) תחולה עניינית

ג. מהותו של עקרון תום-הלב

1. משמעות העיקרון
2. תום-לב ודרך מקובלת
3. אמת המידה של עקרון תום-הלב
4. ישום העיקרון  
(א) כללי  
(ב) חוזי יחס
5. תחולה קונקרטיית  
(א) כללי  
(ב) תום-לב בקיום חיובים  
(1) כללי  
(2) העדר חריצות בקיום החוזה  
(3) פגיעה ברוח העסקה ובמטרתה  
(4) אי-גילוי  
(5) אי-שיתוף פעולה  
(6) גילוי סודות מסחריים  
(ג) תום-לב בשימוש בזכויות  
(1) כללי  
(2) עמידה דווקנית על זכות

(3) "זכות" מהי

6. מישורי תחולה נוספים

(א) פירוש חוזה

(ב) השלמת חסר בחוזה

(ג) יצירת חיובים וזכויות

(ד) שערך חיובים

(1) בגרמניה, בין שתי המלחמות

(2) בישראל

(ה) השתק

(1) השתק על-ידי מצג

(2) השתק מכוח הבטחה

(1) תחליף לצורה

(2) אכיפה בקירוב

ד. תוצאות הפרתו של עקרון תום-הלב



## א. מבוא

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, החיל לראשונה במשפטנו את עקרון תום-הלב. מכוח הסעיפים 12 ו-39 לחוק זה חייבים צדדים למשא ומתן וצדדים לחוזה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב במהלך המשא ומתן (סעיף 12), בקיום חיובים הנובעים מחוזה (סעיף 39 רישא) ובשימוש בזכויות הנובעות מחוזה (סעיף 39 סיפא). תחולת העיקרון הורחבה אל מעבר לגבולות דיני החוזים, ומכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים חל עקרון תום-הלב גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה.

גם בקודקס האזרחי החדש נועד מקום של כבוד לעקרון תום-הלב, כעקרון על החולש על כל המשפט האזרחי. הסעיף השני בהצעת חוק דיני ממונות מחיל את עקרון תום-הלב בזה הלשון: "בשימוש בזכויות ובמילוי חובה או חיוב יש לנהוג בתום-לב". ובהמשך — סעיף נוסף (163), המחיל את העיקרון הכללי על שלב המשא ומתן לקראת כריתת חוזה.

עקרון תום-הלב חל, אם כן, הן על התקופה הטרומ-חוזית — שלב המשא ומתן והן על התקופה החוזית. עם זאת, ישנם מספר הבדלים כאופן בו בא העיקרון לידי ביטוי בתקופות השונות של תחולתו. הבדלים אלה בהיקף תחולתו של העיקרון וביישומו הקונקרטי נובעים ממהותם השונה של יחסי הצדדים בשלב הטרומ-חוזי ובשלב החוזי.

בתחולת עקרון תום-הלב בשלב הטרומ-חוזי נדון בפרק השביעי. בפרק זה תידון תחולתו הכללית של העיקרון.

מקורו של עקרון תום-הלב בסעיף 242 ל-B.G.B. (ספר החוקים האזרחי הגרמני)<sup>1</sup>. סעיף זה קובע את חובת החייב לבצע את חיוביו על-פי עקרון תום-הלב, תוך התחשבות בנוהגי המסחר<sup>2</sup>. מתוך סעיף זה צמח "עקרון על", החולש על כל ספר החוקים האזרחי הגרמני ועל חלקים גדולים נוספים מן המשפט הגרמני. ראשית התפתחותו המרשימה של עקרון תום-הלב במשפט הגרמני טמונה בפסיקת

1 ר' יואל זוסמן, "חוס-לב" דיני חוזים — הזיקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו (תשל"ח) 485. וכן: כנ"צ 254/73 צרי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372, 384; ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 617, 630.

2 לתרגומו של סעיף 242 לעברית ר' זאב צלטנר, "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1970" עיוני משפט ג (תשל"ג) 121, 122; ע"א 148/77 הנ"ל בה"ש 1, בעמ' 633.

בתי-המשפט הגרמניים בתקופה שבין שתי מלחמות העולם<sup>3</sup>. נפילת המארק הגרמני בתאוצה שלא נודעה כמותה והתמוטטות כל דרכי הוויסות המשפטיות האחרות, הפנתה את בתי-המשפט הגרמניים אל סעיף 242 ועקרון תום-הלב הטמון בו, והביאה אותם לקביעת עליזותו של עיקרון זה על פני הוראות חוזיות וסטוטוריות אחרות. החל מסוף שנות העשרים החל עקרון תום-הלב לכסות את כל השיטה המשפטית בגרמניה: חוזי עבודה, זכויות יוצרים, דיני חברות, דיון אזרחי, דיני מקרקעין ואפילו דיני מיסים ודיני מינהל ציבורי, הוכפפו על-ידי בתי-המשפט לעקרון תום-הלב. בצדק הוגדר עקרון תום-הלב בגרמניה-מכורתו כעיקרון חולש או עיקרון אוניברסלי וסעיף 242 תואר כ"מלכת ההוראות" או כסעיף החשוב ביותר בכל החקיקה<sup>4</sup>.

מאז החלתו של עקרון תום-הלב בחוק החוזים הכללי הסתמנה גם במשפט הישראלי מגמה דומה. בתי-המשפט החלו להפעיל וליישם, בהרחבה ובנדיבות, את עקרון תום-הלב, בתחום דיני החוזים ומחוץ להם. כמעט כמו בגרמניה בשנות העשרים והשלשים, כך גם בישראל בשנות השמונים והתשעים, התפשט עקרון תום-הלב וכיסה את כל שיטת המשפט. כיום נכון לומר כי עקרון תום-הלב הוא עיקרון "מלכותי" בעל "אלף פרצופים"<sup>5</sup>, אשר, כדברי השופט אלון, "מצודתו פרושה... על כלל המערכת המשפטית בישראל"<sup>6</sup>.

## ב. תחולתו של עקרון תום-הלב

### 1. מעגלי תחולה

#### (א) המעגל החוזי

את המגמה המרחיבה של תחולת עקרון תום-הלב במשפטנו ניתן לתאר באמצעות שרטוט שלושה מעגלים קונצנטריים: הראשון, הפנימי, הוא המעגל החוזי; השני, האמצעי, הוא מעגל המשפט האזרחי; השלישי, החיצוני, הוא מעגל המשפט הציבורי. במעגל הראשון, הפנימי, חל עקרון תום-הלב, על-פי לשון חוק החוזים הכללי,

3 לתיאור התפתחות זו ר' Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann-Arbor, 1968) 461-479.

4 ר' צלטנר במאמרו הנ"ל בה"ש 2, בעמ' 122, וכן דרורה פלפל, "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני" הפרקליט לו (תשמ"ד) 53, 58.

5 ר' ברק, פרשנות החוזה, בעמ' 213, 226.

6 ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742. לביקורת – אם גם מעודנת – של מגמה מרחיבה זו, כפוגעת בוודאות המשפטית ובתיפקוד החברתי-כלכלי של החוזה ר' מיגל דויטש, "תום-לב בשימוש בזכויות – קווים אדומים לתחולת העיקרון?" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 261, 262-263.

על משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה (סעיף 12(א)), על קיום של חיוב הנובע מחוזה (סעיף 39 רישא) ועל השימוש בזכות הנובעת מחוזה (סעיף 39 סיפא). מעגל זה הוא מוקד דיוננו.

עם כניסת הקודקס האזרחי החדש לתוקפו לא יחול שינוי במעגל החזוי. סעיף 39 יוחלף על-ידי סעיף 2 להצעת חוק דיני ממונות, וסעיף 12 על-ידי סעיף 163. הראשון קובע את תחולתו הרחבה של עקרון תום-הלב על כל המשפט האזרחי, ודיני החוזים בכללו, והשני קובע את תחולת העיקרון במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה.

### (ב) מעגל המשפט האזרחי

במעגלים השני והשלישי חל עקרון תום-הלב, מכוח שילוב הוראות הסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים הכללי, על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה. דין החוזים הפך, באמצעות סעיף 61(ב) לחוק החוזים, עוגן לעקרון תום-הלב במשפט הישראלי כולו. כתוצאה מהוראת סעיף 61(ב), הפירוש והמשמעות שיוענקו לעקרון תום-הלב בתחום דיני-החוזים משפיעים ומקרינים גם מעבר לדינים אלה, במעגלי המשפט האזרחי והציבורי, והכול – כלשון סעיף 61(ב) – "ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים". מכוח סעיף 61(ב) הפך עקרון תום-הלב לעקרון יסוד החולש על כלל המערכת המשפטית.<sup>7</sup> מכיוון שתחולתו של עקרון תום-הלב במשפט האזרחי פשוטה, קלה ומוכנת יותר מאשר תחולתו במשפט הציבורי, בחרתי להבחין כאן בין שני מעגלי התחולה.

בתחום המשפט האזרחי במוכנו הרחב אין כמעט איזור, נושא או גזרה שבהם לא הופעל או נדון עקרון תום-הלב. בין נושאים אלה ניתן למנות את הבאים: דיני שליחות,<sup>8</sup> חיובים סטטוטוריים,<sup>9</sup> דיני חברות,<sup>10</sup> דיני עבודה<sup>11</sup>, דיני

7 ר' בג"צ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1, 9-10; ע"א 2896/90 טרוצקי נ' דיין, פ"ד מו(5) 454, 460. והשוו לדברי השופט מ' חשין ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 249-250, המדמה את הוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים לתחנת אוטובוסים "המשלחת את הוראת סעיף 39 (כמותה את הוראת סעיף 12...) אל כל תפוצות משפט ישראל", ומתאר את הוראת סעיף 39 כ"דוקטרינה החותכת את משפט ישראל כולו לאורכו ולרוחבו, מלוא כל הארץ כבודה".

8 ר' ברק, חוק השליחות, בעמ' 105-106.

9 ר"נ 15/79 מגדה ליבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, פ"ד לה(3) 29, 53.

10 ע"א 817/79 קוסי נ' בנק פויכטונגר, פ"ד לח(3) 253, 285.

11 בג"צ 59/80 שירוני תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828; בג"צ 566/76 אלקו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לא(2) 197, 209. ור' ע"א 2738/90 יהב נ' בן טובים, פ"ד מז(1) 695, 701, שם אומר השופט א' גולדברג כי החובה הכללית הנגזרת מסעיף 39 "טבועה" בחוזה העסקתו של עובד. ומנגד ר' עמרי ידלין, "תום-לב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 867, הסבור כי אין להחיל את עקרון תום-הלב בדיני העבודה. אך ר' אלישבע ברק, "עקרון תום-הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון, כרך שני (נבו, 2000) 499.

קניין<sup>12</sup>, סדרי דין וראיות<sup>13</sup>, דיני צוואות<sup>14</sup>, דיני ירושה<sup>15</sup> ודיני משפחה<sup>16</sup>. בעבר אף הוצע להרכיב את העיקרון החוזי של תום-לב ודרך מקובלת על דיני הנוזיקין<sup>17</sup>. עם כניסת הקודקס האזרחי החדש לתוקפו יחול עקרון תום-הלב על כל המשפט האזרחי מכוח ההודאה הכללית של סעיף 2 להצעת חוק דיני ממונות, הקובעת את עקרון תום-הלב כעקרון על.

תחולתו הגורפת של עקרון תום-הלב במשפט האזרחי הביאה לידי הצעה לוותר על דוקטרינות המהוות אך ביטוי ודוגמה קונקרטיים לעיקרון זה – כמו הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות – ו"להסתפק בתחולה של עקרון תום-הלב על כל הזכויות שבתחום המשפט הפרטי"<sup>18</sup>.

לדעתי, ולמצער בתחום דיני החוזים, לא יהא זה נכון לראות בעקרון תום-הלב את חזות הכל ולבטל מפניו דוקטרינות משפטיות והוראות חוק פרטניות. ראשית, יש להבחין, בקרב המשפט האזרחי-הפרטי, בין תחומים שונים. אמנם סעיף 39 חל בכל תחומי המשפט האזרחי, אולם במישור דיני החוזים עולה חשיבות הרישא של סעיף זה, המורה על קיום חיובים בתום-לב, על חשיבות הסיפא, המורה על שימוש בזכויות בתום-לב, שכן דיני החוזים עוסקים יותר בקיום חוזים ובהפרתם מאשר בזכויות ובהגנה עליהם.

שנית, הוראות רבות בתחיקה הישראלית מהוות ביטוי והשתקפות של עקרון תום-הלב, ולמרות זאת אין הן מיותרות. כך, למשל, הוראות בפרק ב לחוק החוזים, הדנות בפגמים בכריית חוזה, משקפות את עקרון תום-הלב, אך חשיבותן כהוראות

- 12 ע"א 314/79 שליין נ' ברק, פ"ד לה(3) 225, 238; ע"א 213/80 שמענוף נ' ברוכים, פ"ד לז(3) 808, 816; ע"א 810/82 זול בו נ' זיידה, פ"ד לז(4) 737; ע"א 175/81 אדמירי נ' קלו, פ"ד לח(4) 293, 299–230; ע"א 2896/90 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 459–460; רע"א 6339/97 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 223 (השופט אנגלרד) ו-276 (הנשיא ברק), שם נקבעה תחולתו של עקרון תום-הלב בגדריו של חוק המקרקעין, כאשר שופטי בית-המשפט העליון חזרו וקבעו כי עקרון תום-הלב פורש את כנפיו על כל הזכויות והסעדים שבחוק המקרקעין.
- 13 בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449, 461; ע"א 424/86 נאות מרינה בתיים נ' הבנק הבינלאומי הראשון, פ"ד מג(2) 355, 393–394. ר' גם ת"א (ת"א) 2047/84 פרג' נ' פרג', פ"מ תשמ"ה (1) 482, 484. שבו התגבר בית-המשפט על תקנה 526 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד–1984, על-ידי הפעלתו של עקרון תום-הלב.
- 14 ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104, 115.
- 15 ע"א 4372/91 סיטין נ' סיטין, פ"ד מט(2) 120, 131.
- 16 בג"צ 566/81 הנ"ל בה"ש 7; ע"א 700/81 הנ"ל בה"ש 6, בעמ' 742.
- 17 דרורה פלפל, "תום-לב חוזי ודיני הנוזיקין" הפרקליט לח (תשמ"ט) 454.
- 18 ר' יהושע ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף (כרך ב, תשנ"ז) 71. בעקבות השקפה זו של פרופ' ויסמן נקבע ברע"א 6339/97 הנ"ל בה"ש 7, כי סעיף 14 לחוק המקרקעין, הקובע כי "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר", מהווה אך ביטוי ודוגמה קונקרטיים לעקרון תום-הלב: דברי השופט אנגלרד בעמ' 221. השופט טירקל בעמ' 240, הנשיא ברק בעמ' 276, השופטת שטרסברג-כהן בעמ' 288.



עצמאיות רבה. בדומה, הוראת סעיף 17 לחוק התרופות, המקנה לנפגע מהפרה צפורה זכות להפעיל את תרופותיו לפני המועד שנקבע לקיום החוזה, משקפת גם היא את עקרון תום-הלב<sup>19</sup>, ובכל זאת אין לוותר עליה.

שונה כמובן המצב לגבי הוראות בחוקים ספציפיים, שאינן מחדשות דבר לעומת הוראת סעיף 39 לחוק החוזים, כמו סעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 וסעיף 4 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971. הוראות אלו הן אכן מיותרות, ובחוק דיני ממונות לא תהיה חזרה עליהן. אולם הוראות אחרות במשפט הפרטי, ובעיקר בתחום דיני החוזים, גם אם הן משקפות את עקרון תום-הלב, יש להשאיר על מכוון, להפעילן ולמצותן לפני הפניה לעקרון תום-הלב.

תחולתו הרחבה של עקרון תום-הלב במשפטנו מחייבת זהירות יתר בהפעלתו. יפים כאן דברי השופט מ' חשין המזהיר מפני פניה לעילת חוסר תום-הלב לפני בחינה מדוקדקת של עילות חלופיות ספציפיות: "לו אחרת אמרנו, חוששני שהיינו גולשים חישיקל לפסיקה 'מן הצדק' בלבד, ותחזית זו לא תנין לב"<sup>20</sup>. את עקרון תום-הלב יש להפעיל באורח מרוסן ובממדים נאותים, על מנת למנוע מצב שבו יחליפו דיני תום-הלב את דיני החוזים, דינים שבבסיסם רצונו החופשי של הפרט והסכמתם של הצדדים לחוזה.

#### (ג) מעגל המשפט הציבורי

בהשפעת פסיקתו וכתביו של הנשיא זוסמן, אשר — בעקבות המשפט הגרמני — תמך בהחלת עקרון תום-הלב על פעולות הרשות<sup>21</sup>, הופעל עקרון תום-הלב גם בתחום המשפט הציבורי.

נראה לי כי מבחינה אנליטית מתבקשת הבחנה בין תחולת סעיפי תום-הלב על חוזהי רשות, ובין תחולתם, מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים, על פעולות משפטיות וחייבים של הרשות שאינם נובעים מחוזה. תחולתם של סעיפי תום-הלב על משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה רשות (הלובש בדרך כלל צורה של מכרז) ועל קיום חוזה רשות ושימוש בזכויות הנובעות ממנו, היא בעיני ישירה ומשתמעת מעצם מהותו של חוזה רשות. על רשות ציבורית שהיא צד למשא ומתן טרום-חוזה או צד לחוזה, חלה החובה לנהוג בתום-לב בשימוש בזכויותיה ובמילוי חובותיה. תחולה

19 כך, לדוגמה, בספרם של Kessler & Gilmore, *Contracts — Cases and Materials* (Boston, 1970), מופיע נושא הפרה הצפויה, בעמ' 912, תחת הכותרת הכללית של תום-לב.

20 ע"א 2299/99 שפיר נ' דיור לעולה, פ"ד נה(4) 213, 238.

21 ר' ע"א 402/76 אזוניקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 270, 274; בג"צ 640/77 ברנובסקי נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד לב(2) 75, 78-79; Y. Sussman, "A Forecast of Problems in the Law of contracts" 2 *Tel-Aviv University Studies in Law* 17 וכן זוסמן במאמרו הנ"ל בה"ש 1.

זו נובעת לדעתי מתחולתם הכללית של דיני החוזים על הרשות הציבורית כצד להליך הטרומס-חוזי או כצד לחוזה. דיני החוזים חלים על כל פעילויותיה ופעולותיה הטרומס-חוזיות והחוזיות של הרשות, יחד עם דיני המשפט הציבורי. זוהי הדואליות הנורמטיבית המפורסמת שלפיה כפופה הרשות הציבורית הפועלת במישור האזרחי לשתי מערכות דינים: המשפט האזרחי-הפרטי והמשפט הציבורי<sup>22</sup>. סעיף 12 לחוק החוזים הכללי (סעיף 163 להצעת חוק דיני ממונות) חל על תהליך כריתתו של חוזה רשות ומורה על התנהגות בתום-לב בתהליך זה. תחולה זו של דרישת תום-הלב במשא ומתן הטרומס-חוזי על הרשות היא ישירה ונובעת מלשונו הרחבה של סעיף 12 המדבר על "אדם". אשר על כן, פסקי-הדין שהחילו את הוראת סעיף 12 לחוק החוזים הכללי על הליכי מכרז, לא נזקקו – מבחינה אנליטית – לצינור של סעיף 61(ב). תחולת סעיף 12 על מכרזים ודמויייהם נובעת מן התפיסה הכללית של מכרז כחלק מן המשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה רשות. חובת הרשות לנהוג בתום-לב כלפי הצד השני למשא ומתן הטרומס-חוזי נובעת משני מקורות: סעיף 12 לחוק החוזים הכללי וכללי המשפט הציבורי הדורשים מן הרשות לנהוג בהגינות וביושר בכל פעולותיה ופעילויותיה.

אולם בתחום פעולותיה האחרות של הרשות אין לדעתי טעם, אף אין צורך, להחיל את עקרון תום-הלב, על מקורו החוזי<sup>23</sup>. בתחום המשפט הציבורי יש להפעיל נורמות וכללים שהתפתחו במסגרתו של משפט זה ואת תחולתו החיצונית של עקרון תום-הלב יש להגביל למעגל המשפט האזרחי. עקרון תום-הלב חל רק על "פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה" ועל "חיוכים שאינם נובעים מחוזה" בתחום דיני הממונות והמשפט האזרחי בדרך כלל, ולא במשפט הציבורי. זו גם התוצאה הנובעת מעקרון העל הקבוע בסעיף 2 להצעת חוק דיני ממונות, המחיל את חובת תום-הלב על כל הוראות הקודקס (וכנראה – עליהן בלבד).

## 2. מישורי תחולה

### (א) תחולה כרונולוגית

עקרון תום-הלב חל בשלב המשא ומתן הטרומס-חוזי, בשלב החוזי ואולי גם לאחר פקיעת החוזה.

22 להרחבה ר' ספרי חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (דין, תש"ס), בעיקר הפרק הראשון.

23 בשאלה זו נתגלעה מחלוקת בבג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449. שופטי הרוב – השופטים שמגר ובן-פורת – גרסו כי מקור חובתה של רשות לנהוג בתום-לב הוא ב"עיקרון אוניברסלי" הקיים במשפט הציבורי עוד לפני חקיקת חוק החוזים. לעומתם, שופט המיעוט – השופט אלון – בחר לעגן את חובת הרשות לנהוג בתום-לב ביחסיה עם האזרח, בסעיפי תום-הלב שבחוק החוזים. במחלוקת זו נראית לי דעת הרוב מדעת המעוט.

בשלב המשא ומתן חל עקרון תום-הלב מכוח הוראת סעיף 12 לחוק החוזים הכללי. לאחר כניסת הקודקס האזרחי החדש לתוקפו יחול העיקרון במשא ומתן לקראת כריתת חוזה מכוח הוראת סעיף 163 להצעת חוק דיני ממונות.

נוסף על תחולתו בשלב המשא ומתן חל עקרון תום-הלב מכוח סעיף 12 גם בשלב הכריתה וגם כאשר לא מתקיים כלל תהליך של משא ומתן בטרם כריתת החוזה. על תחולה זו של עקרון תום-הלב ארחיב בפרק השביעי, הדן במשא ומתן טרום-חוזי.

בשלב החוזי חל עקרון תום-הלב מרגע כריתת החוזה ועד לסיומו. יתר על כן: עצמתו של עקרון תום-הלב היא כה רבה, עד שיש הסבורים שהוא מוסיף לחול אפילו לאחר סיום החוזה<sup>24</sup>. כך, למשל, נפסק בגרמניה כי משכיר חייב, גם לאחר שהסתיים קשר השכירות, להוסיף ולהעביר דואר לכתובתו החדשה של השוכר<sup>25</sup>.

במישור הכרונולוגי נושקים אפוא סעיפי תום-הלב זה לזה. כריתת החוזה – רגע הולדתו – היא נקודת-הזמן האחרונה בה חל סעיף 12 (סעיף 163 להצעת חוק דיני ממונות). מנקודה זו ואילך מתחיל לחול סעיף 39 (סעיף 2 להצעת חוק דיני ממונות). כך, למעשה, נמצא עקרון תום-הלב חולש על היחסים שבין הצדדים לחוזה מרגע הקשר הראשון ביניהם עד לסיומו של החוזה, ואולי גם לאחריו.

#### (ב) תחולה פרסונלית

עקרון תום-הלב חל על כל מי שנוטל חלק במשא ומתן, ולא רק על מי שמשתתף במשא ומתן והופך לאחר מכן צד לחוזה שנכרת. גם על תחולתו הפרסונלית של סעיף 12 ארחיב בפרק השביעי.

עקרון תום-הלב חל כמובן על כל מי שהוא צד לחוזה – החייב החוזי מחוייב

בקיום חיוביו בתום-לב; הזכאי החוזי מחוייב בשימוש בזכויותיו בתום-לב. יתרה מכך, ייתכנו מצבים בהם יחול העיקרון גם על מי שאינו צד לחוזה. הדוגמה המובהקת לתחולת עקרון תום-הלב על מי שאינו צד לחוזה היא חוזה לטובת אדם שלישי. סעיף 34 לחוק החוזים הכללי (סעיף 202 להצעת חוק דיני ממונות) מגדיר את התנאים להיווצרותו של חוזה כזה. הסעיף קובע כי כאשר נטל צד לחוזה על עצמו חיוב לטובת אדם שאינו צד לחוזה, קמה למוטב הזכות לדרוש את קיום החיוב, כאשר משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו. במקרה כזה, מוטלת על המוטב החובה להשתמש בזכותו זו, הנובעת מן החוזה, בתום-לב,

24 ר' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, בעמ' 222–223; זוסמן במאמרו הנ"ל בה"ש 1, בעמ' 486–487; לפל במאמרה הנ"ל בה"ש 4, בעמ' 69.

25 בדומה נפסק כי בעל בית חייב להרשות לעורך דין, ששכר משרד בביתו, להציב שלט בכניסה לבית, כדי להודיע ללקוחותיו על כתובתו החדשה: RGZ 161, 138.

כאמור ברישא של סעיף 39. ואילו במקרים בהם מותנית זכות המוטב בקיום חיוב מצידו, מוטלת עליו החובה לנהוג בתום-לב בקיימו חיוב זה, הנובע מן החוזה, כאמור בסיפא של סעיף 39. קביעות אלה מסתמכות הן על הגיונו ורוחו של חוק החוזים, והן על לשונו המפורשת. באפיינו את חובת תום-הלב על-פי תכניה – חיובים וזכויות הנובעים מחוזה, בלא שתחם והגדיר את נושאייה – על מי היא מוטלת, גילה המתקק את דעתו כי חובת תום-הלב היא חובה מהותית, הקשורה בעצם קיומם של חיוב או זכות חוזיים, ולא כבעליהם. בכך יש משום ביטוי ברור למשמעות הערכית של עקרון תום-הלב.

ישנם אף מקרים בהם החובה לנהוג בתום-לב בקיום חיוב הנובע מחוזה ובשימוש בזכות הנובעת מחוזה היא כלפי אדם שאינו צד לחוזה. כך, למשל, בדוגמה שלעיל, הנסבה על חוזה לטובת אדם שלישי, מוטלת על החייב החוזי חובה לנהוג בתום-לב בקיימו את חיובו כלפי המוטב, שאינו צד לחוזה. גם קביעה זו נובעת מהגדרתה של חובת תום-הלב בסעיף 39. סעיף זה מגדיר את חובת תום-הלב מבחינת תכניה, ואינו תוחם את החובה מבחינת נושאייה – מיהם האנשים שכלפיהם יש לקיים חיובים הנובעים מחוזה ולהשתמש בזכויות הנובעות מחוזה בתום-לב.

#### (ג) תחולה עניינית

תחולתו העניינית של עקרון תום-הלב היא רחבה ביותר. סעיף תום-הלב מחיל את הדרישה לנהוג בתום-לב על מילוי חובות וקיום חיובים הנובעים מחוזה ועל שימוש בזכויות הנובעות מחוזה. הסעיף חל כאשר קיים חוזה ואף כאשר החוזה הופר. כמו-כן חל הסעיף על חובות וזכויות הנובעות מחוזה ועל חובות וזכויות הנובעות מן הדין. תחולתו של עקרון תום-הלב היא קוגנטית. לא ניתן להתנות עליו, אם כי ניתן לקבוע בחוזה כי הוא מהווה סף תחתון, והצדדים נדרשים לתום-לב מוגבר. ולבסוף: דרישתו של הסעיף היא מצטברת, ומצטרפת לכל חיוב ולכל הוראה – חוזית או אחרת – במשפט הישראלי.

גם תחולתו העניינית של סעיף 12 לחוק החוזים (סעיף 163 להצעת חוק דיני ממונות) היא רחבה. הסעיף חל בין אם נכרת חוזה בתום המשא ומתן ובין אם לאו; בין אם קיימת לצדו עילת תביעה נוספת ובין אם לאו. גם בעניין זה ארהיב בפרק השביעי.

תחולתו הרחבה של עקרון תום-הלב מחייבת איפוק בהפעלת העילה הנובעת ממנו. כדברי השופט חשין: "(ש)ראוי כי איש המשפט יידרש לעילת תשתית זו רק בהיעדרן של עילות ספציפיות ולאחר בחינה מדוקדקת של עילות חלופיות מוכרות"<sup>26</sup>.

26 ע"א 2299/99 הנ"ל בה"ש 20, בעמ' 238.

## ג. מהותו של עקרון תום-הלב

### 1. משמעות העיקרון

עקרון תום-הלב, שהוכנס אל המשפט הישראלי עם חקיקת חוק החוזים הכללי בשנת 1973, שינה כליל את מפת דיני החוזים בישראל. ראשית, תחומיה של מפה זו הורחבו, וכדיני החוזים הוכלל גם השלב הטרום-חוזי. שנית, והוא עיקר: בעוד שבעבר נתפסו דיני החוזים כדינים נוקשים, רציונליים וברורים, המבטאים תפיסה אינדיבידואליסטית-קפיטליסטית, איבדו דינים אלה, עם הכנסת עקרון תום-הלב אל קרבם, את שרירותיותם וחדותם וכיום הם דינים גמישים ומתונים, המבטאים גישה מוסרית. עקרון הביצוע המושלם והמדויק שנהג — בעקבות המשפט האנגלי המקובל — בדין החוזים הקודם, פינה את מקומו לעקרון תום-הלב.

סעיפי תום-הלב בחוק החוזים מהווים צינורות שאיבה של עקרונות מוסריים אל תוך דיני החוזים. משמעות המושג תום-לב טמונה בתחום האתיקה, וניתן לבארה ולתארה באמצעות מושגים קרובים כמו נאמנות, אמונה, ישר והגינות<sup>27</sup>. עקרון תום-הלב מעניק גושפנקא משפטית לצווי מוסר: התנהגות אנושית, ביושר ובהגינות. ניתן לומר כי סעיפי תום-הלב יוצרים בין הצדדים למשא ומתן ולחווה מעין "נאמנות כפולה": נאמנות של כל צד כלפי משנהו ונאמנות שני הצדדים גם יחד לרוח העסקה ולמטרתה.

אמנם מקורו ושורשיו הרעיוניים והערכיים של עקרון תום-הלב מצויים בתחום המוסר, אולם מרגע שקיבל העיקרון נפקות משפטית, באמצעות העברתו לכלי משפטי מובהק כמו סעיפי חוק החוזים, אין לפרשו על-פי קנה מידה מוסרי אידיאלי, אלא על-פי קנה מידה של התנהגות אנושית. בחייבו התנהגות אנושית, כיושר ובהגינות, מעניק עקרון תום-הלב גושפנקא משפטית לצווי מוסר. שביל הזהב ביישומו של עקרון תום-הלב ימצא באיזון שבין מקורו האתי של העיקרון ובין צרכי המסחר. הליכה בשביל זה מכתיבה התנהגות ראויה בניהול עסקים. עקרון תום-הלב מסמן נטישה מסוימת של האינדיבידואליזם והאגואיזם, אולם אין הוא מחייב אלטרואיזם מוחלט. מכוחו של עקרון תום-הלב נדרשת התחשבות בזולת ובאינטרסים שלו, אך לא נדרשת הזנחת האינטרסים של הצד הפועל. כדברי השופט ברק באחד מפסקי-הדין שהניחו את היסודות לתורת תום-הלב הישראלית: "אמת הדבר, אין הצדדים לחוזים מלאכים זה לזה, אך שוב אל להם להיות זאבים זה לזה"<sup>28</sup>. את הדרישה הכללית לנהוג בתום-לב יש אפוא

27 ר' מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) 57.  
28 בג"צ 59/80 הנ"ל בה"ש 11, בעמ' 834. ור' גם דברי השופט ברק בד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, פ"ד מג(1) 441, 484, שלפיהם דרישת החוק היא כי "אדם לאדם — אדם".

לראות כדרישה מאוזנת של התחשבות בזולת ושיתוף פעולה עמו, להגשמת מטרת החוזה.<sup>29</sup>

להוראת תום-הלב שני פנים. מן הצד האחד כוללת ההוראה דרישה מצטרפת, המציבה חיוב נוסף לחיובים הקיימים, הוא החיוב לנהוג בתום-לב. מן הצד האחר הוראת תום-הלב היא הוראה ממתנת, המתירה במקרים נאותים סטיה מדרישות אחרות, חוקיות או חוזיות, לביצוע מושלם של החיובים, אך גם מגבילה או מסייגת זכויות חוזיות קיימות על-ידי הדרישה להפעילן בתום-לב.<sup>30</sup>

האפקט המצטרף של עקרון תום-הלב בא לידי ביטוי בכל אותם מקרים בהם נקבע כי על החייב לבצע את חיוביו הקיימים בתום-לב, או שנוסף לו חיוב<sup>31</sup>. האפקט הממתן של עקרון תום-הלב בא לידי ביטוי באותם מקרים שבהם מתיר עיקרון זה סטיה מן הביצוע המושלם של החיוב, כתנאי שהביצוע והסטיה ממנו נעשו בתום-לב. למעשה מתבטא אפקט ממתן זה בהעתקת החיוב לנהוג בתום-לב מן החייב אל הנושה והוא נובע מן הדרישה לעשיית שימוש בתום-לב בזכויות הנובעות מן החוזה.<sup>32</sup>

29 השו"ל להמשך דברי השופט ברק כבג"צ 59/80 הנ"ל כה"ש 11, כעמ' 834. ור' גם אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, 1987) 473: "תום-הלב מניח, כנקודת מוצא, שהאדם דואג לאינטרסים של עצמו. תום-הלב מבקש להבטיח, כי דאגה זו תעשה באופן הוגן ותוך התחשבות בציפיות המוצדקות של הצד השני. תום-הלב אינו מבוסס על ההנחה כי כל צד חייב לדאוג לאינטרסים של זולתו על חשבון האינטרסים של הבטחת עצמו. תום-הלב מבוסס על ההנחה כי כל צד דואג לאינטרס של עצמו, אך הוא מבקש להבטיח כי דאגה זו תיעשה בהגינות, תוך הבטחת המשימה המשותפת של הצדדים".

30 ר' ע"א 3912/90 Eximin S.A תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי, פ"ד מז(4) 64, 76, 79, שם קבע הנשיא שמגר כי שני הצדדים פעלו בחוסר תום-לב, ולפיכך יש לחלק ביניהם את הנזק. קביעה זו מתיישבת למעשה עם שני היבטיו האמורים של עקרון תום-הלב: חובת היצואן-המוכר ליידע את היבואן-הקונה שקולה כנגד ההיבט המצטרף (קיום חיובים), ואילו חובת היבואן-הקונה שלא לשבת בחיבוק ידיים שקולה כנגד ההיבט הממתן (שימוש בזכויות).

31 ר' לדוגמה את ע"א 16/80 לולו נ' סלומון, פ"ד לו(4) 70, 74: חייב ביקש לקיים חיוב של תשלום כסף לנושה, ואולם הנושה, תוך הפרת החוזה, סירב לקבל את הכסף. מכוחו של עקרון תום-הלב הוטלה על החייב החובה לדאוג להשקעת הכסף לטובת הנושה-המפר לשם שמירה על ערכו, ובהתאם לכך שוערך סכום החיוב שהיה מוטל על החייב. ודוגמה נוספת: ע"א 380/77 שלמה נ' יעקב, פ"ד לג(2) 103: שותף בסוכנות ביטוח התחייב למכור את חלקו בסוכנות לשני שותפיו. לאחר-מכן שלח השותף היוצא מכתב לסוכני המשנה במגמה להעביר את לקוחות הסוכנות אליו. מכוח דרישת תום-הלב נקבע כי לשותף היוצא היה אסור לשלוח את המכתב האמור. משלוח המכתב, אף שלא נאסר במפורש על השותף היוצא בחוזה, הוקן מתוכן את החיובים שלקח על עצמו, ולפיכך נחשב כנוגד את עקרון תום-הלב.

32 ר' דברי השופט קיסטר בע"א 338/73 חברת חלקה 677 בגוש 6133 נ' אריה כהן, פ"ד כט(1) 365, 369. ור' גם ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאניק, פ"ד לו(2) 113, 121, שבו יושם עקרון תום-הלב כדי להתיר לזכאים על-פי חוזה לסטות מהקיום המושלם והמדויק של חיובם.

## 2. תום-לב ודרך מקובלת

המושג תום-לב מופיע בסעיפים 12 ו-39, וגם בהוראות חוק אחרות שבהן הוא נכלל, יחד עם הדרך המקובלת. שני מושגים אלה כמו ירדו צמודים לעולם המשפט. עם זאת, נוטות הפסיקה והספרות להתעלם מן הדרך המקובלת, ומכל-מקום להעלות ולרומם על פניה את תום-הלב.

ואמנם, דומה כי הדרך המקובלת נועדה אך להגדרת תחומי של תום-הלב. אין לקרוא את התיבה "בדרך מקובלת ובתום-לב" ככוללת שני תנאים מצטברים, שיש לצאת ידי חובת שניהם. שני המונחים "דרך מקובלת" ו"תום-לב" קובעים אמת מידה אחת, יחידה ואחידה. הדרך המקובלת מגדירה את הגבולות שבהם יש לפעול בתום-לב, ותום-הלב קובע מהי דרך מקובלת נאותה. עם זאת, ההאצלה ההדדית של הגורמים אינה הופכת אותם לשווי ערך. יסוד תום-הלב הוא דומיננטי, בעוד שהדרך המקובלת היא אך כלי עזר לקביעת קיומו (או העדרו) של תום-הלב. לשון אחר: הדרישה לנהוג "בדרך מקובלת ובתום-לב" מתמצית בדרישה לנהוג בתום-לב, כאשר הדרך המקובלת אינה אלא אמת מידה אובייקטיבית ליישום דרישה זו<sup>33</sup>. נחיתותה של "הדרך המקובלת" באה לידי ביטוי גם בחופש ההתנאה עליה. מעקרון חופש החוזים משתמעת תקפות התנאה כזו, מפורשת או מוסקת. צד למשא ומתן או לחוזה הנוהג בתום-לב על-פי הדרך ה"מוסכמת" (אך לא "המקובלת") בינו ובין בעל דברו החוזי, לא ייחשב כמפר את דרישת סעיף 12 או סעיף 39. לעומת זאת, דרישת תום-הלב מהווה דרישה קוגנטית שאין להתפשר עמה. פירושה כדרישה דיספוזיטיבית יעשה פלסתר את כוונת המחוקק ואת מטרתם של סעיפי תום-הלב<sup>34</sup>. הוראות הסעיפים 12 ו-39 משלבות אפוא בחובן יסוד קוגנטי ויסוד דיספוזיטיבי<sup>35</sup>. הדרך המקובלת ניתנת להתנאה, והופכת אז לדרך מוסכמת, ואילו יסוד תום-הלב מצוי מחוץ לכוח ההתנאה של הצדדים.

הדרישה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב שקולה, לדעתי, לדרישת סעיף 242 ל-B.G.B. הגרמני לנהוג "בתום-לב על-פי הנהוג" או "בתום-לב תוך התחשבות בנהוג"<sup>36</sup>. הנהוג שמדובר בו הוא הליכות מסחר ואורחות התנהגות שאנשי מסחר

33 ר', למשל, ע"א 352/74 דנקנר נ' פסט את מטרני, פ"ד (2) 796, 803-804, שבו שימשה הדרך המקובלת של בנק במישכון יהלומים כדי לעצב ולתחום את תום-הלב של הבנק (על החוזה דנא לא חל חוק החוזים הכללי, ותום-הלב שגרון בפסק-הדין הוא על-פי חוק המישכון).

34 לא נראה לי כי ניתן להסיק מסקנה שונה מדברי השופטת בן-פורת בע"א 829/80 שיכון עובדים נ' זפניק, פ"ד (1) 579, 585, שלפיהם אין מגיעה שצד הנפגע מהפרתו של עקרון תום-הלב יותר בדיעבד על הזכויות הנובעות מהפרה זו.

35 לחלוקה שונה של יסודות קוגנטיים ודיספוזיטיביים בעיקרון אחד (חובת הנאמנות של השלוח) השוו: ברק, חוק השליחות, בעמ' 134-135.

36 וזה לשון סעיף 242 ל-B.G.B. במקורו: Der Schuldner is verpflichtet die Leistung so zu

מקיימים אותן ונוהגים לפעול לפיהן באופן מתמשך, כך שקיימת ציפיה לחזרה עליהן. הדרך המקובלת היא הדרך הנוהגת בפועל.

פירוש זה של הדרישה להתנהגות בדרך מקובלת ובתום-לב כדרישה אחת, שעיקרה דרישת תום-הלב, בעוד הדרך המקובלת טפלה לדרישה זו ומהווה אך אמצעי ליישומה, מסייע גם להימנע ממבוי פרשני סתום. למבוי כזה עלולים להגיע במקרים של ניגוד פנימי בין התנאים, כאשר הדרך המקובלת בענף מסחרי מסוים כוללת תחבולות ומרמה, ואינה מתיישבת עם דרישת תום-הלב. הדרישה לפעול על-פי הדרך המקובלת היא אפוא דרישה משנית וטפלה לדרישת תום-הלב, והיא נועדה אך לסייע בעיצובה של דרישה אחרונה זו.

בהצעת חוק דיני ממונות – הן בסעיף הכללי הקובע את עקרון תום-הלב (סעיף 2) והן בסעיף המיישם את חובת תום-הלב למשא ומתן (163) – יופיע המונח "תום-לב" בבדידותו, בלי המושג התאום "הדרך המקובלת". ההחלטה להימנע בעתיד מהשימוש במונח "דרך מקובלת" נבעה מהבעייתיות במשמעותו הרגילה של מונח זה שהיא נקיסת פעולות בדרך הנוהגת. המונח "הדרך המקובלת" היווה למעשה תרגום לא מדויק של סעיף 242 בקודקס האזרחי הגרמני (ה-B.G.B.) הקובע את דרישת תום-הלב "תוך התחשבות בנוהג". תרגום זה גרם לסיבוכים וקשיים, שנפתרו על-ידי פירוש התיבה "בתום-לב ובדרך מקובלת" כקובעת אמת מידה אחת ואחידה. יתר על כן: היסוד האובייקטיבי. יסוד ההגינות, שהיה אולי<sup>37</sup> סמון במונח זה, נכלל כיום בפירוש האובייקטיבי של מושג תום-הלב<sup>38</sup>. לפיכך אין בהשמטת המונח "דרך מקובלת" כדי לשנות מהדין הקיים בכל הנוגע לפרשנות הביטוי "בתום-לב ובדרך מקובלת". הוראות תום-הלב יוסיפו אפוא להתפרש כפי שפורשו עד כה, ואף ההלכות שיישמו הוראות אלה יוסיפו לעמוד בתוקפן.

### 3. אמת המידה של עקרון תום-הלב

בפסיקת בית-המשפט העליון נקבע כי מבחנו של עקרון תום-הלב הוא בעיקרו אובייקטיבי, במובן זה שעניינו בצורת התנהגות הנקבעת לפי אמות-מידה כלליות, שעל-פיהן מסיקים מהי ההתנהגות הראויה שיש לצפות לה מצד לתווה. מבחן זה נוסח על-ידי השופט ברק בפרשת שירותי תחבורה, במסגרת הפעלת

.bewirken, wie True und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern ובתרגום חופשי: החייב מחוייב לקיים את ההתחייבות כפי שדורש תום-הלב, ובהתחשב בנהגי המסחר.

37 ר' השקפת השופט מ' חשין ברע"א 6339/97 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 255, שלפיה הדרך המקובלת היא הדרך שראויה כי ילכו בה, ויסוד הדרך המקובלת מוסיף יסוד אובייקטיבי של הגינות לדרישת תום-הלב. השקפה זו נדחתה באיתו פסק-דין על-ידי הנשיא ברק: שם, בעמ' 284.

38 ר' בסמך, הדין באמת המידה של עקרון תום-הלב.



סעיף 39<sup>39</sup>. כבר בפסק-דין זה ראה השופט ברק את עקרון תום-הלב כצינור המכניס לשיטת המשפט בישראל יסוד של גמישות ומאפשר לשיטה להתאים את עצמה לצרכי החיים המשתנים. עקרון תום-הלב משקף לדעתו את "הסטנדרטים הערכיים הראויים של החברה הישראלית כפי שבית-המשפט מבין אותם מעת לעת"<sup>40</sup>. מראייתו של השופט ברק את עקרון תום-הלב כאמת מידה פתוחה, המשקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית באשר להתנהגות ראויה בין בני-אדם, וכצינור שדרכו שואב המשפט רעיונות חדשים, נבעה כמעט בהכרח ראיית אמת המידה של עקרון תום-הלב כאמת מידה אובייקטיבית, או לפחות אמת מידה "מעורבת"<sup>41</sup>, כעלת יסודות אובייקטיביים דומיננטיים.

מיד לאחר פסק הדין בפרשת שירותי החברה יושם המבחן שנקבע בו גם לגבי סעיף 12 ושלב המשא ומתן<sup>42</sup>.

מבחן תום-הלב הוא אפוא מבחן אובייקטיבי, שתוכנו התחשבות סבירה ומקובלת בזולת<sup>43</sup>. עם זאת משמשים במבחן זה גם יסודות סובייקטיביים כמו טיב העסקה ואופי הצדדים<sup>44</sup>, ועל כן זכה המבחן לכינוי "מעורב"<sup>45</sup>.

כשני עשורים לאחר שנקבע המבחן האובייקטיבי נתגלעה — בפרשת רוקר<sup>46</sup> — מחלוקת עיונית חריפה ועמוקה בין השופטים ברק וחשין בשאלה מהי אמת המידה הנאותה לתחולת עקרון תום-הלב: אמת מידה אובייקטיבית או אמת מידה סובייקטיבית. בעוד השופט חשין מביע את הדעה שהמושג תום-לב טעון פירוש על-פי מבחן סובייקטיבי, חוזר השופט ברק על דעתו, שקנתה לה אחיזה איתנה בפסיקה, ולפיה המושג תום-לב מבטא אמת מידה אובייקטיבית. הנשיא ברק מבסס את דעתו באמצעות פירוש סעיפי תום-הלב על-פי תכלית החקיקה. כדבריו: "הגשמת התכלית המונחת ביסוד דרישת 'תום-הלב' שבסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים מחייבת מתן מובן 'אובייקטיבי' לדיבור 'תום-לב'<sup>47</sup>". לדעת הנשיא ברק הערכים והעקרונות של המשפט הישראלי הם שיקבעו מהו תום-לב. הם, ולא מצב נפשם של הצדדים לחוזה. על דעה זו חולק — בעצמה ובחדות — השופט חשין. לדעתו מפקיע הפירוש האובייקטיבי של מושג תום-הלב את המושג מפשרותו

39 בג"צ 59/80 הנ"ל כה"ש 11, בעמ' 835.

40 שם, שם.

41 ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לז(1) 533, 544; ע"א 11/84 רבינוביץ נ' שלב, פ"ד מ(4) 533, 546.

42 ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 689. להרחבה ר' בפרק השביעי להלן.

43 ע"א 701/79 הנ"ל כה"ש 32, בעמ' 120.

44 בג"צ 59/80 הנ"ל כה"ש 11, בעמ' 835.

45 ע"א 207/79 הנ"ל כה"ש 40, בעמ' 544.

46 רע"א 6339/97 הנ"ל כה"ש 7.

47 שם, בעמ' 283.

ומשמעותו הרגילה. גם אם מבחנים אובייקטיביים הם המסייעים כדי לברר אם אדם נהג בתום-לב "בסוף כל הסופות תוכרע שאלת תום-לבו של אדם על-פי הנעשה בלבו פנימה"<sup>48</sup>. המושג תום-לב, אליבא דשופט חשין, הינו מושג סובייקטיבי, שעניינו בלבו של אדם ובמצב דעתו, ולא בעקרונות וכסטנדרדים חיצוניים.

אף אני — כמו השופט חשין — סברתי בעבר כי אמת מידה מוסרית חייבת להיות פנימית ולפיכך תום-הלב טעון פירוש סובייקטיבי. וכך כתבתי: "תום-הלב פירושו יושר והגינות ומשמעותו זהות בין כוונה והתנהגות"<sup>49</sup>.

דעה זו התקבלה על-ידי השופט י' כהן בפסק-דינו בפרשת ספקטור<sup>50</sup>, באומרו: "...אני נוטה לדעה של גב' שלו... בעיקר מהטעם שהביטוי 'תום-לב' כפשוטו ובמובנו הרגיל משמעותו היא סובייקטיבית, ואין אני רואה כל סיבה להוציאו לצורכי סעיף 12 מפשוטו..."<sup>51</sup>.

דא עקא, שזמן לא רב לאחר שכתב דברים אלה הצטרף השופט י' כהן, אם כי באורח סתמי וכללי, לפסק-דינו של השופט ברק בפרשת שירותי תחבורה<sup>52</sup>, פסק-דין שבו נקבע לראשונה המבחן האובייקטיבי (או המעורב) ליישום עקרון תום-הלב. בפרשת שירותי תחבורה הופעל המבחן האובייקטיבי במסגרת סעיף 39, אולם עד מהרה הוא יושם גם לגבי סעיף 12 ושלב המשא ומתן<sup>53</sup>.

דבריו של השופט חשין לגבי מבחנו של תום-הלב כובשים את הלב ואת השכל. אכן, תום-הלב — כמשמעותו הפשוטה — הוא בלבו של האדם פנימה, ומשמעותו: שפיו ולבו של הנושא ונותן או של הצד לחוזה יהיו שווים. המבחן הסובייקטיבי, חרף קשייו, משקף את רוח חופש החוזים, בעוד המבחן האובייקטיבי פוגע ברוח זו ומגביל חופש זה, על-ידי החלפת תום-לבו של האדם הפועל בתפיסתו הערכית של בית-המשפט הדין בסכסוך החוזי.

עם זאת, צודק השופט חשין באומרו כי כיום, כעשרים שנה לאחר שנקבע המבחן האובייקטיבי, הוויכוח בשאלת המבחן הנאות ליישום עקרון תום-הלב הוא תאורטי בעיקרו. בלשונו היפה של השופט חשין: "...השנים וההלכה צרו צורות, טבעו דפוסיים וחרצו חריצים בדין ובלשון... התיבות 'תום-לב' בחוק החוזים פורשו בהלכה כמחייבות מדרים אובייקטיביים וראויים לחברה בישראל, ומשא ההסטוריה כבר עלינו"<sup>54</sup>.

48 שם, בעמ' 252.

49 גבריאלה שלו, "סעיף 12 לחוק החוזים: תום-לב במשא ומתן" משפטים ז (תשל"ז) 118, 121.

50 ע"א 833/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231.

51 שם, בעמ' 248.

52 בג"צ 59/80 הנ"ל בה"ש 11.

53 ד"נ 7/81 הנ"ל בה"ש 42, בעמ' 689.

54 רע"א 6339/97 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 256.

4. ישום העיקרון

(א) כללי

מושג תום-הלב אינו ניתן להגדרה ממצה מראש, ותוכנו נקבע בדיעבד על-פי המקרים שבהם הופעל הלכה למעשה<sup>55</sup>. ניסיון להגדיר באורח ממצה את משמעותו של עקרון תום-הלב הוא נסיון נפל. סעיפי תום-הלב קובעים קטגוריה שיורית, שקיומה חיוני לשיטה פתוחה של צדק חוזי<sup>56</sup>. בהיותו מושג יחסי ודינמי, אין מושג תום-הלב ניתן להגדרה עצמאית או לרדוקציה לכללים נוקשים, אלא הוא רוכש את תוכנו מן האירועים שהתרחשו והדרך הקזואיסטית שבה יושם מושג זה כלפיהם. קשיי הגדרתו של עקרון תום-הלב נובעים גם מכך שעיקרון זה אינו מכתוב מראש אורחות התנהגות, אלא רק שולל התנהגויות מסוימות. קשה לומר אימתי קיים תום-לב במערכת עובדתית נתונה; קל ושכיח יותר להצביע על העדרו<sup>57</sup>. יתר על כן: הפעלתו בפסיקה של המושג "תום-לב" מראה כי ניתן לתארו כ-excluder, לאמור: מונח שאין לו מובן משל עצמו אלא תפקידו לשלול צורות שונות של התנהגות. מתוך מה שאומרים השופטים על חוסר תום-לב ניתן להפיק את משמעותה הפוזיטיבית של דרישת תום-הלב. למשל: מפסק-דין הקובע כי מוכר שלא גילה פגם בממכר פעל בחוסר תום-לב, ניתן ללמוד את חובת הגילוי של עובדות מהותיות<sup>58</sup>.

הדרך המתודית הנאותה לתיאור מושג תום-הלב ולהבנתו היא אפוא הדרך הקזואיסטית-הקונקרטית, וזו אכן הדרך שבה הלך בית-המשפט מאז פורסם חוק החוזים הכללי: לא באמצעות קביעת מערכת כללים נוקשה מראש, אלא בהתפתחות הדרגתית וזהירה; כדברי השופט אלון בפסק-הדין הראשון שבו פורש ויושם סעיף 39: "עד אשר כבוא הזמן יתגבשו, אולי, מספר הנחיות וכללים באופן שימושו של עקרון זה"<sup>59</sup>. ניתן לומר כי היום, שנים רבות לאחר קליטתו הראשונה של עקרון

55 כך גם בגרמניה, מכורת העיקרון. ר' Horn, Kötz, Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction* (Oxford, 1982) 138.

56 השו: Kessler and Fine, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study" 77 *Harv.L.Rev.* (1964) 401, 449.

57 ולפיכך יש הסוברים כי אין כלל צורך להגדיר במדויק תום-לב מהו, כאשר "כשאנו נתקלים בחוסר תום-לב מיד מבחינים בו בתור שכזה": חיים כהן, המשפט (מוסד ביאליק, מהדורה שניה, 1996) 788.

58 השו: Summers, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code" 54 *Va.L.Rev.* (1968) 195, 199-209. גישה אחרת למהותו וליישומו של עקרון תום-הלב היא זו של המלומד Burton, המשתית את העיקרון על האסכולה הכלכלית. לתיאור כללי של גישה זו ר' זמיר, חוק המכר, בעמ' 166-168. ע"א 148/77 הנ"ל בה"ש 1, בעמ' 629. ור', עוד קודם לכן, דברי השופט ש' לוינ בע"א 800/75 קוט נ' ארגון הדיירים, פ"ד לא(3) 813, 818.

תום-הלב בסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, התגבשו כבר כמה הנחיות וכללים כאלה, ועוד ידו של בית-המשפט נטויה.

חרף הקשיים בהגדרת מושג תום-הלב ובמיצויו על-ידי תיאור המצבים הנכללים בגדרו, מן הראוי להציב גבולות להיקף תחולתו של עקרון תום-הלב. גבולות אלה נדרשים כדי שלא לפגוע יתר על המידה בחיי המסחר, בחופש החוזים ובציפיות הצדדים. בקביעת היקף תחולתו של עקרון תום-הלב יש להתחשב במכלול נתונים משתנים, כמו מהות הזכות שנפגעה, עצמת הפגיעה בזכות, תוצאות הענקת הסעד המבוקש והתנהגות הצדדים<sup>60</sup>.

(ב) חווי יחס

סוג החוזה העומד לדיון מהווה גורם חשוב בקביעת עצמת התחולה של עקרון תום-הלב.

כתלק מהתפיסה המוסרית-חברתית של החוזה ושל דין החוזים והמגמה של מעבר מפורמליום לערכיות, במשפט המודרני בכלל ובדיני החוזים בפרט, התפתחה במשפט האמריקני תיאוריית חווי היחס<sup>61</sup>. בבסיס תאוריה זו טמונה ההבחנה בין "חווי עסקה" (transaction contracts) ובין "חווי יחס" (relation contracts): בעוד שחוזה עסקה הוא חוזה קצר מועד וביצועו חד-פעמי, חוזה יחס הוא חוזה ארוך טווח המושתת על מערכת יחסים נמשכת בין הצדדים. כמובן שהבחנה זו אינה חדה וחלקה; בחוזים רבים מתקיימים בעת ובעונה אחת יסודות המאפיינים הן חווי עסקה והן חווי יחס. עם זאת, התאוריה של חווי היחס מסייעת להבנה מעמיקה יותר של דיני החוזים ושל תחולתו של עקרון תום-הלב במסגרת דינים אלה. פרופ' מקגיל, אבי התאוריה של חווי יחס, הדגיש בכתביו הרבים את שיתוף הפעולה והסולידריות הנדרשים מצדדים לחווי יחס. המודל של חווי יחס מתאפיין בגמישות ובדינמיות של הקשר החווי ובנכונות מוגברת של הצדדים לחוזה לנהוג בתום-לב. לפיכך, כאשר מזהה בית-המשפט חוזה יחס, משמעות הזיהוי היא גם החלה אינטנסיבית וכרמה גבוהה של עקרון תום-הלב.

60 השוו לדברי השופט י' טירקל ברע"א 6339/97 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 242-243.  
61 Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry Into Modern Contractual Relations* (New Haven, 1980); Macneil, "The Many Futures of Contracts" 47 *S. Cal. L. Rev.* (1974) 691; Macneil, "Contracts: Adjustment of Long Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law" 72 *Nw. U. L. Rev.* (1978) 854; Macneil, "Economic Analysis of Contractual Relation: Its Shortfalls and the Need for a Rich Classificatory Apparatus" 75 *Nw. U. L. Rev.* (1981) 1018; Macneil, "Values in Contract; Internal and External" 78 *Nw. U. L. Rev.* (1983) 340; Macneil, *The Relational Theory of contract: Selected Works of Ian Macneil* (Campbell ed., 2001) 394-391.

במשפטנו אומצה ההבחנה בין חוזי עסקה וחוזי יחס בפסק-דין שעסק בחוזה של בית אבות. השופט ברק איפייץ את החוזה בין מפעיל בית אבות ובין דייר העובר להתגורר בו כחווה יחס<sup>62</sup>. עוד קודם לכן הגדיר השופט ברק חוזה הפצה כחווה יחס<sup>63</sup>. ניתן אפוא להניח כי גם בעתיד, כאשר יגיעו לדיון ולפירוש חוזים ארוכי טווח שיאופיינו כחוזי יחס, יפעיל בית-המשפט לגביהם את דרישת תום-הלב ביתר שאת.

## 5. תחולה קונקרטיית

(א) כללי

מבחינה טכנית-דוגמטית ניתן לחלק את תחולתו של עקרון תום-הלב לשתי תקופות: התקופה הטרומ-חוזית, שעליה שולט ואותה מסדיר סעיף 12, והתקופה החוזית, שעליה שולט ואותה מסדיר סעיף 39. סעיף 39 מחיל את עקרון תום-הלב הן לגבי קיום חיובים והן לגבי שימוש בזכויות. ניתן אפוא לתאר שלושה מישורים שבהם חל עקרון תום-הלב: המישור הטרומ-חוזי, מישור קיום החיובים ומישור השימוש בזכויות<sup>64</sup>. במישור הטרומ-חוזי נדון בפרק השביעי. כאן תידון תחולתו הקונקרטית של סעיף 39, על שני חלקיו.

(ב) תום-לב בקיום חיובים

(1) כללי

במישור זה של תחולת עקרון תום-הלב, המעוגן פורמלית ברישא של סעיף 39, מחויב כל צד לחוזה לפעול כחריצות ובהגינות להגשמת כוונתם המשותפת של הצדדים, בהתאם לרוח העסקה ותוך שיתוף פעולה עם הצד האחר והתחשבות באינטרסים שלו.

מקביעה רחבה זו ניתן לחלץ כמה קטיגוריות מרכזיות של חוסר תום-לב בקיום חיובים, אשר מצאו ביטוי גם בשורת פסקי-דין של בית-המשפט העליון.

(2) העדר חריצות בקיום החוזה

אחת מן הקטגוריות המרכזיות של חוסר תום-לב בקיום חיובים היא העדר

62 רע"א 1185/97 מילגרם נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145. ר"ר גם ע"א 9946/01 אררט נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נח(1) 103, 115, שם מבחינה השופטת חיות, אגב דיון בהסכם שיפוי בין חברת ביטוח ובין המוסד לביטוח לאומי, בין חוזים ארוכי טווח, שחווה יחס הוא אחד מהם.

63 ע"א 554/83 אתא נ' זולטולוב, פ"ד מא(1) 282.

64 כזכור, אלה אינם מישורי התחולה היחידים של עקרון תום-הלב. עיקרון זה הוחל כאמצעות סעיף 61(ב) לחוק החוזים, גם מעבר לתחום החוזי. ר' לעיל בעמ' 90-94.

חריצות בקיום החוזה. קטגוריה זו נובעת במישורין מהגדרתה לעיל של החובה לנהוג בתום-לב בקיום חיובים כחובה לפעול בחריצות ובהגיונות להגשמת כוונתם המשותפת של הצדדים. דוגמה אפשרית לקטגוריה זו היא מקרה בו מוכר נכס מתמהמה בטיהור זכותו הקניינית משיעבודים הרובצים עליה. היבט נוסף של העדר חריצות בקיום החוזה מצא ביטוי באחד מפסקי-הדין של בית-המשפט העליון, בו נחשבה נסיעת קונה דירה לחו"ל, מבלי שסיכם סידורים להשלמת העסקה, כמנוגדת לדרישת תום-הלב<sup>65</sup>.

### (3) פגיעה ברוח העסקה ובמטרתה

קטגוריה נוספת הנותנת ביטוי רחב לחוסר תום-לב בקיום חיובים היא פגיעה ברוח העסקה ובמטרתה. פעולות של צד לחוזה המהוות פגיעה כזו תיתכנה גם תוך שמירה דוקנית על לשון החוזה.

כך לימדנו השופט אלון בפרשת לסרסון: "... עקרון תום-הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים בא להורות על קיומו וביצועו של חיוב מחיובי החוזה בדרך עשית הישר והטוב ומתוך רצון לקיים את כוונתם של הצדדים לחוזה לפי רוחו של החיוב ולא רק לפי אותיותיו הטכניות והפורמליות, שבהן הוא נוסח..."<sup>66</sup>.

במקרה אחד קבע בית-המשפט העליון כי חברת ביטוח שהערימה קשיים על דרכו של מבוטח למימוש זכויותיו פעלה בחוסר תום-לב<sup>67</sup>. בנסיבות אחרות ביקשה חברה להקים עסק שיתחרה בעסק המשותף לבעלי החוזה. בית-המשפט קבע שעליה להמנע מכך, בגוורו חובה זו מן החובה הכללית לקיים חיובים חוזיים בתום-לב<sup>68</sup>. בהקשר אחר, אגב דיון בקשר התיווך, קבע הנשיא שמגר כי העסקת מתווך קש או שהייה מכוונת בכריתת החוזה, והכל כדי למנוע תשלום דמי תיווך, מנוגדים לדרישת תום-הלב<sup>69</sup>.

### (4) אי-גילוי

מבחינה אנליטית נמנית חובת הגילוי בתקופת החוזה על היבטיה הכולטים של

65 ע"א 701/79 הנ"ל בה"ש 32.

66 ע"א 391/80 לסרסון נ' שייכן עובדים, פ"ד לח(2) 237, 263.

67 ע"א 191/80 הפניקס נ' מלון דבורה, פ"ד לה(4) 714, 722. במקרה זה הופרה חובת תום-הלב בשני מישורים, אם כי פסקי-הדין אינו מבחין ביניהם. תחילה הערימה חברת הביטוח קשיים על המבוטח בקיימה בחוסר תום-לב את חיוביה החוזיים. הרכב התבטא בפער גדול בהערכת היקף הכינון ובפרשנות מגמתית שנתנה החברה לסעיף הבוררות שבפוליסה. בכך יצרה החברה מצב בו קמה לה זכות לסרב לבקשת המבוטח להאריך את מועד הכינון. בסרבה לבקשה זו גם עשתה החברה שימוש בחוסר תום-לב בזכותה החוזית.

68 ע"א 415/88 החברה הכלכלית לאילת נ' ברטון תכנון וייצור, פ"ד מג(4) 672.

69 ע"א 2144/91 מוסקוביץ נ' אסתר ביר, פ"ד מח(3) 116, 122.

החובה להמנע מפגיעה ברוח העסקה ובמטרתה. חובה זו הוסקה מעקרון תום-הלב במספר מקרים. במקרה אחד נקבעה חובתו של עובד לגלות את כוונתו להתפטר במהלך חוזה עבודה<sup>70</sup>. במקרה אחר נקבעה חובתו של מוכר לגלות את כוונתו להחליף את הממכר המתואר בחוזה בממכר אחר לפי בחירתו<sup>71</sup>.

בהקשר של חוזה רשות לפינוי שדות התעופה בסיני נקבע כי המדינה פעלה בחוסר תום-לב אשר התבטא בשני מישורים: האחד, בכך שהעלימה מן הקבלן שזכה במכרז, גם לאחר כריתת החוזה, את העובדה שהיא מנהלת משא ומתן מקביל עם הכח הרב-לאומי. השני, בכך שהמשיכה לנהל משא ומתן זה, ביודעה שהקבלן משקיע זמן, ממון ופעילות במגמה לבצע את המוטל עליו על-פי החוזה<sup>72</sup>.

במקרה נוסף קבע בית-המשפט כי חובת תום-הלב המוטלת על צדדים להסכם יזמות מחייבת אותם לשמור איש את רעהו בתמונה המלאה של ניהול הפרוייקט<sup>73</sup>. בפסק-הדין בפרשת אקסימין נקבע כי צד לחוזה שלא גילה לרעהו את אפשרות התרחשותו של נזק, בהניחו שהצד השני ישא בנזק זה, הפר את חובת תום-הלב<sup>74</sup>. בהקשר של חוזה ביטוח נקבע כי חובת הגילוי במהלך המשא ומתן לעריכת חוזה ביטוח אינה מוטלת רק על המבוטח, אלא גם על המבטח. כדברי הנשיא שמגר: "עקרון גילוי הלב איננו חד-צדדי. אמנם, ברגיל המבוטח הוא שמתבקש למלא את הצעת הביטוח ולענות על השאלות הכלולות בה, אך תחולתה של החובה היא על שני הצדדים לחוזה כי הוא מטיל עליהם חביות הדדיות"<sup>75</sup>.

#### (5) אי-שיתוף פעולה

קטגוריה נוספת של חוסר תום-לב בקיום חיובים היא הקטגוריה של אי-שיתוף פעולה של צד לחוזה עם משנהו. בדומה לחובת הגילוי נמנה גם אי-שיתוף הפעולה על היבטיה של החובה הכללית להמנע מפגיעה ברוח העסקה ובמטרתה. בפסק-הדין בפרשת אקסימין נדון מקרה בו צדדים לחוזה מכר בינלאומי לא שיתפו פעולה זה עם זה. שני הצדדים היו חלוקים ביניהם באשר לנטל האחריית לביצוע פעולות שונות במסגרת החוזה. במקום להסדיר וליישב את ההדורים בינו

70 ר' דברי השופט ברנזון בבג"צ 566/76 הנ"ל בה"ש 11, בעמ' 209.  
71 ע"א 140/78 פריימן נ' פקר, פ"ד לג(2) 161, 167-168 (על החוזה דגן לא חל חוק החוזים הכללי, ותום-הלב שנדון בפסק-הדין הוא על-פי סעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968).  
72 ר' דברי השופט אור בע"א 144/87 מדינת ישראל נ' פבר, פ"ד מד(3) 769, 781. על תום-לב בחוזה רשות ר' ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נג(1) 743, 761; ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28, 45-46 וכן ספרי חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית, בעמ' 39-44.  
73 ע"א 262/86 רוט נ' דיק, פ"ד מה(2) 353, 370.  
74 ע"א 3912/90 הנ"ל בה"ש 30, בעמ' 76.  
75 ע"א 4819/92 אליהו נ' ישר, פ"ד מט(2) 749, 766.

לבין רעהו, פעל כל אחד מן הצדדים על-דעת עצמו, בהתעלמו מנזק אפשרי אותו הוא צפה, ובהניחו כי הצד השני ישא בנזק זה. במקרה זה, בו התבטא אי-שיתוף הפעולה בעיקר באי-גילוי הדדי, קבע הנשיא מ' שמגר כי התנהגותו של כל אחד מהצדדים עולה כדי חוסר תום-לב בביצוע החוזה.<sup>76</sup>

(6) גילוי סודות מסחריים

בפסיקת בית-המשפט העליון אומצה עמדת השופט מ' גולדברג, נשיא בית הדין הארצי לעבודה, שלפיה ניתן לגזור מעקרון תום-הלב את חובת העובד לשמור על סודות עסקיים של המעביד, לא לנצלם לצרכיו הוא או לצרכי זולתו ולא לגלותם אלא ברשות המעביד.<sup>77</sup>

(ג) תום-לב בשימוש בזכויות

(1) כללי

במישור זה של תחולת עקרון תום-הלב, המעוגן פורמלית בסיפא של סעיף 39, מחויב כל צד לחוזה להתחשב בצד האחר ובמטרת החוזה כאשר הוא מגשים את זכויותיו החוזיות.

כלל רחב זה מצא ביטוי רב בפסיקת בית-המשפט העליון. בית-המשפט שב וקבע כי סירוב בעל-חוב לקבל מסמך סחיר<sup>78</sup> או התחמקותו מקבלת תשלום<sup>79</sup>, סירוב מוכר לקבל את התחייבות הבנק להעביר כספי הלוואה לאחר רישום המשכנתא<sup>80</sup>, ובאופן כללי אי מתן אפשרות לחייב להינקות מן החוב<sup>81</sup>, מהווים שימוש שלא בתום-לב בזכות הנובעת מן החוזה.

מכיוון שפעמים רבות באה הזכות החוזית לעולם כשהיא שלובה בחיוב חוזי ואף נובעת ממנו, יש להבחין בין קיום החיוב החוזי ובין שימוש בזכות החוזית. הגם שעקרון תום-הלב חל על שניהם, הפעלתו ומבחניו שונים. נראה כי כאשר מדובר בשימוש בזכות חוזית, הדרישה לתום-לב אינה כה גבוהה כמו לגבי קיום חיוב חוזי<sup>82</sup>.

76 ע"א 3912/90 הנ"ל בה"ש 30, בעמ' 76.

77 בג"צ 1683/93 יבין פלס נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702, 707.

78 ע"א 44/81 ולירו נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, פ"ד לז(1) 732.

79 ע"א 680/83 קרוש נ' עמור, פ"ד לח(2) 547, 555.

80 ע"א 702/80 גלפנשטיין נ' אברהם, פ"ד לז(4) 113, 121.

81 בג"צ 640/77 הנ"ל בה"ש 21, בעמ' 78-79.

82 לא תמיד ידע בית-המשפט העליון להבחין בין שני חלקיה של הוראת תום-הלב. ר', למשל, ע"א 391/80 הנ"ל בה"ש 66, שבו דן בית-המשפט בהוראת תום-הלב שבסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968. סעיף זה מבחין גם הוא בין החובה לקים חיובים הנובעים מחוזה מכר בתום-לב לבין החובה להשתמש בזכויות הנובעות מחוזה כזה בתום-לב. בית-המשפט גזר מעקרון תום-הלב את חובתה של חברת שייכון עובדים להתקין גרנטור בבניין ירידת אותו



באורח כללי ניתן לומר כי מהות הזכות, אופן השימוש בה ונסיבות העניין בדרך כלל, יהיו נתונים רלבנטיים לפתרון השאלה אם נעשה שימוש בחוסר תום-לב בזכות החוזית.

(2) עמידה דווקנית על זכות

מתחלתו של עקרון תום-הלב על שימוש בזכויות חוזיות נובע כי יש להפעיל כל זכות חוזית בתום-לב. לפיכך צד לחוזה העומד בדווקנות על זכויותיו החוזיות עלול להיחשב כפועל בחוסר תום-לב.

ברוח זו פסק בית-המשפט העליון במקרה שבו סרב צד לחוזה לקבל תשלום כעבור יום מן המועד שנקבע. התברר כי נפלה טעות והחייב ביקש לתקנה על אתר, וכי לאיחוד עצמו לא נודעו השלכות כלשהן על הזכאי. בנסיבות אלה נקבע כי הסירוב לקבל תשלום אינו הוגן, והוא נטול תום-לב.<sup>83</sup>

התשובה לשאלה אם בעל זכות פעל, במימוש זכותו, בחוסר תום-לב, תלויה, כמובן, בנסיבות המקרה. במקרה אחד דן בית-המשפט העליון בשאלה אם בנק שנתן הפטר חלקי לאחד הערבים בלי להודיע על כך לערבים אחרים, כפי שהיה רשאי לעשות לפי לשונו של הסכם הערבות, נהג שלא בתום-לב. על כך השיב בית-המשפט, מפי הנשיא שמגר כי "עצם העמידה של הבנק על זכותו החוזית ועשיית השימוש בה אין בה, כשלעצמה, משום חוסר תום-לב".<sup>84</sup>

אולם אין להסיק מכך כי בכל מקרה שבו בנק גרם לפקיעת ערבות של צד אחד,

בנתה. עם זאת לא דייק בית-המשפט בקובעו (בעמ' 253) כי עניין התקנת הגנטור "מצוי בתחום הדיבור 'השימוש בזכות הנובעת מן החוזה'", שכן למעשה מדובר היה בתובתה של שיכון עובדים לקיים את חיוביה בתום-לב. השוו גם לע"א 617/85 עופר נ' הס, פ"ד מו(1) 23, 36, שבו קבע בית-המשפט כי "במצב דברים שכזה היתה לקונים זכות חוזית להעביר חלק מתמורת ההסכם עד לתאריך מסוים... ואין לראות בהפסד... משום ביצוע חיוב שלא בתום-לב". למעשה לא מדובר במקרה זה בכיצוע חיוב אלא בשימוש בזכות חוזית שקמה כתוצאה מן האופן בו הוגדרו הגבולות לביצוע החיוב על-פי החוזה. סעיף 5 לחוזה בין הצדדים קבע כי חלק מן התמורה החוזית תועבר עד לתאריך מסוים, ולפיכך היתה לקונים הזכות להעביר את הסכום המדובר בכל זמן שיבחרו עד תום המועד החוזי. גם בע"א 528/89 שמואליאן נ' אהרוניאן, פ"ד מו(5) 54, 58, לא דייק בית-המשפט. פסק-הדין עסק בקבלן שאיחר במסירת דירה, וניסה להצדיק את אי-מסירת הדירה בכך שהקונים לא שילמו את מלוא מחיר הדירה. בית-המשפט קבע כי הסכום שנותר לתשלום היה פגוט, ועליכן לוקה טענתו של הקבלן בחוסר תום-לב. בית-המשפט הגדיר את הסתרותו של הקבלן מאחורי הטענה האמורה כחוסר תום-לב בכיצוע החוזה. גם כאן, כמו בע"א 617/85 הנ"ל, אין לומר כי מדובר בקיום חיוב של בתום-לב אלא בשימוש שלא בתום-לב בזכות הנובעת מחוזה.

83 רע"א 1233/91 גרבי נ' בן דוד, פ"ד מה(5) 661, 667; דויטש במאמרו הנ"ל בה"ש 6, בעמ' 264-269, רואה בפסק-דין זה סטייה מן הכלל המסייג את תחולת עקרון תום-הלב לשימוש בזכויות ולא לשינויים בהן.

84 ע"א 538/86 זמיר נ' הבנק הבינלאומי לישראל, פ"ד מב(4) 433, 436.

ללא ידיעת יתד הערבים, עדיין הוא מוחזק כמי שפעל בתום-לב. ואמנם, במקרה מאוחר יותר, שבו שחרר בנק ערכות בנקאית ללא ידיעתו של הערב האחר, אם כי בהסתמך על סעיף פטור בהסכם הערכות, פסק השופט זמיר כי הערב רשאי להתגונן מפני תביעת הבנק לתשלום בטענה של חוסר תום-לב<sup>85</sup>.

יש לחזור ולהטעים כי עצם העמידה של צד על זכותו החוזית המפורשת ועשיית שימוש בה, אינן מהוות כשלעצמן חוסר תום-לב<sup>86</sup>. נדרשות נסיבות מיוחדות המצביעות על העדר תום-לב<sup>87</sup>.

כך, למשל, נקבע בפסק-דין של בית-המשפט העליון, כי הטלת עיקולים על-ידי בנק בהתאם להסכם אשראי לא נעשתה בחוסר תום-לב. השופטת נתניהו לא ראתה בעובדה שבעבר לא ייחס הבנק חשיבות לעיקולים והטילם רק כשהחוב גדל משום נסיבה המצביעה על העדר תום-לב<sup>88</sup>.

במקרה אחר הסכימו צדדים לחוזה על תשלום על-פי שער היציג של הדולר ביום התשלום וללא תנאים נוספים. החוזה העניק לקונים זכות להעביר חלק מתמורת ההסכם עד לתאריך מסוים, בלי קשר לפיחות אפשרי בשער המטבע. הנשיא שמגר קבע כי במצב כזה מטיל החוזה את הסיכון של התרחשות פיחות על המוכרים, ואין לראות את ההפסד שנגרם להם כתוצאה מביצוע תשלום אחד על-ידי הקונים כנובע משימוש שלא בתום-לב בזכות. עם זאת, נקבע כי ביצוע תשלום אחר על-ידי הקונים, ביודעם על הפיחות שכבר התרחש, עולה גם עולה כדי שימוש בזכות חוזית שלא בתום-לב<sup>89</sup>.

אבן-הבחון להכרעה בשאלה אם צד המפעיל את זכותו החוזית פועל בחוסר תום-לב, היא אם אותו צד נהג כדרך של התחכמות, תחבולה והכשלת הצד שכנגד<sup>90</sup>.

- 85 ע"א 118/93 גמבש נ' בנק מרכנתיל לישראל, פ"ד מח(4) 463, 477.
- 86 ר' ע"א 524/83 קן-חור נ' אלון, פ"ד מ(2) 533, 553; ע"א 601/82 בל"ל נ' C.I.S., פ"ד מ(2) 673, 684-685; ע"א 11/84 הנ"ל בה"ש 41, בעמ' 546-547; ע"א 795/86 לודאית נ' השקעות שירליב, פ"ד מא(3) 645, 649; ע"א 538/86 הנ"ל בה"ש 84, בעמ' 436; ע"א 539/86 קליר נ' אלעד, פ"ד מג(1) 602, 614-615; ע"א 2836/90 בער נ' צילביץ, פ"ד מו(5) 184, 194; ע"א 18/89 חשל נ' פרידמן, פ"ד מו(5) 257, 268.
- 87 השוו: ר"ע 30/82 מולטלוק נ' רב בריח, פ"ד לו(3) 272, 276; ור' גם ע"א 189/89 קופת חולים מכבי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד מה(4) 817, 824-825, שם נקבע כי לא התקיימו נסיבות נוספות שמחן ניתן ללמוד כי ביטול החוזה נעשה שלא בתום-לב. גם בע"א 18/89 הנ"ל בה"ש 86, בעמ' 268, קבע הנשיא שמגר — בניגוד לבית-המשפט קמא — כי התנהגות הנפגע, אשר לא שלח התראות למפר ולא העמידו על תפיחת חובו בקצב מהיר ביותר, איננה נגועה בחוסר תום-לב.
- 88 ע"א 57/89 בנק הפועלים נ' מכבשים הדרום, פ"ד מה(3) 182, 186.
- 89 ע"א 617/85 הנ"ל בה"ש 82, בעמ' 36.
- 90 השוו: שם, בעמ' 35; ע"א 158/80 שלום נ' מוטה, פ"ד לו(4) 793, 812; ע"א 2896/90 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 460. דויטש במאמרו הנ"ל בה"ש 6, בעמ' 269-270, מכנה את הכלל

פסק-דין של בית-המשפט העליון מדגים מבחן זה. בחוזה להספקת מבנה טרומי נקבע שהקבלן רשאי להפסיק את העבודה אם המזמין לא שילם את התמורה במועד. הקבלן ניסה להצדיק איחור של שנים עשר חודשים במסירת המבנה, כאיחור המזמין בתשלום חובו. בית-המשפט העליון קבע כי בנסיבות המקרה תקופת האיחור בתשלום וסכום התשלום שנפרע כאיחור היו "זעומים וזניחים יחסית לשאר חיוביהם של המשיבים, חיובים אשר נפרעו במלואם..." לפיכך, נסיונו של הקבלן להיתלות בזכותו החוזית כדי להפסיק את החוזה היה "... בדרך של התחכמות והכשלת הצד שכנגד...", ובאופן כללי — בחוסר תום-לב<sup>91</sup>.

במקרה אחר קבעה השופטת דורנר שילוב חיובים בחוזה מכר — תשלום מלוא המחיר והעברת הבעלות — על-פי עקרון תום-הלב. והוסיפה: "גם לו סברתי כי תשלום היתרה הוא חיוב עצמאי, חובת תום-הלב היתה מונעת מן המשיבים לתבוע את קיומו בעוד הם עצמם אינם מקיימים את חובתם לרשום את המגרש על שם החברה"<sup>92</sup>.

(3) "זכות" מהי

הזכויות שיש לעשות בהן שימוש בתום-לב על-פי סעיף 39 הן בוודאי זכויות חוזיות, זכויות קנייניות<sup>93</sup> ואף זכויות הנובעות מן הדין<sup>94</sup>. עם זאת ברור כי מהותה של הזכות קובעת את היקף תחולתו של עקרון תום-הלב. כדברי הנשיא ברק: "לא הרי חובת ההגינות של בעל הקניין כהרי חובת ההגינות של הזכאי על-פי חיוב"<sup>95</sup>. הביטוי "זכות" כולל — על-פי הפירוש הרחב שהוענק לו בפסקה<sup>96</sup> —

הנדרן בשם "הכלל האקטיבי", כאשר על-פיו נדרש מעשה אקטיבי כלשהו על מנת לבסס חוסר תום-לב בהפעלת זכות.

91 ע"א 765/90 סב"ם שיטות בניה מתוחכמות נ' רוקח, פ"ד מו(4) 20, 24, 26.  
92 ע"א 6276/95 מגדלי באך נ' חוזה, פ"ד נ(1) 562, 568. ור"ג ע"א 2981/92 בהן נ' צמד, פ"ד נ(2) 877, 869 שגם בו קבעה השופטת דורנר כי "עכוב מסירת דירות בשל יתרת חוב שנויה במחלוקת בסכום זעום יחסית... אינו מתיישב עם חובת תום-הלב בשימוש בזכות הנובעת מחוזה".

93 השוו לרע"א 6339/97 הנ"ל בה"ש 7, שם נדונה זכותו של בעל המקרקעין לדרוש סילוק מבנה שנבנה על המקרקעין שלא כדין. נקבע כי גם זכות זו צריכה להיות מופעלת בתום-לב: "כית המשפט לא יתן את ידו לכך כי בעל המקרקעין ישתמש לרעה בברירות הנתונות בידיו תוך התעמרות בזולת" (דברי השופט אנגלרד, שם, בעמ' 223). עוד קודם לכן נקבע כי חזרת מתנגדים לבנייה מהסכמה שנחננה והתנייתה בתנאים שיש בהם משום סחטנות היא שימוש שלא בתום-לב בזכותם: ע"א 815/81 כליפא נ' שאול, פ"ד לו(3) 78, 84.

94 השוו לע"א 706/86 גבעתי נ' רונן, פ"ד מה(2) 230, 238, שם נקבע כי מי שפעל בחוסר תום-לב אינו רשאי להסתמך על הזכות הנובעת מסעיף 59(א) סיפא לחוק החוזים.  
95 רע"א 6339/97 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 278.

96 ר' פסק דינו המנחה של השופט ברק בבג"צ 59/80 הנ"ל בה"ש 11, בעמ' 835-836.

גם זכויות במובן הרחב, כלומר גם זכויות מן הסוג של יכולת או כוח<sup>97</sup>, חירויות וחסינויות<sup>98</sup>. מכאן שגם כוחות שמקנה החוזה לאחד הצדדים, כמו הכוח להשלים תניות בחוזה, לבחור בין דרכים שונות אפשריות לביצוע החוזה או להחליט איזהו הביצוע הנאות, יש להפעיל בתום-לב. אשר על-כן, בחוזה שיש לבצע "לשביעות-רצונו" של הצד השני, סירוב שרירותי או גחמני של צד זה להביע שביעות רצון, מהווה שימוש שלא בתום-לב בזכותו החוזית<sup>99</sup>.

כאשר מעניק החוזה לאחד הצדדים או לשניהם את הכוח לסיים את החוזה באורח חד-צדדי, יש להפעיל גם כוח זה בתום-לב<sup>100</sup>. הוא הדין לגבי כוחות הנובעים מן הדין, כמו הכוח לבטל חוזה בשל פגם שנפל בו או בשל הפרתו, שגם אותם יש להפעיל בדרך מקובלת ובתום-לב<sup>101</sup>.

גם השימוש בחסינויות חוזיות, כמו חסינות מפני תביעה המוקנית לצד בחוזה כתוצאה מתנית פטור בחוזה, חייב להיות בתום-לב<sup>102</sup>.

97 השימוש בזכות כולל בחובו גם הגשתה של תביעה. ר' דברי הנשיא ברק ברע"א 6339/97 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 277: "אין מקום להבחין בין השימוש בזכות לבין היכולת לממשנה בבית-המשפט". ור' גם דברי השופט ש' לויץ בע"א 815/81 הנ"ל בה"ש 93, בעמ' 84.

98 למשמעויותיו השונות של מושג ה"זכות" ולטבלת הוהפלה המתארת את הזכות כמובן הרחב ר' Salmond, *On Jurisprudence* (London, 1966) ch. VII, pp. 215-245.

99 השוו לע"א 524/83 הנ"ל בה"ש 86, שם נקבע בחוזה במפורש כי גמר הבנייה יאושר על-ידי אדריכל בכתב. לו סירב האדריכל, מטעמים של מה בכך, לתת את האישור, פעולתו היתה לוקה בחוסר תום-לב (שם, בעמ' 551-552); אולם בנסיבות העניין נקבע כי מאחר שהמגמים היו רציניים פעל האדריכל כשורה בסרכו לאשר את גמר הבנייה. לעומת זאת נקבע בע"א 2896/90 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 460, כי חובת תום-הלב הופרה על-ידי דייר בבית משותף, אשר כל התנהגותו ופעולותיו נועדו רק להזיק לאחרים. המסכת העובדתית בפרשה זו היתה כלהלן: לאורך שנים לא הושתתה הזכות להשתתף ולהצביע באסיפות הבית המשותף על יישום פורמאלי נוקשה של הוראות סעיף 14 לתקנון המצוי. הדייר הנתבע היה שותף לנוהג זה, אשר אף הביא לבחירתו פעמים אחדות לנציגות הבית. לאחר מעשה טען דייר זה שהנציגות החדשה שמונתה, תוך נקיטת אותו הליך כתמיד, איננה חוקית. בית-המשפט קבע כי נקיטת העמדה המשתנה עומדת בניגוד חזיתי לחובה לנהוג בתום-לב.

100 השוו לע"א 144/87 הנ"ל בה"ש 72, בעמ' 781, ולע"א 765/90 הנ"ל בה"ש 91, בעמ' 26, בהם נדון השימוש בזכות להפסיק את החוזה על-פי אחד מסעיפי החוזה, ונקבע כי בנסיבות המקרה נעשה השימוש בזכות זו בחוסר תום-לב.

101 השוו לבג"צ 254/73 צרי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372, 384, שבו הראה הנשיא זוסמן כי מכוח סעיף 39 ניתן לפסול פיטורין שנעשו בחוסר תום-לב; ולע"א 409/78 גולן נ' פרקש, פ"ד לר(1) 813, 821, שבו קבע השופט ח' כהן (כדעת יחיד), כי את זכות הביטול בגין הפרה לא יסודית, לפי סעיף 7(ב) לחוק התרופות, יש להפעיל בתום-לב. ור' דניא 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נו(2) 632, 698-699, שם הציע הנשיא ברק להפעיל את עקרון תום-הלב כדי לראות את אי-ביטול החוזה על-ידי המוכרת כהתנהגות המנוגדת לעקרון תום-הלב (לעובדות הפרשה ר' להלן בעמ' 286-287).

102 ע"א 148/77 הנ"ל בה"ש 1, בעמ' 638.

6. מישורי תחולה נוספים

(א) פירוש חוזה

כהיות עקרון תום-הלב עיקרון ראשון במעלה, במשפט האזרחי בכלל ובדין החוזים בפרט, הוא חל ומשפיע בכל תחומיו של דין זה. ברור אפוא כי יש לפרש חוזה על-פי עקרון תום-הלב. בגרמניה, מכורתו המודרנית של עקרון תום-הלב, קבוע הדבר במפורש בסעיף 157 ל-B.G.B. בסעיף זה נאמר כי יש לפרש חוזים לפי דרישת תום-הלב ובהתחשב בנוהג המקובל. גם במדינות אירופיות אחרות ניתן למצוא הוראות חוק התובעות התחשבות בעקרון תום-הלב כאשר מפרשים חוזים<sup>103</sup>.

בישראל אנו מסיקים כלל פירוש זה מעקרון תום-הלב הכללי, המבוטא בסעיף 39 לחוק החוזים<sup>104</sup>. ומכל-מקום, כללי הפירוש שהתגבשו במסגרת סעיף 25, מתיישבים עם פירוש על-פי עקרון תום-הלב<sup>105</sup>. ראש וראשון לכללים אלה הוא כי מלאכת הפירוש נועדה לברר את כוונתם האמיתית של הצדדים לחוזה. התחקות אחר כוונה זו, תוך השתחררות מעול הפירוש המילולי, עולה בקנה אחד עם עקרון תום-הלב<sup>106</sup>. זאת ועוד: כאשר, אגב תהליך הפירוש, תרים אחר כוונתם של הצדדים ואין בנמצא ראיות, פנימיות או חיצוניות, לאמוד את דעתם של הצדדים, "מותר ואף צריך להיעזר בכללי הגינות, המקובלים על הבריות"<sup>107</sup>.

בפרשת אפרופים<sup>108</sup> ובספרו פרשנות החוזה<sup>109</sup> עשה השופט ברק שימוש נרחב בעקרון תום-הלב וקבע את השלכותיו השונות לעניין פירוש החוזה. מעקרון תום-הלב נובע, לדעת ברק, כי יש לתת לחוזה מובן המתיישב עם כוונתם המשותפת ("אומד דעתם") של הצדדים. זוהי התכלית הסובייקטיבית של הצדדים. בצדה של תכלית זו מצויה התכלית האובייקטיבית, שלפיה יש לתת לחוזה מובן העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה.

בנושא זה נרחיב בפרק התשעה עשר, הדין בפירוש חוזה והשלמתו.

Lando & Beale, at pp. 114, 293 103

ר' אהרן ברק, פרשנות במשפט – כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית (1992) 130–131. 104

להשקפה שלפיה סעיף 25 לא רק מתיישב עם עקרון תום-הלב, אלא מהווה השתקפות וקונקרטיזציה שלו, ר' פלפל במאמרה הנ"ל בה"ש 4, בעמ' 63. 105

ר' ע"א 453/80 בן נתן נ' נגבי, פ"ד לה(2) 141, 146; ע"א 1395/91 וינוגרד נ' ידיד, פ"ד מז(3) 793, 800. 106

כדברי השופטת בן-פורת בע"א 554/83 הנ"ל בה"ש 63, בעמ' 322; ור' גם Farnsworth Vol II, at pp. 286–287, המעיר כי בתי-המשפט בארצות הברית נוטים לפרש את החוזה על-פי עקרונות של סבירות והגינות. 107

ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים, פ"ד מט(2) 265, 326–327. 108

ברק, פרשנות החוזה, בעמ' 216–223. 109

(ב) השלמת חסר בחוזה

עקרון תום-הלב פועל גם במסגרת השלמת החוזה ומהווה מקור להשלמת חסר בחוזה.

גם בעניין זה ניתן לשוב השראה מן המשפט הגרמני. סעיף 157 ל-B.G.B., הקובע כי יש לפרש חוזים "לפי דרישות תום-הלב", מתפרש בספרות המשפטית הגרמנית כמקור להשלמת חסר בחוזה<sup>110</sup>.

אם לאחר פירוש החוזה מתגלה בו חסר, ניתן לעשות שימוש בעקרון תום-הלב — לצד מקורות השלמה אחרים — כדי להשלים את החוזה. לאחר מיצוי הנהגים והדין הדיספוזיטיבי ניתן להשלים חסר בחוזה על-ידי עקרון תום-הלב.

בעבר נעשתה השלמת החסר באמצעות הקונסטרוקציה הפיקטיבית של תניות מכללא. את מקומה של קונסטרוקציה זו תפס עקרון תום-הלב. ואכן, הדעה המקובלת כיום — הן בפסיקה<sup>111</sup> והן בספרות המשפטית<sup>112</sup> — היא שניתן לראות בעקרון תום-הלב מקור להשלמת חסר בחוזה.

על שאלת משמעותו של עקרון תום-הלב בהקשר של השלמת חסר בחוזה משיב השופט ברק בספרו על פרשנות החוזה ובפרשת אפרופים. וכך הוא כותב בספרו: "המסר הנורמטיבי של עקרון תום-הלב בהשלמת חסר בחוזה... הוא משולש: המסר האחד הינו כי מקום שלצדדים כוונה משותפת הרלוונטית לעניין, יש להשלים את החסר באופן המגשים כוונה זו... אך מה הדין אם חסרה כוונה משותפת הרלוונטית לחסר שבחוזה? במקרה זה פועל עקרון תום-הלב כתחום האובייקטיבי. תחילה הוא פועל ברמתם של הצדדים האינדיווידואליים לחוזה. הוא שואל מה היתה התכלית המשותפת להם אילו חשבו על הבעיה שביחס אליה קיים חסר בחוזה. זהו המסר השני של עקרון תום-הלב. המסר השלישי הינו כי יש להשלים את החסר בחוזה, באופן שיגשים הגינות אמון ויושר בין הצדדים"<sup>113</sup>.

ובפרשת אפרופים הוא חוזר ומבאר: "המסר הנורמטיבי העולה מעקרון תום-הלב לעניין השלמת חסר בחוזה הינו, כי יש להשלים את החוזה באופן המגשים את תכליתו (הסובייקטיבית והאובייקטיבית) של החוזה"<sup>114</sup>.

דוגמה יפה להחלת עקרון תום-הלב להשלמת תניות בחוזה מצויה בפסק-הדין של הנשיא ברק בעניין "נישואי פרגואי"<sup>115</sup>. בפסק-דין זה הסיק השופט ברק את

110 שם, בעמ' 179.

111 ע"א 719/89 מחצבות חיפה נ' חנירון, פ"ד מו(3) 305, 312; ע"א 479/89 המוטראן הקופטי נ' חלמיש, פ"ד מו(3) 837, 845; ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 515.

112 זמיר, חוק המכר, בעמ' 170-171.

113 ברק, פרשנות החוזה, בעמ' 190-191.

114 ע"א 4628/93 הנ"ל כה"ש 108, בעמ' 326.

115 רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213.

חובת המזונות של בני זוג שנישאו בנישואים אזרחיים מעקרון תום-הלב. בהפעלתה של חובת המזונות חל, לדעת השופט ברק, עקרון השוויון, הנגזר מעקרון תום-הלב ומשקף את תפיסת השוויון של החברה הישראלית<sup>116</sup>. בכך חוזר השופט ברק על השקפתו שלפיה עקרון תום-הלב משמש אחד הצינורות שדרכם מוזרמים עקרונות היסוד של המשפט אל המשפט הפרטי בכלל ואל דיני החוזים בפרט<sup>117</sup>.

ברשימת ביקורת שכתבתי על ספרו של אהרון ברק, פרשנות החוזה, ביקרתי את גישתו לנושא של השלמת חסר בחוזה. ברשימה זו הבעתי את השקפתי שלפיה מוגבל כוחו של בית-המשפט לפרש חוזים ברורים, ואין להפקיד בידיו כוח ליצור חוזה ואף לא לשנות חוזה שהצדדים עשו. אמנם בית-המשפט מוסמך להשלים חסר בחוזה, אולם מכיוון שהשלמה כזו מנותקת מכוונתם האמיתית של הצדדים יש להפעיל את הסמכות האמורה באורח חסכוני. לדעתי נותן השופט ברק משקל רב מדי לעקרון תום-הלב בתהליכי הפירוש וההשלמה ובכך הוא מעניק תפקיד חשוב מדי לשופט ולפרשן בגיבוש כוונת הצדדים לחוזה ובאומד דעתם<sup>118</sup>. עם זאת ברור כי בהעדר יכולת להתחקות אחר כוונתם המפורשת או המשתמעת של הצדדים יש להתחשב בעקרון תום-הלב בעת השלמת החוזה.

(ג) יצירת חיובים וזכויות

במקרים מתאימים יש בכוחו של עקרון תום-הלב לחולל שינוי במערך הזכויות והחובות החוזיות. בפרשת שירותי תחבורה אמר השופט ברק כי "סעיף 39 לחוק החוזים עשוי להטיל על בעל החוזה חובות נוספות שזכרן אינו באו בחוזה עצמו, אך המתבקשות מהצורך להביא להגשמת התחנה בדרך מקובלת ובתום-לב... חובות אלה יכול שיהיו חובות נלוות, כגון חובת השמירה, ויכול שיהיו אף חובות עצמאיות כגון חובת גילוי ומסירת ידיעות וחשובות או חובת הדרכה כאשר לשימוש בנכס..."<sup>119</sup>. הלכה למעשה הטיל השופט ברק על מועצת פועלי באר שבע חובה נוספת לחובות הכתובות בחוזה, היא החובה ליתן הודעה מראש על הסכמתה לקיום השביתה. גם המחברים איל זמיר ודורותה פלפל תומכים בראייתו של עקרון תום-הלב כמקור לחיובים חדשים<sup>120</sup>. לעומתם, השופט אלון, בפרשת לסרסון, הביע התנגדות להפעלתו של עקרון תום-הלב לשם יצירת זכויות וחיובים חוזיים, ואלו

116 שם, בעמ' 233-234.

117 להשקפה זו ולביקורתה ר' לעיל בעמ' 56 ואילך.

118 ר' גבריאלה שלו, "פרשנות החוזה – תורת ברק" המשפט ח (תשס"ג) 675, 692. וכן: לעיל בעמ' 410-411.

119 בג"צ 59/80 הנ"ל בה"ש 11, בעמ' 836.

120 ר' זמיר, חוק המכר, בעמ' 171-172; פלפל במאמרה הנ"ל בה"ש 4, בעמ' 68-69.

דבריו: "...אין בו, בעקרון תום-הלב, כדי ליצור חיוב חדש, שזכרו לא בא בחוזה, ושלא עלה על דעת הצדדים לקבלו עליהם"<sup>121</sup>.

יש לציין כי המחלוקת בשאלת יצירתם של חיובים חוזיים מכוח עקרון תום-הלב נסבה על חיובים עיקריים. גם השופט אלון מסכים להוספת חיובים נלווים לחוזה מכוח עקרון תום-הלב, וזאת כאשר חיובים אלה משתמעים מהחיובים שבחוזה ונלווים להם.

דוגמה להוספת חיוב נלווה לחוזה מכוח עקרון תום-הלב מצויה בפסק-דין שבו הוסיף השופט ח' כהן לחוזה למכירת עסק עם המוניטין את התחייבות המוכר שלא למשוך לקוחות לעסק מתחרה<sup>122</sup>. עם זאת, יתכן שיש לראות בהתחייבות זו את המשמעות העיקרית והישירה של מכירת מוניטין ולא חיוב נלווה.

#### (ד) שערוך חיובים

##### (1) בגרמניה, בין שתי המלחמות

עקרון תום-הלב יכול להוות בסיס לשערוך חיובים חוזיים. לראשונה נעשה שימוש כזה בעקרון תום-הלב בגרמניה שבין שתי מלחמות העולם. בשנות העשרים החל המארק לאבד את ערכו בתאוצה אדירה. כתוצאה מכך נוצרו פערי ערך עצומים בחוזים ונטל האינפלציה העיק על צדדים לחוזים בצורה בלתי-צודקת<sup>123</sup>. בתחילה היסס בית-המשפט הגרמני להתערב בחוזים ובדרך כיצועם. בדרכו ניצבה "המצודה הנומינליסטית", שלפיה "מארק הוא מארק". עיקרון זה, שנקבע בדבר חקיקה, איפשר לחייב להינקות מחוב כספי באמצעות תשלום של סכום כסף שערכו היה אלפית או מיליונית מסכום הכסף שקיבל לידיו בהלוואה המקורית. אולם בשנת 1923

121 ע"א 391/80 הנ"ל בה"ש 66, בעמ' 263. מתוך חוות-דעתו של השופט אלון בפסק-דין זה ניתן לחלק שלושה נימוקים להשקפתו שלפיה אין בכוחו של עקרון תום-הלב ליצור חיובים חוזיים חדשים: א. פרשנות לשונית של סעיף 39. סעיף 39 לחוק החוזים מבחין וקובע במפורש כי יש לנהוג לפי עקרון תוך-הלב בקיום של חיוב ובשימוש בזכות, ו"מכאן אתה למד שאין בכוחו של עקרון זה כדי ליצור חיוב או זכות שלא באו, על-פי הסכמת בעלי הדין, לעולמו של החוזה". ב. מדיניות משפטית סבירה ותקינה. אין להפעיל את סעיף 39 כמסד לבניית מערכת חיובים וחזיות, שזכרם לא בא בדיני החוזים. גישה הפוכה תפגע ביציבות הקשר החוזי ובציפיות הצדדים, בהטילה עליהם חיובים שלא יכלו לשערם מראש: "...ואם אי אתה אומר כן, נמצא אדם יודע... תחילתו של חוזה שבא עליו, אך אין הוא יודע... מה יהא בסופו של חוזה זה שחתם עליו, ומה הם החיובים שעלולים לבוא לעולם במסגרתו חדשים לבקרים... ונמצא, שאף אדם תם לב לעולם אינו יודע מה הם החיובים שנטל על עצמו ועד היכן הם מגיעים". ג. חופש החוזים. התערבות שיפוטית בשם ההגיונות פוגעת יתר על המידה באוטונומיה של הפרט ומביאה לכלל שיבוש דיני החוזים (שם, בעמ' 262, 265).

122 ע"א 636/78 ויצמן נ' אברמזון, פ"ד לג(3) 295.

123 לתיאור מפורט של החליק זה ר' Dawson, "Effects of Inflation on Private Contract" 33 Mich.L.Rev. (1934) 171.



הופעל סעיף 242 ל-B.G.B. כדי להתגבר על החוק הנזכר, משאמר בית-המשפט העליון בגרמניה כי תשלום בערכים נומינליים של חוב שפרעונו הובטח לפני המלחמה במשכנתא אינו יכול להיחשב ככיצוע בתום-לב של החיוב<sup>124</sup>.

עם זאת, ההתערבות בחוזה ושערוך התמורה יכלו להיעשות גם מכיוון נגדי. ואמנם, הדוגמה החשובה הראשונה של שערוך חיוב חוזי היתה להקלת הנטל האינפלציוני מעל שכמו של החייב. בחוזה שכירות ארוך טווח התחייב המשכיר לספק חימום. עליית מחירי הפחם בראשית שנות העשרים בגרמניה יצרה בתוך פחות משנתיים הפסד נקי למשכיר, שהיה פי עשרה מדמי-השכירות השנתיים. בית-המשפט העליון התערב ותיקן את הסעיף החוזי שקבע את התמורה שעל השוכר לשלם עבור חימום<sup>125</sup>.

באורח כללי ניתן לומר כי בית-המשפט העליון בגרמניה עשה שימוש בסעיף 242 ל-B.G.B. ובעקרון תום-הלב המעוגן בו כדי להשיג חלוקה הוגנת וצודקת של הנטל האינפלציוני.

## (2) בישראל

גם במשפטנו, בעיקר בתקופת האינפלציה הדוהרת, נבחנה ונדונה האפשרות להפעיל את עקרון תום-הלב לשם שערוך חיובים. אפשרות זו נדונה לצד אפשרויות שערוך אחרות, כמו שערוך על סמך חוק פסיקת ריבית והצמדה או שערוך על יסוד סעיפים 3(4) ו-4 לחוק התרופות<sup>126</sup>. נאמר כי צד לחוזה העומד על קיום החוזה כלפיו, חרף ירידת ערך הכסף ונוכח אינפלציה ההופכת את התשלום הנומינלי שהוא מציע לשלם עבור הנכס לתשלום סמלי, אינו מתנהג כמצוות סעיף 39 לחוק החוזים<sup>127</sup>. בסוף שנות השבעים אמר השופט ברק כי "ייתכן כי בעתיד יצטרך בית-משפט זה ליתן דעתו לשאלה אם אין לראות בשערוך חיוב של הנפגע אשר מקומו בחובתו לקיום החיוב הנובע מחוזה למכר מקרקעין בדרך מקובלת ובתום לב"<sup>128</sup>. כמה שנים לאחר מכן, בראשית שנות השמונים, חזר ואמר כי ניתן למצוא בסיס להתחשבות בפגעי האינפלציה בעקרון תום-הלב, המעוגן בהוראת סעיף 39: "שימוש בהוראה זו לא רק שהיה נתן את הבסיס הפורמלי הנדרש להתחשבות

124 100 R.G.Z. 78 (Nov. 28, 1923)

125 100 R.G.Z. 129 (Sep. 1, 1920)

126 ע"א 158/77 רבינאי נ' מן שקד, פ"ד לג(2), 281, 292-295; ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים, פ"ד לד(3), 314, 323-326; ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1), 537. לשערוך לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה ר' ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק, פ"ד מ(3), 169, 222-223. לעניין שערוך תרופות ר' גם שירלי רנר, "ריני חזים - מגמות והערכה" משפטים כא (תשנ"א), 33, 48-56.

127 ע"א 16/80 הנ"ל בה"ש 31, בעמ' 74.

128 ע"א 158/77 הנ"ל בה"ש 126, בעמ' 294.

באינפלציה, אלא שפעולה על-פיו משמעותה פעולה על יסוד אחד מעקרונות היסוד החשובים ביותר של דיני החוזים בישראל<sup>129</sup>. עם זאת נמנע השופט ברק, גם במקרה שבו נאמרו דברים אלה, מעשיית שימוש בהוראת תום-הלב לעניין האינפלציה "שכן טרם הגיעו הדברים לידי כך, שיהא מקום להיוקק להוראה זו"<sup>130</sup>.

שאלת השערוך התעוררה במלוא עצמתה בפרשת אתא. בפסק-דין מקיף דן השופט ברק בשאלת שערוכו של פיקדון שקיבל צד לחוזה ופתר אותה באמצעות פירוש הוראות החוזה. פתרון שאלת השערוך על-פי עקרון תום-הלב נדון גם הוא, אך אפשרות זו נדחתה מפני ביסוס השערוך על פירוש החוזה עצמו. השופט ברק מציין כי הגישה המשתקפת בפסיקת בית-המשפט העליון היא כי "טרם בשלו התנאים לשערוך החיוב בחוזה המקויים", והוא חוזר ומדגיש את הזהירות שיש לעשות בשימוש בעקרון תום-הלב; לפיכך, על מנת שתנאים יאפשרו לבית-המשפט להטיל חובת שערוך, עליהם להיות "מיוחדים ויוצאי דופן". עם זאת, בהמשך מעיד השופט ברק כי "...עם השתנות התנאים הכלכליים עשוי לחול שינוי גם בעמדתו של בית-המשפט"<sup>131</sup>.

בשלב זה ניתן לומר, כי בית-המשפט העליון בישראל מודע אמנם לאפשרות הקיימת לשערך חיובים חוזיים מכוחו של עקרון תום-הלב, אולם נזהר מפני אפשרות זו<sup>132</sup>. מאז שניתן פסק-הדין המנחה בפרשת אתא, הלכה פסוקה היא כי אומד דעתם של הצדדים בנוגע לשערוך נלמד בראש ובראשונה מתוכן החוזה והחובה לשלם לפי שווי משוערך חייבת למצוא אחיזה בחוזה, בין במפורש ובין במשתמע<sup>133</sup>. לאחר פסק-הדין בפרשת אתא פחתו הסיכויים (והסיכונים) לאימוץ עמדה שיפוטית של התערבות כתנאי החוזה ושערוך התמורה החוזית מכוחו של עקרון תום-הלב. אמנם היו מקרים בפסיקת בית-המשפט העליון שבהם הופעל עקרון תום-הלב לשם שערוך, אך היה זה בהקשר של חוזה שהופר<sup>134</sup> או בהקשר של פירוש חוזה<sup>135</sup>, ומכל מקום לא כנדבך יחיד להכרעת הדין<sup>136</sup>. לצד דעיכתה ההדרגתית של מדורת

129 ע"א 260/80 הנ"ל בה"ש 126, בעמ' 549-550.

130 שם, בעמ' 550; לעמדה דומה ר' דברי השופט בייסקי בע"א 603/79 אברגיל נ' פלג את שטרית, פ"ד לח(1) 633, 639; ודברי השופטת נתניהו בע"א 176/82 הררי נ' ורטהיימר, פ"ד לט(3) 660, 667.

131 ע"א 554/83 הנ"ל בה"ש 107, בעמ' 300-301.

132 השוו לדברי ברק בספרו פרשנות החוזה, בעמ' 70: "תחת יצירת דין מהותי כאשר להתחשבות באינפלציה - דין שמצדו עשוי להיגזר מדיני תום-הלב - העדיף בית-המשפט לעשות שימוש בטכניקה הפרשנית"; ור' גם בעמ' 226-227, שם מדגים ברק את הזהירות שיש לעשות בשימוש בעקרון תום-הלב בהקשר השערוך שהרי מכוחו מתבטל הסכס תווי.

133 ר' דברי השופט אנגלרד בדנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון, פ"ד נו(5) 643, 656-657.

134 ר' ע"א 16/80 הנ"ל בה"ש 31, בעמ' 74; ע"א 702/80 הנ"ל בה"ש 80, בעמ' 123-124.

135 ר' ע"א 275/83 עיריית נתניה נ' סחף, פ"ד מ(3) 235, 246.

136 ר' ע"א 627/84 נודל נ' פינטו, פ"ד מ(4) 477, 484.

האינפלציה עלתה מורעותם של מתקשרים בחוזים לאפשרות ולצורך להתנות על ירידת ערך הכסף ולקדם את פגעי האינפלציה באמצעות הוראות חוזיות. כיום ניתן כבר לומר כי בית-המשפט העליון הגשים בשנות השמונים את התקווה שהביע השופט לנדוי בשנות השבעים<sup>137</sup>, ולא חולל מהפכה בפסיקה כגון זו שיצרו בתי-המשפט בגרמניה הוויימריה. בית-המשפט הצליח לרסן את עצמו מפני הנהירה, שהוגדרה בעבר כמסוכנת לדין ולמדינה, אל עבר הוראת תום-הלב<sup>138</sup>, ושמר על עקרונות היסוד של חופש החוזים ואוטונומיית הרצון של הצדדים הפועלים במשק.

בראשית שנות התשעים הביעה השופטת נתניהו את הדעה המרסנת לגבי השימוש בעקרון תום-הלב כמכשיר לשערוך, באומרה: "משנמנענו אנו כבודעין מלאמץ פתרון זה בתקופה שבמשק שלנו שררה אינפלציה של שלוש ספרות, איני רואה טעם שנאמץ אותה דווקא עכשיו, כאשר התכנית הכלכלית מ-1985 הצליחה להביא לריסון האינפלציה למימדים סבירים"<sup>139</sup>.

בפסק-דין אחר אמר השופט מצא כי ייתכנו מקרים שבהם הגבול בין שערוך על יסוד אומד דעתם של הצדדים לבין שערוך בהסתמך על עקרון תום-הלב לא יהא כה חד וברור, וזאת כאשר ניתן להשלים חסר בחוזה באמצעות עקרון תום-הלב. ואמנם, בפרשה שנדונה בפניו נזקק השופט מצא לעקרון תום-הלב כאל נורמה משלימה מותרת אף לעניין ייחוס כוונת שערוך. פניה כזו, הדגיש השופט, אפשרית רק כאשר החלטת השערוך אינה תורגת מגדר פירוש החוזה הספציפי העומד לדין<sup>140</sup>.

גישתה הזהירה של הפסיקה בעניין שערוך חיובים חוזיים ראויה לשבח. מבחינת דיני החוזים, והעקרונות שביסודם, יש להתייחס לשימוש בעקרונות חיצוניים, כמו עקרון תום-הלב, כאל אפשרות נדירה ולהרבות בנסיגות לאמור את דעת הצדדים. ההבחנה שערוך השופט ברק בפרשת אתא הנ"ל, בין כחינה פנים חוזית ובין בחינה לבר חוזית, וההעדפה הברורה של הבחינה הפנים חוזית, היא, לדעת, דרך הדיון הנאותה. רק במקרים נדירים וקיצוניים, נוכח אינפלציה אימתנית ומואצת והתמוטטות מוחלטת של יסוד החוזה, מוצדקת ההתערבות השיפוטית ברצון הצדדים לשם שערוך חיובים באמצעות עקרון תום-הלב<sup>141</sup>.

137 ע"א 414/74 מכוניות הדר נ' סימן טוב, פ"ד כט(1) 561, 569.

138 ר' Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln* (Tübingen, 1933), שם התריע המחבר על השימוש המופרז בסעיף 242 לשם שערוך, וביטא את החשש מפני הפעלת שיקול דעת לא מבוקר על-ידי בתי-המשפט, באמצעות "נהירה אל עבר ההוראות הכלליות".

139 ע"א 319/89 דן נ' צורני, פ"ד מו(3) 725, 729.

140 ע"א 479/89 הנ"ל בה"ש 111, בעמ' 845-846.

141 השור לדברי השופט ברק בע"א 554/83 הנ"ל בה"ש 107, בעמ' 300.

(ה) השתק

(1) השתק על-ידי מצג

במשפט הגרמני מייחסים לסעיף 242 ל-B.G.B. תכונות המזכירות למשפטן האמון על מסורת המשפט המקובל את ההשתק על-ידי מצג (estoppel by representation). עקרון תום-הלב משמש שם כדי למנוע אדם משימוש בזכות או מפעולה, בניגוד להתנהגות קודמת שלו. כאשר התנהגות של אדם מצדיקה את המסקנה שלא יזקק עוד לזכות שלו, אוסרת עליו תורת תום-הלב לסתור מסקנות אובייקטיביות הנובעות מהתנהגותו: *venire contra factum proprium*. שלא כמו במשפט האנגלי, שבו מאוחסנים דיני ההשתק בין כללי הדין או הראיות<sup>142</sup>, הכלל של המשפט הגרמני הוא כלל מהותי, בין שאר הכללים הנובעים מעקרון תום-הלב. בעבר הביע פרופ' צלטנר את הדעה כי לאחר חקיקת סעיף 39 לחוק החוזים הכללי אין עוד תחולה במשפטנו לדיני ההשתק האנגליים<sup>143</sup>. דעה גורפת זו לא התקבלה בספרות<sup>144</sup> וכנראה גם לא בפסיקה<sup>145</sup>, ומכל-מקום היא נראית מרחיקה לכת.

אמת, נכון הדבר: תורת תום-הלב רחבה מתורת ההשתק על-ידי מצג, הן בהיקף תחולתה על כלל המשפט האזרחי בישראל<sup>146</sup> והן בתוצאות הפעלתה. יתר על כן: עקרון תום-הלב משפיע על הזכויות המהותיות ועשוי להוות טענת תביעה, בעוד שההשתק על-ידי מצג רק מונע דיון ומהווה טענת הגנה גרידא. מקרים רבים שנדונו אצלנו בעבר, ונדונים עד היום באנגליה, במסגרת דיני ההשתק, יבואו כיום על

142 Bower and Turner, *Estoppel By Representation* (Butterworth, 3rd ed., 1977) 7-8.

143 צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, בעמ' 92, הערה 12, ובמאמרו הנ"ל בה"ש 2, בעמ' 122.

144 אהרון ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים" משפטים ז (תשל"ו) 15, 24-25; פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, בעמ' 29-30; דניאל פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור התקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד (תשל"ה) 245, 259, הערה 53; דניאל פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה (תשל"ז) 463, 488.

145 מפסקי-דין רבים שהחילו בפועל את דיני ההשתק על-ידי מצג לאחר חקיקת חוק החוזים הכללי, ניתן ללמוד כי לדעת השופטים מוסיפים דינים אלה לחול במשפטנו. ר' ע"א 402/80 אתגר נ' מ.ב.א., פ"ד לה(3) 309, 320; ע"א 811/81 שעשוע נ' מועלב, פ"ד לח(4) 583, 586; ע"א 708/83 שלב נ' גרין, פ"ד מ(1) 169, 181-182. אולם ר' דבריו של השופט מ' חשין בע"א 355/89 חינואווי נ' מבשלת שיכר לאומית, פ"ד מו(2) 70, 75: "יכולים היינו להשתית מסקנתנו זו על קביעת השתק, אך נעדיף ליסד דברינו על מהות, ולא על השתק".

146 ר' לעיל בעמ' 91-93.

פתרונם הצודק (ובדרך כלל – גם על פתרונם הדומה) בגדר עקרון תוס-הלב<sup>147</sup>; שהרי מטרת שני העקרונות אחת היא: מניעת התנהגות שאינה הוגנת<sup>148</sup>. עם זאת, נראה כי אף לאחר אימוצו של עקרון תוס-הלב כעקרון על ניתן להכיר בתחולה מסוימת במשפטנו של עקרון ההשתק על-ידי מצג. ראשית, מקובל לראות את עקרון ההשתק, לפחות בגרסתו האנגלית הצרה, כעיקרון דיוני המבטא כלל של דיני הראיות<sup>149</sup>. בתור שכזה ניתן להחילו – גם לאחר סעיפי עצמאות החוק – להשלמת הדין האזרחי המהותי, שבו שולט בכיפה עקרון תוס-הלב<sup>150</sup>. בכך טמונה תשובה, אם גם חלקית, להשקפת פרוף צלטנר שעל-פיה עקרון תוס-הלב דוחה את עקרון ההשתק ממשפטנו. התשובה אינה מלאה, באשר ברור כי מקום שבו תגרום החלתו של עקרון ההשתק ליצירת זכויות מהותיות<sup>151</sup>, ידחו ממילא הוראות הדין המקומי את העיקרון האמור. שנית, עקרון ההשתק על-ידי מצג, על יישומיו הקונקרטיים בפסיקה הישראלית, על שלוחותיו בתחומי הדין האזרחי השונים ועל כלליו השונים, מהווה כיום חלק מן המשפט "שנקלט בארץ"<sup>152</sup> לפני ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו. אשר על כן, אין בסעיף עצמאות החוק בחוק החוזים, ואף לא בביטולו המוחלט של סימן

- 147 ר', למשל, ע"א 815/81 הנ"ל בה"ש 93, שם מגיעים השופטים לתוצאה זוה – שלילת כוחם של המשיבים לחזור בהם מהסכמתם לבניה על-ידי המערערים – שופט שופט ודרכו: השופט מ' לנדוי באמצעות דיני ההשתק; והשופט ש' לוי באמצעותו של עקרון תוס-הלב.
- 148 לדיון כללי בקשר בין העקרונות ר' גבריאלה שלו, "הבטחה, השתק ותוס-לב" משפטים טז (תשמ"ז) 295.
- 149 ר' Bower and Turner, supra note 142, at p. 7–8; Snell's Principles of Equity (London, 22nd ed., by H. Rivington, 1939) 550 דיני חוזים של מדינת ישראל, בעמ' 121–122.
- 150 השוו לעמדתו של ברק בספרו חוק השליחות, בעמ' 60, שם הוא מציע לשלב את הכללים הדיוניים של ההשתק (וברור כי כוונתו להשתק על-ידי מצג) בכללים המהותיים של השליחות. עם זאת, יש להודות כי החלת עקרון ההשתק לצד עקרון תוס-הלב, בטענה כי הראשון דיוני והשני מהותי, אינה פשוטה כלל ועיקר. ראשית, עצם ההבחנה בין דין דיוני לדין מהותי אינה ברורה. שנית, בפסיקה נקבעה תחולתו של עקרון תוס-הלב גם בתחום הדיוני-ראיתי (ר' בר"ע 305/80 הנ"ל בה"ש 13, בעמ' 461). בענייננו תחולה זו מטשטשת עוד יותר את ההבחנה בין כללים מהותיים לכללים דיוניים.
- 151 באנגליה ישנם מקרים שבהם החלת דיני ההשתק הביאה ליצירת זכויות קנייניות. השתק כזה, היוצר זכויות בעלות אופי קנייני, מכונה proprietary estoppel; ר' Anson, at pp. 140–141. לפני חוק החוזים הכללי הוכרו בפסיקה זכויות קניין מכוח השתק: ר' ע"א 478/65 בורלא נ' החברה הא"י לבנין וקבלנות, פ"ד כ(3) 688; ע"א 35/66 חברת אפריקה-א"י להשקעות נ' רייה, פ"ד כ(3) 350, 358–359.
- 152 כלשון סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט, תש"ם–1980. בהקשר זה יכולה להתעורר שאלת תוצאותיו של ביטול סימן 46. לשאלה זו תשובות נוגדות הנובעות מ"תורת-ההנהגה" או מ"תורת-ההסכמה": ר' גד טדסקי, "ביטול סעיף 46 לדבה"מ וכוח פעולתו" משפטים ח (תשל"ז) 180.

46, כדי לכטל את ההלכות השונות של תורת ההשתק, שכבר אומצו וגובשו בפסיקה בישראל לפני חוק החוזים<sup>153</sup>.

שלישית, ניתן לעגן את עקרון ההשתק על-ידי מצג בסעיף 39 ולראותו כממשיך לחול במסגרת היישום הקונקרטי של סעיף תוס'הלב. על-פי גישה זו מהווים כללי ההשתק הדגמה לתורת תוס'הלב ועקרון ההשתק מלכד קבוצה או קבוצות של מקרים שבגדר תורה זו. כסיסם החדש של דיני ההשתק במשפטנו יהא סעיף 39, ודינים אלה יהיו חלק מכללי ההתנהגות תמת'הלב — כללים המוזרמים אל מערכת המשפט האזרחי באמצעות הצינור של סעיף 61(ב) לחוק החוזים הכללי<sup>154</sup>. הפסיקה שלאחר חקיקת חוק החוזים הכללי אינה מתייחסת במפורש לשאלת תחולתו של עקרון ההשתק על-ידי מצג במשפטנו, אולם מפסקי-הדין שהחילו בפועל את דיני-ההשתק על-ידי מצג<sup>155</sup> ניתן ללמוד כי לדעת השופטים מוסיפים דינים אלה לחול במשפטנו כחלק מהוראות תוס'הלב שבחוק החוזים<sup>156</sup> או לצד הוראות אלה<sup>157</sup>.

153 השוו: פרידמן במאמרו הנ"ל בה"ש 144, עיוני-משפט ה', בעמ' 488–490, שם הוא מביע הן את השקפתו הכללית שלפיה עקרונות כלליים שנהגו בדין הישראלי הקודם ממשיכים לחול אף אם נתקלים אנו בחקיקה הישראלית בדוגמה ספציפית המיישמת אותו עיקרון או מגבילה את תחולתו בסיטואציה מסוימת, והן את דעתו כי דיני ההשתק ממשיכים לחול בישראל, אף לאחר חקיקתו של עקרון תוס'הלב.

154 השוו לבג"צ 566/81 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 10, שם מציג השופט אלון את ההשתק כ"חלק מעקרון ההתנהגות כדרך מקובלת ובתוס'לב שבכלל המערכת המשפטית שבישראל". ור' גם דברי השופט דורנר ברע"א 4928/92 עזרא נ' המועצה המקומית תל מונד, פ"ד מז(5) 94, 101, שלפיהם יש לראות בדיני ההשתק על-ידי מצג "פן אחד של תורת תוס'הלב". בע"א 513/89 Interlego נ' Exin-Lines, פ"ד מח(4) 133, 199, החילה השופטת דורנר את עקרון תוס'הלב, דרך הצינור של סעיף 61(ב) לחוק החוזים, על הליכי משפט, ובכך הורחבה תחולת ההשתק במשפטנו גם על "השתק שיפוטי", המונע העלאת טענות סותרות בהליכים שיפטיים.

155 ר' ע"א 402/80 הנ"ל בה"ש 145, בעמ' 320, שם קובע השופט שמגר כי טענת השתק שהיתה יכולה להישמע נגד מעביר דירה בבית משותף, טובה גם כלפי מקבל ההעברה; ע"א 811/81 הנ"ל בה"ש 145, בעמ' 586, שם דנה השופטת נתניהו בטענה שלפיה קבלת פרמיה באיחור על-ידי המבטח יוצרת השתק. על-אף שהשופטת מדברת על השתק מכוח הבטחה, דומה כי בנסיבות העניין, ועל-פי טענת בא כוח המבוטח, היה ראוי לרדן בהשתק על-ידי מצג דווקא, כשהמצג הוא קבלת הפרמיה באיחור. ור' גם ע"א 708/83 הנ"ל בה"ש 145, בעמ' 182–183, שם השופט שמגר מחיל, ודוחה, את טענת ההשתק על-ידי מצג ("מניעת" כלשונו) לגבי פרק זמן שלאחר תחולת חוק החוזים.

156 ר' בג"צ 566/81 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 9–10. ור' גם ע"א 2896/90 הנ"ל בה"ש 7, בעמ' 459–461, שם קובע הנשיא שמגר השתק של דייד בבית משותף מהעלאת טענה בדבר חוקיות אסיפה כללית, הנובע מהפרת החובה לנהוג בתוס'לב.

157 ר' ע"א 151/85 רודן נ' רודן, פ"ד לט(3) 186, 193, שם השופט ד' לרין קובע בנשימה אחת שתי אלו: השתק מהעלאת טענה של חוסר תוקף של הסכם בין בני זוג וחוסר תוס'לב בעצם העלאת הטענה. ואומר — "נראה לי כי במקרה זה מנועה המשיבה 2 (האשה) מלהעלות

(2) השתק מכוח הבטחה<sup>158</sup>

לפני צאת חוק החוזים הכללי החילה הפסיקה את תורת ההשתק מכוח הבטחה<sup>159</sup>. גם לאחר צאת החוק ניתן למצוא פסקי-דין המיישמים את תורת ההשתק מכוח הבטחה במשפטנו<sup>160</sup>. דא עקא, יישום זה נעשה ללא דיון בשאלות תחולתה ומקור תוקפה של תורת ההשתק מכוח הבטחה, נוכח הוראות חוק החוזים הכללי.

לתורת ההשתק מכוח הבטחה שתי גרסאות: הגרסה המתונה, היא הגרסה האנגלית; והגרסה המתקדמת, היא הגרסה האמריקנית. לדעתי אין במשפט הישראלי המודרני נקודת אחיזה לתורת ההשתק מכוח הבטחה, באף לא אחת מגרסאותיה.

תורת ההשתק מכוח הבטחה פותחה במשפט האנגלי המקובל כדי לרכך את עיוותיה של תורת התמורה, ובעיקר את אי-ההכרה בויתור של נושה על חלק מחובו<sup>161</sup>. במשטר חוק החוזים הישראלי, שבו אין עוד דרישה לתמורה כיסוד מכונן של החוזה ובו מוסדר הויתור כחוזה חד-צדדי במסגרת חוק המתנה, תשכ"ח-1968<sup>162</sup>, אין צורך להחיל את תורת ההשתק מכוח הבטחה בגרסתה האנגלית.

המשפט האמריקני הרחיק לכת מעבר למשפט האנגלי המקובל, ובו הפכה תורת ההשתק מכוח הבטחה לתורה המכירה, בנסיבות מסוימות, בהבטחה כמקור חיוב עצמאי. תורה זו מעוגנת בסעיף 90 לריסטייטמנט על חוזים, ודנתי בה במקום אחר. השוואה בין הוראת סעיף 12 לחוק החוזים ובין הוראת סעיף 90 לריסטייטמנט, העלתה שם כי המשפט הישראלי נותן פתרון משלו לבעיות שעמן מתמודד המשפט האמריקני באמצעות סעיף 90 לריסטייטמנט<sup>163</sup>. בדומה לסעיף 90 האמריקני, אף סעיף 12 הישראלי מאפשר לבית-המשפט לחלק מחדש נזקים שאירעו כתוצאה מהתנהגות שאינה ראויה. באופן מובהק וברור מגנים שני הסעיפים

טענה זו בשלב כה מאוחר, 9 שנים לאחר שנכרת הסכם, לאחר שהיא קיבלה מה שההסכם העניק לה ובעת שהיא נדרשת לעמוד בנדרש ממנה על-פיו" (ההדגשה במקור). ובהמשך ישיר הוא אומר: "העלאת טענה זו בשלב כה מאוחר הינה שימוש בזכות שלא בתוסס-לב, דבר העומד בסתירה לסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973".

158 ר' באורח כללי מאמרי הנ"ל בה"ש 148, בעמ' 310-316.

159 ר' דברי השופט זילברג בע"א 413/66 פרנקנפלד נ' פרנקנפלד, פ"ד כ(4) 626, 630-631; ור' גם ע"א 251/73 תרשיש נ' שיינליכט, פ"ד כח(1) 572, 579-581.

160 ע"א 19/81 ביכי נ' הורברט, פ"ד לו(2) 497, 501; ע"א 118/83 עמר נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לט(1) 693, 698-699.

161 מקורה המודרני של תורת ההשתק מכוח הבטחה במשפט האנגלי הוא פסק-דינו של הלורד דינג' בפרשת, *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, [1947] K.B. 130, 134-135. ור' גם Bower and Turner, supra note 142, at p. 366.

162 ר' סעיף 1(ג) לחוק המתנה הקובע לאמור: "מתנה יכול שתהיה בויתורו של הנותן על זכות כלפי המקבל או במחילתו של הנותן על חיוב המקבל כלפיו". ור' A.M. Rabello, "Renunciation of Right and Remission of Debt in Comparative and Israeli Law" 21 *Is.L.Rev.* (1986) 388, 409.

163 ר' מאמרי הנ"ל בה"ש 148 לעיל בעמ' 322 ואילך.

על אינטרס ההסתמכות; אולם סעיף 12 מתרכז ומתמקד בשלב הטרנס-חוזי, ואילו סעיף 90 יכול לחול, וחל בפועל, גם בתחומים חוזיים מובהקים. מנגד, סעיף 12 חל על כל סוגי ההתנהגויות במהלך משא ומתן לקראת כריתת חוזה, בעוד סעיף 90 חל רק על הבטחות. ומכל מקום, נוכח תחולתו הרחבה והגורפת של סעיף 12 לחוק החוזים בשלב המשא ומתן, אין מקום וטעם לפנות לדיני ההשתק מכוח הבטחה, גם לא בגרסתם האמריקנית המשוכללת.

(ו) תחליף לצורה

עקרון תום-הלב הופעל במשפטנו כדי לערוך איזון מחודש בין דרישות ההגינות ובין דרישות הצורה.

בפרשת זוננשטיין אמר השופט ברק לראשונה כי "תום-לב או כתב – תום-לב עדיף"<sup>164</sup>. מתחולתו הכללית והרחבה של עקרון תום-הלב בכל תחומי המשפט למד השופט ברק את תחולתו גם על דרישת הכתב המהותי שבסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969. דעתו של השופט ברק היתה באותה פרשה דעת יחיד<sup>165</sup> והוגבלה ל"נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן", שרק בהן לא יוכל אדם לטעון כי החוזה אינו קיים שכן הוא לא נערך בכתב<sup>166</sup>.

אולם בפרשת קלמר נעשה על-ידי השופט ברק, בהסכמת השופט גולדברג, שימוש ישיר בעקרון תום-הלב כדי להתגבר על העדר כתב מהותי בעסקת מקרקעין. זאת על אף שניתן היה להגיע לאותה תוצאה בדרך שבה הלך השופט זמיר באותה פרשה, היא הדרך הפנימית של פירוש מרכזי לדרישת סעיף 8 לחוק המקרקעין<sup>167</sup>. מכל מקום, ההלכה שלפיה נדרשות נסיבות מיוחדות או יוצאות דופן כדי להתגבר על דרישת הכתב נותרה על כנה. לאחרונה נקבע על-ידי השופט מצא – בהסכמת הנשיא ברק – כי מקרה מסוים, שבו לא עוגנה בכתב ההתחייבות לעשות עסקה במקרקעין, איננו מקרה מיוחד או יוצא דופן, אלא "אחד מן המקרים הרגילים והשכיחים שבהם מתקשרים בחוזה הכולל התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין אינם טורחים, מסיבה זו או אחרת, לעגן את התקשרותם בכתב"<sup>168</sup>. פסק-דין זה אושש את הגישה הצרה והזהירה כלפי השימוש בעקרון תום-הלב כתחליף לדרישת הצורה.

164 ע"א 579/83 זוננשטיין נ' גבסו, פ"ד מב(2) 278, 289.

165 השופט בייסקי התנגד לדחיקתה של דרישת הכתב המהותית על-ידי הוראת תום-הלב. השופטת בן-פורת סברה כי בנסיבות המקרה אין מקום לבטל את דרישת הכתב מפני עקרון תום-הלב.

166 שם, בעמ' 291–292.

167 ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, 197.

168 ע"א 8144/00 עלריג נ' ברנדר, פ"ד נו(1) 158, 168.



בפרק השמונה עשר, הדין בצורת החוזה, ניתן למצוא דיון מפורט וביקורתית בפסיקה שהפעילה את עקרון תום-הלב כדי להתגבר על הדרישה המהותית לכתב<sup>169</sup>.

(ז) אכיפה בקירוב

עקרון תום-הלב מהווה כיום בסיס חדש לתורת האכיפה בקירוב (cy près). על-פי תורה אנגלית זו, שאומצה בפסיקה לפני חוק התרופות<sup>170</sup>, זכאי נפגע מהפרת חוזה, במקרים שבהם הביצוע הפך לכלתי אפשרי, לתחליף הקרוב ככל האפשר למה שהובטח לו בחוזה.

סעיף עצמאות החוק בחוק התרופות (סעיף 24) מנע, עוד לפני חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, היזקקות למשפט האנגלי בעניינים שחוק זה דן בהם. לפיכך קשה לקבל את הדעה שלפיה ניתן להחיל את התורה האנגלית הנדונה על חוזה שרק חלקו אינו אכיף, ולכן אינו גופל בגדר הסייג של סעיף 3(1) לחוק התרופות (שלפיו אין זכות לאכיפת חוזה שאינו כר-ביצוע), ומהווה עניין שחוק התרופות אינו דן בו<sup>171</sup>.

עם זאת ניתן לראות את תורת האכיפה בקירוב כחלק מעקרון תום-הלב. רוחה והגיונה של תורה זו עולים בקנה אחד עם מגמות שיפורטות מודרניות ועם עקרון תום-הלב: "נטייתו של בית-המשפט היא, ככל מקרה שהדבר ניתן, להביא למימוש התחייבויות, אף שהדבר כרוך בתוספת או בשינוי שאינם מהווים תנאים חדשים או משנים את אופיו של ההסכם"<sup>172</sup>. ישומה של תורת האכיפה בקירוב מהווה דוגמה יפה לאפקט הממתן של עקרון תום-הלב<sup>173</sup>: כאשר החוזה אינו ניתן לאכיפה במדויק, אולם אפשר להגשים את כוונת הצדדים המקורית תוך סטייה לא גדולה מן החיוב החוזי המקורי, יתייצב עקרון תום-הלב לטובת מתן צו אכיפה "בקירוב" לנפגע מן ההפרה<sup>174</sup>. צו כזה יכול שיינתן במסגרת סעיף 4 לחוק התרופות, המסמיך את בית-המשפט להתנות צו אכיפה בתנאים המתחייבים מן החוזה "לפי נסיבות העניין", אולם ניתן לראותו כנובע במישרין מעקרון תום-הלב<sup>175</sup>. ואכן, בפסק-דין

169 ר' הלן בעמ' 386 ואילך.  
170 ר' ע"א 79/49 פונט נ' יהודאי, פ"ד ד 387, 375; ע"א 264/72 סיגלר נ' עידית, פ"ד כז(1) 701, 705; ע"א 165/78 שליט נ' סוסיטה אנונים, פ"ד לג(2) 477, 479.  
171 דעתה של השופטת בן-פורת בע"א 289/78 אשד נ' לובר, פ"ד לג(1) 13, 19-20, ובד"נ 20/82 אדרס נ' הרלי אנד גינס, פ"ד מב(1) 221, 256.  
172 דברי השופטת נתניהו בע"א 540/79 שמואלי נ' לויט, פ"ד לו(2) 45, 50, שהובאו בהסכמה על-ידי השופט גולדברג בע"א 256/89 פרץ נ' כובס, פ"ד מו(3) 557, 569.  
173 ר' לעיל בעמ' 98.  
174 השוו לדברי הנשיא שמגר בע"א 672/81 הנ"ל בה"ש 126, בעמ' 199, שלפיהם "מותרת מודיפיקאציה קלה של התחייבויות, שיש בהן משום קיום החוזה".  
175 תורת האכיפה בקירוב חלה גם כדיני צוואות. ר' ע"א 8704/99 בן ציון נ' ההסתדרות הכללית של העובדים, פ"ד נח(1) 120, 136.

חדש של בית-המשפט העליון הושתתה אכיפה בקירוב הן על סעיף 4 לחוק התרופות והן על עקרון תום-הלב. בפסק-דין זה ניתן צו לאכיפה בקירוב של תזזה רכישה של דירת נופש, תוך התאמת המחיר המקורי של יחידת הנופש למחיר הדירה החלופית. השופט אנגלרד, שדן בתולדותיה ובמקורותיה של תורת האכיפה בקירוב, לא ראה קושי עקרוני לבססה על סעיף 4 לחוק התרופות, אם כי לדעתו גם עקרון תום-הלב מאפשר להחיל את הדוקטרינה של אכיפה בקירוב כמשפטנו. לעומתו, השופט ביניש העדיפה לבסס את תחולת הדוקטרינה על עקרון תום-הלב בלבד, מבלי לנקוט עמדה בשאלה האקדמית אם יש לה תחולה גם מכוח סעיף 4 לחוק התרופות<sup>176</sup>.

בהצעת חוק דיני ממונות מעוגנת תורת האכיפה בקירוב בסעיף חדש המקנה לבית המשפט שיקול דעת במקרים שבהם לא היה הנפגע (מהפרת חוזה או מעוולה) זכאי לאכיפת החיוב. וזה לשונו של סעיף 525 להצעת חוק דיני ממונות: "לא היה הנפגע זכאי לאכיפת החיוב על-פי הוראת סעיף 524, רשאי בית-המשפט, לבקשת הנפגע, להורות על אכיפת החיוב בקירוב, ובלבד שלא יהיה בכך כדי לשנות את מהותו של החיוב, ושלא יהיה בה כדי לגרום עוול למפר; דין אכיפה בקירוב כדין אכיפה".

## ד. תוצאות הפרתו של עקרון תום-הלב

בתוצאות של חוסר תום-לב בשלב המשא ומתן נדון בפרק השביעי<sup>177</sup>. כאן נדון בתוצאות חוסר תום-לב בשלב החוזי.

צד לחוזה אשר מפר את החובה המעוגנת בסעיף 39, דהיינו: אינו מקיים בתום-לב את החיובים הנובעים מן החוזה או שאינו עושה שימוש בתום-לב בזכויות הנובעות מן החוזה, רואים אותו "כאילו לא קיים חיובו כלל, וממילא כאילו הפר את החוזה"<sup>178</sup>. פעולה בחוסר תום-לב מהווה אפוא הפרת חוזה<sup>179</sup>. הפרה כזו מזכה את הנפגע ממנה בתרופות השונות הניתנות בגין הפרת חוזה, והן בעיקר אכיפה, פיצויים וביטול. זאת ועוד: הסדר חוזי הנוגד את תום-הלב עשוי להתבטל<sup>180</sup>.

בעתיד, עם כניסת חוק דיני ממונות לתוקף, יופיע עקרון תום-הלב בראש החוק (סעיף 2) בזה הלשון: "בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב יש לנהוג בתום-לב". הפרת עיקרון זה תהווה הפרת חיוב ויחולו עליה התרופות בשל הפרת חיוב. בפסק-דינו בפרשת שירותי תחבורה קבע השופט ברק את קטלוג התוצאות

176 ע"א 2686/99 אייזמן נ' קדמת עדן, פ"ד נה(5) 365, 377, 379, 380.

177 ר' להלן בעמ' 156 ואילך.

178 דברי השופט ח' כהן בע"א 380/77 הנ"ל בה"ש 31, בעמ' 105.

179 ע"א 3912/90 הנ"ל בה"ש 30, בעמ' 78.

180 ברק, פרשנות החוזה, בעמ' 226.

השונות הנובעות מאי-קיום החובה לנהוג בתום-לב, המעוגנת בסעיף 39, באומר את הדברים המנחים הבאים:

"לעתים תוצאת אי קיום החובה היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה. לעתים התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר. לעתים תוצאת ההפרה היא במתן כוח לבעל החוזה האחר לפעול פעולות מסויימות בתחום החוזה, שאחרת היו נחשבות להפרה, או שלילת כוח, הנתון לבעל החוזה המפר על-פי הוראות החוזה. לעתים התוצאה אינה אלא זו, שהפעולה, שבוצעה תוך הפרת החובה, אינה משתכללת ואינה תופסת"<sup>181</sup>.

תוצאותיו המגוונות של עקרון תום-הלב הודגמו בפרשה אחת, שבה קבע הנשיא שמגר כי הצד הזכאי לתשלום פעל בחוסר תום-לב בסרבו לקבל את התשלום באיחור של יום אחד. מקביעה זו נבעו המסקנות הבאות: ראשית, נתקבלה טענת התייב כי פרע את חובו בכך שהיה מוכן להשלים את הסכום החסר על אתר ואף עשה כן; שנית, נקבע כי האיחור בתשלום לא הגיע כדי הפרה ולכן לא נכנס לתוקפו סעיף הסנקציה לפיו עמד כל החוב לפרעון; שלישית, המקרה נראה כראוי גם ליישום הוראת סעיף 4(3) לחוק התרופות<sup>182</sup>.

בפסק-דין אחר, שנזכר כבר לעיל, קבעה השופטת דורנר כי צד שאינו מקיים את חובותיו החוזיות מנוע, מכוח עקרון תום-הלב, לדרוש מן הצד האחר קיום מלא, וזאת אפילו כאשר המדובר בחיובים עצמאיים<sup>183</sup>.

לאחרונה, בפרשה מרתקת שעובדותיה יתוארו להלן<sup>184</sup>, הציע הנשיא ברק להפעיל את עקרון תום-הלב כדי לראות את אי-ביטול החוזה על-ידי המוכרת (שהיתה רשאית לפנות לבית המשפט בבקשת ביטול), בנסיבות העניין הנדון, כאי-שימוש שלא בתום-לב בזכות הביטול. והתוצאה, לפי הלכת שירותי תחבורה: ראיית זכות המוכרת לפנות לבית-המשפט בבקשה לבטל את החוזה לפי סעיף 14(ב) כאילו הופעלה וכאילו בית-המשפט נענה לבקשה וביטל את החוזה<sup>185</sup>.

181 בג"צ 59/80 הנ"ל בה"ש 11, בעמ' 838-839. ור' גם בג"צ 1683/93 הנ"ל בה"ש 77, בעמ' 708.

182 רע"א 1233/91 הנ"ל בה"ש 83, בעמ' 667-668. לביקורת היבט זה של פסק-הדין ר' דויטש במאמרו הנ"ל בה"ש 6, בעמ' 274-276. פרופ' דויטש מביע את ההשקפה המעניינת כי בנסיבות מסויימות יהיה מוצדק להתחשב בעצמת התוצאות של הפרת החובה לנהוג בתום-לב, כחלק מן ההחלטה כדבר עצם היישום של החובה (שם, בעמ' 276).

183 ע"א 6276/95 הנ"ל בה"ש 92, בעמ' 568.

184 בעמ' 286-287.

185 דנ"א 2568/97 הנ"ל בה"ש 101.

