

חוזים

שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים

מאת

פרופ' גבריאלה שלו*

במאמר זה נסקרת ומבוקרת המגמה הבולטת והמשמעותית ביותר בדיני החוזים בעת האחרונה, היא המגמה של דחיקת רגליו של עקרון חופש החוזים ודחייתו מפני עקרונות ערכיים אחרים. הפעלת עקרונות אלה, ובעיקר עקרון תום הלב ועקרון תקנת הציבור, גורמת, לדעתי, לפגיעה בערכים חיוניים, כמו יציבות, דינאמיות מסחרית, הסתמכות ויכולת תכנון, המוגנים על-ידי עקרון חופש החוזים. בהיות תחום החוזים התחום המרכזי בעולם המשפט שבו מוקנית משמעות וניתן תוקף לרצון הפרט, יש לנסות ולשמור את המעט שנותר מעקרון חופש החוזים לאחר איזונו אל מול עקרונות וערכים אחרים.

- א. מבוא
- ב. מהו עקרון חופש החוזים?
- ג. צדק חוזי
- ד. תום לב
- ה. תקנת הציבור
- ו. פרשנות תכליתית של חוזים
- ז. תחולת ערכי היסוד במשפט הפרטי
- ח. שוויון
- ט. סיכום

* נשיאת הקריה האקדמית. תודה לעוזרת המחקר ליאן חן על עזרתה המעולה בהכנת מאמר זה לדפוס.

א. מבוא

לפני שנים כתבתי מאמר שכותרתו "מה נותר מחופש החוזים"¹. כותרת זו, כדרכן של כותרות, נועדה לעניין את הקורא ולמשוך את תשומת לבו למאמר. היא אף הצביעה על כך שלא נותר הרבה מחופש החוזים. ובכל זאת, במאמר עצמו ניסיתי להראות כי עקרון חופש החוזים הוא העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים, וגם לאחר הכרסום שחל בו הוא מהווה עיקרון מבאר ומסדר של דיני החוזים במדינות המערב. וכך כתבתי במהדורה השנייה של ספרי "דיני חוזים": "חרף הפיחות הניכר שחל במעמדו, לא תש עדיין כוחו של עקרון חופש החוזים, ויש להתאימו, ככל עיקרון ותיק, לסדר החברתי החדש והמתחדש, בחיי מסחר וכלכלה דינאמיים כמו אלה השוררים במדינת ישראל"². מאז שנכתבו דברים אלה נשפך דיו רב, בפסיקה ובספרות המשפטית, על עקרונות שונים הגוברים על עקרון חופש החוזים, וכתוצאה מכך הולך ודועך עקרון חופש החוזים לנגד עינינו. המגמה הבולטת והמשמעותית ביותר בדיני החוזים בעת האחרונה היא המגמה של דחיקת רגליו של עקרון חופש החוזים ודחייתו מפני עקרונות ערכיים אחרים. בהשתקפויותיה – הרבות והמורכבות – של מגמה זו נעסוק במאמר קצר זה.

ב. מהו עקרון חופש החוזים?

עקרון חופש החוזים הוא – עדיין – העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים. עיקרון זה אינו קובע רק את החופש להתקשר בחוזים ולעצב את תוכנם, אלא גם את תוקפם וכוחם של חוזים ואת ההגנה המוענקת להם על-ידי שיטת המשפט. עקרון חופש החוזים מקנה תוקף לרצונם החופשי של הצדדים ומחייב הימנעות מהתערבות בחוזה שנערך מתוך רצון כזה.

עקרון חופש החוזים תואר בפסיקה, עוד לפני חקיקת חוקי היסוד, כאחד מעקרונות היסוד בתפישתנו המשפטית והחברתית³. אמנם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל אזכור מפורש של חופש החוזים, ולפיכך אין בו הגנה מפורשת על חופש החוזים; אולם, בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, אימץ בית המשפט העליון את הפירוש המרחיב שנתן פרופ' ויסמן למונח "קניין" בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (הקובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם"), ככולל גם זכויות חוזיות, בעלות ערך רכוש⁴.

1 ג' שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז (תשמ"ח) 465.

2 ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 28.

3 ראו, למשל, דברי השופט אלון בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג (1) 441, 477-478 (להלן – "ד"נ בית יולס"). וראו גם דברי השופט (כתוארו אז) ברק, שם, בע' 486.

4 "ויסמן" הגנה חוקתית לקניין הפרקליט מב (תשנ"ה) 258, 267; ראו גם: ע"א 6821/93 בנק

פרופ' אהרון ברק, בספרו על פרשנות חוקתית ובמאמריו, גוזר במישרין את עקרון חופש החוזים מכבוד האדם וחירותו, בראותו באוטונומיה של הרצון הפרטי "יסוד מהותי בכבוד האדם וחירותו"⁵. לדעתו, הן חופש ההתקשרות והן חופש העיצוב – שני פניו המהותיים של עקרון חופש החוזים⁶ – הם חלק אינטגרלי מכבוד האדם וחירותו, ועל כן חופש החוזים מהווה זכות יסוד חוקתית.

עמדה זו, שלפיה מעוגן חופש החוזים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אומצה גם בפסיקת בית המשפט העליון⁷. עמדה שונה, מנוגדת, משמיע ד"ר הלל סומר במאמרו על הזכויות הבלתי מנויות. לדעתו, חופש החוזים אינו בגדר זכות חוקתית: "המשמעות של חופש החוזים כה רחוקה מהמשמעות הטבעית של המונח 'כבוד', עד שאין כל היגיון בהרחבתו של המונח 'כבוד האדם' על חופש החוזים"⁸.

בין כך ובין כך, בין אם חופש החוזים הוא זכות יסוד חוקתית ובין אם לאו, הכל מסכימים כי עקרון חופש החוזים הוא עיקרון חשוב, ראשון במעלה, בתחום דיני החוזים. עיקרון זה מגלם בחובו ערכים ואינטרסים חשובים רבים: הערך של קיום חוזים; הערך של כיבוד הבטחות; ערך הוודאות והיציבות המשפטית; חופש הרצון; אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפיות.

היבטיו השונים של חופש החוזים זכו להכרה במשפט הישראלי, הן בסעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן – "חוק החוזים הכללי"), במפורש, והן בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, במשתמע. גם הפסיקה הכירה חזור והכר בחשיבותו של עקרון חופש החוזים כמציב זכות יסוד חוקתית⁹. בשורה ארוכה של פסקי דין הצהיר בית המשפט העליון על עקרון חופש החוזים כעל עיקרון מנחה ויישם אותו הלכה למעשה, בהכירו בהרחבה בחוזים שנכרתו מתוך רצון חופשי ובאוכפו התחייבויות הכלולות בהם¹⁰.

המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בע' 328 (הנשיא לשעבר שמגר), בע' 431 (הנשיא ברק), ובע' 572 (השופט גולדברג); כן ראו את המאמרים בכתב העת משפטים כח (תשנ"ז), אשר החוברת השלישית שלו מוקדשת למעמדה החוקתית של זכות הקניין.

5 א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ד, כרך ג) 426; ראו גם: א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 279.

6 להבחנה ביניהם ראו שלו, לעיל הערה 2, בע' 25 ואילך.

7 ראו: בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702, 708; ע"א 239/92 "אגוד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66, 72.

8 ה' סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 328, 257.

9 ראו המקורות הנזכרים לעיל הערה 3.

10 ראו ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט(2) 757, 765; ע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד לב(2) 141, 146; ע"א 260/80, 265 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537, 542; ע"א 158/80 שלום נ' מוטה, פ"ד לו(4) 793, 809: "...הכלל הגדול הוא, כי יש לקיים חוזים... צד, אשר נטל על עצמו התחייבות, צריך גם לעמוד בה ולקיימה כלשונה" (דברי השופט, כתוארו אז, שמגר); ע"א 618/85 מעיינות הגליל המערבי בע"מ נ' תבורי – ביח"ר למשאקות קלים בע"מ, פ"ד מ(4)

המאה התשע עשרה כונתה "תור הזהב של החוזים". עקרון חופש החוזים, שדגל בחופש הפרט להתקשר בתנאים הטובים ביותר, התפתח במאה זו לצד התיאוריה הכלכלית-קפיטליסטית ולצד התיאוריה התועלתנית-אינדיבידואליסטית, והיה לאבן פינה בכלכלה החופשית. תפישת החוזה כמפגש רצונותיהם של הצדדים לו וכביטוי לאינטרסים האישיים שלהם, התאימה למוסר חברתי של יוזמה חופשית-קפיטליסטית ולרעיונות של אינדיבידואליזם. במאה העשרים, עם נטיית הקפיטליזם אל עבר המונופוליות, והמרת עקרונות היוזמה החופשית והכלכלה החופשית בעקרונות של פיקוח ממשלתי וביטחון סוציאלי, חל פחות ניכר במעמדו של עקרון חופש החוזים. "מבוכת המשפטנים"¹¹ נוכח ירידתו התלולה של עקרון חופש החוזים בעידן המודרני הביאה עמה ניסיונות לנטוש את עקרון חופש החוזים ולהמירו בעקרונות ערכיים אחרים, דוגמת עקרון הצדק החוזי¹², ושימוש במושגי שסתום, דוגמת תום לב ותקנת הציבור. כתוצאה מכך השתנה תפקידו המסורתי של בית המשפט הדין בחוזים, והוא החל לפתח וליישם כלים משפטיים שנגזרו מסביבה עיונית אחרת, בעלת אופי מוסרי ערכי. גם במשפט הישראלי ניתן לאתר ניסיונות דומים להמיר את עקרון חופש החוזים בעיקרון חדש – עקרון הצדק החוזי. דוגמא מובהקת לניסיון כזה ניתן לראות בפרשת לויין, שבה דן בית המשפט העליון בחוזה בין בני זוג שהיו בהליכי גירושין. בחוזה הוסדר עניין המזונות שישלם הבעל ונקבע בו גם כי החוזה יהיה "חסר תוקף משפטי", ו"הצדדים מתחייבים שלא להשתמש בחוזה...לכל מטרה שהיא לרבות הצגתו לבית משפט"¹³. חרף לשון ברורה זו בחוזה, קבע השופט יצחק זמיר כי החוזה הוא בעל תוקף משפטי. מסקנה זו ביסס השופט גם על לשון החוזה, אך בעיקר על שיקולים של מדיניות שיפוטית. הוא הטעים, כי המדיניות השיפוטית הראויה לצורך פרשנות חוזה מזונות היא מדיניות הדואגת לתשלום מזונותיהם של האישה והילדים, ומשאירה את

343, 349. כן ראו דעת המיעוט של השופט טירקל בע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145, 167-168; ובדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 112-114, שבהם הוא מציג את עקרון חופש החוזים כנובע מערכים מוסריים של תום לב, הגינות וישר. ראו עוד: רע"א 5248/90 אנטין נ' פרנקל, פ"ד מה(5) 139, 143-144, שבו ראתה השופטת נתניהו בהתערבות שיפוטית בתניה המגבילה את חופש העיסוק, על-ידי הרחבת ההגבלה החוזית מעבר למוסכם על הצדדים, כמי שנוגדת את עקרון חופש החוזים, ולפיכך גם כנוגדת את תקנת-הציבור. לאחרונה, ראו גם את דעותיהם של השופטים ש' לויין וזמיר, אל מול דעתו של השופט קדמי בע"א 4839/92 גזו נ' כץ, פ"ד מח(4) 749, 760, 763 ו-768.

11 כביטוי של פרופ' ג' טדסקי במאמרו "אי-אלו היבטים למושג חוזה" מסות במשפט (תשל"ח) 54, 70.

12 K. Zweigert & H. Kotz *An introduction to Comparative Law* (North Holland, Vol. II, 7-9 (1977).

13 ע"א 3833/93 לויין נ' לויין, פ"ד מח(2) 862, 866.

הדרך פתוחה לפני הצדדים לבוא אל בית המשפט כדי שזה יוכל לעשות משפט צדק. אשר לסעיף בחוזה הקובע כי לא ניתן להשתמש בחוזה לכל מטרה שהיא, לרבות הצגתו בבית משפט, נטה השופט זמיר לדעה כי סעיף כזה נוגד את תקנת הציבור ולפיכך הריהו בטל. עם זאת, לא מיהר לקבוע את בטלות הסעיף, שכן התקבל על דעתו שיש להיזהר מאוד בביטול חוזה מחמת היותו סותר את תקנת הציבור. כיוון שניתן לומר שהסעיף הנדון אינו מונע תביעת מזונות אלא אך מונע הסתמכות על החוזה, העדיף השופט זמיר להניח כי החוזה אינו בטל, אלא שאכיפתו (כלומר: אי הצגתו בפני בית המשפט) תהא "בלתי צודקת", כאמור בסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971. בקובעו זאת פסק בית המשפט, כי שיעור המזונות לתקופה הנדונה יהא בהתאם לקביעתם של הצדדים בהסכם ביניהם.

מהמסמך שנערך בפרשה זו עולה כוונת הצדדים, בלשון שאין ברורה ומפורשת הימנה, כי ההסכם לא יהווה חוזה מחייב. בית המשפט התעלם מכוונתם, סילף את רצונם כפי שבא לידי ביטוי בהסכם, וקבע כי מדובר בחוזה לכל דבר ועניין. אין ספק כי הסיבה לכך הייתה הרצון להגן על הצד החלש – האישה והילדים; אולם פסק דין זה פוגע פגיעה קשה בעקרון חופש החוזים. החופש להתקשר בחוזה טומן בחובו גם את החופש שלא להתקשר בו. כשם שצדדים חופשיים להסכים על מיסוד יחסיהם במסגרת חוזית מחייבת, הם חופשיים גם להסכים שיחסיהם יעוגנו ויוסדרו מחוץ למסגרת זו.

עקרון חופש החוזים מקנה תוקף לרצון הצדדים המשותף, ולפיכך הוא מחייב הכרה בהסכמים שבכבוד, הלא הם הסכמים שאינם מלווים בכוונה ברורה להתקשר ביחס חוזי מחייב, אלא בכוונה הפוכה – שלא להתקשר בחוזה. כשם שצדדים יכולים מרצונם להפוך את הסכמתם לחוזה מחייב, כך, על ידי התנאה נאותה, הם גם יכולים להשאיר את ההסכם מחוץ למסגרת החוזית ומחוץ לתחולה ההגנה המוענקת לחוזה באשר הוא חוזה.

בהקשר זה כדאי לציין, כי אבד הכלח על ההבחנה – ששררה בעבר במשפטנו, בעקבות המשפט האנגלי – בין הסכמים חברתיים או משפחתיים מחד גיסא, לבין הסכמים מסחריים או עסקיים מאידך גיסא. הבחנה זו, שלפיה בהסכמים חברתיים או משפחתיים קיימת הנחה כי הצדדים להסכם לא התכוונו ליצור חוזה, בעוד שבהסכמים מסחריים או עסקיים טמונה הנחה הפוכה, היא הבחנה מגמתית ומיושנת, באשר היא מניחה מראש את קיום הכוונה באותם תחומים שבהם הדין שואף לעסוק, ואת היעדרה בתחומים שבהם שואף הדין להדיר רגליו. יתר על כן, הבחנה זו מבטאת השקפת עולם פטרנליסטית ובעלת הטיה גברית. ביסוס הבחנה זו על האהבה ה"טבעית" השורה בין בני הזוג, על "קדושת חיי המשפחה" ועל רתיעתו של בית המשפט מפני חדירה למסגרות משפחתיות¹⁴ אינו עומד עוד כיום בפני ביקורת חברתית. אין סיבה

14 ראו, למשל, את הנימוקים שנתן בית המשפט האנגלי בפרשת *Balfour v. Balfour* [1919] 2 K.B 571, 579 לדחיית תביעה של אישה נגד בעלה, שהבטיח לה תשלומים עונתיים.

לפטור אדם מהתחייבויותיו המשפחתיות והחברתיות בנימוק של העדר כוונה מצדו ליצור יחסים משפטיים, ובאותה עת לאכוף עליו התחייבויות עסקיות שנטל על עצמו מחוץ לסביבתו המשפחתית והחברתית.

חופש החוזים, ובכללו החופש להתנות על כוחו המחייב של ההסכם, מאפשר לצדדים ששוררים ביניהם יחסי קרבה וחרבות להיכנס למסגרת חוזית פורמאלית. מנגד, חופש זה גם מאפשר לצדדים למשא ומתן מסחרי לחלק ביניהם את הסיכונים העסקיים באמצעות בחירה במשטר לא-חוזי כמשטר הנאות להסדרת יחסיהם. בחירה כזו במשטר הסכמי לא-חוזי היא אפשרית ותקפה הן כאשר היא נעשית בין צדדים קרובים (בני משפחה או ידידים) והן כאשר היא נעשית בין צדדים מנוכרים (אנשי עסקים ומסחר)¹⁵.

פסק דינו של השופט זמיר בפרשת לויין חותר, אפוא, תחת עצם קיומו של מוסד ההסכמים שבכבוד, המבוסס על רצון הצדדים שלא לכפוף את ההסכם שביניהם לסנקציות משפטיות. ספק גם אם פסק דין זה, שנכתב מתוך תחושת צדק ורצון להיטיב עם האישה וילדיה, אכן מיטיב עם כלל הנשים שעלולות להתגרש בעתיד ועם הגב' לויין בפרט¹⁶.

אמת נכון הדבר, קיים דיסוננס בין השאיפה שלא לנפות מראש מתחום הדיון החוזי מערכות יחסים משפחתיות או חברתיות, שגם בהן עשויה להיווצר מחויבות משפטית, לבין הביקורת על אסכולת "הכל שפיט" ועל התערבות ביחסי הצדדים שהצהירו מפורשות על רצונם שמערכת היחסים ביניהם תיוותר מחוץ לעולם הנורמות המשפטיות המחייבות. פסק הדין בפרשת לויין מציג באור בהיר, כמעט אכזרי, את הדילמה האמורה. בהיותו מונחה על-ידי השאיפה לעשות צדק ולהגן על האישה החלשה, התעלם השופט זמיר מרצונם המפורש והמוצהר של הצדדים בעת עריכת ההסכם ביניהם שלא לכפוף את יחסיהם לדיני החוזים ולערך הסכם שאינו אכיף. כאמור, ספק אם הערך החשוב של הגנה על חלשים הוגשם בעניין זה. ברור עם זאת, כי הערך החשוב של חופש החוזים נפגע.

ד. תום לב

עקרון תום הלב, שנכנס למשפט החוזים הישראלי דרך סעיפי חוק החוזים הכללי, הוא העיקרון המרכזי ומונח השסתום העיקרי שהופעל כדי להזרים לדיני החוזים ערכים חיצוניים. בכך היווה, ועדיין מהווה, עקרון תום הלב, את הגבלתו הראשית

15 לפיתוח רעיון זה ולדיון רחב בהסכמים שאינם חוזים, ראו: ג' שלו "הסכמים ג'נטלמניים (שם זמני)" משפטים לב (תשס"ב) 3.

16 ראו והשוו: א' פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב (תש"ס) 647, 661-667.

של עקרון חופש החוזים. כיוון שעקרון תום הלב מקנה לבית המשפט אפשרות להתערב בדיעבד ביחסי הצדדים לחוזה, עד כדי שינוי הוראות החוזה, פוגעת החלתו של העיקרון בערכים ובאינטרסים שמקדם עקרון חופש החוזים, ובעיקר באינטרס ההסתמכות וביכולת התכנון של צדדים לחוזה.

עקרון תום הלב חל, כידוע, במשפטנו בכל שלבי עריכתו וקיומו של חוזה. תחולתו ההיקפית הרחבה מאפשרת הפעלתו והתערבות באמצעותו בחוזה שערכו הצדדים מתוך רצון חופשי והסכמה מלאה, הן בשלב המשא ומתן, הוא השלב שבו מתגבשים רצונות הצדדים ומנוסחות תניות החוזה, והן בשלב קיום החוזה וההתנהגות על פיו. מאז החלתו של עקרון תום הלב בחוק החוזים הכללי הסתמנה במשפט הישראלי – בדומה למצב במכורתו של העיקרון, גרמניה¹⁷ – מגמה מרחיבה ולפיה עקרון תום הלב הולך ומכסה את כל שיטת המשפט, ומהווה "עקרון מלכותי" בעל "אלף פרצופים"¹⁸ אשר "מצודתו פרושה... על כלל המערכת המשפטית בישראל"¹⁹. ואמנם, מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים הכללי הפך עקרון תום הלב לעיקרון יסוד החולש על כל תחומי המשפט האזרחי. בפרשת רוקר נ' סלומון מדמה השופט חשין את הוראת סעיף 61(ב) לתחנת אוטובוסים המשלחת את הוראת תום הלב "אל כל תפוצות משפט ישראל", ומתאר את עקרון תום הלב כדוקטרינה "החותרת את משפט ישראל כולו לאורכו ולרוחבו, מלוא כל הארץ כבוד"²⁰. ואכן, בתחום המשפט האזרחי אין כמעט אזור, נושא או גזרה שבהם לא הופעל או נדון עקרון תום הלב²¹.

דווקא מעוצמתו של עקרון תום הלב ומתחולתו הרחבה והגורפת נובע הצורך בריסון ההיזקקות אליו, כדי לשמרו בממדים נאותים ולמנוע מצב שבו יחליפו דיני תום הלב את דיני החוזים, דינים שבבסיסם רצונו החופשי של הפרט והסכמתם של הצדדים לחוזה. תחולתו הרחבה, לעתים רחבה מדי, של עקרון תום הלב במשפטנו

17 לסקירת מצב זה ראו שלו, לעיל הערה 2, בע' 41.

18 א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות החוזה (תשס"א, כרך ד) 213, 226.

19 דברי השופט אלון בע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742.

20 ע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 249–250.

21 כך, בתחום דיני השליחות (ראו א' ברק חוק השליחות (מהדורה שנייה תשנ"ו, כרך א) 105–106); חיובים סטטוטוריים (ד"נ 15/79 ליבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז–1957, פ"ד לה(3) 29, 53); דיני חברות (ע"א 818, 817/97 קוסי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 285); דיני עבודה (בג"צ 566/76 "אלקר" חרושת אלקטרו-מכנית ישראלית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לא(2) 197, 209, 212; בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר"שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828; ע"א 2738/90 יהב נ' בן טובים, פ"ד מז(1) 695, 701); סדר דין וראיות (בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449, 461; ע"א 424/86, 431 נאות מרינה בת"ים בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מג(2) 355, 393–394); דיני צוואות (ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104, 115); דיני ירושה (ע"א 4372/91 סיטין נ' סיטין, פ"ד מט(2) 120, 131); ודיני משפחה (בג"צ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1, 9–10; עניין פז, לעיל הערה 19, שם).

מחייבת זהירות מיוחדת בהפעלתו. יפים לכאן דברי השופט חשין, המזהיר מפני פנייה לעילת חוסר תום הלב לפני בחינה מדוקדקת של עילות חלופיות ספציפיות: "לו אחרת אמרנו, חוששני שהיינו גולשים חי־שקל לפסיקה 'מן הצדק' בלבד, ותחזית זו לא תרנין לב"²².

אכן, תהא זו טעות לראות בעקרון תום הלב את חזות הכל ולבטל מפניו הוראות פרטניות של דיני החוזים, גם אם הוראות אלה מדגימות ומשקפות אותו²³. עקרון תום הלב אינו העיקרון היחיד החולש על דיני החוזים ועל המשפט הפרטי בכללותו. לצדו יש למנות ולהפעיל עקרונות חשובים נוספים, ובעיקר את עקרון חופש החוזים.

ה. תקנת הציבור

גם המושג העמום "תקנת הציבור", המופיע בסעיף 30 לחוק החוזים הכללי והמאפשר לקבוע פסלותו ובטלותו של חוזה המנוגד לו, הופעל כדי לצמצם את חופש החוזים. עד לפסק הדין הראשון בפרשת בית יולס²⁴ שררה במשפטנו הגישה הצרה והמצמצמת לתקנת הציבור, גישה שלפיה אין להפעיל מושג זה אלא במקרים נדירים, כאשר ביטול חוזים בשל פגיעה בתקנת הציבור פוגע בוודאות וביציבות ומסכל ציפיות סבירות והסתמכות של מתקשרים בחוזה. אולם, מאז שניתן פסק דין זה, עבור לפסק הדין בפרשת קסטנבאום²⁵ וכלה בפסקי הדין בפרשת רקנט²⁶, מסתמנת במשפטנו מגמה חדשה, מרחיבה, הן לגבי קביעת תוכנה של תקנת הציבור והן לגבי יישומה המעשי. לצד תום הלב הפכה תקנת הציבור למושג שסתום ולצינור המזרים אל תוך המשפט הפרטי את ערכי היסוד של השיטה²⁷. כתוצאה מכך נוטה כיום בית המשפט העליון לבטל ביתר קלות חוזים, או הוראות שבהם, בנימוק של ניגוד לתקנת הציבור. לדעתי — אותה הצגתי ביתר פירוט במאמר קודם²⁸ — צריכה ההתערבות השיפוטית בחוזים, ובמיוחד באמצעות הצינור של תקנת הציבור, להיות נדירה, מתונה וזהירה. אכן, "קיום חוזה הוא אינטרס ציבורי חשוב. גם זוהי תקנת הציבור"²⁹.

22 ע"א 2299/99 שפייר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 213, 238.
 23 לביקורת על החלתו הגורפת של עקרון תום הלב בתחום דיני הקניין, ראו: ג' שלו "עוד על עקרון תום הלב" קרית המשפט ג (תשס"ג) 121, 128–130.
 24 ע"א 207/97 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533.
 25 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (להלן — "פרשת קסטנבאום").
 26 בג"צ 6051/95, 6086 רקנט נ' בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289; דנג"צ 4191/97, 4773 רקנט נ' בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330.
 27 ראו להלן הדיון בפרק ז'.
 28 ג' שלו "סוס הפרא — לאן או מה ארע לתקנת הציבור?" קרית המשפט ב (תשס"ב) 21.
 29 דברי השופט זמיר בדנג"צ רקנט, לעיל הערה 26, בע' 373.

ו. פרשנות תכליתית של חוזים

בספרו "פרשנות החוזה" — המהווה חלק אינטגרלי מהסדרה "פרשנות במשפט"³⁰ — ובפסיקתו, בעיקר בפרשת אפרופים³¹, הציג הנשיא ברק את תורתו הפרשנית — הלא היא תורת הפרשנות התכליתית — תוך יישומה לפירוש חוזים³². בפרשנות החוזה נותן אמנם הנשיא ברק משקל לעקרון חופש החוזים (המכונה על-ידיו לעתים תכופות "האוטונומיה של הרצון הפרטי"), אולם לצדו הוא מציב גם ערכים אחרים, כמו תום לב, צדק ומוסר, ואינטרסים אחרים, הראויים אף הם להגנה, כמו הסתמכותו וציפיותיו של המתקשר השני.

תורת פרשנות החוזה של ברק נגזרת מתורת הפרשנות הכללית שלו ומתיישבת עמה. אליבא דברק, יש לפרש חוזה, ככל טקסט משפטי אחר, בשיטת הפרשנות התכליתית. ביישומה לפירוש חוזים קובעת תורת הפרשנות התכליתית כי יש לתת לחוזה מובן המגשים באופן הטוב ביותר את תכליתו³³. גם תכלית החוזה, כתכליתו של כל טקסט משפטי, מורכבת מתכלית סובייקטיבית ומתכלית אובייקטיבית. התכלית הסובייקטיבית של החוזה היא כוונתם האמיתית המשותפת של הצדדים³⁴. התכלית האובייקטיבית של החוזה היא האינטרסים, המטרות והערכים אשר חוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים³⁵. בספרו "פרשנות החוזה" מעתיק ברק את מרכז הכובד מן התכלית הסובייקטיבית של החוזה, המתרכזת בכוונתם של הצדדים, אל התכלית האובייקטיבית, המשקפת עקרונות של סבירות והיגיון וכן את ערכי היסוד של השיטה. הפעלת יתר זו של התכלית האובייקטיבית פוגעת, לדעתי, בחופש החוזים ובאוטונומיית הרצון של הפרט. מתן משקל עודף לתכלית האובייקטיבית של החוזה מרחיק אותנו מכוונתם האמיתית של הצדדים, אותה כוונה שדיני החוזים מיועדים להגשים. זאת ועוד. כמבואר לעיל, משמעותו של עקרון חופש החוזים היא גם מתן תוקף לרצון הצדדים לחוזה וכיבוד רצונם והאוטונומיה הפרטית שלהם. תורת הפרשנות של ברק, ביישומה לדיני החוזים, פוגעת בהיבט התפקודי של עקרון חופש

30 ואלה הם חמשת הכרכים: א' ברק פרשנות במשפט — תורת הפרשנות הכללית (תשנ"ב), כרך א'; א' ברק פרשנות במשפט — פרשנות החקיקה (תשנ"ג, כרך ב); א' ברק פרשנות במשפט — פרשנות חוקתית (תשנ"ד, כרך ג); א' ברק פרשנות במשפט — פרשנות החוזה (תשס"א, כרך ד); א' ברק פרשנות במשפט — פרשנות הצוואה (תשס"א, כרך ה). לאחרונה, ראה אור ספר חדש מפרי עטו של פרופ' ברק, בנושא פרשנות תכליתית: א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג).
31 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויוזום (1991) בע"מ, פ"ד מט (2) 265 (להלן — "פרשת אפרופים").
32 לתיאור תורתו של ברק ולביקורת עליה, ראו: ג' שלו "פרשנות החוזה" — תורת ברק על 'פרשנות במשפט כרך ד: פרשנות החוזה' מאת אהרן ברק" המשפט ח (תשס"ג) 675.
33 ברק, לעיל הערה 18, בע' 112.
34 שם, בע' 405.
35 שם, בע' 531–532.

החוזים בכך שהיא מקנה לגיטימיות להתערבות שיפוטית בחוזים. דוגמא מובהקת לכך מצויה בהלכת אפרופים³⁶, אשר שמה קץ לתורת שני השלבים, כאשר נקבע, על-ידי הנשיא ברק, כי אין לפרש את לשון החוזה מתוך הטקסט הכתוב בלבד, אלא תמיד נדרשת פנייה לקונטקסט, כלומר לנסיבות. בירור כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה מחייב, לדעת ברק, פנייה לנסיבות גם כאשר לשון החוזה ברורה. התנועה החופשית של הפרשן, מהלשון לנסיבות ומהנסיבות ללשון, תנועה שברק ממליץ עליה כדי לברר את כוונתם של הצדדים לחוזה, נעשית באמצעות עקרון תום הלב. עיקרון זה, שברק נותן לו משקל רב בפרשנות החוזה ובהשלמתו, הוא שסלל את הדרך לפריצת קווי הגבול בין לשון החוזה ונסיבותיו ואפשר לשופט ולפרשן לדלג משלב אחד למשנהו וחזרה.

באמצעות תורת הפרשנות התכליתית מרחיב אפוא ברק את סמכות בית המשפט להתערב בחוזים ואף לעצב מחדש את תניותיהם. בכך ניתן, לדעתי, תפקיד חשוב מדי לשופט ולפרשן בגיבוש כוונת הצדדים לחוזה ובאומד דעתם וכך גם ניתן משקל רב מדי לעקרון תום הלב בתהליכי הפירוש וההשלמה.

ז. תחולת ערכי היסוד במשפט הפרטי

השקפת הנשיא ברק, לפיה חלים ערכי היסוד החוקתיים במשפט הפרטי, משפיעה אף היא על עקרון חופש החוזים ומגבילה את תחולתו ואת כוחו³⁷. לדעת ברק, חלים ערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל במשפט הפרטי באמצעות מונחי השסתום המוכרים של המשפט הפרטי, כגון "תום לב", ו"תקנת הציבור". השקפה תיאורטית זו, שפותחה בספריו ובמאמריו של ברק³⁸, אף יושמה על ידיו בפרשת קסטנבאום³⁹. דעה זו, שכבר קנתה לה אחיזה במשפט הישראלי, ובעיקר בפסיקת בתי המשפט⁴⁰, מגבילה את עקרון חופש החוזים, כאשר נדרש איזונו אל מול זכויות חוקתיות אחרות, חשובות הימנו. החלת זכויות היסוד החוקתיות בתחום דיני החוזים פוגעת באוטונומיה של הפרט

36 פרשת אפרופים, לעיל הערה 31.

37 לתיאור השקפה זו ולביקורת עליה, ראו: ג' שלו "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קריית המשפט א (תשס"א) 41.

38 א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 163; ברק בספרו, לעיל הערה 5, שבו מוקדש שער שלם — השמיני במספר — לנושא: "זכויות אדם חוקתיות והמשפט הפרטי".

39 פרשת קסטנבאום, לעיל הערה 25.

40 ראו: ת"א (חי') 4583/96 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מצקין (לא פורסם); ת"א (י"ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה, דינים שלום, כרך ו, 236; ת"א (י"ם) 8711/95 קדמי נ' סופר פארם (לא פורסם); עניין "אגד", לעיל הערה 7; בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501.

ואף משנה את דיני החוזים המהותיים על-ידי הרחבת התחום הקוגנטי שאינו ניתן להתנאה, ועל ידי הטלת חובות פוטנציאליות על פרטים וגופים מאוגדים הפועלים במישור הפרטי המובהק. לדעתי, במסגרת דיני החוזים יש להקנות לעקרון חופש החוזים מעמד נורמטיבי גבוה יותר מאשר לערכים אחרים, אפילו ערכים שזכו לעיגון חוקתי.

ח. שוויון

שוויון הכל בפני החוק הוא זכות יסוד הנובעת במישורין מאופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל. כיום, עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל אף שעקרון השוויון אינו נזכר בו במפורש, יש הרואים בזכות לשוויון זכות הנגזרת מכבוד האדם ולפיכך מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁴¹.

בין עקרון חופש החוזים ובין עקרון השוויון קיים ניגוד אימננטי. בעוד שהכרה בעקרון חופש החוזים כעקרון-על בדיני החוזים מאפשרת הפליה בין צדדים, בכוח או בפועל, למשא ומתן ולחווה, הרי הכרה בעקרון השוויון בדיני החוזים משמעה הטלת מגבלה על חופש החוזים, הן במשמעותו המהותית (החופש להתקשר) הן במשמעותו התפקודית (הגנת החווה מפני התערבות שיפוטית). חשיבותו של עקרון השוויון הביאה להתערבותו של המחוקק גם בתחום המשפט הפרטי. בולט בהקשר זה הוא חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. חוק זה נועד – מעצם טיבו ומטרתו – להחיל את עקרון השוויון (גם) על בעלי עסקים פרטיים הבוחרים לפנות לציבור הרחב בהצעת מוצר או שירות. בנוסף לחוק זה, החל על שלב המשא ומתן הטרם חוזי, קיימת חקיקה, צרכנית בעיקרה, המתייחסת לשלב החוזי ומטרתה להסיר את חוסר השוויון הטמון ביחסי ספק-צרכן. החקיקה האמורה, האוסרת הפליה בשלבים השונים של

41 בספרות המשפטית ראו: "קרפ" חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 352-353; ברק בספרו, לעיל הערה 5, בע' 423-425. בפסיקה ראו: דברי השופט (כתוארו אז) אור בבג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353; דברי השופט (כתוארו אז) ברק בבג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 759-761; דברי השופט מצא בפרשת שדולת הנשים בישראל, שם, בע' 526. לגישה צרה יותר, שלפיה מגן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מפני פגיעה בשוויון רק כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם, ראו עמדת השופט דורנר בבג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 133, 94. לעמדה מנוגדת, שלפיה לא נכלל עקרון השוויון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו סומר, לעיל הערה 8, בע' 274-303; ובפסיקה: דברי השופט זמיר בבג"צ 454/94 שדולת הנשים בישראל, שם, בע' 535-536.

יצירת החוזה, היא חקיקה קוגנטית, שאין להתפשר עמה, ויש להודות כי מקום בו היא חלה היא מגבילה – ולו גם הגבלה ראויה – את עקרון חופש החוזים.

ט. סיכום

גם תומכיו הנלהבים של עקרון חופש החוזים לא יכחישו כי מרחק רב עברנו, בעולם המערבי ובישראל, מאז שלטה בכיפה התפישה הקלאסית-האינדיבידואליסטית של חופש החוזים. דיני החוזים המודרניים הם דינים המשקפים ערכים חברתיים ומוסריים של התחשבות בזולת והגינות עסקית. עם זאת, העיקרון המנחה של דיני החוזים הוא עדיין, ולטעמי צריך להיות גם בעתיד, עקרון חופש החוזים. הנהירה אל עבר מושגי השסתום הערכיים, ובעיקר תום לב ותקנת הציבור, פוגעת בעיקרון זה ודוחקת אותו לקרן זווית. בכך נפגעים ערכים חשובים לחיי מסחר תקינים: יציבות, ודאות, דינאמיות מסחרית, אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפיות הסבירות, יכולת התכנון של צדדים למשא ומתן, כוחו המחייב של החוזה ומתן כבוד להסכם בין צדדים בוגרים המוכנים ליטול על עצמם סיכון תמורת הסיכוי לזכות ברווח.

תחום החוזים הוא התחום המרכזי בעולם המשפט אשר בו מוקנית משמעות וניתן תוקף לרצון הפרט. לדעתי, יש לנסות ולשמר במידת האפשר את כוחו של רצון הפרט ולהגן על האוטונומיה של רצון זה. רצון הפרט שואב את תוקפו משיטת המשפט, ולפיכך ברור שעליו להיות מתועל למסגרות חוקיות וחוזיות מוכרות. עם זאת, אין הצדקה – תיאורטית או מעשית – לחשוף צדדים לחוזה לכך שבדיעבד יוכתבו להם ערכים שמעולם לא רצו לכלול בחוזה שביניהם. אמת נכון הדבר, חופש החוזים אינו ערך מוחלט, ובמקרים רבים הוא נדחה מפני עקרונות אחרים, חשובים הימנו. אולם, דווקא משום שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים יש לשמר את המעט שנותר ממנו.