

אמון ויחסים חוזיים

מאת

ברק אתירם*

"תפיסה זו נטעה את שורשיה במקומותינו לפני למעלה מארבעה עשורים, בימים בהם בית משפט זה דן והכריע בעניינה של הגב' רבינאי... באותו מקרה נקבע כי זיכרון דברים עליו חתמה הגב' רבינאי – ובזכותו שלשלה לכיסה דמי־קדימה בסכום נכבד של 15,000 לירות ישראליות דאז – הוא בגדר הסכם מחייב לכל דבר ועניין. זאת, למרות שזיכרון דברים זה דרש השלמה של מספר פרטים חסרים, וחרף החרטה שהושמעה ביחס אליו על ידי הגב' רבינאי מיד לאחר החתימה. בית משפט זה קבע כי הסכמתה של הגב' רבינאי לקבל דמי־קדימה מעידה על כך שהיא הבינה את מהות העסקה. בית המשפט קבע אפוא כי 'בעת חתימה על זיכרון הדברים התכוונה הנתבעת... להתקשר בחוזה והבינה לאשורן את התוצאות המשפטיות הנובעות מכך'".¹

180	מבוא
184	א. מבחן האמון ביחסים חוזיים
184	1. עניין רבינאי כנקודת ייחוס מכוננת
188	2. בין אמון לתום לב
192	3. בין אמון לגמירת הדעת
196	ב. דוקטרינת האמון במשא ומתן
197	1. זהות הצדדים שמתקשרים בחוזה
203	2. חוות דעת ושימוש בגורמים מאמתים
212	3. התנהלות הצדדים במהלך המשא ומתן
216	ג. מבחן האמון ועלויות הליכי המשפט
216	1. רגרסיביות הליכי המשפט

* מרצה בכיר, דיני חוזים וחברות, המכללה האקדמית ספיר. על הערות מעולות שקיבלתי אני מבקש להודות לשרון חנס, עמרי ידלין, עלי בוקשפן, דורון מנשה, מנחם מאוטנר, משתתפי כנס שופטים ורשמים אזרחיים מחוז דרום ומרכז (2020) ומשתתפי הכינוס השנתי החמישי של הפורום הישראלי לדיני חוזים (2021). על עזרה במחקר אני מבקש להודות לענבל ארד, טל גיגי ושרון פוסטילניק. על נגישות לחומרים היסטוריים תודה לאורית, דליה וורדית מארכיון מוזיאון ראשון לציון. תודה מיוחדת גם לחברי מערכת עיוני משפט תמנע ארוז, מאיר פורמן, מיכאל מוליאש וגלעד אשל.

1 ע"א 8872/18 וייס נ' בן מנחם, פס' 26 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 18.7.2021) (להלן: עניין וייס בעליון).

221	2. אמון והפסקת המשא ומתן
224	3. אמון בין צדדים להליכי משפט
227	אפילו

מבוא

עם כריתת חוזה צדדיו מקבלים על עצמם את כוחו של מי מהם לתבוע את אכיפת תנאיו, כמו גם פיצוי בגין הפרתו, בערכאות המשפט. תחולת המעטפת המשפטית, כבר בשלב המשא ומתן ומאוחר יותר בביצוע תנאי החוזה, מעניקה לצדדים למשא ומתן ולחוזה את כוחו של הדין ומגינה על ציפיותיהם הסבירות. נראה, לכן, שצדדים למשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, בהינתן כוחו של הדין, אינם נדרשים לרכוש או לתת אמון זה בזה, ובכלל זה גם להשקיע משאבים בבחינת אמינות הצד הנגדי ונכונות מצגיו.² הדין, לכאורה, מספק תחליף ראוי לרכישת אמון בין צדדים עובר לכריתת חוזה, ותכליתו העיקרית של שלב המשא ומתן, כך נדמה, מסתכמת בהסדרת תנאי העסקה. על בסיס הנחות סמויות אלו, כך ייטען במאמר זה, יכול בית המשפט לשגות ולסבור כי בשלב מתקדם במשא ומתן, כשיסודות העסקה כבר סוכמו והצדדים עומדים בפני שלב עריכתו של חוזה פורמלי, דרישת גמירת הדעת קוימה. סירוב לעריכתו של חוזה פורמלי, בשלב זה ולאחר קבלת דמי קדימה, עשוי להיתפס כהתחמקות חסרת תום לב ואף כהפרה בזרז של חוזה שהצדדים כבר גמרו בדעתם לכרות,³ זאת גם נוכח סממנים חיצוניים זועקים לאפשרות קיומו הסבירה של משבר אמון. לאמון פרטיקולרי בין צדדים למשא ומתן, כזה שיקל על הצדדים, לאחר כריתת החוזה, ליישם את תנאי החוזה, לשתף פעולה ולהגיע לפשרות אם יידרשו לכך, תפקיד ומשמעות שונים מחובת תום הלב. עם זאת, בשל אי בהירות בשימוש בתי המשפט במונחים אלו, דיני כריתת החוזה מעניקים משקל זניח, אם בכלל, לאמון הצדדים זה בזה בשלב המשא ומתן. כך, בהתאם לעניין רבינאי,⁴ ניתן לקבוע שזוג קשיש וערירי, שאינו מיוצג, יכול בפגישה בודדת שמתרחשת בביתם להיקשר בעסקת מקרקעין מורכבת מבחינה תכנונית ומיסויית עם חברה מסחרית שאמינות נציגיה מוטלת בספק כבר. למרות הסתירות הברורות, הצגתם השגויה של עורכיו והקביעה בו כי חוזה פורמלי ייערך שבוע לאחר מכן, בית המשפט מצא כי כבר בעריכת זיכרון דברים בן עמוד בודד גמרו הצדדים בדעתם לכרות חוזה מקרקעין מורכב. כל זאת, מבלי שיינתן כל משקל לסממנים חיצוניים מובהקים להיעדר אמון ביחסי הצדדים, ולכן להצדקת סירובה של גב' רבינאי להמשיך לעריכתו של החוזה הפורמלי. ודוק, הזוג רבינאי, וצדדים למשא ומתן בכלל, רשאים לכרות חוזה פורמלי ללא בחינת אמינות הצד הנגדי ובהתבסס במקום זאת על מבטחם בתחולת הדין לאכיפת תנאי החוזה וקבלת הפיצוי

2 על השפעת המעטפת המשפטית על תפקיד האמון בכריתת חוזה ראו DORI KIMEL, FROM PROMISE TO CONTRACT: TOWARDS A LIBERAL THEORY OF CONTRACT (2003).

3 בע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 283, 290 (1979), בו הודיעה גב' רבינאי כי היא מסרבת להמשיך לשלב עריכת החוזה הפורמלי, שבהתאם לזיכרון הדברים מועדו נקבע לשבוע ימים לאחר מכן, קבע בית המשפט כי הפרת החוזה הייתה בזרז ולא היה לה כל צידוק. לעומתה הובהר כי חברת מן-שקד הייתה נכונה לקיים את החוזה.

במקרה שאלו יופרו.⁴ יחד עם זאת, ובהתאם לנטען במאמר זה, כשאחד הצדדים בוחר שלא להמשיך לעריכתו של חוזה פורמלי, ולעומתו הצד הנגדי מבקש לקבוע כי נכרת חוזה עובר לכך, על בית המשפט להידרש גם לסוגיית האמון בפועל בין הצדדים במסגרת בחינת גמירת הדעת, ואף ביתר שאת כשהתנהלות מי מהצדדים מעלה ספקות כבדים באשר לאמינותו. הליכים משפטיים אינם נעדרי עלויות לצדדים למשא ומתן, ולמערכת המשפטית עצמה. החלת הדין כרוכה בעלויות ניכרות, אם בייצוג ואם בזמן שמושקע בהליך המשפטי, עלויות שרבים יתקשו לשאת ועקב כך עשויים לוותר על אכיפת מלוא זכויותיהם, או אף על הגשת התביעה מלכתחילה.⁵ צדדים יכולים לכן, וכך גם ראוי לשיטת מאמר זה, לבחון את אמינות הצד הנגדי ונכונות מצגיו, זאת במידה שהולמת את מאפייני וחשיבות העסקה, ולצד הסתמכותם על מוסדות המשפט ובמקרים המתאימים גם על כוחות השוק בטרם הם כורתים חוזה. בהתאם לכך, מאמר זה יטען כי בנסיבות שבהן לא ניתן להצביע על חוזה פורמלי וניתוח התנהלות הצדדים נחוץ להוכחת קיומה של דרישת גמירת הדעת וכריתתו של חוזה, אין להסתפק בבחינתן של נקודות ספורדיות כאמירת "מברוק", לחיצת ידיים, חילופי טיטות, קבלת מקדמה והשקת כוסות. ביישום מבחני כריתת החוזה ודרישת גמירת הדעת יש גם להוסיף את "מבחן האמון", קרי, בחינתם של סממנים חיצוניים שמעידים על קיומו או על היעדרו של אמון בפועל, במידה שתהא תלויה כאמור במאפייני העסקה הנרקמת ובחשיבותה, בין הצדדים למשא ומתן. באמצעות הכרת הדין בבחינה זאת, כחלק מדרישת גמירת הדעת, יוכל כל צד למשא ומתן שהתנהלותו של הצד הנגדי מעלה אצלו חשש כבד לאמינותו, גם אם הם מצויים בשלב מתקדם, לבחור שלא להמשיך למסגרת חוזית מחייבת, כזאת שתשית עלויות כבדות על הצדדים וגם על מערכת המשפט עצמה.⁶

כלל, אבני הבניין של הכתיבה האקדמית-משפטית הן החלטות בתי המשפט שמיישמות את הדין הרלוונטי בנסיבות נתונות, זאת לאחר שעובדות המקרה נבררו ופורשו על ידי עורכי הדין ושופטי בית המשפט. המחקר המשפטי נוטה לקבל על עצמו את התשתית העובדתית-משפטית וחולץ מאבני יסוד שלמות אלו של המשפט פרספקטיבות ותובנות

4 דיני החוזים מספקים למי שכרתו חוזה כלים משפטיים שמגינים על ציפיותיהם הסבירות, אם בתרופות הפיצויים, האכיפה והביטול ואם באמצעות הטלתן של חובות שונות בשלבים השונים של כריתת וביצוע החוזה כחובת תום הלב (למשל, ס' 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973).

5 לעלויות אלו יש להוסיף גם את השלכותיו החלוקתיות של ההליך המשפטי ואת העדיפות שהוא מקנה לשחקנים חזקים לעומת חלשים. Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950, 970-971 (1979).

6 מתן משקל ראוי לתפקיד האמון הפרטיקולרי בין צדדים למשא ומתן יקשיח את מבחני הכניסה למערכת החוזית ובכך יגדיל את הדיוק השיפוטי. על הצעה להוספת שופטים כדי להקל בדיוק השיפוטי נאמר "רמת הדיוק של בתי המשפט היא משתנה התלוי בכמה גורמים, כגון... העומס על בתי המשפט... כדי לשפר את רמת הדיוק אפשר למנות שופטים מוכשרים יותר; אפשר להוסיף שופטים למערכת בתי המשפט ובכך להפחית עומס ולאפשר הקצאת זמן רב יותר לברור תיקים" (משה בר נבי "פרק כב: בתי משפט" הגישה הכלכלית למשפט 1133, 1154 אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

שונות על המשפט והחברה שבה הוא פועל. בתי המשפט מצידם עושים שימוש במחקרים אלו ביישום ובפירוש של המשפט הקיים. כיוון שלהליכי המשפט, על עלויותיהם ועל אי הוודאות שכרוכה בהם,⁷ תפקיד מרכזי בהבנת הכניסה למסגרתו של חוזה מחייב,⁸ מתודולוגיית מאמר זה שונה במעט מהכתיבה האקדמית המקובלת בתחום.⁹ לעומת השיג והשיח המקובל האמור, מאמר זה מבקש לפרק את אבני היסוד הללו ולנתח את דין הכניסה למסגרת החוזית על בסיס המסגרת המשפטית המלאה שצדדים למשא ומתן מתמודדים איתה עובר לניתוח העובדתי-דוקטרינרי במערכת המשפט, וזאת בפסיקה מכוננת כעניין רבינאי.¹⁰

טענתו המרכזית של מאמר זה היא שדין שמבקש לחזק את גמירת דעתם של צדדים להיקשר בקשר חוזי מחייב, בנסיבות שבהן חוזה פורמלי לא נכרת ובית המשפט מסתייע בבחינת התנהלותם, צריך להכיר ולעשות שימוש בסממנים חיצוניים למתן אמון בפועל או להיעדרו, במידה שמתאימה לנסיבותיו הפרטיקולריות של כל מקרה ומקרה. הסממנים האובייקטיביים המרכזיים שמאמר זה מציע הם שלושה. הראשון, אופן הצגת זהות הצדדים לחוזה, ואם הצגת מאפייני הצדדים וסמכויותיהם מלאה וישרה או חלקית ולא בהירה. השני, שימוש הצדדים במומחים ובעלי מקצוע לגישור על פערי אמון, כשמאים ועורכי דין, וזאת אם באמצעות הכללתן של בטוחות מתאימות בחוזה במסגרת עיצוב תנאי העסקה ואם בבחינת נכונות מצגי הצדדים במשא ומתן. השלישי, השפעת התנהלות הצדדים במשא ומתן על אמינותם, האחד בעיני האחר. סממן זה מתמקד בדרך שבה התנהלות הצדדים קידמה שיתוף פעולה אם בנכונות מצגי הצדדים ונגישותם ואם בדרך שבה הם התמודדו עם מחלוקות שנוצרו במהלכו של המשא ומתן. באמצעות סממנים אלו יעניק הדין משקל ראוי לגמירת הדעת של הצדדים להיכנס לקשר משפטי מחייב ויבהיר את חשיבות אמינות הצדדים להחלטתם להיכנס ליחסים משפטיים מחייבים. שימוש במושג "אמון" ייעשה

-
- 7 על השלכותיה של אי-וודאות משפטית ראו מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" **משפט וממשל** ט 223, 245-249 (2005).
- 8 בין אם טמון בדרישת גמירת הדעת ובין אם לאו, תנאי מקדמי ליצירתו של חוזה תקף, ולשיטתה של פרופ' שלו "לעצם הכניסה לתחום הנשלט בידי חוק החוזים", הוא כוונת הצדדים ליצור יחסים משפטיים. כיוון שכך, מערכת המשפט והליכי המשפט שבהם מתפתחים ונאכפים דיני החוזים הם חלק בלתי נפרד ממאפייני תחום זה, כמו גם מאפייני היחסים המשפטיים עצמם. גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים, 147-148 (מהדורה רביעית 2019).
- 9 מאפיין מתודולוגי מרכזי במאמר זה הוא ניתוח הדוקטרינות המשפטיות על בסיס בחינת הנסיבות העובדתיות שהובילו לסכסוך המשפטי שעמד בפני בית המשפט, ככל שניתן לאתר אותן, וזאת תוך השוואתן לאלו המוצגות על ידי בית המשפט.
- 10 כלי המחקר שמאמר זה עושה בהם שימוש כוללים איתור של נתונים נוספים על אודות מאפייני הצדדים; אם מדובר במבנה תאגירי, המחקר יכלול את ניתוח מסמכי ההתאגדות והשלכותיהם על הסכסוך המשפטי, גם אם אלו לא הוצגו בפני בית המשפט; אם העסקה נוגעת לנכס מקרקעין, המחקר יכלול את איתור התוכניות שחלות על הנכס, בחינת תשריטי החלקה והשלכותיהם על מאפייני הנכס, גם אם אלו לא הוצגו על ידי הצדדים; לכך יש להוסיף גם את ניתוח החומרים שנמצאו בפני בית המשפט, גם אם בית המשפט לא מצא לנכון להתייחס אליהם בהחלטתו, ובהם תצהירי הצדדים, פרוטוקול הדיונים וכיו"ב.

במשמעות המידה שבה צדדים יכולים להאמין האחד למצגי האחר, כמו גם האמצעים שבהם נעשה שימוש על מנת לגשר על פערי אמון.

בהעברת מרכז הכובד בבחינת גמירת הדעת לקיומם של סממנים חיצוניים המעידים על קיומו או היעדרו של אמון פרטיקולרי יכיר בית המשפט במגבלותיו האנושיות וישלים את מאמצי הצדדים והשוק שבעקיפין יגנו גם על משאבי מערכת המשפט עצמה ויטיבו עם יעילות הליכי המשפט. לכך נוספים גם שלושה יתרונות ראויים. ראשית, צדדים יתמקדו בשיפור ניהול המשא ומתן לכריתת החוזה ולא ביצירת בסיס משפטי לטענת כריתת חוזה בהליכים משפטיים. התמקדות הצדדים בהתנהלות יוצרת אמון במשא ומתן תאזן את יחסי הצדדים במשא ומתן ותצמצם את השימוש בשיטות פעולה נצלניות כהפעלת לחצים חברתיים-פסיכולוגיים בביתם של קשישים או מול אוכלוסיות מוחלשות בכלל; היא גם תחייב שקיפות בהצגת מאפייני הצדדים הרלוונטיים לעסקה, כמו גם נכונותם להעניק זה לזה את הזמן הנדרש, בהתאם למאפייני העסקה, להעמדת מצגיהם במשא ומתן לאישוש ולבחינה. שנית, הכרה בחשיבות ביסוסו של אמון, במידה שתהלוך את חשיבות העסקה, תעניק לגיטימיות להפסקת המשא ומתן, גם בשלב מתקדם, אם היא תנבע מנסיבות שיעמידו ספקות בנוגע לאמינותו של מי מהצדדים ומצגיו, הן בנוגע לניסיונו בעבר והן באשר להבטחתו לעתיד. בכך גם תושג המטרה השלישית והיא הקטנת העלויות המשפטיות מול זה שאין מאמינים לדבריו. בנסיבות שבהן לא ברור אם נכרת חוזה והתנהלות הצדדים מעידה על היעדרו של אמון, ראוי שבית המשפט יבחר שלא להשלים פרטים חסרים ביישום דרישת המסוימות, ובכך הוא לא יקדים את מועד כריתת החוזה מהמועד שהצדדים קבעו בעצמם. ככל שביט המשפט יחזיר בנסיבות אלו את הצדדים לניהולו של משא ומתן יירתעו אחרים מפניות חפוזות לבית המשפט, על חשבון ההשקעה בניהולו של משא ומתן, מה שיקטין את עלויות המשפט בכלל ואת עלויות הצדדים בפרט.

בחלקו הראשון של מאמר זה ינותח תפקידו של עקרון האמון בפועל בין צדדים מסוימים למשא ומתן אל מול המסגרות והמשמעויות השונות שניתן לייחס למושג האמון. לאחר מכן ייחשף הקשר שבין מידת האמון בפועל שצדדים למשא ומתן נותנים זה בזה לגמירת דעתם להיקשר בקשר חוזי, כמו גם היעדרה של מתודה ברורה ליישום דרישת גמירת הדעת. בחלק זה ייעשה גם שימוש בניתוח התנהלות הצדדים בעניין רבינאי לחידוד והמחשת האתגרים שקיימים ביישומה של דרישת גמירת הדעת, כמו גם האופן שבו מבחן האמון המוצע ראוי שישפיע על בחינת גמירת הדעת.¹¹ בחלק השני ייבחנו המטרות שלשמן מקוים הליך המשא ומתן והסממנים החיצוניים שיכולים להעיד על התבססותו של אמון בפועל בין צדדים למשא ומתן, ובהם שימת דגש על אופן הצגת זהות הצדדים ומאפייניהם; שימוש בבעלי מקצוע לגישור על פערי אמון והשפעת התנהלות הצדדים במשא ומתן על אפשרות קיומו של משבר אמון. גם בחלק זה ייעשה שימוש בעניין רבינאי כפלטפורמה מכוננת לחשיבה מחודשת על גמירת דעת בהתאם למבחן האמון המוצע. בחלק השלישי והאחרון למאמר זה ינותחו השלכותיו החלוקתיות של מבחן האמון על יחסי צדדים למשא ומתן שמתאפיינים בפערים בכוח המיקוח. בחלק זה גם תיבחן השפעתה של בחינת הסממנים החיצוניים שמעידים על קיומו או היעדרו של אמון פרטיקולרי בין הצדדים, על עלויות המשפט והאופן שבו הנשיאה

11 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 3.

בעלויות אלו מחולקת בין הצדדים להליכי המשפט. עניין וייס נ' בן מנחם, שנסמך על עניין רבינאי כאירוע מכונן, יספק בחלק זה פרספקטיבה ביקורתית להיבטים החלוקתיים של הליכי המשפט והתנהלות הצדדים במהלכו של משא ומתן לכריתת חוזה.

א. מבחן האמון ביחסים חוזיים

דיני החוזים ובהם פסיקת בתי המשפט העמידו מבחנים ברורים לבחינת כריתתו של חוזה, והראשי שבהם הוא דרישת קיומה של גמירת דעת להיקשר בקשר חוזי. פסק דין מרכזי ומכונן בפסיקה הישראלית שבוחן כוונה זאת להיקשר בקשר חוזי פרטיקולרי הוא פסק דין רבינאי מן-שקד. בשל חשיבותו והשפעתו על דין כריתת החוזה בישראל, פרק זה יבחן לאורו את הצורך בתת-מבחן לדרישת גמירת הדעת, הוא מבחן האמון, כמו גם משמעותו והשלכותיו, נוכח חובת תום הלב ועילות ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו. בחינה זאת תתבסס על החלטת רבינאי עצמה, כנקודת ייחוס מכוננת, כמו גם על העובדות שעמדו בבסיס הסכסוך המשפטי, אלו שנבחנו על ידי בית המשפט ואלו שנותרו מחוץ למסגרת החלטתו.

1. עניין רבינאי כנקודת ייחוס מכוננת

בעניין רבינאי דן בית המשפט בעסקה למכירת זכויות מקרקעין בחלקה בת 808 מ"ר ברחוב רוטשילד, ראשון לציון.¹² בפסק דין זה נדחה ערעורה של גב' חוה רבינאי על החלטת בית המשפט המחוזי מינואר 1977.¹³ בית המשפט קבע, תוך ריכוך דרישת הכתב והעברת מרכז הכובד להתנהלות הצדדים ויסוד גמירת דעת, כי בינה לכין חברת מן-שקד נכרת חוזה למכירת זכויותיה בחלקה האמורה.¹⁴ חוזה זה נכרת, כך קבע בית המשפט, בזיכרון הדברים שנערך בנוכחות הזוג רבינאי ומר אלבוים.¹⁵ בלשון זיכרון הדברים צוין כי החתומים עליו הם גב' רבינאי ומר איתמרי, מנהלה של חברת מן-שקד, בנוסף להטבעת חותמת חברת מן-שקד, וכי חוזה ייערך שבוע לאחר מכן. עם זאת, רק גב' רבינאי חתמה על מסמך זה, ובאמצעות בא כוחה טענה שדרך הקיבול נקבעה בזיכרון הדברים ולכן רק חברת מן-שקד, בחתימת מנהלה איתמרי, שלא נכח בעריכת זיכרון הדברים, ובהטבעת חותמת החברה, יכולה הייתה להביא לכריתתו של חוזה.¹⁶ בית המשפט, לעומת זאת, קבע כי חברת מן-שקד ביצעה קיבול והחוזה נכרת באמצעות הסכמתו בעל פה של מר אלבוים שנכח במעמד עריכת זיכרון הדברים, הגם ששמו אינו מוזכר בו. על בסיס חומר הראיות בבית המשפט נקבע שמר אלבוים הוא

12 שם, בעמ' 283.

13 בעניין רבינאי, בית המשפט העליון הסכים להחלטת המחוזי כי קיבול העסקה נעשה בעל פה על ידי מר אלבוים בשמה של חברת מן-שקד. בהתאם לכך נקבע כי לאלבוים כמי שהיה שלווח של חברת מן-שקד ניתנה הרשות לסיים את העסקה בשמה. שם, בעמ' 284.

14 שם.

15 שם.

16 באמצעות בא כוחה טענה רבינאי כי הצדדים קבעו בזיכרון הדברים את דרך הקיבול בחתימת המשיבה. כיוון שהם לא הניחו שלמר אלבוים הייתה סמכות לכרות חוזה בעל פה במעמד זיכרון הדברים, טענותיה תקפו את החתימה המאוחרת של מר איתמרי על זיכרון הדברים. שם.

שלוח החברה והרשאתו לכרות חוזה, באמצעות מנהל החברה איתמרי, ניתנה ללא סייג.¹⁷ עניין רבינאי הוא פסק דין מכונן בדיני החוזים לעניין גמירת הדעת והמקום המרכזי שהוא מעניק להתנהלות הצדדים לפירוש לשונם וכוונתם.

פירוק חברת מן-שקד, שנתיים לפני החלטת בית המשפט המחוזי, שולב בפרסומים רבים בתקשורת, אך הזוג רבינאי ובאי כוחם לא היו ערים להם.¹⁸ "בעל חברת הבנייה 'מן שקד', הקבלן יוסף איתמרי, שלא היה חבר בארגון הקבלנים, הסתבך במיליוני ל"י ונעלם". כך פורסם, בהבלטה, בשתי פסקאות קצרות בעמודים האחרונים של העיתונות הכתובה בפברואר 1975.¹⁹ באחת הכתבות פורסם שדירה אחת נמכרה על ידי החברה לשני אנשים שונים, בניית עבודת השלד של אחד מהבניינים המשותפים שנבנו בראשון לציון הופסקה, ודיירים שחששו לגורל השקעתם המשמעותית פלשו לאחד הבניינים, שהיה בשלבי גמר.²⁰ באתר בנייה ברחובות הופסקה הקמתן של 64 יחידות דיור, ובבניין אחר בראשון לציון הוקם רק חלק מהשלד וקבלן המשנה לא קיבל תמורה עבור עבודתו.²¹ שבועות ספורים לאחר מכן התבהר שמר יוסף איתמרי ברח מהארץ, ככל הנראה בינואר 1975, כשהוא מותיר אחריו חובות בסך מיליוני ל"י,²² לא פחות מ-85 משפחות במצוקה כלכלית ובניינים שבנייתם לא הושלמה.²³ הליכים משפטיים נפתחו נגד חברת מן-שקד והעומד בראשה יוסף איתמרי,²⁴ ובמרץ של אותה שנה פורסם כי לחברה מונו שני מפרקים,²⁵ זאת לצד פרסום הכתובת לשליחת תביעות ו/או הוכחות חוב.²⁶ ביום 21.4.75, על פי בקשת פירוק שהוגשה ביום 4.2.75 נגד חברת מן-שקד, ניתן על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב צו לפירוקה.²⁷

- 17 ש.ס.
 18 ריאיון של טל גיגי עם יהודה טוניק, בא כוח המערערת בעניין רבינאי (7.4.2021) (לא פורסם) (להלן: ריאיון עם עו"ד טוניק).
 19 "בעל חברת הבנייה 'מן שקד' הסתבך במיליוני ל"י ונעלם" מעריב 7.2.1975, 12 (להלן: "הסתבך ונעלם" מעריב).
 20 ש.ס.
 21 "קבלן שבנה בראשון-לציון נעלם. חשש שיצא לחו"ל" ידיעות אחרונות 7.2.1975, 4.
 22 "הקבלן ברח מהארץ – חבריו יסיימו – חינום בניית הבית" מעריב 19.2.1975, 2.
 23 יש לציין שבעקבות המצוקה הרבה שבה היו מצויים הדיירים נרתמו עיריית ראשון לציון ואיגוד הקבלנים לסייע ולסיים את הבנייה בעצמם. שם; תודות לראש העיר ולארגון הקבלנים על סיוע בהשלמת הבנייה לאחר שחברת מן-שקד הפסיקה את הבנייה פורסמו בדבר (5.6.1975), 12; בתיאור חששם של רוכשי דירות מלהיכנס להתחייבויות כספיות ניכרות צוין כי בעקבות התרסקות חברת מן-שקד "85 משפחות... הסתבכו בקשיים כספיים". ראו גם "חבבות דירות ריקות ממתינות לקונים" ידיעות אחרונות 21.2.1975, 13 (להלן: "דירות ריקות" ידיעות אחרונות).
 24 ה"פ 1841/75 שטראוס נ' מן-שקד (6.3.1975) (תיק החברה, משרד המשפטים).
 25 "ובעניין: מן-שקד בע"מ, ח.פ. 3-045287-51" מעריב, 4.3.1975, 35 (להלן: עניין מן-שקד). ראו גם מכתב ממשה לרר, אחד משני המפרקים הזמניים שמונו על ידי בית המשפט, לרשם החברות (25.2.75) (תיק החברה, משרד המשפטים).
 26 "עניין מן-שקד", ש.ס.
 27 פירוק חברה מס. 416/75 (תיק החברה, משרד המשפטים).

יותר מקשיים כלכליים, שאליהם נקלעה חברת מן-שקד, פרסומים אלו הצביעו על מעשי רמייה, הפרת החוק ובריחה ממגע ידו של המשפט הישראלי. התנהלות זאת צריכה הייתה להעלות שאלות בסיסיות שנוגעות לאמינות חברת מן-שקד והמעורבים בפעילותה, הן לעניין עדויותיהם בבית המשפט או היעדרן והן לעניין המשקל שראוי שבית המשפט ייתן לחומרים שהוגשו מטעמם.²⁸ עם זאת, שאלות אלו לא הועלו על ידי באי כוחה של גב' רבינאי, ולכן גם לא נענו.²⁹ במאמר זה, לעומת זאת, שאלה ששזורה בו כחוט השני היא כיצד ראוי שאמינות הצדדים, או במילים אחרות מידת האמון שצדדים למשא ומתן נותנים או שאינם נותנים זה בזה, תשפיע על בחינת גמירת הדעת להיקשר בקשר חוזי מחייב. ודוק, אין זה באמת משנה אם התנהלות חברת מן-שקד אינה ישרה, חשוב הוא הרבה יותר אם בחינה אובייקטיבית של התנהלות מן-שקד ונציגיה במהלך המשא ומתן הייתה מצביעה על פגמים באמינותה בעיני האדם הסביר בנעלי גב' רבינאי, ומהן השלכות היעדר אמון אפשרי זה על גמירת הדעת של הצדדים.

בטרם נתעמק בשאלת אמינות הצדדים או מידת האמון שהם מעניקים האחד למצגי והתחייבויות האחר יש להתעמק תחילה במשמעות המושג "אמון" בהקשרים משפטיים שונים. בתי המשפט, בפסקם במחלוקות חוזיות, עושים לעיתים שימוש בטרמינולוגיה הכוללת וריאציות שונות של המושג "אמון" מבלי שהם דקים פורטא במשמעויות המשפטיות הנבדלות שמושג זה נושא בהקשרים נסיבתיים שונים. במערכת הנסיבית הראשונה, ואולי גם הבסיסית יותר, המונח "אמון" משמש לתיאור מוסד הנאמנות (trust). בהתאם לכללים החלים על מבנה מוסדי זה, יוצר הנאמנות (trustor/settlor) מעביר נכס להחזקתו או לניהולו של אדם שמוגדר כנאמן (trustee), כזוה האחרון נדרש לפעול לטובת מטרה כלשהי או בעבור צד ג' שמוגדר כנהנה (beneficiary).³⁰ בהקשר השני, המונח אמון (fiduciary) מתאר מגוון של מערכות יחסים שבהן מוטלת על אדם, שככלל אין לו זיקה קניינית לרכוש כלשהו,

28 בייחוד בשל כך שמר איתמרי, בעל השליטה בחברת מן-שקד, כך לפחות סברו באותה עת, לא הועלה לעדות.

29 ריאיון עם עו"ד טוניק, לעיל ה"ש 18.

30 ככלל, נהוג לראות בהקמת נאמנות מפורשת (Express Trust) גם את העברת הבעלות המשפטית בנכסי הנאמנות לידי הנאמן. בהתאם לכך, בע"א 5955/09 כונס הנכסים נ' טאובר טוב, פ"ס 9 (נבו 19.7.2011), הגדיר בית המשפט את מוסד הנאמנות כמבנה שבו הבעלות בנכסי הנאמנות עוברת לנאמן ואילו לנהנה זכויות קנייניות מן היושר: "בהסכם נאמנות הנאמן הוא הבעלים, אך זכויותיו מוגבלות באינטרס הנהנה. המצב תואר באנגליה באופן בו הנאמן הוא בעל 'זכות קניינית שברדין', ואילו הנהנה הוא בעל הזכויות הקנייניות מן היושר... יש בכך לחדר הבנת מעמדו של הנאמן. בהנחה שהאחרון הוא בעל הנכס, בעלותו מאופיינת בחובותיו ולא בזכויותיו"; עם זאת, ס' 1 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, מגדיר נאמנות כ"זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת"; בתי המשפט פירשו את מושג הזיקה בחוק הישראלי בצורה רחבה שאינה מוגבלת לבעלות קניינית ולכן אינה מחייבת את העברת הבעלות בנכסי הנאמנות לנאמן (ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי פ"ד נה(1) 88 (1999); ע"א 2976/12 בר אל נ' קאופמן (נבו 23.11.2014)).

החובה לפעול במשאבים מסוימים לקידום ענייניו של אדם אחר.³¹ חובות האמון במערכות יחסים אלו גוררות לרוב חובות גילוי רחבות ואיסור על עמידה במצב של ניגוד עניינים.³² בהקשרו הנסיבתי השלישי, ורק לכאורה הצר יותר, שמאמר זה מבקש להתמקד בו, מונח האמון מכוון למידת הביטחון שצד אחד מעניק לנכונות מצגיו והתחייבויותיו של הצד הנגדי. במישור החוזי, מילים ומצגים שיש להאמין להם מתייחסים הן למאפייני הצדדים עצמם, זהותם, כישוריהם, ניסיונם ויכולותיהם, והן להתחייבויות שהם לקחו על עצמם במסגרתו של החוזה, ואלו כוללות את איכות המוצרים והשירותים שהם מבטיחים לספק. במהלכו של משא ומתן לכריתת חוזה מושג זה ממחיש את הבחירה של כל צד להאמין בפועל, במידה הנדרשת לטעמו בהתאם לנסיבות נתונות, לדבריו של הצד האחר, לגשר על פערי אמון, אם ניתן, או שלא להאמין לו כלל. בחינת אמינות הצדדים שונה מחובות אמון בהקשר השני שתואר לעיל או מתפיסת האמון הסוציולוגי, שלפיה כדי שנוכל בחברה מודרנית להסתמך על פרטים או מוסדות, ללא ידיעה ממשית על אופן פעולתם, אנו נדרשים לאמון בפעולתם התקינה גם כשהם מצויים מחוץ לשליטתנו.³³ בהתאם לנטען במאמר זה, בחינת אמינות הצדדים במהלכו של משא ומתן תלויה בנסיבות פרטיקולריות וסממניה החיצוניים משתנים בהתאם לכך. השימוש במונח "אמון" במאמר זה יוגבל להקשר הנסיבתי השלישי האמור. בחינת אמינות האחר, על ידי הצדדים עצמם, מפחיתה את הסיכונים הכרוכים במסגרת החוזית, ולכן היא אפשרות בעלת ערך רב. יחד עם זאת, ובהתאם לגישה החוזית המודרנית, ובה תפיסת האמון הסוציולוגי, צדדים עשויים, אם בשל לחצי זמן או יחסי עלות-תועלת, לוותר כליל על בחינת אמינות האחר, ולקחת על עצמם את הסיכונים הנובעים מכך.³⁴ בכך כמובן אין לפגוע בתפקיד המשפט להגן ולחזק את בחירתם של צדדים למשא ומתן לשקלל את הסיכונים הכרוכים בכריתת חוזה, גם באמצעות בחינת אמינות האחר. אף על פי שהמשפט מאפשר לצדדים לוותר כליל על בחינת אמינות האחר, הפעלת מוסדותיו נושאת עלויות רבות, לצדדים ולמערכת עצמה, במקרים רבים, וככל שמדובר בעסקה משמעותית, סביר שצדדים יבחרו לשלב לצד הרתעת הדין וכוחות השוק גם מידה ראויה של אמון בפועל בצד שעומו הם מבקשים להיקשר בקשר חוזי. הדין צריך להכיר בכך ולכלול סממנים חיצוניים

- 31 נטען כי מערכות יחסים אלו פותחו בדרך של היקש ממוסד הנאמנות, הגם שלא כללו יסודות מרכזיים ממוסד הנאמנות כזיקה הקניינית לנכסי הנאמנות. עמיר ליכט "חובות אמון – אימתי?" **חובות אמון בדין הישראלי** 35, 42-43 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים 2016).
- 32 עמיר ליכט סבור כי מי שנושא בחובות האמון חב בחובת גילוי מלא ואינו רשאי להימצא במצב שקיים בו חשש ממשי לניגוד עניינים. שם, בעמ' 36-37.
- 33 פרופ' מאוטנר מסביר באמצעות מושג האמון הסוציולוגי את ציפייתם הסבירה של אנשים מזולתם וממבנים מוסדיים בכלל, גם אם אין להם ידיעה בפועל או היכרות מוקדמת עם מאפייניהם ופעולותיהם. אמון זה עומד לדידו בבסיסה של חובת תום הלב. מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503 (1993).
- 34 בת"א (ת"א) 686/97 **חובב נ' בן מנחם** (נבו 11.12.2002) (להלן: פרשת **חובב**), הגם שהצדדים לא ערערו על כך שחוזה נכרת ביניהם, מכירת חלקת המקרקעין לאחר פגישה של שעה מספקת דוגמה חשובה למצב שבו צד למשא ומתן, בשל שיקולי עלות-תועלת, בוחר במועד שלא לברוק דבר על הצד האחר.

להתנהלות סבירה זאת, במסגרת בחינת כוונתם של צדדים לכרות חוזה.³⁵ חוזה מורכב ממילים, אך לאלו לא יהא כל ערך, וכך גם לחוזה, אם אין מאמינים למי שנושא אותו, ובמקרים רבים בבית המשפט לא יהיה די כדי לאכוף את קיומו.

2. בין אמון לתום לב

אומנם זה נראה תמוה שגב' רבינאי, באמצעות בא כוחה, לא חשפה אירועים אלו ולא ביקשה לתקן את כתבי הטענות בהתאם לפרסומים שהוצגו דלעיל.³⁶ עם זאת, די בהצצה חטופה לעברם של הזוג רבינאי כדי להסביר מדוע הם לא ידעו כלל על התרחשותם. זמן רב טרם האירועים דלעיל, עובר להקמת המדינה, לקחה גב' חוה רבינאי חלק אקטיבי בקליטת העולים וסידורם, לאחר ייסוריהם בשואה, זאת בגדרי תפקידה כחברה בוועדת הקליטה לניצולי השואה במועצה המקומית דאז ראשון לציון.³⁷ באותן שנים גרו היא וזוגה יעקב, ששימש כמנהל הסניף הראשון בראשון לציון של בנק אנגלו פלשתינה,³⁸ לימים הבנק המרכזי ומאוחר יותר בל"ל,³⁹ ברחוב רוטשילד בראשון לציון.⁴⁰ כזוג, ללא ילדים, הם חיו עשרות שנים ללא כל הפרת חוק או סכסוכים משפטיים מתועדים, לפני שדרכם הצטלבה בדרכה של חברת מן-שקד.⁴¹ בשונה מחברת מן-שקד, שהייתה שחקן חוזר בהליכים משפטיים רבים, לזוג רבינאי היה ככל הנראה ההליך המשפטי מול חברת מן-שקד הסכסוך המשפטי היחיד בחייהם, והם נאלצו להתמודד עימו בשנותיהם האחרונות לחייהם המשותפים.⁴² למעשה, פסק דינו של בית המשפט העליון ניתן כשנה לאחר שמר יעקב רבינאי נפטר.⁴³ לא רבים

35 ככלל, עריכתו של חוזה פורמלי מספקת עדות חזקה לכוונת הצדדים להיקשר בקשר חוזי מחייב. לכך יש להוסיף שצדדים יכולים מטעמים שונים לוותר על ביסוסו של אמון בשלב המשא ומתן ולהסתמך על מוסדות ופיקוח המשפט. לא ראוי לכן לפגום בוודאות שמעניקה עריכתו של חוזה פורמלי. בעניין חובב, לדוגמה, להיטותו של התובע לכרות חוזה תוך זמן קצר נבעה ככל הנראה מכך שהתובע היה חולה סרטן, ידע שלא נותר לו זמן רב לחיות וביקש ליהנות מכספו במהירות (שם, בפס' 12). מאמר זה מגביל לכן את תחולתו לנסיבות שבהן לא נכרת חוזה פורמלי ובית המשפט מתבקש לבחון את קיומו של יסוד גמירת הדעת בהיעדרו של חוזה כאמור.

36 ריאיון עם עו"ד טוניק, לעיל ה"ש 18.

37 קבלת פנים לעולי התנועה הלאומית בראשל"צ" המשקיף 30.6.1947, 3.

38 סניף אפ"ק נפתח בראשון לציון ב-7.8.1945, מנהלו הראשון היה מר רבינאי, ששימש קודם לכן כמנהל אפ"ק בצפת ("במושבות" הארץ 8.8.1945, 2). לימים הפך בנק אפ"ק לבנק המרכזי, ולאחר מכן לבל"ל.

39 על ההיסטוריה של בנק אנגלו פלשתינה ראו ה"פ (ת"א) 1285/03 אוצר התיישבות היהודים בע"מ נ' ההסתדרות הציונית העולמית, פס' 19 (נבו 26.4.2007).

40 כרטיסיית קליטת בני הזוג חוה ויעקב רבינאי בראשון לציון (1945) ארכיון מוזיאון ראשון לציון 6-522845.

41 בזמן החלטת בית המשפט המחוזי היה מר רבינאי כבן 85 ואילו גב' רבינאי כבת 70. שם.

42 יעקב רבינאי נפטר ב-29.10.1977, gravez.me, כתשעה חודשים לאחר פסק הדין של בית המשפט המחוזי (ת"א (ת"א) 997/72 מן שקד נ' רבינאי (23.1.77)) (להלן: פטירת יעקב רבינאי).

43 שם.

יכולים להשקיע את כל מרצם להליכים משפטיים יקרים ששואבים כוחות וזמן, קל וחומר בגילים מתקדמים, וכך יש להניח גם הזוג רבינאי.⁴⁴

לזוג רבינאי, ככל הנראה בשל תפיסה חסרה של דרישת גמירת הדעת, לא ניתנה ההזדמנות להעלות את סוגיית אמינות הצדדים למשא ומתן ומקומה בכריתת חוזה, וכאמור, די בכך שאדם סביר בנעלי גב' רבינאי לא יאמין למילות נציגי חברת מן-שקד, ואין זה משנה אם חששותיו יתגשמו אם לאו. נניח כעת שטענת גב' רבינאי נכונה ובשלב המשא ומתן היא הבינה שחוזה יכול להיכרת רק באמצעות חתימת מנהל מן-שקד, מר איתמרי, במקביל להטבעת חותמת החברה, וזאת גם הסיבה שהיא הסכימה לחתום על זיכרון דברים, כיוון שהיא לא ראתה אותו כחוזה הגמור. בנסיבות אלו, קבלת דמי הקדימה יכולה הייתה לנבוע מרצונו של אלבוים להמחיש באמצעותה את רצינות חברת מן-שקד ומבלי שגב' רבינאי מבינה את מלוא השלכותיה. אם אכן לא הציג את עצמו מר אלבוים באותה פגישה בודדת בכיתה כשלוח אשר מקבל בעל פה, באמצעות חתימתה על זיכרון הדברים, הצעה לעסקת מקרקעין בשמה של חברת מן-שקד, אזי חתימתה על זיכרון הדברים הייתה שלב במשא ומתן, הא ותו לא. אם טענתה נכונה, גם היא וגם מר אלבוים ידעו שהיא לא גמרה בדעתה לכרות חוזה, והתנהלות חברת מן-שקד ומר אלבוים לאחר מכן היא מעשה רמייה, או למצער רשלנות גסה. אם גרסתם נכונה, הזוג רבינאי נאלץ בעל כורחו להתמודד בהליכים משפטיים יקרים בשנותיהם המשותפות האחרונות עם מי שלא היה ראוי לתת בו אמון במשא ומתן מלכתחילה. אך לא רק הזוג רבינאי, צדדים למשא ומתן בכלל נשענים על מערכת משפטית שקובעת מסגרות לניהול המשא ומתן, כניסה למערכת חוזית מחייבת וקיום תנאי החוזה שנכרת. עם זאת, שימוש בהליכי המשפט משית עלויות פסיכולוגיות וכלכליות ניכרות על הצדדים.⁴⁵ ציפיותם הלגיטימיות של צדדים למשא ומתן היא שמי שעומד מולם מקבל את מרות הדין ולא יחתור תחתיו או יפר את הוראותיו, זאת אף נוכח כוחה המחייב של מערכת המשפט. שאלה שיש לשאול היא כיצד יכולים דיני החוזים לסייע לצדדים להימנע מקשירת קשר חוזי עם מי שאינו ראוי לתת בו אמון, מי שעשוי לכוון אותם שנים ארוכות בהליכים משפטיים יקרים תוך שהוא מזייף מסמכים, מעלה בדיות, מהתל במערכות המשפט ומפר את הוראות הדין? היות שבעניין רבינאי היה מדובר בזוג קשיש שבשלב המשא ומתן לא היה מיוצג וגם אינו בקיא במשפט, יש גם לשאול על ההשלכות החלוקתיות של דין שאינו מגן מספיק, ואולי גם מונע מצדדים להגן על עצמם ולא להמשיך לכריתת חוזה, גם אם מדובר בשלב מתקדם במשא ומתן,⁴⁶ עם מי שאמינותו מוטלת בספק.

במבט ראשון נדמה כי תשובה לכך ניתן למצוא בעקרון תום הלב. חוק החוזים מטיל את חובת תום הלב על כל מי שמנהל משא ומתן, בין אם הבשיל המשא ומתן לכדי חוזה ובין אם לאו, בין אם מי שלקח חלק במשא ומתן הפך לצד לחוזה ובין אם לאו.⁴⁷ בנייתוח החובות

44 על העלות הפסיכולוגית של הליכי המשפט ראו קרן וינשל ויפעת טרבלוס "פסיקת הוצאות משפט בהליכים אזרחיים" משפטים 763, ה"ש 3 (2018).

45 שם.

46 על השפעת הגעת הצדדים לשלב מתקדם בהליך המשא ומתן, הוא שלב נקודת האל-חזור, ועל חיוב הצדדים להשלים את המשא ומתן ולכרות חוזה, ראו ת"א (ת"א) 1759/07 אלקבס תעשיות בע"מ נ' גיר-פארם דראגסטורס בע"מ (נבו 20.9.2011).

47 ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו פ"ד לז"ז (4) 673 (1983).

שנגזרות מעיקרון זה הסביר הנשיא לשעבר שמגר בעניין פנידר⁴⁸ כי החובה המשפטית שמצויה בחוק החרות, הוא סעיף 12 לחוק החוזים, מכתובה על כל מי שמנהל משא ומתן קיומם של יחסי אמון.⁴⁹ השופט ברק חידד כי מחובת תום הלב נגזר האמון ההדדי בין צדדים למשא ומתן, וכי אמון זה מטיל עליהם אחריות שקובעת רמת התנהגות המבוססת על אמון והגינות בין אלו שמנהלים בפועל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה.⁵⁰ בהתאם לכך גם נקבע כי הרציונל שעומד מאחורי עקרון תום הלב הוא "כי בין הצדדים למשא ומתן חלה קרבה המחייבת יחסי אמון וציפייה הראויה להגנה שההליך יתנהל ביושר, בהגינות ובשקיפות מרבית".⁵¹

ניתן אף לטעון כי דיני החוזים, באמצעותם של סעיפי תום הלב, מבקשים לכוון צדדים לקשר חוזי להתנהלות שתבוסס על אמון והגינות. פרופ' מאוטנר סבור כי מושג האמון הסוציולוגי, אשר מתאר את הצורך של פרטים בעידן המודרני לתת אמון בהתנהלותם היומיומית מול מוסדות שאת השלכות פעילותם בעבר ומאפייניהם בהווה אין הם מכירים וגם אינם מבקשים בהכרח להכיר, נמצא בבסיס חובת תום הלב.⁵² לעומת תפיסה אינסטרומנטלית זאת של אמון, פרופ' בוקשפן סבור כי דיני תום הלב משמשים ככלי להשגת אמון, שמצידו, כעקרון-על, תורם לביסוסו של הביטחון, ההסתמכות והציפייה של פרטים לאינטראקציה חוזית.⁵³ לדידו החוזה בכלל, כמוסד משפטי, ולא רק תום הלב, תקנת הציבור או דיני כריתת החוזה, באמצעות הגשמתן של ציפיות חוזיות מצויות ורצויות, תורם לקידומה של תכלית חברתית נרחבת והיא תרבות של אמון בין-אישי כערך אינטרינזי.⁵⁴ תפיסת האמון הסוציולוגי, כמו גם תפיסת מקומם של דיני החוזים בקידומו של אמון בין-אישי, מעניקים תפקיד מרכזי לאמון בין-אישי ומוסדי לשגשוגה של חברה מסחרית אזרחית ומודרנית. לעומת זאת, יש מי שיטען כי בשל רתימת כוחה של מערכת המשפט לאכיפת הבטחות צדדים לחוזה, חשיבות קיומו של אמון בין-אישי בין צדדים לחוזה כעיקרון אינטרינזי מופחתת במידה רבה.⁵⁵ כך

48 ש.ם.

49 יחסי אמון אלו, הובהר, נובעים מחובת תום הלב, והם תולדה של אמון שקיומו הכרחי בין צדדים שמנהלים משא ומתן (שם, בעמ' 698). בחובה זאת יש גם ליצור ציפייה לגיטימית להתנהגות שתתאפיין באמון ויושר (שם, בעמ' 690).

50 השופט ברק הדגיש כי האמון ההדדי בין הצדדים הוא נגזרת של עקרון תום הלב, ויש בו לתת ביטוי למדיניות משפטית אשר קבעה רמת התנהגות בין צדדים למשא ומתן המבוססת על אמון והגינות. שם, בעמ' 704.

51 ראו בע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פס"י ז' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 1.4.2009).

52 ראו מאוטנר "ירידת הפורמליות ועליית הערכים במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 33.

53 ראו עלי בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר" עיוני משפט כג 11, 20 (2000).

54 עלי בוקשפן "רעיון האמון הבין-אישי ומודל "משולש הציפיות" בדיני החוזים – דיני החוזה הפסול, דיני תום הלב ודיני כריתת החוזה כמקרי-מבחן" ספר אור 397 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013).

55 Kimel, לעיל ה"ש 2, בעמ' 78, מבהיר כי: "the legal system, through the special sources of reassurance it provides, alleviates the burden of personal trust which promises

ניתן לטעון שלמעטפת המשפט, באמצעות סעדי הדין, הכוח להסדיר יחסי צדדים למשא ומתן וחווה, ומשכך היא מייצרת כל צורך לאמון בין-אישי עובר לכניסה ליחסים חוזיים, ואף לאחריו.

לצד ערכו החברתי של האמון הכללי, במסגרתה של דוקטרינת תום הלב בפרט ודיני החוזים בכלל, והטענות להחלשת חשיבותו של אמון בין-אישי במוסד החווה, מאמר זה מבקש להתמקד דווקא בתפקידו של אמון פרטיקולרי בין צדדים למשא ומתן, כזה שמירתו משתנה בהתאם לצורכי הצדדים ונסיבותיו של כל חוזה. כלומר, באפשרותם של פרטים שמבקשים ליצור קשר חוזי לבחור למי להאמין ובאיזו מידה, אם בכלל. בעוד שהבניית תרבות של אמון כללי ובלתי מסוים באמצעותם של דיני החוזים "מלמעלה למטה" נשענת על אכיפת הדין ואינה בוחנת קיומו של אמון בפועל, מאמר זה יטען כי יש לתת משקל לתפקיד האמון בפועל, זה שנוצר "מלמטה" בין כל צד שמבקש לבחור צד נגדי מתאים להתקשרות חוזית פרטיקולרית.⁵⁶ טענתו המרכזית של מאמר זה היא שמתן אמון בפועל, הגם שבמידה משתנה וקונטקסטואלית, ראוי שישימש כלי מרכזי לכריתת חוזים ולאיתור השלב שבו גמרו צדדים בדעתם לזכות חוזה, זאת בנסיבות שבהן לא קבעו הצדדים במפורש את נקודת הזמן שבה נכרת ביניהם חוזה.

בעוד שנהוג לקבל שבחוזי יחס, אם בשל הזמן הממושך הכרוך בהם ואם בשל מעורבות הצדדים בשלב ביצועם, אישיותו של כל צד ותכונותיו הן חלק מרכזי ממאפייני החווה,⁵⁷ גם בחוזים בדידים כחוזים לאספקת נכס או רכישת שירות שאינם עסקאות מתמשכות, חלק מתכונותיו של כל צד בהכרח רלוונטיות לתנאי החווה, והעיקרי שבהן יושרם ואמינותם של הצדדים. אמון, במידה כלשהי, ביושרה, במקצועיות ובנכונות מצגיו של הצד האחר הוא מצרך מהותי והכרחי לכריתת חוזה. אמון זה יכול להירכש בהדרגתיות במהלך המשא ומתן או להישלל באחת, כשנחשפים לדיווחים שליליים על שירותיו של פלוני באמצעי התקשורת השונים, כמו גם בביקורות ותלונות על איכות העבודות שביצע. לעומת התרשמות אגבית זאת, אמון יכול להיבנות גם בצורה יזומה במהלכו של משא ומתן, כשמעלים במכוון שאלות מורכבות ובוחנים את אופן ההתמודדות עימן, כשמאמתים פרטים שנמסרו במהלך המשא ומתן עם עובדות בשטח או כשבודקים לעומק את ניסיונו של הצד הנגדי ופונים לחוות דעתם של אלו שהתקשרו עימו בעבר.

normally require in order to fulfil their instrumental function, thus broadening the range of circumstances in which contracts can fulfil a similar function"

56 גם פרופ' טריגר מכיר בהחלתן של מידות מדורות של חובות אמון בדיני חוזים, כמו גם של חובות אמון במסגרות חוזיות מסוימות, אך זאת מלמעלה למטה ומבלי שהצדדים הסכימו לכך במפורש. צבי טריגר "חובות אמון בדיני חוזים" חובות אמון בדין הישראלי 65 (רות פלאטור-שרון ויהושע (שוקי) שגב עורכים (2016).

57 נהוג לראות חוזי יחס כחוזים ארוכי טווח, שתנאיהם דינמיים ומשתנים בשלב הביצוע החוזי ושלמאפייני הצדדים להם ולזהותם חשיבות מהותית. ראו: IAN R. MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS (1980); IAN MACNEIL, THE RELATIONAL THEORY OF CONTRACT: SELECTED WORKS OF IAN MACNEIL (David Campbell ed., 2001); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החווה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17, 45-46 (2005).

ודוק, המשפט אינו יכול להחליף התנהלות בינאישית זאת לביסוסו של אמון בפועל בצד מסוים במהלכו של משא ומתן. להפעלת המשפט עלויות רבות, שכוללות את עלויות הזמן, ליטיגציה, וגם טעויות אנוש.⁵⁸ לכל אלו יש גם להוסיף את יכולתו של הצד השני לעשות הוא בעצמו שימוש נלוו במשפט כדי לעכב את ביצוע החוזה או לשנות את ההסכמה המקורית, אם באמצעות פרשנות מופרכת של תנאי החוזה ואם באמצעות העלאת כריות של ממש בהליכים המשפטיים. זאת כמובן תוך הנחה שהצדדים, וכך גם אנו, מניחים שבית המשפט אינו בוחן כליות ולב ולכן גם יכול לשגות בקביעת אמיתות טענות הצדדים, זאת אף ביתר שאת כשמדובר במי שמורגל שלא לדבר אמת ואולי גם התכונן מראש להעלאת טענות שווא. אם בכך לא די, גם אם מערכת המשפט מופעלת בצורה מושלמת וללא כל עלות, סעדי בית המשפט אפשר שלא יקוימו בשל פשיטת הרגל או היעלמותו של הצד השני להתקשרות החוזית. מכל האמור נובע שמשפט שמבקש לקדם קיומן של הבטחות חוזיות ראוי שיחזק את יכולתו של כל צד לרכוש ולתת אמון בפועל בצד הנגדי במהלכו של המשא ומתן ועובר לכריתת החוזה.⁵⁹

3. בין אמון לגמירת הדעת

ביישום דרישת גמירת הדעת בפסיקה עד כה, בתי המשפט בחנו את התנהגות הצדדים ללא מצע תאורטי שממנו ניתן יהיה להבין כמה מהתנהלות הצדדים יש להתמקד לבחינת גמירת דעתם וכמה לא. במילים אחרות, לא ניתן למצוא בפסיקה כללים ברורים שיסבירו אילו ביטויים, באמות המידה של האדם סביר, ראוי שניקח בחשבון לבחינת יסוד גמירת הדעת ומה המשקל שראוי שניתן לכל אחד ואחד מהם. בשל היעדרה של מתודה ברורה לבחינת כוונת הצדדים להיקשר בקשר חוזי מחייב, ניתן למצוא החלטות שמעניקות משמעות ומשקל שונה לאותם ביטויים ממש. דוגמאות לכך הן התייחסות הפסיקה לחילופי טיוטות מאוחרות והשפעתן על קיומה או היעדרה של גמירת דעת,⁶⁰ כמו גם פעולות למימוש החוזה

58 ראו בר ניב, לעיל ה"ש 6.

59 אין בזה כדי להבטיח שצדדים יקבלו החלטות נכונות. כך בעניין פנידר, לעיל ה"ש 47, דוד קסטרו, אזרח ישראל תושב חוץ, נתן אמונו בחבר הילדות שלו, יוסף פניני, וכשהחליט לשוב ארצה ולרכוש בה דירת מגורים כרת חוזה עם חברה בבעלות חברו, היא פנידר בע"מ, תוך שהוא משלם 83% מהתמורה החוזית, ללא כל בטוחה או ערבות. בהחלטה להטיל על יוסף פניני את חוב החברה ציין הנשיא דאז, שמגר, כי הלה הפר את חובת הגילוי בכך שלא חשף בפני חברו שהחלקה אינה בבעלותם. לו היה עושה כן, קבע הנשיא דאז, כי אז סביר הוא שקסטרו לא היה משלם את התמורה החוזית ללא בטוחות. עם זאת, הטעות הבסיסית שנחשפה בפסק הדין היא טעותו של דוד קסטרו והיא מתן אמון ללא בסיס מספק והעברת כספים ללא כל בטוחה או אף הערת אזהרה. כלל לא ברור שהעברה כספים זאת הייתה משתנה לו היה יוסף פניני חושף בפניו כי הבעלות הקניינית בקרקע אינה נמצאת בידיהם בשלב המשא ומתן; לכך יש להוסיף שיכולתו של יוסף פניני להשיב את התמורה החוזית, בעקבות קריסת החברה והפרת החוזה, היא מקרית לחלוטין. הבעיה האמיתית שפסק הדין מעורר היא שהאמון בפועל שניתן ביוסף פניני ובחברה שבבעלותו לא הגן על דוד קסטרו מפני קריסה כלכלית או קשיים אחרים.

60 בע"א 7193/08 עדני נ' דוד (נבו 18.07.2010), השופט פוגלמן מבהיר כי המשך הצדדים במשא ומתן לאחר החתימה על זיכרון הדברים מעיד כי הצדדים לא ראו בו חוזה מחייב (שם, בפס')

כרישום הערת אזהרה או תשלום היטלים ומס.⁶¹ ביטויים שכיחים נוספים שאינם זוכים לבחינה לכידה הם השקת כוסות או לחיצת ידיים.⁶² גם ההבחנה בניתוח "נוסחת הקשר" בין הפניית זיכרון דברים לחוזה פורמלי במילה "בכפוף" לעומת "עד שיוכן" אינה נשענת על הסבר תאורטי שיהדק את השימוש בהתנהלות ובביטויי לשון לבחינת כוונת הצדדים ויבטיח יישום לכיד שלהם.⁶³ האתגר שקיים בבחינת התנהלות הצדדים מתעצם כשמדובר בהדיוטות שאינם מודעים למשמעות המשפטית של התנהלותם והביטויים שבהם הם עושים שימוש. לעניין זה יפים הם דבריו של השופט י' כהן: "העובדה שהוא בירך... במילה 'מברוכ' ולחץ את ידה... אין בה ראייה על הכרה... בקיומו של הסכם מחייב. אין אני מוכן לראות בדברי הנתבע בעדותו שהוא ביטל את ההסכם... גילוי צפונות לכו של הנתבע... הנתבע איננו משפטן והוא דיבר בלשון פשוטה של בני אדם".⁶⁴

כלומר, הפרספקטיבה שמאמר זה מבקש להעמיד ושסבה סביב עניין רבינאי כנקודת מפנה מכוננת בדין הישראלי,⁶⁵ מבקשת לספק בסיס להתחלתו של יישום לכיד של יסוד גמירת

- 15 לפסק הדין של השופט פוגלמן); לעומתו, השופט עמית קובע כי מהתנהגות הצדדים לאחר החתימה על זיכרון הדברים ובה העברת המסמכים ניתן ללמוד כי הם ראו עצמם קשורים בחוזה מחייב (שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופט עמית).
- 61 בהתאם נטען בת"א (נצ') 748/06 זקן נ' וילגר, פס' 4 (נבו 8.9.2008) כי היעדר רישומה של הערת אזהרה מעיד כי הצדדים לא ראו עצמם קשורים בחוזה מחייב. לעומת זאת, בע"א 692/86 בוטקובסקי ושות' – חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת פ"ד (1) 57, 64 (1989) נקבע כי העובדה שהרוכשים לא דאגו לרישומה של הערת אזהרה אינה מעוררת ספק בדבר גמירת דעתם. לעניין תשלום היטל השבחה כעדות לגמירת דעת ראו ת"א (מר') 51555-05-13 אורגניקה סחר ישראל בע"מ נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ, פס' 38 (נבו 2.5.2016).
- 62 בעניין בוטקובסקי, לעיל ה"ש 61, בפס' 15, בית המשפט מצייני כי בסיומו המוצלח של המשא ומתן הרימו הצדדים כוסית ולחצו ידיים. לעומת זאת, בע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ פ"ד מב(2) 278, 288 (1988), השופטת בן-פורת מציינת כי מניסיונה קורה לא אחת שצדדים יכולים לחזור בהם מהסכמתם לפני החתימה על חוזה שמגבש את מה שהוסכם גם אם הם השיקו כוסות לפני כן. בהתאם לכך, בע"א 8320/09 אלחדד נ' שמיר, פס' 28 (נבו 29.3.2011), בית המשפט קובע כי אין כל דרישה שגמירות דעת צריכה לקבל ביטוי חגיגי, והתגלמות גמירת הדעת יכולה ללבוש צורות מגוונות בניסיונות קונקרטיים.
- 63 בעניין רבינאי, לעיל ה"ש 3, בפס' 6, השופט ברק מבהיר כי: "...מקובל לומר כי אם 'נוסחת הקשר' היא כי זכרון הדברים 'כפוף לחוזה פורמלי' הרי יש בכך כדי להצביע על כוונתם של הצדדים לראות בזכרון הדברים שלב ביניים בלבד במשא ובמתן... לעומת זאת, אם 'נוסחת הקשר' היא כי הצדדים חותמים על זכרון הדברים 'עד שיוכן' חוזה פורמלי, הרי משמעות הדברים היא, שרצון הצדדים הוא שזכרון הדברים יכנס לתוקפו מיד...". גם בעניין עדני, לעיל ה"ש 60, בפס' 1 לפסק הדין של השופט עמית, השופט מחזק את עמדתו שנכרת חוזה גם בכך ש"בנוסחת הקשר לא נכתב 'בכפוף לחתימת הסכם'... אלא 'הסכם מפורט עד'... חזקה על עו"ד גרינפלד כי ניסח את נוסחת הקשר על פי התרשמותו לגבי ההבנות אליהם הגיעו הצדדים...".
- 64 ע"א 700/72 אברמוב נ' כדר, פ"ד כז(2) 498 (1973).
- 65 מעבר לכך שמאות פסקי דין ועשרות רבות של מאמרים נשענים על עניין רבינאי, מדובר בהלכה מכוננת בהפחתת חשיבות החתימה, פרשנות "נוסחת הקשר" על בסיס התנהלות הצדדים והתעלמות, כפי שנראה, מעדויות רבות להיעדר האמינות של נציגי חברת מן-שקר.

הדעת. בהתאם לפרספקטיבה זאת, אין להתמקד כך סתם בהשקת כוסות, בחילופי טיטות ובקבלת דמי קדימה כנקודות ספורדיות ומנותקות. במקום זאת יש לבחון ביטויים אלו לצד קיומם או היעדרם של סממנים חיצוניים לביסוסו או היעדרו של אמון בפועל בין צדדים מסוימים, כשמידת האמון תלויה בנסיבות ההתקשרות, חשיבותה וערכה של העסקה הנרקמת. לעניין זה חשוב להבהיר כי בעניין רבינאי, לא הקשיים הכלכליים שהביאו לקריסת מן־שקד מבהירים את הצורך בביסוסו של אמון בפועל בין צדדים למשא ומתן, ואין גם היגיון רב בביקורת על קשיים אלו בדיעבד. קשיים כלכליים ואחרים הם חלק בלתי נמנע מהעשייה הכלכלית־מסחרית. השאלה המטרדה מפירוקה של חברת מן־שקד והפרסומים על אודותיה נוגעת לאופן שבו צדדים לחוזה מתנהלים כשהם מתמודדים עם משברים אלו. הטענות למכירת אותו נכס לרוכשים שונים,⁶⁶ הפסקת הבנייה ללא הודעה,⁶⁷ הותרת חובות בסך מיליונים,⁶⁸ העמדת עשרות רבות של משפחות במצוקה קשה וקבלני משנה ללא תמורה בעבור עבודתם,⁶⁹ תוך הימלטות לארץ זרה ורחוקה ממגע ידו של המשפט הישראלי,⁷⁰ מצביעים על התנהלות שותרת את בסיס כללי המשחק החוזיים. התנהלות זאת מאפיינת לרוב אנשים שלא ראוי היה להאמין למילותיהם כבר מלכתחילה, ועיון מעמיק בעובדות רבינאי, כפי שנראה, חושף קיומם של כמה תמרורי אזהרה בולטים כבר בשלב המשא ומתן מול גב' רבינאי, הרבה לפני בריחתו של מר איתמרי ופירוקה של חברת מן־שקד. אף על פי שבית המשפט ברבינאי מפנה לבחינה רחבה של התנהלות הצדדים לצורך בחינת כוונתם⁷¹ עובר, במהלך ולאחר עריכת זיכרון דברים שבו נקבע שחווה ייערך שבוע לאחר מכן, סממנים אובייקטיביים להיעדר אמינות מצידה של חברת מן־שקד לא נבחנו במסגרת בחינת גמירת הדעת.⁷²

מהמאמרים שהפנו לעניין רבינאי ראו דניאל פרידמן "סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה" הפרקליט, ספר היוכל 298, 300 (1994); נילי כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח 383, 419 (1989); גבריאלה שלו "זכרון דברים ותום לב" משפטים יט 457, 468 (1990); עופר גרוסקופף "סיווג מסרים המוחלפים במהלך המשא־ומתן" עיוני משפט כב 745, 756 (1999); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" לעיל ה"ש 57, בעמ' 60; דפנה ברק־ארו "הקודיפיקציה הישראלית בראי דיני החוזים" עיוני משפט כב(3) 793, 805 (1999); יהודה אדר "מגמות ותנודות בדין החוזים הכללי – ישראל 2010" דין ודברים ו 41, 51 (2011).

66 "הסתבך ונעלם" מעריב, לעיל ה"ש 19.

67 שם.

68 "דירות ריקות" ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 23.

69 "הסתבך ונעלם" מעריב, לעיל ה"ש 19.

70 שם.

71 בעניין רבינאי נקבע כי על כוונת צדדים שערכו זיכרון דברים ניתן ללמוד "על־פי אמות המידה של האדם הסביר, מהתנהגותם של הצדדים לפני, בשעת ולאחר ההסכמה על זכרון הדברים ומתוכן זכרון הדברים עצמו" (עניין רבינאי, לעיל ה"ש 3, בפס' 6).

72 באי סימטריה מאמר זה מכוון למציאת נקודת מפגש הרצונות הגם שהצדדים נוהגים בצורות שותרות. ובעניין רבינאי, האחד מוכן לחתום, השני לא, האחד "נוכח" במילות זיכרון הדברים,

עובדה ראשונה שאינה זוכה לניתוח בית המשפט ושיש בה להעיד גם בעיני האדם הסביר על היעדר אמינות מצידה של חברת מן-שקד היא הסתירה בין לשון זיכרון הדברים לנסיבות עריכת זיכרון הדברים. מר אלבוים ערך את זיכרון הדברים לצידה ובכיתה של גב' רבינאי. לעומת זאת, בזיכרון הדברים מצוין כי מי שערך אותו הם גב' רבינאי ומר איתמרי, הגם שזה האחרון לא היה כלל באותה פגישה בודדת בין הצדדים.⁷³ בהתאם לכך, בתחתית זיכרון הדברים נוספו מקומות לחתימת הצדדים, הם רבינאי, איתמרי וחותרת חברת מן-שקד בסמוך לציון תאריך המסמך, הוא ה-20.1.72. לבחירת נציג חברת מן-שקד לניסוח זיכרון דברים שאינו מזכיר את מי שערך אותו מטעמה ובמקום זאת מציג כעורכו ומבקש את חתימתו של מי שלא נכח כלל בכיתה של גב' רבינאי, ואותו היא גם אינה מכירה, ראוי שתהיה השפעה גם על אמינותה, אך זאת לא נבחנה. במקום זאת בית המשפט מעניק משקל עודף לחתימת גב' רבינאי, קבלת דמי הקדימה והסכמתו בעל פה של מר אלבוים,⁷⁴ בשעה שהוא אינו מתייחס להחלטת אלבוים שלא לחתום או אף להוסיף את שמו לזיכרון הדברים. עובדה שנייה שאינה זוכה לניתוח בית המשפט בהקשר של בחינת גמירת הדעת, הגם שיש בה להעיד על היעדר אמינות בעיני האדם הסביר, היא תגובת חברת מן-שקד להחלטת גב' רבינאי, שעליה היא הודיעה למר אלבוים שלושה ימים לאחר מועד עריכת זיכרון הדברים, שלא להמשיך לכריתת חוזה. ניתן היה לסבור שאם מר אלבוים וחברת מן-שקד סבורים שחוזה כבר נכרת, כפי שקבע זאת בית המשפט, תגובתם להודעתה תהא קצרה והיא שהחוזה כבר נכרת וזאת בהסכמתו בעל פה של מר אלבוים, אשר לו ניתנה סמכות מלאה לפעול בשם החברה. עם זאת, יומיים לאחר הודעתה למר אלבוים בחרה חברת מן-שקד לשלוח לגב' רבינאי העתק מצולם של אותו זיכרון הדברים שעליו היא חתמה, אלא שהפעם נוספה לו חתימתו של המנהל איתמרי וחותרת החברה, כאמור לצד אותו תאריך, ה-20.1.72.⁷⁵ מכתב דומה הגיע לכיתה של גב' רבינאי יום לאחר מכן.⁷⁶ מדובר בהתנהלות תמוהה שלא זכתה לכל התייחסות או ניתוח בבית המשפט, למעט אזכורה. ראשית, אם מר אלבוים קיבל סמכות מלאה לכרות חוזה בשמה של מן-שקד, מהו הצורך בהוספת חתימת איתמרי ולא זאת של אלבוים? ובכלל, מה הניע את מר איתמרי להוסיף חתימה מאוחרת לזיכרון דברים שתוארך במועד מוקדם? ודוק, לשון זיכרון הדברים יוצרת את הרושם כי מי שמוסמך לחייב את חברת מן-שקד הוא רק מר איתמרי, וזאת בתוספת להטבעת חותמת החברה. אין כל עדות להצגתו של ייפוי כוח לשליחותו של מר אלבוים או הבהרת סמכויותיו לכרות חוזה בעל פה במעמד זיכרון הדברים. ובכלל, נדרש גם היה לתהות אם הוספת החתימות המאוחרות מבקשת להרתיע או להטעות הדיוטות שאינם מבינים בדיני כריתת החוזה, כמו גם לשאול אם מדובר בניסיון לזייף מסמך משפטי, ובעיקר, נדרש היה לבחון כיצד התנהלות זאת של

השני "נסתר", זהותו של צד אחד ברורה, ואילו זהות השני והקשר של הנציג מטעמו אליו מעורפל. שם.

73 שם, בעמ' 282-283.

74 שם, בעמ' 282-284.

75 בית המשפט מצייין כי חברת מן-שקד שלחה שני מכתבים כאמור שהגיעו לכיתה של גב' רבינאי ביום 25.1.72 וביום 26.1.72. שם, בעמ' 283.

76 שם.

חברת מן-שקד, ובייחוד היעדר ההגינות בהצגת סמכויותיו של מר אלכובים כמו גם ערפול השלב שבו מסתיים המשא ומתן ונכרת חוזה, מלמדת על אמינותה בעיני אדם סביר ולכן גם על גמירת דעתו.

ללא הבנה של חשיבות ביסוסו של אמון בפועל בין צדדים מסוימים ניתן להתמקד בחתימתה הבודדת של רבינאי, אך לא לתהות על בחירת הצד שכנגד שלא לחתום לצידה; להתמקד בקבלת דמי הקדימה ולהתעלם מכך שבזיכרון הדברים נכתב שהם ניתנים "על חשבון הבניה" בעסקה שאינה כוללת בנייה, מה שמעורר את התהייה אם ההסכמות בעל פה כללו יותר ממה שנכתב בזיכרון הדברים.⁷⁷ ללא יישום ברור של בחינת גמירת הדעת, ניתן גם למחוק מהצגת העובדות בבית המשפט העליון את המחלוקת בעדויות הצדדים בנוגע לזהות הצדדים בעריכת זיכרון הדברים.⁷⁸ מצע תאורטי, לעומת זאת, שנשען על בחינת ביסוסו של אמון בפועל בין צדדים מסוימים, לא יוכל להתעלם מזהות הצדדים, ומהאופן שבו התנהלותם מחזקת את אמון הצדדים למשא ומתן או מחלישה אותו. פרספקטיבה שבוחנת בנייתו של אמון במהלך המשא ומתן אינה יכולה לבחון צד אחד במנותק מהתנהלותו של הצד האחר. לכן היא לא תוכל להתעלם מהתנהלות שכוללת זיוף מסמכים או סטייה מכללי המשפט. בפרספקטיבה שמתמקדת באמון הדדי, צד שבוחר שלא לחשוף את זהותו וגם לא לחתום, גם אם האחר חתם, ישפיע על גמירת הדעת של שני הצדדים, במנותק מהשאלה האם יש צורך בחתימת מי מהם. במילים אחרות, היעדר חתימתו, ו"נוכחותו" של מר אלכובים בזיכרון הדברים, צריכים להעיד שהוא עצמו לא סבר שגב' רבינאי, הגם שחתמה על זיכרון הדברים, ראתה בו חוזה גמור. בשפתו של הנשיא שמגר, הגם שבעמדת מיעוט, בעניין פרץ בוני הנגב,⁷⁹ "חתימה... יכולה אולי ליצור מראית של גמירת דעת בעיניו של זר המשקיף מהצד, אך לא בעיניו של המתקשר הספציפי [בנסיבות העניין]...".⁸⁰ צד שבמודע ובמכוון פוגע ביכולתו של הצד שכנגדו לתת בו אמון, אינו יכול לטעון כי הוא סבור שהצד השני גמר בדעתו לכרות עימו חוזה. למצער, התנהלות מפרת אמון היא סממן חיצוני שיש לבחון במסגרת יסוד גמירת דעת, ואף להעניק לה משקל משמעותי שיעיד על היעדרו.

ב. דוקטרינת האמון במשא ומתן

הנסיבות שאפפו את עריכת זיכרון הדברים בעניין רבינאי, כפסק דין מרכזי לקביעת הכללים שבוחנים את כוונת הצדדים בדיני החוזים, משמשות בסיס, בפרק זה, לעיצובה של דוקטרינת אמון. בהתאם לדוקטרינה זאת, קיומו או היעדרו של אמון בין צדדים למשא ומתן נבחן באמצעותם של שלושה סממנים חיצוניים. הראשון, זהות הצדדים שמתקשרים בחוזה. ככל שמדובר בעסקה משמעותית ובעלת ערך יש להניח שבחירת הצדדים האחד

77 שם.

78 יעל ארידור בר-אילן "עובדות שנויות במחלוקת" עיוני משפט כד 131, 186-187 (2000).

79 בע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב – אחים פרץ בע"מ נ' בוחבוט, פ"ד מז(1) 357 (1993), התקיים משא ומתן בין בנו של מחזיק הזכויות הפורמלי בדירה לחברת הבנייה ונקבע כי לשלב כריתת החוזה יגיעו שניהם, האב והבן. עם זאת, בשלב כריתת החוזה הזמינה חברת הבנייה רק את האב וביקשה ממנו לחתום תוך שנציגיה משקרים לו שבנו מעוניין שיעשה כן.

80 שם, בפס' 4 לפסק הדין של הנשיא שמגר.

בזולתו תיעשה תוך בחינה והיכרות של מאפייניהם, מצבם הכלכלי, הגינותם, או למצער קיומן של בטוחות שיגנו על הצדדים מפני סיכונים שכרוכים במאפייני הצדדים. השני, חוות דעת מקצועיות או שימוש בגורמים מאמתיים (עורכי דין, שמאים) לגישור על פערי אמון. בעסקאות שמשלבות סוגיות מקצועיות מורכבות שבהן הצדדים אולי אינם מבינים, פערי אמון הינם ברירת המחל. במצבים אלו, הסתייעות במי שיכול לגשר על פערי אמון, כמשפטנים, שמאים וכלכלנים, שיבחנו את הסיכויים והסיכונים שמעורבים בעסקה ויעצבו את תנאי החוזה בצורה שתמקסם את הסיכויים וגם תכלול את הבטוחות וההגנות הנדרשות להקטנת הסיכונים הכרוכים, תחזק את הטענה שהצדדים גמרו בדעתם לכרות חוזה. השלישי, בניית אמון במהלך המשא ומתן. התנהלות הצדדים במהלך הפגישות, משכן, מקומן, מספר הפעמים שנפגשו, אמיתות חילופי הדברים בהן, חשיפתו של מידע פנימי, שיתוף פעולה בשונה מפעולות חד-צדדיות שמפרות סיכומים מוקדמים – כל אלה יכולים גם הם לשמש עדות לבנייה הדרגתית של אמון שתחזק את יסוד גמירת הדעת.

1. זהות הצדדים שמתקשרים בחוזה

חוזה כמוסד משפטי מעניק לצדדים שמתקשרים בו את כוחה של המערכת המשפטית לאכיפת הוראות החוזה ולהגנה על זכויותיהם מכוחו. באמצעות המשפט צדדים לחוזה יכולים לדרוש את אכיפת חיובי החוזה ולתבוע פיצוי בגין נזקי הפרתו.⁸¹ צדדים רשאים גם לבטל את החוזה,⁸² אם נפל פגם בכריתתו, ולזכות בהשבת המשאבים שהועברו או שווים במהלכו, כמו גם בפיצוי בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן.⁸³ יחד עם זאת, מעטפת משפטית זאת, עם ההרתעה שהיא מייצרת, סובלת ממגבלות משמעותיות ואין היא יכולה להחליף את בחינתו של כל צד בפועל ועל בסיס הנסיבות שבפניו, למי ראוי שהוא ייתן את אמונו. הליכים משפטיים כרוכים בעלויות ניכרות שכוללות את עלות הייצוג, אי הוודאות ששלובה בהליכים משפטיים, הטיות ושגיאות אנושיות שאפשר שתפגענה באיכות הפעלתה, משך הזמן שנדרש לבריורה של תביעה משפטית וכמובן האפשרות שלא ניתן יהיה לממש את החלטת בית המשפט, אם משום שהנתבע ברח מהארץ ואם בשל כך שהוא חסר נכסים מספיקים לכיסוי חובותיו. דוקטרינת האמון המוצעת מבקשת לכן להכיר ולתמוך ביכולתם של צדדים לעשות שימוש במשא ומתן לכחינת אמינותו של הצד הנגדי, וזאת כבסיס למידת הביטחון שיינתנו הצדדים למילותיו.

למילים שמרכיבות את תנאי החוזה וממלאות את דרישת המסוימות לכריתתו אין כל ערך אם אין מאמינים למי שנושא אותן. המשפט, שמבקש לחזק את יכולתם של אנשים להיקשר בקשרים חוזיים עסקיים ואחרים, ראוי שישלים ויחזק כלים אנושיים, חברתיים ושוקיים לביסוסו של אמון בפועל ולא יבקש להחליפם. בהתאם לכך, ולצד כוחו של המשפט, על כל מתקשר גם לוודא, ככל שניתן ובהתאם לחשיבות העסקה, שהצד שאיתו הוא מבקש להתקשר בחוזה מתאים במאפייניו להתקשרות המבוקשת, וכדרישת בסיס שניתן להאמין ולהסתמך על מילותיו ומצגיו. ודוק, מערכת זאת של סינון ראשוני ופראטיקולרי של הצד

81 ראו סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

82 שם, בסימן ב לפרק ב.

83 ס' 12 לחוק החוזים (חלק כללי).

לכריתת חוזה אינה יכולה להיעשות על ידי גוף או אדם אחר מלבד אותו צד שמבקש לכרות חוזה עם אחר. ובכלל, מי שאין מאמינים ביושרו, מקצועיותו או נכונות דבריו הוא מי שאין מעוניינים להיכנס עימו ליחסים משפטיים חוזיים, וזאת על אף כוחה האוכף של המערכת המשפטית. מי שאין מאמינים במילותיו הוא מי שעשוי לא לקיים את החיובים החוזיים באיכות ובזמן שנקבע; מי שצפוי לא לשתף פעולה ברגעי משבר בשלב הביצוע החוזי; מי שעשוי להסתיר הפרות חוזיות, ככל שניתן, תוך שהוא מתכוון להליכים משפטיים אפשריים. מי שלא מאמינים למילותיו הוא מי שאין ערך להבטחותיו ולכן אין להיכנס עימו לקשר חוזי שערכו משמעותי, או שלמצער הכרחי הוא לדאוג לכך שתנאי החוזה יצמצמו ככל שניתן את יכולותיו לסטות או לפגוע במסגרת החוזית שנקבעה.

בעניין רבינאי, לדוגמה, גם שנים לאחר הוצאת צו לחיסול החברה, ביום 7.4.85⁸⁴, פעלו רוכשי דירות מחברת מן-שקד להחייאה זמנית של החברה, שבתומה החברה שוב חוסלה, וזאת למטרת רישום זכויות הקניין בדירות שרכשו ממנה בסוף שנות השישים, אך בשונה ממה שסוכם בין הצדדים לא הועברה זכות הבעלות בהן מהחברה אליהם במשך עשרות שנים.⁸⁵ ההסכמה לכן על פרטי החוזה אינה ניתנת למילה לבדה במנותק מזהות ומאפייני האדם שנושא אותה, אותו אדם שגם עשוי להפר את החוזה ולהוביל את הניפר, בעל כורחו, להליכים משפטיים שיימשכו שנים רבות ויגזלו משאבים יקרים שבהם לא כולם יוכלו לשאת. חלק מהותי אם כן מהסכמת הצדדים על תנאי החוזה הוא מתן אמון באדם שנושא את המילה, במידה שהולמת את חשיבות החוזה, מבנהו ומאפייניו. יש לחדד כי בנסיבות שבהן לשון הצדדים מעידה בצורה ברורה על כוונתם אין במאמר זה להציע שבתי המשפט ינכרו במידת האמון שהם נותנים זה בזה או באופן שבו תניות החוזה מגשרות על פערי אמון בין הצדדים. לעומת זאת, בנסיבות שבהן הלשון אינה ברורה ובתי המשפט נדרשים להתנהלות הצדדים, ראוי, בהתאם לנטען במאמר זה, שגם ייבחנו סממנים חיצוניים שמעידים על ביסוסו של אמון בפועל בין הצדדים, במידה תלויה הקשר או היעדרו.⁸⁶

עניין רבינאי מציף בצורה ברורה וחזקה את קיומו של משבר אמון חריף בין הצדדים. בבית המשפט המחוזי הציגו הצדדים את זהות הצדדים בפגישה הבודדת שבה נערך זיכרון הדברים בצורה שונה, כשבני הזוג רבינאי טענו שלמר אלבוים הצטרף מתווך ששמו הוא פידלמן, ואילו חברת מן-שקד טענה שאדם כזה לא היה נוכח וכי היא אף אינה מכירה אותו.⁸⁷ מחלוקת לגבי זהות הנוכחים מטעם הצדדים, לצד הסתירה בהצגת עורכי זיכרון הדברים

84 מכתב מרשם החברות לאגף האפטרופוס הכללי והכונס הרשמי (19.5.1985) (תיק החברה, משרד המשפטים).

85 ת"א 2312/90 ארביב נ' מן שקד בע"מ (20.2.1991); שם.

86 על מעמדה המרכזי של לשון החוזה לפירוש תכליתו, הגם שתוך התחשבות בסוג החוזה וזהות צדדיו, ראו ס' 25 (א) לחוק החוזים (חלק כללי); וע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (נבו) (20.11.2019). יש לציין כי עמדה זאת שלפיה פרשנותו התכליתית של חוזה, על פי תורת שני השלבים, תגבל למצבים שבהם לשון החוזה אינה ברורה, מצויה כבר בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויוזם (1991) בע"מ פ"ד מט(2) 265 (1995). להדגשת נושא זה ראו גם דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד סא(2) 1 (2006).

87 ארדור בר-אילן, לעיל ה"ש 78.

ואי בהירות מעמדו או סמכויותיו של מר אלבוים, ראוי היה שיעלו חשש מהותי באשר לאמינות הצדדים ויכולתם להאמין זה לזה. עם זאת, בית המשפט העליון אינו מתייחס כלל למחלוקת זו, ובניגוד להחלטתו לבחון את כוונת הצדדים בהתאם להתנהלותם הוא מוחק מחלוקת מהותית זו באשר להתנהלותם, והשפעתה על כלל נסיבות עריכת זיכרון הדברים, מתיאור העובדות בבית המשפט העליון.⁸⁸ יש לציין כי למחלוקת הצדדים באשר לסמכותו של מר אלבוים, שאליה בית המשפט העליון התייחס, השלכה מהותית על גמירת הדעת של שני הצדדים, הן של מר אלבוים והן של גב' רבינאי, והאמון בפועל שהם נתנו זה בזה בשלב עריכת זיכרון הדברים. כיוון שכך, נדרש היה שהנטל שמוטל על התובעת להוכיח קיומה של גמירת דעת, בהיותה "המוציא מחברו" ובשל היותה אישיות משפטית הנפרדת מנושאי המשרה בה,⁸⁹ יכלול ביסוס טענותיה במסמכי התאגדות מן-שקד כמו גם בעדותו של מר איתמרי.⁹⁰ ודוק, זהות הצדדים לחוזה בעניין רבינאי הם חברת מן-שקד וגב' רבינאי, אך אין כל נתון בפסק הדין על חברת מן-שקד או על הסיבה לפירוקה. יתר על כן, כל טענה הנוגעת לגמירת הדעת של חברת מן-שקד בפרט, ומבנים תאגידיים בכלל, כאישיות משפטית נפרדת,⁹¹ יש לבסס על הוכחת זהות אורגניהם או שלוחיהם, וזאת בראש ובראשונה באמצעות מסמכי ההתאגדות שלהם.⁹² עם זאת, לכך אין כל ניתוח או אף אזכור בהחלטת בית המשפט. במילים אחרות, בית המשפט קבע כי חברת מן-שקד גמרה בדעתה לכרות חוזה, הגם שזהותה ומאפייניה של חברת מן-שקד, כמו גם יכולתו של מר איתמרי להעניק לצד שלישי את הכוח לפעול כשלוחה, לא נבחנו. התנהלות הצדדים, ברובד התאגידי, כפי שינוח להלן, מספקת הצצה ביקורתית לנסיבות מהותיות לגמירת הדעת של הצדדים, כמו גם לכיסוסו של אמון בפועל או דווקא היעדרו בשלב עריכת זיכרון הדברים.

מן-שקד התאגדה ואושרה כחברה בע"מ ב-19.4.1965.⁹³ בין בעלי מניותיה הראשונים היו סוחר בשם מרדכי יעקב מנדלבוים, שהחזיק בחמישים אחוזים ממניותיה הרגילות של החברה,⁹⁴ ומי שתוארו היה מתווך, הוא יוסף איתמרי, שהחזיק בעשרים אחוזים ממניות

-
- 88 על בחינת התנהלות הצדדים כמקור להבנת כוונתם ראו עניין רבינאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 286.
- 89 על עקרון האישיות המשפטית הנפרדת ראו שרון חנס "עיון מחדש באישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד בדין הישראלי" עיוני משפט כח 5 (2004).
- 90 בהתאם לכך נקבע כי הנטל להוכיח כריתתו של חוזה מוטל על התובע בהיותו "המוציא מחברו" ועליו לכן גם נטל הוכחת גמירת הדעת (ת"א (ת"א) 57471/07 אלונאל בע"מ נ' Banque Jacob Sara (Suisse), פס' 27 (נבו 28.9.2010)). ראו גם ע"א 3137/15 עיריית חיפה נ' קהילת ציון אמריקאית (בפירוק), פס' 13 (נבו 21.5.2018).
- 91 על משמעות עקרון האישיות המשפטית הנפרדת מבנים תאגידיים ראו חנס, לעיל ה"ש 89, בעמ' 5.
- 92 על תורת האורגנים, שאינה מוגבלת לתחום הפלילי, שלפיה האורגנים מייצרים את כוונת ופעילות החברה, ראו ע"פ 3027/90 חברת מודיעים ביני ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד מה(4) 364 (1991); ע"פ 99/14 מדינת ישראל נ' מליסרון בע"מ (נבו 25.12.2014).
- 93 "תעודה לאיגודה ורישומה של חברה פרטית" 19.4.1965 (תיק החברה, משרד המשפטים).
- 94 בתיאור בעלי המניות צוין כי מענו של מרדכי מנדלבוים, שהחזיק לבדו בחמישים אחוזים ממניות החברה, הוא מענה של בעלת המניות חנה מנדלבוים, שהחזיקה בעשרה אחוזים ממניות החברה ותוארה בתזכיר עקרת בית. תזכיר ההתאגדות של חברת מן-שקד (28.3.75), שם.

אלו.⁹⁵ בהתאם לסעיף 8 לתקנות החברה, השימוש בחותמת החברה ייעשה רק לאחר "החלטת מועצת המנהלים ולכל הפחות בנוכחותו של אחד ממנהלי החברה אשר הוא יחתום על כל כתב שעליו הוטבעה חותמת החברה בנוכחותו".⁹⁶ כיוון שלאחרת מן-שקד היו רק שני מנהלים, הם מרדכי מנדלבוים ויוסף איתמרי,⁹⁷ דרישה זאת חייבה את החלטתם המשותפת ונוכחות פיזית של אחד מהם בהטבעת חותמת החברה. חלוקת המניות האמורה וסעיפי התקנון חלו גם בשלב עריכת זיכרון הדברים מול גב' רבינאי ביום 20.1.72.⁹⁸ רק ביום 14.5.72, כחודש לאחר הגשת תביעת מן-שקד לאכיפת זיכרון הדברים מול גב' רבינאי,⁹⁹ הועברה השליטה ליוסף איתמרי,¹⁰⁰ שגם הפך למנהלה היחיד של החברה, זאת במקביל להתפטרותו באותו יום של מרדכי מנדלבוים מתפקידו כמנהל.¹⁰¹ כיוון שדרישת תקנון החברה מחייבת נוכחות פיזית של אחד המנהלים, יש בה להאיר באור שונה הן את הקביעה בזיכרון הדברים כי החותמים מטעמה של חברת מן-שקד הם מנהלה יוסף איתמרי בצירוף לחותמת החברה והן את הקביעה שחווה ייערך שבוע לאחר מכן, בהינתן שיוסף איתמרי לא נכח במעמד עריכת זיכרון הדברים.

עם זאת, בפני בית המשפט לא עמדו מאפייני חברת מן-שקד כאישיות משפטית נפרדת, ותפקידם או יחסם של יוסף איתמרי ומר אלבוים לחברה, בהתאם למסמכי ההתאגדות שלה. במקום זאת החלטת בית המשפט העליון מתמקדת רק בהעדפת בית המשפט המחוזי את עדותו של אלבוים, ודוק לא איתמרי, על פני עדות רבינאי, חתימת רבינאי על זיכרון הדברים וקבלת דמי הקדימה. די בכך, קובע בית המשפט, כדי לשכנע שגב' רבינאי גמרה בדעתה להיכנס לקשר חוזי מחייב. כלומר, גב' רבינאי גמרה בדעתה לכרות חוזה, כך קובע בית המשפט, עם אישיות משפטית נפרדת, שעליה אין היא יודעת דבר, ומול מי שמכיוון שאינו אוחד בכל תפקיד בחברה, או לפחות לא נטען שאחז בתפקיד כלשהו, אינו יכול לחשוף בפניה כל מידע רלוונטי ואמין בנוגע לחברה. בהינתן שחברת מן-שקד הגיעה לחדלות פירעון לפני החלטת בית המשפט המחוזי, נתונים רלוונטיים כאמור יכולים היו לכלול את מצבה הכלכלי ויכולתה לעמוד בתשלומים שנקבעו בזיכרון הדברים, זאת במידה שכבר אז היא התקרבה לחדלות פירעון. נתונים אלו עשויים גם להוביל את הצדדים לקבוע מפורשות שהחזקה בחלקת המקרקעין לא תעבור, ומכך גם תחילת הבנייה בשטח, עד לתשלום מלוא התמורה, זאת לצד מנגנון מהיר להסרת הערת אזהרה ופיצויים מוסכמים במקרה של הפרת הוראות אלו. כל זאת, כדי לאפשר לזוג רבינאי למכור את הנכס לצדדים שלישיים ללא פנייה

95 שם.

96 שם. יתר המניות היו מניות בכורה לפדיון.

97 דין וחשבון שנתי של חברה בעלת הון מניות (27.9.1966) (תיק החברה, משרד המשפטים).

98 למועד עריכת זיכרון הדברים ראו עניין רבינאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 282.

99 התביעה הוגשה ביום 21.4.1972. שם, בעמ' 283.

100 בתאריך זה נקבע בהחלטה מיוחדת של החברה כי כל המניות הרגילות, למעט מניותיו של יוסף איתמרי, תהפוכנה לנדרות. "הודעה על קבלת החלטה מיוחדת" מיום 14.5.1971 (תיק החברה, משרד המשפטים).

101 הודעה על מינוי מנהלים ראשונים ועל שינויים בהנהלה (18.5.1972) (תיק החברה, משרד המשפטים).

להליכים משפטיים ארוכים וללא שנעשה שינוי בחלקת המקרקעין במקרה שחברת מן־שקד לא תקיים את חובהיה. עם זאת, לסוגיות מהותיות אלו אין כל התייחסות בזיכרון הדברים. אף על פי שמרבית הפרטים חסרים, התנהלות הצדדים בפרספקטיבה תאגידית מספקת משמעות מורכבת לזיכרון הדברים. בית המשפט בעניין רבינאי קבע כי "מתוך חומר הראיות עולה בבירור כי המשיבה, באמצעות מנהלה איתמרי, העניקה לאלבויס הרשאה לכרות חוזה מחייב"¹⁰². עם זאת, מסמכי ההתאגדות אינם מאפשרים ליוסף איתמרי להעניק סמכות זאת ללא החלטת מועצת המנהלים, שבה יושב גם מרדכי מנדלבוים, שהוא כאמור בעל השליטה. בית המשפט הסכים עם החלטת בית המשפט המחוזי כי "הקיבול נעשה על־ידי מר אלבויס, שהיה שלוחה של המשיבה, והיה רשאי לסיים את העסקה בשמה. קיבול זה נעשה בעל־פה" (ההדגשות שלי – ב"א).¹⁰³ עם זאת, מר אלבויס, אינו אורגן של חברת מן־שקד, ולא נטען כך על ידי מי מהצדדים.¹⁰⁴ לעומת זאת, טענת השליחות, באמצעות בעל מניות המיעוט, יוסף איתמרי, מנוגדת למסמכי ההתאגדות, שאינם מאפשרים לו ליצור שליחות לכריתת חוזה ללא הסכמת מועצת המנהלים. אם בכך לא די, לא נטען על ידי מי מהצדדים ששליחות זאת נטענה או הוכרה על ידי גב' רבינאי בשלב עריכת זיכרון הדברים, או שמסמך ייפוי כוח לשליחות זו הוצג לגב' רבינאי.¹⁰⁵ ודוק, בהתאם לסעיף 3(ב) לחוק השליחות, רשאי צד שלישי שלא להכיר בשליחות שיצר השולח, כפי שגב' רבינאי לא הכירה בה, אם לא הוצגה בפניו הרשאה בכתב ואף קיבל העתק להרשאה זאת.¹⁰⁶ במילים אחרות, מר איתמרי ככל הנראה חרג מהרשאתו, ומכיוון שרק הוא יודע על כך העניק זיכרון הדברים לחברת מן־שקד אופציה לטעון לכריתת חוזה או לחשוף את היעדר ההרשאה של מר איתמרי ליצור שליחות ולא להיות מחויבים בזיכרון הדברים.¹⁰⁷ אופציה זו מומשה, כך יש להניח, בהתבסס על הנתונים המשתנים של מצב השוק ושווי המקרקעין, וללא כל הסכמה או אף ידיעה על כך מצידה של גב' רבינאי.

הדיוט יכול לתהות מדוע זיכרון דברים, שנערך במהלכו של משא ומתן, מציג אנשים שלא ערכו אותו כמי שכן עשו זאת, ואם כאמור מר אלבויס פועל בשמה של חברת מן־

102 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 285.

103 שם.

104 מר אלבויס גם אינו מקיים את המבחן הפונקציונלי או ההיררכי לכך. ראו לעניין זה עניין מודיעים, לעיל ה"ש 92.

105 כל שבית המשפט קובע הוא כי מחומר הראיות שהוצג בפניו מר אלבויס הוא שלוח של חברת מן־שקד באמצעות מנהלה מר איתמרי. עניין רבינאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 285.

106 ס' 3(ב) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965. לעניין זה נקבע כי צד שלישי רשאי שלא להכיר בשליחות אם לא הוצגה בפניו הרשאה לכך בכתב בנוסף למסירת העתק ממנה לידיו. ע"א 1286/90 בנק הפועלים בע"מ נ' ורד הלבשה, פ"ד מח(5) 799, 819 (1994).

107 ראו ס' 6(ב) לחוק השליחות, שלפיו שליח שחרג מסמכות אינו מחייב את השולח. נושא משרה שחרג מסמכות אינו מחייב את החברה אם הצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על החרגה. בנסיבות הנדונות, כשלושן זיכרון הדברים מצהירה על הצורך בחתימת איתמרי והטבעת חותמת החברה לצידה תוכל חברת מן־שקד לטעון שהיה על גב' רבינאי לדעת שאין בסמכותו של אלבויס לכרות חוזה. להשלכות חריגת נושא משרה מהרשאתו ראו גם ס' 56 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

שקד או בשמו של מנהלה איתמרי מדוע שלא יחתום על זיכרון הדברים כשלוחה של חברת מן-שקד. משפטן גם יכול לשאול מדוע שצדדים יהיו חלוקים בנוגע לזהות הנוכחים, ומהן ההשלכות המשפטיות לכך. לצד החשדנות שהתנהלות זאת עשויה לעורר, יש להבין שכוחו של שלוח לחייב בפעולותיו חברה מוגבל משמעותית מכוחו של אורגן או נושא משרה. שלוח שפועל בחריגה מהרשאה, וכאמור לגב' רבינאי, בשונה מבית המשפט, לא הייתה כל עדות לכך שפעולתו היא בהרשאה מלאה, אינו יכול כלל לחייב בפעולתו את החברה.¹⁰⁸ כלומר, גב' רבינאי ניהלה משא ומתן עם אדם שלא ברור שהיה בכוחו לחייב את חברת מן-שקד. אך מעבר לכוחו המוגבל, אותו שלוח אינו בהכרח בקיא במצבה של חברת מן-שקד, ולכן אם ישנו חשש ממשי לפירוקה, כפי שאכן קרה שלוש שנים לאחר מכן, לא יהיה בידי לחשוף מידע מהותי זה שיתכן שבנסיונות רבינאי נכלל בחובות הגילוי שחלות על צדדים למשא ומתן. עניין רבינאי אינו המקרה היחיד שבו בשלב המשא ומתן לא היה ברור שלנושאים ולנותנים בו יש סמכות לייצג את מי שהוגדרו כצדדים לעסקה. בעניין קדארי,¹⁰⁹ השופט ויתקון קובע כי אחות ממסדר האחיות צ'רלס הקדוש חתמה על קבלה מבלי שהיא מתיימרת לחתום כבאת כוחו של בעל הקרקע. בהחלטתו הוא גם אינו מכיר בסמכות אחות זאת למכור חלקות מקרקעין השייכות כאמור למסדר האחיות צ'רלס הקדוש ולכן הוא קובע כי "שאלה אחרת היא, אם היה לאחות גרהארדה יפוי-כוח לחתום בשם בעל הקרקע ולחייבו בחתימתה, אך אפילו נמצא שלא היה לה יפוי-כוח כזה, אין בכך כדי להעמיד בספק את זהות הצדדים להסכם".¹¹⁰ בעניין שפירא¹¹¹ הכיר בית המשפט בכריתת חוזה על בסיס מסמך שבו נכלל שמם של הרוכשים, ככל הנראה, אנשי קש, זאת כדי להסתיר את זהות הרוכש האמיתי, שהיה מצוי בהליכי פשיטת רגל ושעליהם לא סיפר לצד השני למשא ומתן.¹¹² כלומר, בית המשפט מסתפק בזה ששמות הצדדים מצויים על מסמך גם אם הם עצמם אינם מודעים כלל לכך שחוזה נכרת בשמם. בפרספקטיבה שבוחנת אמון בפועל, הבנת זהות הצדדים ואופן ייצוגם בהליך המשא ומתן היא הכרחית לביסוסו של אמון בפועל ולכן גם למילוייה של דרישת גמירת הדעת.

מערכת המשפט בכלל, ושופטי בתי המשפט בפרט, מופקדים על חשיפת האמת, אך למערכות אלו, שמופעלות על ידי אנשים בשר ודם, מטבעם של דברים יכולות וכשלים של בני אנוש. צדדים למשא ומתן שאמינותם מוטלת בספק, אלו שאינם מקבלים את כללי המשחק החוזיים, מקשים במיוחד על יכולתה של מערכת המשפט להגשים את ייעודה. לשופטי בתי המשפט מלאכה מורכבת גם כך, והיא אף הופכת לקשה מנשוא כשהיא צריכה להתמודד עם אנשים שדרכם אינה אמת, אנשים שמסוגלים במצח נחושה ללא רעידת יד או גמגום להמציא עובדות, להעלות בדיות, לזייף מסמכים ולשנות תאריכים. הפרספקטיבה התאגידית שהוצגה לעיל מעלה תהיות על נכונות המצגים שהוצגו בפני בתי המשפט בעניין

108 ראו סעיף 6(ב) לחוק השליחות.

109 ע"א 235/75 קדארי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש פ"ד ל(1) 800 (1976).

110 שם, בעמ' 802.

111 ע"א 692/12 פרידמן נ' שפירא (נבו) 11.7.2013.

112 ראו ה"פ (חיפה) 51147-12-10 פרידמן נ' שפירא, פס" 4 (נבו) 8.12.2011. בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ישנה התייחסות למניע להסתרת זהות הרוכש האמיתי.

רבינאי, אך היא גם מצביעה על נסיבות שבית המשפט יכול היה לבחון ומפאת היעדרה של מתודה סדורה לבחינת גמירת הדעת הוא נמנע מלעשות כן.

2. חוות דעת ושימוש בגורמים מאמתים

בעניין רבינאי, בית המשפט קבע כי דרישת הכתב מתייחסת להתחייבות המוכר ולכן אינה מחייבת את חתימת הרוכש.¹¹³ אסימטריה זאת בנוגע לדרישת הכתב, בין המוכר לקונה, נשענת על עניין בידרמן, שם הבהיר השופט זוסמן שדרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין מגינה על אנשים מפני חיפזון וחוסר הבנה של רצינות מעשיהם.¹¹⁴ לצד היותה דרישה מכוננת, השופט זוסמן גם קבע כי דרישת הכתב נחוצה "רק כדי ליתן תוקף להתחייבותו של הנותן".¹¹⁵ עם זאת, גם ללא דרישת הכתב, החלטת גב' רבינאי לחתום לבדה, כשבזיכרון הדברים נקבע מקום לחתימות חברת מן-שקד ונציגה, ראוי היה שתשפיע על בחינת גמירת הדעת של שני הצדדים, וזאת אף ביתר שאת בהיעדרו של ייצוג משפטי. הדין הישראלי אינו מחייב שימוש בעורכי דין, שמאים או אדריכלים לכריתת עסקת מקרקעין, אך ברובם המכריע של המקרים יעדיפו מתקשרים בעסקת מקרקעין להסתייע באנשי מקצוע עובר לכריתת חוזה מורכב כעסקת מקרקעין. אנשים שאינם מתמחים במשפטים, תכנון ובנייה, דיני קניין ומיסים יתקשו לשאול את השאלות החשובות במהלך המשא ומתן, או אף לברר את העובדות הרלוונטיות שיתכן שמוצגות על ידי הצד השני לעסקה בנוגע למצבו המשפטי-קנייני של הנכס. באמצעות העסקת עורכי דין שמתמחים בתחום, מודדים, שמאים וכיו"ב, יוכלו הצדדים, אם יבקשו לעשות כן, לברר את אמיתות מצגי הצדדים וגם יוכלו להעריך טוב יותר את התאמת העסקה ותנאיה לצורכיהם. לפיכך, שימוש באנשי מקצועי כאמור,

113 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 286.

114 זאת "מפאת חשיבות העסקה, ולכן היא תנאי לקיום ההתחייבות FORMA DAT ESSE REI". לעניין זה ראו ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון המנוח יהושע בידרמן פ"ד (2) 781, 790 (1972) (להלן: עניין בידרמן).

115 זאת, בין היתר, בשל השימוש בחוק המתנה כחוק מנחה, אם בשל כך שהוא הוחק שנה לפני חקיקת חוק המקרקעין ואם בשל כך שגם בו דרישת הכתב נחוצה להתחייבות הנותן. עם זאת, התחייבותו וסיכוניו של נותן מתנה מצומצמות מהותית מאלו של צד לעסקת מקרקעין ולכן ההסקה מחוק זה אינה נטולה מספק. לעניין זה, חשוב להבהיר שבדברי הכנסת להצעת חוק המקרקעין ישנן עדויות ברורות לכך שדרישת הכתב נועדה לחול על שני הצדדים לעסקה. כך הבהיר חבר הכנסת מ' אונא: "סעיף 6 מגדיר את המושג של עסקה במקרקעין ומרחיב את משמעותה לעומת ההגדרה בהצעת החוק. לפי סעיף זה, עסקה אינה מצומצמת בהקניית בעלות או זכות אחרת לפי הסכם חוקה. גם הקדשת קרקע, אם בהקדש פרטי ואם בהקדש לצרכי צדקה, ואפילו זיקת הנאה לטובת הציבור, הן עסקאות וטעונות רישום בפנקסים, אף אם העסקה היא חד צדדית ואינה כרוכה בהסכם עם צד אחר". במילים אחרות, דרישת הכתב חלה על נסיבות שונות של התחייבויות, בהסכם או באופן חד-צדדי, באופן שביקש להרחיב את תחולתה ולא לצמצמה. ר' ד"כ 16.7.1969, 3757 (להלן: דברי הכנסת בעניין הצעת חוק המקרקעין).

ראוי שיעיד על השלב המתקדם שהצדדים מצויים בו במשא ומתן וכך גם יחזק את גמירת דעתם להיקשר בקשר חוזי.¹¹⁶

נסיבות עניין רבינאי שזורות בנתונים תכנוניים ומיסויים מורכבים שממחישים את חשיבות מעורבותם של עורכי דין. נשוא העסקה, בעניין רבינאי, הוא חלקת מקרקעין שעליה חלו שתי תוכניות. הראשונה ייעדה חלק מהחלקה להרחבת דרך;¹¹⁷ השנייה הגדירה בה זכויות בנייה וציינה את הזכות להטיל בגינה היטל השבחה.¹¹⁸ כאמור, בינואר 1972, שנה וחצי לאחר פרסום תוכנית מתאר שמעניקה זכויות בנייה בחלקה,¹¹⁹ וגם חושפת את רבינאי לחיובי מס משמעותיים כהיטל השבחה ומס שבח,¹²⁰ נערך זיכרון דברים בביתה מול חברה שעיסוקה הוא תחום המקרקעין. אלו הן נסיבות אובייקטיביות שכוללות כמובן היבטים מיסויים, תכנוניים וקנייניים, אך אלו אינם ייחודיים לעניין רבינאי והם מאפיינים את מרבית עסקאות המקרקעין.¹²¹ ברי, לכן, כי על כל עורך דין בתחום הנדל"ן ליידע את

116 בהתאם לכך, השופט זוסמן הפנה בעניין בידרמן לחובה שמצויה בדין הקונטיננטלי, לכריתת חוזה מקרקעין באמצעותם של אנשי מקצוע כנוטריון. עניין בידרמן, לעיל ה"ש 114, בפס' 11.

117 הקרקע נשואת העסקה מצויה בגוש 3926 חלקה 163 בראשון לציון. בשנת 1972, מועד העסקה, חלו על הקרקע שתי תוכניות. הראשונה היא תוכנית רצ/778 של המנהל לתכנון הנדסי, אגף תכנון בנין עיר ואדריכלות ראשון לציון (31.12.1965), שסיווגה את הקרקע כאזור מגורים ד' וייעדה חלק ממנו להרחבת דרך. להרחבה ראו תוכנית בניין ערים מפורטת: תוכנית רצ/78 של המנהל לתכנון הנדסי, אגף תכנון בנין עיר ואדריכלות ראשון לציון (30.12.1965). ראו גם עמ"ן (מר) 14-04-48565 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון נ' בת בנימין זאב קוצר, פס' 5 (נבו 4.11.2016) (להלן: עניין קוצר).

118 התוכנית השנייה, תוכנית רצ/1 של המנהל לתכנון הנדסי, אגף תכנון בנין עיר ואדריכלות ראשון לציון (15.10.1969). כשנה וחצי לפני פגישת רבינאי ומר אלבוים. תוכנית זאת הגדירה בקרקע זכויות בנייה מותרות, עד ל-165% מהחלקה, וכללה גם ייעוד מסחרי. ראו גם עניין קוצר, בפס' 5.

119 ככלל, הגדרת זכויות בנייה בחלקת מקרקעין מובילה להשבחה משמעותית של מאות רבות של אחוזים בערך המקרקעין. בהתאם לכך, ס' 5 לתוכנית רצ/1 של המנהל לתכנון הנדסי, אגף תכנון בנין עיר ואדריכלות ראשון לציון בהתבסס על סעיף 32 לפקודת בנין ערים (1936), ע"ר 589, העניק לוועדה המקומית את הזכות להטיל על בעלי הנכסים ששוויים עלה מפאת הכנתה או ביצועה של התוכנית "מס השבחה". סעיף 32 האמור הוחלף במסגרתו של חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 18), התשמ"א-1981, ס"ח 184, בהיטל השבחה של ימינו.

120 לפי ס' 7(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, אישור התוכנית האמורה יכול שיצר חבות במס, אך במימוש הזכויות באמצעות מכירת המקרקעין החילה גב' רבינאי על עצמה את חובת התשלום.

121 ראו מנחם מאוטנר "רק החוזה המקצועי ולא זיכרון הדברים, צריך ליצור זכויות וחיובים בעסקאות במקרקעין" ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה 301 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים) (2021) (להלן: מאוטנר "החוזה המקצועי").

לקוחותיו על נטלי המס הרלוונטיים,¹²² וזאת כדי למנוע מהם להיקלע לחוזה הפסד.¹²³ כך לדוגמה בעניין **טלמון**, מי שמכר זכויות יקרות במקרקעין, חויב בחוזה שבו גובה התמורה החוזית היה נמוך משיעור המס שהוטל עליו.¹²⁴ יש לעניין זה לציין כי בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בעניין **רבינאי**, חיובי המס שהוטלו על גב' רבינאי הפחיתו רבות מהתמורה החוזית שנקבעה בזיכרון הדברים, גם לאחר שיערוך התמורה.¹²⁵

לכך יש להוסיף שבעסקאות מורכבות, ובהתאם להנחיות והכוונות הצדדים, עורכי דין יכולים להוסיף לחוזה הוראות ובטוחות שיקטינו את אפשרות פגיעת כל צד מהצגה שגויה של מאפייני הנכס או הצדדים והשלכות הפרת הוראות החוזה בשלבי השונים. חוזים מורכבים יחולקו לשלבים תוך שימוש באמצעים שיגנו על הצדדים כהערת אזהרה, קיום מדורג של הוראות החוזה על ידי כל צד ובמקביל לקיום התנאים החוזיים על ידי הצד האחר, קביעת פיצויים מוסכמים והפקדת סכום כספי בנאמנות למקרה של עיכובים או הפרות מסוימות. טענת מאמר זה היא כי פרקטיקה זאת של שימוש בבעלי מקצוע, פרקטיקה שהחוק אינו מחייב, מבטאת את התמודדות הצדדים עם קשיים במתן אמון ללא ידע מתאים בנכונות מצגיו של הצד שכנגד, כמו גם במילוי הבטחותיו עובר להפעלתה של מערכת המשפט. הסתייעות וייצוג על ידי מומחים בתחום הם לכן ביטוי למהימנות ורצינות המתקשרים, נכונות לשקיפות ובחינה מקצועית של נתוני העסקה והבטחת קיומה. ככל שמדובר בחוזה בעל ערך והשלכות רבות, צדדים למשא ומתן יבקשו ליצור בסיס איתן לשיתוף פעולה, אשר לו הם עשויים להיות זקוקים במהלך קיום החוזה, ולכן הם יתמכו בצירופם של מגשרים על פערי אמון כאמור, קרי, בעלי מקצוע שיחזקו את אמון הצדדים האחד במילותיו, מצגיו וקיום הבטחותיו של הצד האחר.

אל מול האמור לעיל, יהיה מי שיתלה את קשיי הזוג רבינאי אך ורק בפערי כוח המיקוח בינם לבין חברת מן־שקד כחברה מסחרית, או בעובדה שהזוג רבינאי לא זכה לייצוג משפטי בעת עריכת זיכרון הדברים. לכאורה, נוכחות עורך דין הייתה מגינה על זכויות הזוג רבינאי בשעה שהם עמדו מול שחקן מתוחכם כחברת מן־שקד.¹²⁶ פרופ' מאוטנר מטעים בהקשר לכך שעל עורכי דין העורכים עסקאות מקרקעין הטילה הפסיקה חובות מוגברים. בחובות אלו נכללות החובה לבדוק את פרטי הרישום בלשכת רישום המקרקעין,¹²⁷ הלימות פרטים

122 ככלל, שיעור היטל ההשבחה הוא מחצית ההשבחה. ראו ס' 3 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה. על השומה בגין מס שבח מקרקעין ראו ס' 78 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה) תשכ"ג-1963, ס"ח 405.

123 זאת כיוון שמי שעורכת את שומת ההשבחה היא הוועדה המקומית. ס' 4 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה.

124 ע"א 7920/13 כרמל נ' טלמון (נבו 29.2.2016).

125 ריאיון עם עו"ד טוניק, לעיל ה"ש 18.

126 על ההבחנה בין שחקנים חוזרים לחד־פעמיים ראו Marc Galanter, *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

127 וגם במוסד רלוונטי לנסיבות כוועדה לתכנון, מחלקת ההנדסה או מנהל מקרקעי ישראל. ראו ע"א ירושלים 751/89 מוסהפור נ' שוחט פ"ד מו(4) 529 (1992); ראו גם מאוטנר ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה, לעיל ה"ש 121, עמ' 323.

אלו לחוזה המכר,¹²⁸ כמו גם התאמת מסמכי העסקה לכוונת הצדדים לעסקה המבוקשת.¹²⁹ מכך הוא מסיק שראוי הוא שהדין יחייב צדדים לערוך חוזי מקרקעין אך ורק באמצעותם של עורכי דין, וכי זיכרון הדברים שנערך קודם לכן לא ייתפס כחוזה, הגם שהם עשויים להיות מחויבים בגינו בפצויים.¹³⁰ אכן עסקאות מורכבות, ובהן עסקאות מקרקעין, נוהגים לערוך באמצעות עורך דין, שבוודאי יכול להקטין חלק ניכר מסיכוני הצדדים, וכך גם ראוי. עם זאת, זהו רק אחד הפתרונות האפשריים, והוא גם פתרון חלקי בלבד, אם בשל כך שהוא מצומצם לעסקאות מקרקעין ואם בשל כך שמסגרת עבודת עורך הדין תחומה בגבולות הנחיות הלקוח והדין.

על מורכבות השימוש בבעלי מקצוע בעסקת מקרקעין ניתן ללמוד מעניין בן מנחם נגד וייס (להלן: עניין וייס) כשחוזה למכירת מגרש נדל"ני נערך על ידי מתווכים שהתרשלו קשות בניסוחו.¹³¹ בעניין זה, גב' בשם פני וייס טענה כי היא לא הבינה את השלכותיה המשפטיות של הסכמתה לחתום על "הסכם אופציה" לניהול משא ומתן לכריתת חוזה מקרקעין,¹³² אשר הוצע על ידי מי שביקש לרכוש את המגרש, מר משה בן מנחם.¹³³ בית המשפט המחוזי קשר את הפגמים והרשלנות הרבה בניסוח פרטי ההסכם בכך שהוא נערך, בניגוד לחוק, על ידי

128 ע"א (ת"א) 2108/03 סאמרלי נ' כץ (נבו 14.2.2008). ראו גם מאוטנר ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה, שם, בעמ' 326.

129 לדירו של השופט רובינשטיין, דרישה זאת בסעיף 14(ב) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תשע"ב-2011, מחייבת במקרים מתאימים את מעורבות עורך הדין גם בשלבים מוקדמים יותר של המשא ומתן (ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ, פס' מב (נבו 4.8.2014)). ראו גם מאוטנר ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה, שם, בעמ' 324-325.

130 שם.

131 בת"א (ת"א) 42549-03-16 בן מנחם נ' וייס, פס' 2-16 (נבו 1.11.2018) (להלן: עניין וייס במחוזי), גב' בשם פני וייס פנתה לזוג מתווכים, פרץ וחיימוב, שזה האחרון הוא גם עורך דין, לשם רכישת דירה. לאחר שהתבהר כי מקור ההון לרכישת הדירה הוא חלקת מקרקעין שבבעלותה, הציע חיימוב למצוא לה רוכש למגרש ומאוחר יותר הפגיש בינה לבין רוכש פוטנציאלי, הוא משה בן מנחם. במפגש, שבו נכחו המתווכים, הזוג וייס ומר משה בן מנחם, ניסחו המתווכים הסכם אופציה שהופנה למשה, ושעליו חתמה גב' וייס, ולפיו היא מעניקה למשה אופציה לכחצי שנה לרכישת המגרש במחיר של כ-10 מיליון ₪. מאוחר יותר ביקשה גב' וייס לבטל את הסכם האופציה בטענות שונות ובהן שהובהר לה שמדובר בהצהרת כוונות בלבד שאינה מחייבת, וכי הסכם האופציה לא מומש כדין בשל כך שמי שביקש לממש הוא עו"ד שרגא בנאמנות ולא משה בן מנחם. משה בן מנחם, שדאג לרישומה של הערת אזהרה על המגרש, הגיש תביעה לאכיפת ההסכם, ואילו גב' וייס הגישה תביעה שכנגד שבה היא גם תבעה את המתווכים שניסחו את ההסכם האופציה אף על פי ש'12 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996, אוסר זאת מפורשות.

132 חשוב לציין שהסכמי אופציה כשלעצמם נושאים מורכבויות משפטיות, ולכטח אם מדובר בהסכם אופציה שמחייב לאחר מימושו את המשך ניהול המשא ומתן.

133 עניין וייס במחוזי, לעיל ה"ש 131, בפס' 22; ס' 12 לחוק המתווכים במקרקעין אוסר על מתווך לערוך מסמכים משפטיים ושולל את דמי התיווך במקרה של הפרת איסור זה; סנקציות נוספות הן תביעה נזיקית לפי סעיף 9(א) לחוק המתווכים במקרקעין; ועבירת משמעת לפי לסעיף 14א(2) לחוק המתווכים במקרקעין.

מתווכים¹³⁴ ולא על ידי בעל מקצוע מתאים, קרי, עורך דין.¹³⁵ למרות הפרת החוק על ידי המתווכים והרשלנות בניסוח ההסכם שפגעה בבהירות מאפיין יסודי לכל חוזה, והוא תמורת העסקה, בית המשפט המחוזי קבע שהסכם האופציה תקף והוביל לכן את הצדדים להמשך המשא ומתן על הפרטים החסרים.¹³⁶ בבית המשפט העליון אישר השופט שטיין את ממצאי בית המשפט המחוזי ואת מסקנותיו, אך חידר כי במידה שהצדדים לא ישלימו את כריתת החוזה במהלך המשא ומתן הם יוכלו לפנות שוב לבית המשפט להשלמת הפרטים החסרים.¹³⁷ בהסתמך על עניין רבינאי נקבע כי די בעריכת זיכרון הדברים ובתנאים הבסיסיים שמצויים בו, גם אם נדרש להשלים פרטים חסרים, כדי לחייב את הצדדים.¹³⁸

ניתן לטעון כי הבעיה המרכזית שהתעוררה בעניין וייס, שבה הועלתה כאמור על ידי הרוכש, מר בן מנחם, ההצעה לחתימה על הסכם אופציה מורכב, היא היעדר השימוש באנשי מקצוע כעורכי דין, הגם שנעשה שימוש במתווכים, בייחוד כשמדובר בהדיוטות שמצויים בעמדת נחיתות. כך לפחות במבט ראשון. יחד עם זאת, את עניין וייס כדאי לקרוא עם עניין חובב.¹³⁹ מעבר לכך שהשופטת חיות ישבה על המדוכה בשניהם, מערכת יחסי הצדדים לעסקאות המקרקעין, הן בעניין חובב והן בעניין וייס, מתאפיינת בפערים ניכרים בכוח המיקוח כשמול הדיוט ניצב שחקן חוזר ומתוחכם. עם זאת, לצד הדמיון, הפרשות שונות בכל הנוגע לייצוג בעל המקרקעין על ידי בעל מקצוע. בעניין חובב, העסקה שנכרתה פגעה קשות בצד החלש, אך בשונה מעניין וייס יוצגו שני הצדדים, בעל המקרקעין והרוכש, על ידי עורך דין.¹⁴⁰ כפי שנראה, אופן השימוש בבעלי מקצוע משפיע ישירות על יכולתם לגשר

134 בית המשפט המחוזי הבהיר כי במקום לנקוב בסכום המדויק של העסקה, המתווכים כתבו "כ-10,000,000 ₪"; פגם נוסף בהצגת המחיר נבע מכך שלא היה ברור מההסכם באם תמורת העסקה כוללת מע"מ; לכך יש להוסיף את אי הבהירות של תקופת מימוש הזכות שצוינה בהסכם, "כ-6 חודשים", שאף לא הלמה את התאריך המדויק שנקבע באותו הסכם למימוש. אם בכך לא די, ההתייחסות בהסכם להיטל ההשבחה לא תאמה את כוונות הצדדים, ולכן הסכימו הצדדים לתקנה לאחר מכן. בית המשפט המחוזי קבע בהתייחסו להסכם האופציה שהניסוח היה מרושל ולכן ממחיש "עד כמה צדק המחוקק באסרו על המתווכים, שאין זה עיסוקם, לנסח או לסייע בניסוח מסמכים משפטיים". עניין וייס במחוזי, לעיל ה"ש 131, בפס' 40.

135 שם.

136 שם.

137 יש לעניין זה להבהיר כי אף אחד מהצדדים לא ראה את הסכם האופציה כעסקת מקרקעין גמורה, ובהתאם להחלטת בית המשפט המחוזי בעקבות הסכם זה "הצדדים היו אמורים לנהל משא ומתן לשם גיבוש חוזה מפורט... כאשר חוזה זה יכיל בתוכו את התנאים שכבר הוסכמו... ואת יתר התנאים שיוסכמו...". שם, בפס' 26.

138 עניין וייס בעליון, לעיל ה"ש 1, בפס' 26 לפסק הדין של השופט שטיין.

139 לעיל ה"ש 34.

140 יש לציין כי מדובר בעורך דין אחד שייצג את שני הצדדים, הגם שקודם לכן הוא ייצג את רוכש המקרקעין בעסקאות אחרות. שם, בפס' 3.

על פערי אמון, ואם חוזה פורמלי נערך ללא בדיקות או שימוש בבטוחות, הצדדים ייכרכו בהליכים הרורשים את ביטולו של החוזה שנים רבות לאחר פטירתו של מר חובב.¹⁴¹ פרשות וייס וחובב, כאמור, קרובות ומלמדות זו על זו. למר חובב, חולה סרטן, שהתגורר דרך קבע בארה"ב ונותרו לו חודשים ספורים לחיות,¹⁴² הייתה חלקת מקרקעין, כדונם במושע ששטחה הכולל הינו כ-8 דונמים,¹⁴³ בתחום המועצה המקומית גני תקווה. משה בן מנחם, שגר ביישוב גני תקווה והשקיע רבות ברכישת חלקת מקרקעין באזור מגוריו, עד כדי כך שרכש 5 דונמים מהם,¹⁴⁴ ביקש לרכוש גם את חלקתו של מר חובב.¹⁴⁵ לשם כך הוא בדק בלשכת המקרקעין את פרטי החלקה הנדונה ופנה לאחותו של מר חובב, שחיה בארץ, במטרה ליצור עימו קשר.¹⁴⁶ כשמר חובב הגיע לביקור בארץ הם נפגשו, או אז לקח אותו מר בן מנחם לאותה חלקת מקרקעין וציין בפניו, בין יתר הדברים, שהוא מעוניין לרכוש חלקה חקלאית למטרת השקעה לטווח ארוך. מר חובב, מצידו, סיפר לו על מחלתו הסופנית. כשעה מאז שהם נפגשו חתמו הצדדים על זיכרון דברים למכירת החלקה בעבור 2,000 דולר, כשבן מנחם לוקח על עצמו אחריות לכל החובות והמיסים שחלים על המגרש. באותו מעמד גם קיבל מר חובב סך של 300 דולר ונקבע שהיתרה תשולם יממה לאחר מכן, בשלב החתימה על ההסכם בנוכחות עורך דין. למחרת היום, במשרדו של עורך דין, שייצג בעסקה זאת את שניהם, והתשלום בעבור עמלו הופחת מתמורת המכירה,¹⁴⁷ חתמו הצדדים על חוזה מכר ומר חובב קיבל במזומן 1,700 דולר.

- 141 בע"א 821/03 **בן מנחם נ' חובב** (נבו 20.1.2004), מצוין שנחתם הסכם מכר ביום 9.5.96, ביום 18.8.96 נקט בעל המקרקעין, מר חובב, הליכים משפטיים לביטול החוזה, ביום 11.12.02 ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי. ביום 20.01.04 פסק בית המשפט העליון על דרך הפשרה, בהתאם לסעיף 79 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, כי מר משה בן מנחם יוסיף \$46,300 לסכום ששילם בעבור רכישת המקרקעין, שהוא \$2,000, בנוסף לנשיאה בחיובי הקרקע והמס. נקבע שסכום זה יומר לשקלים ויישא הפרשי הצמדה וריבית מיום כריתת החוזה, קרי, 9.5.96.
- 142 מר חובב נפטר כארבעה חודשים לאחר כריתת החוזה. עניין חובב, לעיל ה"ש 34, בפס' 8.
- 143 מושע היא בעלות משותפת בחלק בלתי מסוים בקרקע. ראו ע"פ 2333/07 **תענן נ' מדינת ישראל**, פס' 74 (נבו 12.7.2010).
- 144 עניין **חובב**, לעיל ה"ש 34.
- 145 בתצהירו של מר חובב (המנוח) נטען כי מר בן מנחם היה מודע היטב לפוטנציאל הגלום בקרקע הנדונה ואף נכח בישיבות מועצת גני תקווה בקשר לאפשרויות הבנייה בגוש. שם, בפס' 13.
- 146 בתצהירו מר בן מנחם מבהיר כי החל לחפש קרקע להשקעה באזור שהחלקה של חובב ממוקמת בו וזאת בשל היותו בעלים של מקרקעין באזור. לאחר בדיקה בלשכת מרשם המקרקעין יצר מר בן מנחם קשר עם אחותו של חובב ובאמצעותה נפגש עימו כשהגיע לארץ, ומיד המשיך איתו בנסיעה אל החלקה. עניין **חובב**, לעיל ה"ש 34, בס' 53.
- 147 עורך הדין יעקב חנגל ייצג קודם לכן את מר משה בן מנחם בעסקאות נדל"ן קודמות שהוא ביצע באזור. בחקירתו בבית המשפט הוא ציין שהיו לו עסקאות נדל"ן נוספות עם מר בן מנחם. עניין **חובב**, בסוף פס' 8.

לימים התברר כי הקרקע הנדונה עמדה בפני תהליכי פיתוח משמעותיים אשר מר בן מנחם ידע עליהם היטב.¹⁴⁸ נודע גם ששווי המקרקעין הושפע מהליכים אלו, ובחוות דעת שמאית התובעים, יורשיו של מר חובב, שנפטר חודשים ספורים לאחר מכן, נקבע ששווי המקרקעין במועד כריתת החוזה עמד על 170,000 דולר.¹⁴⁹ בתארה את פערי הצדדים בשלב כריתת החוזה ציינה השופטת חיות שמר חובב, בשל מצבו הבריאותי ומקום מגוריו, היה בעמדת נחיתות ברורה אל מול הרוכש שביצע עסקאות רבות באותו אזור. זה האחרון, לשיטתה, רכש לעצמו יתרון עצום על פניו.¹⁵⁰ עם זאת, ולמרות תנאי העסקה הגרועים, לא מצאה השופטת חיות פגם בכך שעורך הדין לא מנע ממר חובב להיכנס לעסקה רעה במיוחד. היא אף קיבלה את עמדת עורך הדין שלפיה הוא אינו שמאי מקרקעין, הוא לא התבקש לבצע הערכות על שווי הנכס ותפקידו הסתכם בעריכת ההסכם בהתאם לתנאים המסחריים שקבעו הצדדים.¹⁵¹ השופטת חיות המשיכה וחיידרה שככלל חובות עורכי הדין אינן כוללות חקירות או בדיקות שהצדדים לא ביקשו מהם לבצע.¹⁵² הגם שהשופטת חיות לא מצאה פגם בדרך ייצוג הצדדים על ידי עורך הדין, היא מצאה פגמים רבים בהתנהלותו של מר בן מנחם בשלב המשא ומתן ובהליכי המשפט, ולכן קבעה כי העסקה בטלה בשל פגם בכריתתה.¹⁵³ להעסקת עורכי דין עליוות ניכרות, פעולותיהם תחומות במסגרת הנחיות מעסיקה, ואם הם לא התבקשו לעשות כן הם לא יבדקו את מצגי הצדדים או אף ישללו כליל את השלכותיהן המשפטיות של ההסכמות שאליהן הגיעו הצדדים שלא בנוכחותם, ובהן זיכרון

148 השופטת חיות מתארת בפסק דינה כי הציפייה לעליית ערך המקרקעין באה לידי ביטוי מוחשי במכתב ששלח ראש המועצה המקומית דאז, אשר נמצא בידיו של מר משה בן מנחם, אל בעלי הנכסים בגוש 6717, ביום 28.6.95, כשנה לפני כריתת החוזה עם מר חובב. במכתב זה ראש המועצה מציין כי המועצה החליטה להכין תוכנית שתאפשר שינויים ביעוד הקרקע, וכי הוא מקווה שהתוכניות תאושרנה בקרוב. עניין חובב, בפס' 13-14.

149 שם, בפס' 16.

150 השופטת חיות מבהירה כי מר חובב היה בעמדת נחיתות הן בנוגע למידע והנתונים שהיו בידיו מר בן מנחם והן בשל מצבו הבריאותי. אלו, היא הסבירה, העניקו יתרון עצום למר בן מנחם. שם, בפס' 9 ו-11.

151 השופטת חיות קיבלה את גישתו של עורך הדין כי הוא ערך את ההסכם בהתאם לתנאים שהצדדים סיכמו ביניהם וכי הוא אינו שמאי מקרקעין, וגם לא נתבקש למסור ולא מסר למר חובב הערכות כלשהן הנוגעות לשווי המקרקעין. שם, בפס' 18.

152 השופטת חיות מחדדת כי בחובות המוטלות על עורך הדין לא נכללת חובה לבדוק או לאסוף נתונים מיוזמתו. הוא גם אינו חייב לבחון אם התמורה שהצדדים קבעו הוגנת. שם.

153 קרי, שאי גילוי העובדות הידועות לרוכש, והן קיומם של שלבי תכנון מתקדמים בנוגע למגרש הרלוונטי, עלה לכדי הטעיה. השופטת חיות הבהירה כי גרסתו של מר בן מנחם, אשר לפיה הוא סבר שמדובר בקרקע חקלאית ששווייה נמוך, אינה משכנעת, וכי היא סבורה שנתפרה לאחר מעשה כדי להצדיק, וזאת ללא הצלחה, את הפער העצום שבין שווי הקרקע לתמורת העסקה. לכן היא קבעה כי דבריו אינם מהימנים עליה. שם, בפס' 17.

הדברים.¹⁵⁴ ראוי לכן גם לחשוב על פתרון שיכלול את הנגשת הדין להדיוטות.¹⁵⁵ לכך יש להוסיף שגם בהליכים המשפטיים, שבהם זכו בני הזוג רבינאי לייצוג משפטי, לא נחשפה התמונה המלאה הנוגעת לחברת מן-שקד או אף ההיבטים התכנוניים והמיסויים של חלקת המקרקעין. כאמור, העסקת עורכי דין איכותיים שגם ידאגו לכל הבדיקות הנדרשות כרוכה בעלויות נכבדות שבהן לא רבים יכולים לעמוד, ולכן הותרת השימוש בבעלי המקצוע כפתרון בודד עשויה להיטיב דווקא עם בעלי הממון ולהחליש את אלו שחשופים יותר לסיכונים שכניסה למסגרת חוזית יוצרת. מעבר לכך, הפסיקה עשירה במקרים שבהם צדדים נכנסו לעסקת מקרקעין רעה במיוחד אף על פי שהעסקה נערכה על ידי עורך דין.¹⁵⁶

כפי שפרופ' מאוטנר מציין, אי השלמת משא ומתן שהגיע לשלב מתקדם, כזה שעבר את "נקודת האל-חזור", לאחר ניסוח זיכרון הדברים ובהיעדר צידוק מספיק, עשויה להוביל לסנקציה כלכלית משמעותית והיא פיצויי קיום, קרי, הרווח החוזי שניתן היה להפיק לו היה החוזה נכרת.¹⁵⁷ יש להבהיר כי סנקציה זאת לעיתים תהיה חמורה אף יותר מהכרה בתוקפו החוזי של זיכרון הדברים.¹⁵⁸ מאמר זה, לעומת זאת, אינו מעמיד דרישה חיצונית, כחיוב השימוש בעורכי דין, ובמקום זאת הוא מבקש להציע תת-מבחן לדרישת גמירת הדעת, אשר מבוסס על תכליות המשא ומתן ועשוי לבאר, בנסיבות מתאימות, את צדקת הפסקתו גם בשלבו המתקדמים. בהתאם לפתרון זה, משבר אמון יכול להיווצר גם בשלב מתקדם ודי בכך כדי שצדדים לא יאלצו להמשיך לכריתת חוזה, זאת מבלי שיראו בזיכרון הדברים חוזה מחייב או שיחייבו אותם בפיצויים בגין הפסקת המשא ומתן בשלבו המתקדמים. בהתאם

154 לשיטתו של פרופ' מאוטנר, זיכרון הדברים לא יחייב את הצדדים, אך במידה שמדובר בשלב מתקדם בחוזה שבו עברו הצדדים את נקודת האל-חזור יהיה על הצדדים להמשיך לכריתת חוזה, וניתן יהיה לתבוע מהם פיצויים ואף פיצויי קיום אם הם לא יעשו כן. מאוטנר "החוזה המקצועי" לעיל ה"ש 121, בעמ' 328.

155 דוגמה לכך יכולה לכלול את פישוט והגדלת השקיפות של השלכות היבטי המס והליכי התכנון, גם בשלביהם המוקדמים, על עסקאות מקרקעין. באשר למורכבות כללי המס ראו יעקב נוסים "דיני מסים בישראל: הלכה לפני מעשה (עיונים בתיאוריה של דיני מסים בעקבות ספרו של יוסף ארדעי)" משפט וממשל יד 313, 366-370 (2012). על חשיבות הנגשת המשפט באמצעות עקרונות מעצבים ובהם פישוט תוכני ושפתי, מידע קליט, אינטואיטיביות ומזעור גורמי סיכון ראו גם שגית מור "משפט נגיש לכל: הזכות לנגישות ונגישות למשפט – ביקורת מוגבלות" חוקים ח 15 (2016).

156 למשל ע"א 9019/99 קינסטילינגר נ' אליה, פ"ד נה (3) 542, פס' 4 (2001) (נמכרה קרקע בהנחה שהיא קרקע חקלאית בהפסד ניכר, זאת באמצעות עורך דין. לא המוכרת ולא בית המשפט תלו את הפגם בעסקה בהתנהלות עורך הדין); ועניין טלמון, לעיל ה"ש 124 (נכרת חוזה הפסד שבו הוטלו על מי שמכר זכויות קניין גטלי מס שעלו על התמורה החוזית, וזאת באמצעות עורך דין. גם בפסק דין זה לא המוכר ולא בית המשפט מצאו פגם בהתנהלות עורך הדין).

157 מאוטנר "החוזה המקצועי" לעיל ה"ש 121, עמ' 328.

158 כך, אם בית המשפט בעניין רבינאי היה קובע שגב' רבינאי נדרשת לשלם פיצויי קיום בשל הפרת חובת תום הלב במשא ומתן, כי אז, ככל שאין לה כספים מספיקים לכך, היא הייתה נאלצת למכור את חלקת המקרקעין במהירות, וייתכן שגם בהפסד ניכר, או לשאת בעלויות הליכי ההוצאה לפועל של פסק הדין.

לנטען במאמר זה, ניתן לומר "לא" בכל שלב, גם בשלב מתקדם, אם לא מאמינים לצד הנגדי.¹⁵⁹ נובע מכך שגב' רבינאי פעלה כדין. היא לא גמרה בדעתה לכרות חוזה, ולמרבח הפלא עיון מעמיק במסמכי ההתאגדות של חברת מן-שקד מבהיר ששני הצדדים לא גמרו בדעתם לכרות חוזה. בהתנהלות הצדדים ניתן היה למצוא סממנים חיצוניים רבים שהעידו על אפשרות קיומו של משבר אמון ואף חריגה מסמכות, ודי היה בהם כדי להביא לסיום התביעה בשלביה המוקדמים ומבלי שבני הזוג רבינאי, בגילם המתקדם, ייגררו להליכים משפטיים יקרים וארוכים.¹⁶⁰

לאדם מותר לשגות ולכרות חוזה שיוביל אותו להפסדים, גם ממשיים, וככלל דיני החוזים אינם מגינים על אנשים מפני עצמם. עם זאת, באמצעות בחינת גמירת הדעת יכולים דיני החוזים להכיר בחשיבות המשא ומתן להגנה על זכויות הצדדים, ובייחוד אלו ההדיוטות, מפני טעויות קשות. מבחני כריתת החוזה הם מבחנים שמבוססים על הביטוי החיצוני של התנהלות הצדדים. במקרה זה, היעדר השימוש במגשרים על פערי אמון בנסיבות שבהן אין לצדדים היכרות מוקדמת או מעמיקה, צריכה הייתה להוביל להעצמת הצורך בסממנים מקובלים לגמירת דעת כחתימת שני הצדדים,¹⁶¹ כמו גם להיצמדות לקביעת הצדדים שחוזה ייערך שבוע לאחר מכן.¹⁶² באותו שבוע, עד לכריתת החוזה, ניתנה לגב' רבינאי האפשרות להתייעץ עם עורכי דין ובעלי מקצוע רלוונטיים, ואם היא הייתה מגיעה למסקנה שהוצגו בפניה מצגים מטעים או שלא נחשף בפניה מידע רלוונטי, מה שייתכן שקרה באותם שלושה ימים שהובילו להחלטתה שלא להמשיך לכריתת חוזה, היא רשאית הייתה להפסיק את המשא ומתן. כשכית המשפט הקדים את מועד כריתת החוזה לשלב גמירת הדעת, הוא מנע מגב' רבינאי לעשות שימוש ראוי בשבוע שניתן לה עובר לעריכתו של חוזה. לכך יש גם השלכות חלוקתיות. אומנם דיני החוזים אינם מבקשים ככלל לבדוק את פערי כוח המיקוח של הצדדים, עם זאת, כשכריתת החוזה אינה ברורה ובית המשפט מבקש לברר קיומה של דרישת גמירת הדעת על בסיס התנהלות הצדדים, להיעדרו של ייצוג ראוי שתהיה השפעה מהותית על החלטתו. ודוק, אדם סביר יכול לראות בקביעתו של הדיוט כגב' רבינאי, שאינו מיוצג וניצב בביתו מול שחקן מתוחכם, שחוזה ייערך שבוע לאחר מכן,¹⁶³ כקביעה שהשקיסה את ספקותיה של רבינאי ושבהעדרה היא לא הייתה חותמת על זיכרון הדברים.

159 ניתן ליישב זאת עם עמדת פרופ' מאוטר ב"החוזה המקצועי" לעיל ה"ש 121, אם יראו במשבר האמון הצדקה ראויה להפסקת המשא ומתן. עם זאת, בהתאם לטענת מאמר זה, הבנת צורך הצדדים לבחון את אמינות הצד הנגדי עובר לכריתת חוזה והכללת מבחן האמון בדרישת גמירת הדעת מעמידים משוכה בפני מי שטוען לכריתתו של חוזה בהיעדרו של חוזה פורמלי.

160 ההליכים המשפטיים נמשכו מעל לשבע שנים ובמהלכם נאלצה גב' רבינאי להתמודד גם עם מותו של בן זוגה.

161 על חשיבות חתימת שני הצדדים להוכחת גמירת דעתם ראו עניין אברמוב, לעיל ה"ש 64.

162 כאמור, בעניין רבינאי לשון נוסחת הקשר הייתה ברורה אך בחינת התנהלות הצדדים על ידי בית המשפט הובילה לפרשנות שלא התיישבה עם לשון זאת. בהתאם לכך נקבע כי גם אם נוסחת הקשר מבהירה שיש צורך בחוזה פורמלי ניתן לראות בזיכרון הדברים חוזה מחייב אם כוונת הצדדים להיקשר בקשר חוזי הייתה ברורה. עניין רבינאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 287.

163 באשר לנוסחת הקשר, בעניין רבינאי נקבע כי "החוזה בין הצדדים יערך ביום חמישי 28.1.72". שם, בעמ' 283.

3. התנהלות הצדדים במהלך המשא ומתן

במשא ומתן הצדדים משלימים שתי מטרות שלובות. המטרה הגלויה של שלב המשא ומתן היא הגעה למפגש רצונות בנוגע לתנאי העסקה ובהם מסגרת הזמן שלה, היקף תחולתה, שלבי הביצוע שלה, חלוקת נטלי העסקה בין הצדדים כמו גם חלוקת הזכויות על פיה. לכוח המיקוח של כל צד למשא ומתן השפעה ישירה על יכולתו להתמקח ולקדם את התנאים המועדפים עליו בהסדרת העסקה המוסכמת. ככל שהגדרת יסודות ההסכמה תהיה ברורה, מפורטת ומדויקת כך יקטן הסיכון למחלוקות בנוגע לקיום תנאי העסקה שעשויות גם להוביל להתדיינות משפטיות ממושכות ויקרות על פירוש תנאי החוזה. לכאורה, די בהסדרה מפורטת זאת של עיקרי החוזה והסכמת כל צד לתנאי העסקה, ובהם חלוקת הסיכונים והסיכונים, כדי להביא לכריתת חוזה. עם זאת, למטרה גלויה זאת מצטרפת מטרה שבמקרים רבים מוגשמת מאחורי הקלעים, והיא בחינת אמינותו של הצד הנגדי וכפועל יוצא מכך נכונות מצגיו, מילותיו והבטחותיו.

אבני הבניין שמקימים את יסודות ההסכמה החוזית ומחלקים את נטלי החוזה וסיכוייו הן מילות החוזה. עם זאת, מילים ברורות, מדויקות ומתאימות ככל שתהיינה נשענות בהכרח על שכמם של אנשים, יכולותיהם הכלכליות, ניסיונם, איכות עבודתם בעבר ובהווה, וכמצע שעליו עומדים כל אלו אמינותם. ככל שהעסקה משמעותית יותר, ככל שהיא דורשת מקצועיות גבוהה ומטילה על הצדדים סיכונים רבים יותר, כך הסכמת הצדדים על יסודות העסקה חייבת להישען על מידה ניכרת של אמון שהצדדים נותנים זה בזה. השלב העיקרי שבו הצדדים יכולים לגבש דעה זה על זה ולתת אמון זה בזה הוא שלב המשא ומתן. בשלב זה צדדים מעלים שאלות ותהיות, כל צד על מאפייני הצד האחר וכישוריו, עושים שימוש בסקרי שוק, פונים לגורמים קודמים שהעסיקו או מכירים את פועלו של הצד הנגדי, ולעיתים גם מבקשים חוות דעת או המלצות שמתייחסות לכישוריו ולניסיונו של הצד האחר.

בעסקאות משמעותיות, ככל שהליך המשא ומתן ארוך ויסודי יותר; ככל שיש בו בחינה רצינית ויסודית של תנאי החוזה, ככל שהצדדים מתנהלים בו בשקיפות הנדרשת להכרת כל צד את המאפיינים הרלוונטיים לעסקה של המתקשר הנגדי, כישוריהם וניסיון העבר שלהם; ככל שהצדדים עושים שימוש בבעלי מקצוע שעשויים לגשר על פערי אמון באמצעות בחינה מקצועית ואובייקטיבית של מצגי הצדדים ונתוני העסקה עצמה, כי אז תתחזק הטענה שבין הצדדים החל להיווצר אמון לצורך התגבשות גמירת הדעת לכריתתו של חוזה. לעומת זאת, ככל שנעשה שימוש בדפוסי התנהגות נצלניים, שמשתכללים עם הזמן ושזורים פעמים רבות בהפעלת לחצים חברתיים ותרבותיים על הדיוטות; ככל שהעסקה מורכבת אך המשא ומתן קצר, מספר המפגשים בין הצדדים מועט, והצדדים לא חשפו בו את זהותם המלאה, מאפייניהם, כישוריהם וניסיון העבר שלהם, כי אז לא עמד מי שתובע הכרה בכריתת חוזה, בהיעדרו של חוזה פורמלי, במבחן האמון כתת-קטגוריה של דרישת גמירת הדעת.¹⁶⁴

164 בהתייחס לעסקה ברוכלות נכתב כי טיבן של עסקאות רוכלות מעלה את החשש שהלחץ השיווקי יפגע בגמירות דעתו המלאה של הלקוח ומבלי שיוכל לעמוד על טיבו של המוצר שרכש. דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 47) (ביטול עסקה ברוכלות ועסקת מכר מרחוק על ידי צרכן שהוא אדם עם מוגבלות, אורח ותיק או עולה חדש), התשע"ו-2016, ה"ח הכנסת 108 (להלן: דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן).

בעניין רבינאי הכיר בית המשפט בחשיבות בחינת התנהגות הצדדים לצורך הבנת כוונתם בעריכת זיכרון דברים, ולכן קבע שיש לבחון את התנהלות הצדדים לפני, במהלך עריכת המסמך ולאחריו,¹⁶⁵ כל זאת מזווית ראייתו של האדם הסביר.¹⁶⁶ בית המשפט אינו מציין במה מהתנהגות הצדדים יש להתמקד יותר ומהו המשקל שיש להעניק לכל רכיב בהתנהלות זאת. עם זאת, הוא מקבל את החלטת בית המשפט המחוזי שגב' רבינאי ראתה את זיכרון הדברים כחווה עצמו בהסתמך על שלושה, והם מהימנות מר אלבויים בעדותו לעומת עדותה של רבינאי, חתימת גב' רבינאי על זיכרון הדברים וקבלת דמי הקדימה. בית המשפט לא בחן כלל את השלכות החלטת אלבויים שלא לחתום על זיכרון הדברים או אף לכלול בו את שמו; הוספת החתימה המאוחרת של מר איתמרי וחתימת החברה לאחר שגב' רבינאי הודיעה על חוסר רצונה להמשיך לכריתת חווה; בית המשפט גם לא התייחס לכך שזיכרון הדברים נערך בביתו של זוג קשיש שאינו בקיא בעסקאות מורכבות מסוג זה ואל מול צד מתוחכם, היא חברת הבנייה.

באשר לגורמים שאותם בית המשפט בחן, הרי שקבלת דמי הקדימה יוצרת את הרושם שהצדדים מצויים כבר בשלב הביצוע החוזי ולכן מבססת את ההנחה שהצדדים רואים עצמם בקשר חוזי. עם זאת, ניתן לראות בתשלום דמי קדימה דווקא ניסיון מצד הרוכש לשכנע את הצד הנגדי ברצינותו, ובפסקי דין רבים לא ייחסו לכך חשיבות מכרעת ואף הוחלט שלא נכרת חווה למרות קבלת דמי קדימה.¹⁶⁷ לכך יש להוסיף כי בפרספקטיבה שבוודקת האם נוצר אמון בפועל בין הצדדים, מנקודות ספורדיות אלו של דמי קדימה וחתימה עשויה לנבוע מסקנה שונה. כך נדרש לשאול מדוע מי שהיה נוכח, ואף טען להרשאה מלאה לכריתת חווה, לא הוסיף את חתימתו לזיכרון הדברים ואף לא כלל בו את שמו. יש גם לשאול האם כיוון שמדובר בזוג קשיש ולא מיוצג שנמצא בביתו, קבלת דמי הקדימה יכולים היו לנבוע מלחצים חברתיים-פסיכולוגיים של מר אלבויים, שגם הובילו לחתימתה. בנוסף לכך, בזיכרון הדברים נקבע כי תשלום דמי הקדימה של גב' רבינאי ניתן "על חשבון הבניה". עם זאת, בהתאם לעסקה שנרקמה מכרה גב' רבינאי את נכס המקרקעין שלה לחברת מן-שקד ללא כל התחייבות מצידה של חברת מן-שקד לבנייה. יש לציין כי בעסקאות מכר מקרקעין מסוג זה ככלל רוכש נכס המקרקעין אינו מוגבל באופן השימוש בנכס שרכש ולכן גם אינו מחויב לבנות בו.¹⁶⁸ יש לכן לתהות האם הסיכומים בעל פה כללו גם התחייבויות שלא נכללו בזיכרון

165 בחינה זאת של כוונת הצדדים תכלול את התנהלותם לאחר עריכת זיכרון הדברים, ככל שיש בה להעיד על התגבשות גמירת הדעת בשלב כריתת החווה. נקבע לכן כי על גמירת הדעת ניתן ללמוד גם ממעשים שנעשו לפני המועד הנטען לכריתת חווה, אך גם לאחריו. ראו ע"א 4933/17 גרין נ' פרידמן, פס' 41 (נבו 11.10.2020).

166 בעניין רבינאי, לעיל ה"ש 3, בפס' 6, נקבע כי כוונת הצדדים, כמבחן ראשון לבחינת תוקפו המשפטי של זיכרון דברים, נבחנת באמות המידה של האדם הסביר ועל בסיס התנהגות הצדדים לפני, במהלך ולאחר עריכת זיכרון הדברים, כמו גם מתוכנו.

167 ראו ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ, פ"ד כח(2) 291 (1974); עניין זוננשטיין, לעיל ה"ש 62; עניין אברמוב, לעיל ה"ש 64; עניין בידרמן, לעיל ה"ש 114.

168 עסקאות מקרקעין טיפוסיות שבהן מוטלת על רוכש זכויות מקרקעין התחייבות לבנייה כחלק אינטגרלי של עסקת המקרקעין הן עסקאות קומבינציה שבהן נמכר מקרקעין, באופן מלא או חלקי, תמורת שירותי בנייה או אחוז מסוים בדירות שייבנו. עניין רבינאי, לעיל ה"ש 3, עסק

הדברים. חוסר בהירות זה צריך היה בנסיבות אלו, שבהן צד לא מתוחכם ולא מיוצג חותם על זיכרון דברים מול שחקן חוזר שבונה עשרות בתים משותפים אך בוחר שלא לחתום, להעלות ספקות רבים בנוגע להתגבשותו של אמון בין הצדדים, ובעיקר להתנהלות שמעלה חשש לחוסר אמינות מצידה של חברת מן-שקד.

מעבר לכך, ראוי היה להעניק משקל לאופן שבו התקיים המשא ומתן בין הצדדים, העובדה שמדובר בפגישה בודדת, חשיבות העסקה, הפערים המשמעותיים בין הצדדים כמו גם הבחירה להוסיף חתימה מאוחרת של מר איתמרי לצד חותמת החברה על זיכרון דברים שנערך בתאריך מוקדם. התנהלות הצדדים במהלכו של המשא ומתן והשפעתה על יכולתם של הצדדים להאמין זה לזה ראוי היה שתיכלל בבחינת יסוד גמירת הדעת. ודוק, אין מדובר בבחינה של תהליכים סובייקטיביים שמתרחשים בליבו של אדם או במבחן אחיד לכל סוגי החוזים. גמירת הדעת היא כוונה סובייקטיבית-פסיכולוגית להתקשר בקשר חוזי מחייב עם צד מסוים. עם זאת, דרישה זאת נבחנת באבן הבוחן של האדם הסביר, על בסיס הסממנים החיצוניים של התנהגות הצדדים, ביטויים שיש בהם להשליך על אינטרס ההסתמכות של הצדדים.¹⁶⁹ חתימה מאוחרת, אי הצגתו של ייפוי כוח מטעם החברה בשלב המשא ומתן, החלטה שלא לחתום על זיכרון הדברים, העובדה שבני הזוג רבינאי לא היו מיוצגים מול שחקן מתוחכם, כמו גם תשלום דמי קדימה "על חשבון הבניה" בעסקה שאינה עוסקת בבנייה – כל אלו הם סממנים חיצוניים שניתן וראוי היה לבחון במסגרת דרישת גמירת הדעת וכבסיס לביסוסו או היעדרו של אמון בפועל בין הצדדים.

לכך יש להוסיף את הלחץ המופעל על אדם, בייחוד מי שאינו בקיא בתחומי העסקה הנרקמת, כשנציג השחקן החוזר המתוחכם, במקרה זה חברת הבנייה מן-שקד, מגיע לביתו. בתיקון מס' 47 לחוק הגנת הצרכן נוספה זכות הביטול של צרכן בעסקת רוכלות,¹⁷⁰ עסקה שנכרתת ביוזמת העוסק אך לא בבית עסקו, אשר לרוב נכרתת בבית הצרכן. הדין הישראלי מכיר בלחץ שמופעל על צרכן, כשמגיעים לביתו, בשלב שבו הוא לא חשב מספיק על העסקה,¹⁷¹ כמו גם האופן שבו ניתן לעשות שימוש בתרבות הכנסת האורחים ובתחושת המשפחתיות

לעומת זאת בעסקת מכר מלאה שבה מוכר המקרקעין, היא גב' רבינאי, נותר עם תמורת העסקה וללא כל זכויות קניין במה שייבנה על הנכס. לא ברור לכן מדוע על גב' רבינאי לקבל דמי קדימה "על חשבון הבניה". להרחבה על עסקאות קומבינציה ראו אבי וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד, פרק טו (מהדורה שנייה 2020).

169 בעניין בוטקובסקי, לעיל ה"ש 61, בפס' 12, בית המשפט קובע כי הגם שגמירת הדעת היא תהליך פנימי סובייקטיבי, בחינתה נעשית באמות מידה אובייקטיביות, אבן הבוחן של האדם הסביר, ועל בסיס ביטויים חיצוניים וגלויים, כמו דברים שנאמרו או נכתבו והנסיבות שאפפו אותם.

170 ס' 8 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, מגדיר רוכלות כ"הצעת עסקה לצרכן מאת עוסק, או מי מטעמו, שבא שלא לפי הזמנה למקום מגוריו, שירותו הצבאי, עבודתו, לימודיו או לקרבתם, וכן לכל מקום שאינו בית עסק של העוסק או של מי מטעמו (להלן – מקום הצרכן), או פניה יזומה של עוסק לצרכן בכל דרך שהיא, שבעקבותיה הגיע העוסק, או מי מטעמו, למקום הצרכן כדי לקשור עסקה". ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן; ס' 8 ו-14 לחוק הגנת הצרכן; תקנות הגנת הצרכן (עריכת חוזה בכתב ופרטים שרוכל חייב למסור לצרכן), התשס"ח-2008.

171 ראו שמואל בכר וטל ז'רסקי "זכות הביטול בעסקות צרכניות: רגישות מוצדקת או נצחון פירוס?" עיוני משפט לב 127, 138-140 (2010).

שקיימת בביתו של אדם, כדי להוריד את מגננותיו ולהובילו להחלטות נמהרות מבלי שבדק את אמיתות מצגי העוסק והמידע שנמסר לידיו.¹⁷² לענייננו, והגם שסעיפים אלו לא חלו על גב' רבינאי, בחינת נסיבות אלו אמורה הייתה להיכלל בניתוח דרישת גמירת הדעת כחלק מניתוח התנהלות הצדדים, מאמת המידה של האדם הסביר, לצד תוכן זיכרון הדברים ונוסחת הקשר. בחינה זאת ראוי שתעשה שימוש בפרספקטיבה שרואה בבניית אמון בפועל בין צדדים מסוימים חלק מהותי מגמירת הדעת של הצדדים ולכן רואה בדפוסי התנהגות נצלניים, שמונעים מהצדדים לעסוק בחינה מעמיקה של נתוני העסקה, כמו גם בהיעדר מהימנות הצדדים עצמם, כשיקולים לשלילת גמירת הדעת של הצדדים.¹⁷³

ייתכן כי בהתבסס על בחינת זהות הצדדים או אופן התנהלותם במשא ומתן ניתן יהיה להביא לביטולו של חוזה בשל פגמים שנפלו בכריתתו, כהטעיה או עושק.¹⁷⁴ עם זאת, לצדדים למשא ומתן הזכות לכרות חוזה כמו גם הזכות שלא להיכנס לקשר חוזי מחייב. בחינת האמון, המוצגת לעיל, מעמידה משוכה בפני מי שטוען לכריתת החוזה, בהיעדרו של חוזה פורמלי, במצבים שבהם ישנם סממנים חיצוניים להיעדר אמינותו. משוכה זאת עשויה להגן על מי שלא ביקש לכרות חוזה מהליכים משפטיים ארוכים. לעומת זאת, הנטל להוכחת קיומם של יסודות עילת ההטעיה או העושק,¹⁷⁵ ובהם מצב העשוק,¹⁷⁶ משית עלויות ניכרות על מי שמבקש להתגונן ולטוען לפגם בחוזה שנכרת, וזאת אף ביתר שאת אם מדובר בהדיוט שלא תיעד את אופן התנהלות הצדדים. לכן, מטרת מבחן האמון המוצג לעיל היא למנוע כניסה

172 דפוסי התנהגות נצלנית זאת משפיעים במיוחד על האוכלוסייה הקשישה. מיכל סגל ושגית מור "ניצול צרכנים והגנה על זכויות הצרכן של אנשים זקנים בישראל" ביטחון סוציאלי 109, 88-94-95 (2020).

173 יש להבהיר שהסעיפים האמורים חלים במצבים שבהם ברור הוא שנכרת חוזה. עם זאת הפסול בהתנהלות נציגי העוסק בסעיפים אלו ראוי שגם ישפיע על בחינת גמירת הדעת במקרים שבהם שאלת כריתתו של חוזה מצויה במחלוקת. מאמר זה טוען שבאמצעות מבחן האמון בדרישת גמירת הדעת, יש לתת את הדעת גם על התנהלות פסולה זאת.

174 התמקדות מבחן האמון המוצע במאפיינים הקונקרטיים של המשא ומתן, כאופן הצגת זהות הצדדים, שימוש בגורמים מאמתים ואופן התנהלותם, מעניקה סממנים קונקרטיים סובייקטיביים למבחן האובייקטיבי לכריתת חוזה. בכך בחינה זאת מקרבת אף יותר בין שאלת כריתת החוזה, שמצויה בפרק א לחוק החוזים (חלק כללי), לשאלת קיומו של פגם בכריתת החוזה, שבה עוסק פרק ב לחוק החוזים (חלק כללי). לעניין זה, הבהירו המלומדים פרידמן וכהן, כי בחינת גמירת הדעת היא אובייקטיבית אך מרוככת עם סממנים סובייקטיביים. בחינה זאת מטשטשת לשיטתם בין בחינת כריתתו של חוזה לשאלה אם נפל בו פגם. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים 186 כרך א (מהדורה שנייה 2018) (להלן: פרידמן וכהן). ראו גם עניין פרץ, לעיל ה"ש 79, בעמ' 369. ראו סעיפים 15 ו-18 לחוק החוזים (חלק כללי).

176 חשוב להבהיר כי גם אם ניתן יהיה למצוא פסול והפעלת לחץ לא ראוי בהתנהלותו של צד למשא ומתן, לא יהיה בכך להביא להוכחת התקיימות של יסודות עילת העושק במצבים שבהם לא יוכל התובע להוכיח על תנאי חוזה גרועים במידה בלתי סבירה או על מצוקה חמורה וקיצונית, אם בשל חולשה שכלית או גופנית ואם בשל חוסר ניסיון כתכונה הטבועה בו. כך לדוגמה, בגילם המבוגר של הזוג רבינאי לבדו אין די כדי לעמוד ביסוד מצב העשוק. ראו לעניין זה ע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד לו(1) 762 (1981).

להליכי משפט ארוכים ויקרים בנסיבות שבהן ניתן להצביע על סממנים חיצוניים לקיומו של משבר אמון, ולכן להפסקה מוצדקת של המשא ומתן.

ג. מבחן האמון ועלויות הליכי המשפט

האמון, שבעבר היה הכרחי לכריתת חוזה, הוחלף לכאורה במערכת משפט שתחולתה השווה על הכלל מאפשרת לצדדים זרים להיקשר ביחסים חוזיים.¹⁷⁷ זאת, כפי שנטען במאמר זה, הנחה מובלעת בתאוריה החוזית בימינו. עם זאת, הליכי המשפט כאמצעי לפתרוןם של סכסוכים פרטניים או להכוונת התנהגותם העתידית של צדדים למשא ומתן אינם נעדרי עלויות, ולא ברור כלל שחלוקתן בין הצדדים שווה. לצד הזמן שהליכים אלו דורשים להכרעה משפטית, עלות שכר הטרחה, האגרות והתשלום למומחים, צדדים להליך משפטי לוקחים על עצמם גם סיכון ניכר בשל אי הוודאות הנעוצה בטבורו של כל הליך משפטי,¹⁷⁸ ולכן, כפי שנראה, השלכות חלוקתיות. העלויות והסיכונים שכרוכים בהליכי המשפט מתמרצים לכן צדדים כבר בשלב המשא ומתן לבחון מי ראוי לאמונם, ובכך להקטין את הסיכון לכריתת חוזה עם צד שיפר את תנאי החוזה ויוביל את הצדדים להליכים משפטיים יקרים וארוכים. ראוי, לכן, שהליכי המשפט, במסגרתו של מבחן גמירת הדעת, יכירו בצורך זה של כל צד למשא ומתן לבחון ולבחור בצד מתאים נגדי, גם על בסיס האמון שניתן בו, במידה שהולמת כאמור את מאפייני החוזה וחשיבותו. פרק זה יעסוק לכן בהשלכות חלוקת עלויות המשפט ובעצם האפשרות, באמצעות מבחן האמון, להקטין את הסיכון לשימוש מניפולטיבי בשלב המשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, כמו גם בהליכי המשפט עצמם.

1. גרסיביות הליכי המשפט

הליכים משפטיים סובלים מעלויות ניכרות שאותם ראוי שצדדים למשא ומתן ישקלו עובר לכריתת חוזה. רכיב מרכזי בעלויות אלו הוא אי הוודאות שמאפיינת את ההליך המשפטי. ככלל, ניתן לומר שבהליך משפטי דוקטרינה משפטית מתאימה מיושמת על נסיבותיו העובדתיות של הסכסוך בין הצדדים, ואלו מהווים את הבסיס להחלטה השיפוטית. עם זאת, בהליך זה מתבצעות בחירות רבות שנכללות במסגרתו של שיקול הדעת השיפוטי. בחירה ראשונית היא סינון העובדות הרלוונטיות, מקרב מסד רחב של נסיבות עובדתיות שונות, שבהן יתמקד ההליך השיפוטי. לאחר מכן יש להחליט מהו המשקל שיוענק לכל עובדה ביחס לעובדה אחרת, ולבסוף את הדוקטרינה שראוי להפעיל בבחינת השלכותיהן המשפטיות של הנסיבות העובדתיות. בחירות אלו בהליך המשפטי נעשות על ידי השופט והן מושפעות מאופיו, אישיותו, ניסיון חייו והשקפותיו, ולכן יש בהן מידה מסוימת של אי ודאות ואקראיות.¹⁷⁹ הגם שנרמה שאי ודאות זאת משפיעה בצורה שווה על כלל המתדיינים,

177 ראו KIMEL, לעיל ה"ש 2.

178 על עלויות המשפט ראו בר ניב, לעיל ה"ש 6.

179 ראו מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה", לעיל ה"ש 7, בעמ' 245-249.

השפעתה על המתדיינים תלויה בהעדפותיהם לסיכון.¹⁸⁰ כך שיש להניח כי מי שאינו אמיד מספיק או שאינו רגיל לשפה המשפטית ולמסדרונות בית המשפט ישנא סיכון זה ויעדיף להתפשר, גם אם יהיה בכך לפגוע באכיפת מלוא זכויותיו, או אף להימנע מהשקעה משמעותית בהליך המשפטי.

אסימטריה זהה להשלכות אי הוודאות המשפטית על חלוקת עלויות ההליך המשפטי נובעת מיכולותיהם הכלכליות של הצדדים שניצבים בשערי המשפט. יכולות אלו גם משליכות על איכות הייצוג שיקבלו הצדדים בהליכי המשפט והשקעתם הכספית בהם.¹⁸¹ לצד נחיתות כלכלית גם למעמד חברתי-תרבותי יכולה להיות השלכה על חלוקת עלויות ההליך המשפטי. ככלל, ישנו קשר הדוק בין מעמד החברתי-תרבותי של מתדיינים לנגישותם להליכי המשפט. במילים אחרות, מי שמגיעים מרקע מוחלש צפוי שיתקשו להעניק שם לפגיעה בזכויותיהם, להטיל את האשמה על מי שאחראי לפגיעה זו וכך גם למצוא את העילה המשפטית לתביעת הסעד המתאים.¹⁸² אם בכך לא די, מי שמצבו הכלכלי-תרבותי מוחלש והוא אינו שחקן חוזר או מי שבקיא בכללים שחלים על הליכי המשפט יתקשה גם להבין את פעולות בא כוחו ולפקח עליהן, מה שעשוי להוסיף לבעיות דלעיל גם את בעיית הנציג ולכן להגדיל את אי הוודאות שמעורבת גם כך בהליכי המשפט. ההליך המשפטי לכן אינו מנותק מזהותם הכלכלית-תרבותית של המתדיינים, ויש בזהות זאת להחריף את אסימטריית חלוקת העלויות שנובעות מהליכי המשפט.

ספרות ענפה נכתבה על הטיותיהם החלוקתיות של הליכי המשפט, קרי, האופן שבו ניהול הליכי המשפט מעביר עושר מקבוצה אחת לאחרת. אסימטריה נודעת בחלוקת עלויות המשפט היא היתרון המובנה שמערכת המשפט מקנה לשחקנים חוזרים (Repeat Players – the haves) כקבלנים, חברות מסחריות, בנקים ורשויות השלטון על פני שחקנים חד-פעמיים (One Shoters – the have nots) כהדיוטות שתובעים או נתבעים על בסיס אירוע נזיקי או חוזה שנכרת. מטרתם של שחקנים חוזרים, כך הבהיר גלנטר,¹⁸³ היא הכלל המשפטי ולא הסכסוך הפרטני. מטרה ארוכת טווח זאת תוביל להשקעה משמעותית יותר בהליכי המשפט וגם נכונות לפשרה אם יהיה בה למנוע החלטת בית משפט שתוביל לכלל משפטי בלתי רצוי. אסטרטגיית הפעולה של שחקנים חוזרים, אם כן, היא השפעה מראש ובמהלך

180 על הקשר שבין אי הוודאות המשפטית להעדפות הסיכון של המתדיינים וכוח המיקוח שלהם ראו Mnookin and Kornhauser, לעיל ה"ש 5, בעמ' 970-971.

181 כמובן זה גם אם מעוטי יכולת ישאפו לעצב כללים משפטיים שיתאמו את צורכיהם, בשל משאביהם הרבים הם ירכשו ייצוג משפטי שאיכותו נופלת מזאת של בעלי הממון. ייצוג זה עשוי להשקיע פחות באיסוף העובדות, חקר הדין ושטיחת הטענות בפני בית המשפט. במקרים רבים ייצוג זה עלול לפגוע במצע העובדתי-דוקטרינרי שיעמוד בפני בתי המשפט ולכן גם ביכולתם לעצב כללים משפטיים שיכילו את צורכי כלל האוכלוסייה בצורה שווה.

182 William Felstiner, Richard Abel and Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631 (1981) ראו גם יובל אלכשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" **עלי משפט** ג' 497 (התשס"ג); רונן שמיר ומיכל שטראי "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" **שנתון משפט העבודה** ו' 287 (התשנ"ו).

183 Galanter, לעיל ה"ש 126.

הפעילות העסקית על עיצוב כללי המשפט, כדי שאלו האחרונים יוכלו לקדם את יעדיהם המסחריים ארוכי הטווח. שחקן חד-פעמי, לעומת זאת, שאינו מורגל בהליכים משפטיים, מבקש רק להסדיר את עניינו הפרטי, ואינו כולל ביעדיו מטרות ארוכות טווח כעיצוב כללי המשפט עצמו. נובע מכך שהשקעתו הכספית של שחקן חד-פעמי בהליכי המשפט תהיה נמוכה מזאת של שחקן חוזר, והוא יוותר על הליך שיוכיל לשינוי כללי המשפט, וגם יתפשר, אם יהיה בכך כדי להביא לסיום הסכסוך הפרטני שעמו הוא מתמודד.¹⁸⁴ כיוון ששחקנים חד-פעמיים אינם מכוונים לעיצובם של הכללים שיחולו בעתיד על אלו שייכנסו לנעליהם, כללי המשפט צפוי שיטיבו עם שחקנים חוזרים. אם נכון הוא וכללי המשפט מיטיבים עם קבוצה אחת, אזי עלויות המשפט אינן מחולקות בצורה סימטרית על כלל המתדיינים. כלומר, כללי הדין יתמכו בטיעוני שחקנים חוזרים ולא באלו של חד-פעמיים.¹⁸⁵

הבחינה הרחבה של דרישת גמירות הדעת בהתאם לכלל התנהלות הצדדים, לפני, במהלך ולאחר עריכתו של הסכם, מגדילה את עלויות המשפט בכירור קיומה, ולכן גם את אי הוודאות המשפטית. לאי הוודאות המשפטית השלכות רגרסיביות שמקצינות כאשר קיימים גם כך פערים משמעותיים בכוח המיקוח בין הדיוטות לשחקנים שמודעים לדקויות הדין שחל בעניינם. ישנם גורמים מספר שמשפיעים על כוח המיקוח של צדדים למשא ומתן ובהם יכולותיהם הכלכליות של הצדדים, אך גם הבנתם את הדין החל על כריתת חוזה. בעסקאות משמעותיות, בהיותם מודעים לדקויות הדין שחל על המשא ומתן, שחקנים מתוחכמים יכולים להתנהל בצורה שתחזק את טענותיהם בבית המשפט מבלי שהצד הנגדי, בייחוד אם מדובר בהדיוטות, יהיה ער להשלכות של מעשיהם. התנהלות זאת יכולה לכלול עריכת זיכרון דברים חלקי, הותרת סוגיות שעשויות להיות חשובות לצד השני מחוץ לטיטות שמועברות ולהתמקחות בין הצדדים;¹⁸⁶ להחליט מתי להרים כוסית, מתי להגיד "מזל טוב" או "הכול יהיה בסדר", לקבוע מועד לחתימה על החוזה הפורמלי,¹⁸⁷ להציע לשלם מקדמה

184 מעורבותם של יחידים בפסיקת בית המשפט העליון ניכרת בתחום עסקות המקרקעין, ככל הנראה בשל כך שמדובר בעסקה היקרה ביותר בחייו של אדם. עם זאת, גם בהליכים אלו יש להניח שמטרת היחידים היא הסדרת עניינם הפרטי, ובטיעוניהם הם לא יבקשו לשנות את כללי המשפט. על מרכזיותה של עסקת המקרקעין בפיתוח דיני החוזים בישראל ראו מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" עיוני משפט לד' 527 (2011).

185 ניתן גם לשער שדין שמאפשר את הקדמת שלב כריתת החוזה גם לנקודה שבה שני הצדדים לא חתמו על חוזה, ובהיעדר ייצוג על ידי עורכי דין בעסקה יקרה במיוחד כעסקת מקרקעין, מיטיב וידוע יותר לשחקנים חוזרים.

186 כדי שאסטרטגיה זאת תהיה מוצלחת נדרש גם שלא תהיה מחלוקת בנוגע לסוגיות אלו, וזאת כדי שניתן יהיה להשלימן באמצעות הוראות החוק. כך צדדים מתוחכמים יכולים להיפטר ממחלוקות צפויות עם הצד הנגדי, לטעון שנכרת חוזה ושניתן להשלים את הפרטים החסרים באמצעות הוראות החוק. צדדים ינקטו אסטרטגיה זאת כשהוראות הדין הדיספוזיטיביות עדיפות על ההתמקחות הצפויה עם הצד הנגדי. על היעדר האפשרות להשלים את דרישת המסוימות במקרים שבהם הצדדים חלוקים בעל פה על תנאי מהותי בעסקה, בשונה ממצב שבו הם שותקים לגבי, ראו ע"א 3380/97 **תמגר חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' גושן פ"ד** (נב) 673 (1998).

187 במשפט הישראלי נקבע פעמים רבות כי חתימת הצדדים מעידה יותר מכול על גמירות דעתם. כך לדוגמה הסכים השופט מצא בעניין **בוטקובסקי** "שחתימתו של כל צד על גבי חוזה כתוב

ראשונית או אף לזום התחלה של שלב הביצוע החוזי אף על פי שישנם פרטים מהותיים שנתרו מחוץ למשא ומתן. לכך יש להוסיף שתפיסת כריתת החוזה בידי הדיוטות רחוקה מאוד ממבחן גמירת הדעת המשפטי, ולכן הם עשויים להיקשר בחוזה מחייב מבלי משים.¹⁸⁸ בשל פערים אלו בין הדיוטות לשחקנים מיודעים, דין כריתת החוזה עשוי להעביר עושר מהדיוטות לשחקנים מתוחכמים.¹⁸⁹

ונחדר. נציג חברה מסחרית שניצב מול זוג קשיש יעדיף להסתיר את ייפוי כוחו מאת החברה במהלך המשא ומתן ואז לבחור אם להציגו בתום המשא ומתן, ובכך לטעון לגמירת דעת וכריתת חוזה, או שלא להציגו ואז לפטור את החברה מההתחייבויות שנקבעו בזיכרון הדברים. אותו נציג מתוחכם יכול בשלב עריכת זיכרון דברים להציע תשלום דמי קדימה, שמעיד על כריתתו של חוזה, ומאידך גיסא להרגיע את הזוג הקשיש בקביעה שחוזה ייכרת רק שבוע לאחר מכן, הגם שהוא ינוסח בהתאם למה שנקבע בזיכרון הדברים. אותו נציג יכול גם להבהיר בנוסח זיכרון הדברים כי בין עורכיו נוכח מנהל החברה, הגם שחתימתו לא

מהווה ראייה חזקה (אולי מכל ראייה אחרת) לגמירת דעתו, וכן מקובל עלי, כי רוב האנשים המתקשרים בחוזה בכתב אמנם מקפידים שהחוזה ייחתם בידי המתקשרים". עם זאת הוא קבע שבוטקובסקי גמר בדעתו לזכות חוזה אף על פי שהבהיר בעדותו שסירובו לחתום נבע מכך שהבין שאם הוא יחתום הוא יכרות חוזה. את החלטתו שלא לייחס משקל רב להיעדר החתימה הוא ביסס על כך שהמסמך נוסח בכתב ידו של בוטקובסקי כהסכם מחייב, עותק ממסמך זה נמסר לרוכשים ובוטקובסקי העיד כי לו היה חותם על מסמך זה הוא היה מחייב. ראו עניין **בוטקובסקי**, לעיל ה"ש 61, בעמ' 71.

188 כך, לדוגמה, מרבית האנשים סבורים, בניגוד לדין כריתת החוזה, כי ללא חתימת שני הצדדים למסמך כתוב אין תוקף; בהסתמך על שאלונים שנמסרו לאנשים אשר ביקשו לבחון את הרגע שבו הדיוטות סבורים שנכרת חוזה נאמר כי רוב האנשים סברו שחוזה נוצר עם החתימה (Tess Wilkinson-Ryan & David A. Hoffman, *The Common Sense of Contract Formation*, 67 (2015) STAN. L. REV. 1269, 1287). לפער זה בין תפיסת האדם ברוחב את ההליך של כריתת חוזה לבין התנאים הקבועים בדין לכריתת חוזה השלכה ישירה על מבחן גמירת הדעת, אך גם על סוגיות אחרות בדין חוזים שחורגות ממאמר זה; בדיון על השלכות התפיסות השגויות של הדיוטות בנוגע למסגרת המשפטית של החוזה נקבע כי אנשים רבים סבורים כי כריתת חוזה נעשית עם חתימת הצדדים ובכתב (Matthew A. Seligman, *The Error Theory of Contract*), (2018) 78 MD. L. REV. 147, 148); בהמשך נטען כי אנשים סבורים כי התחייבות המשפטית תלויה בביטוי חיצוני של הסכמתם בדמות חתימה (שם, בעמ' 158); ובהמשך הובהר כי אנשים סבורים שלא ניתן ליצור התחייבות חוזית מחייבת ללא חתימה כתובה (שם, בעמ' 182); בעניין **בוטקובסקי**, השופט מצא קבע שנכרת חוזה מקרקעין אף על פי שאף אחד מהצדדים לא חתם על מסמך בכתב; עם זאת, הוא מאשר כי מרבית האנשים יראו בחתימה עדות הכרחית, ואולי החשובה מכול, לכך שנכרת חוזה (לעיל ה"ש 61, בעמ' 83).

189 לגבי הקשישים שיכולים להתעורר משימוש שגוי בשפה המשפטית על ידי הדיוטות אמר השופט כהן כי הוא אינו מוכן להיצמד לדבריו של הנתבע וזאת כי הוא אינו משפטן והלשון שהוא נקט היא לשון פשוטה שרבים משתמשים בה. עניין **אברמוב**, לעיל ה"ש 64, בעמ' 503; גם השופט ארליך בהחלטת בית המשפט המחוזי בעניין זה סבר שיש להיזהר ביישום דרישת גמירת הדעת על לשונם של הדיוטות, זאת בשל כך שאנשים פשוטים אינם מדייקים בדיבורם ואינם מבחינים בין הסכם שהתנה בעריכת חוזה פורמלי לבין זה שמחייב מייד. שם, בעמ' 504.

ניתנה במועד זה, אך מגב' רבינאי לבקש לחתום כבר בשלב עריכת המסמך, אולי בשל דמי הקדימה ששולמו. בעוד שמשפטן יבין את הדקויות שיש בבחירת כל אופציה על כריתתו של חוזה, הדיוטות עשויים לשגות בהבנת בחירותיו של הצד המתוחכם והשלכותיהן המשפטיות. לעומת הדיון הרחב בהטיות דלעיל, הדיון בספרות המקצועית חסר בשאלת השלכות יושרם של המתדיינים בבית המשפט על חלוקת עלויות המשפט. כלומר, השפעת ההבחנה בין אלו ש"משחקים" בהתאם לכללי המשפט לעומת אלו שאינם נרתעים מעיקום וכיפוף הכללים על הנשיאה בנטל עלויות המשפט. מי שמוכן לשנות תאריכים של מסמכים משפטיים כייפוי כוח, להוסיף חתימות מאוחרות או לשקר בעדותו, הוא מי שיוכל גם "להתאים" את הנסיבות העובדתיות לכללי הדין ואף לעשות כן מבעוד מועד, כבר בשלב המשא ומתן, כבסיס לתמונה הכוזבת שיציג בעדותו בהליכי המשפט. גם כאן, עלויות ההליך המשפטי לא תחולקנה בצורה סימטרית, אלא שכאן בשל ההטיה המשפטית לכיוונם של מפירי החוק הפגיעה חורגת מהמקרה האינדיבידואלי ועשויה לפגוע, בנוסף לדיוק פסקי הדין, באמון הציבור בשלטון החוק בכלל.¹⁹⁰ ניתן אומנם להניח שחושיהם המחודדים של השופטים, אשר מורגלים בכחינת עדויות וראיות, יוכלו לבודד את האמת מהשקר. עם זאת, ייתכן שחוששים אלו דווקא מובילים להטיות מורכבות אחרות בעקבות מראהו החיצוני של העד, השכלתו, גילו, צבע עורו או השתייכותו החברתית-תרבותית.¹⁹¹ ייתכן גם שלמי שמורגל להליכים משפטיים יהיה קל יותר לשכנע את השופטים באמיתות דבריו והתאמתם לעובדות המקרה ממי שאינו יכול לשנות את הבסיס העובדתי ואינו מורגל, ואולי גם חושש, מהליכי המשפט. מבחן האמון המוצע, לעומת זאת, מחליש במידה ניכרת את יכולתו של שחקן מתוחכם לנצל את אי הבהירות וההבנה המשפטית של הדיוטות לכריתת חוזה שבו הם אינם מעוניינים. בהתאם לכך, מבחן האמון מתמקד באופנים שבהם התנהלות הצדדים במשא ומתן מקדמת את בהירות שלביו ושיתוף הפעולה תוך הצגה מלאה של זהות הצדדים המעורבים ומציאתן של דרכים לגישור על פערי אמון. ודוק, "מבחן האמון" כתת-מבחן של דרישת גמירת הדעת אינו מחליש את חשיבות המסמך הגמור או מאפשר לצדדים לברוח מהתחייבויותיהם. כל שמבחן זה עושה הוא להרחיב את ארגז הכלים של בית המשפט בכחינת גמירת הדעת של צדדים למשא ומתן בשלב שבו הם לא ערכו חוזה פורמלי. כשמשא ומתן עולה על שרטון בשל משבר האמון, אם בשל נתונים חדשים על הצד הנגדי שהתווספו בשלבים מתקדמים של המשא ומתן ואם כשהתנהלות צד למשא ומתן פוגעת ביכולתו של האחר להאמין לדבריו, לסירוב להמשיך לכריתת חוזה, גם בשלב מתקדם, לא תהיה כל השלכה, ועלות הוכחתה צריכה להיות נמוכה. אמירת "לא" כשהיא כנה וישרה בשלב שבו לא ניתן להצביע על חוזה

190 אחת ההצדקות, לדוגמה, למתן חסיונות הנישואין היא הגנה על הפגיעה בתדמית מערכת המשפט בשל סירובם של בני זוג להעיד או בחירתם לשקר כדי להגן על קרובם. אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273, 317 (התשס"ח).

191 בהתייחסות לגורמים סובייקטיביים שעשויים להשפיע על הליך השיפוט נכתב כי "מערכת הגורמים המשפיעים על 'חוש' של השופט... היא סבוכה ועניינה... כגון סלידתו של שופט מסוים מבעלי זקנים, מנמוכי קומה, נטייתו לנשים נאות וכיוצא באלה...". ראו דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83, 100 (התשנ"ז).

פורמלי היא תמיד לגיטימית, גם בשלב מתקדם. לכך יש להוסיף כי במצב שבו מערכת היחסים בין צדדים למשא ומתן, בעסקה משמעותית, מתאפיינת בפערי כוחות גדולים, ולכן סיכון הצד שאינו מודע לעסקה נצלנית גבוה, לבחינת אמונו של הצד המוחלש בצד המתוחכם ראוי שיהיה תפקיד מוגבר ביישום דרישת גמירת הדעת. בנסיבות אלו, שבהן חוזה פורמלי לא נערך וגמירת הדעת נבחנת על בסיס התנהלות הצדדים, ראוי שעדויות אובייקטיביות למשבר אמון יובילו לרדיחית התביעה לאכיפת החוזה, אם תוגש. ראוי גם שדחיית התביעות לאכיפה במצבים אלו תוביל ליצירת דין ברור שירתיע שחקנים מתוחכמים מלגרור אנשים כגב' רבינאי להליכים משפטיים יקרים ללא סיבה ראויה. לעומת זאת, אם ניתן יהיה להוכיח כי לטענת היעדר האמון אין כל בסיס או הצדקה, כי אז יכול שדרישת גמירת הדעת קוימה, מה שעשוי להוביל להקדמת שלב כריתת החוזה ובנסיבות מתאימות גם לתביעת פיצויים בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן.¹⁹²

2. אמון והפסקת המשא ומתן

ניתן לטעון כי הוספת מבחן האמון ליישום דרישת גמירת הדעת, בנסיבות שבהן חוזה פורמלי לא נכרת, ייטיב דווקא עם בעלי הממון ויפגע במי שגם כך מצויים בעמדת מיקוח חלשה במשא ומתן. צדדים מתוחכמים, כך ניתן יהיה לטעון, שייקשו לסגת מעריכת חוזה פורמלי בשלבים מתקדמים של המשא ומתן, יעשו שימוש מושכל במבחן האמון ויטענו שהם אינם מאמינים לצד השני ולכן לא גמרו בדעתם לכרות חוזה. בהתאם לכך, מבחן האמון יגדיל את אי הוודאות החוזית ויסייע דווקא לשחקנים מתוחכמים להתחמק מהתחייבויות שנוצרו בשלבי המתקדמים של המשא ומתן, כשיסודות העסקה הוסדרו והצדדים כבר גמרו בדעתם לכרות חוזה. כך, בנסיבות דומות לעניין קלמר,¹⁹³ יוכל בעל מגרש מקרקעין לטעון שהסיבה לכך שלא נכרת חוזה פורמלי בין הצדדים היא היעדרו של אמון ביניהם, ולכן אין להכיר בתוקפו של חוזה. באמצעות טענות להיעדר אמון הוא יתחמק מהתחייבויותיו על אף השלמת הבנייה של שני בתים על חלקת המקרקעין שבבעלותו, פתיחת חשבון בנק משותף וחתימה על תוכניות בנייה שהגישו הצדדים לעירייה למטרת קבלת היתר בנייה.¹⁹⁴ בדומה לכך ניתן לטעון כי גב' רבינאי, אף על פי שקיבלה דמי קדימה, ערכה וחתמה על זיכרון דברים מפורט וברור שעל פיו היא הסכימה למכור חלקת מקרקעין בעבור תמורה נאה, תוכל להתנער מהתחייבויותיה על בסיס טענות שווא לחוסר אמון.

192 מבחן האמון המוצע נחוץ לבחינה הדוקה יותר של דרישת גמירת הדעת ויש בו להגן על צדדים שמנהלים משא ומתן לכריתת חוזה. כמו מבחן האמון המוצע גם דרישת הכתב נועדה להגן על צדדים לעסקת מקרקעין, אך במקרים מתאימים, הפסיקה פיתחה גמישות בהפעלתה וזאת כדי למנוע התחמקות בחוסר הגינות מהתקשרות מחייבת. השופטת חיות מבארת לעניין דרישת הכתב כי יישום מרויק שלה ייצור קשיים כשהכוונה להיקשר בקשר חוזי ברורה וכשצד מבקש להשתמש בה כדי להתחמק בחוסר הגינות מהתחייבויותיו (ע"א 8234/09 שם טוב נ' פרץ, פ"ד (3) 60, פס" 18 (2011)). הנטען במאמר זה אינו חולק על קביעה ורציונל אלו של בית המשפט, אך יש בו כדי לחדד שמבחן האמון המוצע נדרש ליישום ראוי ומדויק יותר של דרישת גמירת הדעת.

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

194 שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט זמיר.

כמענה לביקורת אפשרית מסוג זה יש לחדד כי מבחן האמון, כמתמבחן של גמירת הדעת, דורש קיומם של סממנים חיצוניים ברורים, בהתבסס על נסיבותיהם הקונקרטיות של הצדדים,¹⁹⁵ שמעידים על פגמים באמינות אחד הצדדים. בהיעדרם של סממנים מסוג זה, הפסקת המשא ומתן בטענת שווא למשבר אמון עשויה לגרור פיצויים בגין הפרת חובת תום הלב או הפרת החוזה, אם ייקבע שנכרת. לכך יש להוסיף שמבחן האמון לא יחול בנסיבות שבהן נכרת חוזה פורמלי בין הצדדים. אם כפי שנקבע בזיכרון הדברים בעניין רבינאי, עורכיו, מר איתמרי וגב' רבינאי, היו חותמים עליו ללא דחיית מועד כריתת החוזה לשבוע לאחר מכן, את מבחן האמון המוצע לא ניתן היה להפעיל. לאמון, כך נטען במאמר בזה, חשיבות רבה בבחירתו של פלוני להיכנס למסגרתו של חוזה. עם זאת, בנסיבות מתאימות רשאי כל צד להישען על מוסדות המשפט או כוחות השוק ולוותר על בחינת אמינות הצד הנגדי. עריכת חוזה פורמלי היא עדות חזקה מדי לגמירת הדעת, אם של הדיוטות ואם של צדדים מתוחכמים, ולא ראוי לפגוע בוודאות זאת על בסיס יסוד האמון, שעליו כאמור צדדים רשאים לוותר בשל לחצי זמן ושיקולי עלות-תועלת, או למצוא לו תחליף ראוי בהסתמכות על מוסדות המשפט או כוחות השוק. לכך יש להוסיף שבנסיבות זהות לאלו של קלמר, התנהלות הצדדים דווקא מעידה על אמון רב ושיתוף פעולה נרחב, ולכן טענת אמון בנסיבות אלו תיחשב כטענה שמועלית ללא כל ביסוס ולא תצלח.¹⁹⁶ ודוק, הנסיבות שמקימות את זעקת ההגינות, הגם שאינן תחומות לרשימה סגורה, מתמקדות בשינוי מצב הצדדים בעקבות החוזה ואשמת הצד שמבקש להתנער מההסכם.¹⁹⁷ מבחן האמון, לעומת זאת, יתמקד באופן שבו התנהלות הצדדים עוררה שיתוף פעולה ושיקופות בהצגת הצדדים עצמם ותנאי העסקה. כך, לדוגמה, אי הבהירות שאפיינה את עניין רבינאי, אם בהצגת סמכויותיו של מר אלבוים ואם בתיאור עורכי זיכרון הדברים, כמו גם מטרת דמי הקדימה, מעמידים סממנים חיצוניים שמעידים על היעדר אמינותה של חברת מן-שקד. מאפייני המבחן המוצע מעודדים לכן שיתוף ושיקופות ומאריכים את השלב הטרום-חוזי בעסקאות שהצדדים רואים כמשמעותיות. בכך כפי שנראה יש גם לחזק צדדים מוחלשים.

המעטפת המשפטית שחלה על כריתת חוזים מבקשת בנסיבות מתאימות להגן על צדדים שמבקשים להיקשר בקשר חוזי מחייב, ובכך גם על אמינות המסגרת החוזית עצמה, זאת באמצעות הטלת מגבלות שונות על זכויותיהם החוזיות. בהוספת דרישת הכתב לחוק המקרקעין ביקש המשפט להגן על צדדים לעסקאות משמעותיות גם בשל כך שבאמצעות הליך עריכת המסמכים בכתב צדדים מקטינים חלק ניכר מהסיכונים שמעורבים בעסקאות

195 על מבחן גמירת הדעת כמבחן אובייקטיבי מרוכך ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 174, בעמ' 186. ראו גם עניין פרץ, לעיל ה"ש 79, בעמ' 369.

196 בתיאור שיתוף הפעולה הנרחב שבין הצדדים השופט זמיר מבהיר כי בעל המקרקעין אפשר לתובעים לעלות על המגרש. בניית המבנים בוצעה לנגד עיניו, כשבעל המקרקעין שיתף פעולה עם התובעים להתאמת הבנייה לדרישותיו. ראו עניין קלמר, לעיל ה"ש 194, בפס' 11.

197 בתיאור הנסיבות אשר יקימו את זעקת ההגינות הבהיר בית המשפט כי אין מדובר ברשימה סגורה, ויש לבחון אם התחולל שינוי במצב בעקבות החוזה ומהי אשמתו של הצד המתנער. שם, בעמ' 197.

אלו.¹⁹⁸ ההנחה היא שעריכת מסמך בכתב מובילה להתארכות שלב המשא ומתן ומאפשרת לצדדים לפעול בכובד ראש ולשקול עמוקות את התנאים המוסכמים, כמו גם את אלו שמצויים במחלוקת. הרחבת שלב המשא ומתן מגבילה במידה מסוימת את כוחם של הצדדים לכרות חוזה אך היא גם מסייעת, בייחוד לצדדים מוחלשים והדיוטות, שאינם בקיאים בהשלכות המורכבות של הסכמתם החוזית.¹⁹⁹ בדרישת הכתב, המעטפת המשפטית מבקשת להימנע מפעולות חפוזות ומקלות דעת.²⁰⁰ דרישת הכתב נשענה על ההנחה שעסקאות משמעותיות נוהגים לערוך בכתב, ויש בבחירה זאת להעיד על גמירת דעתם וגם לכוונם להשתמש בכוחם החוזי באחריות ובשיקול דעת.²⁰¹ דרישה זאת אינה מבקשת למנוע, ואינה יכולה למנוע, עסקאות רעות או למתן את פערי כוח המיקוח של צדדים למשא ומתן. כשלשון החוזה כתובה וברורה היא מחייבת גם אם מדובר בעסקה רעה במיוחד.²⁰²

198 חבר הכנסת מ' אונא הסביר כי ס' 8 לחוק המקרקעין ובו דרישת הכתב "הוא סעיף חדש, שאין לו מקור בחוק הקיים, אך הוא מתאים לנוהג הקיים. בדרך כלל, התחייבות לעשות עסקה במקרקעין היא התחייבות רצינית ונוהגים לערוך אותה בכתב" (דברי הכנסת בעניין הצעת חוק המקרקעין, לעיל ה"ש 115).

199 דרישות המסוימות וגמירות הדעת שלובות זו בזו, ומי שמורגל בעסקאות מסוג מסויים כבר מודע להיבטי המס, התכנון והבנייה וכיו"ב, והבנת פרטים אלו לעומק משפיעה גם על גיבוש רצונו. לעומת זאת, מי שזאת עסקתו הראשונה חשוב שייקח פרק זמן ארוך יותר לבחינת הרכיבים השונים להסכמה החוזית, כמו גם הסוגיות שנותרו מחוץ למשא ומתן. בחינות אלו בסופו של דבר גם תשפיענה על גיבוש רצונו וכוונתו להיקשר בעסקה שנמצאת בפניו. השופטת חיות מבחירה שמטרת דרישת הכתב "להדגיש כי מדובר בהתחייבויות ישש להתייחס אליהן בכובד ראש והיא מבקשת להגן על הצדדים מפני התקשרויות חפוזות העלולות להתבצע בלא שהופעל על ידי מי מהם שיקול דעת מושכל". עניין שם טוב, לעיל ה"ש 192, בפס' 18.

200 בעניין בידרמן, לעיל ה"ש 114, בפס' 8, השופט זוסמן מבהיר כי המטרה של דרישת הכתב היא להרתיע מפני חיפזון וקלות דעת ולהרשים את המתחייב ברצינות מעשה; בע"א 196/87 שוייגר נ' רו לוי פ"ד (מו" 3) 2, 25 (1992), השופט שמגר חידד שלדרישת הכתב שתי מטרות, האחת רואה בכתב ביטוי חיצוני לשיקול הדעת ולכובד הראש בנוגע לעסקה, והאחרת היא ראייתית והיא מכוונת לוודאות ולמהימנות המשפטית.

201 בהתאם לכך השופט לוין ציין בהתייחסו לדרישת הכתב כי אין להותיר עסקה רצינית כעסקת מקרקעין להשלמת החסר על ידי בית המשפט. ע"א 335/78 שאלתיאל נ' שני, פ"ד לו(2) 151, 160-161 (1981).

202 במקרים רבים שמגיעים לפתח בית המשפט צדדים נקשרים בעסקה רעה במיוחד, אך ככלל בית המשפט, למעט במקרים של פגם בכריתת חוזה כהטעיה, עושק וכפייה, לא יתערב. פגיעה בוודאות החוזית כשלשון המסמך כתובה וברורה תפגע גם בכל מי שביקש לכרות חוזה בעתיד. דוגמה מפורסמת לאי מעורבות הדין בפערי כוחות במשא ומתן היא ד"ר 17/75 נחול נ' לוי, פ"ד לו(2) 113 (1976). שם, אם לשבעה בנים, לאחר שאיבדה את בן זוגה, התקשרה בחוזה למכירת חלקת מקרקעין בת 8 דונמים בעיר שפרעם, מבלי שהיא ערה להשלכות התוכניות שהופקדו לשינוי ייעוד המקרקעין, במחיר הנמוך מחמישית שוויים הריאלי. נסיבות עניין זה חושפות את השפעת פערי הכוחות בין צדדים למשא ומתן על בחירתה למכור את חלקתה במחיר נמוך משמעותית משווייה הריאלי. עם זאת, בית המשפט לא סבר שחולשתה הברורה

מעבר למעטפת החיצונית לדיני החוזים, כדרישת הכתב בחוק המקרקעין וחוק הגנת הצרכן,²⁰³ גם דין כריתת החוזים עצמו ראוי שיכיר בדרכים שצדדים עושים בהן שימוש להקטנת הסיכונים שכרוכים בכניסה למסגרת חוזית מחייבת. מבחן האמון המוצע במאמר זה, כתת-קטגוריה של דרישת גמירת הדעת, מבקש גם הוא להגן על הדיוטות בכריתת חוזים משמעותיים, וגם הוא מניח שצדדים למשא ומתן נוהגים לבחון האחד את אמינות האחר. אלא שלעומת הדיוטות, שחקנים חוזרים זקוקים פחות לבחינת אמינות הצדדים במהלך המשא ומתן והם יוכלו באמצעות יכולות כלכליות או הבנה עדיפה לקבל את מִרְב המידע שהם זקוקים לו לכריתת החוזה עוד לפני שהמשא ומתן התחיל. כך, חברת מן-שקד לא הייתה זקוקה לפגישה עם גב' רבינאי לכירור הפרטים הנדרשים לה, ומר בן מנחם בדק את מאפייני חלקתו של מר חובב בלשכת מרשם המקרקעין עוד לפני שהם נפגשו.²⁰⁴ להדיוטות, לעומת זאת, כגב' וייס, מר חובב וגב' רבינאי, נחוץ עד מאוד פרק הזמן הנדרש לבחינת נכונות מצגיו וטענותיו של הצד הנגדי, ובהם יושרו ואמינותו. ודוק, מבחן האמון אינו פוגע בוודאות כריתת החוזה כשלונו ברורה. מבחן האמון המוצע מכיר בכך שאנשים נוהגים לבחון את מהימנות הצד הנגדי, בנסיבות מתאימות, ושיש בפעולות אלו ללמד על כוונתם של צדדים לכרות חוזה.

3. אמון בין צדדים להליכי משפט

רכיב מרכזי בבחינת גמירת הדעת של הצדדים בעניין רבינאי הייתה עדותם בבית המשפט המחוזי של הזוג רבינאי ומי שנטען שהוא שלוחה של חברת מן-שקד, מר אלכום. בית המשפט המחוזי לא האמין לעדותם של הזוג רבינאי, שלא הייתה מהימנה עליו, והעדיף

של גב' נחול מגבילה את כשרותה המשפטית או שיש בה לפגום בתוקפו של החוזה, וגם באי כוחה לא טענו לביטול תוקפו של החוזה שנערך בשל כך.

203 דרישות כתב מהותיות שמבוססות על הצורך להדגיש את חשיבות ההתקשרות מצויות בס' 1 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973; ס' 7 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957; ס' 17 לחוק הנאמנות; עניין שם טוב, לעיל ה"ש 192, בפס' 18; ס' 2 לחוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993, אשר נתפס כדרישת כתב מהותית גם בגלל אופייה הנשכני של ההלוואה החוץ-בנקאית. לעניין זה ראו עש"א (ת"א) 15-05-1963 שי נ' המנהל המיוחד (נבו) 12.1.2017; ס' 9 לחוק המתווכים במקרקעין; וע"א (י-ם) 13-03-36998 קינן נ' ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה 1988 בע"מ (נבו) 10.9.13. בין אם מדובר בדרישה מהותית לעצם קיומה של התחייבות ובין אם כהקמת משוכה ראייתית, הגבלת כוחם של הצדדים לחייב עצמם בדרישת כתב מסייעת להם לפעול בצורה שקולה יותר ואחראית, וגם מגינה על עצמם מניצול פיזיותם או חוסר הבנתם. ראו גם סעיף 5(ב) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; סעיפים 13 ו-14ג(ב) לחוק הגנת הצרכן (לעניין הדרישה למסור פרטים בכתב בעסקה מתמשכת ובעסקת מכר מרחוק); ס' 5 לחוק הגנת הצרכן (שבו נקבע כי עוסק ידרש לערוך מסמך בכתב ככל ששר התעשייה, המסחר והתיירות יסבור שיש בכך כדי למנוע הטעיה או ניצול מצוקת הצרכן ויקבע זאת בתקנות); ס' 16 לתקנות הגנת הצרכן (אחריות ושירות לאחר מכירה), התשס"ו-2006.

204 ראו את תצהירו של מר בן מנחם, לעיל ה"ש 145.

על פניה את עדותו של מר אלבוים.²⁰⁵ עם זאת, אין בפסק הדין להסביר במה עדותם של הזוג רבינאי לא הייתה מהימנה. האם בית המשפט מצא אי דיוקים, סתירות או אפילו שקרים של ממש בעדותם? בית המשפט גם אינו מבהיר במה עדותו של אלבוים הייתה מהימנה עליו. קביעות אלו מוצגות בהחלט עניין רבינאי ללא כל נימוק או הסבר. בית המשפט העליון הוסיף לאמינות שמצא בית המשפט המחוזי בעדות אלבוים את חתימת גב' רבינאי על זיכרון הדברים ואת קבלת דמי הקדימה. עם זאת, אין בהחלטת בית המשפט כל התייחסות להבדלים הברורים שבין בני הזוג רבינאי לחברת מן-שקד. בני הזוג רבינאי הם שחקנים חד-פעמיים, שאינם בקיאים בטרמינולוגיה המשפטית ובסדרי הדין. יש גם להניח שזאת היא אחת הפעמים היחידות שהם נקלעו לסכסוך משפטי יקר וארוך. מעבר לתחושת אי הנוחות, ואולי גם החשש שנובע מכניסה למערכת שאין הם מכירים, הזוג רבינאי הוא זוג קשיש, ויעקב רבינאי נפטר שנה לאחר פסיקת המחוזי.²⁰⁶ סביר לכן להניח שאת השנים האחרונות לחייהם המשותפים הם לא היו מעוניינים להעביר בהליכים משפטיים מול מי שאמינותו מוטלת בספק. ייתכן גם שחוסר ההבנה וההיכרות, לצד תחושת אי הנוחות ואולי גם הכעס מהליכי משפט טורדניים שאליהם הם נגררו בניגוד לרצונם, חלחלו לעדותם וחזקו סטראוטיפים שליליים על זיכרון ועירנות של קשישים, מה שהפך את עדותם לפחות מהימנה בעיני בית המשפט.

אל מול הזוג רבינאי עמדה חברה מסחרית שכרתה מאות חוזים לבניית יחידות דיור בכאר שבע, רחובות וראשון לציון עובר למפגש עם הזוג רבינאי, והיותה בהליכי פירוק רק ממחישה שהליכים משפטיים לא היו זרים לנציגיה.²⁰⁷ ניתן גם להניח שמר אלבוים, כמי שפעל לצידה של חברת מן-שקד ולמצער העיד מטעמה בבית המשפט, היה בקיא יותר בהליכים משפטיים אלו, ואולי גם היה מוכן להם ולעדויות בבית המשפט מבעוד מועד. כך יוצא שמול מי שאינם בקיאים כלל בהליכי משפט, וייתכן שגם אינם מרוצים מגרירתם להליכים אלו, עמדה חברה שיזמה הליכים אלו, וככל הנראה ציפתה להם מראש. לכן יש להוסיף שבין הצדדים שרר חוסר אמון ברור כשהצדדים החזיקו בפרספקטיבות סותרות לאותה פגישה בודדת אף לגבי זהות מי שנכח בה, בייחוד לאור נוסחו המטעה לעניין זה של זיכרון הדברים, כשבני הזוג רבינאי מציינים שעם מר אלבוים הגיע מתווך נוסף ואילו חברת מן-שקד מכחישה זאת מפורשות.²⁰⁸ עם עדות ברורה למשבר אמון בין הצדדים, שגם באה לידי ביטוי חריף בהוספת החתימה המאוחרת על ידי חברת מן-שקד, ראוי שדרישת גמירת הדעת תכיל יותר מאשר נקודות ספורדיות ומהימנות עדים, בייחוד "כי לא אשר יראה האדם, כי האדם יראה לעיניו וה' יראה ללבב".²⁰⁹ שופטים כבני אדם אינם קוראים כליות ולב, וככל האדם גם הם יכולים לשגות ואף לסכול מהטיות שונות שתפגומנה בבחינתם את

205 בהתייחסו לאמינות הצדדים בית המשפט העליון קבע כי עדותם של בני הזוג בפני בית המשפט המחוזי הייתה מהימנה פחות מעדותו של אלבוים. לכן הוא הוסיף את החלטת גב' רבינאי, עם חתימתה על זיכרון הדברים, לקבל את דמי הקדימה. עניין רבינאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 288.

206 פטירת יעקב רבינאי, לעיל ה"ש 42.

207 סביר להניח שברירת איתמרי שלושה שבועות לאחר שהחברה נקלעה לקשיים כלכליים מעידה יותר מכול על הבנת חברת מן-שקד את השלכות ההליכים האמורים. ראו "הסתבך ונעלם" מעריב, לעיל ה"ש 19.

208 ראו ארידור בראילן, לעיל ה"ש 78.

209 שמואל א, טז 7.

מהימנותו של עד.²¹⁰ הכרה באנושיות ההליך השיפוטי, כמו גם בתכליות המשא ומתן, ראוי שתאפשר לצדדים לבחור בעצמם במי להאמין, וזאת כבסיס לכריתת חוזה.

שאלות פתוחות אלו הנוגעות לבחינת בית המשפט את אמינות עדותם שלוכות עם שאלות נוספות הנוגעות לעובדות מהותיות אשר לא ניתן להן משקל, ואף לא לקחו חלק בהליך המשפטי. עובדות חסרות עיקריות הן התנאים הקבועים לעניין כריתת חוזה מחייב במסמכי ההתאגדות של חברת מן-שקד, והסמכות שניתנה או שלא ניתנה בהם למר איתמרי ליפות כוחו של שלוח. על כך אין כל דיון בבית המשפט. עובדות מהותיות שלוכות הן עדותו החסרה של מר איתמרי, שכאמור באמצעותו ניתנה למר אלבוים הסמכות המלאה לפעול בשמה של חברת מן-שקד,²¹¹ וכמובן גם בריחת מר איתמרי מאימת הדיון, שנתיים לפני החלטת המחוזי, כשהוא מותיר חובות במיליוני ש"ח וטענות למעשי תרמית,²¹² והשפעת בריחה זאת על מהימנות החומרים שנמסרו לבית המשפט. היעדר ההתייחסות לעובדות מרכזיות אלו מלמד הן על השקעה חסרה מצידם של הזוג רבינאי, כאמור, כשחקן חדי-פעמי שאינו בקיא ברזי המשפט,²¹³ אך גם על נטל הוכחה מצומצם שהטיל בית המשפט על חברת מן-שקד כשחקן חוזר שבקיא בהליכי המשפט. למרות הגדרתו הרחבה של בית המשפט לבחינת כוונת הצדדים, שכללה את התנהלותם לפני, במהלך ולאחר עריכת זיכרון הדברים – בחינה זאת יושמה בצורה חלקית וחסרה, כשהיא נשענת על נקודות ספורדיות ובהיעדרו של מצע תאורטי ברור שיאחד נקודות אלו לצורה נושאת משמעות.

מערכת המשפט משמשת כמקור חשוב להרתעה מפני הפרת הבטחות ואכיפתן, אך היא אינה יכולה ולא ראוי שתנסה להחליף את צורך הצדדים להאמין האחד לצד הנגדי להיקשרות בקשר חוזי. למערכת המשפט עלויות ניכרות ורכיב חשוב בעלויות אלו כרוך בזהות הצדדים, העדפותיהם לסיכון וגם יושרם. צדדים למשא ומתן צריכים לכן לשקול מראש את הסיכון שהם ייגררו להליכים משפטיים עם מי שאמינותו מוטלת בספק, וראוי שיקטינו סיכון זה במהלך ניהולו של המשא ומתן. בהתאם לכך, ייתכן שבשלב כלשהו במשא ומתן יעלו ספקות בנוגע לאמינותו ויושרו של הצד הנגדי, אם על בסיס אופן ניהול המשא ומתן ואם על בסיס בדיקות שתבוצענה בהסתמך על מציגים שיועלו במהלכו. ספקות אלו יכולים לפגום באמינות מילותיו של הצד הנגדי, ולכן גם להעלות את החשש שהחוזה יופר

210 על חולשות האנוש באיתור דבר שקר נכתב כי "קיימים מחקרים אמפיריים רבים המצביעים בכיור על כשלי השיפוט והשפיטה לאור מגבלות האינטואיציה האנושית ומועדוּתם של שופטים לשגיאות ולהטיות. בפרט התברר כי שיפוטם והכרעות המתקבלים בתנאי חוסר אינפורמציה ואי-ודאות... אינם עומדים בקני המידה המגולמים בתורות היסק סטטיסטי... שכלתם המעשית של בני-אדם רוויה בהטיות חשיבתיות (Bias), בקיצורי דרך מנטליים (Heuristics) ובסטריאוטיפים של מין, מוצא, גזע, מעמד ויוצא באלה המשמשים כדי להעריך את התנהגות הזולת", דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותזיות בדבר מקצועיות השפיטה", לעיל ה"ש 191, בעמ' 103. על הטיות בהחלטות שיפוטיות ראו גם חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות, אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" **שערי משפט** ה' 177 (התש"ע).

211 באי כוחה של גב' רבינאי לא ידעו על בריחת איתמרי, וגם לא ביקשו להביא אותו לעדות. ריאיון עם עו"ד טוניק, לעיל ה"ש 18.

212 "הסתבך ונעלם" מעריב, לעיל ה"ש 1919.

213 Galanter, לעיל ה"ש 126.

ושלאכיפתו נדרש יהיה לפנות לערכאות המשפט. אם בכך לא די, ייתכן גם שלחששות אלו מתלווה הסיכון שהצד שעומד מנגד לא יכבד את כללי הדין, יבריה נכסיו או שלא יהיה די בהם כדי לקיים את החלטות בית המשפט. כאמור מדובר רק בספקות, שאינם משקפים בהכרח את כישוריו, יושרו ומאפייניו של אותו צד נגדי, אך בית המשפט אינו יכול לבחון זאת במקום הצדדים עצמם במהלכו של המשא ומתן. ודוק: אין די בתחושות בטן ונדרש שהן תישענה על סממנים חיצוניים אשר בעיני האדם הסביר בנסיבות הקונקרטיים יצביעו על היעדר אמינותו של הצד הנגדי. בנסיבות אלו, שבהן אחד הצדדים מאבד את אמונו בצד הנגדי במשא ומתן, על בסיס סממנים חיצוניים אובייקטיביים, ראוי הוא שדין כריתת החוזה יאפשר לו להפסיק את המשא ומתן, וזאת אף אם הוא הגיע לשלב מתקדם.

כשצדדים כרתו חוזה פורמלי, לעומת זאת, הנחת המוצא תהיה שבמהלך המשא ומתן ניתנה להם האפשרות לבחון כל צד את אמינות רעהו. בשל הבנה זאת של תכלית המשא ומתן והכרת המשפט בחשיבות בחינת אמינות הצדדים במשא ומתן, תוענק לחוזה הפורמלי לגיטימציה מוסרית מוגברת. זה האחרון ישקף לא רק נקודות ספורדיות, ולעיתים לא בהירות, של גמירת דעת, אלא גם את כוחו של כל צד לבחון במהלך המשא ומתן בעצמו את זהות הצד הנגדי, נכונות מצגיו, אופן התנהלותו ואף לעשות שימוש, אם נדרש, במומחים שיגשרו על פערי אמון בין הצדדים. באפשרות זאת, אם תיושם, יש גם לאזן את גרסיביות הליכי המשפט. זאת האחרונה תאפשר לצדדים, באמצעות הגברת המשקל של התנהלותם בשלב המשא ומתן, להימנע מכניסה להליכים משפטיים ארוכים עם צד מתוחכם שאמינותו מוטלת בספק. כך, גם אם זה האחרון ינסה לטעון באמצעות באי כוחו לכריתתו של חוזה עובר לחתימה על חוזה פורמלי, די יהיה בסממנים אובייקטיביים להיעדר אמון, אם בשל הצגה חסרה של זהותו ואם בשל אי נכונות מצגיו או התנהלותו הפסולה כדי להביא לסיומו של ההליך המשפטי בשלבי המוקדמים. מבחן האמון המוצע יחייב לכן כל צד, גם מתוחכם, להתנהלות ישרה ושקופה במהלכו של המשא ומתן, ובכך יסייע לצדדים להימנע מהליכי משפט ארוכים עם מי שאינו עומד בכללים אלו.

אפילוג

המסגרת המשפטית משמשת בסיס להסדרת יחסי צדדים למשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. עם זאת, ערכאות המשפט, על יתרוניהם וחסרונותיהם, אינם הכלים היחידים להכוונת התנהגות ביחסים חוזיים, וראוי שהם יפעלו במקביל ותוך שהם מחזקים מנגנונים שוקיים ראויים שאף מסייעים להקטנת עלויות המערכת המשפטית עצמה. שחקנים חוזרים בשוק, צרכנים וצדדים למשא ומתן בכלל יכולים, עושים זאת בעצמם וגם ראוי שיפעלו להקטנת הסיכונים הכרוכים בכריתת חוזה עם צד שאמינותו ויושרו מוטלים בספק. הם עושים זאת באמצעות הבחירה של כל צד למשא ומתן במי לתת אמון, שעוצמתו ומינונו כאמור משתנים בהקשרים חוזיים שונים. הם גם עושים זאת באמצעות השימוש במנגנונים שמגשרים על פערי אמון כהפעלתם הנכונה של בעלי מקצוע שונים לכירור אמינות ונכונות מצגי הצדדים או להקטנת סיכונים הצדדים באמצעות ביטוח החוזה, שימוש בשעבודים, ערובות של צדדים שלישיים והגדרת חיובי הצדדים כחיובים שלובים או מותגים בהתקדמות הביצוע החוזי.

חובות האמון שהדין מטיל אינן יוצרות בהכרח אמון בין הצדדים לחוזה הנטען, ולא ראוי שהן תחלפנה את זכותה של גב' רבינאי, וכך גם כל צד למשא ומתן, לבחור במי שראוי מבחינתה לתת בו אמון למסגרת חוזית או אף לסגת ממשא ומתן בשלב מתקדם כשהיא אינה מאמינה בצד הנגדי. גם להתניית כריתת החוזה בעריכתו על ידי עורכי דין תהא השפעה חלקית, גם אם חשובה. הליכי משא ומתן יכולים לארוך זמן רב או קצר, להיבנות על היכרות מעמיקה יותר או פחות, בנחת או תוך עמידה בלחצי זמן. בהליכי המשא ומתן, עורכי הדין לא יחליפו בהכרח את הצדדים, בייחוד בשלבי הראשונים. לכן יכול להיות שהם לא יתרשמו מאיכויות הצדדים עת הם מנהלים משא ומתן ולא יעריכו את יושרם או את יכולתם המקצועית לקיים את החיובים החוזיים, כמו גם לשתף פעולה בנסיבות שתחייבנה זאת. הפעלת בעלי מקצוע כעורכי דין יכולה להצטמצם לעריכתו של חוזה בהתאם לרצון הצדדים וללא כל בדיקה או אימות של מצגי הצדדים, ככל שאין הם נוגעים ישירות להוראות שנקבעו בחוזה שנערך ולדרישות הדין. לשימוש בעורכי דין תפקיד הכרחי וחשוב, גם מעבר לתחום עסקאות המקרקעין, אך אין בו כדי להחליף את אחריות וצורך הצדדים עצמם לבחון את אמינות הצד הנגדי בעסקאות משמעותיות, וככל שעלויות בחינה זאת מוצדקות לאור הסיכונים שכרוכים בחוזה הרלוונטי.

"מבחן האמון" שמוצג במאמר זה מוסיף לחיזוק המסגרת החוזית בכך שהוא מכיר ביכולתם של צדדים כגב' רבינאי שלא לכרות חוזה עם מי שלא רכש את אמונם ולכן אין הם מאמינים למצגיו והצהרותיו, גם אם מדובר בשלב מתקדם במשא ומתן. אמון נרכש במצב שבו אדם בוחר להאמין לנכונות מצגיו של אחר במידה שמאפשרת לו להתקשר עימו בחוזה ספציפי. בין אם מידה זאת של אמון נסמכת על מוניטין או על אימות מצגיו של כל צד, אם באמצעות בחינה עצמית ואם באמצעות הפעלתם של בעלי מקצוע לבדיקה זאת,²¹⁴ הבחירה במי לתת אמון היא שלב מהותי במשא ומתן. ודוק, מידה זאת של אמון תלויה בחשיבות ומאפייני הקשר החוזי המבוקש, והיא גם תושפע ממידת הסתמכותו של כל צד על כוחם המרתיע של מוסדות המשפט וכוחות השוק. בהתאם למבחן זה, בית המשפט יעניק משקל גם לסממנים חיצוניים שמעידים על בחירת הצדדים לתת אמון זה בזה, כמו גם על עדויות לקיומו של משבר אמון. בהכרת יכולתם של צדדים לבחון בעצמם, גם בשלבי המתקדמים של המשא ומתן, במי ראוי לתת אמון, הדין מאפשר לצדדים כרבינאי להקטין חלק משמעותי מהסיכונים הכרוכים בכריתת חוזה עם צד שהם אינם נותנים בו אמון.

מבחן האמון המוצג אף מספק בסיס לפרספקטיבה מורכבת וקונטקסטואלית לדרישת גמירת הדעת. בשונה מחזות ליניארית שבה במכת פטיש מתגבשת כוונת הצדדים להיקשר בקשר חוזי וניתן לכן לומר שיסוד גמירת הדעת מתקיים, במהלכו של משא ומתן הצדדים יכולים להתמודד עם עליות וירידות בתחושת הקרבה והרציות שהם חשים לקשר חוזי מחייב.

214 חשוב לחדד שבעלי מקצוע כעורכי דין לא יבחנו את נכונות מצגי הצדדים אם לא יבקשו זאת מהם, ובחלק חשוב מבחינה זאת, כבחירת שמו של כל צד בתחום העיסוק שלו וניסיונו בעבר, לעורכי דין אין כל יתרון על הצדדים. לפיכך, לא ניתן יהיה לפתור את שאלת האמון כליל אך ורק בהעסקה של בעלי מקצוע. לכך יש להוסיף ששימוש בבעלי מקצוע כעורכי דין גורר עלויות ניכרות, בייחוד אם צדדים יבקשו להפעיל עורכי דין כבר בשלבי המשא ומתן, ויכלולו בהעסקתם, מעבר לעריכת החוזה, גם את בחינת נכונות מצגי הצדדים השונים.

כך ייתכן שבעקבות אמירות ומצגים שיוצגו במהלכו יעלו ספקות, תתבצענה בדיקות וייחשפו נתונים חדשים שיעמידו במבחן את מקצועיות הצדדים ואיכות עבודתם ולכן ירחיקו אותם משלב כריתת החוזה. ייתכן גם שבדיקות שתיערכנה מול צדדים שלישיים תחזקנה את שמו הטוב של מי מהצדדים, ויכול להיות שבדיקות אחרות תובלנה לשאלות ותהיות נוספות. השקת כוסות, לחיצת ידיים, חיוך, מבע, החלפת טיוטות, קידום תהליכי הביצוע – אלה הן נקודות ספורדיות לחשיפת כוונת הצדדים שאינן נשענות על תפיסה תאורטית רחבה שתוכל להכיל את מורכבות ההקשרים החוזיים. מאמר זה ביקש רק להתחיל לחשוב על תפיסה רחבה ותלויה קונטקסט להבנת תכלית המשא ומתן ומקומו של יסוד גמירת הדעת בעקבותיה. לקיומה של מידת אמון שהולמת את מאפייני הקשר החוזי, ואף ביתר שאת להיעדרה, יש סממנים חיצוניים שיכולים להעיד על גמירת הדעת של צדדים לכריתת חוזה מחייב. צד שבוחר לא להמשיך לשלב עריכתו של חוזה פורמלי, גם בשלב מתקדם במשא ומתן, יכול להיות שעשה זאת כי הוא אינו יכול לתת אמון בצד הנגדי.²¹⁵ כך, בהיעדרו של אמון בפועל בין צדדים מסוימים למשא ומתן, חתימה על זיכרון דברים, קבלת דמי קדימה, חילופי טיוטות או השקת כוסות לא בהכרח יעידו על כריתתו של חוזה. בנסיבות דומות לאלו של עניין רבינאי, סביר שהחלטה שלא להמשיך לשלב עריכת החוזה, שנקבע בזיכרון הדברים לשבוע שלאחר מכן, נובעת מחוסר אמון בצד הנגדי. בנסיבות אלו אל לא למשפט להחליף את היעדר האמון שבין הצדדים בכוחם האוכף של מוסדות המשפט ולכרוך אותם בחוזה שאותו הם לא כרתו.

215 השופט עציוני הבהיר כי "כדי לקשור את הצדדים קשר חוזי גם ללא צורך בחוזה פורמלי, כוונת הצדדים להתחייב זה כלפי זה צריכה להיות ברורה ונעלה מכל ספק ובית המשפט צריך להשתכנע שמה שנעשה בין הצדדים לא נשאר בגדר משא ומתן בלבד אלא שהם הגיעו כבר להסכם גמור ומוחלט". עניין אברמוב, לעיל ה"ש 64, בעמ' 503.

