

רגשות, מוטיבציה וגבולות האחריות החוזית: המקרה של רגש החרטה

שתי שאלות מרכזיות עומדות ביסודו של מאמר זה: האם רגשותיהם של הצדדים לחוזה משפיעים על עיצוב גבולות האחריות החוזית שבדין? ואם כן – כיצד? בשלושת העשורים האחרונים זכו הרגשות לתשומת לב גוברת והולכת מצד פסיכולוגים. פריחה מחקרית זו הולידה שתי תובנות מהותיות על אודות תפקיד הרגשות בחיים האנושיים: האחת, לרגשות יש חלק מרכזי ביצירת המוטיבציה להתנהגות מסוימת של האדם, והשנייה, המוטיבציה הנובעת מכל רגש היא ייחודית. לשתי תובנות אלה, אטען, חשיבות מכרעת להבנת גבולות האחריות החוזית הקבועים בדין, ולהסדרתם הראויה. לתפיסה של רגשות כמחוללי מוטיבציה משמעות כפולה בדיון החוזי-משפטי. ראשית, בהיותה חלק מתפיסה של המוטיבציה הרגשית כתוחמת את דרכי ההתנהגות הצפויות של האדם הסביר. שנית, לנוכח כוחו והשפעתו של הכלל המשפטי על התגובה הרגשית, ראוי לעצב כללים לשם הכוונה רצויה של התנהגות הצדדים.

במאמר הנוכחי אדגים את הקשר שבין רגשות ובין גבולות האחריות החוזית שבדין באמצעות רגש החרטה – המוטיבציה ודרכי ההתנהגות שנובעות ממנו. אראה כיצד המוטיבציה הרגשית הנובעת מרגש החרטה והשפעת הדין על מוטיבציה זו מסבירות דוקטרינות כדוגמת 'טעות משותפת' ו'הבטחה טרום-חוזית', וכן, כיצד המוטיבציה הרגשית והשפעת הדין עליה עשויות להצדיק רפורמה בכללים חוזיים אחרים הקובעים את גבולות האחריות החוזית.

מבוא

כוחם הפוטר מאחריות של הרגשות מוכר היטב בכתיבה המשפטית, ואדם שפעל ב"סערת רגשות" עשוי לזכות בפטור מאחריות בגין מעשיו.¹ הגבלה זו של האחריות המשפטית

* עמית בתר-דוקטורט, מרכז אדמונד י' ספרא לאתיקה, אוניברסיטת תל אביב. אני רוצה להודות לנילי כהן ורועי קרייטנר על הערותיהם יקרות הערך בעת כתיבת המאמר ובשלבים שקדמו לו. עוד ארצה להודות לאסף וינר, עומרי רחום טוויג ועומר פלד, שהשיחות עימם תרמו רבות לפיתוח הטיועונים במאמר.

1 ראו למשל H. L. A. Hart, *The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment*, 60 PROC. ARISTOT. SOC. 1, 13 (1959); J. L. Austin, *A Plea for excuse*, 57 PROC. ARISTOT. SOC. 1, 2 (1956). דוגמה בולטת היא טענת הקנטור בעבירת הרצח. לדיון בקנטור ראו MARTHA C. NUSSBAUM, *HIDING FROM HUMANITY: DISGUST, SHAME, AND THE LAW* (2004) 37-42; וכן ראו אוהד גוררון "נוסחת הקנטור" משפטים 159, 180-189 (2013), לדיון על ההיבט הסובייקטיבי-רגשי בהגנת הקנטור.

מבוססת על התפיסה של רגשות כפתולוגיה,² כלומר, כמי שמעיבים על שיקול דעתו של היחיד ובכך מפריעים לקבלת החלטות תקינה. בעשורים האחרונים זכתה גישה זו לביקורת במחקר הפסיכולוגי.³ בין התמורות שחלו בחקר הרגשות בשנים אלה, שתיים רלוונטיות במיוחד למאמר הנוכחי: הראשונה, מציעה שרגשות – בשונה מההליכים מנטאליים אחרים – הם המקור העיקרי של מוטיבציה להתנהגות מכוונת מטרה;⁴ השנייה, מבקשת לעבור מתפיסה דיכוטומית של רגשות – המבחינה אך בין רגשות חיוביים ובין רגשות שליליים – לתפיסה המכירה בהשפעתו הייחודית של כל רגש.⁵

במאמר זה אטען, שראוי שהממצאים לעיל יובאו בחשבון בעת עיצוב גבולות האחריות החוזית, וכי חלק מהדוקטרינות החוזיות עושות זאת כבר כיום. אציע שתי דרכים שבהן ראוי שרגשות הצדדים יובאו לידי ביטוי בעת עיצוב גבולות האחריות החוזית. ראשית, בהיותם של הרגשות המקור העיקרי של מוטיבציה להתנהגות מכוונת מטרה, התגובה הרגשית המתעוררת לנוכח הנסיבות המשפטיות תוחמת את דרכי ההתנהגות הצפויות של האדם הסביר. ראוי, אם כן, שמגבלה זו תבוא לידי ביטוי בעת קביעת גבולות האחריות של היחיד. זאת, בניגוד לעמדה הרווחת, שלפיה ליחיד יש מוטיבציה להפעיל את שיקול דעתו, לזהות

2 לדיון ביקורתי בגישה זו, ראו למשל John Gardner, *The logic of Excuses and the Rationality of Emotions*, 43 J. VALUE INQ. 315, 337 (2009) (“...we need not regard human beings as passive in the face of them. Still less need we hold, with Kant, that ‘affect is like an inebriation that makes one sleep, passion is like a lasting madness.’ Affect is nothing like an inebriation, passion nothing like a madness. Emotion, more generally, is not a kind of pathology.”)

3 ראו למשל CARROLL E. IZARD, *THE PSYCHOLOGY OF EMOTIONS* 14 (1991) (“[a]n emotion is experienced as a feeling that motivates, organizes, and guides perception, thought, and action.”); John Tooby & Leda Cosmides, *The evolutionary Psychology of the Emotions and Their Relationship to the Internal Regulatory Variables*, in *HANDBOOK OF EMOTIONS* 114, 117 (Michael Lewis et al. eds., 3rd ed. 2008); Marcel Zeelenberg & Rik Pieters, *Feeling Is for Doing: A Pragmatic Approach to the Study of Emotions in Economic Behavior*, in *SOCIAL PSYCHOLOGY AND ECONOMICS* 117 (David De Cremer et al. eds., 2006); Roy F. Baumeister et al., *Do Emotions Improve or Hinder the Decision Making Process*, in *DO EMOTIONS HELP OR HURT DECISION MAKING* 11 (Kathleen D. Vohs et al. eds., 2007)

4 ראו למשל Zeelenberg & Pieters, *Feeling Is for Doing*, לעיל ה"ש 3; Marcel Zeelenberg et al., *On Emotion Specificity in Decision Making: Why Feeling Is for Doing*, 3 *JUDGM. & DECIS. MAK.* 18 (2008); Rik Pieters & Marcel Zeelenberg, *A Theory of Regret Regulation 1.1*, 17 *J. CONSUMER PSYCHOL.* 29 (2007). Hila Keren, *Guilt-Free Markets? Unconscionability, Conscience, and Emotions*, 2016 *BYU L. REV.* 427, 460-465 (2016)

5 לדיון ראו Zeelenberg & Pieters, *Feeling Is for Doing*, לעיל ה"ש 3.

קשיים, ולנקוט כל פעולה אפשרית על מנת לוודא שהקשר החוזי רצוי עבורו, ושבדק רב במי שנמנע מביצוע פעולות אלה.⁶

שנית, כיוון שרגשות מחוללים מוטיבציה להתנהגות מסוימת, השפעתו של הדין על רגשות הצדדים מכווניה את התנהגותם. בפרט, קיומה או היעדרה של אחריות חוזית משפיעה על רגשות הצדדים ועל התנהגותם טרם כריתת החוזה ולאחריה. עם זאת, בשונה מהשפעתם של תמריצים אחרים (למשל כלכליים), להשפעתו של הכלל המשפטי על רגשות הצדדים ניתנה תשומת לב מועטה יחסית בספרות החוזית.⁷ ייתכן שזאת לאור גישות השוללות ייחוס חשיבות לרגשות במסגרת הניתוח החוזי-משפטי, למשל בשל התפיסה של המשפט "מדע",⁸ אובייקטיבי ורציונלי, לעומת התפיסה של הרגשות כסובייקטיביים, בלתי-נשלטים ומסתוריים.⁹ במאמר זה אטען, שתאוריות המייחסות חשיבות להכוונת ההתנהגות מחויבות להפנים את השפעת הכלל החוזי על רגשות הצדדים כדי לממש את מטרות הנורמטיביות.⁹ כבר כיום ניתן לראות בחלק מהדוקטרינות החוזיות כמבטאות את האמור לעיל. לביטוי בדין של השפעת הרגשות על התנהגות הצדדים חשיבות רבה. זאת, בין היתר, בשל מרכזיות הגישה האינטרפרטיבית (interpretive theory) במחקר החוזי. לפי גישה זו, על המחקר והתאוריה החוזיים להסביר את דיני החוזים הקיימים תוך אישוש של עמדי התוך המרכזיים שלהם.¹⁰ לכן, בטרם אפנה לדיון הנורמטיבי, אבקש להראות כיצד רגשות הצדדים עשויים להסביר חלקים מרכזיים של דיני החוזים, באמצעות התמקדות ברגש החרטה.

6 כן, למשל, בעוד שהניתוח הכלכלי של דיני החוזים שם דגש רב על יכולת הצדדים לקרוא ולהבין את החוזה, לנקוט אמצעי זהירות, ולבטח כנגד נזקים, אין הוא עוסק במוטיבציה של הצדדים לעשות זאת, אלא מניח את קיומה. ראו Russel Korobkin et al., *The Law of Bargaining*, 87 MARQ. L. REV. 839, 841 (2003) ("Although the general rule is probably still that negotiators have no general disclosure obligation, some courts require bargainers (especially sellers) to disclose known material facts not easily discovered by the other party."); Omri Ben-Shahar & Ariel Porat, *Personalizing Mandatory Rules in Contract Law*, 86 U. CHI. LAW. REV. 255, 274 (2019) ("One of the primary justifications for mandating consumer protections is the concern that consumers do not have the necessary information to demand such protections voluntarily [...] The most straightforward illustration of this protection is personalized mandated disclosure.")

7 ליוצאי דופן בולטים, ראו למשל Shmuel I. Becher & Tal Z. Zarsky, *Open Doors, Trap Doors, and the Law*, 74 LAW & CONTEMPORARY PROBS. 63 (2011); Erick A. Zacks, *Contracting Blame*, 15 U. PA. J. BUS. L. 169 (2012); Eric Zacks, *Shame, Regret, and Contract Design*, 97 MARQ. L. REV. 695 (2014); Keren, *לעיל ה"ש 4*.

8 לדיון וביקורת על דיכטומיה זו שבין משפט לרגשות, ראו Hila Keren, *Valuing Emotions*, 53 WAKE FOREST L. REV. 829, 848-852 (2018) (וההפניות שם).

9 לדיון בהתנגדות העקרונית לשילוב רגשות במשפט, ראו למשל Kathryn Abrams & Hila Keren, *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, 94 MINN. L. REV. 1997, 2003-2021 (2010); Nussbaum, *לעיל ה"ש 1*, בעמ' 11-18.

10 ראו למשל HANOCH DAGAN & MICHAEL HELLER, *THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS* 12-13 (2017).

לרגש החרטה חשיבות מיוחדת בדיני החוזים הן טרם כריתת החוזה הן לאחריה. טרם כריתת החוזה משפיע רגש החרטה על הליך קבלת ההחלטות של הצדדים. לאחר כריתת החוזה, תהא תחושת החרטה של הצדדים הכוח המניע של הסכסוך המשפטי. בהתאם, לאחר שאסקור את השפעתו של רגש החרטה על התנהגות הצדדים, אדגים כיצד השפעה זו מסבירה דוקטרינות חוזיות הגודרות את האחריות החוזית.

במסגרת זו אתמקד בדוקטרינות הטעות המשותפת, הסיכול, חוזה המתנה, וההבטחה הטרום-חוזית. דוקטרינות הטעות המשותפת והסיכול – הפותרות את היחיד מאחריות חוזית – תלויות בזמינותן של דרכי הפעולה, שהמוטיבציה לאמצן מתעוררת על ידי רגש החרטה. בפרט, יכולתו של צד לבטל את החוזה מכוח דוקטרינות אלה כפופה לכך שאימץ דרכי פעולה שאליהן מוביל רגש החרטה המקדים, כחיפוש אחר מידע והתייעצות עם מומחים. עיצוב הדוקטרינות באופן זה מגשים את שתי התכליות שהוצגו לעיל. כיוון שאפשרות ביטול החוזה מותנית בכיצוע הפעולות שלצדדים צפויה להיות המוטיבציה הרגשית לבצען, מותאמים גבולות האחריות החוזית למוטיבציה הרגשית של הצדדים. עיצובו של הדין בדרך זו משמר גם את המוטיבציה הרגשית שמובילה להתנהגות רצויה. לעומת זאת, כשרגש החרטה מוביל להתנהגות שאינה רצויה, מפחיתים דיני החוזים את השפעתו על ידי מתן אפשרות הביטול. במקרים אחרים, דיני החוזים מאפשרים לצד להשתחרר מהקשר החוזי בשל שיקולים מסוג הצדקה (justification). דוגמה לכך הן הנסיבות שבהן רשאי צד להשתחרר מחוזה מתנה גם לאחר שהסתמך עליו הצד שכנגד. במקרה זה, אפשרות הביטול תתקיים בנסיבות שבהן עוצמתו של רגש החרטה גבוהה יחסית. כלומר, דיני החוזים מאפשרים יציאה במקרים שבהם המוטיבציה הרגשית לעשות כן גבוהה במיוחד. בכך, משלב הדין באופן הולם את השפעת רגשות הצדדים ואת התפיסה של הביטול עצמו כמוצדק.

לאור האמור לעיל, יהיה המשך המאמר כלהלן: בפרק הראשון אדון במחקר הפסיכולוגי על אודות תפקיד הרגשות ביצירת המוטיבציה להתנהגות; בפרק השני אתמקד ברגש החרטה ואציג את דרכי ההתנהגות שאליהן הוא מוביל; על יסוד שני פרקים אלה אראה, בפרק השלישי, כיצד רגש החרטה בא לידי ביטוי בעיצוב הכללים המגדירים את גבולות האחריות החוזית; בפרק הרביעי אפנה מהדיון הפוזיטיבי לנורמטיבי ואטען מדוע ראוי שרגשות יבואו לידי ביטוי בעת קביעת גבולות האחריות החוזית ובאיזה אופן; בחלקו האחרון של המאמר אסכם את עיקרי הדברים.

לבסוף, ובטרם אפנה לגופם של דברים, אבקש להוסיף שתי הערות. ראשית, הפנייה לרגשות אינה קריאה לאינדיבידואליזציה של המשפט. להיפך, נקודת המוצא של המחקר הפסיכולוגי היא שהתגובה הרגשית לנסיבות מסוימות משותפת למרבית האנשים, ואף חוצה תרבויות.¹¹ באופן טבעי, למחקר הפסיכולוגי בפרט ולמחקר האמפירי בכלל אין אפשרות

11 פעמים רבות, לתגובה הרגשית קיים ממד חברתי-תרבותי. למשל, פעולה שתעורר תחושת בושה בתרבות אחת עשויה להיתפס כמקובלת חברתית בתרבויות אחרות. כשאלה הם פני הדברים, יש מקום לתת לכך ביטוי גם בדין עצמו. בפרט, כיוון שדיני החוזים הם (לרוב) מדינתיים, ייתכנו מקרים שבהם תגובה רגשית שונה עשויה להוביל להבדל בדין בין מדינות עם תרבויות שונות. למשל, השערה אפשרית – שלא אבקש לבסס במאמר זה – היא שדרישת התמורה מתקיימת בעיקר במדינות אנגלו-אמריקאיות, כיוון שבמדינות אלה קיימת תרבות אינדיבידואליסטית יחסית. עם זאת, בהקשר של המאמר הנוכחי, חלק ניכר מההיבטים הפסיכולוגיים של רגש

לחזות בוודאות מה אדם מסוים יעשה, יחוש, או יחליט בנסיבות קונקרטיות. דבר זה נכון לרגשות כפי שהוא נכון לכלל התופעות הפסיכולוגיות שנרונות בספרות המשפטית. עם זאת, וכפי שנראה להלן, התגובה הרגשית של היחיד אינה שרירותית או מקרית.¹² רגשות הם תגובה לאופן שבו היחיד מעריך את הסביבה ואת השינויים שהתרחשו בה. במוכן זה, אנשים שתפיסתם את המציאות דומה צפויים גם לחוות תגובה רגשית דומה. בכך אין כדי להפגיע. להיפך, קשה היה לקיים חברה אנושית שבה לא ניתן לחזות, במידה רבה של הצלחה, את תגובתם הרגשית של יחידים לאירועים, למעשים, ולתוצאות.¹³ מכאן, שגם הפנייה של המשפט לרגשות יכולה להיות לתגובה הרגשית שאותה ניתן לכנות "סבירה". כלומר, התגובה הרגשית שנצפה כי יחוו הצדדים לחוזה בהינתן אירוע, מעשה או תוצאה מסוימים.¹⁴

שנית, באופן טבעי, הדיון ברגשות מתמקד בהשפעתם על היחיד – בניגוד לתאגיד.¹⁵ כיום, פסיכולוגים העוסקים בחקר הרגשות בסביבה התאגידית רואים בעצם השפעת הרגשות ככזו שאינה מצויה בספק.¹⁶ עם זאת, ההקשר התאגידי עשוי לשנות את אופי ומידת ההשפעה

Seeger M. Breugelmanns et al., ראו למשל, *Generality and Cultural Variation in the Experience of Regret*, 14 EMOTION 1037 (2014) (שם המחברים מצאו דמיון רב בתנאים לקיומם ולהשלכות של רגשות החרטה והאכזבה בארה"ב, הולנד, טייוואן וישראל).

12 לדיון ראו להלן פרק א'.

13 Agneta H. Fischer & Antony S. R. Manstead, *Social Functions of Regret*, in HANDBOOK OF EMOTIONS 456, 456-457 (Michael Lewis et al. eds., 3rd ed. 2008); Paul Ekman, *An Argument for Basic Emotions*, 6 COGN. & EMOT. 169, 171 (1992); Dacher Keltner & Jonathan Haidt, *Social Functions of Emotions in Four Levels of Analysis*, 13 COGN. & EMOT. 505, 511 (1999); Tooby & Cosmides, *The Evolutionary Psychology of Regret*, 3.

14 ניתן להבחין בין תגובה רגשית ממוצעת ובין תגובה רגשית ראויה (appropriate). ואולם, טענה שלפיה (במקרה הרגיל) התגובה הרגשית של מרבית האנשים אינה התגובה הראויה דורשת הסבר מיוחד. כלומר, בהקשר הנוכחי אין מקום להניח פער בין הסביר לבין הממוצע. ראו למשל: Evert A. Van Doorn et al., *How Emotional Expression Shape Prosocial Behavior: Interpersonal Effects of Anger and Disappointment on Compliance with Requests*, 39 MOTIV. & EMOT. 128 (2015); Gerben A. Van Kleef et al., *Emotion is for Influence*, 22 EUR. REV. SOC. PSYCHOL. 114 (2011); וכך Nussbaum, לעיל ה"ש 1, בעמ' 13-17, לדיון בקשר שבין סבירות הרגשות, נורמות חברתיות מקובלות והמשפט.

15 התאגיד עצמו אומנם פועל באמצעות סוכניו האנושיים, אך המסגרת התאגידית עשויה להיות בעלת השפעה מהותית בהקשר זה. ראו למשל Lyle A. Brenner et al., *A Case-Based Model of Probability and Pricing Judgments: Biases in Buying and Selling Uncertainty*, 58 MANAG. SCI. 159 (2012); אשר לתפקידם הייחודי של רגשות בהקשר של התאגיד המשפחתי, ראו Colleen Bee & Donald O. Neubaum, *The role of cognitive appraisal and emotions of family members in the family business system*, 5 J. FAM. BUS. STRATEGY 323 (2014).

16 Anat Rafaeli, *Emotion in Organizations: Considerations for Family Firms*, 3 ENTREPRENEURSHIP RESEARCH J. 295, 296 (2013) ("Thus, although early management thought attempted to separate between 'emotion' and 'business,' it has become clear

של הרגשות על התנהגות סוכני תאגיד.¹⁷ לדוגמה, בעוד שרגש החרטה צפוי להשפיע על היחיד הן כאדם פרטי הן כסוכן התאגיד, הצורך של סוכן התאגיד להצדיק את החלטותיו בפני אחרים עשוי להשפיע על דרכי ההתנהגות שרגש החרטה מוביל לאימוצן.¹⁸ מהות ומידת הפער בין השפעת הרגשות על היחיד לבין השפעתם עליו כסוכן התאגיד תלויות משתנים רבים, דוגמת מידת הזוהר וההזדהות של היחיד עם התאגיד; גודל התאגיד ותפקידו של היחיד במסגרתו; מנגנוני קבלת ההחלטות של התאגיד; ועוד.¹⁹ התחשבות

- Lisa (over the past 30 years that this is impossible and inappropriate.”) Sayegh et al., *Managerial Decision-Making under Crisis: The Role of Emotion in an Intuitive Decision Process*, 14 HUM. RES. MANAG. REV. 179 (2004); Sally Maitlis & Hakan Ozcelik, *Toxic Decision Processes: A Study of Emotion and Organizational Decision Making*, 15 ORGAN. SCI. 375 (2004); Lisa (over the past 30 years that this is impossible and inappropriate.”) Sayegh et al., *Managerial Decision-Making under Crisis: The Role of Emotion in an Intuitive Decision Process*, 14 HUM. RES. MANAG. REV. 179 (2004); Sally Maitlis & Hakan Ozcelik, *Toxic Decision Processes: A Study of Emotion and Organizational Decision-Making Tool?*, 36 MANAG. LEARN. 353 (2005); Sigal G. Barsade & Donald. E. Gibson, *Why Does Affect Matter in Organizations?*, 21 ACAD. MANAG. PERSPECT. 36 (2007); Berend Wierenga, *Managerial Decision Making in Marketing: The Next Research Frontier*, 28 INT. J. RES. MARK. 89 (2011); Gerard Hirigoyen & Rania Labaki, *The Role of Regret in the Owner-Manager Decision-Making in the Family Business: A Conceptual Approach*, 3 J. FAM. BUS. STRATEGY 118 (2012); Rania Labaki, *Beyond the Awakening of a “Sleeping Beauty”: Toward Business Models Inclusive of the Emotional Dimension in Entrepreneurship*, 3 ENTREPRENEURSHIP RESEARCH J. 265 (2013)
- 17 ראו למשל Brenner et al., לעיל ה"ש 15, באשר למידת ואופן תחולתו של אפקט הבעלות בהקשרים מסחריים-כלכליים; וכן Bee & Neubaum, לעיל ה"ש 15, באשר לתפקידם הייחודי של רגשות בהקשר של התאגיד המשפחתי.
- 18 ראו Terry Connolly & Jochen Reb, *Regret Aversion in Reason-Based Choice*, 73 THEORY DECIS. 35, 37 (2012). קונולי ורב עומדים על כך שהשפעתו של רגש החרטה נמצאה דומה במגוון הקשרים (the use of a careful, thoughtful, well-informed decision process) — what Janis and Mann (1977) termed a ‘vigilant’ decision process — seems to be a general-purpose regret-reducing justification across many contexts” — אך הם מוסיפים כי תופעות פסיכולוגיות, כאפקט הפיתיון, עשויות להתעצם בהקשר התאגידי “[M]aking regret salient [...] eliminated the decoy effect, but the accountability manipulation (which was seen as requiring justification to others) had no impact on the decoy effect in one task, (and significantly exacerbated it in the other.” בעמ' 38.
- 19 ראו למשל John R. Hibbing & John R. Alford, *Decision Making on Behalf of Others* (Paper presented at the Annual Meeting of the American Political Science Association, Washington, DC, September 2005) (בניסוי המבוסס על משחק הדיקטטור, מצאו הכותבים כי משתתפים הפועלים כסוכנים של צד שאינו ידוע לרוב ישמרו עבורו על פחות ממחצית מהסכום הכולל. מנגד, כשסוכנים יודעים את זהות המנהל (principle) הם צפויים לשמור עבורו על יותר ממחצית הסכום). עוד ראו Geoffrey P. Miller & Gerald Rosenfeld, *Intellectual Hazard: How Conceptual Biases in Complex Organizations Contributed to the Crisis of 2008*, 33 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 807, 818 (2010) (הכותבים טוענים שהשפעתו של

במשתנים אלה במסגרת המאמר הנוכחי לא תאפשר קיומו של דיון מקיף ומסודר. יתר על כן, התמקדות ביחיד כמושא האחריות החוזית נפוצה בדיון החוזית-תאורטי,²⁰ והטענות המופיעות במאמר משתלבות היטב בדיון זה. מסיבות אלה יתמקד המאמר בהשפעת הרגשות על היחיד ויניח – לצורך הדיון – שקיים דמיון מהותי בין השפעה זו ובין השפעתם על היחיד כסוכן התאגיד.

א. רגשות כמוטיבציה להתנהגות מכוונת מטרה

בסיס לקשר שבין רגשות ובין המוטיבציה האנושית ניתן למצוא כבר בהגדרת רגשות כ"תגובה להתרחשותו של אירוע בעל חשיבות למטרותיו של היחיד".²¹ התגובה הרגשית של היחיד לאירוע נקבעת על פי האופן שבו היחיד העריך (appraised) את האירוע שהתרחש. הערכה זו כוללת היבטים כגון המידה שבה האירוע רלוונטי למטרותיו של היחיד; היות האירוע מקדם מטרות אלה או פוגע בהן; זיהוי הגורם לאירוע (היחיד, אדם אחר, או גורם שאינו אנושי); ומידת יכולתו של היחיד להתמודד עם תוצאות האירוע.²²

- רגש החרטה קיימת בכל ארגון מורכב ובכל זמן, אך קיימים אמצעים המאפשרים ניהול השפעה (הזו).
 20 ראו למשל Seana V. Shiffrin, *The Divergence of Contract and Promise*, 120 HARV. L. REV. 708, 746-749 (2007).
- 21 ראו למשל Nico H. Frijda, *The Laws of Emotion*, 43 AM. PSYCHOL. 349, 351 (1988) ("Emotions arise in response to events that are important to the individual's goals, motives, or concerns."); Daniel Kahneman, *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, 93 AM. ECON. REV. 1449, 1457 (2003) בפרט, רגשות שונים מתחושות, כיוון שהשפעתם אינה מסתכמת בהרגשת הסובייקטיביות שהם מעוררים, אלא היא כוללת גם השלכות התנהגותיות ופיזיולוגיות. בדומה, בעוד שרגשות מעוררים תגובה פיזית ומנטאלית לנוכח הופעתו של גירוי, הסנטימנט הוא יחס כללי כלפי תופעות, מצבים או עצמים, ראו Nico H. Frijda, *The Psychologists' Point of View*, in HANDBOOK OF EMOTIONS 68, (Michael Lewis et al. eds., 3rd ed. 2008) 71. לבסוף, בשונה ממצבי רוח, רגשות הם קצרי מועד, אינטנסיביים, מכווני אובייקט (כלומר, נובעים מסיבה מובחנת) וכוללים שיפוט והערכה של המציאות. מצבי רוח, מנגד, לרוב יימשכו פרקי זמן ארוכים, עוצמתם תהיה נמוכה, והם אינם נובעים (בהכרח) מסיבה מובחנת. ראו John Deigh, *Cognitivism in the Theory of Emotions*, 104 ETHICS 824, 825-830 (1994); Gerben A. Van Kleef et al., *Supplication and Appeasement in Conflict and Negotiation: The Interpersonal Effects of Disappointment, Worry, Guilt, and Regret*, 91 J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 124, 124 (2006).
- 22 לדיון ולסקירה של ממדי הערכה נוספים, ראו למשל Zeelenberg & Pieters, *Feeling Is for Doing*, לעיל ה"ש 3; Prashanth U. Nyer, *A Study of the Relationships between Cognitive Appraisals and Consumption Emotions*, J. ACAD. MARK. SCI. 296, 298 (1997); Julie A. Ruth et al., *Linking Thoughts to Feelings: Investigating Cognitive Appraisals and Consumption Emotions in a Mixed-Emotions Context*, 30 J. ACAD. MARK. SCI. 44 (2002); Nico H. Frijda et al., *Relations among Emotion, Appraisal, and Emotional Action Readiness*, 57 J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 212 (1989).

כל אחד מהרגשות האנושיים מהווה שילוב ייחודי של ממדי ההערכה השונים. לדוגמה, חרטה וכעס נובעים שניהם מתפיסה של אירוע כרלוונטי למטרותיו של היחיד וכבעל השפעה שלילית לגביו. ואולם, בעוד שחרטה נובעת מתפיסה של היחיד את עצמו כגורם לאירוע הבלתי־רצוי, כעס נובע מתפיסת האירוע כתוצאה מפעולותיו של אחר.²³ במובן זה, שני אנשים שחולקים תפיסת מציאות דומה צפוי שיחוו גם תגובה רגשית דומה.

רגשות, אם כן, הם תגובה של היחיד לסביבתו, ובשל כך יש להם תפקיד מהותי בהכוננת התנהגות.²⁴ היכולת של הרגשות להשפיע על ההתנהגות נובעת מכך, שהתגובה הרגשית אינה מתמצה בתחושה סובייקטיבית, אלא משתרעת – באופן מודע ושאינו מודע – גם על התהליכים הקוגניטיביים ועל הפעילות הפיזיולוגית של היחיד.²⁵

טבעם של הרגשות – כתופעה פסיכולוגית מכוונת אובייקט שהשלכותיה חורגות מהשפעתה המודעת ומהתחושה הסובייקטיבית שהיא מעוררת – הוא שמבדיל ביניהם ובין תופעות פסיכולוגיות דומות, כמצבי רוח ודיספוזיציות רגשיות.²⁶ טבעם זה גם מרמז על הקשר שבין הרגשות ובין המוטיבציה האנושית.

הדיון בתפקיד המוטיבציוני של הרגשות עמד במרכז חקר הרגשות בשלושת העשורים האחרונים. סיבה אחת לכך היא, שתפיסת הרגשות כמוטיבציה להתנהגות מסוימת עומדת בניגוד לעמדה המסורתית, שלפיה רגשות מעוותים את שיקול דעתו של היחיד. להיבט המוטיבציוני של הרגשות מופעים רבים. לדוגמה, רגשות נתפסים כמחוללי המוטיבציה

23 ראו Marcel Zeelenberg et al., *Reconsidering the Relation between Regret and Responsibility*, 74 ORGAN. BEHAV. & HUM. DECIS. PROCESS. 254, 267 (1998); Lisa D. Ordonez & Terry Connolly, *Regret and Responsibility: A Reply to Zeelenberg et al.* (1998), 81 ORGAN. BEHAV. & HUM. DECIS. PROCESS. 132, 137-140 (2000); Sunghwan Yi & Hans Baumgartner, *Coping with Negative Emotions in Purchase-Related Situations*, 14 J. CONSUMER PSYCHOL. 303, 306 (2004).

24 ראו למשל Lisa Watson & Mark T. Spence, *Causes and Consequences of Emotions on Consumer Behavior: A Review and Integrative Cognitive Appraisal Theory*, 41 EUR. J. MKT. 487, 491 (2007).

25 כך, למשל, פחד עשוי להיות כרוך בהגברת קצב הלב, הזעה ומיקוד תשומת הלב באיום. לדיון, ראו למשל Piotr Winkielman & Jennifer L. Trujillo, *Emotional Influence on Decision and Behaviors: Stimuli, States, and Subjectivity*, in DO EMOTIONS HELP OR HURT DECISION MAKING 69, 73 (Kathleen D. Vohs et al. eds., 2007); Myeong-Gu Seo & Lisa Feldman Barrett, *Being Emotional During Decision Making – Good or Bad? An Empirical Investigation*, 50 ACAD. MANAG. J. 923, 924 (2007).

26 ראו Frijda, *The Psychologists' Point of View*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 73; ההבחנה באה לידי ביטוי גם במחקר הפנומנולוגי, ראו למשל Hagi Kenaan & Ilit Ferber, *Moods and Philosophy*, in PHILOSOPHY'S MOODS: THE AFFECTIVE GROUNDS OF THINKING 3 (Hagi Kenaan & Ilit Ferber eds., 2011). ראוי לציין, ששלוש התופעות הפסיכולוגיות אינן בלתי־קשורות. למשל, הסנטימנט "פחד מכלבים" יהפוך במהרה לרגש "פחד" עם הופעתו של כלב, והרגש "פחד" עשוי להותיר אחריו "שובל" של מצב רוח רע. ראו Jeff T. Larsen et al., *The Psychophysiology of Emotion*, in HANDBOOK OF EMOTIONS 180, 181 (Michael Lewis et al. eds., 3rd ed. 2008).

להתחיל בהליך קבלת ההחלטות, ובתוך כך כמי שמתערפים בין הנושאים השונים שלגביהם ניתן לקבל החלטות.²⁷ המוטיבציה הרגשית, במילים אחרות, עומדת ביסוד מטא-החלטות. קיומה של תגובה רגשית הוא תנאי חיוני לשינוי התנהגות גם בנסיבות שבהן יודע היחיד שהשינוי ישיא את תועלתו האישית. כלומר, פעמים רבות לא תספיק המודעות לתועלת שבשינוי ההתנהגות כדי לאמצו בפועל, והיחיד ישנה את התנהגותו רק אם המודעות הזו תלווה בתגובה רגשית.²⁸ רגשות נתפסים גם כמי שיוצרים "נכונות לפעולה" (action readiness), באופן שמצביע על הקשר החיוני שבין רגשות ובין מוטיבציה להתנהגות מכוונת מטרه.²⁹ תימוכין לתפקיד המוטיבציוני של הרגשות להתנהגות מכוונת מטרה ניתן למצוא במחקרים מתחומים רבים של המחקר הפסיכולוגי,³⁰ הרואים קשר הדוק בין רגשות לבין הכוונת התנהגותו של היחיד.

על יסוד האמור לעיל החלו פסיכולוגים להתמקד בקשר שבין רגשות ובין מוטיבציה להתנהגות מכוונת מטרה. במסגרת זו, הציעו כמה חוקרים את גישת ה"רגשות כמניע לפעולה" (feeling is for doing), המושתתת על חמישה עקרונות מרכזיים.³¹ שניים מהם חשובים במיוחד לדיון הנוכחי: הראשון, שהמערכת הרגשית היא המערכת המוטיבציונית העיקרית להתנהגות מכוונת פעולה (בשונה מהתנהגות רפלקסיבית או אינסטינקטיבית); והשני, שכל אחד מהרגשות האנושיים – כדוגמת כעס, חרטה, שמחה – משרת תפקיד מוטיבציוני מובחן, שאינו מאפשר רדוקציה להיותו רגש חיובי או שלילי. לדוגמה, אף שאכזבה וכעס הם רגשות שליליים, המוטיבציה ודרכי ההתנהגות שנובעות מכל אחד מהם שונות.³² שילוב של שני

27 ראו Christopher J. Anderson, *The Function of Emotions in Decision Making and Decision Avoidance*, in *DO EMOTIONS HELP OR HURT DECISION MAKING* 183, 185-186 (Kathleen D. Vohs et al. eds., 2007).

28 ראו למשל Antoine Bechara et al., *Deciding Advantageously Before Knowing the Advantageous Strategy*, 275 *SCIENCE* 1293 (1997).

29 ראו Frijda, *The Psychologists' Point of View*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 72.

30 ראו למשל Mark Conner & Christopher J. Armitage, *Extending the Theory of Planned Behavior: A Review and Avenues for further Research*, 28 *J. APPLIED SOC. PSYCHOL.* 1429, 1446-1448 (1998); Tracy Sandberg & Mark Conner, *Anticipated Regret as an Additional Predictor in the Theory of Planned Behaviour: A Meta-Analysis*, 47 *BRIT. J. SOC. PSYCHOL.* 589 (2008); Tooby & Cosmides, לעיל ה"ש 3.

31 ראו Zeelenberg & Pieters, *Feeling Is for Doing*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 121. להלן חמשת העקרונות שמציינים הכותבים: (1) "The emotional system is the primary motivational system for goal-directed behavior; (2) Each specific emotion serves distinct motivational functions in goal striving; (3) These motivational functions cannot be reduced to the overall valence of the specific emotions; (4) The distinct motivational functions are rooted in the experiential qualities of the specific emotions; (5) Emotions can be either endogenous (an integral part) or exogenous (environmentally invoked) to the goal-striving process, their effect on behavior being contingent on their perceived relevance to the current goal."

32 אכזבה צפויה להוביל להתרחקות ולהתנתקות ממושא האכזבה, בעוד כעס מעורר את המוטיבציה להתגבר על המכשול מעורר הכעס. לדיון בהשפעות המוטיבציוניות של אכזבה, ראו Yi &

העקרונות הללו יחדיו מלמד, שלרגשות הצפויים להתעורר בנסיבות שונות יש חשיבות מכרעת לדרכי ההתנהגות שאותן צפוי היחיד לאמץ.³³ בשל חשיבותו לחיים האנושיים בכלל ולדיני החוזים בפרט,³⁴ יתמקד המאמר הנוכחי בהיבט הפונקציונלי-מוטיבציוני של הרגשות, ויותר את הדיון בהיבטים הנוספים למחקרים עתידיים.³⁵ הדיון בתפקיד המוטיבציוני של הרגשות מוביל להבחנה חשובה נוספת לענייננו. ככלל, רגשות עשויים להיות רגשות נחווים (experienced) ורגשות מקדימים (anticipated). רגשות נחווים הם התגובה הרגשית לאירוע שהתרחש בפועל (או שנתפס ככזה). רגשות מקדימים הם תוצר של חשיבה על אפשרות התרחשותו העתידית של אירוע כאמור.³⁶ לדוגמה, החמצת טיסה צפויה לעורר רגשות נחווים, כחרטה; מי שאך מדמיין את התרחשותו העתידית של אירוע זה צפוי לחוש ברגש החרטה המקדים. רגשות מקדימים ונחווים, ראוי להבהיר, הם שני מופעים של אותו הרגש. ואולם, כיוון שהרגשות המקדימים יתעוררו לפני מעשה והרגשות הנחווים לאחר מעשה, כל אחד מהם יוביל לדרכי התנהגות שונות. ההבחנה בין רגשות מקדימים לנחווים היא נדבך מרכזי במאמר זה, והיא עומדת גם ביסוד חלק מהגישות הפסיכולוגיות שלפיהן תפקידם של הרגשות הוא לחולל מוטיבציה להתנהגות מכוונת מטרה. דוגמה לכך היא תאורמת הסמן הסומטי. על פי תאורמה זו, תפקידם של

-
- Baumgartner, לעיל ה"ש 23, בעמ' 313-314; לדיון על השפעת הכעס על ההתנהגות, ראו Elizabeth A. Lemerise & Kenneth A. Dodge, *The Development of Anger and Hostile Interactions*, in HANDBOOK OF EMOTIONS 730 (Michael Lewis et al. eds., 3rd ed. 2008) 33
- הראייה ברגשות כמחוללי מוטיבציה שונה מהותית מגישות אחרות הרואות בהם את מטרת ההתנהגות האנושית. לתפיסה זו, ראו למשל Barbara M. Mellers et al., *Decision Affect Theory: Emotional Reaction to the Outcome of Risky Option*, 8 PSYCHOL. SCI. 423 (1997) על פי הגישות מהסוג האחרון, רגשות הם מרכיב נוסף (או בלעדי) במסגרת שיקולי העלות-תועלת של היחיד, והשפעתם מהווה חלק מהליך רפלקטיבי של קבלת החלטות. לעומת זאת, גישות המתמקדות בהיבט המוטיבציוני של הרגשות אינן רואות ברגשות את מטרת ההתנהגות, והשפעתם על ההתנהגות תתואר לרוב כבלתי-מודעת. הברל עקרוני נוסף בין הגישות, הוא בין תפיסה של רגשות כיעד בפני עצמו, ובין תפיסתם כמי שדוחפים את היחיד להגשמת יעדים שאינם רגשיים במהותם. כלומר, שהשאיפה להגשימם אינה נובעת מהרגשות שאותם צפויה הגשמת היעד לעורר.
- ראו למשל Marcel Zeelenberg et al., *Emotion, Motivation and Decision Making: A Feeling is for Doing Approach*, in INTUITION JUDGMENT AND DECISION MAKING 173 (Henning Plessner et al. eds., 2007) 34
- לדוגמה, המאמר לא ידון בתפקיד הרגשות ביצירת משמעות אישית, חברתית או סמלית. לעניין זה, ראו למשל Eva Illouz, *Emotions, Imagination and Consumption: A New Research Agenda*, 9 J. CONSUMER CULT. 377 (2009) 35
- ראו למשל ANTONIO R. DAMASIO, DESCARTES' ERROR: EMOTION, REASON AND THE HUMAN BRAIN 131-139 (1994) Baumeister et al.; לעיל ה"ש 3, בעמ' 24; Hans Baumgartner et al., *Future-oriented emotions: Conceptualization and behavioral effects*, 38 EUR. J. SOC. PSYCHOL. 685 (2008) 36

רגשות נחווים הוא לאפשר למידה והכוונת התנהגות על ידי הותרת סמן סומטי. האחרון, בא לידי ביטוי בעת קבלת החלטות עתידית, באמצעות הרגשות המקדימים.³⁷ בהמשך המאמר אדון בהשלכות של יישום התפיסה המוטיבציונית של הרגשות על עיצוב גבולות האחריות החוזית. עוד קודם לכן, בשני הפרקים הבאים אראה כיצד השפעת הרגשות על התנהגות הצדדים מאפשרת להסביר את גבולות האחריות החוזית בדיני החוזים הקיימים.

ב. רגש החרטה: מאפיינים, מוטיבציה והתנהגות

לרגש החרטה מעמד ייחודי בחיים האנושיים, כפי שעולה מכתבתם של פסיכולוגים ופילוסופים כאחד.³⁸ הקשר בין חרטה ובין דיני החוזים הוא טבעי עד כדי כך, שלעיתים החשש שמי מהצדדים יתחרט הוא ההסבר למתן התוקף המשפטי להסכם שביניהם.³⁹ רגש החרטה אינו ממצה את הקשר שבין רגשות ובין דיני החוזים. להיפך, ביסוד המאמר עומד הרעיון שלפיו מגוון נרחב של רגשות – כמו שמחה, רוממות רוח, כעס, אכזבה – עשויים להסביר את האופן שבו מעוצבים גבולות האחריות החוזית. עם זאת, הבחירה להתמקד ברגש החרטה בדיון הנוכחי אינה מקרית, שכן מלבד היותו קשור באופן הדוק לדיני החוזים, הוא גם מהשכיחים והמשפיעים שברגשות האנושיים.⁴⁰

במחקר הפסיכולוגי מוגדרת חרטה כרגש שלילי – כלומר, רגש שתחושתו הסובייקטיבית אינה נעימה ("כאב פסיכולוגי") – המתעורר כשתוצאות החלופה שנבחרה נתגלו כפחותות בטיבן מתוצאות החלופה שלא נבחרה.⁴¹ מהגדרה זו נובעים שניים ממאפייניו המרכזיים של רגש החרטה: ראשית, כיוון שהוא נובע מהשוואה בין תוצאות החלופות, קיומה של יכולת

37 Antoine Bechara & Antonio R. Damasio, *The Somatic Marker Hypothesis: A Neural Theory of Economic Decision*, 52 GAMES & ECON. BEHAV. 336 (2005)

38 2 SOREN KIERKEGAARD, EITHER/OR 159 (Howard V. Hong & Edna H. Hong eds. & trans., 2003) (1843) ("I see it all perfectly; there are two possible situations – one can either do this or that. My honest opinion and my friendly advice is this: do it or do not do it – you will regret both."); HENRY DAVID THOREAU, THE JOURNAL OF HENRY DAVID THOREAU (1837-1855), at 95 (Bradford Torrey & Francis H. Allen eds., 1962) ("To regret deeply is to live afresh.")

39 ROBERT E. SCOTT & JODY S. KRAUS, CONTRACT LAW AND THEORY 1 (4th ed. 2007) ("The study of contracts is the study of the legal enforcement of promises. When a person promises to do something in the future but later changes her mind about performing the promised act, will or should the law intervene and 'enforce' the promise?")

40 Pär Bjälkebring et al., *Regulation of Experienced and Anticipated Regret in Daily Decision Making*, 16 EMOTION 381 (2016) (בניסוי אינטרנטי שנערך במשך 8 ימים דיווחו המשתתפים כי התחרטו על 30% מהחלטותיהם וציפו להתחרט על כ-70% מהן); וכן Colleen Saffery & Amy Summerville, *Praise for Regret: People Value Regret above other Negative Emotions*, 32 MOTIV. & EMOT. 46 (2008)

41 Daniel T. Gilbert et al., *Looking Forward to Looking Backward: The Misprediction of Regret*, 15 PSYCHOL. SCI. 346, 346 (2004); Thomas Gilovich & Victoria

בחירה היא תנאי הכרחי לקיומו;⁴² ושנית, חרטה אפשרית רק כשניתן לדעת – או לשער – מה יהיו תוצאות החלופה שלא נבחרה,⁴³ וכשהשוואה בין התוצאות השונות אפשרית.⁴⁴ מאפיין נוסף של רגש החרטה הוא תחושת אשם עצמי, שמקורה בייחוס האחריות לטיב ההחלטה ותוצאותיה למקבל ההחלטות עצמו.⁴⁵ בהקשר זה, נהוג להבחין בין שני מופעים של רגש החרטה: האחד, חרטה ביחס לתוצאה (outcome regret), עוסקת ביחס שבין טיב תוצאות החלופות בלבד ואינה כרוכה בתחושת אשם עצמי; והשני, חרטה ביחס להליך קבלת ההחלטות (process regret), חרטה הנובעת מתפיסה של הליך קבלת ההחלטות כפגום ומעוררת תחושת אשם עצמי.⁴⁶ במקרים רבים יתלכדו מופעים אלה יחדיו, אך כל אחד מהם עשוי להתעורר גם בלא האחר.⁴⁷ ההבחנה בין מופעים אלה של רגש החרטה, ראוי לציין, תמשיך ותשרת אותנו בהמשך המאמר.⁴⁸

לבסוף, הדיון להלן יתמקד בחרטה תוך-אישית (intrapersonal regret), שנובעת מהחלטה שגרמה נזק למקבל ההחלטות עצמו, והיא שרלוונטית לשאלת גבולות האחריות החוזית, ולא בחרטה בין-אישית (interpersonal regret) שנובעת מהחלטה שגרמה נזק לאחר, הדומה במאפייניה לרגש האשם,⁴⁹ ורלוונטית יותר לדיני הנזיקין והעונשין.

1. רגש החרטה המקדים

הבנה של גבולות האחריות החוזית בהקשר של רגש החרטה מחייבת דיון בהשפעותיו על המוטיבציה של הצדדים. באופן טבעי, בשלב הטרום-חוזי, רלוונטית המוטיבציה שנובעת מרגש החרטה המקדים – הרגש המתעורר בעת קבלת החלטה חוזית. לאחר כריתת החוזה, ומשנתגלו תוצאותיו הבלתי-רצויות, רגש החרטה הנחוה הוא שיהיה בעל משמעות. השפעתו של רגש החרטה המקדים על המוטיבציה האנושית אוששה בניסויים ובהקשרים רבים.⁵⁰ בהיותו רגש שלילי הוא מתמרץ התנהגות שמטרתה להפחית את עוצמתו, ושמוכנה

-
- M. Husted, *The Experience of Regret: What, When, and Why*, 102 *PSYCHOL. REV.* 379, 379-380 (1995)
- Marcel Zeelenberg & Rick Pieters, *A Theory of Regret Regulation 1.0*, 17 *J. CONSUMER PSYCHOL.* 3, 6 (2007) 42
- Eric Van Dijk & Marcel Zeelenberg, *On the Psychology of 'If Only': Regret and the Comparison Between Factual and Counterfactual Outcomes*, 97 *ORGAN. BEHAV. & HUM. DECIS. PROCESS.* 152 (2005) 43
- שם. 44
- Terry Connolly & Marcel Zeelenberg, *347*, *בעמ' 41*, לעיל ה"ש 41, *Gilbert et al.*, *Regret in Decision Making*, 11 *CURR. DIR. PSYCHOL. SCI.* 212 (2002) 45
- Connolly & Zeelenberg, לעיל ה"ש 45. 46
- שם. 47
- ראו להלן ה"ש 61-58 ו-97 והטקסט הנלווה להן. 48
- Marcel Zeelenberg & Seger M. Breugelmans, *The Role of Interpersonal Harm in Distinguishing Regret from Guilt*, 8 *EMOTION* 589, 594 (2008) 49
- Marcel Zeelenberg et al., *On Bad*; 24, *בעמ' 3*, לעיל ה"ש 3, *Baumeister et al.*, *Decisions and Disconfirmed Expectancies: The Psychology of Regret and Disappointment*, 50

"רגולציה של רגש החרטה המקדים".⁵¹ בפסקאות הבאות אתאר את דרכי ההתנהגות שרגש החרטה המקדים מניע לאמץ. המשותף לדרכי התנהגות אלה הוא, שאימוצן בפועל מוביל להפחתת עוצמתו של רגש החרטה המקדים.⁵² מכאן, שאימוץ כל אחת מדרכי ההתנהגות מפחית את המוטיבציה לאמץ דרכי פעולה נוספות מסוג זה. במובן זה, דרכי התנהגות אלה חלופיות זו לזו.⁵³ כפי שנראה להלן, דרכי ההתנהגות שאליהן מוביל רגש החרטה המקדים והיותן חלופיות זו לזו, עומדות במרכז הקשר שבין רגש החרטה המקדים ובין גבולות האחריות החוזית.

בהקשר החוזי, הרגולציה של רגש החרטה המקדים באה לידי ביטוי בחמש דרכי התנהגות עיקריות: (א) הבטחת אפשרות הביטול; (ב) קונפורמיות לנורמות חברתיות; (ג) חיפוש אחר מידע; (ד) העברת האחריות לאחר; (ה) הימנעות מהחלטה ושמירה על המצב הקיים.⁵⁴ להלן הסבר קצר על כל אחת מהדרכים.

הקשר בין הבטחת אפשרות הביטול ובין הפחתת עוצמתו של רגש החרטה המקדים הוא טבעי.⁵⁵ כשבכוחו של מקבל ההחלטות לשנות את החלטתו בדיעבד, אין הוא חושש להתחרט עליה. עדות טובה לכך ניתן למצוא בחוזים צרכניים. בחוזים אלה, ספקים רבים מעניקים לצרכנים את זכות הביטול באופן וולונטרי במטרה להגדיל את נכונותם לרכוש מוצרים.⁵⁶ בשל הקשר שבין חרטה ובין תחושת אשם עצמי, רגולציה של רגש החרטה המקדים אפשרית גם על ידי הבטחת היכולת להצדיק את הבחירה שנעשתה. כלומר, אפשר להפחית את עוצמת החרטה על ידי בחירה בחלופה שנתפסת כמוצדקת. הצדקת הבחירה מתקשרת לשתי דרכי התנהגות: האחת, קונפורמיות לנורמות חברתיות – מאפשרת רגולציה של רגש

14 COGN. & EMOT. 521, 534-535 (2000); Jochen Reb, *Regret Aversion and Decision Process Quality: Effect of Regret Salience on Decision Process Carefulness*, 105 ORGAN.

.BEHAV. & HUM. DECIS. PROCESS. 169, 170 (2008)

51 בהקשר זה, ובהמשך לדיון על אודות הגישות הרואות ברגשות כמחוללי מוטיבציה, ראוי לציין שחקר הרגולציה של הרגשות הוא מתחומי המחקר העיקריים בפסיכולוגיה של הרגשות. לסקירה ראו James J. Gross, *The Emerging Field of Emotion Regulation: An Integrative Review*, 2 REV. GEN. PSYCHOL. 271 (1998)

52 ראו למשל Zeelenberg & Pieters, *A Theory of Regret Regulation 1.0*, לעיל ה"ש 42.

53 אף שהמנגנון המוטיבציוני-רגשי פועל באמצעות ויסות העוררות הרגשית, אין להבין את ויסות הרגשות כמטרתו האולטימטיבית. להיפך, העוררות הרגשית והדרכים לוויסותה נועדו להגשים מטרות שחשיבותן אינה נובעת מהרגשות שאותם הן מעוררות.

54 ראו Zeelenberg & Pieters, *A Theory of Regret Regulation 1.0*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 12. שם.

56 על השפעה זו של זכות הביטול הצרכני ראו סיני דויטש "זכות הצרכן לחרטה מעסקה: הצדקות, היסטוריה חקיקתית וניתוח כלכלי" **שערי משפט** ט 121, 133-137, 147 (2017) ("העובדה שגם בין בעלי העסקים 14% סבורים שהיתה עלייה מסוימת (קלה או משמעותית) בהיקף המכירות עקב כניסת התקנות – מאחר שהצרכנים יודעים שביכולתם להתחרט ולקבל את כספם בחזרה – היא הוכחה לכך שגם בעולם העסקים מבינים את היתרונות שבתקנות ביטול עסקה."); Louis E. Wolcher, *The Accommodation of Regret in Contract Remedies*, 73 IOWA L. REV. 797, 801 (1987)

החרטה המקדים משום שפעולה החורגת מנורמות אלה נתפסת כמחייבת הסבר מיוחד, ולהיפך;⁵⁷ השנייה, חיפוש אחר מידע – קשורה לתפיסה שלפיה החלטה הנסמכת על מידע רב יותר הינה מוצדקת יותר.⁵⁸

שתי דרכי ההתנהגות הנוספות המאפשרות רגולציה של רגש החרטה המקדים הן העברת האחריות לאחר, והימנעות מהחלטה (ובתוך כך שמירה על המצב הקיים). בהקשר החווי, העברת האחריות לאחר נעשית על ידי התייעצות עם מומחים טרם קבלת ההחלטה החוויית. פעולה זו מפחיתה את עוצמתו של רגש החרטה המקדים על ידי ניתוק הקשר שבין מקבל ההחלטה ובין האחריות לטיבה.⁵⁹

הימנעות מההחלטה האם להתקשר בחוזה כוללת פעולות שהופכות את הבחירה לשמור על המצב הקיים לבחירה משתמעת בלבד.⁶⁰ זאת, לדוגמה, באמצעות הימנעות ממצבים שבהם תתקבל הצעה לחוזה או הדחקה או התעלמות מהצעה כאמור. כיוון שבחירה היא תנאי מוקדם לחרטה, התנהגות מסוג זה תפחית את עוצמתו של רגש החרטה המקדים.

2. רגש החרטה הנחוה

לאחר כריתת החוזה צפוי להתעורר רגש החרטה הנחוה, כשמי מהצדדים מגלה שתוצאות הקשר החווי פחותות בטיבן מתוצאות החלופות לחוזה, או כשהליך קבלת ההחלטות נתפס כפגום. ברומה לרגש החרטה המקדים, רגש החרטה הנחוה יעורר גם הוא את המוטיבציה לנקוט דרכי פעולה שיובילו לרגולציה שלו.⁶¹

שתי דרכי התנהגות המאפשרות רגולציה של רגש החרטה הנחוה רלוונטיות לענייננו. הראשונה היא שינוי הבחירה שנעשתה. מששונתה הבחירה הלא רצויה תפחת מידת החרטה על קבלתה מלכתחילה. ייחודה של התנהגות זו הוא בכך שרגשות אחרים המתעוררים לנוכח תוצאות בלתי-רצויות, למשל רגש האכזבה, אינם מובילים אל דרך התנהגות זו.⁶² בהקשר החווי, שינוי ההחלטה יתאפשר במקרים שבהם הדין (או החוזה) מגביל את האחריות החוויית של הצד הרוצה בכך.

57 לעניין זה, ראו למשל Zeelenberg & Pieters, *A Theory of Regret Regulation 1.0*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 12; Christopher J. Anderson, *The Psychology of Doing Nothing: Forms of Decision Avoidance Result from Reason and Emotion*, 129 PSYCHOL. BULL. 139, 148-149, 152 (2003).

58 זאת, יש לציין, אף אם בפועל לא שיפר המידע את איכות ההחלטה. ראו למשל Connolly & Reb, לעיל ה"ש 18, בעמ' 48.

59 ראו Kin Fai Ellick Wong & Jessica Y. Y. Kwong, *The Role of Anticipated Regret in Escalation of Commitment*, 92 J. APPL. PSYCHOL. 545 (2007).

60 ראו Zeelenberg et al., *On Bad Decisions*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 534; Zeelenberg & Pieters, *A Theory of Regret Regulation 1.0*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 12; לביסוס נויורולוגי של הקשר בין רגש החרטה ובין הבחירה לדבוק במצב הקיים, ראו Fischer & Manstead, לעיל ה"ש 13, בעמ' 457.

61 ראו Zeelenberg & Pieters, *A Theory of Regret Regulation 1.0*, לעיל ה"ש 42.

62 ראו Marcel Zeelenberg & Rik Pieters, *Comparing Service Delivery to What Might Have Been: Behavioral Responses to Regret and Disappointment*, 2 J. SERV. RES. 86 (1999).

כששינוי ההחלטה אינו אפשרי, צפוי רגש החרטה להוביל ל"עבודת תיקון פסיכולוגית". כלומר, פעולות שמטרתן השלמה עם התרחשות התוצאה הבלתי-רצויה והתמקדות ביתרונותיה.⁶³

ג. רגש החרטה וגבולות האחריות החוזית

בפרק הקודם דנתי בדרכי ההתנהגות שרגש החרטה מעורר את המוטיבציה לאמץ. פרק זה יראה כיצד דרכי ההתנהגות אלה מספקות הסבר ייחודי לאופן שבו מעוצבים גבולות האחריות החוזית. חלקו הראשון של הפרק יעסוק ברגש החרטה המקדים וחלקו השני ברגש החרטה הנחוה. בשני המקרים, כפי שנראה, קיים יחס – ישיר או הופכי – בין עוצמתו של רגש החרטה ובין תחולתם של כללים הגודרים את האחריות החוזית.

טרם אפנה לדיון עצמו ראוי להבהיר, שבקיומו של "יחס ישיר" כוונתי היא לכך שככל שעוצמתו של רגש החרטה רבה יותר, כך קיימת סבירות גבוהה יותר שהצד שחש חרטה יוכל להשתחרר מהקשר החוזי.

בהקשר של רגש החרטה המקדים, קיומו של יחס ישיר מורכב מעט. זאת, משום שהקשר בין הרגש ובין הדין מתווך על ידי שני מאפיינים: המידה שבה הנסיבות צפויות לעורר את רגש החרטה המקדים, והיכולת של הצדדים לחוזה לבצע רגולציה שלו באמצעות דרכי ההתנהגות שפורטו לעיל. בהתאם, יחס ישיר בין רגש החרטה המקדים ובין גבולות האחריות החוזית יבוא לידי ביטוי בכך שהדין יגביל את האחריות החוזית במקרים שבהם, בשל הנסיבות, עוצמתו של רגש החרטה המקדים גבוהה מלכתחילה והאפשרות היחידה של הצדדים לבצע רגולציה של רגש זה היא הימנעות מכריתת החוזה. זאת, משום שאי-מימוש הרגולציה, כאשר היא אפשרית, מעיד על מוטיבציה נמוכה לעשות כן, כלומר, על כך שעוצמתו של רגש החרטה המקדים הייתה נמוכה מלכתחילה.

1. רגש החרטה המקדים – עילות הטעות המשותפת והסיכול

חשיבותו של רגש החרטה המקדים בעיצוב גבולות האחריות החוזית מקבל ביטוי בשתי דוקטרינות מרכזיות, שמסייגות את האחריות החוזית: הטעות המשותפת והסיכול. כפי שיידון להלן, ביחס לשתי העילות, כשקיימת אפשרות לבצע רגולציה של רגש החרטה המקדים – כלומר כשעוצמתו צפויה להיות נמוכה יחסית – לא צפויים להתקיים התנאים להחלת הדוקטרינות. לעומת זאת, כשאינן אפשרות לבצע רגולציה של רגש החרטה המקדים, סיכוי רב יותר שיחולו הסייגים לאחריות החוזית.

טרם הדיון הפרטני אזכיר, שרגש החרטה אינו הרגש היחיד שרלוונטי לדוקטרינות אלה. להיפך, בנסיבות הרלוונטיות צפויים להתעורר גם רגשות אחרים, דוגמת אכזבה או שמחה. בהתאם, הבנה מלאה יותר של הדין תחייב דיון במכלול הרגשות שצפויים להתעורר בנסיבות הנדונות ובדרכי ההתנהגות שנובעות מהם.⁶⁴ עם זאת, ניתן ללמוד רבות גם מהדיון ברגש החרטה לבדו.

63 ראו Daniel T. Gilbert & Jane E. J. Ebert, *Decisions and Revisions: The Affective* 63
Forecasting of Changeable Outcomes, 82 J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 503, 503-504 (2002)

64 לדיון ראשוני ראו להלן פרק ד'.

ככלל, הדיון באחריות החוזית מתחיל מתפיסה של דיני החוזים כמשיתים אחריות קפידה על הצדדים. כלומר, האחריות לקיים את החיובים החוזיים אינה תלויה בהתנהגותם של הצדדים או במידה שבה הפרת החוזה נגרמה באשמתו של אחד מהם.⁶⁵ עם זאת, זוהי נקודת המוצא לדיון בלבד. בפועל, דיני החוזים מכירים במגוון נסיבות ואירועים שעשויים לסייג את האחריות החוזית. בפרט, דוקטרינות רבות מסייגות את אחריות הצדדים – הן קיומה והן היקפה – ועושות זאת על יסוד התנהגות הצדדים טרם כריתת החוזה ולאחריה.⁶⁶ דוקטרינות הטעות המשותפת והסיכול הן דוגמאות לסייגים אלה של האחריות החוזית.⁶⁷ הסייג לאחריות חוזית בשל עילת הטעות המשותפת – וברדן הישראלי טעות שעליה לא ידע הצד שכנגד⁶⁸ – מושגת על חמישה יסודות עיקריים: (א) תפיסה שגויה של המציאות (טעות במובנה המשפטי);⁶⁹ (ב) היעדר ידיעה של הצד שכנגד על אודות טעות; (ג) קיומו של קשר סיבתי בין הטעות ובין הנכונות להתקשר בחוזה; (ד) היות הטעות בעלת השפעה מהותית על החוזה ("יסודיות הטעות"); (ה) הסיכון ביחס לטעות לא ניטל על ידי הצד המבקש את ביטול החוזה ("מבחן הסיכון").⁷⁰

חמישה תנאים דומים מתקיימים גם ביחס לעילת הסיכול, שלפיה פטור מאחריות חוזית יתאפשר, בהינתן: (א) התרחשותו של אירוע מסכל; (ב) היות האירוע בלתי-צפוי; (ג) הצדדים לא יכלו למנוע את התרחשות האירוע המסכל ("היעדר אשם"); (ד) האירוע הקשה באופן

- 65 ראו למשל Richard A. Posner, *Let us Never Blame a Contract Breaker*, 107 MICH. L. REV. 1349 (2009).
- 66 ראו למשל George M. Cohen, *The Fault Lines in Contract Damages*, 80 VA. L. REV. 1225 (1994); אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני החוזים (1997).
- 67 החוזה כמוסד עשוי לעורר את רגש החרטה המקדים באופן משמעותי יותר מהסדרים בין-אישיים אחרים, בשל התפיסה של החוזה כמבסס אחריות קפידה. לכן, דרך אחת להבין את הסייגים לאחריות הנדונים בחלק זה היא כסייג לאחריות הקפידה ופנייה לשיקולי אשם. לדיון באשם בדיני החוזים ראו OMRI BEN SHAHAR & ARIEL PORAT, *FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW* (2010).
- 68 ס' 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), אשר קובע כי "מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, על פי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה".
- 69 ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 668 (1993) (להלן: חוזים ב) ("טעות ניתן להגדיר כפעור בין דימויה של המציאות לבין המציאות כפי שהיא. מכיוון שהחלטתו (או 'רצונו') של אדם בדבר נקיטת פעולה מתגבשת על יסוד נתונים שהוא מאמין בקיומם, הרי שטעות לגבי נתונים אלה פוגעת ברצון שגרם לפעולה. טעות היא, איפוא, פגם תודעתי (קוגניטיבי) ברצון.").
- 70 ראו ע"א 7920/13 כרמל נ' טלמון, פס' 12 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 29.2.2016) (להלן: עניין כרמל); חוזים ב, לעיל ה"ש 69, בעמ' 667, 668-674, 695-701, 727, 757-758; איל זמיר "טעות והטעה בכריתת חוזה" ספר אור – מאמרים לכבודו של השופט תאודור אור 203, 227-233 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013). לתנאים דומים החלים בדן האמריקאי, ראו Restatement (Second) of Contract §§ 150-154 (1981).

קיצוני על ביצוע החוזה או פגם משמעותית בשווי התמורה החוזית ("סיכול המטרה"); (ה) הצד המבקש להשתחרר מאחריות לא נטל את הסיכון להתרחשות האירוע.⁷¹ כפי שניתן לראות, קיים דמיון רב בין העילות, והוא בא לידי ביטוי בקיומם של אירוע או עובדה בלתי-ידועים או צפויים (תנאים א' ו-ב'), בדרישת ההשפעה המהותית על החוזה (תנאי ד'), ובתחולתו של מבחן הסיכון (תנאי ה').⁷² עם זאת, במהלך השנים, הפכו בתי המשפט בישראל את עילת הסיכול ל"אות מתה".⁷³ לכן, ועל אף רמזים לשינוי במגמה זו,⁷⁴ הדיון בסיכול במאמר זה ייעזר בפסקי דין מהמשפט האמריקאי, שעילת הסיכול שבו מבוססת על עקרונות דומים לאלה שבדין הישראלי אך מיושמת באופן נרחב מעט יותר.⁷⁵ משעמדתי על היסודות העיקריים של העילות, אבקש לבחון את הקשר בינם ובין רגש החרטה המקדים. כזכור, שני מאפיינים רלוונטיים לשאלת השפעתם של הרגשות על גבולות האחריות החוזית הקבועים בדין: ראשית, המידה שבה הנסיבות צפויות לעורר את רגש החרטה המקדים; ושנית, היכולת לבצע רגולציה של רגש זה. ביחס למאפיין הראשון, כזכור, רגש החרטה צפוי להתעורר כשניתן ללמוד על תוצאות החלופה שלא נבחרה; כשניתן להשוות בין תוצאות החלופות השונות; וכשהחלופה שלא נבחרה הניבה תוצאות עדיפות. תנאים אלה צפויים להתקיים בנסיבות שלהן רלוונטיות עילות הטעות המשותפת והסיכול.

דוגמה לקיומם של מאפיינים אלה בעילת הטעות המשותפת היא מי שכרת חוזה למכר מקרקעין שהצדדים הניחו כי ייעודם הוא לחקלאות בלבד, אך לאחר מעשה נתגלה שייעודם הוא למגורים. בנסיבות אלה, גילוי הטעות צפוי ללמד על תוצאות החלופה שלא נבחרה –

71 ראו ע"א 4893/14 זועבי נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, פס' 30-31 ו-36 (פורסם בנבו 3.3.2016) (להלן: עניין זועבי) ("סעיף הסיכול וסעיף סיכול מטרת השכירות) דורשים התקיימות תנאי הצפיות, קרי, אי-ידיעה או אי-צפייה מראש של הנסיבות המסכלות, בפועל או בכוח [...]. התנאי השני המשותף לשני הסעיפים הוא של היעדר יכולת הטוען לסיכול למנוע את הנסיבות המסכלות. תנאי זה מצריך בחינה סובייקטיבית. קרי, יש לבחון אם המפר הספציפי (ולא המפר ה"סביר") הטוען לסיכול יכול היה למנוע את הנסיבות המסכלות [...] סעיף 18 (א) לחוק התרופות דורש שינוי נסיבות שהופך את קיום החוזה לשונה באופן יסודי מהמוסכם, ואילו סעיף 15 (א) לחוק השכירות כולל דרישה מחמירה יותר, במובן זה שדרושות נסיבות שלא יאפשרו את קיום מטרת ההסכם" (ההדגשות במקור); לדיון ראו למשל ברק מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה בהצעה לחוק דיני ממונות: פוליטיקה ומשפט בניסוח קוד אזרחי" משפטים לו 453 (2007); דינאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 411, 414-415 (2003).

72 לעניין זה ראו חוזים ב, לעיל ה"ש 69, בעמ' 714.

73 ראו מדינה, לעיל ה"ש 71.

74 ראו למשל ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נר(5) 506 (2000); עניין זועבי, לעיל ה"ש 71.

75 Restatement (Second) of Contract § 261 (1981) ("Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.")

דוגמת מכירת המקרקעין על פי שווי ייעודם בפועל; ההשוואה בין תוצאות החלופות קלה יחסית; והיא צפויה ללמד על עדיפות החלופה שלא נבחרה. דברים דומים נכונים גם ביחס לעילת הסיכול. לדוגמה, בעניין טיילור (Taylor)⁷⁶ נדון חוזה להשכרת אולם הופעות, אלא שבזמן שבין כריתת החוזה לבין ביצועו נשרף האולם כליל. בנסיבות אלה יכול המשכיר (לכל הפחות) להשוות בקלות יחסית בין תוצאות החלטתו להתקשר בחוזה ובין תוצאות החלופה של הימנעות מהקשר החוזי, באופן שילמד בקלות על עדיפות החלופה שלא נבחרה. בדומה להיבטים אחרים בפרק זה, האמור לעיל דן ברגש החרטה שצפוי להתעורר לאחר גילוי תוצאות החלופות. כלומר, ברגש החרטה הנחוה. עם זאת, ניתן להקיש ממנו גם ביחס לרגש החרטה המקדים. בשלב הטרומ-חוזי, רגש החרטה המקדים יתעורר כשצד לחוזה "מכיר"⁷⁷ באפשרות שהנסיבות לעיל יתקיימו בעתיד. במילים אחרות, די בהכרה של צד כי הוא עשוי להחזיק בתפיסה שגויה ביחס לאחת ההנחות (או ההערכות) שביסוד החוזה – אף אם אינו יודע באיזו מהן – כדי שיתעורר רגש החרטה המקדים.⁷⁸

הנסיבות הכרוכות בעילות הטעות המשותפת והסיכול צפויות לעורר את רגש החרטה המקדים בשלב הטרומ-חוזי. מכאן, שהבנת גבולות האחריות החוזית לאור השפעתו של רגש החרטה המקדים דורשת התמקדות בקשר שבין הדין ובין דרכי ההתנהגות המהוות רגולציה של רגש זה.⁷⁹ כפי שנראה להלן, מתאם זה מתקיים בפועל. כלומר, במקרים שבהם הצד המבקש להשתחרר מהחוזה היה יכול לבצע רגולציה של רגש החרטה המקדים, סביר פחות שיתקיימו התנאים לתחולת העילות, ולהיפך. דברים אלה מלמדים, שבנסיבות שבהן עוצמתו של רגש החרטה המקדים צפויה להיות גבוהה יחסית – קרי, מקרים שבהם אין אפשרות לבצע רגולציה שלו – סבירות רבה יותר שתוגבל האחריות החוזית.

ביטוי בולט לאמור לעיל ניתן למצוא באפשרות לבצע רגולציה של רגש החרטה באמצעות חיפוש אחר מידע רלוונטי. קיומה של אפשרות זו מהווה שיקול משמעותי כנגד תחולתן של עילות הטעות המשותפת והסיכול. זאת, משום שהאפשרות לחפש אחר מידע מתפרשת

76 Taylor v. Caldwell, (1863) 122 Eng. Rep. 309 (K.B.)

77 במסגרת פרק זה אשתמש ב"מכיר" כדי לבטא את קיומו של ייצוג מנטאלי, מודע או שלא, בדבר האפשרות שנסכיבות מסוימות יתרחשו. כלומר, התפיסה המינימלית הנדרשת לשם תגובה רגשית. לעניין זה, ראו למשל Robert B. Zajonc, *Feeling and Thinking: Preferences Need Inferences*, 35 Am. Psychol. 151 (1980).

78 ראו למשל ALLEN E. FARNSWORTH, ALLEVIATING MISTAKES: REVERSAL AND FORGIVENESS OF FLAWED PERCEPTIONS 198 (2004); MICHAEL J. TREBILCOCK, THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT 127-130 (1993).

79 כזכור, אלה כוללות: (א) הבטחת אפשרות הביטול; (ב) קונפורמיות לנורמות חברתיות; (ג) חיפוש אחר מידע; (ד) העברת האחריות לאחר; (ה) שמירה על המצב הקיים.

ברין כסיבה להקצות את הסיכון לטעות לצד המבקש להשתחרר מהקשר החוזי,⁸⁰ וכאפשרות לצפות את התרחשותו של האירוע המסכל בעילת הסיכול.⁸¹ היכולת לחפש אחר מידע משפיעה על גבולות האחריות החוזית גם כשאין היא רלוונטית לשאלת הקצאת הסיכון. לדוגמה, בעניין בייזמן פרעה חברת בייזמן (הרוכשת) את ההלוואה לרכישת המקרקעין שנטל חליווה (המוכר), כחלק מעסקת מכר המקרקעין בין הצדדים.⁸² לאחר מעשה נתגלה שהמוכר אינו בעל הזכויות במקרקעין, ובייזמן תבעה מהבנק את השבת התשלום בשל טעות משותפת. אף שבית המשפט קיבל את טענתה של בייזמן, חובת ההשבה של הבנק צומצמה בחצי בשל היכולת של בייזמן לחפש אחר מידע רלוונטי. זאת, אף שיכולת זאת לא נתפסה על ידי בית המשפט כנטילת הסיכון על ידי בייזמן או כמבססת אשם באי-גילוי הטעות.⁸³ כלומר, אם נקבל את פסק הדין כלשונו, היכולת לחפש אחר מידע הרחיבה את גבולות האחריות החוזית מבלי להשפיע על שאלת האשם או חלוקת הסיכון.⁸⁴ בדרך זו, כפי שיידון בסופו של פרק זה, משמר המשפט את המוטיבציה של הצדדים לחפש אחר מידע ולנקוט פעולות נוספות הנתפסות כרצויות.

האפשרות לרבוך בנורמות מקובלות צפויה גם היא לשלול את תחולתן של עילות הטעות המשותפת והסיכול. בדומה לאפשרות לחפש אחר מידע, גם במקרה זה "מבחן הסיכון" הוא הכלי המשפטי שבאמצעותו מתממש הקשר שבין היכולת לבצע רגולציה של רגש החרטה ובין קביעת גבולות האחריות החוזית. דוגמה לכך, אף שביחס לעילת

80 ראו למשל חוזים ב, לעיל ה"ש 69, בעמ' 718. לצורכי המחשה, מפנים פרידמן וכהן אל ע"א 619/85 אילטקס בע"מ נ' רשות הנמלים, פ"ד מב(1) 713, 717 (1988), שבו נדחתה טענת טעות של מי שרכש את תחולתו של מחסן ובו גיליילי בד תמורת מחיר כולל, בשל הנחתו השגויה ביחס לכמות הגיליילים. בהחלטתו הסתמך בית המשפט על יכולתו של הרוכש לגלות בקלות יחסית את המידע על אודות מספר הגיליילים; עוד ראו TREBILCOCK, לעיל ה"ש 78, בעמ' 132-133; Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfiled, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 83 (1977).

81 ראוי להבהיר שרגולציה של רגש החרטה באמצעות חיפוש אחר מידע אינה זהה לשאלת הצפיות או להבחנה שבין צפיות טכנית ונורמטיבית. לדוגמה, צפיות של מלחמה אינה כרוכה (בהכרח) בחיפוש אחר מידע, והמידע הרלוונטי לרוב לא יהיה זמין לצדדים (ראו אריאל פורת "חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה" עיוני משפט טז 65, 82-83 (1991) (להלן: פורת "חלוקת אחריות"). צפיות, אם כן, אינה מחייבת פעולה אקטיבית. מנגד, חיפוש אחר מידע הוא פעולה אקטיבית שמטרתה מציאת מידע חדש. המתאם עם רגש החרטה המקדים מתבטא בכך, שבהינתן אפשרות לעשות כן, ייטה בית המשפט שלא לאפשר את ביטול החוזה בשל סיכולו.

82 דנ"א 10901/08 בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד סה(1) 350 (2011) (להלן: דיון נוסף בייזמן).

83 ע"א 1445/04 בייזמן השקעות בע"מ נ' חליווה (חליבה) פ"ד סג(1) 429, פס' 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008). השופטת פרוקצ'יה מסתמכת על פסק דינה בערעור גם בדיון הנוסף שנערך בסוגיה. ראו דיון נוסף בייזמן, לעיל ה"ש 82, פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

84 בעניין בייזמן הובילה היכולת לחפש אחר מידע לצמצום זכות החרטה ולא לשלילתה המלאה, וזאת בשל מעמדו של הבנק כמוסד המיומן במתן הלוואות. לעניין זה ראו נילי כהן "שניים אוחזים: קניין, אחריות ותחרות" משפט ועסקים יח 177 (2014).

ההטעיה, ניתן למצוא בעניין מיליקובסקי.⁸⁵ באותו מקרה, כמה אנשי עסקים התקשרו עם מיליקובסקי כדי שהאחרון ישקיע את כספם על בסיס "מודל 50 המניות" שפיתח. זאת, אף שהצדדים ידעו שלמיליקובסקי אין רישיון לייעוץ או לניהול תיקי השקעות. משאבדו מרבית כספי ההשקעה תבעו המשקיעים את מיליקובסקי בטענת הטעיה, היות ולא יישם את המודל בפועל. בית המשפט דחה את התביעה מכמה נימוקים,⁸⁶ ורלוונטיים במיוחד הם דברי הסיכום של דעת הרוב:

פסק דין זה אינו עוסק בנורמות האמורות לחול על יועץ השקעות או מנהל קרנות מקצועי [...] ענייננו בקבוצה של משקיעים, שנראה שהם מצויים בעולם העסקי והם מבינים היטב את משמעות ההתקשרות עם המערערים, שבחרו במודע לצאת להרפתקה פיננסית בהובלתו של אדם שהצהיר על עצמו שאין הוא בעל הסמכה לעסוק בניהול השקעות, בתקווה שגישתו לשוק ההון, כפי שבאה לידי ביטוי בפילוסופיית ההשקעות אותה הגה, תניב רווחים. מדובר בסיכון מחושב שנלקח מראש.⁸⁷

כפי שניתן לראות, מעבר לנימוקים המשפטיים-דוקטרינרים, הייתה זו החלטתם המודעת והמכוונת של התובעים לחרוג מדרך התנהגות מקובלת – השקעה באמצעות יועץ או מנהל קרנות מקצועי – שהובילה את בית המשפט להרחיב את גבולות האחריות החוזית בהשוואה לנורמות החלות על מי שאימץ נורמות אלה. כלומר, במונחי הריון הנוכחי, התובעים בחרו שלא לבצע רגולציה של רגש החרטה המקדים אף שהייתה להם האפשרות המעשית לעשות זאת, ולכן לא התאפשר להם להתחרט ולבטל את החוזה מכוח עילת הטעות המשותפת. דוגמה נוספת – בהקשר של דוקטרינת הסיכול – היא הסכמים הכוללים שימוש בטכניקות ייצור החורגות מנורמות מקובלות בתעשייה. במקרים אלה, כשאימוץ הטכניקה החדשה יצר קושי מהותי בביצוע החוזה, הצד שביקש את אימוצה ייתפס כמי שנטל על עצמו את הסיכון שהתממש. לדוגמה, בעניין וגמטיק (Wegematic),⁸⁸ הציעה האחרונה לספק לממשלת ארצות הברית מערכת מחשוב שאותה תיארה כ"פריצת דרך מהפכנית". לאחר שזכתה במכרז גילתה החברה שפיתוח המערכת יקר וארוך משמעותית משהעריכה. בית המשפט דחה את טענת החברה לסיכול, כשהוא מתבסס על אופן תיאור המערכת על ידי החברה כנימוק להטיל עליה את הסיכון שהתממש.⁸⁹ בדומה, כשהמזמין הוא שביקש

85 ע"א 8052/13 מיליקובסקי נ' מיטלמן (פורסם בנבו, 13.7.2016) (להלן: עניין מיליקובסקי).

86 עיקר המחלוקת המשפטית הייתה ביחס לשאלה: האם תקנון ההשקעה, שהותיר למיליקובסקי שיקול דעת נרחב, גובר על "המצג" למשקיעים שלפיו כספיהם יושקעו בהתאם לשיטה שפיתח מיליקובסקי? ראו שם, פס' ב' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין. על שאלה זו השיבה דעת הרוב בחיוב. ראו שם, פס' 1-2 לפסק דינו של השופט עמית.

87 שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט זילברטל.

88 United States v. Wegematic Corp., 360 F.2d 674 (2d Cir. 1966)

89 שם, בעמ' 676 ("We see no basis for thinking that when an electronics system is promoted by its manufacturer as a revolutionary breakthrough, the risk of the revolution's occurrence falls on the purchaser")

להשתמש בטכניקות ייצור מהפכניות ואלה יצרו קושי משמעותי בביצוע החוזה, צמצמו בתי המשפט בארצות הברית את האחריות הספק.⁹⁰

האפשרות להעביר את האחריות לאחר מהווה גם היא שיקול כנגד תחולתן של עילות הטעות המשותפת והסיכול. בעניין כרמל נדונה עסקת מכר מקרקעין שהצדדים הניחו שייעודם הוא למסחר בלבד.⁹¹ משנתגלה שייעודם של המקרקעין הוא מעורב – ומכאן שערכם גבוה בהרבה מהמחיר החוזי – ביקש המוכר לבטל את החוזה בשל טעות. דעת הרוב דחתה את הטענה. סיבה אחת לכך, שתידון בהמשך, היא קיומה של תניית “as is” בחוזה. סיבה מרכזית נוספת הייתה כישלוננו של המוכר להתייעץ עם שמאי, על אף הצהרתו שייעשה כן. במילים אחרות, קיומה של האפשרות הממשית להעביר את האחריות באמצעות התייעצות עם אחר – ובכך לבצע רגולציה של רגש החרטה המקדים – הייתה ביסוד דחיית הטענה לטעות משותפת.⁹²

במובן רחב יותר, עניין כרמל מציג היטב את היחס השונה של הדין לסוגי פגמים בהליך קבלת ההחלטות. מחד גיסא היה זה פגם בהליך קבלת ההחלטות – התפיסה השגויה של ייעוד המקרקעין – שהיווה את הבסיס לעילת הטעות המשותפת. מאידך גיסא, פגם אחר בהליך – כישלוננו של המוכר להתייעץ עם מומחה – ששלל את תחולת העילה. על היבט זה של דיני החוזים אוסיף בסופו של פרק זה.

עניין כרמל ממחיש גם את חשיבות היכולת לבצע רגולציה באמצעות הבטחת אפשרות הביטול. ככלל, דיני החוזים עצמם – באמצעות עילות הטעות המשותפת והסיכול – הם שמעניקים את אפשרות הביטול. באופן טבעי, מי שוויתר על אפשרות זו – למשל באמצעות קביעת תניית “as is” – לא יוכל עוד ליהנות מאפשרות הביטול המוענקת בדין.⁹³ דברים דומים נכונים גם ביחס לעילת הסיכול ותניית “כוח עליון” (Force Majeure).⁹⁴ תניה זו עשויה להרחיב או לצמצם את הנסיבות שבהן תתאפשר יציאה מהחוזה בשל התרחשותו של אירוע מסכל, ותחולתה של עילת הסיכול תהיה (לרוב) כפופה להסכמת הצדדים.

90 ראו National Presto Industries, Inc. v. United States, 338 F.2d 99 (Ct. Cl. 1964), *cert. denied* 380 U.S. 962 (1965), שם דובר על כך שבחוזה לייצור פגזים דרשה ממשלת ארה"ב מהספק להשתמש בטכניקת ייצור חדשנית. הטכניקה הובילה לעלויות גבוהות מהצפוי ולהפסדים משמעותיים לספק. דעת הרוב קבעה, שכיוון שהצדדים שגו בהערכתם את עלות הייצור, עליהם לחלוק בהפסד שנגרם מהשימוש בהליך החדשני.

91 עניין כרמל, לעיל ה"ש 70, פס' 10 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

92 שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

93 לדוגמה, בהקשר של חוזה מכר, התניה מקצה את הסיכון לטעות ביחס למכר באופן שאינו מאפשר לקונה לבטל את החוזה בשל טעות הנוגעת לאופיו או לטיבו. לעניין זה, ראו למשל *Lenawee County Bd. of Health v. Messerly* 331 N.W.2d 203 (Mich. 1982); ע"א 5054/11 ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד) בע"מ נ' אמסטר, פס' 21 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 7.3.2013); עניין כרמל, לעיל ה"ש 70, פס' 13-15 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (במקרה ייחודי זה, פורשה התניה כפועלת כנגד המוכר).

94 הקשר בין השניים מוכר עד כדי כך, שהספרות הפסיכולוגית מציגה את תניית Force Majeure כדוגמה להתנהגות מסוג הבטחת אפשרות הביטול. ראו *Zeelenberg & Pieters, A Theory of Regret Regulation 1.0*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 12.

לסיכום, בנסיבות שבהן יכולים הצדדים לבצע רגולציה של רגש החרטה – בין שעשו זאת בפועל או בין שלא – נוטים בתי המשפט שלא לקבל טענות לטעות משותפת וסיכול. תוצאה זו מבטאת את הרעיון שלפיו, ככל שעוצמתו של רגש החרטה המקדים פחותה, כך יקטן הסיכוי שתסויג האחריות החוזית. בדומה, ואף שפטור מאחריות לא יינתן בכל מקרה שבו הייתה עוצמתו של רגש החרטה המקדים גבוהה,⁹⁵ האחרונה מהווה אינדיקציה לתחולתן.

* * *

בשלב זה ניתן להציע שלוש מסקנות ביניים על אודות הקשר שבין רגש החרטה המקדים ועיצובם של גבולות האחריות החוזית. ראשית, ראינו לעיל שדרכי ההתנהגות המהוות רגולציה של רגש החרטה הן חלופיות זו לזו. מכאן, שבמקרים שבהם הדין מעניק אפשרות להשתחרר מהחובה – כשמבטיח הוא את אפשרות הביטול – צפויה להיפגע המוטיבציה לאמץ אחת מדרכי ההתנהגות האחרות. במילים אחרות, בהימנעות הדין מלבצע רגולציה של רגש החרטה המקדים עבור הצדדים, הוא משמר את המוטיבציה שלהם לעשות זאת בדרכים אחרות. לעומת זאת, כשאין לצדדים אפשרות לבצע רגולציה של רגש החרטה אלא על ידי הימנעות מהחלטה ושימור המצב הקיים – קרי, הימנעות מהעסקה – הדין מבצע רגולציה זו עבורם על ידי הענקת האפשרות להשתחרר מהחובה. במובן זה, מבטא הדין את השלכותיו של רגש החרטה על המוטיבציה של הצדדים.

שנית, ולפחות על פניו, דרכי ההתנהגות שרגש החרטה המקדים הוא הבסיס המוטיבציוני לאימוץ הן בעלות חשיבות מיוחדת כשבוחר הדין האם לפטור צד מאחריות חוזית. במסגרת המאמר הנוכחי לא אציע בסיס אמפירי לטענה זו. ואולם, נדמה שחיפוש אחר מידע, התייעצות עם מומחים, ואימוץ נורמות התנהגות מקובלות, הן דרכי ההתנהגות המרכזיות שדיני החוזים בוחנים כשהם שוקלים האם ראוי לפטור צד מאחריות – וזאת בשונה מדרכי התנהגות אחרות העשויות לשרת מטרות דומות.⁹⁶ בפרק הבא אטען שישנן סיבות טובות לעשות כן. כבר כעת ניתן לומר, שאילו אכן אלה פני הדברים, מבטא הדין אינטואיציה רכה על אודות חשיבות הרגשות לקביעת גבולות האחריות החוזית.

שלישית ולבסוף, רגש החרטה המקדים מסביר את היחס השונה של דיני החוזים ל"פגמים" שונים בהליך קבלת ההחלטות. מחד גיסא, עילות הטעות המשותפת והסיכול יחולו רק בהינתן "פגם" כאמור – תפיסה שגויה של המציאות או הערכה שגויה ביחס לעתיד. מאידך גיסא, כשהליך קבלת ההחלטות הוא "פגום" במובן המעורר את רגש החרטה ואת תחושת האשם העצמי הכרוכה בו – דוגמת מקרים שבהם ההתנהגות חורגת מנורמות מקובלות או שלא נערך חיפוש אחר מידע – תישלל תחולתן של העילות.⁹⁷ ככלל, וכפי שיידון גם

95 לדוגמה, בנסיבות שבהן עוצמתו של רגש החרטה המקדים גבוהה, אך הצד המבקש את ביטול החובה הוא המבטח היעיל ביותר של הסיכון. לעניין אחרון זה, ראו George G. Triantis, *Unforeseen Contingencies: Risk Allocation in Contracts*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS* 100, 100-112 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000).

96 לדיון במגוון דרכי ההתנהגות והשיקולים שעשויים היו להדריך את בתי המשפט בעת הקצאת הסיכון בין הצדדים, ראו למשל Posner & Rosenfiled, לעיל ה"ש 80.

97 לקשר שבין רגש החרטה ותחושת אשם ולהבחנה בין חרטה בשל התוצאה וחרטה בשל הליך קבלת ההחלטות, ראו לעיל ה"ש 45-48 והטקסט הנלווה להן.

בהמשך, ניתן לראות בפגמים המכוננים את אפשרות החרטה החוזית כפגמים שאין היחיד יכול או נדרש לתקנם. לעומת זאת, פגמים מהסוג השני הם כאלה שהיחיד נתפס כמי שיכול ואף נדרש לתקנם. מכאן, שלרגשות יש תפקיד גם בהבניית תפיסת האשם בדיני החוזים.⁹⁸

2. רגש החרטה הנחוה – חוזה המתנה ואחריות בשלב הטרומ-חוזי

בתת-פרק זה אפנה למקרים שבהם גבולות האחריות החוזית נקבעים על פי התנהגות הצדדים לאחר מעשה, ושבהם רגש החרטה הנחוה הוא שרלוונטי: חוזה המתנה וההבטחה הטרומ-חוזית. בניגוד לרגש החרטה המקדים, מוביל רגש החרטה הנחוה למגוון מצמצם של דרכי התנהגות: ביטול ההחלטה (קרי, הקשר החוזי) וקבלה של התוצאה הבלתי-רצויה על ידי "עבודת תיקון פסיכולוגית".

(א) חוזה המתנה

בשונה מחוזים אחרים, דיני החוזים מכירים בתפקיד הרגשות ביצירתו ועיצובו של חוזה המתנה.⁹⁹ אף שיש הרואים ביסוד הרגשי של חוזה המתנה כמקור לחשש,¹⁰⁰ חוקרים מתחום המשפט והרגשות הציעו שרגשות הכרוכים בחוזה המתנה עשויים דווקא להצדיק מתן תוקף משפטי לחוזה מסוג זה.¹⁰¹

בדין הישראלי, מי שהתחייב לתת מתנה לאחר רשאי לחזור בו מהתחייבות זו,¹⁰² אלא אם כן שינה אותו אחר את מצבו לרעה בעקבות ההתחייבות.¹⁰³ בנסיבות אלה, תהיה היציאה מחוזה המתנה אפשרית רק בהתקיים אחד משני חריגים:¹⁰⁴ (א) שינוי לרעה במצבו הכלכלי של נותן ההתחייבות; (ב) יחס מחפיר של מקבל ההתחייבות למתנה כלפי נותן ההתחייבות או בני משפחתו. בפסקאות שלהלן נראה, שהמקרים שבהם מגביל הדין את האחריות החוזית הם גם אלה שצפוי להתעורר בהם רגש החרטה הנחוה בעוצמה רבה יחסית.

עוד קודם לכן, אבקש להציג את הנחת העבודה של הדין. כזכור, רגש החרטה הנחוה הוא תוצר של השוואה בין תוצאות החוזה בפועל ובין תוצאות החלופה לחוזה. בהקשר של חוזה המתנה משמעות הדברים היא שהצד שמתחייב לתת מתנה עשוי להתחרט רק אם הוא מצפה ל"תמורה" מהחוזה – תוצאה שאותה יוכל להשוות עם תוצאות החלופות. באופן

98 לדיון במקומו של האשם בדיני החוזים, ראו למשל BEN SHAHAR & PORAT, לעיל ה"ש 67; פורת הגנת אשם תורם, לעיל ה"ש 66.

99 ראו למשל Carol M. Rose, *Giving, Trading, Thieving, and Trusting: How and Why Gifts Become Exchanges, and (More Importantly) Vice Versa*, 44 FLA. L. REV. 295 (1992); Melvin A. Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, 85 CALIF. L. REV. 821, 824 (1997).

100 ראו למשל Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 COLUM. L. REV. 799, 799 (1941).

101 ראו Hila Keren, *Considering Affective Considerations*, 40 GOLDEN GATE U. L. REV. 165, 169 (2010). קרן מציעה שבמקרים שבהם להבטחה לתת מתנה יש השפעות רצויות על רגשות הצדדים, ראוי להכיר בתמורה רגשית כתמורה במובנה החוזי.

102 ס' 5(א) לחוק המתנה התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המתנה).

103 ס' 5(ב) לחוק המתנה.

104 ס' 5(ג) לחוק המתנה.

טבעי, חוזה המתנה אינו כרוך בתמורה חוזית לנותן ההתחייבות. ואולם, תגובה רגשית אינה מחייבת קיומה של תמורה במובנה החוזי-משפטי.¹⁰⁵ לכן, במסגרת הדיון שלהלן אאמץ כהנחת עבודה את התפיסה של חוזה המתנה ככרוך במידה של "תן-וקח" בדמות הכרת התודה וחיוזוק מערכת היחסים עם מקבל ההתחייבות למתנה, אף שאלה אינם עולים לכדי תמורה במובנה החוזי-משפטי.¹⁰⁶ תפיסה זו תואמת גם את האינטואיציה שלפיה, בפועל, מי שהתחייב לתת מתנה עשוי לחוש חרטה על החלטתו. אלמלא היה חוזה המתנה כרוך בתמורה כלשהי, חרטה על כריתתו לא הייתה אפשרית.¹⁰⁷

כדומה לדיון ברגש החרטה המקדים, השאלה הראשונה היא האם צפוי חוזה מתנה לעורר את רגש החרטה הנחוה. כאמור לעיל, תנאי להתעוררותו של רגש החרטה הוא היכולת להשוות בין תוצאות החלופה שנבחרה לבין אלה של החלופה שלא נבחרה. חוזה המתנה מעלה קושי ייחודי בהקשר זה. זאת, משום שההשוואה הנדרשת היא בין חיוזוק מערכת היחסים והכרת התודה ובין התוצאות של החלופות האפשריות של חוזה המתנה. לדוגמה, השוואה עם תוצאות החלופה של הימנעות מחוזה המתנה – והיחסון הכספי הכרוך בה – תדרוש המרה של הכרת התודה וחיוזוק מערכת היחסים לערכם הכספי. הצורך לעשות כן לא רק שמעורר קושי בפני עצמו,¹⁰⁸ אלא עשוי להיתפס כקומודיפיקציה פסולה ולכן כפעולה

105 לדיון, ראו MARCEL MAUSS, THE GIFT: FORM AND FUNCTIONS OF EXCHANGE IN ARCHAIC SOCIETIES 69-76 (Ian Cunnison trans., 1966); ROY KREITNER, CALCULATING PROMISES: THE EMERGENCE OF MODERN AMERICAN CONTRACT DOCTRINE 86-87 (2007) ;Rose, לעיל ה"ש 99, בעמ' 299-301.

106 ביטוי לרעיון זה ניתן למצוא גם במשפט הישראלי. ראו למשל ע"א 350/96 וייסר נ' שביט, פ"ד נב (5) 797, 814 (1999) ("לאור מאפייניה הנזכרים של המתנה נגזרת מחובת תום-הלב המוטלת על המקבל חובתו לנהוג כלפי הנותן בהכרת תודה, ככבוד ובודרך ארץ").

107 דחיית רעיון ההרדיות שבחוזה המתנה תוביל למסקנה שחרטה אינה רלוונטית לסוג חוזה זה. כשהתוצאה העתידית של הקשר החוזי אינה בעלת חשיבות לנותן ההתחייבות, אין משמעות לשאלת עדיפותן של תוצאות החלופות לחוזה. לעניין זה, ראו למשל, Joseph Siprut, *The Peppercorn Doctrine Reconsidered: Why a Promise to Sell Blackcare for Nominal Consideration is not Binding, But Should Be*, 97 Nw. U. L. REV. 1809, 1832 (2003) ("To say that one asks for nothing in return is not to say one expects nothing in return").

בדברים אלה אין כדי לסתור את הרעיון של מתנה כמונעת גם מהדאגה לאחר או מהנאה של היחיד מהנאת האחר (warm glow). אלא, אפשר שחוזה המתנה כולל הן דאגה אלטרואיסטית לאחר (או הנאה מהתועלת שהאחר מפיק) והן ציפייה לתמורה בדמות הכרת התודה של האחר. לדיון בחוזה המתנה כנובע מאלטרואיזם או מהנאה מתועלת שהאחר מפיק מקבלת המתנה, ראו למשל Kenneth J. Arrow, *Gifts and Exchanges*, 1 PHILOS. & PUB. AFF. 343 (1972).
 108 חריג אפשרי הוא מקרים שבהם נותן ההתחייבות למתנה מתחרט על סוג המתנה, אך לא על גובהה או על זהות מקבלה. ואולם, בנסיבות שבהן הצד שכנגד שינה מצבו לרעה, נצפה שיהיו אלה מקרים נדירים יחסית.

שיש להימנע ממנה.¹⁰⁹ קושי דומה עשוי להתקיים גם בסוגי חוזים אחרים.¹¹⁰ חוזה המתנה ייחודי, כיוון שקושי זה אינו תלוי נסיבות אלא אינהרנטי לחוזה.¹¹¹ חוסר היכולת להשוות בין תוצאות החלופות צפוי למנוע את התעוררותו של רגש החרטה הנחוה בהקשר של חוזה המתנה. עם זאת קיימים שני סוגי מקרים שבהם רגש החרטה הנחוה צפוי להתעורר: האחד, כשנותן ההתחייבות למתנה לא זכה לתמורה כלשהי; והשני, כשהתמורה שלה זכה מקבל המתנה הפכה חסרת ערך עבורו.¹¹² בנסיבות אלה, ההשוואה עם תוצאות החלופה לחוזה אינה דורשת המרה של התמורה החוזית לערך אחר. זאת, אם משום שלא נתקבלה תמורה כלשהי או אם משום שאבד כל ערכה. בהתאם, במקרים אלה, יוכל נותן ההתחייבות למתנה לרעת שהחלופה של הימנעות מהחוזה הייתה עדיפה על פני כריתתו. ומכאן, שצפוי להתעורר רגש החרטה הנחוה.

המעניין הוא שבנסיבות לעיל, שבהן צפוי להתעורר רגש החרטה הנחוה, צפויים גם לחול שני הסייגים לאחריות החוזית הקבועים בדיון. כך, סביר שהסייג לאחריות הנובע מהתנהגות מחפירה כלפי נותן ההתחייבות למתנה או כלפי משפחתו, מתאר מצבים שבהם איבד נותן ההתחייבות למתנה עניין בהכרת תודתו של הצד האחר ובחזיון הקשר עימו. כלומר, מקרים שבהם הפכה התמורה החוזית לחסרת ערך עבור מקבלה.¹¹³

סירובו של מקבל ההתחייבות למתנה לשחרר את נותן ההתחייבות מהחוזה בשל שינוי לרעה במצבו הכלכלי של האחרון מהווה עדות לכפיות הטובה של הראשון.¹¹⁴ כלומר היא

- 109 ראו למשל Eyal Zamir, *Tastes, Values, and the Future of Law and Economics*, 16 JERUSALEM REV. L. STUD. 101 (2017); Russel Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203, 1229-1231 (2003); Enrico Rubaltelli & Sergio Agnoli, *The Emotional Cost of Charitable Donations*, 26 GUIDO CALABRESI, THE FUTURE OF LAW AND COGN. & EMOT. 769, 770-771 (2012) .ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION 24-40 (2016).
- 110 למשל, ייתכן שהקושי להשוות בין ההנאה הצפויה מרכישת חבילת נופש ובין שלווה הנפש שנובעת מהחזר הלוואה אינו פחות מהקושי בהשוואה שמעורר חוזה המתנה.
- 111 אוסיף, שגם השוואה בין האפשרות של מתן המתנה לאדם אחר – הדורשת השוואה בין טיב הכרת התודה של אנשים שונים – סביר שתעורר קושי דומה. העובדה שחוזה המתנה אינו צפוי לעורר תחושת חרטה עשוי גם להסביר מדוע סכסוכים רבים הקשורים בחוזה המתנה אינם בין הצדדים המקוריים לחוזה, אלא בין מקבל ההתחייבות ובין יורשיו של נותן ההתחייבות. ראו למשל Roy Kreitner, *The Gift Beyond the Grave: Revisiting the Question of Consideration*, 101 COLUM. L. REV. 1876, 1906 (2001) (“Litigation over the validity of gifts arises almost exclusively after the donor has died.”).
- 112 מקרים אלה מזכירים, במידה מסוימת, נסיבות של סיכול וסיכול המטרה, בהתאמה.
- 113 אפשר שמקרים אלה מתארים גם נסיבות שבהן התמורה לא ניתנה כלל, אך אין לפסול את האפשרות שמקבל ההתחייבות הכיר תודה לנותן ההתחייבות למתנה, ובה בעת התנהג באופן מחפיר כלפי אחר מבני משפחתו.
- 114 ראו למשל Richard Hyland, *Gifts: A Study of Comparative Law*, 350-351 (2009) (היילנד מציין את המדינות ספרד, איטליה, גרמניה ושווייץ, כמי שמכירות בקשר שבין הסיכוי לשחרר את נותן המתנה ובין הפרת החובה להכיר לו תודה).

מתארת מצב שבו לא זכה נותן ההתחייבות לתמורה כלשהי.¹¹⁵ מכאן, ששני הסייגים לאחירות יחולו במקרים שבהם רגש החרטה הנחוה צפוי להתעורר, ובעוצמה רבה יחסית. העובדה שחווה המתנה מקיים מתאם עם רגש החרטה הנחוה סביר שאינה מקרית. בשל אופיו של חווה המתנה והיחסים הבין-אישיים שביסודו, טבעי לייחס חשיבות לכך שלאחר מעשה התחרט נותן ההתחייבות על החלטתו. התפיסה של ההשתחררות מחווה המתנה כמוצדקת מתורגמת לכך, שאין לדון את היחיד לחוש חרטה על מעשיו אלא יש לאפשר לו לשנות את בחירתו. בהתאם, הדין מאפשר לנותן ההתחייבות להשתחרר מהחווה באותן נסיבות שבהן צפויה להיות לו מוטיבציה רבה לעשות כן. בכך, הוא מבצע עבור נותן ההתחייבות למתנה רגולציה של רגש החרטה הנחוה, ואינו דורש להשלים עם התוצאה הבלתי-רצויה או להתמודד עימה באמצעות "עבודת תיקון פסיכולוגית".¹¹⁶

(ב) הבטחה טרום-חוזית

ההקשר החוזי האחרון שבו אבקש לדון הוא ההבטחה הטרום-חוזית. בדין הישראלי מבוססת האחריות הטרום-חוזית על חובת תום הלב במשא ומתן.¹¹⁷ בפרט, על הפן של חובת תום הלב העוסק ב"שימוש לרעה בכללי המשחק החוזי".¹¹⁸ בניגוד לדוגמאות שנדונו עד כה, הזכות להשתחרר ממשא ומתן היא נקודת המוצא של הדיון בשלב הטרום-חוזי.¹¹⁹ עם זאת, הדין מכיר בנסיבות שבהן קיימת לצדדים החובה להמשיך ולקיים משא ומתן. חובה זו זכתה לפרשנות שונה במהלך השנים.¹²⁰ גישה רווחת בפסיקה, שעליה יסתמך הדיון שלהלן, היא שעל צד המעוניין לפרוש מהמשא ומתן להציג סיבה לגיטימית לכך,¹²¹ ושלגיטימיות הסיבה תבחן לאור השלב שאליו

- 115 זאת, יש להוסיף, בנסיבות שבהן סביר שבשל מצבו הכלכלי של נותן ההתחייבות, החלופה של הימנעות מהחווה היא בעלת ערך רב יחסית עבורו.
- 116 בכך, ניתן לראות במשפט גם כמבטא עמדה חיובית כלפי מוסד המתנה בכללותו.
- 117 ס' 12 לחוק החוזים; לחובה מקבילה – אף אם שונה בהיקפה – בדין האמריקאי, ראו Hoffman Allen Schwartz & v. Red Owl Stores, Inc, 133 N.W.2d 267 (Wis. 1965); לדיון ראו Robert E. Scott, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, 120 HARV. L. REV. 661 (2007).
- 118 ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 697-698 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: חוזים א). הפן האחר של חובת תום הלב במשא ומתן, שבו שאין המאמר עוסק, כולל מקרים הדומים לעילות הפגמים ברצון ומצג שווא.
- 119 ראו למשל ע"א 579/83 זוננשטיין נ' גבסו, פ"ד מב(2) 278, פסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) בן-פורת (1988).
- 120 ראו שם; ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, פ"ד מג(1) 441, פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (ברעת מיעוט) (1989).
- 121 ראו למשל ע"א 416/89 גל-אור נ' חברת כלל, פ"ד מו(2) 177, פס' 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מצא (1992) (להלן: עניין גל-אור); ע"א 2071/99 פנטי נ' יצהרי, פ"ד נה(5) 721, 727 (2001); ע"א 8143/14 חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2017); עוד ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 151-153 (2005).

הגיע המשא ומתן.¹²² כלומר, ככל שהגיע המשא ומתן לשלב מתקדם יותר – ככל שהצדדים הסכימו על פרטים רבים יותר והסתמכו עליהם במידה ניכרת יותר – תצומצם יכולתם לפרוש מהמשא ומתן. פועל יוצא של גישה זו הוא, שככל שהאפשרות לפרוש מהמשא ומתן מצומצמת יותר, כך הפיצוי בגין פרישה שלא בתום לב צפוי להיות רב יותר. פרישה ממשא ומתן שלא בתום לב מזכה, ברוב המקרים, בפיצויי הסתמכות.¹²³ מכאן, שהסתמכות על החוזה צפויה הן לצמצם את האפשרות לפרוש ממנו בתום לב, הן להוביל לפיצוי גבוה יותר במידה של פרישה שאינה בתום לב. כפי שנראה, קיים קשר הפוך בין היכולת לסגת ממשא ומתן ובין רגש החרטה הנחוזה. כלומר, ככל שעוצמתו של רגש החרטה גבוהה יותר, כך מצטמצמת האפשרות לסגת מהמשא ומתן.

באופן טבעי, רצונו של צד לפרוש מהמשא ומתן צפוי להתעורר לאור תחושת החרטה. תחושה זו מבטאת הכרה בכך שהימנעות מהמשך המשא ומתן או התקשרות חוזית עם אחר עשויות להוות חלופה עדיפה. משהתעורר רגש החרטה, יבקש הצד המתחרט לבצע רגולציה שלו על ידי שינוי החלטתו, כלומר, הוא יבקש לפרוש מהמשא ומתן. ואולם, משהגיע משא ומתן לשלבים מתקדמים, הפרישה ממנו בשל הרצון להימנע מכריתת החוזה או כדי לכרות חוזה עם אחר, צפויה להוות הפרה של חובת תום הלב בשלב הטרום-חוזי.¹²⁴ כלומר, סיבות אלה לפרישה מהמשא ומתן – שבגינן מתעורר רגש החרטה הנחוזה – אינן לגיטימיות על פי הדין.

הפסקה לעיל מעידה על כך, שעוצמתו של רגש החרטה צפויה להיות רבה במיוחד כשהמשא ומתן הגיע לשלבו המתקדמים. בשלב זה, כפי שראינו, צפוי גם הפיצוי בשל הפרת החובה להיות גבוה יחסית. עובדה זו מצביעה גם היא על היחס ההופכי שבין חובת תום הלב בשלב הטרום-חוזי ובין רגש החרטה הנחוזה. כלומר, לא רק שהחובה שוללת פרישה מהמשא ומתן בשל הסיבות שבגינן צפוי להתעורר רגש החרטה הנחוזה, ככל שהאפשרות לפרוש מצומצמת יותר, פרישה שלא בתום לב צפויה להוביל להשתת פיצוי גבוה יותר על הצד המעוניין לפרוש, ובכך להעצים עוד יותר את תחושת החרטה.

הקשר ההופכי בין רגש החרטה הנחוזה ובין האפשרות לסגת ממשא ומתן דומה באופיו לקשר הנדון ביחס לחוזה המתנה. בשניהם, נקודת המוצא היא של מתן אפשרות יציאה נרחבת. בשניהם, הסתמכות של הצד שכנגד מצמצמת אפשרות זו. כך, שכשהסתמכות על החוזה (או על כריתתו העתידית) נרחבת, היציאה אפשרית רק בשל סיבות לגיטימיות והפיצוי בשל הפרתו רב יותר. ואולם, הדמיון אינו מלמד על זהות מוחלטת. בחוזה המתנה ראינו שקיים יחס ישיר בין עוצמתו של רגש החרטה ובין האפשרות להשתחרר מהחוזה. ההשערה הייתה, שהדין מבקש להגן על מי שהתחייב לתת מתנה, ולא להותיר אותו להתמודד לבד

122 בפרט, ייבחנו: היקף התנאים שסוכמו; כמות המשאבים שהושקעו; והצהרות הצדדים, ראו עניין גל-אור, לעיל ה"ש 121, פס' 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מצא; כן ראו לאחרונה ע"א 8265/15 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' קבוצת אקוסנס (מזרח תיכון בע"מ), פס' 9 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 1.12.2016) (להלן: עניין אקוסנס). לכלל דומה במשפט האמריקאי ראו Schwartz & Scott, לעיל ה"ש 117, בעמ' 675-676.

123 עניין אקוסנס, לעיל ה"ש 122.

124 ראו למשל שם, פס' 9 ו' 14 לפסק דינו של השופט דנציגר; עוד ראו חוזים א, לעיל ה"ש 118, בעמ' 700-701.

עם התוצאות הבלתי־רצויות של החלטתו. המקרה של ההבטחה הטרומ־חוזית שונה. ככל שמתקדם המשא ומתן נשאבים הצדדים לתוך העולם החוזי. בתוך העולם החוזי, תחושת החרטה לבדה – ההכרה בקיומה של חלופה עדיפה – אינה מספיקה כדי לאפשר יציאה מהסכם תקף. ברומה, ככל שמתקרבים הצדדים לעולם זה, לא תתאפשר פרישה מהמשא ומתן בשל סיבות אלה.

לסיום אוסיף, שהסבר מקיף יותר על אודות ההבטחה הטרומ־חוזית, ובכלל זאת הסיבות שבגינן הדין בכל זאת מאפשר – בנסיבות מסוימות – פרישה ממשא ומתן בשלכיו המקדמים, אפשר ודורש פנייה לרגשות נוספים, דוגמת רגש האכזבה, וזאת, כפי שאציג בקצרה בפרק הבא.¹²⁵

ד. רגשות וגבולות האחריות החוזית: לעבר תאוריה כללית

הפרק הקודם המחיש את תפקיד הרגשות בעיצוב גבולות האחריות החוזית שבדין הקיים, עם זאת, אין להסיק מכך שאלה הם תמיד פני הדברים. להיפך, כיוון שנדיר שדיני החוזים מתייחסים לרגשות באופן מפורש, סביר שדוקטרינות רבות כלל לא מבטאות את השפעת הרגשות או שהן עושות זאת באופן חלקי.

בפרק זה אבקש לדון במעמד הנורמטיבי של השפעת הרגשות, ואציע שני טיעונים עיקריים. ראשית, כאשר האחריות החוזית מבוססת – כולה או חלקה – על התנהגות הצדדים, עליה להיות מבוססת רק על דרכי התנהגות שליחיד יש את המוטיבציה לאמץ. כלומר, העובדה שאין ליחיד את המוטיבציה לאמץ דרך התנהגות אינה יכולה להוות בסיס לאחריות. זאת, אף אם הייתה לו האפשרות הטכנית לפעול בדרך זו.

שנית, כפי שראינו בפרק הקודם, לכלל המשפטי עצמו יש השפעה על רגשות הצדדים ועל המוטיבציה שלהם להתנהגות. לכן, ככל שהכוונת ההתנהגות היא ממטרותיו של המשפט, על המשפט לתת את הדעת על ההשלכות הרגשיות־מוטיבציניות של הכלל המשפטי. בפרק זה אבקש לבסס את שני הטענות לעיל, ולהציע כמה דוגמאות לרפורמות בדיני החוזים הנובעות מהם.

הטיעון הראשון, כאמור, הוא שעל גבולות האחריות החוזית להיקבע לאור המוטיבציה הרגשית של הצדדים. רגשות, כפי שנדון בפרק הראשון, הם המקור העיקרי למוטיבציה להתנהגות מכוונת מטרה. לכן, ובהנחה שאין לצפות מצדדים לנקוט דרכי התנהגות שאין להם המוטיבציה לאמץ, לרגשות הצדדים ולמוטיבציה שנובעת מהם יש תפקיד מהותי בקביעת גבולות האחריות החוזית.

הדברים לעיל רלוונטיים בעיקר לנסיבות שבהן מסייג הדין את האחריות החוזית. במשפט הפרטי קיימים מקרים לא מועטים שבהם מושתתת אחריות הקפידה.¹²⁶ דיני החוזים בכללותם

125 ראו להלן ה"ש 143 והטקסט הנלווה לה.

126 משטר של אחריות קפידה נדון בספרות בהקשר של מגוון דוקטרינות במשפט הפרטי ובכללן הסגת גבול, אחריות בגין מוצרים פגומים ופעילויות מסוכנות. לדיון, ראו למשל John C. P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Torts as Wrongs*, 88 Tex. L. Rev. 917 (2010).

נתפסים, לא פעם, כמי שאחריות הקפידה מהווה את נקודת המוצא שלהם.¹²⁷ ואולם, אף אם נקבל תפיסה זו, לעיתים מסייגים דיני החוזים את אחריות הצדדים. זהו המקרה, למשל, בנסיבות של טעות משותפת וסיכול.

תחולתם של כללים המסייגים את אחריות הצדדים תלויה, פעמים רבות, בכיצוע פעולות מסוימות על ידי הצדדים עצמם. לדוגמה, כפי שראינו, תחולתה של עילת הטעות המשותפת כפופה לחיפוש אחר מידע. פעולות אלה, אם כן, הן בסיס לקביעת גבולות האחריות החוזית. כשהדין משית אחריות על הצדדים כיוון שלא נקטו דרך התנהגות מסוימת, עלינו לשאול: האם רגשות הצדדים צפויים לעורר בהם את המוטיבציה לפעול בדרך זו? תשובה חיובית משמעותה, שמנקודת המבט של רגשות הצדדים, אין פסול בדרישה זו. לעומת זאת, כשרגשות הצדדים אינם צפויים להוביל לדרך ההתנהגות שנדרשת על ידי הדין, השתת אחריות משפטית מבוססת על דרישה מהצדדים לעשות את שאין להם את המוטיבציה לעשותו.

שאלה אחת, החורגת מגבולות מאמר זה, היא האם עצם קיומו של הסייג לאחריות בנסיבות אלה מוצדקת נורמטיבית? בהנחה שהתשובה חיובית, הפסול שבדרישה לעשות את שאין באפשרות הצדדים לעשותו הוא אינטואיטיבי למדי.¹²⁸ עמדה זו גם תואמת את בסיס הנורמטיבי של התאוריות החוזיות. למשל, מנקודת המבט הכלכלית, הדרישה מהיחיד לבצע את שאין לו המוטיבציה לעשות דומה לדרישה שהיחיד ינקוט אמצעי זהירות בעלות אינסופית, ומכאן שאין היא יעילה.¹²⁹ במילים אחרות, ככל שהסייג לאחריות עצמו מוצדק נורמטיבית, הרי שראוי להגביל את אחריות הצדדים בנסיבות הרלוונטיות. ואולם, הכפפת הסייג לאחריות לדרישה כאמור מהווה חזרה למשטר של אחריות קפידה. שכן, לצדדים אין את האפשרות לממש את התנאים לתחולת הסייג.

דברים דומים נכונים גם ביחס לתאוריות חוזיות מבוססות הבטחה.¹³⁰ אחת הכותבות המזוהות ביותר עם גישה זו היא שונה שיפריץ (Shiffirin). שיפריץ רואה בהבטחה מוסד חיוני לקיומן של מערכות יחסים מוסריות ובעלות משמעות, שמהוות את הבסיס לחיים

127 התפיסה של דיני החוזים כמבססים אחריות קפידה על הצדדים היא נפוצה, אך זכתה לביקורת לא מבוטלת בספרות. לתפיסות השונות ביחס למשפט האחריות החל בדיני החוזים, ראו למשל BEN SHAHAR & PORAT, לעיל ה"ש 67. השאלה באילו נסיבות ראוי לאמץ משטר אחריות זה או אחר חורגת מגבולות מאמר זה. לדיון, ראו למשל STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW (1987); פורת הגנת אשם תורם, לעיל ה"ש 66; Curtis Bridgeman, *Reconciling Strict Liability with Corrective Justice in Contract Law*, 75 FORDHAM L. REV. 3013 (2007); John C. P. Goldberg, *Inexcusable Wrongs*, 103 CALIF. L. REV. 467 (2015).

128 המשפט עשוי גם הוא לקחת חלק בקביעת דרכי התנהגות אלה. לדוגמה, כלל שלפיו עילת הסיכול תחול רק אם ציינו זאת הצדדים בחוזה, עשוי להוביל צדדים לעשות כן כחלק מהמוטיבציה להבטיח את אפשרות הביטול. ואולם, דברים אלה נכונים כשכללי ההתנהגות ברורים, והם סבירים פחות כשהמשפט פועל באמצעות סטנדרטים.

129 בהקשר החוזי, למשל, יש הרואים בעלות הביצוע של חוזה שאינו ניתן לביצוע כאינסופית. ראו Posner & Rosenfiled, לעיל ה"ש 80, בעמ' 86.

130 לבסיס התאורטי של הגישה, ראו CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS (1981).

אוטונומיים. הבטחה, טוענת שיפרין, מעבירה למקבל ההבטחה את הכוח המוסרי להחליט כיצד על המבטיח לפעול,¹³¹ ומאפשרת לו להתגבר על מצב הפגיעות שבו היה נמצא אילו נדרש להסתמך על הצהרת כוונותיו של האחר כדי לתכנן את עתידו. במילים אחרות, ההבטחה מאפשרת לצדדים לפעול במסגרת מערכת יחסים שוויונית ומוסרית יותר לקידום פרויקטים משותפים.¹³² כיוון שמטרת ההבטחה היא לאפשר חיים מוסריים, מוסיפה שיפרין, על הכללים החוזיים שנובעים ממנה לשרת מטרה זו.¹³³

שיפרין משלבת את האמור לעיל עם תפיסתה הכללית ביחס למשפט, ולפיה על המשפט לספק ליחיד את התנאים ההכרחיים לחיים מוסריים. משילוב רעיונות אלה היא מסיקה, שעל הכללים החוזיים להיות כאלה שהסוכן המוסרי היה מסכים לקבל על עצמו. לטענתה, על דיני החוזים להימנע מהצבת מכשולים לאימוץ הפעולה המוסרית, דוגמת תורת ההפרה היעילה שיוצרת תמריצים להפר את החובה המוסרית לקיים הבטחות.¹³⁴ יישום הדברים בהקשר של הדיון הנוכחי יוביל למסקנה, שביסוס האחריות המשפטית על התנהגות שלצדדים אין מוטיבציה לבצעה מציב רף התנהגות שאין הם יכולים לעמוד בו. לכן, כאשר כלל המגביל את האחריות החוזית מוצדק מוסרית, סביר שהסוכן המוסרי יסרב שכלל זה יוכפף לדרישה שצדדים אינם יכולים לעמוד בה.

התפקיד המוטיבציוני של הרגשות מהווה, אם כן, גבול של היכולת האנושית. דברים אלה מתקשרים גם להבחנה שנדונה בפרק הקודם, שלפיה פגמים שאין לצפות מהיחיד לתקנם (כתפיסה שגויה של המציאות) מהווים עילה לפטור את היחיד מאחריות חוזית;¹³⁵ ואילו פגמים אחרים (כהימנעות מחיפוש אחר מידע) עשויים לבסס אחריות זו. הכישלון לנקוט

131 זאת, אלא אם כן הצד שכנגד שיחרר אותו ממחויבות זו או בהינתן סיבות (מוסריות) תקפות להימנע מביצוע ההבטחה. ראו Seana V. Shiffrin, *Promising, Intimate Relationships, and Conventionalism*, 117 *PHILOS. REV.* 481, 517 (2008); DAGAN & HELLER, ראו למשל 'בעמ' 39-36.

132 Shiffrin, *Promising*, לעיל ה"ש 131, בעמ' 502-505, 515-516.

133 שם, בעמ' 522.

134 ("the legal system should be fashioned, justified, and interpreted to accommodate the opportunity for the governed to lead a full and coherently structured moral life [...] First, what legal rules directly require agents to do or to refrain from doing should not, as a general matter, be inconsistent with leading a life of at least minimal moral virtue [...] Second [...] [the law and its rationale's] acceptance by the agent should be compatible with her developing and maintaining moral virtue [...] Third, the culture and practices facilitated by law should be compatible with a culture that supports morally virtuous character [...] the legal system should not be incompatible with or present serious obstacles to leading a decent moral life.")

135 זאת, אם משום שאין זה יעיל להשקיע משאבים בניסיון לצפות מראש אירועים מסוג זה או לכלול התייחסות אליהם בחוזה (לעניין זה, ראו פורת "חלוקת אחריות", לעיל ה"ש 81, בעמ' 82-83) או אם משום שחלוקה זו של הסיכון אינה מבטאת את רצון הצדדים במועד הכריתה (ראו FRIED, לעיל ה"ש 130, בעמ' 60-73).

פעולה שאין ליחיד המוטיבציה לאמצה שייך לסוג הראשון, ולכן אין לייחס בגינו אחריות מבוססת התנהגות (קרי, אשם). התנהגות מהסוג האחרון – שמקורה המוטיבציוני הוא רגש החרטה – היא התנהגות שניתן לצפות מצדדים סבירים לאמץ ולכן כזו, שמנקודת המבט של רגשות הצדדים, אין מניעה שתבסס אחריות משפטית.

עד כה, הדיון ראה במוטיבציה הרגשית כתוחמת את ההתנהגות האנושית. ואולם, כמקור למוטיבציה, רגשות הם גם מחוללי התנהגות. נקודת מבט זו על השפעת הרגשות מבססת את הטיעון השני שהוצג לעיל ולפיו: על המשפט לתת את הדעת על ההשלכות הרגשיות-מוטיבציוניות של הכלל המשפטי. בפרט, האופן שבו נקבעים גבולות האחריות החוזית משפיע על רגשות הצדדים, ולכן על התנהגותם. בהתאם, כשם שהדין נותן את הדעת ביחס לדרכים אחרות שבהן הוא מכווין התנהגות – דוגמת יצירת תמריצים כלכליים – עליו להפנים גם את השפעתו על רגשות הצדדים.

כפי שראינו בפרק הקודם, קיימת אינטראקציה משמעותית בין השתתפות אחריות חוזית ובין המוטיבציה הרגשית. למשל, אפשרות הביטול שבדין צפויה להפחית משמעותית את עוצמתו של רגש החרטה המקדים, ובהתאם גם את המוטיבציה לנקוט פעולות נוספות מסוג רגולציה של רגש זה. אינטראקציה זו אינה ייחודית לרגש החרטה. ההחלטה האם לאפשר לצד להשתחרר מהקשר החוזי צפויה להשפיע גם על המידה שבה הצדדים צופים לחוש אכזבה, שמחה, כעס, או רוממות רוח (בהתקיים מצב עולם זה או אחר). למשל, בהיעדר מנגנוני אכיפה חוץ-משפטיים, הימנעות מאכיפת חוזה הימורים תפגום בתחושת השמחה המקדימה של מי ששוקל להשתתף בהימור.¹³⁶

שילוב של תובנות על השפעת הרגשות בעת קביעת גבולות האחריות החוזית יאפשר לדין לשמר את המוטיבציה לאמץ דרכי התנהגות רצויות ולהפחית את המוטיבציה לאמץ דרכי התנהגות שאינן רצויות. מנקודת המבט של הכוונת התנהגות היחיד, רגש החרטה המקדים, לדוגמה, מעורר את המוטיבציה לאמץ דרכי התנהגות מועילות – כחיפוש אחר מידע והתייעצות עם מומחים – כשאלה זמינות לצדדים. כשאין אפשרות לאמץ דרכי התנהגות אלה, מוביל רגש החרטה המקדים להימנעות מעסקאות. במקרים אלה, דומה השפעתו של רגש החרטה המקדים להערכה ביתר של עלות ההזדמנות של כריתת החוזה. כלומר, כשצד לחוזה אינו יכול לבצע רגולציה של רגש החרטה המקדים, המוטיבציה שנובעת מרגש זה צפויה להיות דומה בהשפעתה להערכה ביתר של טיב החלופה של הימנעות מכריתת חוזה. בהתאם, עיצוב גבולות האחריות החוזית לאור השפעתו של רגש החרטה המקדים, יתעל באופן מיטיבי את המוטיבציה שרגש זה מעורר.

התובנות לעיל, כפי שראינו, משתקפות כבר עתה באופן שבו מעוצבות דוקטרינות הטעות המשותפת והסיכול. ואולם, אין הדברים נכונים (בהכרח) ביחס לדיני החוזים בכללותם. לדוגמה, לא ניתן להניח שהאפשרות להשתחרר מהחוזה בשל עושה או כפייה מקיימת את העקרונות לעיל. בדומה, כללים המפחיתים את האחריות החוזית, כנטל הקטנת הנזק, לא בהכרח מאמצים היגיון דומה. עם זאת, דיון זה חורג מגבולות המאמר הנוכחי.

136 זאת, לכל הפחות, בהיעדר סנקציות חוץ-משפטיות מספיקות.

על היכולת לתעל את השפעתו של רגש החרטה המקדים ניתן ללמוד, למשל, מהמחקר שערכו ג'ניפר ארלן (Arlen) וסטפן טונטרופ (Tontrup).¹³⁷ בניסוי שערכו ניתן לכלל משתתפי כרטיס הגרלה המשקף סיכוי של 50% לזכות בפרס של 9 אירו. לכלל המשתתפים הוצע להחליף את הכרטיס בכרטיס דומה, בתוספת תשלום מיידית של 25 סנט. המשתתפים חולקו לשלוש קבוצות: (א) משתתפים שנתבקשו לקבל את ההחלטה בעצמם; (ב) משתתפים שלהם ניתנה זכות וטו על החלטתו של סוכן, כשהם יודעים שלאחרון אין יתרון בקבלת ההחלטה, והוא זוכה לשכר רק אם המליץ לבצע את העסקה (ובלא קשר להחלטתם האם לשנותה); (ג) משתתפים שיכלו לרכוש את שירותיו של הסוכן לעיל, בעלות של 50 סנט. הממצאים הראו ש-30% מהמשתתפים בקבוצה הראשונה קיבלו את ההצעה, לעומת 70% מהמשתתפים בקבוצה השנייה. למעלה מכך, כמחצית המשתתפים בקבוצה השלישית רכשו את שירותי הסוכן ומתוכם כ-90% קיבלו את ההצעה.

לצורכי הדיון הנוכחי, מדגים הניסוי היטב את החשיבות המוטיבציונית של רגש החרטה. יצירת המנגנון של רכישת שירותי הסוכן אפשרה למשתתפים לבצע רגולציה של רגש החרטה המקדים ולהתקשר בעסקה. ואכן, רוב המשתתפים בקבוצות ב' ו'ג' בחרו לבצע רגולציה של רגש החרטה בדרך זו, ומשעשו כן התקשרו בעסקה מועילה. מנגד, משתתפים בקבוצה א', שלהם לא הייתה אפשרות אחרת לבצע רגולציה של רגש החרטה המקדים, נמנעו מהעסקה. במבנה של הניסוי המסוים ספק אם הסוכן סיפק שירות בעל ערך, למעט עצם הרגולציה של רגש החרטה המקדים. ואולם, הניסוי בכללותו מלמד רבות על החשיבות של עיצוב גבולות האחריות החוזית, תוך התחשבות בהשפעתם על רגשות הצדדים והמוטיבציה שנובעת מהם לשם הכוונה מיטבית של התנהגות הצדדים. זאת, אם לשם מקסום הרווחה המצרפית, העצמת היחיד, או אם לשם קידום האוטונומיה האישית שלו.

האינטראקציה שבין המוטיבציה הרגשית ובין גבולות האחריות מאפשרת גם בחינה מחודשת של הסדרים שבהם מוגבלת האחריות החוזית באופן וולונטרי. דוגמה בולטת לכך, שנדונה בהרחבה בספרות, הם חוזים צרכניים.¹³⁸ כפי שצוין לעיל, חוזים צרכניים מאופיינים בזכות ביטול נרחבת יחסית. מתן זכות הביטול, כאמור, היא דרך לבצע רגולציה של רגש החרטה המקדים. בהתאם, קיומה צפוי להפחית את המוטיבציה של צרכנים לנקוט דרכי התנהגות נוספות מסוג רגולציה של רגש החרטה המקדים. כלומר, בהינתן הזכות לבטל עסקאות, תהא לצרכנים מוטיבציה פחותה לנקוט דרכי התנהגות כחיפוש אחר מידע והתייעצות עם אחרים. זאת, אף שדרכי התנהגות אלה עשויות להיות מועילות בעת ההחלטה האם ואיזה מוצרים לרכוש. לאור זאת, רצוי לנקוט משנה זהירות בעיצובה של זכות הביטול הצרכנית. זאת, לכל הפחות, בנסיבות שבהן מנגנונים פסיכולוגיים אחרים – כאפקט הבעלות או

Jennifer Arlen & Stephan Tontrup, *Does the Endowment Effect Justify Legal Intervention?* 137 *The Debiasing Effect of Institutions*, 44 J. LEGAL STUD. 143, 152 (2015) מסקנות הכותבים

עסקו, ברובן, בתפקיד החרטה ביצירת אפקט הבעלות והדרכים למנוע אפקט זה.

138 ראו למשל שמואל בכר וטל ז'רסקי "זכות הביטול בעסקאות צרכניות: רגישות מוצדקת או ניצחון פירוסי?" *עיוני משפט* לב 127 (2010).

הטיית הסטטוס קוו – עשויים למנוע את מימושה של אפשרות הביטול גם כשהצרכן רואה בביטול העסקה כפעולה רצויה.¹³⁹

להשפעת האחריות החוזית על רגשות הצדדים יש חשיבות גם לאחר כריתת החוזה ועם גילוי תוצאותיו הבלתי-רצויות. לדוגמה, בשונה מרגשות אחרים, רגש החרטה מעורר את המוטיבציה לשנות את ההחלטה שנתקבלה. במקרים שבהם רגש החרטה צפוי להתעורר, אם כן, נצפה שהצדדים יפעלו כדי לסיים את היחסים החוזיים או הטרום-חוזיים. דברים אלה ראינו ביחס לחוזה המתנה וההבטחה הטרום-חוזית. בפרט, ביטול חוזה המתנה נתפס כפעולה מוצדקת של נותן ההתחייבות. בהתאם, חשוב במיוחד לאפשר את ביטול החוזה כאשר לאחרון יש את המוטיבציה הפנימית לעשות זאת. ואומנם, ביטול החוזה מתאפשר בפועל בנסיבות שבהן צפוי רגש החרטה להתעורר בעוצמה רבה.

דברים הפוכים נכונים ביחס לאפשרות לסיים את המשא ומתן הטרום-חוזי. בנסיבות אלה, ככל שמתקדמים הצדדים לעולם החוזי נתפסת הפרישה מהמשא ומתן כפעולה פסולה. עם התקדמות המשא ומתן צפוי גם רגש החרטה להתעורר בעוצמה רבה יותר ועימו גם המוטיבציה לפרוש מהמשא ומתן. במילים אחרות, מחד גיסא, עם התקדמות המשא ומתן עולה המוטיבציה לפרוש ממנו, ומאידך גיסא הופכת הפרישה ללגיטימית פחות. ומכאן, שכדי למנוע פרישה פסולה מהמשא ומתן, על דיני החוזים לחייב את הצד המעוניין בכך בתשלום פיצויים.

המוטיבציה לשינוי ההחלטה שמעורר רגש החרטה הנחוזה רלוונטית גם לתפקודם הראוי של שווקים צרכניים.¹⁴⁰ זאת, משום ששינוי ההחלטה בפועל – לנוכח תוצאות בלתי-רצויות – סביר שיתרום ליצירתו של שוק יעיל יותר. במילים אחרות, ההחלטה הצרכנית צפויה לגרום לספק להפנים את נחיתות המוצר או השירות שהוא מספק, ולכן לתרום לקיומו של שוק תחרותי. רגש החרטה – בניגוד לרגשות שליליים אחרים – הוא שמעורר את המוטיבציה לבטל עסקה לא רצויה.¹⁴¹ לכן כששאר התנאים שווים, עיצוב הכללים העוסקים בחוזה הצרכני באופן שיעורר את רגש החרטה עשוי לתרום ליעילותם של שווקים.¹⁴²

לבסוף אזכיר, שרגש החרטה הוא רק אחד מהרגשות הרלוונטיים לקשר החוזי. בחינה של רגשות נוספים תאפשר תובנות נוספות על האופן שבו ראוי לקבוע את גבולות האחריות החוזית. לדוגמה, תחושת אכזבה מהקשר החוזי עשויה לעורר את המוטיבציה להימנעות

139 ש.ם.

140 זאת, בעיקר אם נניח שתאגידים – בניגוד לצרכנים – יוצרים מנגנונים פנימיים המתמריצים שינוי החלטות שתוצאותיהן אינן רצויות. כלומר, בניגוד לצרכנים, לתאגידים יש הכוחות ליצור מנגנונים פנימיים שיבטיחו את התפקוד הפעיל של סוכניהם (דוגמת מנגנוני פיקוח וביקורת). לכן, גם אם הדין משפיע על המוטיבציה של סוכני התאגיד, כשהדין נכשל מליצור מוטיבציה יעילה עשוי התאגיד ליצור מנגנונים פנימיים שימלאו את החסר. עם זאת, השאלה האם הדבר נעשה בפועל חורגת מגבולות המאמר הנוכחי.

141 ראו Zeelenberg & Pieters, *Comparing Service Delivery*, לעיל ה"ש 62.

142 לדיון במשתנים הנוספים שעשויים להשפיע על עיצוב זכות החרטה החוזית, ראו בכר וז'רסקי, לעיל ה"ש 138.

מקשרים חוזיים עתידיים או זניחת הפרויקט שלמענו נכרת החוזה,¹⁴³ תוצאות שנראות כבלתי־רצויות. מכאן, שעל דיני החוזים לאזן בין ההשלכות הרגשיות שהכללים עשויים ליצור. למשל, לפני כריתת החוזה, שלילת אפשרות הביטול עשויה לעורר את רגש החרטה המקדים ולהוביל להתנהגות רצויה. ואולם, לאחר מעשה, אפשר שכלל זה יעורר את רגש האכזבה הנחוה והתוצאות הבלתי־רצויות שנובעות ממנו. בדומה, מתן הזכות להשתחרר מהחוזה עשויה להיות רצויה, כשהחלופה לה היא המוטיבציה שלא להתקשר בחוזה כלל. ואולם, זכותו של צד להשתחרר מהחוזה עשויה להוביל לתחושת אכזבה וכעס בצד שכנגד.

סיכום

במאמר זה עמדתי על האינטראקציה שבין רגשות ובין גבולות האחריות החוזית. בפרק הראשון הצגתי את המחקר הפסיכולוגי על אודות תפקידם הייחודי של הרגשות האנושיים ביצירת המוטיבציה להתנהגות ולקבלת החלטות. בפרקים השני והשלישי דנתי ברגש החרטה, והראיתי כיצד השפעותיו על ההתנהגות מסבירות דוקטרינות חוזיות הקובעות את גבולות האחריות החוזית. בפרק הרביעי טענתי, שבעת קביעת גבולות האחריות החוזית, ראוי להביא בחשבון את השפעתם על רגשות הצדדים. זאת, משתי סיבות מרכזיות: ראשית, רגשות מהווים מגבלה על היכולת האנושית, ומכאן שהם בעלי חשיבות רבה בעת קביעת כללי אחריות מבוססי אשם; שנית, רגשות מתפקדים כמחוללי התנהגות, ולכן תיעול המוטיבציה הרגשית עשוי לסייע ליכולתו של המשפט להגשים את מטרותיו או לפגוע ביכולתו זו.

נוסף לכל אלה, הצביע המאמר הנוכחי על הפוטנציאל הרב שביישום המחקר על אודות רגשות והתנהגות על עיצוב גבולות האחריות החוזית. מחקר עתידי, לא רק שיוכל להעמיק את הדיון באינטראקציה שבין רגש החרטה ובין דיני החוזים, אלא יוכל להרחיבו באופן הכולל הן בחינה של רגשות נוספים והשפעתם על המוטיבציה ועל התנהגות הצדדים והן הסבר של תחומים נוספים במשפט פרטי – למשל דיני הנזיקין ועשיית העושר – באמצעות פנייה להשפעת הרגשות על הצדדים לסכסוך המשפטי.

143 להשלכות התנהגותיות אלה של רגשות שליליים, ראו Yi & Baumgartner, לעיל ה"ש 23, בעמ' 313-314.