

## צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן

מאת

איל זמיר\*

אחד המתחים היסודיים בדיני חוזים הוא בין צדק מהותי לצדק פרוצדורלי, בין הדרישה שהחווה יהיה הוגן ושקול מבחינת תוכנו לבין הדרישה שהליך ההתקשרות יהיה תקין והוגן. לפי תפיסה המעלה על נס את הצדק המהותי, תקינותו של הליך הכריתה היא רק אמצעי להבטחת ההוגנות של תוכן החווה; לפי תפיסה המעמידה בראש את הצדק הפרוצדורלי, שקילות התמורות היא רק ראייה אפשרית לקיומו או להיעדרו של ליקוי בהליך הכריתה. אחד ההקשרים הבולטים שבהם מתחדד מתח זה הוא דיני הפגמים בכריתת חווה ובפרט פגמי הכפייה והעושק.

רשימה זו כוללת סקירה היסטורית של התפתחות החווה ודיני החוזים במאתיים וחמישים השנים האחרונות בעולם המערבי, עם דגש על המתח האמור. היא מעלה את האפשרות שבעקבות עלייתו (במאה התשע-עשרה), נפילתו (לאורך רוב המאה העשרים), ועלייתו המחודשת (בשנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת, בעיקר בארצות הברית) של עקרון חופש החוזים, אנו עדים לתחילתה של ירידה חוזרת בכוחו של עיקרון זה. על רקע סקירה זו, בוחנת הרשימה כיצד המתח בין צדק פרוצדורלי ומהותי בא לידי ביטוי בדיני הכפייה והעושק בישראל. הרשימה עוסקת בשאלות כמו התחשבות בשקילות התמורות בהקשר של כפייה, עושק בחווי חניגם, ודינה של מצוקה כלכלית לעניין עושק.

- א. מבוא. ב. היסטוריה של דיני חוזים: מאתיים וחמישים שנה בקיצור נמרץ. ג. עושק וגריעות תנאי החווה; 1. כללי; 2. עוני כמצוקה? מצוקה קבועה או זמנית? 3. עושק בחווי חניגם? 4. גריעות תנאים ללא עושק? ד. כפייה ושקילות התמורות בחווה; 1. כללי; 2. התחשבות בשקילות התמורות. ה. סיכום.

### א. מבוא

אחד המתחים היסודיים בדיני חוזים הוא בין צדק מהותי לצדק פרוצדורלי, בין הדרישה שהחווה יהיה הוגן ושקול מבחינת תוכנו לבין הדרישה שהליך ההתקשרות יהיה תקין והוגן.

\* רשימה זו מבוססת על הרצאה שניתנה בכנס על משפט עברי ודיני חוזים, שנערך בחודש ספטמבר 2014 בצובא. אני מודה לאורי בן-אוליאל, לאבישלוס וסטרייך, לבני פורת ולרם ריבלין על הערות מאירות עיניים לטיטות מוקדמות של הרשימה, ולטל ניסים ולאליעד שפיגלמן על עזרת מחקר מצוינת.

לפי תפיסה המעלה על נס את הצדק המהותי, תקינותו של הליך הכריתה היא רק אמצעי להבטחת ההוגנות של תוכן החוזה; לפי תפיסה המעמידה בראש את הצדק הפרוצדורלי, שקילות התמורות היא רק ראייה אפשרית לקיומו או להיעדרו של ליקוי בהליך הכריתה.<sup>1</sup> אחד ההקשרים הבולטים שבהם מתחדד מתח זה הוא דיני הפגמים בכריתת חוזה, ובייחוד פגמי הכפייה והעושה. מאחר שדיני הכפייה והעושה נותחו בהרחבה בספרות המשפטית,<sup>2</sup> ברשימה זו לא אנתח אותם ניתוח מקיף ומפורט. תחת זאת אציג תחילה סקירה היסטורית סכמתית של התפתחות החוזה ודיני החוזים במאתיים וחמישים השנים האחרונות בעולם המערבי, בהדגשת המתח האמור, ואחר כך אבחן כיצד בא מתח זה לידי ביטוי בדיני הכפייה והעושה בישראל.

## ב. היסטוריה של דיני חוזים: מאתיים וחמישים שנה בקיצור נמרץ

דיני החוזים בישראל משקפים את ההתפתחות ההיסטורית של מוסד החוזה ושל דיני החוזים בעולם המערבי במאות האחרונות.<sup>3</sup> להתפתחות זו יש חשיבות כשהיא לעצמה ואף כרקע להבנת דיני החוזים הנוהגים וכבסיס להשערות באשר להמשך התפתחותם. להתפתחות זו יש חשיבות במיוחד לעניין המתח בין צדק פרוצדורלי לצדק מהותי בדיני חוזים. חלק זה אינו מבקש לתאר תיאור כרונולוגי מדוקדק את ההתפתחות ההיסטורית של דיני החוזים בשיטות משפט שונות, או אפילו בשיטת משפט יחידה. תכליתו היא אך לשמש רקע לבחינת המתח הנדון בהקשר של פגמי הכפייה והעושה. לכן התיאור שלהלן הוא סכמתי, כללי ובהכרח לא מדויק.

לפי התיאור הרווח, התאוריה השלטת בדיני החוזים בעולם המערבי מהמאה השמונה-עשרה ועד שלהי המאה התשע-עשרה או תחילת המאה העשרים הייתה תאוריית הרצון. למן סוף המאה השמונה-עשרה תפסה כלכלת השוק בהדרגה את מקומה של הכלכלה שהתבססה על קשרים מסורתיים בין בעל האדמה, אריסיו והעובדים החקלאיים, שבחברה סגורה סיפקו כמעט את כל צורכיהם העצמיים. התפתחו קשרים לא-אישיים, המבוססים על השגת הצרכים

1 ראו באורח כללי JAMES GORDLEY, THE PHILOSOPHICAL ORIGINS OF MODERN CONTRACT DOCTRINE (1991); איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 100–89 (1996); בנימין פורת "החוזה הכפוי ועקרון הצדק החוזי" דיני ישראל 49, 62–49, 110–87 (2003). כפי שכותב פורת (שם, בעמ' 54–57), תיתכן גם עמדה שלפיה תוקפו של חוזה מותנה בקיומם המצטבר של הליך כריתה תקין ותוכן הוגן.

2 ראו למשל סיני דויטש "הוראת העושה בחוק החוזים" מחקרי משפט ב 1 (1982); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 968–889, 1006–970 (1992) (להלן: פרידמן וכהן חוזים ב); הלה קרן דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית 209–185 (2004); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 338–325, 352–341 (2005).

3 ראו באופן כללי A.W.B SIMPSON, A HISTORY OF THE COMMON LAW OF CONTRACT: THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF THE ACTION OF ASSUMPSIT (1975); PATRICK S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979); Morton J. Horwitz, *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, 87 HARV. L. REV. 917 (1974); Stefan Grundmann, *The Future of Contract Law*, 4 EUR. REV. CONT. L. 490 (2011); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 43–32 (1991); איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 178–169 (1990).

בשוק. בחשיבה התאורטית מדובר בתקופה שבה עלתה קרנו של האינדיווידואליזם בפילוסופיה הפוליטית, והתפתחה התאוריה הכלכלית הקלאסית. לפי האחרונה, בתנאים של שוק משוכלל הגשמת הרצון של כל שחקן בשוק מבטיחה את שגשוג החברה בכללותה, בזכות היד הנעלמה של חוקי ההיצע והביקוש. שינויים חברתיים-כלכליים אלה וההתפתחויות התאורטיות הנזכרות באו לידי ביטוי מובהק בעולם המשפט בעקרון חופש החוזים, שפרח באותה תקופה. עיקרון זה קשור קשר הדוק לרעיונות האינדיווידואליזם, הכלכלה החופשית, חופש הבחירה והאוטונומיה הפרטית. החוזה הוא "הדין הפרטי" שהצדדים קבעו לעצמם. תפקידם של דיני החוזים הוא לכבד את הרצון הפרטי, הראוי להגשמה ולאכיפה.<sup>4</sup>

בסוף המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים איבדו האידאלים של הליברליזם וכלכלת השוק בהדרגה מכוחם. מעמד העובדים – ומאוחר יותר מעמד הצרכנים – צברו כוח כלכלי ופוליטי. התבססותה של הדמוקרטיה במדינות המערב גרמה ליכולת של שכבות העובדים והצרכנים להשפיע על הליכי החקיקה ועל פעילות המנהל ולהביא לידי ביטוי גם את האינטרסים שלהם. במדינת הרווחה תחומים שלמים שבעבר הוסדרו באמצעות חוקי ההיצע והביקוש של השוק – כמו חינוך, ביטוח סוציאלי ובריאות – מטופלים בידי המדינה. בתאוריה הכלכלית התגברה ההכרה בכך שרוב השווקים סובלים מכשלי שוק כרוניים, ועל כן אפשר שתידרש התערבות של המדינה לשם השאת הרווחה החברתית הכוללת. לא רק "תחום שלטונם" של דיני החוזים הצטמצם בעקבות פעילותה הגוברת של המדינה בתחומי החינוך, הבריאות, הביטוח הלאומי וכדומה, גם בתחומים שנותרו בשליטתם עברו דיני החוזים שינויים ניכרים.

בדיני החוזים הקלאסיים הייתה כאמור לרצון הפרטי חשיבות מרכזית. ראשית, הרצון החופשי הוא תנאי לקיומו של חוזה. אי אפשר להטיל על אדם חיובים חוזיים שלא רצה בהם. שנית, תאוריית הרצון ביקשה להסביר ולהצדיק כמעט את כל דיני החוזים על בסיס הרעיון של הגשמת הרצון של הצדדים. לדוגמה, אפילו דיני הסיכול – הדינים העוסקים בנסיבות שהצדדים לא חזו ולא היה עליהם לחזות מראש והמשנים שינוי יסודי את משמעות החוזה – נחשבו למבטאים הסכמה מכללא של הצדדים.<sup>5</sup>

נובע מכך שלמדינה יש תפקיד צנוע וסביל בדיני החוזים: לתת תוקף להסכמת הצדדים. אל למדינה להתערב בתוכן החוזה. לערכים מוחשיים ולא מוחשיים אין ערך אובייקטיבי, אלא הערך שכל אחד מהצדדים מייחס להם. על כן לא תישמע הטענה שמבחינה אובייקטיבית אין

4 כנרמז לעיל, יש המפקפקים בתיאור זה של החשיבה המשפטית של המאה התשע-עשרה, שכן רוב המשפטנים בתקופה זו, הן במשפט האנגלו-אמריקאי הן במשפט הקונטיננטלי, נטו שלא לבסס את הכללים המשפטיים על השקפות פילוסופיות או כלכליות כלשהן. ראו Georges Rouhette, *The Obligatory Force of Contract in French Law, in CONTRACT LAW TODAY: ANGLO-FRENCH COMPARISONS* 38 (Donald Harris & Denis Tallon eds., 1989) (ביסוס טענה זו ביחס למשפט הצרפתי); GORDLEY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 214–229 (פיתוח טענה זו ביחס לשיטות המשפט של ארצות הברית, אנגליה, צרפת, ובאורח מסויג יותר לגבי גרמניה). ברם גם אם המשפטנים לא עסקו בשאלות פילוסופיות או כלכליות, ייתכן מאוד שהם הושפעו מהשיח הציבורי הרווח.

5 ראו גד טדסקי "סיכול החוזה" מסות במשפט 106, 124–129 (1978).

שקילות בין התמורות ההדדיות. הצדדים יודעים טוב יותר מה שווה כל דבר לכל אחד מהם. בית המשפט לא יעשה בשביל צדדים חוזה שהם לא עשו. בית המשפט לא יבחן את שקילות התמורות בחוזה. בית המשפט לא יתאים את החוזה לשינויים מאוחרים בנסיבות. תפקידו של בית המשפט מתמצה בכדיקה אם נכרת חוזה תקף ורצוני בין הצדדים, ואם כן – לאכופך אותו.<sup>6</sup> במילים אחרות, על בית המשפט להתמקד בבחינת התקינות של הליך ההתקשרות – קיומו או היעדרו של רצון חופשי, קיומה או היעדרה של גמירת דעת, היעדר טעות או כפייה וכיוצא בזה. בית המשפט אינו צריך ואיננו מסוגל להעריך את תוכן ההתקשרות, את סבירותה וכדומה. אם ההליך היה תקין, משמע שהחוזה צודק ויש לתת לו תוקף.

במהלך המאה העשרים ירד הרצון הפרטי מגדולתו בדיני החוזים. קיומו של רצון מגובש להתקשר בחוזה שוב איננו תנאי כה הכרחי לנשיאה באחריות חוזית. בהקשר זה ניתן להזכיר את המגמה של הקלה בדרישות לכריתת חוזה, שבאה לידי ביטוי במשפטנו עם הכרסום בדרישות המסוימות, ההעדה על גמירת דעת ודרישת הכתב (במקום שהיא חלה).<sup>7</sup> בעקבות זאת אפשר שאנשים ימצאו את עצמם קשורים בחוזה גם מבלי שגמרו בדעתם בהחלטיות להתקשר בו. בד בבד הורחבה האחריות המשפטית בשלב הטרם-חוזי והועצמו התרופות בשל אחריות זו, במיוחד מכוחו של עקרון תום הלב.<sup>8</sup> משמעות הדבר, שגם בהיעדר רצון ברור ומגובש, לעתים די באשם או ברשלנות של הנתבע ובהסתמכות של התובע או בהתעשרותו של הנתבע, כדי להקים אחריות חוזית או מעין-חוזית.

הגשמת הרצון הפרטי איבדה מכוחה גם כבסיס העיוני של דיני החוזים, ולצדה צברו כוח תאוריות מתחרות של הסתמכות והתעשרות,<sup>9</sup> שיתוף פעולה והתחשבות בזולת,<sup>10</sup> הוגנות החוזה,<sup>11</sup> צדק מחלק,<sup>12</sup> ניתוח פמיניסטי<sup>13</sup> ואף פטרנליזם.<sup>14</sup> לפי התפיסות שהתפתחו במהלך

6 MICHAEL FURMSTON, CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S LAW OF CONTRACT 15–16 (15th ed. 2007); ATYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT ; 408 בעמ' 3, לעיל ה"ש 3, בעמ' 408 ; PATRICK S. ATYAH, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT 7–8 (5th ed. 1995)

7 ראו למשל שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא 33 (1991).

8 ראו למשל שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 141–163.

9 ראו למשל L.L. Fuller & William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages* (pts. 1–2), 46 YALE L.J. 52, 373 (1936–37); GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (1974); PATRICK S. ATYAH, PROMISES, MORALS, AND LAW (1981)

10 ראו למשל JOHN N. ADAMS & ROGER BROWNSWORD, KEY ISSUES IN CONTRACT LAW 295–329 (1995); Eyal Zamir, *The Missing Interest: Restoration of the Contractual Equivalence*, 93 VA. L. REV. 59, 129–34 (2007). תרומה חשובה להבנת מקומן של נורמות של שיתוף פעולה והתחשבות הדדית בחוזים נודעת לאסכולה של חוזי יחס (relational contracts). ראו למשל Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55 (1963); Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974).

11 ראו למשל זמיר פירוש והשלמה של חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 89–100.

12 ראו Antohny T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 472 (1980); Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563 (1982); זמיר פירוש והשלמה של חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 100–107; Daphna

המאה העשרים, אי אפשר לומר שתפקיד המשפט מתמצה במתן תוקף להסכמת הצדדים.<sup>15</sup> קרוב לוודאי שתיאור כזה לא הולם את דיני החוזים אף במאה התשע-עשרה,<sup>16</sup> ומכל מקום הוא אינו משקף את דיני החוזים היום. בין היתר, אין ספור דינים קובעים באורח קוגנטי את תוכן החוזה,<sup>17</sup> מטילים חובה להתקשר בחוזה,<sup>18</sup> אוסרים על הפליה בהתקשרות,<sup>19</sup> מחייבים את הצדדים לגלות התחשבות הדדית<sup>20</sup> וכדומה. למשפט ולבית המשפט מסור תפקיד נכבד בהכרעות חוזיות.

גם בתקופות שבהן הרטוריקה השלטת בדיני החוזים הייתה שבית המשפט בודק רק את תקינותו של הליך ההתקשרות ולא את סבירותו של תוכן החוזה – רטוריקה שעד היום מצויה בפסיקה בתי המשפט ובחלק מהספרות המשפטית<sup>21</sup> – השתמשו בתי המשפט לעתים בכלים של הליך כדי לפקח על תוכן ההתקשרות. בייחוד, הסיכוי של טענת פגם בכריתה להתקבל גבוה אם תנאי החוזה חד-צדדיים ובלתי-סבירים הרבה יותר מאשר אם החוזה שקול וסביר, משום

Lewinsohn- Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326 (2006).

13 קרן, לעיל ה"ש 2.

14 ראו למשל Kennedy, לעיל ה"ש 12; Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 YALE L.J. 763 (1983); זמיר פירוש והשלמה של חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 107–113.

15 ראו למשל (1933) 553, 585–586 HARV. L. REV. 553, 585–586 (1933) Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*. ראו גם זמיר פירוש והשלמה של חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 87–89.

16 ראו למשל (1987) 118 J.L. Barton, *The Enforcement of Hard Bargains*, 103 L.Q.R. 118 (1987) (ניתוח המשפט האנגלי במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה).

17 ראו למשל תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח דירות ותכולתן), התשמ"ו–1986 (ק"ת, עמ' 882); בנק ישראל, הוראות ניהול בנקאי תקין (מס' 421, 451, 470) בנושא הפחתה או תוספת בשיעורי ריבית (9 בספטמבר 2013) ([www.boi.org.il/he/BankingSupervision/LettersAndCircularsSupervisorOfBanks/HozSup/2398.pdf](http://www.boi.org.il/he/BankingSupervision/LettersAndCircularsSupervisorOfBanks/HozSup/2398.pdf)).

18 ראו למשל תקנה 434 לתקנות התעבורה, התשכ"א–1961, ק"ת 1425 (חיוב מפעילים של קווי אוטובוס להסיע כל נוסע המוכן לשלם את דמי הנסיעה); סעיף 22 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח–1957, ס"ח 24 (איסור על סירוב בלתי-סביר למכור מוצר בר-פיקוח).

19 ראו למשל חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000. אמנם העיצומים שקובע חוק זה הם במישור הנוזקי ולא במישור החוזי, אך יש בסיס לסברה שהחוק משפיע גם על דיני הכריתה. ראו למשל ע"א (מחוזי-י) 3060/02 שטרן נ' פלסטין פוסט בע"מ, פס' 13 לפסק דינו של השופט בועז אוקון (פורסם בנבו, 18.11.2003), שם הוצע להשתמש בעקרון תום הלב כ"צינור" לשאיבת ערכיהם של חוק איסור ההפליה וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אל דיני הכריתה והתוכן של חוזים. ראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 265 (2003); מנחם מאוטנר "קודקס של המשפט המקובל" משפטים לו 199, 235 (2007).

20 ראו למשל שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 105–112.

21 ראו למשל ע"א 4839/92 גנו נ' כץ, פ"ד מח(4) 749, 763. בהתייחסו לחוזה שבו נקבעו דמי שדכנות שלפי אחת העדויות היו גבוהים פי יותר משלושים מדמי השדכנות המקובלים, פסק השופט שלמה לויין: "אין בית המשפט עושה עצמו אפטרופוס על בעלי הדין לקבוע, לפי שיקול-דעתו הוא, שתניות החוזה אינן סבירות; לדידי, סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), אינו יכול לשמש לבית המשפט קולר להיתלות בו על מנת לבטל חוזה שלפי הדין לא ניתן לבטלו [...] כשלעצמי, אין בידי לקבוע אם הסכום שנקבע בחוזה הינו סביר אם לאו, שהרי לא מדובר כאן במצרך שחל עליו דין כלשהו המגביל את מחירו [...]".

שאי-סבירותו של החוזה עשויה להעיד שאלמלא הפגם בכריתה לא היה הצד הטוען לקיומו של פגם כזה מתקשר בחוזה.<sup>22</sup>

עד שנות השמונים של המאה העשרים היה מקובל אפוא לדבר על עלייתו ונפילתו של עקרון חופש החוזים. למן שנות השמונים של המאה העשרים התעורר ספק שמא מגמות ההתפתחות של דיני החוזים (וכמובן של חלקים נרחבים יותר במשפט) מתהפכות חזרה לכיוון האינדיווידואליסטי, במיוחד בארצות הברית. אלה המצביעים על המגמות ההפוכות מתייחסים לתופעות כלכליות וחברתיות רחבות ולהתפתחויות בדיני חוזים ובתאוריה של דיני החוזים שהתחוללו בשלהי המאה העשרים. עם התופעות הללו ניתן למנות את נפילת המשטרים הקומוניסטיים במזרח אירופה וירידת קרנן של המפלגות הסוציאליסטיות במערב (או מיתון בולט של הקו הסוציאליסטי שלהן); תכניות של הפרטת שירותים ציבוריים ודה-רגולציה של השוק הפרטי; שינויים ביחסי העבודה בשל הירידה החדה בכוחם של ארגוני עובדים – תהליך שבלט במיוחד במדינת ישראל עם הירידה החדה בכוחה של ההסתדרות הכללית – בין היתר בשל תהליך הגלובליזציה;<sup>23</sup> השפעתו העמוקה של הניתוח הכלכלי של המשפט (שהעוסקים בו נוטים להאמין בכוחו של מנגנון השוק ולפקפק בתבונתם ובמניעיהם של רגולטורים); עניין מחודש בתאוריית הרצון של דיני החוזים בעקבות ספרו של צ'ארלס פריד משנת 1981;<sup>24</sup> ונטיות גאו-פורמליסטיות בתאוריה של דיני החוזים, במיוחד בארצות הברית.<sup>25</sup> אף במשפטנו – "באיחור" של כרבע מאה – נשמעו ונשמעים קולות הקוראים להגדלת משקלו של עקרון חופש החוזים, לצמצום המשקל של ערכים מתחרים מעין הוגנות ושיתוף פעולה ולהצנעת תפקידו של בית המשפט בענייני חוזים.<sup>26</sup>

22 ראו למשל James Gordley, *Equality of Exchange*, 69 CAL. L. REV. 1587 (1985); Patrick S. Atiyah, *Contract and Fair Exchange*, 35 U. TORONTO L.J. 1, 6–17 (1985); איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות" משפטים כט 783, 796–799 (1998).

23 תהליך הגלובליזציה מחליש את כוחם של ארגוני העובדים הן משום שבידי המעבידים מצוי איום אפקטיבי להעביר מפעלים למדינות העולם השלישי, שבהן ההגנה על זכויות העובדים פחותה במידה ניכרת, הן משום שהימצאותם של מהגרי עבודה פותחת בפני המעבידים אפשרות להעסיק עובדים שאינם נהנים מההגנה האפקטיבית של דיני העבודה והסדרי העבודה הקיבוציים המקומיים.

24 CHARLES FRIED, *CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION* (1981)

25 ראו למשל Lisa Bernstein, *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, 66 U. CHI. L. REV. 710 (1999); Omri Ben-Shahar, *The Tentative Case against Flexibility in Commercial Law*, 66 U. CHI. L. REV. 781 (1999); Richard A. Epstein, *Confusion about Custom: Disentangling Informal Customs from Standard Contractual Provisions*, 66 U. CHI. L. REV. 821 (1999); David Charny, *The New Formalism in Contract*, 66 U. CHI. L. REV. 842 (1999). עם זאת יש לציין שהקשר בין אינדיווידואליזם לפורמליזם אינו פשוט ואינו בהכרח חד-חד-ערכי, משום שאפשר להשתמש ברטוריקה פורמליסטית כדי לקדם מטרות שאינן עולות בקנה אחד עם אינדיווידואליזם. השוו איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5, 15–22 (2012).

26 שניים מההקשרים הבולטים שבהם באו נטיות אלה לידי ביטוי, לפחות לכאורה, הם דיני הפירוש ודיני הכריתה. על ההקשר הראשון ראו למשל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים", לעיל ה"ש 25, בעמ' 22–35 (ניתוח פסיקתו של השופט דנציגר בנושא פירוש חוזים ושל תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי)). על ההקשר השני ראו אור יהלום "מסוימות בלתי מסוימת: שתי גישות

בשל התפתחויות אלה, עד לפני שנים אחדות היה ניתן לדבר על "עלייתו, נפילתו ועלייתו" של עקרון חופש החוזים.<sup>27</sup> בשנים האחרונות – למן שלהי העשור הראשון של המאה העשרים ואחת – יש אולי ניצנים של שינוי מגמה חוזר. עם המאפיינים של התפתחות זו בארץ ובעולם ניתן למנות, בראש ובראשונה, את משבר הסאב-פריים בארצות הברית, שגרר את המשק האמריקאי והעולמי למשבר חריף ועורר ספק בתבונתה של מגמת הדה-רגולציה בעולם המערבי.<sup>28</sup> בעקבות ממשלים בעלי אוריינטציה ימנית מובהקת, כמו אלה של מרגרט ת'אצ'ר באנגליה ורונלד ריגן וג'ורג' בוש האב בארצות הברית, עלו ממשלים בעלי אוריינטציה חברתית יותר, כמו ממשלת הלייבור באנגליה והנשיאים ביל קלינטון וברק אובמה בארצות הברית. בישראל, למן שנת 2008 לערך התנחשל גל אדיר של חקיקה צרכנית, שבא לידי ביטוי בשורה ארוכה של תיקונים לחוק הגנת הצרכן ומכוחו (לרבות התקנתן של תקנות המאפשרות לצרכנים לחזור בהם מהתקשרויות חוזיות ותיקונים לחוק המגבילים את כוחם של ספקים לשנות תנאים בחוזים מתמשכים),<sup>29</sup> רפורמה בחוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות (בעקבות פרשת

על אודות אופייה הראוי של דרישת המסוימות "משפטים 325 (2014) (ניתוח של ע"א 10859/07 חברה קדישא גחש"א נ' לוי (פורסם בנבו, 22.1.2012), וע"א 9247/10 רוזנברג נ' סבן (פורסם בנבו, 24.7.2013)).

27 ראו למשל The Fall and Rise of Freedom of Contract (F.H. Buckley ed., 1999) (אסופת מאמרים על עלייתו המחודשת של עקרון חופש החוזים והשפעתה על מגוון רחב של תחומי משפט בארצות הברית, לרבות דיני חוזים).

28 ראו למשל Patricia A. McCoy, Andrey D. Pavlov & Susan M. Wachter, *Systemic Risk through Securitization: The Result of Deregulation and Regulatory Failure*, 41 CONN. L. REV. 1327 (2009); Adam J. Levitin, *The Crisis Without a Face: Emerging Narratives of the Financial Crisis*, 63 U. MIAMI L. REV. 999, 1002 (2009); Arthur E. Wilmarth, Jr., *Turning a Blind Eye: Why Washington Keeps Giving in to Wall Street*, 81 U. CIN. L. REV. 1283 (2013).

29 ראו למשל חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 21), התשס"ח–2007, ס"ח 14 (הטלה של פיצויים לדוגמה בשל הפרות של עוסקים); חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 22), התשס"ח–2008, ס"ח 490 (הסדרה של הארכות של חוזים שנערכו לתקופה קצובה); חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 23), התשס"ח–2008, ס"ח 493 (עסקאות מתמשכות – קביעה של חובות גילוי והסדרה של כוח הצרכן להפסיקן); חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 24), התשס"ח–2008, ס"ח 576 (זמני המתנה לטכנאים); חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 26), התש"ע–2010, ס"ח 305 (הסמכה לקבוע חובות גילוי מיוחדות בחוזים אחידים ורפורמה בכללים שעניינם "תקופת הצינון" שבה הצרכן זכאי לחזור בו מעסקאות מסוגים מסוימים); חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 28), התש"ע–2010, ס"ח 636 (הסדרת עסקאות מתמשכות למתן שירותים רפואיים); חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 36), התשע"ד–2014, ס"ח 262 (קביעת כללים לגבי תווי קנייה); חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 37), התשע"ד–2014, ס"ח 402 (הסדרת זכותם של צרכנים להפסיק התקשרויות מתמשכות בעניין רכישה של יחידות נופש ובעניין מכוני כושר); חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 39), התשע"ד–2014, ס"ח 622 (המרת סעיף העושק הצרכני בסעיף שעניינו השפעה בלתי-הוגנת והרחבה של סמכויות הפיקוח שבחוק); תקנות הגנת הצרכן (מחיר ליחידת מידה), התשס"ח–2008, ק"ת 1361 (חובת הצגה של מחיר ליחידת מידה, על מנת להקל על השוואת מחירים); תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), התש"ע–2010, ק"ת 16 (קביעה של "תקופת צינון" של יומיים עד שבועיים, שבמהלכן זכאי הצרכן לחזור בו מהעסקה במגוון רחב של עסקאות צרכניות); תקנות הגנת הצרכן (מתן שירות טלפוני), התשע"ב–2012, ק"ת 1098 (הטלת חיובים בעניין שירות טלפוני של ספקים).

חפציבה<sup>30</sup> וסדרת רפורמות בחוק המכר (דירות)<sup>31</sup>. כיוצא בזה נערכו רפורמות צרכניות חשובות בתחומים של דיור מוגן,<sup>32</sup> שירותי תעופה,<sup>33</sup> מכונים פסיכומטריים,<sup>34</sup> כרטיסי חיוב<sup>35</sup> ועוד.<sup>36</sup> גל אדיר זה בולט על רקע הקיפאון היחסי בחקיקה צרכנית בשני העשורים שקדמו לו. בצד החקיקה האינטנסיבית יש גם גל של התערבות רגולטורית בחוזים, למשל של משרד התקשורת בחוזים של חברות הטלפון הסלולרי.<sup>37</sup>

- 30 חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון מס' 4), התשס"ח–2008, ס"ח 418 (קביעה של הסדר השוכרים להבטחת כספם של רוכשי דירות). אחרי תיקון זה תוקן החוק עוד פעמים אחדות.
- 31 חוק המכר (דירות) (תיקון מס' 5), התשע"א–2011, ס"ח 778 (הגדרה מיוחדת של תקופות הבדק והאחריות, הטלת אחריות כלפי קוני המשנה, אחריות קוגנטית ופיזיים מוגדלים בשל איחורים במסירת הדירה ועוד); חוק המכר (דירות) (תיקון מס' 6), התשע"ד–2014, ס"ח 334 (קביעת מנגנון להוספה, שינוי וויתור על פריטים מתומחרים בדירה); חוק המכר (דירות) (תיקון מס' 7), התשע"ד–2014, ס"ח 335 (הגבלת שכר הטרחה המשולם בעד רישום הדירה בשמו של הקונה).
- 32 ראו חוק הדיור המוגן, התשע"ב–2012, ס"ח 426 (הסדרה של חובות מסירת מידע ושל תוכן החוזה במוסדות לדיור מוגן של מבוגרים, לרבות הוראות בעניין שפת החוזה, מסירת מסמך גילוי, תקופת ניסיון של שלושה חודשים, חובת הספקה של שירותים מסוימים, שמירה על כבודם ופרטיותם של הדיירים, אי-גבייה של תשלומים שלא פורטו בהסכם, הבטחת כספי הפיקדון והשבתם, הגבלות על פינוי דייר מדירתו ועוד).
- 33 ראו חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב–2012, ס"ח 414 (הסדרת זכותם הקוגנטית של נוסעים שהונפק להם כרטיס טיסה ושנמנע מהם לטוס במועד הנקוב מסיבות התלויות במפעיל הטיסה או במארגן של טיסות שכר לפיצויים ולסיוע).
- 34 ראו חוק הפיקוח על מכונים פסיכומטריים, התשס"ט–2008, ס"ח 36 (חיוב לערוך הסכם בכתב ללימודים בקורס הכנה למבחנים פסיכומטריים והסדרת זכותם של התלמידים ללמוד שיעורי ניסיון ללא תשלום ולבטל את הרשמתם לקורס תוך השבת שכר הלימוד בניכוי דמי ביטול ששיעורם קבוע בחוק).
- 35 ראו חוק כרטיסי חיוב (תיקון מס' 4), התשס"ח–2008, ס"ח 814 (ביצור זכויותיו של הלקוח במקרים של שימוש לרעה בכרטיס בידי אדם אחר, השבת סכומים ללקוח וחדלות פירעון של הספק בעסקת היסוד).
- 36 ראו למשל חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 3), התש"ע–2010, ס"ח 514 (הסדרת החובה לציין על גבי חוזים אחידים אם אושרו בידי בית הדין לחוזים אחידים); חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4), התשע"ב–2012, ס"ח 483 (הוספה של חזקת קיפוח בעניין תניות הצמדה חד-צדדיות); חוק מכירת רכב משומש (זכאות למידע וגילוי נאות), התשס"ח–2008, ס"ח 816 (הטלה של חובות גילוי על מי שעיסוקו במכירת רכב משומש).
- 37 ארז כהן "התערבות או מעורבות: תהליכי רגולציה בענף התקשורת הסלולרית בישראל" מסגרות מדיה 11, 79, 91–108 (2013) (סקירת האמצעים שנקטו בתחום זה בשנים 2010–2012, לרבות הכנסה של מפעילים וירטואליים, ביטול "קנסות יציאה", הפחתת דמי הקישוריות ואיסור חסימה של כרטיסי SIM). ראו גם ס' 2–4 לחוק המדיניות הכלכלית לשנים 2011 ו-2012 (תיקוני חקיקה), התשע"א–2011, ס"ח 138 (תיקונים עקיפים לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב–1982 שתכליתם הגברת התחרות בשוק הטלפונים הסלולריים); חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 53), התשע"ב–2012, ס"ח 319 (הוראות שנועדו להקשות על רשתות הטלפון הסלולרי להכביד על מעבר של לקוחות מספק לספק).



לבסוף, גם הרוח בבית הדין לחוזים אחידים נעשתה בשנים האחרונות יותר פרו-צרכנית,<sup>38</sup> ואף התפתחות זו בולטת על רקע גישה שמרנית יותר של בית הדין בעבר.<sup>39</sup> בתאוריה של דיני החוזים הגישה הכלכלית עודנה משפיעה מאוד, אולם הניתוח הכלכלי עצמו הושפע במידה רבה ממחקרים ביהיוראליים, הקוראים תיגר על הנחות המוצא של הניתוח הכלכלי הסטנדרטי.<sup>40</sup> ההכרה בכך שאנשים שוגים לעתים באורח שיטתי וצפוי בהחלטותיהם, ובשל כך אינם משיאים את תועלתם או את התועלת החברתית הכוללת, מצריכה שינויים בניתוח הכלכלי ויכולה להצדיק רגולציה גם אם דבקים ביעד של הגדלת סך כל הרווחה החברתית כיעד בלעדי – עד כדי הצדקה לפטרנליזם בדיני חוזים.<sup>41</sup> לבסוף, ברקע הדברים וכחלק מההתפתחויות המתוארות לעיל, יש להזכיר גם את מחאת הצדק החברתי בישראל בקיץ 2011, שנערכה בד בבד עם מחאות דומות ברחבי העולם.<sup>42</sup> כאמור, הסקירה דלעיל היא תמציתית ביותר, כללית ולא מדויקת. דומה שבאירופה ובישראל עליית קרנו של עקרון חופש החוזים בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים בלטה פחות מבארצות הברית ובאנגליה. באירופה ובישראל, כך נדמה, בצד היבטים של התחזקות חופש החוזים בשנות השמונים והתשעים, נמשכת המגמה ההפוכה שבאה לידי ביטוי במהלך המאה העשרים ואשר בשני העשורים האחרונים מתקשרת אנליטית לתהליך

38 ראו למשל ע"ש (חוזים אחידים י-ם) 7053/99 כ.י.ד. ערוץ הקניות בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 7.8.2001) (מכירה באמצעות ערוץ הקניות); ע"ש (חוזים אחידים י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי (פורסם בנבו, 10.6.2004) (חוזה לניחול חשבון עובר ושב; על החלטת בית הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון, אשר בחלק מהעניינים הפך את החלטתו של בית הדין והעדיף את עמדת הבנק: ע"א 6916/04, 7680 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 18.2.2010); ח"א (חוזים אחידים י-ם) 8010/02 המפקח על הבנקים – בנק ישראל נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 9.2.2006) (שירותים בנקאיים הניתנים באמצעות האינטרנט והטלפון); ח"א (חוזים אחידים י-ם) 8002/02 המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 5.5.2009) (חוזה הלוואה); ח"א (חוזים אחידים י-ם) 804/07 דיזנהויז יוניתורס נסיעות ותיירות (1979) בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 13.10.2009) (חבילות תיור); ח"א (חוזים אחידים י-ם) 702/06 היועץ המשפטי לממשלה נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 6.12.2011) (חוזה לרכישת דירה); ח"א (חוזים אחידים י-ם) 901-08 היועץ המשפטי לממשלה נ' ביאיר חברה קבלנית לעבודות בניה 1998 בע"מ (פורסם בנבו, 19.2.2012) (חוזה למכירת דירה בידי חברת בנייה).

39 ראו גליה מסיקה "בית הדין לחוזים אחידים במבחן המציאות – מהומה רבה על לא מאומה" משפטים לב 95, 101–96, 114–105 (2001).

40 ראו באופן כללי Eyal (The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law) Zamir & Doron Teichman eds., (2014) מיה בר-הלל ואוריאל פרוקצ'יה "כלכלה התנהגותית" הגישה הכלכלית למשפט 71 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

41 ראו למשל (1998) 84 Va. L. Rev. 229 Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*. ראו גם Eyal Zamir & Barak Medina, *Law, Economics, and Morality* 313–47 (2010).

42 ראו למשל דוח הוועדה לשינוי כלכלי וחברתי (2011) 31–25 [http://hidavrut.gov.il/sites/default/files/%20%D7%A1%D7%95%D7%A4%D7%99.pdf?bcsi\\_scan\\_99FE300B8A2E1F36=1](http://hidavrut.gov.il/sites/default/files/%20%D7%A1%D7%95%D7%A4%D7%99.pdf?bcsi_scan_99FE300B8A2E1F36=1); קריאת המחאה, לקסיקון פוליטי (2011) (אריאל הנדל עורך ראשי, 2012).

ה"קונסטיטוציונליזציה" של המשפט הפרטי.<sup>43</sup> יש אף בסיס לטענה שבישראל, דווקא על רקע התחזקות התפיסות של כלכלת שוק בשנות השמונים והתשעים, קיבל עליו בית המשפט תפקיד מרסן וממתן.<sup>44</sup> במיוחד יש לקרוא את הסקירה דלעיל בזהירות רבה ככל שהיא מתייחסת להתפתחויות בשנים האחרונות, שתוארו ללא הריחוק ההיסטורי הנחוץ להערכת משמעותן ארוכת הטווח. עדיין לא ברור אם אחרי עלייתו של עקרון חופש החוזים במהלך המאה התשע-עשרה, ירידתו במהלך המאה העשרים ועלייתו המחודשת בשלהי המאה העשרים (במיוחד בארצות הברית) החלה המטוטלת לנוע חזרה והעיקרון מתחיל לאבד שוב מכוחו. כך או אחרת, לצד המגמות הכלליות שתוארו לעיל, בכל התקופות ובכל שיטות המשפט המערביות היו, יש וימשיכו להיות, מתחים, סתירות והתנגשויות בין ערכים מתחרים בדיני החוזים, לרבות בין ההוגנות של הליך ההתקשרות להוגנות של תוכן החוזה.<sup>45</sup>

הסקירה דלעיל תהווה רקע לעיון במתח שבין צדק מהותי לצדק פרוצדורלי כפי שהוא משתקף כיום בדיני הכפייה והעושה בישראל. אפתח בפגם העושה, המוסדר בסעיף 18 לחוק החוזים הכללי, משום שהוא מתייחס מפורשות לתוכן החוזה, ואחר כך אדון בפגם הכפייה, המוסדר בסעיף 17 ולפי פשוטו אינו מתייחס כלל לתוכן החוזה אלא רק להליך כריתתו.

## ג. עושה וגריעות תנאי החוזה

### 1. כללי

נקודת המוצא של חוק החוזים (חלק כללי) היא שקביעתו של תוכן החוזה מסורה לצדדים. עיקרון זה בא לידי ביטוי מובהק בסעיף 24, שלפיו "תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". אמנם בסעיפים 12 ו-39 מטיל החוק חובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא ומתן לכריתתו של חוזה, בקיומו ובשימוש בזכויות הנובעות ממנו, ואמנם בדיעבד

43 ראו למשל אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); דפנה ברק-ארוז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין – המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11 (2009); FREEDOM OF CONTRACT AND CONSTITUTIONAL LAW (Alfredo M. Rabello & Petar Šarčević, eds., 1994); Maria Rosaria Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, 2 EUR. REV. CONT. L. 257 (2006); CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW (Tom Barkhuysen & Siewert Lindenbergh eds., 2006); CONSTITUTIONAL VALUES AND EUROPEAN CONTRACT LAW (Stefan Grundmann ed., 2008); CHANTAL MAK, FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPEAN CONTRACT LAW: A COMPARISON OF THE IMPACT OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON CONTRACTUAL RELATIONSHIPS IN GERMANY, THE NETHERLANDS, ITALY AND ENGLAND (2008). ראו גם Grundmann, לעיל ה"ש 3.

44 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 130–132 (1993).

45 ראו למשל Marella, לעיל ה"ש 43 (על דיני החוזים בקהילה האירופית).

השתמשו בהוראות אלה ואחרות בחוק גם כאמצעים לפיקוח על תוכנם של חוזים,<sup>46</sup> אולם לפי פשוטן, הוראות אלה אינן עוסקות בתוכן החוזה אלא במשא ומתן לכריתתו, בקיומו ובשימוש בזכויות מכוחו. מבחינה זו החוק משקף את התפיסות הליברליות של המאה התשע-עשרה. הסטייה הבולטת ביותר מתפיסה זו מצויה בסעיף 18, המאפשר ל"מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר ניסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל" לבטל את החוזה. זוהי הוראה חריגה לעומת הוראותיו האחרות של החוק ולעומת הפגמים האחרים בכריתת חוזה הנדונים בפרק ב – טעות, הטעיה וכפייה – בכך שהיא מתייחסת מפורשות לתנאי החוזה ומתנה את כוח הביטול בהיות תנאי החוזה "גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל".<sup>47</sup> אי-סבירות של תנאי החוזה איננה תנאי מספיק לגריעה מתוקף החוזה, אולם בסעיף 18 זהו תנאי הכרחי. זוהי אפוא הסטייה מרחיקת הלכת ביותר מהסתפקות בצדק פרוצדורלי בדיני הפגמים בכריתתה שבחוק החוזים הכללי. ניתן להסביר ללא קושי את עילות הטעות, ההטעיה והכפייה כמיועדות להגן על הרצון הפרטי, כמבצרות את חירותו של כל אדם להחליט החלטה מודעת וחופשית על התקשרויותיו. לעומת זאת מתבקש יותר להצדיק את עילת העושק על בסיס שיקולים מוסריים של הוגנות התוכן ושל צדק מחלק: הגנה על קבוצות אוכלוסייה חלשות ומוחלשות בחברה כגון בני מיעוטים, עניים, זקנים ונשים.<sup>48</sup> אכן, ניתן להסביר גם את עילות הטעות, ההטעיה והכפייה על בסיס שיקולים של צדק מחלק;<sup>49</sup> כשם שניתן להסביר את העושק על בסיס הרצון להגן על חופש הרצון – הא ראייה שאין די בגריעות תנאי החוזה כשהיא לעצמה כדי להפוך את החוזה לניתן לביטול – ומשיקולים של יעילות כלכלית.<sup>50</sup> אולם ההתייחסות המפורשת לתוכן החוזה בסעיף 18 מחזקת ומבליטה דווקא כאן את השיקולים של הוגנות החוזה והצדק המחלק. תימוכין להשקפה זו ניתן למצוא גם בעובדה שהמחוקק קבע הוראות מיוחדות בענייני עושק בחקיקה הצרכנית (אף כי לא תמיד פועלן הוא במישור של תוקף החוזה) – תחום שבו מושגים של הוגנות וצדק מחלק ממלאים מאז ומתמיד תפקיד מרכזי.<sup>51</sup>

46 ראו למשל ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 617, 628–640 (1979) (השופט מנחם אלון); דניאל פרידמן "חוזים אחידים, תום-לב ותקנת הציבור" עיוני משפט ז 431, 435 (1980); זמיר פירוש והשלמה של חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 47–48; שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 146.

47 ראו למשל פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 970–971.

48 ראו גם שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 341. הבטחת ההוגנות של החוזה וקידום חלוקה מחדש של כוח או עושר בין הצדדים לחוזה הם שני ערכים נבדלים, העשויים למשוך בכיוונים שונים במקרה זה או אחר. אף על פי כן בהקשר הנוכחי אפשר ונוח לדון בהם בכפיפה אחת.

49 לטענה שלא ניתן להבין את דיני הפגמים בכריתתה אלא על בסיס מושגים של צדק מחלק ראו Kronman, לעיל ה"ש 12, בעמ' 475–497.

50 לעניין זה יש להבחין בין התערבות משפטית המשפיעה רק על חלוקת רווחי החוזה לבין התערבות העלולה לפגום בתמריצי הצדדים להתנהג ביעילות. ראו עמרי בן שחר ויובל פרוקציה "פרק ד: חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 153, 182–184 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012). השימוש בדיני הפגמים עשוי להיות יעיל גם כאמצעי מתון להתמודדות עם מגבלות קוגניטיביות של אנשים, הפוגעות בהשאת הרווחה החברתית הכוללת.

51 ראו ס' 3 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981 (כפי שהוחלף בתיקון מס' 39 לחוק, לעיל ה"ש 29); ס' 4 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א–1981; ס' 58 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א–1981. לניתוח של דין העושק הצרכני בנוסח הקודם של ס' 3 לחוק הגנת

היסודות של עושק לפי סעיף 18 הם (1) חוזה, (2) מצוקה, חולשה שכלית, חולשה גופנית או חוסר ניסיון, (3) ניצול המצוקה בידי הצד השני או מטעמו, (4) קשר סיבתי בין ניצול המצוקה להתקשרות בחוזה ו-(5) גריעות תנאי החוזה. חלק מהיסודות, ובייחוד המצוקה לסוגיה וגריעות תנאי החוזה, משתמשים בסטנדרטים גמישים המעניקים לבית המשפט שיקול דעת בקביעת תחומיו של העושק. במציאות קיים מעבר הדרגתי ורציף בין המקרה המובהק שבו שני צדדים שווי כוחות, בעלי חופש פעולה רחב, ניסיון ואינטליגנציה גבוהים מתקשרים בחוזה מאוזן ושיקול מאוד, לבין המקרה המובהק שבו אדם הנתון במצוקה קיצונית מתקשר עם אדם בעל כוח כלכלי עצום, המנצל ניצול אופורטוניסטי את מצוקת רעהו להתקשרות בחוזה שהוא חד-צדדי לחלוטין. באמצעות מושגיו של סעיף 18 על בית המשפט לקבוע את הנקודה על פני הספקטרום שמעבר לה נפגם תוקפו של החוזה. גם קו הגבול בין חוזה הניתן לביטול מחמת עושק לבין היעדר חוזה משום שלא הייתה העדה על גמירת דעת, למשל משום בעיות קוגניטיביות חמורות שמהן סבל אחד הצדדים, לא תמיד ברור ויכול שידרוש הפעלה של שיקול דעת שיפוטי.<sup>52</sup>

העובדה שבסעיף 18, שלא כשאר הפגמים בכריתה, נדרשת גם גריעות תנאי החוזה כדי לאפשר את ביטול החוזה, מעידה שחומרתו של ניצול המצוקה פחותה מחומרתן של הטעיה וכפייה, למשל. במקרה של ניצול מצוקה נדרשת "משקולת" נוספת על כפות המאזניים – גריעות תנאי החוזה – כדי לאפשר לעשוק לבטל את החוזה. חומרתה היתרה של הכפייה לעומת ניצול המצוקה מתבטאת כמדומה בשניים: ראשית, במידת מעורבותו של הצד השני בגרימת הפגם. לעומת הטעיה וכפייה, שבהן המצב שבו נמצא המוטעה או הכפוי נגרם בידי המתקשר השני או משהו הפועל מטעמו, בסעיף 18 מדובר במצב נתון של מצוקה (אשר נגרם מכל סיבה שהיא), שהצד השני רק מנצל אותו לטובתו.<sup>53</sup> שנית, כנראה קיים הבדל גם בעצמת הפגיעה ברצון השלם והחופשי של המתקשר. בכפייה מדובר באדם הפועל שלא באופן חופשי, ובהטעיה מדובר באדם הפועל על סמך מידע שגוי, ואילו בעושק מדובר באדם שאמנם סובל ממצוקה כלשהי, אך בהינתן אותה מצוקה ההתקשרות עשויה לשקף את רצונו האמתי והחופשי. נוכח התנאים הקשים שבהם התגבש רצון זה וניצולם בידי הצד השני מאפשר הדין לבטל את החוזה.<sup>54</sup>

הצרכן ובחוקים צרכניים אחרים והשוואתו לדין העושק שבחוק החוזים הכללי, ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן, כרך א: יסודות ועקרונות 414–422 (2001); אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 433–447 (2003); ירון אליאס דיני ביטוח 328–330 (מהדורה שנייה, 2009); רע"א 617/08 מלון עדן נהריה בע"מ נ' קסל, פס' 40–72 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 21.9.2014).

52 ראו למשל ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון בראשי, פ"ד נב(2) 582 (1998). במקרה זה פסק בית המשפט המחוזי שנוכח מצבו המנטלי של המנוח בעת החתימה על החוזה לא הייתה העדה על גמירת דעת, ולחלופין שהחוזה לקה בעושק. בית המשפט העליון הסתפק בנימוק הראשון.

53 אם כי בדין הרצוי והמצוי כאחד ניתן לעורר שאלה אם אין לאפשר למי שכרת חוזה מתוך כפייה בידי אדם שלישי – שאינו הצד השני לחוזה או מי מטעמו – לבטל את החוזה. על סוגיה זו, ראו למשל פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 961–965; שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 334–336; זמיר 'רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות', לעיל ה"ש 22, בעמ' 787–788 ה"ש 12.

54 פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 894–895.

להלן אתמקד בסוגיות אחדות הקשורות למתח שבין צדק פרוצדורלי לצדק מהותי בפגם העושק. תחילה אדון בהבדלי דעות בנוגע לשתי שאלות פרשניות שמעורר סעיף 18: האם עוני ראוי להיחשב מצוקה, והאם המצוקה האמורה בסעיף 18 צריכה להיות פתאומית, קבועה, או כל אחת מהשתיים? לאחר מכן אבחן את תחולתה של הוראת העושק על חוזי חנינם. לבסוף אבדוק עד כמה שכיחים בפסיקה מקרים שבהם הכיר בית המשפט בהיותם של תנאי חוזה כלשהו גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל, אך לא הכיר בקיומו של עושק מחמת היעדר ניצול מצוקה.

## 2. עוני כמצוקה? מצוקה קבועה או זמנית?

בפסיקה ובספרות יש עמימות מסוימת בשאלה אם גם מצוקה כלכלית, ובייחוד עוני חמור, עשויים להיחשב "מצוקה" לעניין סעיף 18. לפי דעה אחת, ככלל אין די במצוקה כלכלית כדי לקיים את הדרישה שבסעיף 18. על המצוקה לעורר "חשש לפגם בגמירת דעתו של המתקשר".<sup>55</sup> על כן ניתן להסתייע במבחן שנקבע בדין הגרמני, ולפיו "מצוקה איננה מתייחסת למצב של עוני ומחסור, כי אם למצב של שינוי פתאומי המביא לקשיים שאין לעמוד בפניהם אלא על-ידי כניעה לדרישות הצד השני".<sup>56</sup> עצם היותו של אדם שרוי בקשיים כלכליים, בעוני ובמחסור איננה בבחינת מצוקה לצורך זה. דעה שונה במקצת הביע השופט מאיר שמגר, ולפיה "אין לראות את המצוקה כאי-נוחות, הנגרמת עקב הצורך להתמודד עם קשיים כלכליים, שאין בהם חומרה מיוחדת".<sup>57</sup> כלומר, קשיים כלכליים אינם בבחינת מצוקה אלא אם מדובר בקשיים שיש בהם חומרה מיוחדת. לפי ניסוח שלישי, אף הוא של השופט שמגר, "קושי כלכלי ארעי או חולף אינו יוצר מצב של מצוקה".<sup>58</sup> משמע, שקשיים כלכליים אינם בבחינת מצוקה אם הם ארעיים או חולפים. יש הנוטים שלא להכיר בקשיים כלכליים כצורה של מצוקה, ואילו השופט שמגר נכון להכיר בהם, ובלבד שיהיו בעלי חומרה מיוחדת או נמשכים (אין זה ברור לגמרי מהו לשיטתו היחס בין שני התנאים האחרונים, אך ניתן להתרשם שמדובר בתנאים מצטברים). דברים אלה מתקשרים להיבט נוסף של יסוד המצוקה: משך המצוקה. האם כדי שיתקיים עושק נדרשת מצוקה נמשכת? האם נדרשת דווקא מצוקה פתאומית? או שמא די בכל אחת מהן? בפסיקה ובספרות יש סימוכין לכל אחת משלוש התשובות האפשריות. השופט מנחם אלון כתב שמצוקה היא "מצב של חומרה ושקיעה, ולא אך קושי ארעי או חולף של מי שנושיו

55 דויטש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 39. ראו גם יעקב מליץ "עוד על ה'מצוקה' – מאזן ביניים" הפרקליט לח 571, 574 (1989) (האלמנט המרכזי של המצוקה הוא "מצבו הנפשי של הנתון במצוקה" המשפיע "על רצונו החופשי" ועל "כושר שיפוטו").

56 דויטש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 40. ראו גם שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 346 ("מצוקה איננה מצב של עוני ומחסור או אי-נוחות הנגרמת עקב הצורך להתמודד עם קשיים כלכליים, אלא שינוי פתאומי המביא לחץ – כלכלי או פסיכולוגי – חמור"); ת"א (שלום ת"א) 165760-09 בית-און נ' כספי, פס' 22 (פורסם בנבו, 13.12.2011).

57 ע"א 395/83 שלום נ' יכין חק"ל, חברה חקלאית בע"מ, פ"ד לט(2) 737, 741 (1985). ראו גם ת"א (שלום ת"א) 073268/04 פור טואה נ' פקיד שומה תל-אביב-יפו 3 (פורסם בנבו, 3.7.2008).

58 ע"א 700/83 כהן נ' הרשקוביץ, פ"ד לט(4) 471, 475 (1985).

באים אליו בזמן מן הזמנים לתבוע את שלהם ולמצות את זכויותיהם על פי הדין".<sup>59</sup> כלומר, לדידו של אלוץ (לפחות כפי שמקובל להבין את עמדתו), כדי שיתקיים עושק יש צורך במצוקה קבועה. על עמדה זו חלקו, בין היתר, השופטים משה לנדוי, יעקב טירקל, טובה שטרסברג-כהן וחנן מלצר. לדידם, "יתוארו מצבים של קושי ארעי וחולף, שאליו יכול 'העשוק' להיקלע לפתע, שגם בו יתקיימו כל היסודות, הדרושים להפעלת סעיף 18".<sup>60</sup> כלומר, המצוקה האמורה בסעיף 18 יכולה להיות קבועה או ארעית. לפי העמדה השלישית, שבה מצדדת למשל גבריאלה שלו, "מצוקה איננה מצב של עוני ומחסור או אי-נוחות הנגרמת עקב הצורך להתמודד עם קשיים כלכליים, אלא שינוי פתאומי המביא ללחץ – כלכלי או פסיכולוגי – חמור".<sup>61</sup> משמע, שרק מצוקה כלכלית פתאומית נתפסת בגדרו של סעיף 18.

כל התשובות לכל אחת משתי השאלות מתקבלות על הדעת מבחינה לשונית ועניינית. אין לומר על אחת מהן שהיא בהכרח מיטיבה עם הצד החלש יותר משמיטיבות עמו התשובות האחרות, שכן כמו בהקשרים רבים אחרים, גם בהקשר הנוכחי יש מתח בין הסתכלות מראש להסתכלות בדיעבד. בדיעבד, הפרשנות הרחבה ביותר ל"מצוקה" – לרבות מצוקה כלכלית וללא כל הגבלה מבחינת משך המצוקה (קבועה או זמנית) – מיטיבה עם הצד המבקש בדיעבד לבטל חוזה מחמת עושק. אולם כאשר בוחנים את השאלה מלכתחילה, הרי ככל שמרחיבים את כוחו של הצד החלש לבטל בדיעבד את החוזה, כך מרתיעים את הצד השני מלהתקשר עמו מראש – דבר העלול לפגוע עוד יותר בצדדים חלשים בטווח הארוך.

מכל מקום, הנקודה החשובה לענייננו היא שיש קשר בין שתי השאלות הפרשניות, הטכניות-כביכול, שבהן התחבטו בתי המשפט והמלומדים, לבין המתח הבסיסי שבסעיף 18 בין צדק פרוצדורלי לצדק מהותי: האם תכליתו המרכזית של הסעיף היא להבטיח את הרצונות של ההתקשרות, או שמא להבטיח שתוכן ההתקשרות הוגן ולקדם יעדים של צדק מחלק? אם מדגישים את הצדק הפרוצדורלי, הרי שהנטייה תהיה שלא להכיר במצוקה כלכלית – שהרי עקרונית אפשר להיות עני ומחושב,<sup>62</sup> ושלא להכיר במצוקה נמשכת – שהרי דווקא מצוקה פתאומית מסיטה את שיקול הדעת מנתיבו הנכון. לכל היותר נכיר במצוקה כלכלית אם היא

59 ע"א 719/78 איליט נ' אלקו, פ"ד לד(4) 685, 673 (1980).

60 ראו ע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד לו(1) 770, 762 (1981) (השופט לנדוי); שם, בעמ' 768 (השופט טירקל); ע"א 784/81 שפיר נ' אפל, פ"ד לט(4) 156, 149 (1985) (השופט שטרסברג-כהן); עניין מלון עדן, לעיל ה"ש 51, פס" 38 (א) לפסק דינו של השופט מלצר; פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 982–983.

61 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 346. ראו גם דויטש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 40.

62 אם כי מחקרים פסיכולוגיים מצביעים על כך שעוני פוגם בתפקוד הקוגניטיבי של אנשים (ראו למשל (Anandi Mani et al., *Poverty Impedes Cognitive Function*, 341 Sci. 976 (2013)) וביכולת השליטה העצמית שלהם (ראו למשל (Kathleen D. Vohs, *The Poor's Poor Mental Power*, 341 Sci. 969 (2013)). עצם ההתמודדות עם המחסור גוזלת משאבים נפשיים. עם זאת יצוין שאין קשר הכרחי בין ממצאים אלה לבין ההבחנה בין צדק פרוצדורלי לצדק מהותי. מי שדוגל בחשיבות של צדק פרוצדורלי בשל הערך הטבוע של חירות לאו דווקא יסבור שפגעי העוני צריכים להשפיע על תוקף החוזים שעושים עניים, ומי שדוגל בחשיבות של צדק מהותי ביני חוזים עשוי להתחשב בעוני של המתקשר ובהשפעתו על תוכן החוזה גם אם עוני זה לא השפיע על יכולותיו הקוגניטיביות של המתקשר.

פתאומית. זוהי למשל עמדתה של שלו. לעומת זאת אם מדגישים את הצדק המהותי, את הבטחת השקילות החוזית וקידום מטרות של צדק מחלק, הרי שיש להכיר ביתר קלות במצוקה כלכלית כיוצרת עושק, ונדרש לסייע דווקא לאלה שמצוקתם נמשכת ולא ארעית. זו למשל נטייתו של השופט אלון. דומה שעמדות אלה מתיישבות יפה עם תפיסות העולם המשפטיות של פרופ' שלו ושל השופט אלון בעניינים של צדק פרוצדורלי לעומת צדק מהותי (אם כי יש לקרוא את הדברים בזהירות, משום שמדובר בתפיסות עולם רב-ממדיות ומורכבות).<sup>63</sup>

### 3. עושק בחוזי חנם

סוגיה נוספת המתקשרת לענייננו היא סוגיית תחולתו של סעיף 18 לחוק החוזים הכללי על חוזי חנם. דניאל פרידמן ונילי כהן סבורים ש"הדין הנוגע לפגמים ברצון בחוזים דו-צדדיים, שבהם ניתנת כרגיל תמורה משני הצדדים, איננו מתאים" לחול על חוזי מתנה, משום ש"היא בעיקרה פעולה חד-צדדית".<sup>64</sup> עמדה דומה הביע השופט מיכאל בן-יאיר, אשר סבר כי סעיף 18 אינו חל על חוזי חנם, ותחתיו יחולו דיני ההשפעה הבלתי-הוגנת – מושג שמקורו במשפט האנגלי והמשמש גם בסעיפים 30 ו-31 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.<sup>65</sup> בהמשך דבריהם פרידמן וכהן מסייגים את עמדתם וכותבים ש"אפשר שאין לשלול את החלתו של סעיף 18 לחוק החוזים בעניין עושק גם על מתנות, אולם החלה זו צריכה להיות כפופה לאופיה המיוחד של העיסקה כמתנה".<sup>66</sup> ספציפית הם סבורים ש"היסוד שלפיו תנאי העיסקה יהיו גרועים במידה בלתי סבירה מתקיים מאליו בעיסקות מתנה, לפחות כל אימת שמדובר במתנה בהיקף נכבד החורגת מן המקובל בנסיבות".<sup>67</sup> לעומת זאת מרדכי ראבילו סבור שסעיף 18 לחוק החוזים "יכול להסדיר היטב גם מצבים של מתנה", ואין צורך לשאוב את הסדרם מהדוקטרינה האקוויטיבילית של השפעה בלתי-הוגנת.<sup>68</sup> הוא מוסיף ומסביר שבמקרה של מתנה, השאלה מהם תנאים הגרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל תיענה "על-ידי בדיקת היחס בין אובייקט המתנה, מצבו של הנותן, סוג האירוע וסוג היחסים בין הנותן למקבל".<sup>69</sup> כמוכך, אין בעמדה זו

63 ראו גם איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 376–372, 343 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (הסברת פסיקותיו של השופט אלון הנחזות כמבוססות על תפיסת עולם המצדדת בחופש החוזים כנובעות לאמתו של דבר מתפיסתו המוסדית בעניין אקטיביזם שיפוטי).

64 פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 769–770.

65 ע"א 236/84 מנהל עזבון יפה ז"ל נ' שוורץ, פ"ד מה(5) 13, 25–27 (1991). שני השופטים הנותרים באותו מקרה – שלמה לוין ושושנה נתניהו – הסכימו למסקנתו הסופית של בן-יאיר, אך הקפידו שלא להצטרף לעמדתו בנושא הנדון.

66 פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1003.

67 שם, בעמ' 1003. כיוצא בזה, השופט בן-יאיר סבר שבהיעדר אמות מידה של הגינות עסקית העשויות לחול על הענקת חנם, "עילת העושק, שמחייבת את בחינת סבירותם של תנאי החוזה, אינה יכולה להיות רלוואנטית" (עניין מנהל עזבון יפה, לעיל ה"ש 65, בעמ' 26).

68 מרדכי אלפרדו ראבילו חוק המתנה, תשכ"ח-1968 47–48 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים מיסודו של גר טרסקי, מהדורה שנייה, 1996).

69 שם, בעמ' 49.

כדי לשלול את תחולתו של דין ההשפעה הבלתי-הוגנת במקרים שבהם המחוקק השתמש בביטוי זה, כמו בסעיף 3 לחוק הגנת הצרכן (בנוסחו המקורי ובנוסחו החדש בעקבות תיקון מס' 39 לחוק).<sup>70</sup>

במחלוקת זו דעתנו כדעתו של ראב"ל, התואמת את דעתו של גד טדסקי,<sup>71</sup> ושהיא כמדומה אף הדעה המקובלת בפסיקה.<sup>72</sup> כשאר הוראותיו של חוק החוזים הכללי, אף הוראת העושה צריכה להתפרש מתוך החקיקה האזרחית החדשה, ואין מקום לתור אחר פערים בחקיקה רק משום שבדין האנגלי משתמשים (ובדין הישראלי שקדם לחקיקה האזרחית החדשה השתמשו) בדוקטרינות אחרות, היכולות להיות שונות בהיקפן ובתוצאותיהן מהדין הישראלי.

במשפט הישראלי מתנה נתפסת כחווה חד-צדדי – חווה המטיל חיובים על אחד הצדדים – ולא כפעולה משפטית חד-צדדית.<sup>73</sup> ככל שמדובר ביסוד של גריעות תנאי החווה, קנה המידה שקובע סעיף 18 איננו שווי השוק של התמורות המוחלפות אלא ה"מקובל". כאשר מדובר בחוזים הדדיים, לא תמיד לתמורות המוחלפות יש שווי שוק, ולא תמיד שווי השוק הוא המבחן ההולם. במקרים כאלה קובע בית המשפט את ה"מקובל" לפי אמות מידה של הוגנות וסבירות, בהתחשב בכל נסיבותיו של המקרה המיוחד.<sup>74</sup> זהו ביטוי אחד מני רבים לכך שמושגים משפטיים, כמו "המקובל" בסעיף 18 ו"בדרך מקובלת" בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים הכללי, כמעט לעולם אינם רק תיאוריים אלא כוללים גם יסוד נורמטיבי.<sup>75</sup> גם כאשר מדובר בחוזי חינם, קיימות נורמות חברתיות בנוגע למתן מתנות, ליחסים שבהם הן ניתנות, לסוגן ולהיקפן, שלעיתים אינן ברורות ומגובשות פחות מאלה החלות בחוזים הדדיים.<sup>76</sup> ברוב רובם של

- 70 ראו למשל עניין מלון עדן, לעיל ה"ש 51, פס' 40–51 לפסק דינו של השופט מלצר.  
 71 גד טדסקי "על השפעה בלתי-הוגנת בדין-החוזים הישראלי" משפטים כא 517 (1992).  
 72 ראו למשל ע"א 146/81 נאשף נ' נאשף, פ"ד לח(3) 309 (1984); ע"א 2041/05 מחקשווילי נ' מיכשווילי, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ברלינר, פסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 19.11.2007).  
 73 ראו למשל ע"א 495/80 ברקוביץ נ' קלימר, פ"ד לו(4) 57, 61 (1982); עניין בראשי, לעיל ה"ש 52, בעמ' 595; ראב"ל, לעיל ה"ש 68, בעמ' 30–32.  
 74 ראו עניין איליט, לעיל ה"ש 59, בעמ' 680 (השופט שמגר), 687 (השופט ברק). ראו גם עניין סאסי, לעיל ה"ש 60, בעמ' 769; שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 348–349; ראב"ל, לעיל ה"ש 68, בעמ' 49. בין היתר, יכול בית המשפט להשוות את תנאיו של החווה הנוכחי לתנאיהם של חוזים קודמים בין אותם צדדים. ראו עניין מלון עדן, לעיל ה"ש 51, פס' 79 לפסק דינו של השופט מלצר.  
 75 האמירות שלפיהן הביטויים "המקובל" בס' 18 ו"בדרך מקובלת" בהוראות תום הלב קובעים אמת מדה תיאורית גרידא, המתייחסת למה שרווח, שכיח ותדיר למעשה, אינן אפוא תיאור מלא של מושגים אלה. לאמירות כאלה ראו למשל שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 348; עניין מלון עדן, לעיל ה"ש 51, פס' 77 לפסק דינו של השופט מלצר; רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 284 (1999). על השניות שבמושגים אלה כמושגים תיאוריים ונורמטיביים כאחד, ראו למשל ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 265–266 (שם מקיש השופט אלון מהביטוי "דרך ארץ"). לביקורת על הפירוש התיאורי גרידא של "המקובל" ראו גם קרן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 197.  
 76 ראו למשל צבי טריגר "בהחלט הייתם צריכים: מבט חוזי על תרבות מתנות החתונה בישראל" עיוני משפט לה 51, 56–67 (2012) (סקירה של הספרות הסוציולוגית על מתנות בכלל ובהקשר של מתנות חתונה בפרט).



המקרים מתנות אינן ניתנות סתם כך. הן ניתנות משום שחלה חובה חברתית או מוסרית על הנותן לתת את המתנה, חובה הנובעת מטיב היחסים בין הצדדים (כגון בין בני משפחה), או מכך שעל הנותן לגמול למקבל על הטבה קודמת שהלה היטיב עמו.<sup>77</sup> על רקע זה ניתן לבחון אם תנאיו של חוזה חינם כלשהו סבירים והוגנים, או שמא גרועים במידה בלתי-סבירה מהמקובל, בהתחשב בשווי הטבת החינם, במצבם הכלכלי של הצדדים, בטיב יחסיהם, במחויבויות שנוצרו ביניהם וכדומה. בית המשפט אף רשאי להתחשב בעובדה שהענקת החינם מדירה אנשים שלישיים – למשל יורשיו של המעניק – מהרכוש שניתן במתנה.<sup>78</sup> צדק מהותי בדיני חוזים הוא מושג רחב משקילות התמורות, והוא יכול וראוי לחול גם בחוזה חינם. מכל מקום, עצם ההתלבטות באשר לתחולתו של סעיף 18 על חוזה חינם מבליטה את חשיבותו של הצדק המהותי בסעיף 18.

#### 4. גריעות תנאים ללא עושק?

עניין מרכזי נוסף המחדד את המתח בין צדק מהותי לצדק פרוצדורלי בסעיף 18 עניינו היחס בין התקיימותו של יסוד גריעות תנאי החוזה לבין התקיימותם של שאר התנאים שבסעיף, ובייחוד קיומה של מצוקה וניצולה בידי הצד השני. לפי הדעה הרווחת, ככל שהיסודות של מצוקה וניצולה מתקיימים בבירור ובקיטוריות רבה יותר, כך ניתן להקל בדרישה של גריעות תנאי החוזה, ולהפך: ככל שתנאי החוזה מחפירים יותר, כך יקל בית המשפט בדרישה לניצול מצוקה.<sup>79</sup> גריעות תנאי החוזה אף יכולה לשמש ראיה למודעותו של הצד השני למצוקתו של הצד הנתון במצוקה ולניצולו אותה.<sup>80</sup> עם זאת הכול מסכימים שמדובר בתנאים מצטברים, וכי לא די בהתקיימות של מקצתם כדי להפוך את החוזה לניתן לביטול.<sup>81</sup> לפיכך ניתן להניח שיהיו מקרים שבהם יש ניצול מצוקה, אך החוזה אינו ניתן לביטול משום שתנאיו לא היו בלתי-סבירים, ובצד מקרים שבהם תנאי החוזה בלתי-סבירים, אך החוזה אינו ניתן לביטול, משום שלא הייתה מצוקה או שהיא לא נוצלה בידי הצד השני. ככל שיימצאו מקרים רבים יותר שבהם בית המשפט הכיר בהיותם של תנאי החוזה בלתי-סבירים, אך סירב לאפשר את ביטולו מחמת עושק משום שלא היה ניצול מצוקה – יעיד הדבר שבתי המשפט מדגישים את ההיבט הפרוצדורלי גם בסעיף 18. מנגד, ככל שהמקרים הללו – מקרים שבהם החוזה היה בלתי-סביר

77 ATYIAH, PROMISES, MORALS, AND LAW, לעיל ה"ש 9, בעמ' 212–215. ראו גם להלן ה"ש 109–111 והטקסט הסמוך להן.

78 עניין מחקשווילי, לעיל ה"ש 59, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ברלינר.

79 ראו למשל עניין סאסי, לעיל ה"ש 60, בעמ' 769; ע"א 9609/01 מול הים (1978) בע"מ נ' עו"ד שגב, פ"ד נח(4) 106, 120–121 (2004); ע"א 5806/02 ארביב נ' קרני, פ"ד נח(5) 193, 199 (2004); עניין מחקשווילי, לעיל ה"ש 72, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ברלינר; עניין מלון עדן, לעיל ה"ש 51, פס' 37 לפסק דינו של השופט מלצר; פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 980–981.

80 ע"א 226/87 זועבי נ' ניקולא, פ"ד מג(1) 714, 718 (1989).

81 ראו למשל ע"א 3156/98 בן ישי נ' ויינגרטן, פ"ד נה(1) 939, 948–949 (1999); עניין מול הים, לעיל ה"ש 79, בעמ' 121; עניין מחקשווילי, לעיל ה"ש 72, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ברלינר; עניין מלון עדן, לעיל ה"ש 51, פס' 37 לפסק דינו של השופט מלצר.

אך לא היה עושק בהיעדר ניצול מצוקה – מעטים יותר, כך תתחזק ההתרשמות שמה שבסופו של דבר חשוב לבתי המשפט הוא הצדק המהותי.

למיטב בדיקתי, נדירים מאוד הם המקרים שבהם פסק בית המשפט שתנאי החוזה היו גרועים במידה בלתי-סבירה מהמקובל אך דחה את טענת העושק בנימוק שלא היה ניצול מצוקה.<sup>82</sup> כלומר, עיון בפסיקה עשוי לתמוך במסקנה שבסעיף 18 הדבר החשוב ביותר לבית המשפט הוא הצדק המהותי. אם החוזה בלתי-הוגן מצד תוכנו, בית המשפט כבר ימצא שהתקיימו גם שאר יסודותיו של פגם העושק. בד בבד אם תוכן החוזה הוגן, יסתפק בית המשפט בכך כדי לדחות את טענת העושק, מבלי להכריע בשאלת קיומו של ניצול המצוקה.<sup>83</sup> שני מקרים יוצאי דופן שבהם הכירו בהיות תנאי החוזה גרועים במידה בלתי-סבירה מן המקובל, ובכל זאת נדחתה טענת העושק, היו פסק דין פגס ודעת המיעוט של השופט קדמי בעניין גנז.<sup>84</sup> אולם ספק אם אפילו מקרים אלה סותרים את ההשערה שבתי המשפט מייחסים חשיבות ראשונה במעלה לצדק המהותי. במקרה הראשון דובר בהסכם גירושין חד-צדדי בין אישה שחפצה להתגרש ובעל שלא היה מעוניין בכך. כידוע, דיני המשפחה החלים על יהודים במדינת ישראל מבוססים על התפיסה שגירושין טעונים הסכמה של שני הצדדים. לפיכך כאשר אחד מבני הזוג מעוניין מאוד להתגרש, יכול הצד השני להציב דרישות מופלגות כתנאי להסכמתו לגירושין. הכוח להציב דרישות סחטניות גדול במיוחד כאשר האישה חפצה בגירושין, משום שכאשר הבעל מעוניין להתגרש והאישה מסרבת לכך באורח בלתי-סביר, קיימת אפשרות לתת לבעל היתר להינשא לאישה אחרת אף ללא גירושין. עמדת המיקוח של האישה חלשה במיוחד במקרים שבהם עיכוב בקבלת הגט עלול למנוע ממנה להקים משפחה חדשה "מחמת השעון הביולוגי המהיר יותר של האישה והסטיגמה של הולדת ממזרים אם תחיה בלא גט עם אדם אחר".<sup>85</sup> קשיים אלה מוחמרים עוד יותר בשל תחרות הסמכויות שבין

82 הבדיקה נערכה באמצעות מאגר הפסיקה של נבו, לפי מופעים של המילה "עושק", לפי אזכורים של פסקי הדין המנחים בנושא עושק ולפי נושאים. הבדיקה הקיפה יותר מארבע מאות פסקי דין.

83 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 1365/05 וינברג נ' גרינברגר, מסקנות הביניים בפס' ד לפסק דינה של השופטת פלפל (פורסם בנבו, 13.5.2009); ת"א (מחוזי ת"א) 1049-05 אדיר נ' עובדיה, פס' ה.2 לפסק דינה של השופטת פלפל (פורסם בנבו, 28.12.2009) ת"א (מחוזי ת"א) 2324/07 עודי נ' עזבון כהן, פס' 39 לפסק דינו של השופט טובי (פורסם בנבו, 2.9.2014).

84 ע"א 5490/92 פגס נ' פגס (פורסם בנבו, 29.12.1994); עניין גנז, לעיל ה"ש 21, בעמ' 753–763. בע"א 212/89 גפן נ' לובצקי (פ"ד מה(4) 256, 260, 264 (1991)) סברה הערכאה הראשונה שתנאי החוזה שנדרן שם היו גרועים, אך לא היה עושק בהיעדר ניצול מצוקה. בית המשפט העליון אישר את המסקנה שלא היה עושק ופסק שגם תנאי החוזה לא היו גרועים במידה בלתי-סבירה מהמקובל. בת"א (מחוזי ת"א) 1402-08 בר לב נ' אברהם, פס' 27–28 (פורסם בנבו, 15.6.2013) ציין השופט ברנר בקצרה שתנאי החוזה גרועים, אך לא ניתח טענה זו בפירוט משום שלא הונח כל בסיס לטענה של ניצול מצוקה, ומשום שממילא מצא שהחוזה לא בוטל בתוך זמן סביר. פסק הדין בוטל בהסכמה (ראו ע"א 5207/13 בר לב נ' אברהם (פורסם בנבו, 5.12.2013).

85 פנחס שיפמן "ההלכה היהודית במציאות משתנה: מה מעכב את מעוכבות הגט?" עלי משפט ו 27, 31 (2007). ראו גם אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול 137–141 (1990); שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קרית המשפט ד 271, 330–334 (2004); שחר ליפשיץ הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה 179–182 (2005); אבישלום וסטרייך הזכות לגירושין – גירושין ללא אשם במסורת

בתי הדין הרבניים לבית המשפט האזרחי. בשל דבקותם בתפיסה ההסכמית של הגירושין (להבדיל מהתפיסה של "גירושין ללא אשמה") ובשל רצונם להבטיח שגם היבטי הרכוש הכרוכים בגירושין יידונו בפניהם, בתי הדין הרבניים נוטים לכבד את דרישותיו הסחטניות של סרבן הגט,<sup>86</sup> או אף מתנים את חיוב הבעל לתת גט (ולפעמים אפילו את ההכרה בתוקפו של גט שכבר ניתן) בהסכמתה של האישה להתדיין אך ורק בפני בית הדין ולוותר על זכויות שקיבלה או שהיא עשויה לקבל בבית המשפט האזרחי.<sup>87</sup>

כעת, אם נקודת המוצא היא שלכל אחד מבני הזוג יש זכות בלתי מסויגת לדבוק בקשר הנישואין, הרי שאין בויתורים המפליגים של האישה בעניין פגס כדי להצביע על היותם של תנאי החוזה היו בלתי-סבירים. התמורה שקיבלה האישה – פירוק קשר הנישואין וקבלת המשמורת של הילדים – אינה נופלת מהתמורה שנתנה בצורת ויתור על זכויות רכושיות. כפי שכתב הנשיא שמגר, בהסכמי גירושין "יש לא אחת תנאים המושפעים מן הרצון לקדם ולהקדים את הפרידה והניתוק בין בני הזוג. על כן, יתכן כי צד לחוזה יסכים לתנאים שהם מבחינה אובייקטיבית גרועים אך מחישים את הגירושין, עניין החשוב לו אותה שעה יותר מכל דבר אחר".<sup>88</sup> שיקול נוסף להקשות על ביטולם של הסכמי גירושין החשודים בעושק הוא שהגירושין עצמם הם לא הפיכים, ולכן ניתן לומר שהתמורה שנתן הצד שלא היה מעוניין בגירושין אינה ניתנת להשבה (בעין או בשווי). אולם גם מי שאינו מקבל את ההנחה שלפיה לכל אחד מבני הזוג יש זכות בלתי מסויגת להציב תנאים לגירושין, מאחר שבנושא זה שזורים שיקולים מוסדיים סבוכים בדבר היחס שבין הערכאות השונות, קשה לראות בפסק דין פגס ראייה לכך שבתי המשפט אינם מייחסים חשיבות ראשונה במעלה לצדק המהותי בענייני כפייה מעבר להקשר מיוחד זה.

מכאן לדעת המיעוט של השופט קדמי בעניין גנז. באותו מקרה דובר ביהודי חרדי כבן חמישים שהיה להוט להתחתן ואשר התחייב לשלם דמי שדכנות בסכום של מאה אלף דולר אם ימצא לו השדכן בת זוג. הגם שבית המשפט לא קבע ממצאים פוזיטיביים בדבר דמי השדכנות המקובלים, הראיות העידו שדובר בסכום העולה עשרות מונים על דמי השדכנות המקובלים, אף במקרים "קשים". אף שתנאי החוזה היו גרועים במידה בלתי-סבירה מהמקובל, לא הכיר השופט קדמי בקיומו של עושק, משום שפסק שלא התקיימו שאר יסודותיו של הפגס.<sup>89</sup> אולם פסק דין זה אינו סותר את המסקנה האפשרית שהשופט קדמי התעניין מאוד בצדק מהותי. הטעם לכך הוא שהשופט קדמי אמנם לא הכיר באותו מקרה בקיומו של עושק, אולם הוא מצא דרך אחרת להתמודד עם חוסר השקילות החוזית – הפחתת דמי השדכנות מכוח עקרון תום הלב.<sup>90</sup>

היהודית 81–91 (2014). לדין נרחב, משפטי ופילוסופי, בנושא הסחטנות בהסכמי גירושין ראו RAM RIVLIN, FAMILY LAW BETWEEN AUTONOMY AND INTIMACY: THE CASE OF BLACKMAIL DURING THE DIVORCE PROCESS (Doctoral Dissertation 2011).

86 שיפמן, לעיל ה"ש 85, בעמ' 33–46.

87 שם.

88 עניין פגס, לעיל ה"ש 84, פס' 8 לפסק הדין.

89 עניין גנז, לעיל ה"ש 21, בעמ' 756–757.

90 שם, בעמ' 757–759.

יש להודות שנדירותם של המקרים שבהם דחה בית המשפט טענת עושק אף שהכיר בגריעות תנאי החוזה אינה ראייה ניצחת לכך שבהקשר זה בתי המשפט מייחסים חשיבות עליונה דווקא לצדק מהותי. הסיבה לכך נעוצה בתהליכים הקוגניטיביים המובילים להכרעות שיפוטיות, ובייחוד באופן שבו שופטים מעבדים מידע מורכב ומגיעים להחלטה, כפי שהם מוסברים לפי תאוריות של קוהרנטיות (coherence-based reasoning), ובמיוחד "מודל הסיפור" (story model).<sup>91</sup> לפי תאוריות אלה, אשר נתמכות במחקרים ניסויים ואמפיריים רבים, התהליך הקוגניטיבי המרכזי של קביעת עובדות בהתדיינות משפטית הוא יצירה של סיפור – סיכום נרטיבי של האירועים המסביר את הראיות שהשופט מצא שהן אמינות ורלוונטיות. כיוצא בזה, ההכרעה השיפוטית היא פרי יצירה של מסכת עובדתית ומשפטית קוהרנטית, שבה המרכיבים השונים מתיישבים זה עם זה. יצירת "הסיפור המשפטי" היא תהליך אקטיבי, שבמהלכו בוחר השופט מבין הפרשנויות האפשריות השונות של העובדות ושל המצב המשפטי את הפרשנות המסבירה במידה הטובה ביותר את מרב הראיות ומתיישבת עם הכללים המשפטיים. לפי מודל הסיפור ותאוריות של קוהרנטיות, הגם שהסיפור הנבחר והמסקנות המשפטיות עשויים להשתנות במהלך המשפט, הסיפור הקוהרנטי והמשמעותיות המשפטיות שלו אינם בבחינת הצדקה בדיעבד של ההחלטה. הסיפור והמסקנות העולות ממנו נוצרים ומתגבשים במהלך המשפט ותהליך ההכרעה. במילים אחרות, תהליך ההחלטה הוא דר-כיווני. עצמת הראיות והטיעונים לא רק קובעים איזה סיפור יאומץ ואיזו החלטה תינתן. הסיפור המאומץ וההחלטה הנגזרת ממנו קובעים בה בעת את הרלוונטיות, האמינות והחשיבות שהשופט מייחס לראיות המוצגות בפניו ולטיעונים המתחרים המושמעים באוזניו. אנשים נוטים לייחס משקל רב יותר לראיות ולטיעונים התומכים בהחלטתם, ומשקל נמוך יותר לראיות ולטיעונים המנוגדים להחלטה. משמעות הדבר, שראיה כלשהי, או טיעון משפטי כלשהו, עשויים להשפיע על האמינות ועל כוח השכנוע שמייחס השופט לראיות ולטיעונים אחרים, גם אם אין ביניהם כל קשר ישיר. אף אם בתחילתו של התהליך הראיות והטיעונים המשפטיים מסופקים, רב-משמעיים וסותרים אלה את אלה, התהליך הדו-כיווני המתואר נוטה להוביל למסקנה סופית שהשופט מאמין באמת ובתמים שהיא ברורה וחד-משמעית.

לפיכך שופט הנוטה למסקנה שתנאי החוזה הוגנים ייטה גם למסקנה שהצד המבקש לבטל את החוזה בדיעבד לא היה נתון במצוקה ולא נוצל בידי הצד השני, ואילו שופט הנוטה למסקנה שהיה ניצול מצוקה, ייטה גם למסקנה שתנאי החוזה גרועים במידה בלתי-סבירה מהמקובל.<sup>92</sup> נדירותם של פסקי דין שבהם הכיר בית המשפט בגריעות תנאי החוזה אך לא הכיר בטענת עושק יכולה אפוא להיות מוסברת לא רק בכך שלאמתו של דבר בתי המשפט מייחסים חשיבות עליונה להוגנות של תוכן החוזה, אלא גם בכך שהם נוטים ליצור תמונה שכל מרכיביה

91 לסקירה כללית של תאוריות אלה ולהפניות לספרות הפסיכולוגית והמשפטית ראו איל זמיר ודורון טייכמן "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות: הישגים ואתגרים" משפט ועסקים יט 57, 63–67 (2015).

92 כך, למשל, בעניין מלון עדן (לעיל ה"ש 51), בית משפט השלום מצא שאף אחד מתנאי עילת העושק אינו מתקיים (ראו שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט מלצר), ואילו שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי ושופטי בית המשפט העליון מצאו שכל התנאים מתקיימים.

תומכים באותה מסקנה. באפשרות זו תומכת גם העובדה שבצד נדירותם של מקרים שבהם שופטים הכירו בגריעות תנאי החוזה אך שללו את קיומו של עושק מחמת היעדרו של ניצול מצוקה, גם מקרים שבהם הכירו שופטים בקיומה של מצוקה אך שללו את קיומו של עושק משום שתנאי החוזה לא היו בלתי-סבירים, אינם רבים.<sup>93</sup> לבסוף, יש אפשרות נוספת, קרי: שמיעוטים של המקרים שבהם מצא בית המשפט שתנאי החוזה גרועים אך לא מצא ניצול מצוקה (כמו גם של המקרים שבהם היה ניצול מצוקה אך תנאי החוזה היו סבירים) נובע מכך שבמציאות (או לפחות בסכסוכים המגיעים להכרעה שיפוטית) אין כמעט מקרים של מצוקה ללא תנאים גרועים או תנאים גרועים ללא מצוקה. הגם שאין בידי לשלול אפשרות זו, נדמה לי שהיא קצת פחות מסתברת.

\* \* \*

לסיכום, פגם העושק מבטא במפורש את השניות המלווה את דיני החוזים בכלל ואת דיני הפגמים בכריתיה בפרט, בין צדק פרוצדורלי לצדק מהותי. כפי שביקשתי להראות, שניות זו באה לידי ביטוי במחלוקות פרשניות על המשמעות של יסודות שונים בסעיף 18, בשאלת תחולתו של הסעיף על חוזי חניג, ובכך שקשה ביותר למצוא מקרים שבהם נקבע שתנאי החוזה היו גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל, ובכל זאת לא הוכר קיומו של עושק. פסיקת בית המשפט תומכת במידת מה בהשערה שמבין שני היבטי הצדק המתחרים בתי המשפט מייחסים חשיבות רבה להוגנות החוזה ולשקילות התמורות בו. כעת אעבור לפגם הכפייה, שבניגוד לעושק אינו מתייחס כלל לתוכן החוזה.

## ד. כפייה ושקילות התמורות בחוזה

### 1. כללי

סעיף 17 לחוק החוזים הכללי קובע ש"מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה". הסעיף מוסיף ומבהיר כי "אזוהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה". הוראה זו מתיישבת היטב עם תאוריית הרצון. מי שהתקשר בחוזה בכפייה לא התקשר בו מרצונו החופשי, ולכן הוא זכאי לבטל את החוזה. קל להצדיק את דין הכפייה גם מנקודת מבט של יעילות כלכלית. כאשר אחד הצדדים מתקשר בחוזה שלא מתוך רצון חופשי, שוב אין ביטחון שהוא מייחס למשאבים שאותם הוא אמור לקבל לפי החוזה ערך גבוה מזה שהוא מייחס למשאבים שאותם הוא אמור לתת. משמע, שהחוזה לא בהכרח ישפר את מצבו, ומכאן שאין עוד ביטחון שהחוזה ישיא את הרווחה החברתית הכוללת.<sup>94</sup> כמו הוראות הטעות וההטעיה – ושלא כהוראת העושק – סעיף 17 אינו מתייחס לתוכן החוזה. לפי פשוטו של החוק, גם אם התמורות שקולות לגמרי, יוכל

93 עם אלה ניתן למנות את פסיקתו (בדעת מיעוט) של השופט מנחם אלון בע"א 430/79 בנישתי נ' ששון (פ"ד לה(2) 410, 400 (1981)) ואת פסיקתו של השופט גבריאל קלינג בה"פ (מחוזי ת"א) 310/91 שחם נ' מנס, פס' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.3.1995).

94 בן שחר ופרוקצ'יה, לעיל ה"ש 50, בעמ' 180.

הנכפה לבטל את החוזה בשל הכפייה. בד בבד, כמו במקרים של טעות והטעיה, אם תנאי החוזה גרועים במידה בלתי־סבירה מן המקובל, הדבר יחזק את טענתו של הצד שעשה חוזה גרוע, שלא היה מתקשר בחוזה אלמלא הכריחו אותו לעשות כן "בכוח או באיום".

היסודות של עילת הכפייה הם (1) התקשרות חוזית, (2) כפייה – בכוח או באיום – שהופעלה על ידי הצד השני או מי מטעמו, להוציא אזהרה בתום לב על הפעלת זכות ר" (3) קשר סיבתי בין הכפייה להתקשרות. היסוד המרכזי והבעייתי ביותר בסעיף 17 הוא יסוד הכפייה והאלמנטים המרכיבים אותו. בעייתיות זו נובעת מכך שקיים ספקטרום רציף, ולא הבדלים איכותיים, בין המקרה של חופש לא מסויג להחליט אם להתקשר בחוזה לבין חוסר בררה מוחלט. על פני ספקטרום זה נדרש להתוות את הגבול בין מצבים שבהם נכרת חוזה תקף למצבים שבהם החוזה נכרת בכפייה ולכן הוא ניתן לביטול, וכן את הגבול בין המצבים האחרונים לבין מצבים שבהם הכפייה היא כה חריפה, עד שאין בהתנהגותו של הנכפה משום העדה על גמירת דעת ולכן לא נכרת כלל חוזה.

נניח שחמישה בריונים תופסים אדם בידיו וברגליו ומזיזים את ידו באופן שיכתוב את שמו בתחתית החוזה. בהנחה שהחותם לא הודיע אחר כך לצד השני שהוא מבטל את החוזה, האם הוא קשור בחוזה? דומה שהתשובה שלילית. הנימוק המשפטי למסקנה זו יהיה מן הסתם שלא הייתה העדה על גמירת דעת ולכן לא נכרת חוזה. לא היה מפגש רצונות סובייקטיבי או אובייקטיבי. אולם האם התשובה תשתנה אם במקום להזיז את ידו של החותם מאיימים עליו באקדח שיחתום? כפי שכותבים פרידמן וכהן<sup>95</sup> וכפי שעולה גם מפסק דין הדר,<sup>96</sup> נראה שגם כאן לא נכרת חוזה כלל, אך תיתכן גם עמדה שלפיה נכרת חוזה בכפייה.<sup>97</sup> באורח כללי יותר קשה למצוא דוגמה לכפייה "בכוח" – להבדיל מכפייה "באיום" – שבה עדיין תהא העדה על גמירת דעת (אף כאשר אדם חותם על חוזה לאחר שהכו אותו, הדעת נותנת שהחתימה נעשית לא בגלל המכות שכבר קיבל אלא בשל האיום המפורש או המשתמע שימשיכו להכותו אם לא יחתום). גם קושי זה שייך לעמימות שבין חוזה שנכרת בכפייה להיעדר חוזה.

ברי אפוא שיש אזור דמדומים בין היעדר חוזה לבין חוזה הניתן לביטול מחמת כפייה. אזור דמדומים גדול עוד יותר מצוי בין חוזה תקף לחוזה שנכרת בכפייה. באמצעות מושגי השסתום שבסעיף 17 הטיל המחוקק על בתי המשפט להתוות את הגבולות הללו, קרי להפוך הבדלים הדרגתיים ורציפים להבדלים איכותיים וחדים בין חוזה תקף לחוזה הניתן לביטול להיעדר חוזה. מוסכם שהאיום האמור בסעיף 17 כולל לא רק איום בהפעלת כוח פיזי אלא גם בפגיעה אחרת שתיגרם לצד השני, כמו פגיעה בשמו הטוב<sup>98</sup> או במצבו הכלכלי.<sup>99</sup> ההכרה בכפייה

95 פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 892.

96 ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח נ' פלונית, פס' 27 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנוב, 6.8.2007).

97 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 326–327.

98 ראו למשל עניין שפיר, לעיל ה"ש 60.

99 ראו למשל ע"א 8/88 שאול רחמים בע"מ נ' אקספומדיה בע"מ, פ"ד מג(4) 95 (1989), ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, 716–726 (1994) (השופט חשין); ע"א 6234/00 ש.א.פ. נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד נו(6) 769, 787–788 (2003); רע"א 7539/98 לוטם רהיטים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נג(1) 721 (1999).

כלכלית כצורה אפשרית של כפייה מעמעמת את הגבול בין כפייה לבין עושק. בפסיקה ובספרות הוצעו נוסחאות שונות לתיאור הגבול בין לחצים מותרים במשא ומתן לבין לחצים אסורים ההופכים את החוזה לניתן לביטול – נוסחאות המשתמשות במושגי שסתום כגון לגיטימיות, חוקיות, תום לב, "התנהגות בלתי-אחראית" ו"פסול מוסרי-חברתי-כלכלי" – אשר לאו דווקא מספקות הכוונה ברורה יותר.<sup>100</sup> כמו במקרה של עושק חלק מהקושי נובע מהסתירה הקיימת לעתים בין שיקולים מראש לשיקולים בדיעבד: הרחבת כוח הביטול בדיעבד עלולה לפגוע במצבם של מי שנתונים לחץ מראש. נניח למשל שיבואן רהיטים נקלע למצוקה כספית. הוא מכנס את לקוחותיו ומודיע להם שאם לא יסכימו להוסיף עוד 30% על המחיר שהוסכם עם כל אחד מהם, קרוב לוודאי שהוא לא יוכל לעמוד בהתחייבויותיו. הקונים חוששים שיישארו בלי הכסף שכבר שילמו ובלי הרהיטים, ולכן הם מסכימים. כלל הקובע שבנסיבות כאלה ניתן לבטל את ההסכמה מחמת כפייה עלול לפגוע באינטרסים של הקונים. משמעותו של כלל כזה היא שאי אפשר לסמוך על כך שהקונים לא יחזרו בהם מהסכמתם לשלם עוד כסף ליבואן. אם כך הדבר, גם הנושים האחרים שלו, כגון בנקים, יהססו לסייע לו ולהתחשב בו משום החשש שלא ישיג את הכספים הנדרשים מהקונים כדי להתגבר על מצוקתו. התוצאה עלולה להיות שהסכנה של חדלות פירעון ואבדן הכספים שהקונים כבר שילמו תתממש הרבה יותר מהר.<sup>101</sup> על כל אלה לא ארחיב את הדיבור, אלא אתמקד גם כאן במתח שבין צדק פרוצדורלי לצדק מהותי, כפי שהוא משתקף בדין הכפייה.

## 2. התחשבות בשקילות התמורות

לכאורה בסעיף 17 אין כלל חשיבות לשאלת השקילות של התמורות, וזאת בניגוד לסעיף 18. אולם למעשה, בפסקי הדין בנושא הכפייה דן בית המשפט כשגרה גם בסבירות הדרישות שהציב הכופה לנכפה. כאשר בית המשפט מוצא שהכופה הצליח לקבל דברים שלא הגיעו לו,

100 ראו למשל עניין רחמים, לעיל ה"ש 99, בעמ' 99 (התייחסות ללגיטימיות האיום ולכך שהיה מדובר שם בשימוש "בשיטות שגובלות בסחיטה ובהתנהגות בלתי אחראית"); עניין מאיה, לעיל ה"ש 99, בעמ' 719–722 (עיון במבחנים המשמשים במשפט האנגלו-אמריקאי, לרבות איום לא ראוי, איום לא חוקי, איום לא לגיטימי ודיון במבחנים כמו "סטייה מכללי ההתנהגות הראויים בחיי העסקים והמסחר" וכפייה או לחץ "שיש בהם פסול מוסרי-חברתי-כלכלי"); ע"א 2299/99 שפייר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 213, 235–236 (2001) (קביעות דומות); ע"א 7664/00 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' עיריית חולון, פ"ד נו(4) 117, 138 (2002) (מבחן של לגיטימיות); עניין ארביב, לעיל ע"ש 79, בעמ' 198 ("על האמצעי הכופה להיות בלתי חוקי"); ע"ע 4696/07 אשל הירדן יזום ובנין בע"מ נ' המועצה המקומית בנימינה – גבעת עדה, פס' 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.11.2009) (קביעה דומה); ע"א 8688/08 ברודנו נ' עיריית תל אביב, פס' 9 לפסק דינו של השופט אליעזר ריבלין (פורסם בנבו, 31.1.2010) ("פסול מוסרי-חברתי או עסקי").

101 לפי עמדותיהם של השופטים בעניין מאיה (לעיל ה"ש 99) ניתן להתרשם שבעובדות המתוארות לא תתקבל במשפטנו טענת כפייה. יש צורך בנסיבות נוספות, כגון התחמקותו של החייב לחוץ לארץ או הסתרת מידע מהנושים, שרק בהצטרפן יהיה ניתן להכיר בכפייה. ראו גם Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *Law of Duress and the Economics of Credible Threats*, 33 J. LEGAL STUD. 391, 413–414 (2004).

הדבר תומך במסקנה שהיה פגם בכריתה. כך למשל בעניין שפיר התחייבו המשיב ובני משפחתו לשלם סכום כסף נכבד כפיצוי על מעילות שמעל המשיב, לפי ההאשמות שהשמיעו המערער ובא כוחו, בכספו של המערער. בקבלה את טענת הכפייה הדגישה השופטת טובה שטרסברג-כהן שלא הייתה כל הוכחה לאותן האשמות, וודאי שלמאשימים לא הייתה כל זכות כלפי בני משפחתו של המשיב.<sup>102</sup> כיוצא בזה, בפרשת שפייר התנתה חברת בנייה את הסכמתה להעברת זכויות מקונה לקונה משנה בכך שהשניים יחתמו על כתבי ויתור הפוטרים אותה מאחריות לליקויי בנייה שנתגלו בדירה. השופט חשין פסק שהתנאה זו היוותה כפייה. בין היתר הוא תמך את מסקנתו בכך שבהעמדת הדרישה לחתימה על כתבי ויתור כתנאי להעברת הזכויות השתמשה החברה שלא כדין בתניה חוזית שהקנתה לה שיקול דעת להתנות את העברת הזכויות בתנאים, שכן "אותו שיקול-דעת שלפי החוזה לא יועד כלל להקנות לחברה וטו כדי להשיג הישגים שלא לעניין".<sup>103</sup> הוא הדין בפסקי דין אחרים.<sup>104</sup>

מאלף במיוחד בהקשר זה הוא פסק דין דיור לעולה.<sup>105</sup> באותו עניין דובר בדיירי בניין ישן שהיו מעוניינים להתפנות מהבניין תמורת דירות חדשות במסגרת פרויקט שיקום השכונות. התכנית הייתה שהבניין הרעוע ייהרס לאחר פינויו, ועל הקרקע ייבנו בניינים חדישים. במשא ומתן שהתנהל בין הדיירים לבין נציג העירייה הם הצליחו לשפר בהדרגה את תנאי הפינוי, ובסופו של דבר חתמו כל הדיירים, לבד ממשפחה אחת, על חוזים שהיו רווחיים למדי מבחינתם. משפחת קרן סירבה לחתום על החוזה בתנאים שכל הדיירים האחרים חתמו עליהם והמשיכה להעלות את דרישותיה. בשלב כלשהו הדרישות של קרן היו כה גבוהות, עד שהמשא ומתן נקלע למבוי סתום. משנודע הדבר לשאר הדיירים, הם הפעילו על משפחת קרן לחצים כבדים שתסכים לחתום על החוזה, ובין היתר ערכו הפגנות, חסמו את דרכם לסוכה, הטרידו אותם ואיימו עליהם עד שהיה צורך להזמין את המשטרה. בעקבות זאת, ולאחר משא ומתן נוסף בין הצדדים, חתמו קרן על חוזה בתנאים עוד יותר טובים משהוצעו להם קודם לכן. סמוך לאחר מכן הם חזרו בהם מהסכמתם. אז גברו עוד יותר ההתנכלויות האלימות. קרן פנו לבית המשפט בתביעה לצו הצהרתי שלפיו הם ביטלו כדין את החוזה שלהם משום שנכרת בכפייה. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה. בבית המשפט העליון נהפכה הקערה, ונפסק שלא הייתה כפייה. הנימוק העיקרי של השופטת דורנר היה שגם אם הופעלו לחצים על משפחת קרן, בני הזוג לא נכנעו ללחצים אלה – הא ראייה שהם המשיכו להעלות את דרישותיהם.

102 עניין שפיר, לעיל ה"ש 60, בעמ' 154–156.

103 עניין שפייר, לעיל ה"ש 100, בעמ' 237. השופט חשין הוסיף וכתב שלחברה לא היה "ולו זנבו של אינטרס לגיטימי" להציב את הדרישה שהציגה.

104 ראו למשל עניין מאיה, לעיל ה"ש 99, בעמ' 715 (שם ציין השופט חשין, שקיבל את טענת הכפייה, כי שווייה של התמורה שהסכימו המשיבים לקבל כנגד ויתורם על זכויותיהם כלפי המערער "היה, לכל הדעות, קטן באופן משמעותי מהתמורה" שלה היו זכאים לפי החוזים ביניהם). תופעה דומה קיימת גם בקשר לפגמים אחרים בכריתת החוזה, כמו טעות והטעיה. ראו זמיר פירוש והשלמה של חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 44–45.

105 ע"א 5493/95 דיור לעולה (ע.א.ק) בע"מ נ' קרן, פ"ד נ(4) 509 (1996).



הגם שההנמקה השיפוטית מסתמכת על קיומו של רצון חופשי, כפי שהסברתי בהערת פסיקה שכתבתי על פסק הדין,<sup>106</sup> קשה מאוד לקבל הנמקה זו ולהשתכנע שלא היו כאן איזמים לא לגיטימיים, או שלא היה קשר סיבתי בין האיזמים לבין כריתת החוזה, שכן כפייה קיימת לא רק כאשר עצם כריתת החוזה נכפית, אלא גם כאשר כופים להתקשר בחוזה, כלומר בתנאים המסוימים.<sup>107</sup> סביר מאוד להניח שאלמלא הלחצים לא היו בני הזוג קרן חותמים על החוזה שעליו חתמו. לעומת זאת ניתן להצדיק את פסק הדין אם נסבור שגם בכפייה יש חשיבות לעניין שקילות התמורות. לפי שיקול זה, מאחר שהחוזה היה במידה רבה חד-צדדי לטובת הנכפים, הרי שבית המשפט לא היה מוכן להיחלץ לעזרתם ולאפשר להם לבטל את החוזה. ההסבר להצלחתם של בני הזוג קרן להשיג תנאים כה מפליגים, למרות הלחצים שהופעלו עליהם למכור את דירתם, נעוץ בתופעת הסחטן (hold out). כאשר הוצאתו לפועל של פרויקט כלשהו דורשת להשיג את הסכמתם של אנשים רבים, כמו במקרה של סלילת כביש המצריך מעבר בחלקות רבות, כל אחד מהאנשים שהסכמתם דרושה נהנה ממעמד מונופוליסטי, המאפשר לו להתנהג בסחטנות. המעמד הוא מונופוליסטי משום שללא הסכמת אותו אדם כל הפרויקט ייכשל, ואין שום אדם אחר שממנו ניתן לרכוש את ההסכמה לעבור באותה חלקה. מאחר שאי אפשר היה להרוס את שלוש הקומות התחתונות של הבניין מבלי להרוס גם את הקומה העליונה של משפחת קרן, הותנה הפרויקט של פינוי הבניין והריסתו בהשגת ההסכמה של כל הדיירים, ולכן כל אחד מהם היה יכול להתנהג כסחטן. בדרך זו הצליחו קרן להשיג תנאים מפליגים למרות הלחצים, וכנראה משום כך לא רצו לאפשר להם לבטל את החוזה. בצד שיקול ההוגנות של שקילות התמורות גם השיקול הכלכלי תומך אפוא במסקנה זו. לעומת מצב של שוק משוכלל שבו הרצונות של החליפין הרצוניים היא המפתח להשאת היעילות, במצב של כשל שוק מסוג בעיית הסחטן דווקא מתן האפשרות לסחטן לנהוג כרצונו מונע את השגת התוצאה היעילה, שהיא, בענייננו, הריסת הבניין. במקרה כזה השאת היעילות עשויה לדרוש להתעלם מרצונו של הסחטן או להתגבר עליו כדי למקסם את הרווחה החברתית הכוללת. זהו, אגב, ההסבר הסטנדרטי לשימוש בכוחות ההפקעה של המדינה במצבים שבהם מתעוררת "בעיית איסוף".

כמעט תמיד ניתן לומר שבסעיף 17 שקילות התמורות איננה חשובה כשהיא לעצמה אלא רק כנתון ראייתי. כאשר תנאי החוזה הוגנים וסבירים, קשה להשתכנע שההתקשרות בחוזה נעשתה מחמת כפייה, ואילו ככל שתנאי החוזה גרועים יותר, כן קל להשתכנע שאדם לא היה מתקשר באותם תנאים אלמלא כפו אותם עליו. הנמקה זו, שאיננה מייחסת לשקילות התמורות משמעות מהותית אלא ראייתית בלבד, עולה בקנה אחד עם תאוריית הרצון של החוזה, עם הקפדה על צדק פרוצדורלי גרידא. כמעט לעולם אין לדעת אם התייחסותו של בית המשפט להוגנות החוזה היא אכן לצרכים ראייתיים גרידא, או שמא בית המשפט משתמש בהנמקה ראייתית כאשר לאמתו של דבר יש לו עניין רב בהבטחת הצדק המהותי, ולא רק הפרוצדורלי, של החוזה. בפרשת דיור לעולה התקיימו נסיבות נדירות שבהן שיקולי הצדק הפרוצדורלי

106 זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות", לעיל ה"ש 22.

107 פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 967.

משכו לכיוון הפוך משיקולי הצדק המהותי. ברור למדי שבנסיבות אחרות התנהגותם של השכנים הייתה נחשבת ככפייה והחווה היה ניתן לביטול. אולם מאחר שמעמדם המונופוליסטי של בני הזוג קרן אפשר להם לעשות חוזה בתנאים מפליגים, לא רק בהשוואה לשווי השוק של דירתם אלא גם בהשוואה לתנאים המצוינים שקיבלו שכניהם, פסק בית המשפט שאין מדובר בכפייה. כלומר, במקרה זה השקילות החוזית גברה על היעדרו של רצון חופשי. שיקולי הצדק המהותי גברו על שיקולי הצדק הפרוצדורלי. אם מקבלים ניתוח זה, הרי שהדבר מעמעם את ההבחנה בין עילת הכפייה, שלכאורה מתעלמת מעניין שקילות התמורות, לבין עילת העושה, המתייחסת ליסוד זה במפורש.

הקשר נוסף שבו באה לידי ביטוי התחשבות בתוכן החווה בהקשר של פגם הכפייה הוא חוזי חינום. המשפט הישראלי מכיר בתוקפם של חוזי חינום (בכפוף לדרישות צורניות ולסייגים הקבועים בחוק)<sup>108</sup> ומחיל עליהם את דיני הפגמים בכריתת חוזה.<sup>109</sup> כאשר מדובר בטענת כפייה, הספרות והפסיקה עמדו על כך שעצמת הכפייה הנדרשת כדי לפגום בתוקפו של חוזה מתנה נמוכה מזו הנדרשת כאשר מדובר בחווה הדדי.<sup>110</sup> עמדה זו נובעת, כך נראה, מהסברה שחוזי חינום לוקים מטבעם בחוסר הוגנות במישור התוכן, או שרק אחד הצדדים – המקבל – מרוויח מהם.<sup>111</sup>

הקשר שלישי שבו הועלתה בספרות המשפטית אפשרות להתחשב בתוכן החווה בקשר לכפייה הוא שינוי תנאיו של חוזה קיים. אם תנאיו של חוזה קיים חד-צדדיים ומקפחים (או הפכו כאלה בשל נסיבות שאינן עולות כדי סיכול), והצד המקפוח משיג את הסכמתו של רעהו לשנות את החווה באופן שיקטין או יסלק את הקיפוח באמצעות איום בהפרת החווה, יהסס בית המשפט לקבוע שההסכמה לשינוי החווה הושגה בכפייה.<sup>112</sup> בחלק מהמקרים ייתכן שיהיה ניתן להצדיק מסקנה זו בנימוק ששינוי הנסיבות הקים חובה מכוח עקרון תום הלב לשאת ולתת על שינוי החווה המקורי, ולכן האיום שלא לקיים את החווה המקורי כל עוד לא יתקיים משא ומתן כזה אינו אלא אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות, כאמור בסעיף 17(ב).<sup>113</sup> דברים ברורים מאוד הסותרים את הרטוריקה השיפוטית המקובלת שלפיה סעיף 17 עוסק בתקינות ההליך של ההתקשרות ואינו עוסק בתוכנה, כתב השופט אליהו מצא בפסק דין ש.א.פ. 114 דבריו מתחילים בשפה ראייתית אך מסתיימים בשפה מהותית לחלוטין:

- 108 ראו במיוחד ס' 5 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968; ראבילו, לעיל ה"ש 68, בעמ' 30-32, 333-338.
- 109 ראבילו, לעיל ה"ש 68, בעמ' 37-52. אך ראו לעיל ה"ש 64-77 והטקסט הסמוך להן.
- 110 ראבילו, לעיל ה"ש 68, בעמ' 43-44; בע"מ 1581/06 פלוני נ' פלוני, פס' ד(5) (פורסם בנבו, 25.4.2006). זוהי אף עמדתו של המשפט העברי. ראו למשל פורת, לעיל ה"ש 1.
- 111 על סברה זו ניתן להציב סימן שאלה. ראו Hila Keren, *Considering Affective Consideration*, 40 GOLDEN GATE U. L. REV. (2010).
- 112 פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 908-909.
- 113 ראו גם איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 426-424 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גר טדסקי עורך, 1994).
- 114 עניין ש.א.פ., לעיל ה"ש 99, בעמ' 788.

אחת האינדיקציות האובייקטיביות המרכזיות לקיומה של כפייה כלכלית בת-פועל משפטי היא מידת סבירותם והגינותם של תנאי החוזה. [...] ככלל, חוזה שבאופן אובייקטיבי הינו הוגן וסביר איננו ניתן לביטול מחמת כפייה כלכלית. ניתן להשקיף על סוגיה זו גם במשקפיה של חובת תום הלב. החובה מוטלת על שני הצדדים: בניצול עמדת הכוח בה ניצב הצד החזק, להכתבת תנאים בלתי הוגנים ובלתי סבירים לצד החלש, יש משום חוסר תום-לב במשא-ומתן לכריתת החוזה; ואילו, מנגד, ניצולה של עמדת החולשה בה ניצב הצד החלש, לשם השתחררות בדיעבד מחוזה הוגן וסביר, מהווה חוסר תום-לב בקיום החוזה.

נמצא כי השאלה העיקרית הטעונה הכרעה, כאשר צד מבקש להסתלק מן החוזה בטענה שהתקשר בחוזה עקב כפייתו על-ידי הצד השני, אינה אם לצד השני היה כוח להכתיב לו תנאי התקשרות כאלה ואחרים. השאלה העיקרית היא, אם החוזה על מכלול תנאיו הוא הוגן וסביר, במובן זה שגם עניינו של הצד החלש זכה בגדרו להגנה ראויה.<sup>115</sup>

דברים אלה אינם מתיישבים עם פשט לשונו של סעיף 17, אך מתקבל על הדעת שהם משקפים את האופן שבו שופטים מעריכים במקרים רבים את העובדות בבואם להכריע אם חוזה נכרת בכפייה. ניתן לעורר את השאלה אם רצוי שדברים כנים ונכוחים אלה יושמעו קבל עם ועדה. ניתן לטעון למשל שהפער בין הרטוריקה המקובלת, המתייחסת להוגנות החוזה אך ורק כראיה לקיומו או להיעדרו של פגם בכריתה, לבין התפקיד המהותי שממלאת שקילות התמורות בהכרעת בית המשפט, ממלא תפקיד חיובי. הוא מצניע את תפקידו האקטיביסטי של בית המשפט בנושא זה ומשדר למתקשרים שעליהם "לדאוג לעצמם" ולא להסתמך על בית המשפט שייחלץ לעזרתם אם יעשו עסקה גרועה במיוחד. במקום אחר ובהקשר קרוב כתבתי שכנות איננה ערך עליון כאשר מדובר במקבלי החלטות שלטוניים, לרבות שופטים, ולפעמים עליה לסגת בפני תכליות אחרות.<sup>116</sup> מנגד, יש גם יתרונות לכנות השיפוטית בהקשר הנדון. ככל שמדובר באקטיביזם שיפוטי, כיום כבר ברור למדי שהמשפט – המחוקק, בתי המשפט והרגולטורים המנהליים – אינם מסתפקים בהקפדה על צדק פרוצדורלי אלא פועלים גם להבטחת צדק מהותי בדיני חוזים. אין טעם חזק מספיק לשמר את מראית העין שלפיה הדברים נעשים רק בדינים מיוחדים, כמו דיני הגנת הצרכן או דיני העבודה, ואינם ניכרים בדיני החוזים

115 ראו גם עניין פלוני, לעיל ה"ש 110, פס' ד (4-5). במקרה זה סייג השופט רובינשטיין את תחולת "המבחן האובייקטיבי" וקבע שהוא אינו הולם יחסים אישיים אלא רק חוזים בין גופים כלכליים גדולים. ביחסים בעלי אופי אישי, כמו בין בני זוג, הקשר הסיבתי הנדרש בין הכפייה לבין ההתקשרות בחוזה הוא סובייקטיבי ולא אובייקטיבי. דומה שבעקבות באי כוחם של הצדדים הוציא השופט רובינשטיין את דבריו של השופט מצא מהקשרם. דבריו של השופט מצא לא כוונו להמרת הקשר הסיבתי הסובייקטיבי הנדרש בכפייה בקשר סיבתי אובייקטיבי (כיצד היה אדם סביר מגיב לכפייה שהפעיל הצד השני) אלא להסטת מרכז הכובד בכפייה מצדק פרוצדורלי לצדק מהותי.

116 זמיר "השופט ברק ודיני החוזים", לעיל ה"ש 63, בעמ' 399-409.

הכלליים.<sup>117</sup> ככל שמדובר במסר למתקשרים, אמנם דבריו של השופט מצא עלולים לגרום שהצד החלש לא ינקוט אמצעי זהירות מספיקים בבואו להתקשר בחוזה, אך כנגד חשש זה עומדים שני חששות הפוכים, שאינם שוקלים פחות: החשש שהצד החלש ינקוט אמצעי זהירות מופרזים נגד ניצול מצוקתו בידי הצד השני,<sup>118</sup> ובמיוחד החשש שהצד החזק לא יורתע דיו מניצול מצוקתו של הצד החלש.<sup>119</sup> כללים משפטיים שלפיהם לא יינתן תוקף מלא לחוזים הגרועים במידה בלתי-סבירה מן המקובל אף עשויים לעודד יתר התחשבות והתפשרות במשא ומתן, שתנבנה חוזים רבים יותר.<sup>120</sup>

כאמור לעיל, דבריו של השופט מצא המצוטטים לעיל יוצאי דופן על רקע הרטוריקה שהייתה ועודנה מקובלת בפסיקה בעניין פגמים בכריתת חוזה. קיים גם מתח מסוים בין התפיסה של חוזים ודיני חוזים העולה מדברים אלה לבין העמדות שהביע השופט מצא עצמו בסוגיות אחרות, כגון פירוש והשלמה של חוזים.<sup>121</sup> מתחים אלה מבליטים שוב את חשיבותה של הזהירות שיש לנקוט כאשר מבקשים לתאר את התפתחותם של דיני החוזים במאות ובעשרות השנים האחרונות, מעין התיאור שהובא בחלקה הראשון של רשימה זו. כפי שצינתי שם, בכל תקופה שבים ומתגלים המתחים העמוקים המלווים את דיני החוזים בכלל ואת המתח בין עמידה על ההוגנות של הליך ההתקשרות לעמידה על ההוגנות של תוכן החוזה בפרט.

## ה. סיכום

המתח בין צדק פרוצדורלי לצדק מהותי עובר כחוט השני בדיני החוזים בכלל ובדיני הפגמים בכריתת בפרט. בחלק הראשון של רשימה זו ראינו כיצד הושפע טיפולו של הדין במתח זה מהתפיסות החברתיות, הכלכליות והמוסריות שרווחו בעולם המערבי במאות השנים האחרונות, ובייחוד מעלייתו, מנפילתו, מעלייתו המחודשת ומנפילתו המחודשת(?) של עקרון חופש החוזים. בהמשך ראינו כיצד בא מתח זה לידי ביטוי בדיני העושה והכפייה כפי שהם מתפרשים ומיושמים בידי בתי המשפט בישראל. כפי שמלמד העיון בשיטות משפט קדומות,

117 ראו גם איל זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים בהצעת הקודקס האזרחי" משפטים לו 531, 542–547 (2006); איל זמיר "דיני הגנת הצרכן – האומנם תחום משפטי שונה ונפרד?" מאזני משפט ח 409 (2013).

118 ראו F.H. Buckley, *Three Theories of Substantive Fairness*, 19 HOFSTRA L. REV. 33, 37–48 (1990).

119 שיקולים דומים עומדים ברקע הבחירה בין שימוש בכלים פרשניים לשימוש בכלים ישירים ומפורשים יותר לשם פיקוח על תוכנו של החוזה. ראו בנימין פורת "תום הלב בפרשנות החוזה – עיון תלמודי בהשוואה למשפט הישראלי" משפטים לו 419 (2010).

120 Jules L. Coleman, Douglas D. Heckathorn & Steven M. Maser, *A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure*; *Rules in Contract Law*, 12 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 639, 655, 660–66, 687–88 (1989); זמיר פירוש והשלמה של חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 93–94.

121 ראו ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים (שיכון ויזום) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 276–288 (1995); ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקת – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, 496–530 (2005).

התחבטויות דומות אפיינו את דיני העסקאות גם בתקופות שקדמו למאות האחרונות,<sup>122</sup> ובוודאי תמשכנה לאפיין את דיני החוזים גם בעתיד.

אסיים בשתי הערות קשורות זו בזו: ראשית, יש להזהיר מפני התרשמות מוטעית מפסקי הדין הדנים בטענות של כפייה ועושק. המקרים המצריכים הכרעה שיפוטית – ובייחוד המקרים המגיעים לשולחנו של בית המשפט העליון – אינם מדגם מייצג של הסכסוכים החוזיים. הדעת נותנת שרוב רובם של המקרים שבהם נכרת חוזה בנסיבות של מצוקה או לחץ אינם מגיעים כלל להכרעה שיפוטית, ולפי התרשמותי – ברוב אלה המגיעים להכרעה כזו בתי המשפט דוחים את טענות הכפייה והעושק.

שנית, ניתן להציע נקודת מבט נוספת על נושא הכפייה והעושק. לפי נקודת מבט חלופית זו, המטרה של סעיפים 17 ו-18 היא לאפשר את קיומה של המערכת הכלכלית שלנו, שבה מרבית החוזים מתאפיינים במידה כזו או אחרת של כפייה או עושק. בין שהשיטה הכלכלית הקיימת ראויה ובין שאינה ראויה – שאלה גדולה שעיון בה חורג מתחומי הדיון הנוכחי – היא זקוקה לדיני הכפייה והעושק. באמצעות בידוד פרומיל של אחוז (או אף פחות מזה) של חוזים שמאפשרים לבטל אותם מחמת כפייה או עושק מספקת מערכת המשפט לגיטימציה לכל שאר החוזים, הגם שרבים מהם לוקים במידה זו או אחרת של כפייה או עושק. סעיפים 17 ו-18 מסייעים לשמור על אשליית החופש.

122 ראו GORDLEY, לעיל ה"ש 1 (דיון השוואתי והיסטורי נרחב על הבסיס הפילוסופי של דיני החוזים מהמשפט הרומי ועד היום); פורת, לעיל ה"ש 1 (על המשפט העברי).