

אייר תשס"ב - אפריל 2002

'הצדק החוזי' בדין התלמודי העברי

עבודת גמר במסגרת לימודי התואר השני

מגיש: בני פורת

ירושלים

הר הצופים

האוניברסיטה העברית

אייר תשס"ב - אפריל 2002

'הצדק החוזי' בדין התלמודי העברי

עבודת גמר במסגרת לימודי התואר השני

בהנחיית פרופ' חנינה בן-מנחם ופרופ' משה הלברטל

מגיש: בני פורת

ת.ז.: 029518271

ירושלים

הר הצופים

האוניברסיטה העברית

תודותיי העמוקות שלוחות לשני מנחי – פרופ' חנינה בן-
מנחם ופרופ' משה הלברטל – אשר ליווני בעצה, בתבונה
ובסבר פנים יפות.

עבודה זו זכתה לפרס הוקרה מאת הקרן ע"ש גב' רחל לאה
ומר רחמן בחנה ז"ל, אשר יועדה לעידוד המחקר במחשבת
ישראל ובמשפט העברי. הוקרתי הכנה נתונה לבני
משפחותיהם היקרות.

תוכן העניינים

3 מבוא

1. הקדמה תיאורטית - שני מושגים של צדק חוזי 7

- 1.1 רקע היסטורי 7
- 1.2 אבחנתו המושגית של לף 11
- 1.3 בין משפט לפילוסופיה 14
- 1.4 טענות כנגד אבחנתו של לף 17
- 1.4.1 עקרונות שונים אך תוצאות שוות 18
- 1.4.2 קדימותו המושגית של הצדק המהותי לצדק התהליכי 20
- 1.5 מושגים המשלימים זה את זה או המוציאים זה את זה? 23

2. עילת הקיפוח – הקריטריונים להפעלתה 26

- 2.1 הקדמה 26
- 2.2 הדילמה 28
- 2.3 עמדת חוקרי המשפט העברי 32
- 2.4 רמות שונות של טעות 33
- 2.5 לשון ועריכה 35
- 2.6 מבחן מוצהר ומבחן מכללא 38
- 2.7 יחסי כוחות מסחריים בלתי שווים 39
- 2.7.1 הקדמה 39
- 2.7.2 תנא קמא 40
- 2.7.3 ר' יהודה 41
- 2.8 היעדר מידע 43
- 2.8.1 כריתה המלווה בכוונת תביעה (ימקרה וורשכיי) 44
- 2.8.2 תניית פטור שאינה תקפה 47
- 2.8.3 'לא ידע' ו'שלא מדעת' 53
- 2.8.4 'בכדי שהדעת טועה' 56
- 2.8.5 סיכום 59

60	תחולה פרסונלית (-אונאת נכרי)	2.9
63	סיכום	2.10
64	עילת הקיפוח – סעדים	3.
64	הקדמה	3.1
68	תולדות קביעת סעדי האונאה	3.2
74	סעדי האונאה ועקרון הצדק החוזי- ניתוח תיאורטי	3.3
79	סעדי האונאה ועקרון הצדק החוזי - ניתוח מעשי	3.4
79	עקביות מלאה	3.4.1
80	ניגודיות מלאה	3.4.2
81	איזון מוטה	3.4.3
82	מישור ריאלי ומישור סימבולי	3.4.4
85	סיכום	3.5
86	החוזה הכפוי	4.
86	הקדמה	4.1
87	דיון תיאורטי	4.2
94	החוזה הכפוי במקורות המשנה	4.3
101	מתנגדי דעת רב הונא ומצמצמיה	4.4
105	רב הונא	4.5
106	הסברי התלמוד	4.5.1
109	מודל בלבדיות קריטריון גמירות הדעת	4.5.2
111	מודל שילוב קריטריון גמירות הדעת עם קריטריון סוג החוזה	4.5.3
114	מודל שילוב קריטריון גמירות הדעת עם קריטריון הגינות תוכן החוזה	4.5.4
117	סיכום	4.5.5
118	הצדק החוזי והחוזה הכפוי - בחינה ביקורתית	4.6
128	קיצורים וביבליוגרפיה	

מבוא

במילים מפורסמות אלו, שכלל אין הן מובנות מאליהן, בחר המקרא לתאר את דמות אברהם העברי: "כי ידעתיו למען אשר יצוה את בניו ואת ביתו אחריו ושמרו דרך ה' לעשות צדקה ומשפט"¹. אכן ההתחקות אחר ערך הצדק ודרכי הגשמתו הפכה לאבן יסוד במחשבה היהודית ובדין העברי לדורותיהם. לצדק מופעים רבים ומגוונים: צדק חלוקתי, צדק מתקן, ענישה צודקת, שיפוט צודק וכדומה; בין תחומים אלו ניצבים דיני החוזים, אשר גם לגביהם הצדק הנו ערך-על העשוי לעמוד בראש מערכת השיקולים בעת פתרון סכסוכים חוזיים. עבודת מחקר זו תוקדש לליבון יסודותיו של עקרון הצדק החוזי בדין העברי התלמודי². מניחים אנו כי הגדרת טיבו של הצדק על פי המקור הנורמטיבי המכונן אותו³ אינה ממצה את שאלת טיבו ואין בה כדי לחפות על הצורך בהגדרת הצדק על פי תוכנו; לכך מוקדש מחקר זה.

אמנם בהשקפה ראשונה עשויה להיראות תמוהה הטענה בדבר קיום זיקה בין דיני החוזים ובין שאלת הצדק החברתי, שלא לומר חשש עירוב מין בשאינו מינו, שהרי החוזה הנו ממלכתם הפרטית של שני הצדדים שקשרו עצמם זה לזה, ואין הדבר מעניינה של החברה ותפיסת הצדק הכוללת שלה. וכי לא נתקבלה לבסוף הדעה ההלכתית כי אדם יכול להתנות על הכתוב בתורה בכל הנוגע לדבר שבממוץ⁴, קביעה המשקפת את אוטונומיית הצדדים בעת עיצוב החוזה?! ניחא אם מדובר היה בחוזה אשר תוצאותיו משפיעות באופן גלוי על שטח החיים הציבורי או לחלופין על צד ג שאינו חלק בהתקשרות החוזית, אז נקל להבין היה את זיקת חוזה זה לשאלת הצדק החברתי, אך בהינתן כי השפעתו של החוזה הרווח תחומה באופן ידוע לשני הצדדים בלבד מה עניין תפיסת הצדק החברתי לתחום משפטי זה? אך למעשה, גם אם אכן השפעתו של החוזה הקלאסי תחומה לשני הצדדים בלבד (ואף בכך ניתן לפקפק), אין הם פני הדברים משבא אחד הצדדים אל מערכת המשפט המדינית ותובע ממנה קבלת סעד והפעלת סנקציות כלפי הצד שכנגד. לכל הפחות מרגע זה ואילך, ומסתבר כי אף קודם לכן, הופך החוזה הפרטי של שניים אלו לעניין ציבורי, שהרי הצדדים רוצים בגיוס כוח פוליטי לשם הענקת תוקף משפטי מחייב לחוזה וכדי לכפותו בדרכים שונות. "From this point of view the law of contract may be viewed as a subsidiary branch of public law, as a body of rules according to which the sovereign power of

¹ בראשית יח, יט.

² בחרנו להשתמש במחקר זה במונח השגור 'דיני חוזים' גם בהתייחס לדין העברי, זאת חרף הבעייתיות הכרוכה בקשירת מונח זה לדין העברי; שאלת תקפותו של החוזה האובליגטורי בדין העברי אינה מובנת מאליה כלל ועיקר. לדעת קבוצת חוקרים הדין העברי מכיר בתוקפו של חוזה ריאלי, אך אין מעמדו של החוזה האובליגטורי מחוור לחלוטין. על כך ראה א' ורהפטיג, **ההתחייבות** (ירושלים, תשס"א), עמ' ה; ב' ליפשיץ, **אסמכתא** (ירושלים, תשמ"ח) עמ' 41; ב' ליפשיץ, "מדוע אין המשפט העברי אוסף קיומה של הבטחה?", **משפטים כה** (תשנ"ה), עמ' 169-161; ד' בס, "חוזים על פי דיני התורה", בתוך **כתר – מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה א**, (קדומים, תשנ"ו), עורכים: י' בזק, ש' אישון, עמ' 17, 37 ואילך. עם זאת יש הסבורים כי הדין העברי מכיר בכוחה המחייב של ההתחייבות האובליגטורית; ראה ש' אלבק, "מהותו של החוזה במשפט העברי", **עיוני משפט ו** (תשל"ח-תשל"ט) עמ' 513-525; וכן ש' אלבק, **יסודות בדיני הממונות בתלמוד** (תל אביב תשל"ח), עמ' 83, 87; ז' ורהפטיג, "למקורותיו של חוזה התחייבות", מתוך **מחקרים במשפט העברי** (בר-אילן, תשמ"ה), עמ' 83, 87; ש' ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי** (ירושלים תשל"ז), עמ' 327; ס' דויטש, "גמירת דעת, והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי", **שנתון המשפט העברי ו-ז'** (תשל"ט-תש"ס), עמ' 71, 88-89, וכן במאמרו "גמירות דעת בהתחייבויות במשפט העברי", **דיני ישראל ג** (תשל"ב), עמ' 207. מאחר ושאלת טיבו של הצדק חלה בשווה על חוזים ריאליים כעל חוזים אובליגטוריים התרנו לעצמנו להשתמש במונח השגור 'דיני חוזים' כמתייחס לכל חוזה שהוא ואף חוזה ריאלי במשמע זה, בלא להיכנס בפרובלמטיות הכרוכה בשאלת תקפותו של החוזה האובליגטורי בדין העברי.

³ "דרך ה'", למשל, בפסוק הנ"ל.

⁴ עמדת ר' יהודה, וראה בבא מציעא, צד, א.

the state will be exercised as between the parties to a more or less voluntary transaction”⁵ בה הופך החוזה לעניין סמי-ציבורי, נכנס הוא תחת עינה המפקחת של מידת הצדק החברתי, המחילה עצמה אף על שטח זה של החיים. הלוא אף גישה ליברטריאנית, אשר תחתור להרחבת תחום האוטונומיה של הצדדים בעצבם את תוכן החוזה, תעשה כן מחמת השקפתה כי כך היא דרך הגשמת הצדק החוזי ולא מחמת אי הרלוונטיות של מידת הצדק להיבט זה של החיים החברתיים.

אכן, דעה רווחת היא כי תכליתם הכללית של דיני החוזים שבכל שיטה משפטית הנה בהשכנת מידת הצדק בסכסוכים חוזיים שונים, וכי האגפים השונים של דיני החוזים הנם דרכים להשכנת מידת הצדק בהיבטים המגוונים של חיי החוזה.⁶ דא עקא, מושג 'הצדק' הנו מן המושגים המעורפלים והעמומים שבמחשבה האנושית, והנו מכיל קשת רחבה ביותר של פירושים שונים ומגוונים ואף מנוגדים. "אכן, בין כל המושגים עטורי-היוקרה, מושג הצדק נראה גם כאחד החשובים שבהם, גם כמושג שיותר מכל האחרים מטושטש הוא לאין תקנה"⁷. מסתבר, אפוא, כי שיטות משפט שונות עשויות להיות שותפות בעצם החתירה להשכנת צדק חוזי בין הצדדים, אך הן דוגלות בהשקפות-עולם שונות על מושג 'הצדק', ומשונות זו נגזרות נפקויות משפטיות רבות ונרחבות.

בעבודת מחקר זו נשאף להגדיר את היסודות המשפטיים של עקרון הצדק החוזי העברי ולאורן לטפס אל מישורי הפשטה גבוהים יותר בהם תוגדרנה תובנות היסוד של עקרון זה. למעשה, מבין ארבעת המתודות המרכזיות של חקר המשפט: המחקר הדוגמטי, המחקר ההיסטורי, המחקר ההשוואתי והמחקר הפילוסופי,⁸ יישען מחקרנו בעיקרו על זו האחרונה, אם כי לא נמנע עצמנו, כמובן, מלהיעזר אף בכלים ההשוואתיים, בקביעות דוגמתיות ובהתחקות אחר השתלשלות היסטורית של הדין. כפי שניווכח להלן, הניתוח הביקורתי בן-זמננו של דיני החוזים (בעיקר זה האנגלו-אמריקאי) השכיל לחדד את המתח העמוק הקיים בין שני מובנים מובחנים של הצדק החוזי – צדק חוזי מהותי וצדק חוזי תהליכי (פרוצסואלי) – המובילים כל אחד ואחד להגדרה ייחודית של החוזה המעוול ולהצבעה על הדרכים הנאותות למניעת היווצרותו או לחלופין לתיקונו ולהבטחת עמידתו במבחן הצדק. מתח מושגי זה יהווה את חוט השני החורז את מחקרנו, ולאורו נשאף לשרטט את עמדות בעלי משנה וגמרא בצומת-דרכים מושגית זו. נטען כי קיימים אלמנטים הלכתיים המעמידים את דיני החוזים שבדין העברי באופן מובהק תחת ממשלתו של עקרון הצדק החוזי המהותי. עם זאת, כך נטען, תפיסתם של חז"ל מושגים אלו אינה כשני מודלים המוציאים זה את זה לחלוטין אלא כשני קטבים המצויים על רצף אחד, אשר על גביו יש לאתר את הנקודה הרצויה המשקללת את הקוטב התהליכי בזה המהותי; המעיין בפרספקטיבה זו על עמדת הדין העברי ימצא כי יש בה כדי לתרום רבות להבנת מערכת היחסים המורכבת והסמביוטית השוררת בין שני מובניו המרכזיים של הצדק החוזי. למהלך דברים זה קיימים אפוא שני מוקדים עיקריים:

⁵ M. R. Cohen, 'the Basis of Contract', in *Law and the Social Order (Essays in Legal Philosophy)*, (New York, 1933), p. 69, 104.

⁶ יוצאת מכלל זה היא הגישה הכלכלית למשפט, המעמידה בראש תכלית דיני החוזים (כמו תחומים משפטיים נוספים) את השאת התועלת המצרפית של החברה מן הפעילות החוזית (וראה שלו, עמ' 10). על הזיקה שבין הצדק החוזי ובין היעילות הכלכלית ראה להלן בהע"ש 57.

⁷ ח' פרלמן, *על הצדק* (ירושלים תשמ"א) עמ' 4.

⁸ ראה B. Cohen, *Jewish and Roman Law* (New York 1966) vol. I, p. VIII; י' אנגלרד, 'מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו', *משפטים ז* (תשל"ו), עמ' 34, 38.

הראשון, עצם זיהויים של מנגנוני בקרה המשוייכים באופן מובהק לעקרון הצדק החוזי המהותי; והשני, התחקות אחר אופני שיקלולם של שני עקרונות הצדק החוזיים זה בזה. אין צריך לומר כי טענותינו אינן מתיימרות לשקף עמדה תלמודית אחידה וחד-גונית; בדברינו נשאף לשקף עמדות מרכזיות בתלמוד ובמפרשיו, תוך מודעות לעמדות נוספות המביעות השקפות מתחרות.

נדגיש כי מחקר זה אינו שואף להגדיר את תודעת הצדק החוזי של חז"ל (שספק אם הם היו מודעים לה ברמת הפשטה שכזו) אלא את השפעתם של ההלכות התנאיות והאמוראיות על עיצוב תפיסה מופשטת של הצדק החוזי, המתכוננת בין מדעת ובין שלא מדעת. יעדו של מחקר זה אינו שחזור היסטורי-פילוסופי של עמדות חז"ל בשאלת הצדק החוזי, כי אם בנייה פילוסופית מחדשת של עקרון הצדק החוזי לאור הנגזר משפטית מתוך עמדות חכמי התלמוד בשאלות של מדיניות צדק חוזי; זאת בהסתמך על ההנחה המסתברת כי "החוק ומוסדותיו משקפים תבנית רעיונית" הניתנת לקונספטואליזציה⁹. אמנם יש להודות כי עיצוב מדיניות של צדק חוזי נעשית בראש ובראשונה מתוך מודעות אתית והנה הכרעה נורמטיבית מודעת מובהקת, אך בכך אין כדי לגרוע מן החשיבות שבהגדרת תפיסת הצדק החוזי של שיטת משפט מסוימת גם אם אין משפטניה היו מודעים לה במלוא עוצמתה המופשטת. שהרי אמנם לשאלת אופיו של הצדק החוזי ניתן לגבש עמדה במישור הפשטה גבוה וכוללני אך ניתן גם לגבש עמדה במישור מעשי, קונקרטי וספורדי. שני מישורים אלו עשויים במובנים מסוימים להוות שני צדדים למטבע אחד, ומכאן הלגיטימציה לבחינת יסודותיה של עמדה המביעה עצמה במישור השני, הקונקרטי, תוך העלאתה למישור ההפשטה הגבוה יותר. בהנחה המסתברת כי שיטת משפט חותרת לעקיבות רעיונית וללכידות מושגית יש מקום של ממש להכללת עמדות המובעות באופן ספורדי לכלל שיטה מאורגנת ולכידה. ובהינתן כי העמדות התנאיות והאמוראיות הובעו, אמנם, בדרך קזואליסטית וספורדית, אך תוך כפיפות עקבית לשאיפת הגשמת מידת הצדק, רשאים אנו להעלות התייחסויות קונקרטיות אלו של חז"ל אל מישור הפשטה גבוה יותר, בו נידונים מושגי הצדק החוזי כשלעצמם.

לבחירה מתודית זו מספר השלכות על דרכו של המחקר. בדברינו ניעזר לא אחת במחקר השוואתי של דיני החוזים בדין העברי אל מול דיני החוזים בשיטות משפטיות מקבילות. שיטות מקבילות אלו יילקחו בעיקרן מדיני החוזים המודרניים, לאו דווקא משיטות המשפט העתיקות. זאת מפאת רצוננו לבחון את עמדתו של הדין העברי לאורך של תבניות פילוסופיות-משפטיות אשר התפתחו והתעצבו במחקר המשפט האנגלו-אמריקאי בן-זמננו, תבניות העשויות לפתוח בעדנו צוהר לעיון מחדש ביסודות תפיסת הצדק החוזי התלמודי. ההשלכה השניה נוגעת למקומה של מתודת המחקר הפילולוגי-היסטורי. באשר מטרת המחקר הנה בחשיפות היסודות הפילוסופיים של תפיסת הצדק החוזי בדין התלמודי, יעמוד במרכז עיונו הטקסט התלמודי המוגמר והמעוצב. ההיזקקות לשאלת ריבוד הטקסט והשפעת התהליכים ההיסטוריים על שלבי גיבושו תהיה משנית בעיקרה ותוגבל למידת תרומתה של מתודה זו להבנת יסודותיו הפילוסופיים של הדין התלמודי

⁹ " בלידשטיין, עקרונות מדיניים במשנת הרמב"ם (בר-אילן, תשמ"ג) עמ' 14. וראה לאחרונה מ' הלברטל, 'דוד הרטמן והפילוסופיה של ההלכה', מחויבות יהודית מתחדשת (מכון הרטמן והקיבוץ המאוחד, תשס"ב, עורכים: אי שגיא וצ' זוהר), עמ' 13, 15 בהתייחסו לרובד השלישי של הפילוסופיה של ההלכה. לניסיון בניית קונספט פילוסופי בשאלת הצדק בתחום ההלכתי של עשיית עושר ולא במשפט ראה ח' דגן, 'דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם', בתוך: משפט והיסטוריה (עורכים: ד' גוטוויין, מ' מאוטנר, ירושלים, תשנ"ט) עמ' 165. לניסיונות מקבילים בתחום שאלת הצדק וחובת הצדקה ראה ח' שיין, הצדק במשפט העברי (אביבים, תשנ"ד), פרק ד; M. Walzer, *Spheres of Justice* (New-York, 1983) pp. 71-78.

המגובש. הלוא גם חקר תולדות תהליך החקיקה אינו רלוונטי בעיקרו מן הבחינה המשפטית אלא כמידת היותו מסייע להבנת יסודות החוק בצורתו המעוצבת והמוגמרת.

מאחר והביטוי 'הדין העברי' הנו, למעשה, כותר לשרשרת ארוכה של פרקי משפט הפזורים על פני תקופות שונות ומקומות רבים, אשר כל אחת ואחת מהן הנה בעלת פנים ייחודיות ושונות בבחינת פנים חדשות באו לכאן, בחרנו להעמיד במרכז עיוננו את מקורות המשנה והתלמוד הבבלי. אין צריך לומר כי עד כמה שדבריהם של ראשונים ואחרונים התייחסו ישירות לסוגיות תלמודיות אלו הבאנום בגוף דברינו או בהערות המצורפות. כן השתדלנו להעשיר את עיוננו על ידי השוואת עמדות התלמוד הבבלי לעמדות המצויות בתלמוד הירושלמי. נעיר כי היבט זה של דיני החוזים התלמודיים לא זכה לתשומת לב מחקרית מספקת. דיני החוזים העבריים נחקרו, אמנם, מזוויות שונות: מחקר דוגמטי, מחקר פילולוגי-היסטורי, מחקר סוציולוגי ומחקר כלכלי, אך דומני כי טרם הוקדשה תשומת לב ראויה לעיון בתובנות הפילוסופיות הגלומות בתפיסת הצדק כמעצבת את דיני החוזים שבדין העברי.

לצורך עריכת המחקר בחרנו מתוך מגוון הנושאים המרכיבים את דיני החוזים שני תתי-נושאים, המהווים לדעתנו מקרי-בוחן נאותים להגדרת טיבו של הצדק החוזי: החוזה המקפח והחוזה הכפוי (ובמינוחם ההלכתי: דין אונאה¹⁰ ודין תליוהו וזבין). חשובה ההדגשה כי מקרים אלו הנם אמנם מקרי-בוחן נאותים לבחינת מושא המחקר של עבודה זו, וזאת נמק בגוף המחקר, אך אין במקרים אלו כדי למצות את הזיקה שבין תפיסת הצדק החוזי ובין דיני החוזים שבדין העברי. מן הראוי לבחון בפרספקטיבה זו נושאים נוספים, כדוגמת דרכי כריתת החוזה, פרשנות החוזה והשלמת לאקוונות, חוזה העושק, טעות והטעיה ועוד. מגבלותיה של יריעה זו הם המאלצים אותנו לצמצם עצמנו לעיון במעמדם של החוזה המקפח והחוזה הכפוי, ומכאן כי מסקנות עבודה זו תואמות שני תתי-נושאים בלבד מתוך מכלול רלוונטי רחב יותר.

עבודת מחקר זו מורכבת מארבעה פרקים מרכזיים. הפרק הראשון הנו דיון תיאורטי בשני מובניו המרכזיים של מושג 'הצדק החוזי' ובהשתמעויותיהם השונות; פרק זה יהווה את הכנת הכלים התיאורטיים לעיון במקורות המשנה והתלמוד בפרקים הבאים. בפרק השני נעייין בקריטריונים שמציב הדין העברי להפעלת דין אונאת מחיר. נטען כי הקריטריון המרכזי (ומסתבר בעינינו כי במובנים מסויימים אף הבלבד) להפעלת דין אונאה הנו עצם קיומו של המחיר המקפח; בקביעה זו יש כדי ללמד רבות על תפיסתו של הדין העברי את טיבו של החוזה הצודק. הפרק השלישי יוקדש לעיון בסעדים המוגשים על ידי הדין העברי למתאנה במחיר. ננתח סעדים אלו ככפופים למובן שונה של עקרון הצדק החוזי מזה שהצטייר בפרק השני, ואף נשאף להתחקות אחר הסינתזה שיוצר הדין העברי בין שני עקרונות אלו. הפרק הרביעי והאחרון ייוחד לעיון ביסודות מעמדו של החוזה הכפוי; התחקות אחר הגיון טעמיהן של העמדות החז"ליות שהובעו בהקשר זה תפתח עבורנו צוהר נוסף אל הבנת מערכת היחסים המכוננת בדין התלמודי בין שני עקרונות הצדק החוזיים.

¹⁰ בספרות ההלכתית ישנן שלוש תצורות לשוניות עיקריות למונח זה – אונאה ("האונאה ארבעה כסף... משנה, בבא מציעא ד, ג, על פי גירסת הבבלי), הונאה ("ההונאה ארבעה כסף..."), שם, על פי גירסת הירושלמי) והונייה ("כמה תהיה ההונייה ויהיה חייב להשיב", רמב"ם מכירה, יב, ב). כפי שניווכח, מובנה של האונאה בדין העברי מובחן היטב ממובנה העברי בן-זמננו (ראה להלן ליד הע"ש 109), ועל כן אשתמש בעבודה זו במונח 'אונאה' (ולא 'הונאה') לציון הלכה זו שבדין העברי.

1. הקדמה תיאורטית - שני מושגים של

צדק חוזי

הניגש לעשות במלאכה חייב, ראשית, לבחור לו את כלי עבודתו המתאימים. לאחר בחירתם מן הראוי כי יישחזים, יילטשם וייכינם למילוי ייעודם באופן נאות. פְּלִי המחקר הבסיסי בו נייעזר במהלך דברינו יהיה האבחנה המושגית שהתחדדה בחקר דיני החוזים במחצית השנייה של המאה ה-20; נשאף להחיל על הדין העברי התלמודי דילמה מושגית אשר דומה כי הוא טרם הועמד בפניה באופן מודע, ובכך תקוותנו תהיה לחשוף בו פנים חדשות. פרק זה יהווה, אפוא, הנחת יסודות מושגיים ותיאורטיים בהם נשתמש לאורכה של העבודה. בפרק זה נשאף להציג את צמד מושגי הצדק החוזי, להשחזי את הגדרותיהם ולפתח היבטים רלוונטיים שונים של עקרונות אלו, הכל בהתאם לדרוש לשם הבנת תפיסת הצדק המשתקפת מתוך יסודות דיני החוזים שבדין העברי.

1.1 רקע היסטורי

שני מושגי הצדק החוזי בהם נדון להלן מלווים את עולם המשפט לכל אורך שנותיו ונוכחותן מרחפת בירכתי אטמוספירת דיני החוזים לדורותיהם. עם זאת, המודעות למושגים אלו כשני מושגים מובחנים, ואולי אף כשני מושגים נוגדים המוציאים זה את זה, הנה פרי התמורות האחרונות הפוקדות את עולם החוזים בארצות המערב; למעשה, הן במידת מה תוצאת השבר שפקד בעיצומה של המאה ה-20 את התפיסות המודרניות שחלשו על דיני החוזים. כדי לעמוד נאמנה על הבסיס להיווצרותם של שני מושגי הצדק החוזי שומה עלינו לפרוש על קצה המזלג את הרקע ההיסטורי הרלוונטי¹¹.

סממן מובהק של דיני החוזים הקונטיננטליים הימי-ביניים הנו שאיפתם להיות שותפים בעיצוב תוכן החוזים הנכרתים במהלך חיי המסחר. אחד מיעדיהם המרכזיים של דיני החוזים במשפט הקנוני היה בהבטחת שיקוף תוכן החוזים את התוכן הרצוי בעיני השיטה המשפטית, זאת בין אם הדבר עולה בקנה אחד עם הסכמתם המשותפת והחופשית של הצדדים ובין אם לאו¹². שתי הדוקטרינות המשפטיות המרכזיות והמפורסמות ששימשו בהקשר זה את משפט ימי הביניים היו האיסור על הריבית והמחויבות כלפי 'מחיר הצדק'. בהקשרה של ההלוואה בריבית שאף הדין הקנוני לקבוע מדדים ברורים לגבי תוכנה הרצוי של התקשרות שמטרתה הלוואה, ודוקטרינת 'מחיר הצדק' קבעה את אופיו של המחיר הראוי אותו ישלם הקונה למוכר. במסגרתה של זו האחרונה, אשר כונתה *laesio enormis*, שאף הדין הקנוני לפקח על תניית המחיר החוזי ולעצבה באופן המגשים את מידתו של הצדק על פי השקפתו. הותרת קביעת המחיר החוזי בידי הצדדים עלולה הייתה, בעיניו, להצמיח מחירים אשר יהיו מעוולים במהותם. כך קבע, למשל, אקווינס כי "למכור דבר במחיר גבוה משוויו או לקנותו במחיר נמוך משוויו הוא בעצמו לא צודק

¹¹ לסקירות נרחבות יותר ראה במראי המקום המובאים להלן בהערות השוליים וברשימה הביבליוגרפית בסוף העבודה.

¹² על כך ראה וון מאהרן וגורדלי עמ' 822-824; שם עמ' 986-993; גורדלי עמ' 1603 ואילך; R. Tawney, **Religion and The Rise of Capitalism** (London, 1926) p. 36; R. de Roover, "The Concept of the Just Price: Theory and Economic Policy", **The Journal of Economic History** 18 (1958) p. 418; P. S. Atiyah, **The Rise and Fall of Freedom of Contract** (Oxford, 1979) pp. 61-65.

ולא חוקי¹³. מקובל לראות את שורשיה של דוקטרינה זו במשפט הרומי המאוחר¹⁴, ולמעשה ניצניה מצויים כבר בכתביהם של אפלטון ואריסטו¹⁵. דוקטרינה זו שלטה למעשה עד סופה של המאה ה-18; המהפכה הצרפתית נחשבת, בהקשר זה, לנקודת המפנה של דיני החוזים המערביים.

למן סוף המאה ה-18 ובעיקר במהלך המאה ה-19 העמיד הליברליזם הקלאסי בראש דיני החוזים את עקרון 'חופש החוזים', זאת כחלק מבכורתו של עקרון ה'laissez faire'¹⁶. שתי השתמעויותיו הבסיסיות של עקרון 'חופש החוזים' הן החופש בבחירת הצד שכנגד להתקשרות החוזית והחופש בעיצוב תוכן החוזה¹⁷. עקרון חופש החוזים עיצב את מושג הצדק החוזי על בסיס החתירה להבטחת חירותם של הצדדים לעצב בעצמם את תוכן החוזה. לאמור, חוזה יהיה צודק באם יובטח כי הצדדים לחוזה כרתו אותו תוך הנאה מחירות מקסימלית, יהיה תוכנו של החוזה אשר יהיה; *Qui dit contractuel dit juste*¹⁸. עקרון חופש החוזים היווה את התשתית ההגותית לנטייתה של המערכת המשפטית שבמאה ה-19 שלא להתערב בתוכן החוזה המוסכם על ידי הצדדים ושלא לחתור להבטיח את שקילות תמורתו; החוזה המוסכם יהיה תקף גם באם התמורות המוחלפות במסגרתו לא תהיינה שקולות, ובלבד שחוזה זה יהיה פרי הסכמתם המשותפת והחופשית של הצדדים. וכך מתאר עטיה את השפעתו של עקרון 'חופש החוזים' על דיני החוזים במשך פריצתם אל העת החדשה: "It has for many years, even centuries, been part of the traditional dogma of contract law that the adequacy of the consideration is immaterial to the validity of a contract. It is for the parties to make their own bargain, not for the courts. Each part to a contract must himself decide how much the other's performance is worth to him, and then decide whether to enter into the contract, yea or nay. If the contract is concluded then it must be assumed that each party is content with his bargain, or he would not have made it"¹⁹.

אין צריך לומר כי קביעה זו אינה תקפה באופן אחיד עבור שיטות המשפט המערביות כולן; אינה דומה מדיניותו של הדין האנגלי, אשר הרחיב את מוכנותו לכבד כל תוכן חוזי מוסכם יהיה תוכנו אשר יהיה²⁰, למדיניותו של הדין הצרפתי אשר הסכיך לפקח במידת מה על שקילות התמורות²¹. ועם זאת לא נחטא בשפתנו אם נקבע כי הייתה זו מגמה כללית אשר נשבה במפרשי המשפט המערבי המודרני, תוך השתנות מובנת של ביטוייה הקונקרטיים משיטת משפט אחת אל רעותה. לניסוח ממצה של מגמה זו נחשבים דבריו של הלורד דנינג (Denning) אשר קבע כי "No bargain will be upset which is the result of the ordinary interplay of forces"²².

¹³ Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, II - II, Q. 61 art. 2; see also Q. 77 art. 1

¹⁴ ראה להלן הע"ש 86.

¹⁵ ראה להלן הע"ש 85.

¹⁶ ראה פון מאהרן וגורדלי עמ' 994-996; גורדלי עמ' 1587 ואילך; זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 169-178.

¹⁷ שלו, עמ' 25.

¹⁸ 'האומר חוזה אומר צדק' (על פי פרידמן וכהן, עמ' 17).

¹⁹ עטיה, מסות, עמ' 329.

²⁰ ראה, למשל, G. H. Treitel, *The Law of Contract* (eighth ed., London, 1991) pp.70-73.

²¹ ראה פון מאהרן וגורדלי עמ' 824-827; שם עמ' 1024; B. Nicholas, *French Law of Contract*

(Butterworths, 1982) pp. 131-135.

²² *Lloyd's Bank Ltd v. Bundy* (1975) Q.B. 326, 336

התשתית הפילוסופית לבכורתם של מושג החירות בכלל ועקרון 'חופש החוזים' בפרט נחה על מספר אדנים פילוסופים עיקריים²³:

1. המסורת התועלתנית מבית מדרשם של מיל ובנת'הם הגדירה את המעשה הרצוי על פי מידת תרומתו להגדלת התועלת של החברה. בין משמעה השונים של התועלת מצוי גם המשמע הכלכלי, ובהקשר זה הוערך השוק החופשי כתורם להגדלת התועלת המצרפית של הפעילות הכלכלית למעלה מתועלתו של שוק הנתון לבקרה הדוקה של זרועות מרכזי הכוח הפוליטי.
2. מסורת תורת האמנה החברתית טענה לתקפות החוק והמשטר מכוחה של הסכמתם המשותפת של האזרחים. במסגרת זו הוענקה עדיפות לכיבוד הסכמיהם האקטואליים של הצדדים, שהרי הסכמת הצדדים היא במובן ידוע מקור תוקפו של החוק²⁴.
3. בהשראת הצו הקאטגורי הקאנטיאני הוכרה האוטונומיה של האדם כערך יסוד בתורת המוסר, ובעקבותיו ניתנה עדיפות לכיבוד הסכמיו של האדם שהנם פרי שיקולי בחירתו החופשיים.
4. הליברליזם הקלאסי, אשר נטה לזהות מושגית את ערך הצדק עם ערך החירות, תרם אף הוא את תרומתו המכרעת להעמדת דיני החוזים על החתירה לכבד את הסכמתם החופשית של הצדדים.

אדנים פילוסופיים אלו תורגמו לשתי טענות משפטיות מרכזיות²⁵: א. מן הבחינה הכלכלית הוערך המחיר המוסכם כמשרת בצורה המיטבית את האינטרסים הכלכליים של כל אחד מן הצדדים לחוזה. הערכה זו נשענה על ההנחה כי רצונו של האדם הנו השופט הטוב ביותר עבור צרכיו הכלכליים ואין כל סמכות שיפוטית יכולה להוות תחליף נאמן לכך. אין, אפוא, 'מחיר הוגן' במובנו המופשט, שהרי שוויו של מוצר הנו דבר יחסי שערכו משתנה מאדם לאדם ו'המחיר ההוגן' הוא הוא, אפוא, המחיר המוסכם אותו הפיקו הצדדים בדינמיקה החופשית שהתפתחה ביניהם בעת המשא ומתן. מכאן כי ההגנה הטובה ביותר שיכולים דיני החוזים להעניק לצדדים הנה אכיפת החוזה המוסכם ביניהם²⁶. הטיעון השני הנו נורמטיבי, ועל פיו גם אם נמצא ממד מקפח במחיר החוזי הרי שרעיון האוטונומיה של הפרט מצדיק את הטלת מלוא האחריות לממד מקפח זה על הנפגע, ואין לו להלין אלא על עצמו בלבד. היחלצות לעזרתו של הנפגע ממחיר מקפח תקעקע את מידת הצדק באשר חירות פעולתו של הצד שכנגד לא תתקיים עוד, ומכאן כי עשיית צדק עם הצדדים תיעשה על ידי אכיפת החוזה המוסכם, יהיה תוכנו אשר יהיה. דברי השופט לויין משקפים נאמנה רוח זו, ולדעתו: "אל לו לבית המשפט להתערב בכגון דא, לעשות הסכמים עבור בעלי הדין שהתקשרו ביניהם או לשפר או לשנות את שנקבע על ידיהם בהסכם, רק משום שנראה

²³ ראה פרידמן וכהן עמ' 16-21; שלו עמ' 27; זמיר, עקרון ההתאמה, עמ' 171-169; זמיר, פירוש והשלמה, עמ' 79-81.

²⁴ הביטוי המובהק ביותר להשוואת תוקפם של חוזים מוסכמים ושל חוקי המדינה באה בסעיף 1134 לקוד האזרחי הצרפתי: "התחייבויות שנוצרו באורח חוקי עומדות במקום חוק לאלה אשר יצרו" (מצוטט בעברית מתוך ז' צלטנר, "תורת החיובים מאין ולאן: ממעמד לחוזה ומחוזה שוב למעמד", הפרקליט י (תשי"ד), עמ' 30, 32).

²⁵ גורדלי עמ' 1592-1603.

²⁶ ראה, למשל, R. A. Epstein, 'Unconscionability: A Critical Reappraisal', 18 J. of Law & Economics, 293, 306 (1975).

לו לבית המשפט, כי ההסכם, שנכרת מרצונם של בעלי הדין, אינו צודק או שהוא מקפח קיפוח של ממש את אחד המתקשרים^{27 28}.

תפנית משמעותית התרחשה עם כניסתם של דיני החוזים למעבה המאה ה-20, תפנית אשר זכתה לכינויים כדוגמת 'נפילתו של חופש החוזים'²⁹, 'מחוזת שוב למעמד'³⁰ ואף 'ימות החוזה'³¹. חוקרים מצביעים על שלושה תהליכים מרכזיים אשר הביאו לכרסום המשמעותי בבכורתו של ערך החירות ולקעקוע מעמדו של עקרון 'חופש החוזים'³²:

1. *התעצמות המדינה* – כוחה של המדינה במאה ה-20 צמח לעין ערוך; המדינה פסקה מלשמש כ'שומר הלילה' של האזרחים, והיא החלה להחזיק בידיה עתודות כלכליות אדירות. הצבא, מערכת הבריאות, ניהול המשאבים הלאומיים, ארגון מערכת החינוך, כל אלו ועוד הפכו את המדינה לגורם מסחרי ראשון במעלה בחיי הכלכלה. הפיכת המדינה לשחקן שוק מרכזי המחזיק בידיו נתחי שוק רחבים ביותר הולידה את הצורך במתן הגנה למשתתפי השוק מפני כוחה המתעצם של המדינה.

2. *התפתחות המסחר והטכנולוגיה* – את עולם הטכנולוגיה והמסחר פקדה תנופת התפתחות עצומה. תנופה זו הביאה ליצירת פערים משמעותיים בכוחם של שחקני בשוק. עוסקים מקצועיים החזיקו בידיהם כוח מיקוח מסחרי הגדול לעין ערוך מן הכוח שהחזיקו בידיהם קבוצות אחרות ובעיקר הצרכנים הפרטיים. פערי כוח אלו נבעו מפערים בהבנת תהליכי השוק, מפערים במידע אודות תנאי השוק ותנודותיו, מפערים בידיעת תכונות המוצרים הנסחרים וכדומה. זאת ועוד, כשלי שוק שונים הולידו מצבים בהם גורמים מסחריים שונים הצליחו לכפות את רצונם ואת העדפותיהם על השוק כולו. הדוגמאות הקלאסיות לתופעות אלו הן היווצרות מונופולים וקרטלים שהשתלטו על פלחי שוק שונים. דוגמה קלאסית נוספת הנה תופעת החוזים האחידים. פערים אלו הובילו לריקון חלקי של מושג השוק החופשי ממשמעותו. חלקים לא מבוטלים של חיי המסחר הפכו להיות מנווטים בידי שחקנים בודדים בעלי עוצמה כלכלית עצומה. הקביעה כי האדם הנו יצור אוטונומי המהווה את השופט הטוב ביותר עבור צרכיו פסקה מלהיות מובנת מאליה³³. האדם הנו אמנם השופט הטוב ביותר של צרכיו והעדפותיו, אך הוא אינו השופט הטוב ביותר של תנאי השוק ושל ההזדמנויות הכלכליות הפתוחות בפניו, בוודאי שאין הוא המתמקח הטוב ביותר עבור המחיר אותו עליו לשלם. בהינתן כי האדם אינו מכיר את השוק באופן אופטימלי וכי הוא אינו מתמקח אידיאלי

²⁷ ע"א 573/82 ברק נ' ברק פ"ד לח (4) 626, 632.

²⁸ אך ראה עמדתו של פון-מאהרן: "The difficulty with the older theory of laesio enormis did not, in the final analysis, derive from an emergent view that the principle of equivalence was not basic to contract justice. The problem was that value was increasingly seen as not intrinsic but as based upon individual decisions and preferences. To the extent that these are generalized and coordinated by the market, the contract price and the market or just price are identical unless the contracting process was defective; in these circumstances the just price doctrine no longer has an independent significance" (Von Mehren, pp. 77).

²⁹ על שם ספרו של עטיה, הנ"ל בהע"ש 12.

³⁰ ראה צלטנר, הנ"ל בהע"ש 32.

³¹ G. Gilmore, *The Death of Contract* (Ohio, 1974).

³² ראה P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979) ch. 17; פרידמן וכהן עמ' 41-43 ושם בפרק 3; נ. כהן, 'סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה', *הפרקליט לט* (תשמ"ט-תשנ"א), עמ' 304; צלטנר (הנ"ל בהע"ש 24), עמ' 30; שלו עמ' 27-36; ג' שלו, "מה נותר מחופש החוזים?" *הפרקליט יז* (תשמ"ז) עמ' 465; זמיר, *עקרון ההתאמה*, עמ' 175-173.

³³ ראה פון מאהרן, עמ' 66.

הרי שקשה יותר להצדיק את נכונות האדם להתקשר בחוזה שתנאיו אינן הוגנות ומאוזנות ושאינן משרתות את האינטרסים הכלכליים של שני הצדדים בשווה; מסתבר יותר כי נכונותו נובעת מאי יכולתו לשקלל כראוי את משתני השוק השונים. לשון אחר, כאשר בית המשפט קובע כי תנייה חוזית מסוימת הנה מקפחת אין הוא מחליף את מערכת שיקוליו של האדם בשאלה האם נכס זה הנו טוב ויקר עבורו אלא הוא מסייע לו להגשים את העדפותיו במסגרת הסבוכה של חיי השוק והמסחר.³⁴

3. *עלייתן של התיאוריות החברתיות* – משבר הפרולטריון ההולך ומתעצם במהלכה של המאה ה-19 הביא בראשית המאה ה-20 להמראתן של תיאוריות חברתיות בעלות גוון סוציאליסטי. קשת הגוונים הסוציאליסטיים נעה בין ההשקפה הקומוניסטית ובין מדינת הרווחה המודרנית. הנטייה הסוציאליסטית של התיאוריות החברתיות השונות הביאו אף הן להצבת אלטרנטיבות חלופיות להבהרת עקרון הצדק שלא על בסיס עקרון החירות, אלא על בסיס ערכים חברתיים חלופיים. השוויון הפך לערך המתחרה עם החירות במרוץ להגדרת טיבו ומהותו של ערך הצדק.

הביטוי המשפטי המעשי של תהליכים אלו הנו בהצטברות גדלה והולכת של הוראות משפטיות 'העוקפות' את הסכמת הצדדים, השואפות להבטיח כי התוכן החוזי יהיה תוכן הוגן ושקול ולא רק תוכן מוסכם. דוגמאות קלאסיות שבהן נקטו דיני החוזים מדיניות אקטיבית של מעורבות בחופש החוזי לשם הגברת ממדי ההוגנות והסבירות שבהתקשרויות החוזיות הן דיני עבודה, התקשרויות עם מונופולים, התקשרויות בחוזים אחידים, והתקשרויות בין צרכנים ובין עוסקים. בנקודת שבר זו, בה התוודעו דיני החוזים למגבלות כוחו של עקרון החופש החוזי כעקרון המבאר ומסדר את דיני החוזים, צמחו צמד מושגי הצדק החוזי המקפלים בתוכם את מכלול העימות סביב אופיים הרצוי של דיני החוזים.

1.2 אבחנתו המושגית של לפ

נטיות מהופכות התרוצצו בעולם דיני החוזים במאה ה-20. מחד גיסא, עקרון 'חופש החוזים' שמר עוד על בכורתו הדקלרטיבית כערך-העל ו"כעקרון החשוב ביותר בדיני החוזים"³⁵, אך מאידך גיסא הצטברה באופן גדל והולך קבוצת הוראות-חוק הכופות עצמן על הסכמתם המשותפת של הצדדים לשם תכלית הבטחת ההגינות והצדק. עיין בדבר ומצא כי גם הוראות-חוק כופות אלו הוצדקו לא אחת על בסיס שיקולים מהופכים. מן הצד האחד הושענו הוראות אלו על הטענה כי דווקא באמצעותן ירוסן כוחו הבלתי מוגבל של הצד החוזי החזק ומכוחו של ריסון זה יוכל הצד החוזי החלש ליהנות מטווח בחירה חופשי ונרחב ובדרך זו יושב החופש החוזי לכנו, אך מן הצד האחר חלקן של הוראות-חוק כופות אלו הושענו על הטענה כי הן מקריבות את חירותם של הצדדים לשם השכנת מידת הצדק ביניהם.

³⁴ על כך ראה גורדלי, עמ' 1617-1618.

³⁵ שלו, עמ' 25 (שלו התייחסה, כמוכן, לדיני החוזים בישראל). בהקשר זה מקובל, למשל, לייחס לעקרון 'חופש החוזים' מעמד של "זכות יסוד חוקתית" (ד"ר 20/82 בית יולס נ' רביב משה, פ"ד מ"ג (1) עמ' 441, 486), וכן לתאר במונחים הלקוחים מן השדה הסמנטי הדתי, כגון מושג "קדושת החוזה" (ראה *Printing and Numerical Registing Co. v. Sampson*. (1875)L.R., 19 Eq. 462; 44 L.j., Ch. 705; 32 L.T. 354, 554/83, כן ראה ע"א 554/83, 'אתא' נ' זלוטוב, פ"ד מ"א (1) עמ' 282, 297). מייצגה המובהק של הגישה הליברלית לדיני החוזים בזמננו הוא פריד: C. Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Cambridge, Mass., 1981).

מאמרו של לף (Leff) סיפק לחקר דיני החוזים מערכת מושגית מועילה לאפיון מדיניות הצדק שבעולם החוזים.³⁶ דבריו של לף באו בעקבות ה U.C.C האמריקאי, המעגן את מחויבות בית המשפט להגן על מי מהצדדים לחוזה מפני תוצאותיו של 'חוזה בלתי מצפוני' (unconscionable contract).³⁷ העמימות הרבה האופפת את המונח 'אי-מצפוניות' הביאה את לף להבחין בין שני מושגים אפשריים של אי-מצפוניות חוזית: אי-מצפוניות מהותית ואי-מצפוניות תהליכית. "Hereafter, to distinguish the two interests, I shall often refer to bargaining naughtiness as 'procedural unconscionability' and to evils in the resulting contract as 'substantive unconscionability'".³⁸ בשלבי המשא ומתן ובתהליכי כריתת החוזה, ואילו אי-המצפוניות המהותית מתגלמת בפגמים המצויים בתוכן החוזי גופו. אבחנה מושגית זו של לף "אומצה מאז באמריקה בהיקף כמעט אוניברסלי"³⁹ והיא הניחה את היסודות לספרות מחקר רחבה אשר באה וליבנה את הבדלי היסוד שבין שני מושגים אלו, ושאפה בהקשר זה להגדיר את העיקרון הראוי להנחות את מדיניותם של דיני החוזים. משהבחין לף בין שני סוגים אלו של אי-מצפוניות חוזית אך צעד קטן נותר לגיבוש האבחנה המקבילה בין שני מנגנוני פיקוח לשמירת הצדק החוזי: עקרון הצדק החוזי התהליכי שואף להבטיח כי תהליך הכריתה ישמור על אמות מידה של צדק, ואילו עקרון הצדק החוזי המהותי שואף להבטיח כי תוכן החוזה ישמור על הגינות וסבירות. שני עקרונות צדק חוזיים אלו מובילים, לכאורה, לכינון שני מנגנוני בקרה חוזיים השונים זה מזה בתכלית; שונים זה מזה ושמה אף מוציאים זה את זה.

מטרת המבחנים שמפיק עקרון הצדק החוזי התהליכי הנה איתור מקרים בהם אחד מן הצדדים חופשי אך למראית עין בעוד למעשה אין הסכמתו להתקשרות החוזית משקפת את רצונו החופשי. במקרים אלו יוענקו לנפגע הגנות משפטיות שתכליתן חתירה להבטחת חירותם של הצדדים בעת כריתת החוזה. על פי עקרון זה במידה והצדדים יהיו חופשיים להביע את רצונם באופן אותנטי אין על מערכת החוק להתערב בהסכמתם המשותפת, יהיה תוכנה אשר יהיה.⁴⁰

רובם של מנגנוני הבקרה הקבועים בפרק ב' של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973 מהווים דוגמה נאותה למדיניות הפיקוח הבאה מבית עקרון הצדק החוזי התהליכי. מנגנונים אלו מעמידים למבחן את תקינות תהליכי הכריתה תוך הימנעות מבחינת סבירות תוכן החוזה ושקילות תמורותיו. המעיין בכותרתו של פרק זה - "ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו" – ובעילות הקבועות במסגרתו ימצא כי ראשם ורובם נוטה לבדיקת טיב תהליכי כריתת החוזה ולא לבדיקת

36 A. A. Leff, 'unconscionability and the Code - The Emperor's New Clause', 115 *University of Pennsylvania Law Rev.* 485 (1967).

37 "If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result" (§ 2 - 302).
לף עמ' 487.

39 עטיה, מסות, עמ' 333. ראה, למשל, פון מאהרן, עמ' 64; גורדלי, עמ' 1633; פרידמן וכהן עמ' 54-55; F. H. Buckley, 'Three Theories of Substantive Fairness', 19 *Hofstra Law Rev.* 33, (1990-1991) pp.33-34; R. A. Epstein, 'Unconscionability: A Critical Reappraisal', 18 *J. of Law & Economics* 293, 294, (1975).
40 למותר לציין כי מדיניותה של שיטה משפטית ראויה להיבחן בהקשר זה הן במישור הרטורי בו היא מצהירה על מדיניותה הרשמית, והן במישור הפרקטי בו היא מגשימה את מדיניותה הלכה למעשה. על כך ראה להלן העי"ש 292.

תוכן החוזה גופו; אדרבה, כלל בסיסי הוא כי "תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים"⁴¹. הטעות, ההטעה והכפייה⁴² הנם שלושה מצבים קלאסיים בהם תהליך כריתת החוזה נגוע בפגם תהליכי, הנובע מהשתלטות רצונו של צד חוזי אחד על רצונו של הצד שכנגד, אם מחמת היעדר מידע רלוונטי הדרוש לגיבוש הרצון (טעות והטעה) ואם מחמת היעדר יכולת הבעת רצון זה (כפייה)⁴³. כך, למשל, קובעת שלו לגבי עילת הטעות כי הנה "נובעת מן השאיפה להגשים את האידיאולוגיה של דין החוזים. על פי אידיאולוגיה זו מושתת החוזה על רצון חופשי ועל הסכמה אמיתית, ופגם באלה מצדיק התערבות הדין בחוזה"⁴⁴. דוגמאות נוספות למנגנוני בקרה הצומחים על מצע עקרון הצדק התהליכי הן ההגנות המשפטיות הניתנות לצד חוזי שכוחו המסחרי חלש באופן משמעותי מכוחו המסחרי של הצד שכנגד. חולשתו עשויה לנבוע מנחיתות בידע המסחרי, מהיעדר חלופות רלוונטיות בשוק להתקשרות זו ועוד. בסיטואציות אלו קיים חשש כבד כי המשא ומתן לכריתת החוזה יהיה נתון, למעשה, בידי של אחד מן הצדדים לחוזה, אשר ינווט כרצונו את הצד שכנגד. רציונל זה עומד ביסודה של החקיקה הצרכנית, השואפת להטיל מגבלות שונות על טווח פעולותיו של העוסק על מנת לבצר את יכולתו של הצרכן לבטא את רציונו בהתקשרות החוזית. כך, למשל, החוק להגנת הצרכן מטיל על העוסק חובות גילוי שונות, וחוק ההגבלים העסקיים אוסר התארגנויות קרטליות במצבים מסוימים⁴⁵. ודוק: הקפדה כי הצרכן לא יסבול מטעות, הטעה וכפייה וכי הצד שכנגד לא יתארן כקרטל אינה מביאה בהכרח לתוצאה חוזית זו או אחרת; כל שהיא מבטיחה היא כי הצרכן ייחנה מאפשרות רחבה יותר לביטוי רציונו החופשיות בעת המשא ומתן לכריתת החוזה.

מנגד, דוקטרינת הצדק החוזי המהותי מכוונת מנגנוני בקרה שונים בתכלית, השואפים לבודד מתוך ים-החוזה את אלו שתמורותיהם שקולות ותוכנם מגשים באופן מאוזן את האינטרסים של שני הצדדים. לדידו של עקרון זה אין די בעצם הבטחת קיום מפגש רצונות של הצדדים לחוזה, שהרי גם בהינתן כי הצדדים נושאים ונותנים באופן חופשי יחסית עשוי צד אחד להטות את התוכן החוזי באופן משמעותי לטובתו וכך עלול להיות מופק חוזה המחלק את הזכויות באופן מקפח. מכאן כי על מערכת המשפט להעמיד למבחן הצדק את תוכן החוזה ולהבטיח כי הוא ישרת באופן מאוזן את שני הצדדים ולא יקפח מי מהם. הפעלת עילות כדוגמת הטעות והכפייה אינה יכולה להגשים תכלית זו במידה הדרושה. דוגמאות לתניות חוזיות מקפחות עשויות להיות מחיר גבוה, פיצויים מוסכמים הנעדרים התאמה לשיעור הנזק הצפוי לצמוח מהפרת החוזה⁴⁶, הפקדת היכולת לשנות את תוכן החוזה בידי אחד מן הצדדים, מניעת יכולתו של אחד הצדדים לפנות לערכאה שיפוטית⁴⁷ ועוד⁴⁸.

⁴¹ חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, סעיף 24.

⁴² סעיפים 14, 15, 17 לחוק החוזים (חלק כללי). לגבי עילת העושק (סעיף 18) ראה להלן ליד הע"ש 289.

⁴³ על כך ראה גם פון מאהרן עמ' 64; קרונומן עמ' 476-475.

⁴⁴ שלו עמ' 185. דברים אלו תקפים, כמוכן, אף עבור עילת הכפייה.

⁴⁵ חוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981 סעיפים 2-4; חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח – 1988, סעיף 4.

⁴⁶ ראה סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970.

⁴⁷ ראה חוק החוזים האחידים, תשמ"ג - 1982 סעיפים 4-5; ו' לוסטהויז וט' שפניץ, חוזים אחידים (תשנ"ד) פרק ב.

⁴⁸ למותר לציין כי עקרון הצדק החוזי המהותי צריך להישען על תפיסה מקדמית של אופי התוכן החוזי ההוגן. למשל, הדרישה להבטחת הגינות המחיר החוזי חייבת להישען על תפיסה מקדמית אודות טיבו של המחיר החוזי הראוי. קביעת שיעורו של המחיר הראוי הנה, כשלעצמה, מלאכה הראויה לקבוע ברכה לעצמה, שכן המחיר הראוי עשוי להיות המחיר המקובל בשוק, מחיר עלות הייצור, מחיר המשמר את יחסי זכויות הצדדים קודם לכריתת החוזה וכדומה. על כך ראה להלן הע"ש 220.

דוגמה ישראלית מובהקת להוראת-חוק המעמידה למבחן הסבירות את תוכן החוזה גופו (ולא את תהליך כריתתו) הנה בחינת סבירותם של הפיצויים המוסכמים שקבעו הצדדים. אם מוצא בית המשפט "שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה"⁴⁹ רשאי הוא להפחיתם⁵⁰. דוגמה נוספת למדיניות זו הנה כיוון הפרשנות המסתמן והולך לעקרון תום-הלב⁵¹. על פי כיוון פרשני אפשרי (אשר טרם זכה לדעת הרוב בפסיקה) עילת תום-הלב הטרומ חוזית אינה חלה אך ורק על שלבי המשא-ומתן אלא אף על רגע הכריתה עצמו, ובהתאם - חוזה אשר תוכנו מקפח את מי מהצדדים עלול להיחשב כנגוע באי תום לב⁵².

דומה כי טוב נעשה אם נשקיף על המתח שבין עקרון הצדק החוזי התהליכי ובין עקרון הצדק החוזי המהותי בפרספקטיבת המתח הכוללני יותר בין שתי תפיסות של מושג הצדק החברתי בכללותו – הצדק החברתי כתהליך והצדק החברתי כמהות. בזמננו מייצגים רולס ונוזיק את שני צידיה של פלוגתא זו. על פי תפיסתו של נוזיק מידת הצדק שבחלוקת הטובין בחברה תשמר באם כללי הצדק יחלשו על תהליכי החלפת הטובין, תהיה תוצאתם אשר תהיה; פערים חברתיים, למשל, לא יהוו כשלעצמם עילה לשינוי חלוקת הטובין בחברה, שכן "Whatever arises from a just situation by just steps is itself just"⁵³. גם תהליכי החלפה תקינים עלולים להביא לחלוקה בלתי צודקת של הטובין, ועל כן מן הראוי כי מנגנוני הצדק החלוקתי יחלשו אף על תוצאות החלוקה ולא רק על תהליכיה; עקרון המקסימין חותר להבטיח את השאת הטובין בהם מחזיקים גורמים חלשים בחברה⁵⁴. אך הגם שקיימת הקבלה בין שאלת הצדק החוזי ובין שאלת הצדק החלוקתי אין חפיפה מלאה בין שניים אלו. ליברלים רבים, למשל, סבורים כי במישור הדין הפרטי יש להעניק את הבכורה לעקרון 'חופש החוזים' אך במישור הדין הציבורי יש לגיטימציה גבוהה להפעלת מיסוי פרוגרסיבי לשם טיוב מבנה חלוקת הטובין בחברה⁵⁵.

1.3 בין משפט לפילוסופיה

זירת ההתגוששות שבין שני עקרונות הצדק החוזי – המהותי והתהליכי – הנה הזירה הפילוסופית הקודמת באופן מושגי לזירה המשפטית; שני עקרונות צדק חוזיים אלו נוטים להגשים שני מובנים שונים של ערך הצדק, ואת קיומה של זיקה זו ננסה להבהיר בשורות הבאות.

הנטייה לריכוז המאמץ המשפטי בהבטחת הגינות תהליך כריתת החוזה נשענת על העמדת ערך החירות ביסודו של ערך הצדק. תשתיתו הערכית של עקרון הצדק החוזי התהליכי היא כי ביצור

⁴⁹ סעיף 15 (א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

⁵⁰ לגבי חריגותה של הוראה זו ראה שלו עמ' 593; ע"א 300/77 רוזנר נ' בניני ט.ל.מ., פ"ד ל"ב (3), עמ' 682, 686; ע"א 18/89 חשל חברה למסחר נ' פרידמן פ"ד מו (5), עמ' 257. לביקורת ראה ד' קציר, תרופות בשל הפרת חוזה (חיפה 1991), עמ' 1060.

⁵¹ "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב" (חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, סעיף 12 (א)).

⁵² ראה דעת השופט קדמי (בדעת מיעוט) בע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מח (4), עמ' 749, 757-759; שלו עמ' 45-46; פרידמן וכהן, עמ' 538-539.

⁵³ R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (New-York, 1974) p. 151

⁵⁴ J. Rawls, *A Theory of Justice* (Oxford, 1971)

⁵⁵ לקרונומן, מאידך גיסא, גישה מקורית ולדעתו דווקא הדין הפרטי הוא הראוי להוות זירה מרכזית למעורבות זרועות השלטון בתוכן החוזי לשם הפעלת רגולציות שתשגנה מבנה הוגן יותר של חלוקת הטובין בחברה.

חירותם של הצדדים היא שתעשה עמם צדק באשר שניהם יהנו מן החירות לעצב את התוכן החוזי כרצונם וככישוריהם. אדרבה, הקפדה על שקילות התמורות ועל היות תוכן החוזה מחלק את הזכויות והחובות באופן מאוזן בין הצדדים תשרת אמנם את האינטרס של הצד החוזי החלש אך היא תעשה עוול עם הצד שכנגד, באשר היא תכפה עליו להתקשר בחוזה שאינו מהווה ביטוי לרצונו החופשי.

מאידך גיסא, הנטייה לריכוז המאמץ המשפטי בהבטחת הגינות תוכן החוזה מבוססת על השתתת ערך הצדק על ערכים חברתיים חלופיים שאין החירות יכולה שתמצה אותם. ערכים חברתיים אלו עשויים להיות חוץ-חוזיים, כדוגמת ערך קדושת חיי המשפחה המביא לפסילת חוזים הפוגעים בתוכנם בערך זה⁵⁶, אך ערכים חברתיים אלו עשויים כמובן להיות גם תוך-חוזיים, כגון ערכי השוויון והאחוה. שיטה הדוגלת במי מבין ערכים חברתיים אלו תטען כי הקפדה על חירות הצדדים בעת הכריתה לא תעשה עמהם צדק שהרי התוכן החוזי המקפח עלול להפר את השוויון החברתי ולמסמס את האחוה הראויה לשרור בין בני החברה⁵⁷.

בדברנו האחרונים קשרנו את עקרון הצדק החוזי התהליכי עם החתירה להגשמת ערך החירות כמובנו הבסיסי של ערך הצדק. טענה זו עשויה להיות מותקפת משני כיוונים שונים: ניתן לטעון כי עקרון הצדק החוזי התהליכי אינו מתלכד בהכרח עם ערך החירות, וכמו כן ניתן לטעון מנגד כי דווקא עקרון הצדק החוזי המהותי הנו המגשים המרכזי של ערך זה. אתמודד עם טיעונים אלו אחד לאחד:

ערך החירות ועקרון הצדק החוזי התהליכי – קרונומן מעיר, ובצדק, כי אין לזהות באופן אוטומטי את עקרון הצדק החוזי התהליכי עם עקרון 'חופש החוזים' ועם ערך החירות⁵⁸. באופן תיאורטי ניתן להעלות על הדעת שיטה משפטית אשר תכונן פרמטרים חוזיים תהליכיים שאין להם ולא כלום עם הגשמת חירות הצדדים. דיני החוזים עשויים, למשל, לקבוע כי חוזה תקף הנו חוזה אשר הצדדים ליוו את כריתתו בשבועה או לחלופין במעשה פיזי אחר (כדרישת מעשה הקניין בדין העברי). דרישה זו קובעת תהליך מסוים לתקפות העסקה, ואין היא בהכרח חייבת להיקשר בשאלת הגשמת חירותם של הצדדים בעת כריתת החוזה; חוזה אשר נכרת בלא שאחד הצדדים נשבע או הגביה את החפץ עשוי להיות חוזה שהנו פרי הליך כריתה חופשית וזאת חרף הפרתו את כללי תהליך הכריתה הנהוגים בשיטה זו. עם זאת, מוסיף קרונומן ומעיר, שיטות בעלות גוון ליברטריאני נוטות למקד את מבטן בהבטחת תקינות תהליכי כריתת החוזה, שכן מימוש חירותם של הצדדים דורשת כי זרועות השלטון יצמצמו את מעורבותם לפיקוח על תהליכי כריתת החוזה.

⁵⁶ ראה שלו, עמ' 370.

⁵⁷ בסיס חלופי אפשרי להצדקת עקרון הצדק החוזי המהותי, אם כי פחות שכיח, נשען על הגישה הכלכלית למשפט. דעה רווחת היא כי פיקוח משפטי על שקילות התמורות הנו בלתי יעיל מבחינה כלכלית ומביא לפיחות בתועלתם הכלכלית של החוזים (ראה עטיה, מסות, עמ' 347; R. A. Epstein, 'Unconscionability: A Critical Reappraisal', 18 J. of Law & Economics 293-294, (1975)). לטענתו של בוקלי (Buckley) ניתן ואף ראוי להצדיק את עקרון הצדק החוזי המהותי בהיותו מתיישב היטב עם מטרותיה של הגישה הכלכלית למשפט, השואפת להשיא את התועלת הכלכלית המצרפית של החברה. הא כיצד? הקפדה משפטית על הגינות תוכן החוזים תביא להזולת תהליך הכנת החוזה, באשר הצדדים יפחיתו את המשאבים המושקעים בהגנה מפני הצד שכנגד; היא תביא גם להפחתת המקרים בהם מתמוטט הקשר החוזי; כן היא תביא להורדת סף ההתקשרות של בני אדם, קרי ליתר התקשרויות חוזיות וליתר יעילות של השיטה החוזית. על כך ראה F. H. Buckley, 'Three Theories of Substantive Fairness', 19 Hofstra Law Rev. 33, (1990-1991) p. 34. להתמקד בנייתו התשתית הערכית של עקרון הצדק החוזי כשלעצמם בלא לבחון את היבטי היעילות הכלכלית הכרוכים בהם.

⁵⁸ קרונומן עמ' 476.

מכך נלמד כי אמנם לא כל כללי תהליך כריתת החוזה קשורים בהכרח עם הגשמת ערך החירות, אך הגשמת ערך החירות דורשת התמקדות בתהליכי הכריתה ולא בתוכן החוזה. לשון אחר: טוב נעשה אם נפריד בין כללים תהליכיים לכריתת חוזה ובין כללי צדק תהליכי לכריתת חוזה. הראשונים עשויים לקבוע כללים שונים שאינם מיועדים בהכרח להגשמת ערך הצדק ותכליתם עשויה, למשל, ליעל את תהליך הכריתה. מאידך גיסא, האחרונים קובעים כללים הממוקדים בהבטחת חירותם של הצדדים בעת המשא-ומתן וזאת לשם השגת דרך צודקת לכריתת החוזה. אשר על כן דברינו להלן מתייחסים לעקרון הצדק התהליכי ומכוונים בעיקרם כלפי הממדים שבעקרון זה המבטיחים את אי השתלטות רצונו של הצד האחד על רצונו של הצד שכנגד.

צדק חוזי מהותי וערך החירות – לדעת גורדלי משנעין שנית בדבר נמצא כי פיקוח מהותי על תוכן החוזה עשוי להיות מאופיין כחירותני לא פחות מן הגישה המצמצמת עצמה לבקרת תקינות תהליכי הכריתה⁵⁹. הא כיצד? בתנאים אופטימליים אדם חופשי נוטה לכרות חוזה אשר ישרת את האינטרסים הכלכליים שלו (להוציא הענקת מתנה). יש להניח כי חוזה הפוגע באינטרסים הכלכליים של האדם נכרת מחמת היעדר מידע, היעדר כושר מיקוח, היעדר יכולת להבעת רצון חופשי וכדומה; לו היה האדם נהנה ממידע רלוונטי ומחופש בחירה מלא לא היה נכרת חוזה זה. אמנם, כאשר הדין מעניק לחוזה המוסכם תוקף משפטי מחייב מגבה הדין את חירותו של הצד החוזי החזק לממש את כישוריו ואת יכולותיו המסחריים באופן חופשי, אך מאידך הריהו שולל מן הצד שכנגד את החירות לעצב חוזה המשרת את האינטרסים הכלכליים שלו. ובהתאם, טוען גורדלי, כאשר דיני החוזים כופים את הצדדים לעצב חוזה מאוזן (למשל, מחיר ראוי) הריהו מגן על חירותו של הצד החוזי החלש לבטא בתוכן החוזה את העדפתו המסחרית. מדוע, שואל גורדלי, נעדיף את חירותו של הצד החוזי החזק לכפות את רצונו הכלכלי על הצד שכנגד ולא נעדיף את חירותו של הצד החוזי החלש להגשים את אינטרסיו הכלכליים?! לשון אחר, אי התערבות בתוכן החוזה הנה פגיעה בחירותו של הצד החוזי המקופח לא פחות משהתערבות בתוכן החוזה הנה פגיעה בחירותו של הצד החוזי המקפח. מכאן פתח לטענה כי עקרון הצדק החוזי המהותי מגשים את עקרון החירות, לא פחות משעקרון הצדק החוזי התהליכי מגשימו⁶⁰. דומה כי טענה זו ראויה להידחות מן הטעם הבא.

בדבריו מטשטש גורדלי את האבחנה המשמעותית הקיימת בין רצון רציונלי ובין רצון אקטואלי; אם ניתן דעתנו לאבחנה זו נמצא כי אין לדמות את רצונו של הצד הנשכר מן החוזה הלא-מאוזן עם רצונו של הצד הנפגע מחוזה זה ובהתאם אין לדמות את הפגיעה בזה הראשון לפגיעה בזה האחרון. רצון אקטואלי הנו הרצון שהתגבש בקרב ליבו של האדם ואילו רצון רציונלי הנו הרצון המשוער שאותו היה רוצה אדם רציונלי בהינתן עבורו תנאי המידע והבחירה האופטימליים. כאשר במהלך משא ומתן לכריתת חוזה הצליח אחד מן הצדדים לנצל את כישוריו ולנווט את הצד שכנגד לקנות מוצר תמורת מחיר גבוה במיוחד הרי שניתן לזהות העדפה אקטואלית של המוכר

⁵⁹ גורדלי, עמ' 1625; וראה גם שם עמ' 1619.

⁶⁰ “Enforcing a contract at other than the market price protects the freedom of one party to profit from the ignorance or necessity of the other, but sacrifices the freedom the other party would enjoy in a normal well-functioning market. Contract law cannot protect freedom in the abstract; rather it must determine what kind of freedom it will protect. To do so, it must ask what goals each party should be free to pursue. If there are reasons why a party should be free to exchange but should not be free to redistribute wealth in his own favor, then the law should insist that he exchange without distributing. To put it another way, exchange should require equality” (Gordly, p. 1625).

לקיים את החוזה במחיר זה, אך קשה לזהות העדפה אקטואלית של הקונה לקיים את החוזה במחיר נמוך יותר; בסוברו כי אלו הם תנאי השוק הסכים הקונה לשלם את המחיר המבוקש על ידי המוכר. צודק גורדלי כי העדפתו הרציונלית של הקונה, בהינתן תנאי קנייה אופטימליים, הנה לקנות את המוצר במחיר נמוך יותר, אך אין לבלבלה עם העדפתו האקטואלית של הקונה. מהלך דבריו של גורדלי תומך, אמנם, בהגשמת ההעדפה הרציונלית של הצד החלש אך הוא פוגע בהעדפה האקטואלית של הצד הנשכר מן החוזה המקפח. גורדלי אינו טוען שהצד החוזי החלש אינו מעוניין בתוכן החוזי המוסכם אלא לטענתו הוא לא היה מעוניין בו לו היו ניתנים לו תנאי שוק אופטימליים; ההעדפה עליה רוצה גורדלי להגן הנה, אפוא, העדפה רציונלית ולא העדפה אקטואלית⁶¹. גישה חירותנית תומכת מטבעה בהגנה על הרצון האקטואלי של האדם ולא על הרצון הרציונלי שלו; באם היא מעדיפה להגן על הרצון הרציונלי שלו הריהי נוטה בכך אל המשמע החיובי של החירות (המנוגד למשמעה השלילי), דבר המביאה למחוזות חדשים שאינם מענייניו של הליברל, קל וחומר הליברטריאן⁶². לשון אחר: מוכנותו של גורדלי להגדיר מעורבות משפטית לשם השגת תוכן חוזי הוגן כאקט משחרר וכמגן על חירות הצדדים הנה סטייה משמעותית מן המשמע המקובל לעקרון החירות במובנו הליברלי. אמנם, כפי שנוכחנו לדעת לעיל, הדוגלים בערך החירות חותרים בהחלט לשקם את חופש רצונו של הצד החלש, וזאת על ידי הפיכת תנאי השוק לאופטימליים יותר עבורו (כדוגמת עילת הטעות, חובות גילוי המוטלות על העוסק, פירוק קרטלים ומונופולים וכדומה), אך בכך אין לראות ניסיון להגן על ההעדפה הרציונלית והמשוערת של הצד החוזי אלא ניסיון לשקם את העדפותיו האקטואליות. אנו למדים, אפוא, כי אם אכן אי הקפדה על השגת תוכן חוזי הוגן פוגעת בחירות הצד הנפגע מחוזה זה הריהי לכל היותר פגיעה בהעדפותיו הרציונליות אך לא בהעדפותיו האקטואליות. ממוצא הדברים נלמדכי הפעלת כללי צדק חוזי מהותי אכן עלולים לכרסם בהגשמתו של ערך החירות, ולכל הפחות על פי מובנו הקלאסי.

מסקנת דברינו היא כי אכן התוודך שבין עקרון הצדק החוזי התהליכי ובין עקרון הצדק החוזי המהותי הנו קרוב למדי אל התוודך שבין ממלכת עקרון החירות (לכל הפחות במובנה השלילי) ובין ממלכת הערכים החברתיים המתחרים.

1.4 טענות כנגד אבחנתו של לפ

אבחנתו של לפ בין שני מושגי הצדק החוזי עשויה להתייצב בפני טענות נגד שונות, החותרות להצביע על חוסר הרלוונטיות שבאבחנה מושגית זו. בסעיף זה נפרוש שתי טענות מרכזיות אפשריות ונתמודד עמן אחת לאחת⁶³. ניווכח כי אמנם מידה של אמת מצויה בטענות אלו וכי אכן אין הפער שבין שני עקרונות הצדק החוזיים פער מוחלט ותהומי, ועם זאת גם ניווכח כי אין לבטל פער זה במחי יד באמצעות רדוקציה של עקרון זה אל חבירו, וכי רלוונטיות האבחנה המושגית שבין עקרונות הצדק החוזיים בעינה עומדת.

⁶¹ קיימים, כמובן, מקרים בהם תוכן החוזה אינו משקף את העדפתו האקטואלית של הצד החוזי החלש. כאשר מתבצעת כפייה פיסיית, למשל, התגבשה העדפה אקטואלית של הנכפה להתנגד לתוכן זה של החוזה. אך להוציא מקרים אלו במרבית המקרים בהם שולבו בחוזה תניות מקפחות הצליח הצד החוזי החזק לעצב את העדפתו האקטואלית של הצד שכנגד באופן שאינו מתנגד בעת הכריתה לקיומן של תניות אלו שבחוזה.

⁶² ראה יי ברלין, 'שני מושגים של חירות', בתוך **ארבע מסות על החירות** (הוצאת רשפים, תשל"א).

⁶³ ראה גם B. J. Reiter, 'The Control of Contract Power', 1 **Oxford J. of Legal Studies** 347 (1981).

1.4.1 עקרונות שונים אך תוצאות שוות

מן הגישה הביקורתית למשפט למדנו כי יש להבחין בין האופן בו המשפט מציג עצמו ובין האופן בו המשפט פועל למעשה. על גבי הנחה זו ניתנת להישמע הטענה כי שני עקרונות אלו של הצדק החוזי מובילים למעשה לתוצאה זהה. על אף ההבדל הרטורי שבין שני עקרונות אלו יש ליתן את הדעת לכך ששני עקרונות אלו עשויים לשלול באופן זהה את תוקפם של חוזים בעלי תוכן מקפח ובלתי הוגן. מצדדי עקרון הצדק החוזי התהליכי מצהירים, אמנם, כי הערכת הגינות תוכן החוזה הנה מהם והלאה וכי היא אינה מעניינו של המשפט, אך למעשה הנם בוחנים גם בוחנים את הגינות תוכן החוזה ואת סבירותו. תמורה חוזית מקפחת הקבועה בחוזה עשויה בהקשר זה להוות אינדיקציה לקיומו של כשל תהליכי מקדמי. הנחת היסוד היא כי בני אדם רציונליים הפועלים באופן חופשי חותרים לכרות חוזה אשר ישרת את האינטרסים הכלכליים שלהם ולא יפגע בהם. במידה ואדם כרת חוזה המקפחו הרי שיש בכך להוות אינדיקציה לכריתת חוזה מחמת חוסר מידע של האדם אודות תנאי השוק, מחמת חוסר יכולת להביע את רצונו באופן חופשי, מחמת העדר כוח מיקוח כלכלי כלפי הצד שכנגד או מחמת סיבות נוספות; הצד השווה שבהן הוא בהיות תהליך כריתת החוזה נגוע בפגמים תהליכיים המגולמים באי יכולתו של אחד מן הצדדים לבטא את אינטרסיו הכלכליים בחוזה. על פי טענה זו, אפוא, שני עקרונות הצדק החוזיים שוללים במשותף את תוקפם של חוזים בעלי תוכן מקפח ובלתי מאוזן, וכל ההבדל בין שני עקרונות אלו מתמצה בשאלת ההצדקה הרטורית למדיניות זו: עקרון הצדק החוזי המהותי טוען לאי-הלגיטימציה של התוכן החוזי המקפח כשלעצמו, ואילו עקרון הצדק החוזי התהליכי טוען לאי-הלגיטימציה של התוכן החוזי המקפח בהיותו אינדיקציה מהימנה לתהליך בלתי הוגן של כריתת החוזה. באם יש אמת בטענה זו הרי שממנה נובע כי האבחנה המושגית הנובעת מדבריו של לפ אינה אלא רטורית גרידא, וככזו היא בעלת ערך שולי, אם בכלל.⁶⁴

אביא שתי דוגמאות העשויות להמחיש ניתוח משפטי זה. תחת דוקטרינת ה *lesion* מעניק הקוד האזרחי הצרפתי הגנה למוכר קרקע אשר מכרה במחיר נמוך מן המחיר הראוי⁶⁵; על פניו הרי לפנינו מנגנון שיפוטי המפקח על הגינות תניית המחיר החוזי וסבירותה. משפטנים צרפתיים בני המאה ה-19, שלא היו שלמים עם נכונותו של הדין לערב עצמו בבקרת הגינות תוכן החוזה, נטו להסביר כי למעשה אין הדין מתעניין בתוכן החוזה אלא בתהליך כריתתו, אך המחיר החוזי הנמוך מהווה אינדיקציה מהימנה לפגמים תהליכיים באופן שבו ניהל מוכר הקרקע את המשא ומתן. ירידת קרנו של עקרון 'חופש החוזים' במאה ה-20⁶⁶ הביאה את משפטני צרפת לפרש מחדש את דוקטרינת ה *lesion* על גבי נכונותו של הדין להבטיח את תוכנו ההוגן של החוזה כשלעצמו⁶⁷. אנו למדים אם כן כי מנגנון בקרת הגינות המחיר וסבירותו ניתן להישען הן על גישת עקרון הצדק

⁶⁴ ראה פון מאהרן עמ' 66-67.

⁶⁵ סעיפים 1674-1685 לקוד האזרחי הצרפתי, ואצטט שתי פסקאות מרכזיות של דוקטרינה זו (מתוך התרגום לאנגלית של אוניברסיטת קולומביה, 1979): "If the price of an immovable is inadequate by more than seven-twelfths, the seller has the right to demand rescission of the sale, even though he has expressly renounced in the contract the option to demand this rescission, and though he has declared that he forfeits the difference" (Art. 1674); "In case the action for rescission is upheld, the purchaser has the option either to return the thing upon recovering the price which he has paid, or to keep the property upon paying the balance of the just price, after deducting one-tenth of the total price" (Art. 1681)

⁶⁶ ראה לעיל ליד הע"ש 29

⁶⁷ על כך ראה גורדלי עמ' 1627-1628; גורדלי עמ' 1637 הע"ש 200; פון מאהרן וגורדלי עמ' 825-826; B. Nicholas, *French Law of Contract* (Butterworths, 1982) pp. 133-134. מסות, 329-330.

החוזי המהותי והן על גישת עקרון הצדק החוזי התהליכי. כדוגמה נוספת יכולה לשמש עבודתו הביקורתית של זמיר, אשר טען והוכיח כי אופני הפעלת בתי המשפט בישראל את עילות הטעות והכפייה נשענות באופן רטורי על עקרון הצדק החוזי התהליכי, בעוד למעשה הן מגשימות את תוצאותיו של עקרון הצדק החוזי המהותי. לטענת זמיר עקרונות תהליכיים אלו מגויסים לשם פסילת תוקפם של חוזים בעלי תוכן מקפח ולהענקת תוקף לחוזים בעלי תוכן סביר ומאוזן⁶⁸. אם אכן יצטמצם ההבדל בין שני עקרונות אלו למישור הרטורי גרידא הרי שיוכל אדם לטעון כי אבחנה מושגית זו תאבד רבות מחשיבותה וממועילותה. דומני כי טענה אפשרית זו לא בדן יסודה, וזאת מחמת כפל סיבות:

מקרי ביניים כמקרי בוחן – גם אם ניתן לגייס את עקרון הצדק החוזי התהליכי לשם בקרת הגינות תוכן החוזים וסבירותם יקשה על הרטוריקה התהליכית לכסות את מכלול החוזים הסובלים מאי שקילות בשוויו תמורותיהם. מקרי ביניים אלו, המאופיינים כחוזים אשר כריתתם הייתה באופן וודאי תקינה לחלוטין אך תוכנם מקפח ובלתי הוגן, יוותרו כמקרי בוחן המבחינים את שיטת עקרון הצדק החוזי התהליכי משיטת עקרון הצדק החוזי המהותי. צא ומצא, למשל, כי האיסור על הריבית רווח בקרב שיטות משפט אשר ראו עצמן מחויבות להשגת תוכן חוזי הוגן ומאוזן, והוא נעדר בקרב שיטות משפט שראו עצמן מחויבות להגנה על הסכמתם המשותפת של הצדדים. ההלוואה בריבית הנה דוגמה מובהקת למקרה ביניים שכזה שכן מסתבר ויש להעריכה כהתקשרות הצומחת מתוך הסכמה חופשית תקינה לחלוטין בעוד תוכנה עשוי להיות מוערך כמנצל את הלווה בצורה בלתי צודקת. ביתר פירוט ניתן להצביע על קיומם של שני סוגי מקרי בוחן ממין זה. הסוג הראשון הנו של מקרים בהם הוכח כי תהליך הכריתה שמר על תקינות מירבית בעוד תוכן החוזה הוכר כנגוע בחוסר מאוזנות ובאי שקילות; במקרים אלו קשה יהיה לעקרון הצדק החוזי התהליכי להצדיק התערבות בתוכן החוזי המקפח שבחוזה זה. הסוג השני הנו של מקרים בהם התוכן החוזי הנו בעל אופי קיפוח מינורי ובלתי קיצוני. במקרים אלו יהיה כבד יותר נטל ההוכחה על המבקש להסיק מקיום קיפוח מינורי זה על כשל תהליכי מקדמי בשלבי כריתת החוזה, זאת בעוד ניתן יהיה ביתר קלות להתמודד עם קיפוח חוזי זה כשלעצמו.

דרך ההתמודדות עם החוזה הפגום – אך גם בהתייחס לאותם מקרים העשויים להיות בני-התמודדות הן על ידי עקרון הצדק החוזי התהליכי והן על ידי עקרון הצדק החוזי המהותי יש לזכור כי אופן התמודדותם של שני עקרונות אלו שונה הוא. טול, למשל, את שאלת אופיים של הסעדים אשר יוגשו לנפגע. אינו דומה אופי הסעדים המתגבש לאורו של עקרון הצדק החוזי המהותי לאופיים של הסעדים המתגבש לאורו של עקרון הצדק החוזי התהליכי⁶⁹. לקביעת טיבו של עקרון הצדק החוזי ישנה, אפוא, חשיבות החורגת אל מעבר לשאלת איתור החוזה הפגום והנה מקיפה גם את שאלת אופן התמודדותם של דיני החוזים עם חוזה זה.

נודה על האמת ונאמר כי באופן מלאכותי אכן ניתן למתוח את ממדי עקרון הצדק החוזי התהליכי עד כדי חפיפתם המלאה לעקרון הצדק החוזי המהותי ותחת רטוריקה ליברלית המצהירה על מחויבותה העמוקה לעקרון חופש החוזים ניתן לנהל פרקטיקה של מדיניות החותרת לעצב עבור

⁶⁸ זמיר, פירוש והשלמה, עמ' 44-45.

⁶⁹ על כך ראה להלן פרק 3.3.

הצדדים תוכן חוזי הוגן שאינו בהכרח פרי הסכמתם המשותפת⁷⁰. אך מכאן לא נובע כי לא קיים פער ממשי בין עקרון הצדק החוזי התהליכי ובין עקרון הצדק החוזי המהותי; מכך רק נובע כי במישור הפרקטי גבר עקרון הצדק החוזי המהותי על עקרון הצדק החוזי התהליכי, זאת על אף שאין הדבר הותיר את חותמו במישור הרטורי; האבחנה המושגית שבין שני עקרונות אלו בעינה תעמוד. טשטוש האבחנה שבין הפרקטיקה בו נוהגות שיטות משפט שונות אינו מעמעם את חדות האבחנה המושגית המופשטת שבין העקרונות השונים של הצדק החוזי.

1.4.2 קדימותו המושגית של הצדק המהותי לצדק התהליכי

טיעון מסוג שונה העשוי להיות מופנה כלפי אבחנתו של לפי יצביע על אי הרלוונטיות של האבחנה בין עקרון הצדק החוזי המהותי ובין עקרון הצדק החוזי התהליכי, באשר כל תפיסת צדק תהליכי מושתתת על אינטואיציה מקדמית של תפיסת צדק מהותי. על פי טענה זו, אותה נבאר בשורות הבאות, המעיין ברבדי העומק של גישות הצדק החוזי התהליכי ימצא כי הן, למעשה, וורסיה מורכבת ומתוחכמת של תורת צדק חוזי מהותי. ודוק: טיעון זה אינו מתייחס אך ורק למקרים בהם דיני החוזים 'מותחים' באופן מלאכותי את הכללים התהליכיים מעבר לתחום פעילותם הטבעי; טיעון זה מתייחס לעצם טיבם של הכללים התהליכיים.

ניתן לטעון, ובצדק, כי השאלה האם לקבל כללים תהליכיים אינה שאלה בינארית – לקבלם או לא לקבלם, שכן כללים תהליכיים עשויים ללוש פנים שונות ומגוונות; קבלתם עשויה לבוא בצורות שונות וגם דחייתם עשויה להתבטא באופציות מגוונות. הבה ונבחן, למשל, את האפשרויות השונות הנוגעות לחובת הגילוי. חובת הגילוי מתייחסת לשלב המשא ומתן לכריתת החוזה, והנה מטילה על הצדדים חובה לגלות עובדות רלוונטיות שונות לצד שכנגד. זוהי דוגמה קלאסית לכלל תהליכי, שכן הטלת חובת גילוי מבטיחה צורה מסוימת להליך כריתת החוזה אך אין היא מבטיחה כלל ועיקר כי תוכן החוזה יהיה בהכרח סביר ומאוזן. בהשקפה ראשונה אנו עשויים להסיק כי הדילמה סביב חובת הגילוי הנה בין הטלת חובת גילוי על הצדדים ובין אי הטלת חובה שכזו. משנעיין בדבר שנית נמצא כי כל אופציה שכזו עשויה להתפצל למספר אפשרויות משנה:

1. *חובת גילוי רחבה* – ניתן להטיל על הצדדים חובת גילוי המתייחסת לתחומי מידע נרחבים אודות השתמעויותיו של החוזה הנכרת. פרטי מידע אלו אינם מאפיינים אך ורק את הנכס עצמו אלא אף את השוק בו נסחר הנכס. למשל, על הצדדים ליידע זה את זה לגבי המחיר המקובל בשוק, לגבי אפשרויות המימוש הכלכליות של הנכס בשוק ועוד.
2. *חובת גילוי צרה* – ניתן להטיל על הצדדים חובת גילוי צרה, המתייחסת אך ורק לתכונות הספציפיות של הנכס עצמו. למשל, על המוכר ליידע את הקונה אך ורק לגבי פגמים או מגבלות המצויים בגוף הנכס.
3. *אי חובת גילוי* – ניתן גם להימנע מלהטיל על הצדדים כל חובת גילוי; כל צד חוזי יצטרך לפעול להשגת המידע הרלוונטי עבורו. למשל, המוכר לא יצטרך ליידע את הקונה אודות

⁷⁰ ראה, למשל, את ביקורתו של זמיר כלפי פסק דין **אתא נ' זולטוב** (ע"א 554/83 פ"ד מא (1), עמ' 282), העומדת על התיקון שערך בית-המשפט בהסכמה החוזית תוך שמירה רטורית על עקרון אי-ההתערבות באוטונומיה של הצדדים, בבחינת "הזאב שבע והכבשה נותרה שלמה" (זמיר, **פירוש והשלמה**, עמ' 135).

פגמים במוצר ועל הקונה יהיה להעביר את המוצר בבדיקת תקן; *caveat emptor* ('יזהר הקונה').

4. *היתר לשקר* - עטיה מוסיף אופציה תיאורטית רביעית, על פיה עשוי הכלל התהליכי לקבוע כי לא רק שאין חובת גילוי אלא אף יש היתר לשקר בנוגע לפרטי מידע שונים אודות טיבו של הנכס. צד חוזי לא יוכל לבקש סעד בעקבות הסתמכותו על פרטי מידע כוזבים שמסר לו הצד שכנגד ולא יהיה לו להלין אלא על התרשלותו בבדיקת נכונות פרטי המידע שהוא קיבל מן הצד שכנגד.⁷¹

אופציות אלו של חובת הגילוי מובילות כל אחת ואחת לתוצאות חוזיות שונות בתכלית. האופציה הראשונה, למשל, תגביר כריתת חוזים המשרתים את איזון האינטרסים הכלכליים של שני הצדדים, שהרי ככל שהצדדים ישתפו זה את זה ביתר-מידע אודות האפשרויות הכלכליות הטמונות בתנאי השוק של הממכר כך יבטיח החוזה את מימוש איזון האינטרסים הכלכליים של שניהם. האופציה השנייה, לעומת זאת, תגביר כריתת חוזים אשר יענו באופן מכני על הפונקציות הגלומות בחוזה זה אך לא דווקא ישרתו את האינטרסים הכלכליים של כל אחד משני הצדדים. על פי האופציה השנייה קרוב לוודאי כי אדם הרוכש מוצר יקבל מוצר תקין הפועל היטב אך בד בבד ייתכן כי הוא ישלם עבורו מחיר גבוה ביותר העולה על המחיר המקובל בשוק. ובניגוד לשתי האופציות הראשונות הרי שהאופציה השלישית תגביר כריתת חוזים המבוססים על מחויבותו של כל צד כלפי האינטרס העצמי שלו, שלא לומר כי כך יהיה לגבי האופציה הרביעית. כיצד תבחר האופציה הרצויה? ניתן, כמובן, לפנות אל שיקולים שאינם שיקולי צדק, ובמסגרתם להכריע בדילמה זו. למשל, ניתן לבחון מהי האופציה המביאה להזולה המרבית של כריתת חוזים, ואותה לבחור כאופציה הראויה. אך במידה ונתמקד בשיקולי הצדק (ולא בשיקולי היעילות הכלכלית), אנו עשויים ללמוד מדוגמה זו כי עצם רצוננו ליצור תהליך הוגן של כריתת חוזים אינו מספיק כשלעצמו, ואנו זקוקים למערכת מושגית מוקדמת אודות טיבו של החוזה ההוגן והרצוי. הבחירה בין האופציות הנ"ל לגבי חובת הגילוי תישען, אפוא, על תפיסתנו המקדמית את טיבו של החוזה הראוי ובהתאם תעוצב חובת הגילוי. הטענה המושמעת בהקשר זה היא כי בחירת הכלל התהליכי לכריתת החוזה מושפעת עמוקות מתפיסתנו המקדמית אודות תוכנו של החוזה הרצוי.

ניתן, אמנם, לטעון כי בבוחרנו את האופציה הרצויה אין אנו משווים לנגד עינינו תוכן חוזי מסוים, אלא אך ורק את הבטחת מידת החירות בעת תהליך כריתת החוזה. אנו מעוניינים בחוזה הנכרת בדרך חופשית מלאה, ואנו בוחרים את הכלל התהליכי המאפשר לצדדים לחרות חוזה תחת תנאי חירות אופטימליים. הסבר זה אינו מספק. ארבעת האופציות הנ"ל מאפשרות כולן לצדדים לחרות חוזה באופן חופשי, ואת ההבדלים ביניהם ניתן למצות בדיוק בשאלה חופש חוזי ראוי – מהו? אופציה ג, למשל, טוענת כי חופש חוזי הנו החופש לחרות חוזה על סמך המידע הנתון בידי האדם; מכאן, כי באם ניתנת לאדם האפשרות להשיג את המידע הרלוונטי הרי שדי בכך כדי להגשים את חירותו בעת כריתת החוזה ואין צורך בהטלת חובת גילוי על הצד שכנגד. אופציה א טוענת, מנגד, כי חופש חוזי מתקיים רק באם הכריתה תסתמך על החזקה ממשית במכלול המידע הרלוונטי; אדם המתקשר בחוזה תוך היעדר מכלול המידע הרלוונטי אינו מתקשר באופן חופשי ומכאן מוטלת על שני הצדדים חובת גילוי רחבה של המידע הרלוונטי המצוי בידיהם. לשון אחר, הניסיון

⁷¹ עטיה, מסות, עמ' 333.

לפתור את הדילמה שלפנינו לאור עקרון החירות הנו טאוטולוגי וזוהי גופה השאלה המוטלת לפתחנו – מבין האפשרויות השונות והמגוונות לכינון הליך חופשי של כריתת חוזה מהי האפשרות הרצויה ?

מכאן, כי אין די בעצם הרצון להבטיח תהליך כריתת תקין (ואף לא תהליך כריתת חופשי) כדי לעצב במדויק את הכללים התהליכיים לכריתת החוזה התקף. לטענת עטיה בנקודה זו עלינו להכיר כי עיצוב כללים תהליכיים מושפע עמוקות מן התפיסה המקדמית אודות תוכנו של החוזה הרצוי וההוגן. העימות הממשי אינו בין תפיסות של צדק חוזי תהליכי ובין תפיסות של צדק חוזי מהותי, אלא בין תפיסות שונות של צדק חוזי מהותי, אשר חלקן בוחרות לכוון מנגנוני פיקוח המכוונים באופן ישיר אל תוכן החוזה וחלקן בוחרות לכוון מנגנוני פיקוח עקיפים המשפיעים על תוכן החוזה באמצעות בחירת כללי כריתתו. כך לדעתו של עטיה "... the relationship between bargaining procedures and the bargain which is the outcome of those procedures is not as simple as has sometimes been suggested; and that once the law takes an interest, as it always has, and must, in the procedures themselves, it is of necessity compelled to take an interest in the substantive justice of contracts"⁷².

להיגזר מדברים אלו היא הפיכת אבחנתו של לף למיותרת.

דעתנו היא כי אמת עשויה להיות בטענה אודות הקדימות המושגית של תפיסת הצדק המהותי לכללי הצדק התהליכי, אך מכך לא נובעת אי-הרלוונטיות של האבחנה בין שני כללי צדק אלו. אכן, כללי צדק חוזי תהליכיים עשויים להיות מושפעים מתפיסה מקדמית אודות תוכנו של החוזה הרצוי, אך עם זאת אין הם מבטיחים כי תוכן חוזי רצוי זה יושג; כללי צדק תהליכיים עשויים להטות את עולם החוזים לקראת תוצאות חוזיות מסוימות והם אף עשויים לעודד היווצרות תכנים חוזיים מסוימים, אך אין הם מתיימרים להבטיח כי אכן ייווצרו חוזים בעלי תוכן זה. ייחודם של הכללים התהליכיים הנו בהטותם את עולם החוזים לכיוונים מסוימים בלא שהם מבטיחים כי אכן עולם החוזים יגיע לנקודה זו; שאלת אופיו הסופי של החוזה נתונה בידי הכרעת הצדדים עצמם ולא בידי הכרעת הכללים התהליכיים, וגם תחת חובת הגילוי הנרחבת ביותר עשויים לעיתים להיות מופקים חוזים המשרתים את האינטרס החד-צדדי של הצד החזק באופן בלבדי. כללי צדק חוזי מהותיים, לעומת זאת, אכן מתיימרים להבטיח היווצרות חוזים בעלי תוכן ספציפי, ובעוד הכללים התהליכיים מעודדים היווצרות חוזים בעלי תוכן מסוים אך את הגיבוש הסופי של תוכן החוזה הם מותירים בידי הסכמת הצדדים, הרי הכללים המהותיים מתיימרים להבטיח כי הסכמת הצדדים תהיה כפופה לנורמות משפטיות מסוימות. בתווך שבו שני כללי צדק חוזי אלו עומד, אם כן, סט לא מבוטל של מקרים, בהם למרות הכוונת הכללים התהליכיים ייווצרו חוזים בעלי תוכן שהשיטה המשפטית לא התכוונה להפקתו. תיאוריה תהליכית של צדק

⁷² **עטיה, מסות**, עמ' 354. בדומה ניתח גורדלי את עמדות אלו הסוברים (במסורת המשפט הצרפתי, על כך ראה לעיל ליד הע' 65) כי סטייה ממחיר השוק אינה כשלעצמה עילה לביטול החוזה אלא היא מהווה אינדיקציה לקיומה של טעות, אשר היא המהווה את העילה לביטול החוזה: "A proponent of this theory would therefore be forced to claim that a remedy is given because the ignorance or constraint that causes a deviation from the market price is an evil, even though the deviation from the market price is not in itself an evil that should be remedied. It is hard to see what sense that position makes. Ignorance and constraint can only be evils if they lead to some harm; if that harm is a deviation from the market price, then the deviation must not only be an evil, but precisely the evil for which a remedy is being given" (Gordly, p. 1629).

חוזי עשויה שלא להתערב בתוכנם של חוזים אלו ואילו תיאוריה מהותית של צדק חוזי עשויה גם עשויה לערב עצמה בתוכנם. עטיה צודק, אפוא, בטענתו כי המרחק שבין כללי צדק חוזי תהליכי ובין כללי צדק חוזי מהותי הנו מרחק קטן יותר מזה שלף מכוון אליו בדבריו, אך אין בדברי עטיה כדי למחוק לחלוטין את הפער שבין כללי צדק חוזיים אלו.

טיעונו של לפ הפך לאבן פינה בניתוח קווי המדיניות של דיני החוזים. אבחנתו בין כללי פיקוח תהליכיים ובין כללי פיקוח מהותיים מועילה הן לאבחנה בין שיטות משפט שונות והן לאבחנה בין חלקיה הפנימיים השונים של השיטה המשפטית הספציפית הנידונה. כפי שנוכחנו לדעת לעיל, הכרעה בצומת זו עשויה להיות פרדיגמטית לגבי שאלות אידיאולוגיות כבדות משקל של מדיניותה של השיטה המשפטית. הגם שהאבחנה בין שני מושגים אלו של צדק חוזי אינה אבחנה מוחלטת ובעיון מדוקדק נחשפים קשרים פנימיים שונים בין שני עקרונות אלו הריהי בכל זאת אבחנה חשובה ומועילה. אבחנות משפטיות עשויות על פי טבען להיות רלוונטיות אלא לתחום הצר של מקרי ביניים ושל דקויות שהן בבחינת דק מן הדק אך נבדק; הלוא הם עיקר עולמו של המשפטן.

1.5 מושגים המשלימים זה את זה או המוציאים זה את זה ?

בדברינו עד כה עמדנו על השונות ואף על הניגודיות השוררת בין שני עקרונות הצדק החוזיים. האם מכך נובע כי שני עקרונות אלו צרים זה לזה ומוציאים זה את זה או שמא הנם עשויים לדור בכפיפה אחת ולהשלים את שהאחר אינו יכול להגשים ? ואם הנם עשויים לדור בצוותא זה בצידו של זה מהו מפתח האיזונים להחלתם יחדיו ? קודם שנרחיב ונפרוש היבטים שונים של בעיה זו נאמר כי למעשה היא זו העומדת במרכז מחקרנו. שהדין התלמודי העברי מכיל מאפיינים מובהקים של עקרון הצדק החוזי המהותי – זאת, כפי שניווכח בפרק הבא, ניתן להוכיח במאמץ לא רב מתוך דיני אונאת מחיר; אמנם אין הדבר נקי לחלוטין מספיקות וממחלוקות אך דומה כי לא נרחק מן האמת אם נקבע כי דיני הממונות מכילים מאפיינים מובהקים השואפים לעצב את תוכן החוזים באופן הוגן ומאוזן. השאלה המזדקרת לאור קביעה זו היא האם שיוך זה שולל באופן אולטימטיבי את אפשרות קיומם של מרכיבי פיקוח של צדק תהליכי או שמא שניים אלו יכולים לדור בכפיפה אחת תחת ממשלתם של דיני הממונות במשנה ובתלמוד, ואם כן כיצד ?

כנקודת פתיחה ראשונית לדיון זה נוכל לקבוע כי שני עקרונות הצדק החוזיים עשויים להתפס כשני מודלים מובחנים המוציאים זה את זה, אך הם גם עשויים להתפס לא פחות כשני קטבים העומדים על רצף אחד, אשר הנקודות השונות הפזורות עליו מהוות מינונים שונים למהילת החתירה לכיבוד חירותם של הצדדים עם החתירה לעיצוב חוזה בעל תוכן מאוזן. האופציה הראשונה, אותה נכנה כתפיסה המודולארית, מבוססת על תפיסה חד-ממדית של ערך הצדק וטוענת להנהרתו של ערך הצדק על פי מודל ערכי חד ומוגדר. על פי גישה זו התמצותו של הצדק תוגשם במימוש מלא של אחד מן הערכים בהם תדגול השיטה, כדוגמת ערך החירות או לחלופין כל ערך חברתי מתחרה. האופציה השנייה מאידך, אותה נכנה כתפיסה הקוטבית, מבוססת על תפיסה רב-ממדית של ערך הצדק, וטוענת להכלתו של ערך הצדק קטבים ערכיים שונים הראויים להיות מוחלים תוך שילובם ההדדי זה בזה לדידה של תפיסה זו התמצותו של הצדק תוגשם במימוש משולב של מגוון ערכים חברתיים כדוגמת החירות, השוויון וכדומה. על פי גישה זו הצדק אינו מתמצה, אמנם, בערך החירות, אך הוא גם אינו מנוכר לו; ערך החירות הנו רכיב מהותי בתוך ערך הצדק. מכאן כי אמנם חוזה אשר נכרת בדרך חופשית אך תוכנו מקפח הנו חוזה בלתי

צודק, אך גם חוזה אשר נכרת בדרך של כפיה עלול להיות חוזה בלתי צודק אף אם תוכנו מאוזן. חירות הצדדים ושקילות התמורות הנם רכיבים מקבילים בהעמדת ערך הצדק החוזי על מכוננו.

את דמות פניה המעשיים של האופציה המודולארית נקל לשער. אופציה זו תפיק מנגנוני בקרה חד-ממדיים השייכים כולם לאחד משני עקרונות הצדק החוזיים. במידה והשיטה המשפטית תבכר להעמיד בראש ערכיה את ערך החירות הרי שמנגנוני הבקרה שהיא תציב בפני עולם החוזים יכוונו כולם כלפי הבטחת יכולתם של הצדדים להתקשר באופן חופשי זה עם זה ולעצב במשותף את החוזה; שקילות התמורות המוחלפות בחוזה לא תהיה מעניינה. מאידך, במידה והשיטה המשפטית תבכר להציב בראש מעייניה ערך חלופי מתחרה, כשוויון או כאחווה, הרי שמנגנוני הבקרה שהיא תציב יחתרו לכוון את הצדדים לקראת עיצובו של חוזה מאוזן, סביר ושקול, אשר מידת נביעתו מן הדינמיקה החופשית של הצדדים תהווה ערך משני, אם בכלל.

מורכבת יותר היא האופציה הקוטבית, הטוענת לצורך בהגשמת ערך הצדק על בסיס הפעלה משולבת של עקרונות שהנם שונים זה מזה ובמידת מה אף מנוגדים זה לזה. כדי להשיג את שילובם של שני עקרונות הצדק החוזיים זה בזה ניתן לנקוט מספר מתודות, אשר שתיים מהן תעמודנה במרכז עיוננו במחקר זה: ריסון הפעלתם של עקרונות הפיקוח החוזיים והצבת החוזה בפני כפל מבחנים.

דרך אחת הפתוחה בפני דיני החוזים הנה בהפעלה מרוסנת ומאוזנת של כלי הבקרה העומדים לרשותה. לאמור, הפעלת מנגנוני בקרה הצומחים מעקרון הצדק החוזי המהותי יכולים להיות מופעלים בעוצמות שונות. הפעלת מנגנונים אלו בעוצמות גבוהות תביא להשגה וודאית של חוזה מאוזן שתמורותיו שקולות אך זאת תוך כפיית חוזה זה על הצד החוזי החזק בלא שהדבר משקף את בחירותיו החופשיות. מאידך, הפעלת מנגנונים אלו בעוצמות נמוכות יותר תביא לקירובו של התוכן החוזי אל מצבו השקול והמאוזן, אם כי לאו דווקא מתוך וודאות גמורה כי אכן כך תהיה התוצאה החוזית הסופית, אך זאת תוך הענקת יתר משקל להיות החוזה ביטוי להסכמתם החופשית והמשותפת של הצדדים. על פי אופציה זו סף הפעלת הדין יונח על גבי אחד מעקרונות הצדק החוזי, אך משייחצה סף זה והדין יבוא לכלל פעולה הרי פעולתו תשקלל את שני העקרונות הללו יחדיו. הדוגמה הישראלית למקרה זה היא של ההתמודדות עם המונופולין. קיומו של מונופולין הנו דוגמה מובהקת למצב בו אין חופש חוזי ממשי לצד המתקשר עם המונופולין באשר הוא נעדר אופציית התקשרות אחרת (הצד המצטרף לחוזה זה אינו יכול לעצב את תוכנו אלא הוא עומד בפני הברירה הבינארית – להצטרף לחוזה או שלא להצטרף אליו); הפגם הנו, אפוא, פגם בתהליך כריתת החוזה. אך בניגוד למצופה, במקרים אלו הדין אינו שואף לרפא את תהליך הכריתה, אלא הנו מערב עצמו בתוכן החוזי ומבטיח כי התניות החוזיות שבו יהיו הוגנות ומאוזנות.⁷³ זוהי, אפוא, התערבות בתוכן החוזי הנעשית מחמת הכרה בפגם ממשי בתהליך הכריתה.⁷⁴

⁷³ חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח – 1988 סעיפים 27(א)2; 29א(ב).

⁷⁴ דוגמאות ישראליות נוספות למדיניות זו הן: הבטחת הגינות תניות חוזי עבודה (חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א – 1951; חוק תשמ"ג – 1982 סעיפים 3-5); הבטחת הגינות תניות חוזי עבודה (חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א – 1951; חוק חופשה שנתית, תשי"א – 1951; חוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג – 1963); הבטחת הגינות חוזים הנערכים בין לקוח ובין שירותים בנקאיים (חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א – 1981, סעיפים 2,7,8); הבטחת הגינות תניות פיצויים מוסכמים (סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א – 1970).

דרך שניה הפתוחה בפני דיני החוזים הנה בהעמדת החוזה בפני כפל מבחנים – תהליכיים ומהותיים. בדרך זו יבואו לידי ביטוי משמעותי, אם כי לא ביטוי ממצה, שני עקרונות הצדק החוזיים, באשר כל אחד ואחד משניהם יתרום את הטמון באמתחתו לעיצוב דרך כריתת החוזה ולעיצוב תוכנו. דוגמה מובהקת למדיניות זו היא עילת העושק הקבועה בחוק החוזים הישראלי, הקובעת כי חוזה יוכר כחוזה עושק רק בהתמלאותם המצטברת של פגמים תהליכיים בעת המשא ומתן ופגמים מהותיים בתוכן החוזה⁷⁵. שילוב מבחנים אלו זה בזה עשוי להתקיים בדרכים שונות, הנבדלות זו מזו בתשתיתן העיונית כמו גם בתוצאותיהם. גרעיני הרעיונות שהבענו בשורות אלו אודות דרכי השילוב האפשריות של עקרונות הצדק החוזיים יובהרו בהרחבה בהמשכו של חיבורנו. הפרק הבא יעסוק בזיהוי מנגנון הפיקוח ההלכתי המוקדש להבטחת הגינות החוזה ושקילות תמורותיו. ננתח מנגנון זה כמגשים את עקרון הצדק החוזי המהותי. בפרק שאחריו נדגים את האופן בו מפעיל הדין התלמודי את דין אונאה בדרך מרוסנת ובעוצמה נמוכה, ובכך הוא משיג אל שקלול עקרון הצדק החוזי התהליכי בתוך דרכי הפעלתו של דין אונאה. תוצאה זו מושגת על ידי עיצוב מפתיע ומקורי של מערכת הסעדים הניתנים למתאנה במחיר. בפרק האחרון נעמוד על יחסם של תנאים ואמוראים כלפי אפשרות העמדת החוזה בפני כפל מבחנים – תהליכיים ומהותיים. נציב מודלים שונים למערכת היחסים בין כפל מבחנים אלו ולאורם ננתח את העולה מתוך מקורות המשנה והתלמוד.

הניתוח שבסעיף זה מעלה כי בחינת עמדתה של שיטה משפטית פלונית בשאלת טיבו של עקרון הצדק החוזי אינה חייבת להיות בחינה בינארית; לאמור, אין הכרח כי שיטה משפטית זו תדגול באופן חד-ממדי בעקרון הצדק החוזי המהותי או בעקרון הצדק החוזי התהליכי. ייתכן, אמנם, כי זו תהיה עמדתה, אך ייתכן גם ועמדתה תהיה שילוב ממין מסוים של שני עקרונות אלו; שילוב זה שבו שני עקרונות הצדק החוזיים יבוסס על גבי תפיסה המקרבת שני עקרונות צדק אלו זה לזה, ומכלילה רכיבים מסויימים של האחד בתוך מכלול פעילותו של חברו. במקרה זה משימתו של החוקר הנה לאפיין את טיבו של שילוב זה ולאמוד את איזוניו העדינים; התחקות אחר מקצת מדרכו של הדין העברי בסוגיה זו הנה משימתו של חיבור זה.

כפי שצויין לעיל, שני מקרי הבוחן שישמשונו בחיבור זה הם החוזה המקפח (אונאת מחיר) והחוזה הכפוי (תליוהו וזבין). החוזה המקפח הנו חוזה אשר שמר, לכאורה, על תקינות תהליכי הכריתה ועם זאת תוכנו מפר את עקרונות ההגינות והנו מגן על האינטרס הכלכלי של צד חוזי אחד תוך פגיעה באינטרס הכלכלי של הצד שכנגד. במסגרת חוזה זה נהנו הצדדים מן המידע הרלוונטי הדרוש לכריתת החוזה, וכמו כן הם העניקו זה לזה מרחב בחירה מספק, ובכל זאת נקבע בחוזה מחיר מקפח המעניק יתרון לצד חוזי אחד תוך קיפוח האינטרסים של הצד החוזי שכנגד. החוזה הכפוי, לעומת זאת, מהווה מקרה בוחן מהופך. כאשר צד חוזי כופה את הצד שכנגד להתקשר עמו בחוזה הרי הוא מפר באופן בוטה את כללי הצדק החוזי התהליכי; חוזה זה הנו, למעשה, פרי השתלטות רצון הצד האחד על רצון הצד שכנגד. על פי רוב מניבה הכפייה במקביל את הפרת כלל הצדק החוזי המהותי, שהרי מסתבר כי הצד הכופה ידאג לשלב בתוך החוזה תניות אשר יטו את תוכן החוזה לטובתו, תוך קיפוח זכויותיו של הצד שכנגד; המחיר החוזי, למשל, עלול להיות מחיר המשרת את צרכיו של הצד הכופה (באם הוא הקונה - מחיר נמוך, ובאם הוא המוכר - מחיר

⁷⁵ על כך ראה להלן ביתר הרחבה ליד הע"ש 289.

גבוה). מקרה הבוחן מתקיים כאשר בכל זאת הניבה הכפייה חוזה בעל תוכן מאוזן; למשל, הצד הכופה דאג לשלם לצד שכנגד את מלוא התמורה החוזית. במקרה לא שכיה זה שומר החוזה על הגינות תוכנו גם אם הנו מפר את הגינות תהליכי כריתתו. סבורני כי עיון בסוגיות אלו מפרספקטיבת שאלת עקרון הצדק החוזי עשויה לתרום רבות לשרטוט נדבכי תפיסת הצדק החוזי בדין העברי.

2. עילת הקיפוח – הקריטריונים להפעלתה

2.1 הקדמה

בנוהג שבעולם רוצה המוכר למכור את ממכרו במחיר גבוה ככל האפשר, ובדומה לו רוצה הקונה להעמיד את המחיר החוזי על שיעורו הנמוך ביותר; עוד ממנהגו של עולם כי דעתם משתווה בנקודת מחיר ממוצעת בין שני קטבים אלו. המחיר המוסכם בו משתוות לבסוף דעותיהם של הצדדים מבטאת, על פי רוב, את היות העסקה רווחית עבור שני הצדדים כאחד; אילולי כך היה לא הייתה יוצאת עסקה זו אל הפועל. עם זאת, לעיתים מצליח אחד מן הצדדים להביא את הצד שכנגד להסכים לכריתת חוזה במחיר המשרת את האינטרס הכלכלי החד-צדדי שלו תוך פגיעה באינטרס הצד שכנגד.⁷⁶ האמצעים בהם עלול להשתמש הצד החוזי המקפח כדי להשיג את מטרתו עשויים להיות שונים ומגוונים, ובכך עוד נעסוק להלן. ומכל מקום, באמצעים כאלו ואחרים מצליח לעיתים אחד מן הצדדים לחוזה להטות את תוכן החוזה לטובתו תוך פגיעה באינטרס הצד שכנגד. ממד הקיפוח עלול למצוא את ביטוי באחת (או יותר) מתוך שלל תניות החוזה,⁷⁷ אך תניית המחיר החוזי הנה זו המושכת אליה את זרקורי מבחן הגינות תוכן החוזה. נוסף ונעיר כי כדי לקבוע כי מחיר מסוים הנו מקפח עלינו לקבוע קודם לכן אמת מידה חיצונית להערכת טיבו של המחיר ההוגן ולמדידת סטיית המחיר החוזי ממחיר זה. קביעת המחיר ההוגן הנה מלאכה הראויה לקבוע ברכה בפני עצמה ובמסגרת זו לא נוכל להקדיש לה אלא מילים ספורות בלבד.⁷⁸ בשלב זה נקבל כהנחה מוסכמת כי המחיר המקובל בשוק עבור מוצר דומה יהיה הפרמטר להערכת מידת הוגנותו של המחיר שנקבע בחוזה; מחיר חוזי מקפח יהיה, אפוא, מחיר החורג (מטה או מעלה)⁷⁹ במידה משמעותית מן המחיר המקובל בשוק.

את החוזה הסובל מתניית מחיר מקפחת מכנה הדין העברי כאונאת מחיר.⁸⁰ מתוך עיון בהיבטיה השונים של מערכת הלכתית זו נשאף להסיק אודות תכונות שונות של תפיסת הצדק החוזי שבדין העברי התלמודי. אם להקדים ולשטוח את טענתנו בצורה גסה ולא מדויקת הרי שלדעתנו דין

⁷⁶ לגבי מקרים בהם הועלו טענות ממין זה במשפט הישראלי ראה ע"א 865/76 לופז נ' שושני פ"ד לא(3), עמ' 748, 751; ע"א 380/88 טוקאן נ' אלנשיבי, פ"ד מ"ה (5) עמ' 410, 419; ע"א 593/76 איילון נ' ועד הבית מרחוב מורדי הגטאות, פ"ד ל"א (1) עמ' 808, 811; ע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מח (4), עמ' 749.

⁷⁷ לרשימת תניות מקפחות ראה, למשל, חוק החוזים האחידים, תשמ"ג – 1983 סעיף 4.

⁷⁸ ראה להלן ליד הע"ש 219-223.

⁷⁹ מחיר מופרז עשוי להיות מחיר גבוה יתר על המידה (-אונאת קונה) או לחלופין מחיר נמוך יתר על המידה (-אונאת מוכר). המקרא עצמו מזהיר על שני סוגי אונאות אלו, ואכן המשנה (בבא מציעא נא, א) מתייחסת אליהן בשווה (וראה בהרחבה להלן סעיף 2.7). לשם פישוט העניינים נתייחס מכאן ואילך (אם לא יצוין בשונה) אל המוכר כמאנה ואל הקונה כמאנה, קרי מקרה של קביעת מחיר גבוה לעסקה, ובהתאמה יש להשליך את המסקנות על אונאת מוכר, קרי קונה המאנה את המוכר בקביעת מחיר נמוך.

⁸⁰ לכך הוקדש רובו של הפרק הרביעי שבמסכת בבא מציעא (למן משנה ג ואילך). הרמב"ם ייחד לנושא זה את פרקים יב-יג שבהלכות מכירה, והטור הקדיש לו את סימן רכו שבח"מ.

אונאה מבטא את כפיפותו העקרונית של הדין העברי כלפי עקרון הצדק החוזי המהותי, אך זאת תוך שאיפה לאזן כפיפות זו בשקלול חלק מדרישותיו של עקרון הצדק החוזי התהליכי. וביתר פירוט: הפרמטרים להפעלת דין אונאה הולמים את דרישותיו של עקרון הצדק החוזי המהותי, אך הסעדים המוקנים בעטיו של דין אונאה משקללים אף את דרישותיו של עקרון הצדק החוזי התהליכי. בסייגיה ובסייגי סייגיה של קביעה זו נעסוק בהמשך דברינו. קביעה זו שאנו מביעים אינה משקפת, כמובן, אחידות דעים הלכתית, ומכל מקום הרי היא משקפת דרך מלך במקורות התלמוד ובפרשניו. פרק זה יוקדש, אפוא, לבחינת אופיים של הפרמטרים להפעלת דין אונאה, והפרק שאחריו יוקדש לעיון בטיבם של הסעדים הניתנים במסגרת דין זה. למותר לציין כי אם כנים דברינו ואם אמת יש בקביעות אלו הרי שההשלכות הנגזרות מהן משפיעות אמנם על תחום מצומצם של מספר נפקויות משפטיות אך הנן חורגות עד לכדי שרטוט מתווה תפיסת הצדק החוזי בדין העברי, וממנה צעד אחד לשאלת טיבו של עקרון הצדק במובנו המופשט והכללי.

מקורו של דין אונאה במקרא. על רקע דין חזרת הקרקעות בשנת היובל קובע ספר 'ויקרא' כי בעסקת מכירת מקרקעין חובה על הצדדים להתאים את מחיר העסקה למספר שנות העברת זכויות הבעלות:

”וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך אל תונו איש את אחיו. במספר שנים אחר היובל תקנה מאת עמיתך במספר שני תבואת ימכר לך. לפי רב השנים תרבה מקנתו ולפי מעט השנים תמעיט מקנתו כי מספר תבואת הוא מכר לך. ולא תונו איש את עמיתו ויראת מאלוהיך כי אני ה' אלוהיכם”⁸¹.

בהערת אגב נעיר, אף שאין זה מעיקר ענייננו בעבודה זו, כי הפקת דיני אונאה מפסוקים אלו עשויה להיות פרובלמטית מפנים כפולות. ראשית, יכול אדם לערער על עצם הקביעה כי המקרא מכונן בפרשיה זו את החובה להתאים את המחיר לשווי הנכס, וזאת בטענה כי פרשיה זו מכוננת חובה שונה לחלוטין – התאמת תיאור הנכס לתכונותיו הממשיות, קרי קביעה בחוזה כי הקרקע נמכרת לשנים ספורות (עד שנת היובל) ולא לעולם⁸². שנית, אין המקרא קובע מה דינו של חוזה הלוקה באונאה ומאלו סעדים, אם בכלל, ייחנה המתאנה. כיוון שתנאים ואמוראים התייחסו להיבטים אלו כמובנים מאליהם (קרי, המקרא קובע כי יש להתאים את המחיר החוזי לשווי הנכס, והפרת חובה זו גוררת מתן סעדים שונים למתאנה) ורק מאוחר יותר, בתקופות הראשונות והאחרונות, הובעו ספיקות בדבר, העדפתי שלא לפתח היבטים אלו בעבודה הנוכחית.

מאוחר יותר מוצא דין זה את ביטויו במשנה, וכדרכם עונים בו חכמי המשנה והתלמוד ומלבנים אותו מצדדים שונים עד שהם באים ומגלים בו בבחינת פנים חדשות. איסור אונאת המחיר הנו כה טריוויאלי לחכמי המשנה עד שאין הם רואים צורך לקבוע את עצם עובדת קיומו של האיסור, ועל

⁸¹ ויקרא כה, יד-יז.

⁸² כך טען דיקשטיין (עמ' 17 ועמ' 32). לדעתנו דומה כי שתי חובות מטיל המקרא על הצדדים לחוזה. ראשית, עליהם לקבוע במדויק את משך זמן העברת זכויות הבעלות לקונה ולהימנע ממכירת הקרקע למשך זמן שאינו תואם את משך הזמן הריאלי (בעקבות הפעלת דין היובל) (פסוק טו). שנית, משקבעו את משך הזמן המדויק של העברת זכויות הבעלות, על הצדדים לקבוע מחיר הוגן לעסקה, ואם, דרך משל, תהא מכירת הקרקע לשנים ארוכות "חייב אתה להוסיף לו בדמים" (רש"י, שם, פסוק טז). נוסף ונעיר כי דברים אלו מסתמכים על פירוש המילה 'מקנתו' שבפסוק טז כמתייחסים לכסף המכירה ולא לנכס עצמו, וזאת בדומה למשמע של מונח זה כפי שהנו מופיע בויקרא כה, נא. אם אכן נפרש את המילה 'מקנתו' כמתייחסת לנכס עצמו, כפי שמופיע במקומות אחרים במקרא, יהיה הצדק עם דיקשטיין. עוד ראה פירוש רס"ג; ראה גם גרוסמן עמ' 15.

הקיפוח שיש ברכיב הריבית שבהלוואה⁸⁸ וזאת חרף התממשות גמירת דעתם של הצדדים; הליך ההתקשרות המביא להלוואה בריבית הנו, אפוא, הליך תקין והתנגדותה של ההלכה מכוונת כלפי תוכנו של חוזה זה. מאידך גיסא, חוזה הסובל ממיקח טעות עשוי להיות חוזה שתוכנו סביר ותמורתיו שקולות ובכל זאת היותו נשען על היעדר גמירת דעת מספקת של אחד מן הצדדים מהווה סיבה מספקת לביטולו. מיקח טעות נוצר כאשר כריתת החוזה נעשתה תוך הישענות אחד מן הצדדים (או שניהם יחדיו) על הנחות מוטעות. כך, למשל, רבי שמעון בן מנסיא העניק לבעל הנכס זכות ביטול במקרה של העברת בעלות לפלוני תוך הסתמכות מוטעית של הנותן על שמועה כי בנו מת וכי הוא נעדר יורשים⁸⁹; העברת בעלות זו ניתנה לביטול בטענה כי היא אינה משקפת את רצונו של הנותן אך לא בטענה כי היא כשלעצמה מקפחת ובלתי סבירה. איסור ההלוואה בריבית הנו תחום ספציפי הנתון לממשלתו של הצדק החוזי המהותי. מיקח הטעות, לעומת זאת, חולש על מרחבי דיני הממונות, אך אף הוא אינו מתייחס אלא להיבט ספציפי של תהליכי הכריתה. באיזה משני דינים אלו – הריבית מחד גיסא ומיקח הטעות מאידך גיסא – יש לראות מייצג נאמן של עקרון היסוד של דיני הממונות? האם דיני הממונות מסתפקים בעיקרם בהבטחת תקינות תהליכי הכריתה או שמא דין הריבית הנו פרדיגמה לחתירה כוללנית יותר להבטחת הגינות תוכן החוזים וסבירותם? דומני כי תחולתו הרחבה של דין אונאה, שאינו תחום לסוג חוזים מסויים (הלוואה, למשל) אלא הנו חולש על מרבית עולם החוזים, הופכת את העיון ביסודותיו של דין זה לחשובים ביותר בהקשרה של דילמה בסיסית זו.

דין אונאת מחיר מציב בפנינו דילמה יסודית היורדת ונוגעת בשורשי שאלת טיב פעולתם של דיני הממונות ותפיסת הצדק החוזי לאורם הם פועלים. מהם הקריטריונים להפעלת דין זה? האם די בעצם עובדת קיומו של המחיר החוזי המקפח כדי להעניק למתאנה את יכולת הפעלת הדין או שמא לשם כך קיימת הצטברות דרישות נוספות? עיון בדילמה זו, אשר תהווה את בריח הפרק הנוכחי, מצוי בזיקה הדוקה עם העיון בטיבו של עקרון הצדק החוזי גופו, שאת צדדיו וצדדי צדדיו פרשנו בפרק הקודם. כדי להציג בבהירות את הדילמה העקרונית שלפנינו וכדי להעניק לה יתר קונקרטיזציה אסתיייע בפרישת דילמה פרשנית שונה שהובלעה בדבריהם של ראשונים והתנסחה במפורש בדבריהם של אחרונים. זו האחרונה הנה דילמה נקודתית הממוקדת בנפקות משפטית ספציפית, ואילו זו הראשונה אותה הצבנו לעיל הנה דילמה כוללת הנפרשת על פני טיבו העקרוני של דין אונאה; הזיקה שבין שתי דילמות אלו הנה הזיקה שבין המקרה הפרטי ובין הכללתו כעקרון.

שאלה שהועלתה על ידי מי מן האחרונים – וכפי שניווכח להלן גם הראשונים התייחסו אליה בדרכים שונות – הנה שאלת מעמדה של טעות המתאנה בהקשר תחולתו של דין אונאה. קרוב לוודאי כי נכוונתו של הקונה לכרות חוזה במחיר הגבוה מן המחיר המקובל בשוק נובעת מאי ידיעתו את מחיר השוק של המוצר (שלא לומר מהטעיה מכוונת של המאנה את המתאנה לגבי המקובל בשוק). בהקשר זה עשוי לבוא הניתוח הבא: אדם כורת חוזה בהסתמך על ההנחה כי שיעור התמורה החוזית תואם את המחיר המקובל בשוק. לו היה יודע הקונה כי מחיר העסקה הנו

⁸⁸ הדגשת הממד הסוציאלי כטעמו של איסור הריבית ניכרת מפשטי המקראות, ועליה אף עמדו, למשל, הרמב"ן (בפירושו לדברים כג, כ), האברבנאל (שם) והרא"ש (בבא מציעא, ה, נב). אך ראה כלי יקר ויקרא כה, לו; הרש"ר הירש, **חורב** (תרגום הרב מ' ז' אהרונסון, בני ברק, ללא ציון זמן), עמ' 400.

⁸⁹ בבא בתרא קמו, ב.

גבוה מן המחיר המקובל בשוק הוא היה נמנע מלבצע את הרכישה הנוכחית, והוא היה מקיימה עם סוחר אחר במחיר המקובל בשוק. על כן, משהתגלה לקונה כי הוא התאנה, וכי המחיר אותו הוא שילם גבוה מן השיעור המקובל, רואה ההלכה בחוזה מכר זה חוזה הנשען על הנחת יסוד מוטעית של הקונה, ומכאן פשר הסעדים המוענקים לו בסיטואציה זו. גישה זו מסיקה מכללא - מעובדת קיום המחיר המופרז אל עובדת העדר גמירת דעת המתאנה. בנקודה זו מזדקרת השאלה האם אכן תשתיתם המשפטית של דיני אונאה הנה טעותו של המתאנה בהערכת מחיר השוק והיעדר גמירת דעתו או שמא עצם קיומו של המחיר החוזי המקפח הוא המהווה את בסיס תביעתו של המתאנה? אם לדייק הרי שבנקודה זו נפרשות בפנינו א-פריורי שלוש עמדות אפשריות:

1. הקריטריון היחיד להפעלת דין אונאה הנו עובדת קיומו של המחיר החוזי המקפח.
2. הקריטריונים להפעלת דין אונאה הנם שילוב מצטבר של קיום המחיר החוזי המקפח ושל טעות המתאנה.
3. הקריטריון היחיד להפעלת דין אונאה הנו טעות המתאנה, כאשר האינדיקציה המרכזית לקיומה של טעות זו הנה קיומו של המחיר החוזי המקפח.

לדילמה פרשנית זו נפקות משפטית במקרי ביניים שונים. לעיתים עשוי המאנה להוכיח כי המתאנה היה מודע בעת כריתת החוזה למחיר השוק של המוצר, ובכך שומט המאנה את הקרקע תחת טענתו האפשרית של המתאנה כי כריתת החוזה התבססה על טעות והיא נעדרת את גמירות הדעת הדרושה. מהו, אפוא, מעמדם של מקרי הבוחן בהם יוכח כי המחיר החוזי המופרז צמח מתוך משא ומתן שאינו נגוע בטעות המתאנה לגבי מחיר השוק? על פי האפשרות הראשונה הגנת הדין עשויה להיות מוענקת למתאנה זה, זאת בעוד על פי שתי האפשרויות האחרות תישלל מן המתאנה הגנת הדין. יש להודות על האמת כי למעשה מקרי ביניים אלו הנם נדירים למדי; על פי רוב אם הסכים המתאנה לכרות חוזה במחיר מופרז, וזאת חרף ידיעתו את מחיר השוק, הרי שיש לראות בכך וויתור מודע על זכות תביעתו ומחילה עליה, ומחילה זו היא שתשלול ממנו את זכות התביעה. עם זאת, כפי שניווכח בהמשך דברינו קיימים מקרים נדירים אך לא מבוטלים בהם ידיעת המתאנה את מחיר השוק אינה מלווה במחילתו על זכות תביעתו, ובמקרים אלו עומדת למבחן הדילמה שבשאלת מעמד טעות המתאנה.

ביטוי לדילמה זו ניתן לראות, למשל, בדבריו הבאים של הרב גראזווסקי: "והנה הא דביותר משתות בטל מיקח יש לחקור אי משום דהוי כמיקח טעות דהיינו כאומדנא שהוא טעות בהדעת הצריך לחלות הקניין או דגם זה מחידוש התורה דאונאה היא, דהנה הא דבשתות מחזיר אונאה ... נראה לעניות דעתי ודאי דלא שייך לומר שהוא מדין מיקח טעות ואומדן דעתו ... כי קא מיבעי לי ביותר משתות דיש לומר דגם יתר משתות מהך גזירת הכתוב דדין אונאה הוא דבטל מיקח"⁹⁰.

תרומתו של עיונו שבפרק זה הנו בהעלאת דילמה זו למישור הפשטה גבוה וכוללני יותר. אם נבחן את הדילמה שלפנינו לאור צמד מושגי הצדק החוזי שנידונו בפרק הקודם נמצא כי סוגיית אונאה מחיר מעמידה אותנו בצומת מרכזית בקביעת אופייה של מדיניות הצדק החוזי. מתן הגנה למתאנה מחמת עצם עובדת קיומו של מחיר חוזי מקפח משמעה כפיפות כלפי עקרון הצדק החוזי

⁹⁰ חידושי ר' ראובן, חלק א, בבא מציעא, סימן כג, א. ראה גם חידושי רבנו חיים הלוי, מכירה, טו, א.

המהותי, לאמור, על תוכן החוזה להיות מאוזן בהגשימו את האינטרס הכלכלי של שני הצדדים כאחד, ומכאן מעמדו המשפטי הפגום של חוזה שיש בו מחיר מקפח ובלתי הוגן. מאידך, התניית מתן ההגנה למתאנה בקיומה המקדמי של טעות במהלך כריתת החוזה פירושה כי אין בעצם חד-צדדיותו של התוכן החוזי כדי להעמיד לימין המתאנה את הגנת הדין, וכי רק הצבעה על היעדר חופש חוזי ממשי של הצד הנפגע היא שתעמיד לו הגנה זו. כזכור, היעדר מידע רלוונטי הנו אחד מסממניו של היעדר חופש חוזי מספיק, שכן הכרעה חופשית דורשת, בין השאר, החזקה במידע רלוונטי אודות האופציות השונות העומדות לבחירה. פירושה של דרישה מצטברת להפעלת דין אונאה – מחיר מקפח השלוב בטעות מתאנה – הנה ניסיון לשלב כפיפות הן לעקרון הצדק החוזי המהותי והן לעקרון הצדק החוזי התהליכי; קרי שאיפה להבטיח כי החוזה שלפנינו יהיה פרי הליך חופשי ומוסכם וכן כי תוכנו יבוסס על איזון והוגנות בין שני הצדדים. מכאן כי הענקת מעמד עצמאי ובלבדי למחיר המקפח כעילה להפעלת דין אונאה משקפת את הרציונל הטמון בעקרון הצדק החוזי המהותי, זאת בעוד הענקת משקל שכנגד לטעות המתאנה בעת הכריתה כתנאי להפעלת הדין מבטאת את הכפיפות לעקרון המתחרה – עקרון הצדק החוזי התהליכי.

על דרך האנלוגיה נוכל להציג את הדילמה שלפנינו כך: האם דין אונאה דומה במהותו לאיסור ההלוואה בריבית, וכשם שההלוואה בריבית אסורה מחמת תוכנה הפגום, לאו דווקא מחמת פגם בהבעת הרצון החופשי של הלווה, כך גם החוזה שיש בו אונאת מחיר פגום מחמת תוכנו ולא מחמת פגם ברצונו של המתאנה ובמודעותו? או שמא דין האונאה דומה במהותו לדיני ממכר פגום (מומין) ומיקח טעות, וכשם שדינים אלו מבוססים בראש ובראשונה על טעותו של הצד החוזי ועל היעדר גמירת דעתו החופשית בכריתת החוזה הנתון כך גם מבוסס דין האונאה על טעותו של המתאנה בהערכת מחיר השוק?

להעלאת דילמה זו מן המישור הפרטני של הנפקות המשפטית אל המישור הכוללני של עקרונות מדיניות הצדק החוזי מספר יתרונות: היא מאפשרת לנו לא לצמצם את עיונו בשאלת מעמדה של טעות המתאנה אלא לסקור כמכלול אחד את מעמדם של קשת הפגמים התהליכיים העלולים להביא לקביעת מחיר מופרז (כפייה, ניצול מצוקה, פערים משמעותיים בכוחם המסחרי של הצדדים ועוד); היא מסייעת בעדנו להבהיר את טיב הקשרים הקיימים בין הקריטריונים להפעלת דין אונאה ובין הסעדים המוענקים למתאנה במסגרתו של דין זה (ניווכח כי הקריטריונים להפעלת הדין והסעדים הניתנים מחמתו מקיימים ביניהם מערכת איזונים מורכבת בשאלת הגשמת עקרון הצדק החוזי); היא מעניקה לנו את האפשרות לבחון את הקשרים האפשריים שבין דין אונאה ובין מערכות הלכתיות אחרות העוסקות אף הן בשאלת הצדק החוזי (כגון דיני החוזה הכפוי, בהם נעסוק בפרק האחרון של עבודתנו); ואין צריך להוסיף כי מישור דיון זה חשוב כשלעצמו בהיותו פותח בפנינו את הצוהר לעיון בסוגיה התיאורטית המרכזית אודות תפיסת מושג הצדק החוזי בפרט ומושג הצדק בכלל. משימתנו בפרק זה הנה אם כן בחינת אופי המעורבות ההלכתית בחוזה המקפח – האם הנה מבוססת על קיומם המקדמי של פגמים תהליכיים שונים, או שמא אין הדין בוחן את טיב הליך הכריתה והנו מסתפק בבחינת הגינות תוכן החוזה ושיעור המחיר החוזי הנקוב בו?

2.3 עמדת חוקרי המשפט העברי

קודם שנחל במסע עיונונו במקורות דיני אונאה חשוב כי נשים לב לאופן בו ניתחו חוקרי המשפט העברי את יסודות דין זה. חוקרים שונים התייחסו לשאלת סיווגו של דין אונאה, לעיתים בהערות אגב ולעיתים בדיונים נרחבים יותר. גולאק הגדיר את מהות מקרה אונאת מחיר כ"טעות בשווי החפץ"⁹¹, ובמסגרת מפעלו הגדול של קלסיפיקציית המשפט העברי הוא מיקם הלכה זו בצידה של עילת הטעות ואי סמיכת הדעת. בדומה לכך כתב אלבק כי "אף האונאה בתלמוד אינה אלא טעות... טעות במחיר יש לה שם מיוחד, והיא נקראת אונאה"⁹². שילס ורהפטיג הרחיב והטעים עמדה זו בקובעו כי "אם החנווני יודע שהסחורה הנמכרת ביוקר מכפי המיקח הקבוע בשוק – הרי אז המוכר הוא המאנה, ולהפך אם המוכר תוך **חסרון ידיעה בשער הקבוע** מוכר יותר בזול מכפי השער שבשוק והלוקח יודע ואינו מגיד לו, הרי אז הלוקח הוא המאנה"⁹³.

גם צורי הגיע למסקנה דומה: "דין האונאה, נוסף על היותו חוק חברתי הבא להגן על הנעשקים והכולל עבירה ועוון פלילי, יש למצוא לו גם בסוס משפטי אזרחי במידה ידועה אשר תוצאותיו הם הדינים הנוהגים במיקח טעות. כי יש מקום לראות באונאה כעין טעות במחיר או בשווי, אם כי אין בה מקום לטעות בזהות החפץ או באיכויותיו. הקונה חפץ שווה חמש בשש סובר ומדמה בלבו שכך הוא מחירו בכל מקום או שהוא באמת שווה כך, ועל דעת זה התרצה"⁹⁴. וכבדרך אגב אף גרוסמן הביע עמדה זהה. לגבי הסכמתו של המתאנה לקביעת מחיר העסקה כתב גרוסמן כי "עצם הסכמתו לעסקה זו תלויה בספק. 'יסוד הדעת', שהוא תנאי למתן תוקף לעסקה של מקח וממכר בחוק העברי אפשר שאיננו קיים כאן"⁹⁵.

תשומת לב רחבה יותר הוקדשה על ידי לוין לדילמה זו, ואף הוא הסיק כי "Under the supposition that the basic intent of parties to transaction is to exchange value of equal objective or market worth, the legitimacy of the ona'ah claim is readily apparent. Given the above presumption of intent, any discrepancy between the transaction price and the market norm signifies that the original objective was not realized. Had plaintiff been aware of the full range of market alternatives available to him at the time he consummated his ona'ah transaction, he would have either withdrawn from the ona'ah transaction altogether, or would have insisted upon a modification of the price terms of the agreement"⁹⁶.

כיוצא מכלל זה יש להזכיר את עמדתו של איתמר ורהפטיג, אשר בבוחנו את דין אונאת שתות קבע כי "על כרחך יש גמירות דעת לעצם המקח", ולגבי יחסו של דין זה לדין מיקח טעות הוא

⁹¹ גולאק, **ספר ראשון**, עמ' 64.

⁹² ש' אלבק, **דיני הממונות בתלמוד** (תל-אביב, תשל"ו) עמ' 250.

⁹³ ש' ורהפטיג, **דיני מסחר במשפט העברי** (ירושלים, תש"ן), עמ' 58 (הדגשה שלי ב.פ.).

⁹⁴ צורי עמ' 87.

⁹⁵ גרוסמן, עמ' 1.

⁹⁶ לוין, עמ' 18-20 וראה גם י' אחיטוב, **על גבול התמורה**, (ירושלים, תשנ"ה) עמ' 321.

מעלה באחת מן האפשרויות כי זהו "דין נפרד הנובע ממידת ההגינות שצריך לנהוג בהליכות מסחר"⁹⁷.

חוט שני חורז, אפוא, את עמדות מרביתם ככולם של חוקרי המשפט העברי, והנם מבארים את דין אונאה לאור היסודות הקבועים בעילת מיקח הטעות. לדידם, אפוא, דין אונאה הנו הסתעפות נוספת של עקרון הצדק התהליכי, החולש על שמירת הבעת רצונם החופשי של הצדדים בשלבי כריתת החוזה. דין אונאה מבוסס לדעתם על הפגם שבהיעדר המידע הרלוונטי בידי המתאנה. יצוין כי עמדות אלו היו בעיני החוקרים לכעין מושכל ראשון בדיני אונאה, וזאת בלא ראיית צורך לעיין בהיבטיה השונים של דילמה זו לאור מקורות המשנה והתלמוד. דעתנו היא כי העמדת דין אונאה על יסוד הטעות בטעות יסודה, וכי דרך המלך ההלכתית הבוקעת מבין מקורות המשנה והתלמוד רואה בדין האונאה התגשמות של מודל עילת הקיפוח. אין להתעלם, אמנם, מקיומם של דעות הלכתיות מנוגדות, המעמידות את דין אונאה על אלמנט טעותו של המתאנה, אך גם אין לטשטש את העובדה כי עמדות אלו הן יוצאות מכלל נוף המקורות התלמודיים. השורות הבאות יוקדשו לליבון פנים שונות של המקורות ההלכתיים של דין אונאה.

דומה בעיני כי ההסכמה המהירה והגורפת שבין חוקרי המשפט העברי אודות כפיפותו של דין אונאה בפני דין מיקח טעות (וממילא בפני עקרון הצדק החוזי התהליכי) נובעת מן ההטיה הכמעט בלתי נמנעת הנגרמת בהשפעת התפיסה המערבית המודרנית של דיני החוזים. כאמור, מעבר דיני חוזים לעת החדשה אופיין במעבר ממדיניות צדק מהותי למדיניות צדק תהליכי, מדיניות השואפת להבטיח את הגינות תהליכי הכריתה תוך הימנעות מהתערבות בעיצוב הגינותו של התוכן החוזי. הפיקוח על הגינות המחיר היה לאחד מן הדוקטרינות הראשונות שבוטלו (או צומצמו באופן משמעותי) בקודקסים המודרניים⁹⁸. דומה כי על רקע זה באה נטייתם של חוקרי המשפט העברי להעמיד את דין אונאת מחיר על יסוד עילת מיקח הטעות והיעדר גמירת הדעת, ולא על בסיס עצם השאיפה לפיקוח על הגינות תוכן החוזה. ככל אשר תשיג ידינו ננסה לעיין בדילמה זו ובהסתעפויותיה לאור מקורות המשנה והתלמוד תוך זהירות מהטיית העיון לתפיסות חוץ-תלמודיות⁹⁹.

2.4 רמות שונות של טעות

בפתח דברינו חשובה ההדגשה כי העמדת דין אונאת מחיר על יסוד טעותו של המתאנה (טעות בהערכת מחיר השוק של המוצר) הנה טענה העלולה לסבול מקושי פנימי, וזאת עוד קודם בחינתה לאור המקורות ההלכתיים השונים. כזכור, טענה זו נשענת על ההיסק כי מסתבר והסכמת צד חוזי לכריתת חוזה במחיר מופרז מבוססת על טעותו בהערכת מחיר השוק; לו הוא היה מכיר כראוי

⁹⁷ ורפהטיג עמ' 485. יש להוסיף כי אף צורי, אשר בתחילת דבריו העמיד את דין אונאה על יסוד טעותו של המתאנה (ראה לעיל ליד הע"ש 94), הגיע בהמשך דבריו למסקנה "שבשעה שהם משתווים במחיר הם עושים זאת מתוך אומדנה, ובאומדנה הלא מצויים בני אדם לטעות, ולכן המכר הוא מכר, שהרי הוא כמעט כאילו ירדו מתחילה על דעת זה שקרובים הם לטעות. אלא שבכל זאת ניתנה הזכות למתאנה לחזור בו, ונחשב לטעות, ובוודאי מטעם חברתי והוא בשם מחיר צדקי" (צורי, עמ' 91).
⁹⁸ ראה לעיל ליד הע"ש 16.

⁹⁹ יאים כאן דבריו הבאים של חנינה בן-מנחם: "Much contemporary scholarship on talmudic law attempts to depict it as a system that meshes well with many western ideas and values, despite the obvious difficulties inherent in this endeavor. This article, however, focuses on unique features of talmudic law, features that do not necessarily fit this alleged profile" (H. Ben-Menachem, 'Talmudic Law: A Jurisprudential perspective', to be published).

את המחיר המקובל בשוק עבור המוצר הנידון הוא היה מסרב לכרות חוזה במחיר גבוה יותר. מכאן, על פי טענה זו, כי החוזה הסובל מאונאת מחיר סובל גם מהיעדר גמירות דעת של הצד המתאנה.

הקושי העלול לצוץ בדרכה של טענה זו נובע מן התובנה כי לא כל טעויותיו של צד חוזי אכן מזכות אותו בהגנת דיני מיקח טעות. קיימות טעויות של צד חוזי אשר האחריות להן מוטלת על כתפיו שלו ולגביהן אין לו להלין אלא על עצמו בלבד. מקובל אמנם לחשוב כי השאלה הבסיסית בסוגיית 'מיקח טעות' הנה שאלה אמפירית – האם קיימת טעות והיעדר גמירות דעת של הצד החוזי אם לאו? , אך למעשה קודם לשאלה האמפירית חבויה שאלה נורמטיבית בסיסית – האם הראוי לשאת באחריות לטעותו של הצד החוזי הנו הצד שכנגד או הצד הטועה בעצמו? טול לדוגמה את המקרה בו אדם כרת חוזה תוך הנחה כי עסקה זו הנה רווחית עבורו, ובתום ביצועה הוא מצא כי בידו היה לבצע עסקה חלופית שהייתה רווחית עוד יותר עבורו. כעת טוען הסוחר לבטול העסקה הראשונה, וזאת מחמת הסתמכותו המוטעית על מידת פוטנציאל הרווחים הצפוי לו מעסקה זו. נקל להבין כי טענת מיקח טעות זו של הסוחר לא תתקבל; האחריות לקיומה של טעות זו ראויה להיות מוטלת על כתפיו של הטועה עצמו. לו אכן כל טעות בעת הכריתה הייתה מזכה את הטועה בהגנת דיני מיקח טעות לא היה לדבר סוף. הדבר היה מביא לערעור יציבות השוק כולו, שהרי מיהו שאינו טועה בהערכת טיבו של פרט זה או אחר לגבי תנאי השוק בעת כריתת החוזה?! גבולותיה של טענת הטעות הנם, אפוא, נורמטיביים ולא אמפיריים. המסקנה הנובעת מכך היא כי הרוצה להנהיר דין מסוים על יסוד טענת מיקח טעות אינו יכול להסתפק בהוכחה אמפירית של עובדת קיומה של טעות אלא עליו אף להוכיח כי מבחינה נורמטיבית טעות זו מוגנת על ידי עילת מיקח הטעות¹⁰⁰.

כדי להמחיש תובנה זו אדגימה באופן שבו ניסחה המחוקק הישראלי¹⁰¹. החוק הישראלי ניסח תובנה זו בקובעו כי לא כל טעות של צד חוזי תזכה אותו בהגנת עילות הטעות וההטעיה¹⁰², ובתוצאותיה של טעות המוגדרת כטעות "שאינה אלא בכדאיות העסקה" יצטרך הוא לשאת בעצמו¹⁰³. מכאן כי המתקשר בחוזה עקב הערכה כי החוזה יהיה כדאי עבורו, ונמצא כי החוזה אינו כה כדאי עבורו, לא יוכל להסתמך על עילת הטעות; לטועה זה לא יהיה להלין אלא על עצמו ועל כושר שיפוטו. אכן דעה רווחת בין המשפטנים הישראלים גורסת כי טעות בהערכת מחיר השוק של העסקה, טעות המביאה להסכמה לקביעת מחיר חוזי נמוך או גבוה מן המקובל, תחשב לטעות בכדאיות העסקה, ומכאן כי אין היא מקימה לנפגע את הגנת עילות הטעות וההטעיה¹⁰⁴. כך, למשל, קבע השופט ד' לוי כי מכירת דירה אשר שוויה מוערך ב 620,000 שקלים במחיר 480,000 שקלים בלבד אינה אלא טעות בכדאיות העסקה¹⁰⁵.

¹⁰⁰ ראה להלן ליד הע"ש 107.

¹⁰¹ למותר להדגיש כי הדבר משמש אך כדוגמה ולא כהוכחה.

¹⁰² סעיפים 14 ו 15 לחוק החוזים הכללי.

¹⁰³ סעיף 14(ד) לחוק החוזים הכללי.

¹⁰⁴ ג' טדסקי, "סיכול החוזה", בתוך **מסות במשפט** (ירושלים תשל"ח), עמ' 106, 120 הערת שוליים 37; ד' פרידמן, 'הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות', **עיני משפט יד** (תשמ"ט), עמ' 459, 471-472; **שלו** עמ' 203-205; ע"א 620/89 **חושנגי נ' אמגר**, פ"ד מו (1), עמ' 588, 594; ע"א 838/75 **ספקטור נ' צרפתי** פ"ד לב (1), עמ' 231, 242.

¹⁰⁵ ע"א 455/82 **מאיר נ' מזרחי**, פ"ד ל"ז (3) עמ' 579, 583. ראה גם **פרידמן וכהן**, עמ' 730-732. לגבי מקרים חריגים ראה ג' טדסקי, 'טעות בכדאיות העסקה', **משפטים יב** (תשנ"ב), עמ' 329, 331; **פרידמן** (הנ"ל בהע"ש 104) עמ' 472.

דומני כי בנקודה זו עשויים אנו לעמוד על אחד מצדדי הפרובלמטיות הכרוכה בעקבי העמדה המציבה את דין אונאה על יסוד טעות המתאנה. קונה אשר נכון היה לרכוש נכס במחיר מופרז לא טעה כל טעות לגבי תכונותיו של גוף הנכס; אדרבה, מתוך שהוא העריך נאמנה את תכונותיו של הנכס הוא הסכים לשלם עבורו מחיר גבוה. לכל היותר ניתן לייחס את טעותו אל תנאי השוק. זוהי, אם כן, אינה טעות במובנה הצר אלא טעות במובנה הרחב¹⁰⁶, ובכך מובחנת טעותו של המתאנה מטעותו של הרוכש חפץ פגום, דרך משל. בעוד הרוכש חפץ פגום טעה בהערכתו את תכונותיו של הנכס עצמו, המתאנה במחיר טעה בהערכתו את תנאי השוק בו הוא פועל. באופן תיאורטי ייתכן אמנם כי אף טעות בהערכת תנאי השוק תחשב לטעות המזכה בהגנת הדין (ניתן להוסיף ולטעון כי זוהי גופה הסיבה בעטיה הקדיש המקרא פסוקים מפורשים למקרה אונאת המחיר בעוד הוא לא הקדיש פסוקים דומים למקרה מיקח טעות), אך מכל מקום הרי זו טענה שחידוש רב יש בה, ומכאן כי נטל הראיה המוטל על כתפי הטוען טענה זו הנו כבד למדי. דברים אלו מצאו את ביטויים בדברי אחד מן האחרונים, אשר ניסה לבאר בדרך זו את אי הרלוונטיות של טענת הטעות לדין אונאת מחיר: "... והא למה זה דומה? למי שנודע לו אחר הקנין שהיה יכול לקנות מקח טוב וזול מזה, דאף על גב דוודאי אם היה יודע זאת בשעת הקנין לא היה קונה את זה מכל מקום אין זה מקח טעות כיון שאינו טעות בעצם המקח, והכי נמי כן הוא..."¹⁰⁷.

2.5 לשון ועריכה

דומני כי טוב נעשה אם ניתן את ליבנו למשמעות האטימולוגית של המונח הנבחר לייצג מערכת הלכתית זו, וכן חשוב כי נעיין קמעא בטיב בחירתו של עורך המשנה במקומו הלכות אלו¹⁰⁸. הניסיון להסיק על טיבו של דין אונאה מתוך משמעותו האטימולוגית של מונח זה אינו מספק כשלעצמו. טיבו של הסדר משפטי פלוני עשוי לנדוד כברת-דרך רבה מהוראתו האטימולוגית הראשונית של המונח המשמש כמצע להסדר זה. בדומה יש לסייג את הניסיון ללמוד על טיבו של דין אונאה מתוך האופן בו בחר עורך המשנה למקם דינים אלו. ובכל זאת, סבורני כי על אף שאין הוכחות אלו שלמות ועומדות כשלעצמן, הרי בבחינת חזי לאצטרופי הנן בעלות ערך שאין לבטלו בנקל.

המשמע המקובל בזמננו למונח 'הונאה' הנו "רמאות, הטעיה"¹⁰⁹, וכן "מעשה מרמה ... הולכת שולל ... התנהגות לא ישרה או אמירת שקר"¹¹⁰. טענתי היא כי מובנו של מונח זה בלשון חז"ל שונה לחלוטין, ופירושו גרימת צער לזולת. כך, למשל, לגבי יחסי ישראל ואומות העולם אמרו חז"ל: "מה טעם גילה הקב"ה לישראל מה שנברא ביום הראשון ומה שנברא ביום השני? מפני עובדי כוכבים ומזלות שלא יהיו מונין את ישראל ואומרין להם הלוא אומה של בזוזים

¹⁰⁶ ראה לעיל (ליד הע"ש 72) אבחנתנו בין חובת גילוי צרה וחובת גילוי רחבה.

¹⁰⁷ חידושי ר' ראובן, חלק א, בבא מציעא, סימן כג הערת שוליים 5.

¹⁰⁸ ראה גם דיקשטיין עמ' 32-33.

¹⁰⁹ א' בן שושן, המילון החדש כרך ב (ירושלים תשכ"ו) עמ' 498.

¹¹⁰ י' שוויקה, רב-מלים המילון השלם כרך ב (1997) עמ' 387.

אתם...¹¹¹. אונאה זו שמונין אומות העולם את ישראל הנה גרימת צער מחמת הטחת דברים פוגעים; מובנה כרמאות וכהטעיה חסר פשר בהקשר חז"לי זה¹¹².

בדומה לכך משתמשים חז"ל במונח 'אונאה' ברצותם לתאר את המציק לחבירו בקנטור דברים. כך טובעים חז"ל את המונח "אונאת דברים", הקרוב למונח "אונאת ממון" בסמיכות מקום ובסמיכות לשון. בתום הדיון התנאי בדיני אונאת מחיר באה המשנה וקובעת את איסור אונאת דברים, האוסר על האדם לפגוע בדבריו בזולתו פגיעה אישית:

"...כשם שאונאה במקח וממכר כך אונאה בדברים: לא יאמר לו בכמה חפץ זה והוא אינו רוצה ליקח. אם היה בעל תשובה לא יאמר לו זכור מעשיך הראשונים. אם הוא בן גרים לא יאמר לו זכור מעשה אבותיך..."¹¹³.

אונאת בעל התשובה ואונאת הגר אינה הטעייתם אלא קנטורם; איסור אונאת דברים אינו מכוון אך ורק כלפי השמעת דברים כוזבים אלא אף כלפי השמעת דברי אמת שיש בהם כדי לפגוע בזולת. צא ומצא כי לא רק מבחינה טרמינולוגית מדמה המשנה את קנטור הזולת לקביעת המחיר החוזי המופרז, אלא הרי היא אף קושרת שני מצבים אלו בקשר של דמיון משפטי מהותי¹¹⁴. מהו פשר הזיקה הנמתחת בין איסור קביעת מחיר חוזי מופרז ובין איסור קנטור הזולת? דומני כי אם נמקד את דין אונאת ממון בפגיעה הכלכלית המוסבת לזולת מחמת המחיר המקפח (ולאו דווקא בעצם הטעייתו לגבי מחיר השוק) יהיה בכך כדי לשפוך מעט אור על זיקה זו שקושרת המשנה. אם קביעת המחיר החוזי המופרז הנה אסורה מחמת עצם הממד המקפח הגלום במחיר זה הרי שיש מקום להשוואת קיפוח הזולת על ידי מחיר מופרז עם הפגיעה בו על ידי דברים קנטורניים; הצד השווה שבהם הנו הפעילות הפוגעת באופן ישיר באינטרס הזולת. העמדת איסור אונאת מחיר על היעדר גמירת דעת שהביאה לקביעת המחיר החוזי מערערת את בסיס ההשוואה שבין אונאת הממון ובין אונאת הדברים. אונאת הדברים נאסרת לא משום הפגם שבתהליך היווצרותה אלא משום עצם הפגם שבתוכנה^{115 116}.

¹¹¹ בראשית רבה פרשה א אות ב. לשימושים נוספים בדרך דומה ראה שם פרשה פח אות א; ויקרא רבה פרשה לג אותיות ה-ו; איכה רבה פרשה ג אות ז; ילקוט שמעוני פרשת וישב רמז קמו; שם פרשת פנחס רמז תשעג; וראה גם פירוש רש"י לבמדבר יט, ב.

¹¹² למעשה, המעיין בדבר ימצא מובן דומה למונח 'אונאה' בלשונם של הנביאים. ראה יחזקאל מה, ח; יחזקאל מו, יח; ישעיה מט, כה; ירמיה כה, לח; ירמיה מו, ז; ירמיה ג, טז; צפניה ג, א; תהילים עד, ח. **גרוסמן** (עמ' 8-6) מעיר כי זוהי גם עמדתם של המתרגמים השונים של המקרא. על פי התרגום היווני משמעה של האונאה – להציק; על פי התרגום הלטיני – להעציב; ועל פי התרגום הסורי – להעליב. ראה גם א' אהוביה, "מה היא 'האונאה'?", **בית מקרא יח** (תשל"ג), עמ' 51.

¹¹³ בבא מציעא נח, ב. וראה מ' תמרי, **כסף כשר** (ירושלים תשנ"ד), עמ' 85.

¹¹⁴ כוונתי ללשון "כשם שאונאה במקח וממכר כך אונאה בדברים..." (ההדגשה שלי - ב.פ.).

¹¹⁵ השווה לפירוש הרש"י הירש לויקרא כה, יד-יז: "מושג האונאה: ניצול לרעה של חולשת הרע על מנת לקפח אותו. אונאת אדם במסחר היא ניצול חוסר ידיעתו על מנת לקפחו... יש צד שווה בין אונאת דברים לבין אונאת ממון; בשתייהן המאנה מנצל את חולשת חבירו לרעתו; את חוסר בקיאותו בטיב הסחורה או את רגישותו הנפשית...". פרשנות זו של המונח 'אונאה' בלשון חז"ל מיישבת את קושייתו של **אהוביה** (הנ"ל בהע"ש 112) בעמ' 54-56, ומסירה את הבסיס לפירושו שאינם הולמים את פשטם של דברי חז"ל בסוגיית אונאת דברים. אהוביה הניח כמובן מאליו כי המונח אונאת ממון מבטא רמאות במסחר ובהתאם הוא הכריח עצמו לבאר את המונח אונאת דברים כרמאות בדברים. מכאן צמחה קושייתו מהי הרמאות שבהזכרת עוונותיו הראשונים של בעל התשובה ומעשי אבותיו של הגר. אין צורך בפתרונות הדחוקים שהוא הציע לקושייה זו באם נקבל כי אונאת ממון מבוססת על עקרון הפגיעה בזולת, בדומה להוראתו המקראית של מונח זה, ובהתאם נפרש את המונח אונאת דברים.

¹¹⁶ בשיטת הרמב"ם בולטים הדברים עוד יותר. הדעה המקובלת בין הראשונים משרטטת את קו הגבול שבין איסור אונאת מחיר ובין איסור אונאת דברים כקו הגבול שבין פגיעה כלכלית בזולת ובין פגיעה מילולית בו. הרמב"ם, לעומת זאת, סובר כי ישנם מקרים נדירים בהם פגיעה מילולית בזולת מהווה אף הפרה של איסור אונאת ממון: "כל המונה את הגר בין בממון בין בדברים עובר בשלשה לאוין, שנאמר 'וגר לא תונה' זו הונית דברים, ולא תלחצנוי זו הונית ממון... ומפני מה עובר בגר... על לאו של הונית ממון אף בהונית דברים? מפני שהוציא הכתוב את שניהם

מסקנה דומה עשויה לעלות מתוך התחקות אחר שיקולי מיקום עריכת דיני אונאה במסגרת מסכתות בבא-מציעא ובבא-בתרא¹¹⁷. הפרק החמישי של מסכת בבא-בתרא הוקדש לליבון ענייני מיקח וממכר הסובלים מפגמים כגון אי-התאמה בין תוכן החוזה ובין אופן קיומו וכגון רמייה במידות ובמשקולות בשעת המכר. נושא זה מוקם בתוך דיון רחב יותר בהיבטים שונים של הסכמת הצדדים ושל היקפי גמירת דעתם לעסקה ולצדדיה השונים (פרקים ד-ז). דיני אונאה לא הובאו בהקשר זה, ומיקומם נבחר לפרק 'הזהב' שבמסכת בבא-מציעא (פרק ד) וזאת בסמיכות לדיני ריבית (פרק ה). שתי המשניות הראשונות של פרק 'הזהב' מגדירות את המעמד המשפטי של העברת התמורה מן הקונה למוכר ('מעות קונות'), ולאחריהן מלבנות משניות דיני אונאה את יחסי השקילות וההוגנות הראויים להישמר בין הנכס המועבר ובין תמורתו. דיני הריבית, הבאים אחר כך, מלבנים את מעמדה של ההלוואה אשר מכוח הריבית שבה נושך המלווה את הלווה.

מבנה זה מבליט את דמיונם של דיני אונאה, בעיני עורך המשנה, לדיני הריבית יותר משהנם דומים לדיני הרמיה במידות ומשקולות ולשאר הפגמים בגמירת דעתם של הצדדים המנויים במסכת בבא-בתרא. הצבת דיני אונאה בצדס של דיני ריבית מצביעה על ראיית עורך המשנה את דיני אונאה כמתמודדים עם בעיית הקיפוח הגלומה במחיר החוזי, בדומה לאופן התמודדותן של הלכות הלוואה בריבית, וזאת בניגוד לתחום ההתמודדות עם פגמים שונים בגמירת דעת הצדדים^{118 119}.

לא אכחד כי יש מקום, לכאורה, להפיק מתוך העיון בשיקולי עריכת מבנה פרק 'הזהב' מסקנה הפוכה. בסופו של פרק 'הזהב', לאחר פרישת דיני אונאת מחיר ואונאת דברים, קובעת המשנה את ההלכות הנוגעות לאופן הראוי של שיווק מוצרים ופרסומם¹²⁰. הלכות אלו ממוקדות בהגדרת תקינות השלבים המוקדמים של המשא ומתן החוזי - באופן הצגת המוצר ובדרכי שכנוע הקונה לרוכשו - ואין הם נוגעים כלל ועיקר בשאלת תוכנו של החוזה. כך, למשל, "אין מערבין פירות בפירות, אפילו חדשים בחדשים, ואין צריך לומר חדשים בישנים"; וכן "אין מפרכסין לא את האדם, ולא את הבהמה ולא את הכלים". שתי משניות אלו ניצבות בין דיני אונאה שבפרק 'הזהב' ובין דיני הריבית שבפרק 'איזהו נשך'. מכאן עשויה לצמוח הטענה כי כשם שסופו של פרק 'הזהב' ממוקד בהבטחת תקינות תהליך כריתת החוזה כן גם חלקו המרכזי, העוסק בדיני אונאה, ממוקד בהבטחת תקינות פרק זה של חיי החוזה. עם זאת, יש ליתן את הדעת להיות ההלכות השנויות בסוף פרק 'הזהב' מסתפקות בניסוח האיסורים המוטלים על כתפי המשווק והמפרסם, ואין הן

בלשון הווייה סתם... " (רמב"ם, מכירה, יד, טו-ז). שיטת הרמב"ם מוקשית, אמנם, מכמה פנים (ראה שם קושיות המגיד משנה והלחם משנה), ומכל מקום מדבריו נלמד כי לדעתו איסור אונאת ממון כלל אינו תחום באופן בלבדי למישור היחסים המסחריים והוא נפרש, למעשה, גם על מערכות יחסים בין-אישיות נוספות (על כך ראה עוד דברות משה, בבא מציעא חלק ב, סימן נג, ענף א). הרחבה זו שמעניק הרמב"ם לאיסור האונאה מחייבת, לעניות דעתנו, את פירושו של מונח זה כפגיעה מהותית בזולת ולא כהטעייתו ורמייתו.

¹¹⁷ דברינו אודות שיקולי עריכת מסכתות אלו תקפים במידה שווה גם בהינתן כי שלושת היבבות אינם אלא חלוקה פנימית של פרקים שונים שבמסכת נזיקין הכוללת שלושים פרקים.

¹¹⁸ עיון נפרד (החורג אל מעבר לשולי יריעתה של עבודה זו) יש להקדיש לשיקולי עריכת דיני אונאה בקבצי הלכה מאוחרים יותר. הן ביד החזקה והן בספר הטורים הוצאו דיני הריבית מתוך דיני הקניין ומוקמו בענפים הלכתיים אחרים (ביד החזקה) מוקמו דיני ריבית בספר משפטים בהלכות מלווה ולווה, ובספר הטורים מוקמו דיני ריבית בספר 'יורה דעה'.

¹¹⁹ יש להודות כי במידה ונקבל את הסברו של הרמב"ם לשיקולי חלוקת הנושאים במסכתות בבא מציעא ובבא בתרא יהיה בכך כדי לבטל את דברינו שבכאן. לדעתו של הרמב"ם (בהקדמתו למשנה) סידר עורך המשנה במסכת בבא בתרא נושאים שהם "קבלה ודברי סברא ולא נתבארו במקרא". מכאן כי דיני אונאה נערכו במסכת בבא מציעא אך ורק משום היותם מעוגנים בפסוקים מפורשים, כדיני הריבית; זאת בניגוד לדיני מיקח טעות שמוקמו במסכת בבא בתרא מחמת שהם נעדרים מקור מפורש במקרא. עם זאת, עקרון חלוקה זה של הרמב"ם אינו נקי מספיקות, וראה גם הקדמתו של המאירי למסכת בבא מציעא.

¹²⁰ משנה, בבא מציעא, ד, יא-יב.

עוסקות כלל ועיקר בשאלת הסעד של הנפגע. אכן, מסתבר כי במקרים רבים השיווק האסור פסול כשלעצמו אך אין הוא פגום עד כדי הצמחת סעדים לקונה (אם משום שהקונה שוכנע לרכוש סחורה במחירה ההוגן, ואם משום שהסחורה הנה באיכות תקינה באופן יחסי¹²¹). לאמור, המשניות האחרונות של פרק 'הזהב' שונות מדיני מיקח טעות לא פחות משהן שונות מדיני אונאת מחיר; אין הן מבוססות על טעותו של הקונה ועל היעדר גמירת דעתו אלא על התנהגותו הבלתי נאותה שנוהג בו המוכר. דומני כי מכאן נטיית עורך המשנה לצרף משניות אלו אל משניות דיני אונאה (ולא אל דיני מיקח טעות), וזאת על אף היותן עוסקות בשלב מוקדם יותר של חיי החוזה.

2.6 מבחן מוצהר ומבחן מכללא

משבאים אנו לעיין בגופן של הלכות אונאה מן הראוי לפתוח באיתור המבחן המוצהר בו מעבירים הלכות אלו את החוזה הנידון. יש להודות כי המבחן הרשמי אינו חייב להיות בהכרח המבחן הבלבדי; לעיתים הדין בוחן את נשוא דיונו במבחנים סמויים שאין הוא מצהיר עליהם באופן פורמאלי, ובכל זאת אין למעט בחשיבות הגדרת המבחן הרשמי שמציב הדין בפני החוזה הנידון. המעיין במשניות דיני אונאה ימצא מבחן רשמי אחד לתחולת הדין והוא מבחן הקיפוח המהותי. כשרוצה המשנה להגדיר את הסיטואציה המקימה את דיני אונאה הריהי מעמידה את איתור קיומו של המחיר המקפח כמבחן הרלוונטי. וכך מגדירה המשנה את הסיטואציה של אונאת המחיר:

”האונאה ארבע כסף מעשרים וארבע כסף לסלע, שתות למיקח”¹²².

ודוק: אין משנה זו מאפיינת את מקרה האונאה על פי היעדר גמירת דעתו של המתאנה או טעותו ואף לא על פי אומד דעתו של המאנה אלא על פי פער המחירים גרידא. ניתן כמובן לטעון כי עובדת קיומו של המחיר המופרז היא המעידה על קיומו של פגם תהליכי מקדמי; התמקדות המשנה בהגדרת שיעור המחיר המופרז כמאפיין את סיטואציית האונאה טומנת בחובה את ההנחה מכללא כי סטיות מחירים בשיעורים אלו הן פרי פגמים תהליכיים בשלב הכריתה. הנחה זו מבוססת על הרציונל הגורס כי אין אדם מסכים למחיר מקפח אלא אם הוא הוכשל באופן זה או אחר בתהליך הכריתה. לו פרוצדורת הכריתה הייתה מתנהלת בדרך נאותה, המבוססת על הימצאות המידע הרלוונטי בידי שני הצדדים ועל קיומו של חופש בחירה מספק, לא היה הקונה מסכים למחיר מקפח. אמור מעתה, כי במוצהר מציבים דיני אונאה מבחן של הגינות מהותית אך למעשה נבחנת (גם) תקינות תהליך הכריתה.

נקודת התורפה של הטענה האחרונה נעוצה בעצם הספקולטיביות שלה. התעלמות המשנה מהצבת מבחן רשמי לתקינות תהליך כריתת החוזה והתמקדותה בהצבת מבחן להגינות תוכן החוזה מהווה 'תנא דמסייע' לטענה המסתפקת בדרישה של קיפוח חוזי מהותי לשם הפעלת דיני אונאה. הוכחה מוחלטת אין בכך, אך יש בכך הכבדת נטל הראיה על המעמידים את דין האונאה על יסוד עילת מיקח הטעות.

¹²¹ וראה א' ורהפטיג, 'הגנת הצרכן לאור ההלכה (הליכות מסחר – מיקח טעות וגניבת דעת)', תחומין ג (תשמ"ב), עמ' 360, 334.
¹²² משנה, בבא מציעא, ד, ג.

2.7 יחסי כוחות מסחריים בלתי שווים

2.7.1 הקדמה

טענתנו בדבר קיומו של מבחן מהותי (ולא תהליכי) לקיומה של סיטואציית האונאה צריכה בדיקה מזווית נוספת. אפשרית הטענה כי אכן המבחן העיקרי והרשמי לתחולת דין אונאה הנו המבחן המהותי, קרי קיומו של מחיר חוזי מקפת, אך בצידו קיים גם מבחן נלווה נוסף שהנו תהליכי במהותו. מבחן תהליכי זה קובע כי אין דיני אונאה קמים ועומדים לימינו של המתאנה אלא באם הנו סובל מנחיתות בכוחו המסחרי לגבי הצד שכנגד. כדי להרחיב דעתנו בדבר נקדיש מספר מילים לתופעת חקיקת הגנת הצרכן.

חירות הצדדים לעצב את תוכן החוזה על פי רצונם מותנית בקיום יחסי כוחות שוויוניים בין הצדדים. צד לחוזה הנהנה מעודף כוח לגבי הצד שכנגד מעורר חשש סביר כי תוכן החוזה ישקף את העדפותיו החד-צדדיות, תוך התעלמות מן האינטרסים החוזיים של הצד החלש. הדוגמאות המודרניות המובהקות לסיטואציה זו הם החוזים האחידים, החוזים עם גורם מונופוליסטי, וחוזים צרכניים (קרי, חוזים בין עוסק מקצועי ובין צרכן ביתי¹²³). חוזה בו נפגשים עוסק וצרכן הנו חוזה בעל פוטנציאל לפגמים בהליך הכריתה. ההנחה המסתברת היא כי במערכת יחסים חוזית בה צד חוזי נהנה מעודף כוח מסחרי לגבי זולתו לא מתקיים חופש חוזי ממשי אלא למראית עין בלבד; למעשה, מצליח הצד החוזי החזק לנתב את הצד שכנגד לממש את רצונו של זה הראשון, אם באמצעות בקיאותו ברזי המקצוע, אם באמצעות התמחותו בטכניקות שיווקיות, ואם מכוח עוצמתו הכלכלית. תובנה זו הנה הרציונל המבסס את החקיקה הצרכנית במערכות משפט שונות¹²⁴. החקיקה הצרכנית מגינה על הצרכן תוך הנחה מכללא כי במפגש בין צרכן ובין עוסק מתקיימת מערכת יחסי חזק-חלש, ועל כן זקוק הצרכן להגנות שונות¹²⁵. רציונל ההגנה הניתנת במסגרת החקיקה הצרכנית שאוב מתוך עקרון הצדק התהליכי. הפרמטר להיחלצות המחוקק לעזרת הצרכן הנו יחסי חזק-חלש הפוגמים בעקרון 'חופש החוזים', זאת בלא תלות הכרחית בשאלה האם לפנינו חוזה מקפת ובלתי מאוזן.

רקע זה מעורר את שאלת יחסו של דין אונאה לתופעת חקיקה הצרכנית. האם הפרספקטיבה הצרכנית היא זו הראויה להוות את הבסיס להבנת דין אונאה? האם דין אונאה מגן על הצד הצרכני בלבד, באשר הוא הצד החוזי החלש, או שמא הנו מגן על המתאנה באשר הוא מתאנה?¹²⁶ אם אמת בטענה כי דיני אונאה מגבילים באופן מסוים את הענקת הגנתם לגורמים כלכליים חלשים בלבד הרי שיש בה כדי להוות בסיס לקביעה כי דיני אונאה נשענים על קיומם המצטבר של

¹²³ "עוסק" - מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן; "צרכן" - מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי" (סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן תשמ"א - 1981).
¹²⁴ בישראל, למשל: חוק המכר (דירות) תשל"ג - 1973; חוק הגנת הצרכן תשמ"א - 1981; חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א - 1981; חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירה), תשל"ה - 1975; חוק חוזה הביטוח, תשמ"א - 1981.

¹²⁵ "ההנחה היא שצד אחד (הספק) נהנה מיתרון מבחינת ידע ונסיון בתחום שמדובר בו, ושוטל עליו לדאוג לא רק לאינטרס שלו אלא גם לאינטרס של הצד אחר (הלקוח) הנוטה לסמוך עליו" (פרידמן וכהן עמ' 52).
¹²⁶ חשוב להבחין בין המושג 'צרכן' ובין המושג 'קונה'. כל הרוכש נכס הנו קונה, אך רק הרוכשו למטרות פרטיות הנו צרכן בעל החולשות המסחריות המאפיינות את הטיפוס הצרכני. בנוהג שבעולם הקונה הנו הצד החלש מבחינה מסחרית, אך לא אחת קורה כי גורמים כלכליים חזקים רוכשים נכסים, וזאת בלא שהם סובלים מן החולשה המאפיינת את הטיפוס הצרכני (ראה לעיל הע"ש 123). המונחים ההלכתיים המקבילים למינוחים המודרניים - 'עוסק' ו'צרכן' - הם 'תגר' ו'הדיוט' (בבא מציעא נא, א).

פגם תהליכי ופגם מהותי – פגם תהליכי הבא לידי ביטוי בפערים משמעותיים בכוחם המסחרי של הצדדים, ופגם מהותי הבא לידי ביטוי במחיר החוזי המקפח. לנושא זה הוקדש הדיון התנאי הבא.

2.7.2 תנא קמא

המשנה קובעת כי דיני אונאה מגינים בשווה על שני הצדדים לחוזה, תגר כהדיוט, יהיה המתאנה ביניהם אשר יהיה:

”אחד הלוקח ואחד המוכר יש להן אונאה. כשם שאונאה להדיוט כך אונאה לתגר”¹²⁷.

מדרש תורת כוהנים הולך ומפרט את כל מגוון היחסים האפשריים בין התגר וההדיוט המוגנים על ידי דין אונאה:

”אין לי אלא תגר לתגר הדיוט להדיוט תגר להדיוט הדיוט לתגר מנין ? תלמוד לומר 'את אחיו' מכל מקום”¹²⁸.

בכך מנותק דין אונאה מן החשש לפגם התהליכי הפוטנציאלי העלול להיות גלום במערכת יחסים בלתי שוויונית זו. התנאי לתחולת הדין הנו, אם כן, קיומו של המחיר המקפח ואין זהותו של המתאנה – אם תגר אם הדיוט – תנאי לכך¹²⁹.

מעניינים בהקשר זה דבריו של הרב שמשון בן צמח דוראן. בדבריו עמד התשב"ץ על ההגיון הצרכני שבטענה כי מן הראוי להגביל את תחולת דין אונאה למקרים בהם צד חוזי חלש מתאנה על ידי צד חוזי חזק; ועם זאת, מדגיש התשב"ץ, אין טענה זו עומדת במבחן ההלכה, וכי הגנת דיני אונאה נגזרת מעצם קיום המחיר החוזי המקפח בלא שהיא מותנית באופי מסוים של מערכת יחסי הכוחות המסחריים: ”אלו היינו מניחים דבר זה למשפט השכל היה שופט שהלוקח יש לו אונאה בדין זה יותר מהמוכר, אילולי המפרשים ז"ל שבכוח האלוהי הנגלה עליהם בטלו לנו משפט השכל ונתנו לנו הטעם בדין זה שהוא בלתי סמיכה על שווי המיקח, שבטעם זה השווי שניהם ונתבטל משפט השכל”¹³⁰.

על פי השערתו של דיקשטיין קדמה למשנה זו דעה חז"לית קדומה, על פיה הגנת דין אונאה הוענקה אך ורק לקונה המתאנה (במחיר גבוה) ולא למוכר המתאנה (במחיר נמוך)¹³¹. דיקשטיין ביסס את קביעתו על הברייתא הבאה:

”וכי תמכרו ממכר אל תוננו – אין לי אלא שנתאנה לוקח, נתאנה מוכר מנין ? תלמוד לומר 'או קנה אל תוננו'”¹³².

¹²⁷ משנה, בבא מציעא, ד, ד.

¹²⁸ תורת כוהנים, פרשת בהר, פרק ג, ט. ראה גם ילקוט שמעוני פרשת בהר רמז תרסא.

¹²⁹ ראה גם ורהפטיג, עמ' 470.

¹³⁰ שו"ת תשב"ץ חלק ד טור ב (חוט המשולש) סימן יא. אם נדקדק בדבר ייתכן ונמצא כי דברינו אמנם עולים בקנה אחד עם דברי התשב"ץ במובן מסוים, אך לאו דווקא במובן אחר. הסיוע שאנו מוצאים לדברינו בדברי התשב"ץ הוא דחיית האינטואיציה הבסיסית הנוטה להגביל את הגנת דין אונאה על פי ממדי רציונל החקיקה הצרכנית ולהעניקה בשווה לכל הצדדים המשתתפים בחוזה. קו המחשבה השונה מדברינו הקיים בדברי התשב"ץ הוא שילוב המונחים 'משפט השכל' ו'המשפט האלוהי' בהקשר זה. לדידו של התשב"ץ הגבלת דין אונאה כמגן על החלש בלבד היא 'משפט השכל' ואילו הענקת הגנת הדין לכל הצדדים בשווה היא 'משפט אלוהי' הדוחה את 'משפט השכל' (וראה גם חידושי רבינו חיים הלוי, מכירה, טו, א), לאמור, המתח בין שתי תפיסות אלו עשוי להיות תיאולוגי במהותו. לעומת זאת, בדברינו עד כה הצגנו את המתח בין עקרון הצדק החוזי התהליכי ובין עקרון הצדק החוזי המהותי כמתח בין שתי תפיסות הגותיות מקבילות של מושג הצדק.

¹³¹ דיקשטיין, עמ' 44-45.

הוא אמינא זו מצביעה, על פי השערת דיקשטיין, על קיומה של דעה חז"לית קדומה אשר צמצמה את תחולת הגנת דיני אונאה לקונה המתאנה בלבד, וכנגד דעה זו יצאה הברייתא שלפנינו. אם נקבל את השערתו של דיקשטיין הרי לפנינו עדות למבחן תהליכי מובהק אשר הוסף על ידי תנאים קדומים כפרמטר נלווה לתחולת דין אונאה. מסתבר בעיני כי קביעה זו אין לה בסיס מוצק דיו כדי שתסמוך עליו. ראשית, אין בסיס מספיק לניסיון להסיק מתוך הווא אמינא שבברייתא על קיומה של דעה חז"לית קדומה; במידה זהה ניתן לפרש הווא אמינא זו כמכוונת כלפי אינטואיציה טנטטיבית (כדוגמת 'משפט השכל' שהזכיר התשב"ץ) ולא כלפי דעה חז"לית קיימת. שנית, המעיין בפסוקי המקרא מוצא כי כבר הם מעניקים את הגנת דיני אונאה לשני הצדדים בשווה – למוכר כלוקח¹³³, ומכאן קשה להניח כי דעה חז"לית קדומה תתעלם ממקרא מפורש זה. לכל הפחות, מקרא מפורש זה מכביד את נטל הראיה על כתפיו של דיקשטיין, ואין ההוכחה מן ההווא אמינא שבברייתא מצליחה לעמוד במשימה זו¹³⁴.

2.7.3 ר' יהודה

שלא כתנא קמא, הסבור כי "כשם שאונאה להדיוט כך אונאה לתגר", סובר ר' יהודה כי "אין אונאה לתגר"¹³⁵. ביתר פירוט הובאו דבריו בתורת כוהנים:

"רבי יהודה אומר: תגר להדיוט יש לו הונייה, הדיוט לתגר אין לו הונייה"¹³⁶.

דבריו של ר' יהודה ניתנים להתפרש בשתי דרכים מנוגדות – כמצמצמים את תחולת הדין או כמרחיבים את תחולתו. על פי הפרשנות המצמצמת הרי שר' יהודה סבור כי תגר המתאנה (במחיר הנמוך ממחיר השוק) לא יזכה להגנת דין אונאה. הכלל 'אין אונאה לתגר' קובע את העדר הגנת דין אונאה לתגר. על פי הפרשנות המרחיבה עשוי ר' יהודה לסבור כי תגר המתאנה יזכה להגנה רחבה של דין אונאה. כידוע מגבילה המשנה את הגנת דין אונאה למינימום של סטיית מחיר בשיעור שתות (16.6%)¹³⁷, ועל רקע מגבלה זו מקום יש לטענה כי לדעת ר' יהודה התגר זכאי להגנה נרחבת של הדין בכל סטיית מחיר שהיא, גם אם הנה פחותה משיעור שתות. הכלל 'אין אונאה לתגר', על פי פרשנות זו, מכוון כלפי מגבלת השתות שבאונאה. שתי פרשנויות אלו מצאו את ביטויין בדברי האמוראים¹³⁸. רב אשי פירש את דברי ר' יהודה בפרשנותם המרחיבה, ולדידו הנם מעניקים לתגר הגנה אף מפני אונאות בשיעורים הנמוכים משיעור שתות:

"מאי אין לתגר אונאה? אינו בתורת אונאה שאפילו פחות מכדי אונאה חוזר".

אין ספק כי לא די שפרשנות זו אינה יכולה להתבאר על פי הלך החשיבה של החקיקה הצרכנית אלא שהיא נוגדת אותו באופן חזיתי. על פי פרשנות זו התגר זוכה לא רק להגנה המקבילה להגנה הניתנת להדיוט אלא אף להגנה יתירה. רב נחמן, לעומת זאת, פירש את דברי ר' יהודה בדרך מצמצמת, השוללת מן התגר את הגנת דין אונאה; זאת אנו למדים מן הטעם שהעניק רב נחמן לדינו של ר' יהודה:

¹³² בבא מציעא מז, ב.
¹³³ "וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך אל תונו איש את אחיו" (ויקרא כה, יד).
¹³⁴ ובדומה הסיק גרוסמן, עמ' 23-15.
¹³⁵ משנה, בבא מציעא, ד, ד.
¹³⁶ תורת כוהנים, פרשת בהר, פרק ג, ט.
¹³⁷ על כך ראה להלן ליד הע"ש 224-225.
¹³⁸ בבא מציעא נא, א.

”בתגר ספסר (קונה ומוכר מיד תמיד – רש”י) שנו. מאי טעמא ? מידע ידע זבינתיה כמה שווא ואחולי אחיל גביה, והאי דזבנא הכי משום דאתרמיא ליה זבינתא אחריתי והשתא מיהא קא הדר ביה”.

לדעת רב נחמן שולל אפוא ר' יהודה את עצם הגנת דין אונאה מן התגר מחמת הערכתו את התגר כמתקשר בחוזה הפסד לשם הפקת רווחים ברורים.

דומה בעינינו כי מסתברת יותר הפרשנות המצמצמת כמשקפת את פשטם של דברי ר' יהודה, שהרי סדר הדברים במשניות אונאה כך הוא: קביעת מגבלת השתות, קביעת מגבלת משך זמן יכולת תביעת האונאה, החלת דיני אונאה על המוכר כעל הקונה, מחלוקת ר' יהודה ותנא קמא במעמדו של התגר. מבנה זה של רצף הדינים תומך בפירוש עמדתו של ר' יהודה כמתייחסת לעצם תחולת דין אונאה על התגר ולא כמתייחסת לתחולת מגבלת השתות על התגר, מגבלה שהוזכרה כמה הלכות קודם לכך בראשית דיני אונאה. בין כך ובין כך, בעקבות ברייתא שהרחיבה במעט את דבריו הקצרים של ר' יהודה - ”ר' יהודה אומר: תגר אין לו אונאה מפני שהוא בקי”¹³⁹, הכריע התלמוד כפירושו של רב נחמן.

הקשר דברי ר' יהודה במשנה והאופן בו הובאו דבריו בברייתא תומכים, אם כן, בפירוש המצמצם שניתן לדינו. הבה ונתח את משמעות עמדה זו של ר' יהודה לאור מושגי הצדק החוזי. בדבריו מנסה ר' יהודה להביא לשילוב מורכב בין דומיננטיות עקרון הצדק החוזי המהותי ובין שקלול נפקותו של עקרון הצדק החוזי התהליכי. הקביעה כי אין אונאה לתגר ”מפני שהוא בקי” הנה קביעה תהליכית במהותה, שהרי היא מוציאה את התגר מתחום תחולת הדין משום היותו בעל כושר מסחרי להגן על עצמו בשלבי תהליכי המשא ומתן ולא משום שאכן הוכח כי תוכן החוזה מיטיב עם התגר ולא מקפחו; אדרבה, ר' יהודה מכשיר את החוזה המקפח את התגר וזאת בשל כוחו המסחרי העודף.

כדי להבהיר את טיב הקריטריונים שמציב ר' יהודה לתחולת דין אונאה נבחין בין קריטריון פוזיטיבי ובין קריטריון נגטיבי. הקריטריון הפוזיטיבי קובע את קיום התנאי הדרוש לתחולת הדין, ואילו הקריטריון הנגטיבי קובע את החריג היוצא מן הכלל, שבאי התקיימותו מתקיים הכלל גופו. הקריטריון הפוזיטיבי לתחולת דין אונאה הנו קיומו של המחיר החריג, וזאת אף אליבא דר' יהודה. הכלל 'אין אונאה לתגר' הנו הקריטריון הנגטיבי שמוסיף ר' יהודה, וזאת בהוציאו את התגר חוץ לתחולת הדין. ודוק: ר' יהודה נזהר מלנסח את כללו בדרך הפוכה; יכל ר' יהודה לטבוע כלל 'יש אונאה להדיוט', ולא עשה כן, אלא קבע את התגר כחריג¹⁴⁰.

בחירת נוסח זה הנה סמנטית בעיקרה אך היא גם בעלת נפקות משפטית. המשמעות הסמנטית מתבטאת בהקניית ערך משני לכלל 'אין אונאה לתגר', שהרי הוא קובע את החריג ולא את הכלל עצמו. הנפקות המשפטית מגולמת בכך שר' יהודה שולל אמנם את הגנת הדין מתגר המתאנה על ידי הדיוט, אך מכך לא נובע כי הגנת הדין ניתנת על ידי ר' יהודה אך ורק להדיוט המתאנה על ידי תגר. לשם הבהרת העניין עלינו לשוות לנגד עינינו את ארבעת מערכות היחסים האפשריות בין

¹³⁹ בבא מציעא, נא, א.

¹⁴⁰ אם נצרין את דברי ר' יהודה נמצא כי הוא אינו קובע כי בהתקיים X חל A, אלא הנו קובע כי בהתקיים Y לא חל A. חשוב לדקדק ולהסב את תשומת הלב לשונות נוסח דברי ר' יהודה המופיע במשנה מנוסח דברי ר' יהודה המופיע בתורת כוהנים (ראה לעיל ליד הע"ש 135). במשנה קובע ר' יהודה את החריג: ”אין אונאה לתגר”, ואילו בתורת כוהנים קובע ר' יהודה הן את הכלל והן את חריגו: ”תגר להדיוט יש לו הונייה, הדיוט לתגר אין לו הונייה”.

תגרים והדיוטות: תגר המוכר לתגר; תגר המוכר להדיוט; הדיוט המוכר לתגר; והדיוט המוכר להדיוט¹⁴¹. אמנם ר' יהודה אינו מעניק את הגנת דין אונאה לתגר שהתאנה על ידי הדיוט, ומסתבר גם ור' יהודה ימנע מלהעניק את הגנת הדין לתגר שיתאנה על ידי תגר אחר (שהרי מכל מקום מתקיים בתגר המתאנה הטעם 'מפני שהוא בקי'), אך מכך לא נובע כי ר' יהודה יתנגד להענקת הגנת הדין להדיוט שיתאנה על ידי הדיוט אחר. במקרה זה כוחם המסחרי של שני הצדדים שווה, ואין ר' יהודה מתנגד להענקת הגנת הדין לצד הנפגע מן המחיר החוזי החרוג¹⁴². סימון התגר כחריג שאינו מוגן על ידי הדין מביאה להכללת כל שאר המקרים בהם ההדיוט הוא המתאנה תחת תחולת הדין – בין אם ההדיוט מתאנה על ידי תגר ובין אם הוא מתאנה על ידי הדיוט חברו. מאידך, לו היה ר' יהודה קובע את הכלל ההפוך – 'יש אונאה להדיוט' – היה הדבר פותח פתח להסתפקות בשאלה האם כל הדיוט זכאי להגנת דין אונאה או שמא דווקא הדיוט המתאנה על ידי תגר¹⁴³.

בין כך ובין כך נוכחים אנו לדעת כי ר' יהודה מוסיף קריטריון תהליכי לתחולת דין אונאה אך זאת כקריטריון נגיבי ולא כקריטריון פוזיטיבי, כיוצא מן הכלל ולא ככלל עצמו. בעוד חכמים מטילים את כל כובד משקלם על עצם קיומו של המחיר החרוג, תוך אי נכונות להתנות את תחולת הדין בטיב מערכת יחסי הכוחות המסחריים של הצדדים, בא ר' יהודה ומשקלל פרמטר זה עם הפרמטר המהותי שבקיום המחיר החרוג, אך זאת הוא עושה על ידי המרתו בקריטריון נגיבי המסמן את החרוג היוצא משורת הכלל.

2.8 היעדר מידע

עיוננו במבחנים התנאיים להפעלת דין אונאה העלה כי הם אינם מציבים באופן מוצהר דרישת התקיימות פגמים תהליכיים לשם תחולת דין אונאה, וכי הם מתמקדים בהצבת דרישת התקיימות הפגם המהותי שבמחיר החוזי המקפח. יוצא מכלל זה הנו ר' יהודה אשר שילב פרמטר תהליכי, הנסוב סביב אופי יחסי הכוחות המסחריים של הצדדים, בדמות חריג היוצא מן הכלל. השלמת עיון זה תיעשה על ידי בחינת העמדות האמוראיות בשאלת מעמדה של ידיעת המתאנה וטעותו.

מאפיין אפשרי (ומסתבר) נוסף של הפגם התהליכי הקודם לתוצאת האונאה הנו העדר ידיעה מהימנה של הקונה את מחיר השוק. בין שאר התנאים ההכרחיים לקיומו של הליך חופשי של כריתת חוזה יש למנות את דרישת ידיעת הצדדים את העובדות הרלוונטיות השונות; רק כך יוכלו הצדדים לשקול כראוי את משמעויות הכניסה לתחום החוזי, אז תהא בחירתם בחירה חופשית במובנה העמוק והממשי. כריתת חוזה הבאה מחמת הסתמכות על מידע כוזב כמוה במובן מסויים ככריתת חוזה הבאה מחמת חוסר יכולת הפעלת הרצון החופשי מחמת כפייה והפעלת לחץ. הטענה העשויה להישמע בהקשר זה היא כי ההסכמה לכריתת חוזה במחיר מופרז הושגה מחמת אי-ידיעת הקונה את המחיר המקובל בשוק; לו היה מודע הקונה למחיר המקובל בשוק עבור מוצר זה

¹⁴¹ נחזור ונציין כי אין חפיפה בין ההדיוט ובין הקונה וכן בין התגר ובין המוכר; תגר רוכש לא אחת מוצרים, וכן הדיוט עשוי למכור את נכסיו (ראה לעיל הע"ש 126).

¹⁴² קביעה זו נכונה במידה והממכר הנו נכס נסחר ואין הוא נכס אישי-ביתי; חוזה למכירת נכס אישי-ביתי זוכה להגנה מופחתת של דיני אונאה – ראה שו"ע חו"מ רכז, כג בעקבות בבא מציעא נא, א – אך זוהי מגבלה מתחום שונה הנוגעת לזהות הנכס ולא דווקא לזהות בעליו.

¹⁴³ השווה, למשל, ללשון התורת כוהנים (לעיל בהע"ש 140), משם ניתן אולי להסיק כי אכן הדיוט המתאנה על ידי הדיוט אינו זכאי להגנת הדין.

הוא לא היה מסכים לקנותו במחיר המופרז. על פי טיעון זה הפגם שבמחיר החוזי המופרז אינו עצם עובדת קיומו, אלא סמיכת דעתו המוטעית של הקונה בעת שלבי המשא ומתן לכריתת החוזה. לתחולת דין אונאה ניתן להציב, אם כן, תנאי מקדמי של העדר ידיעת הקונה את מחיר השוק המקובל, העדר ידיעה אשר בעטיה באה הסכמתו לרכישת המוצר במחיר מופרז. כזכור, מרבית חוקרי המשפט העברי אכן העמידו את תביעת האונאה על יסוד הטעות שבהערכת מחיר השוק¹⁴⁴. בסעיף זה נבדוק, אם כן, מה ניתן ללמוד מן המקורות האמוראיים לגבי התניית הפעלת דין אונאה בהיעדר מידע אמין בידי המתאנה אודות המחיר המקובל בשוק עבור המוצר. לשון אחר, נעיין בשאלה האם תישלל אוטומטית זכות תביעת האונאה ממתאנה אשר ידע את המחיר המקובל בשוק? ייחוס משקל משפטי לטעות המתאנה כתנאי לתחולת הדין פירושה הענקת משקל יתר לעקרון הצדק התהליכי, המקופל בהקפדה על העדר טעות בהערכת מחיר השוק. בהקשר זה נסקור ארבע מובאות אמוראיות רלוונטיות. מובאות אלו אינן מתנבאות בקול אחד, מהן תומכות בבירור באי הרלוונטיות של טעות המתאנה לתחולת דין האונאה ומהן הפותחות פתח להגדרה מהופכת של תחולת הדין.

2.8.1 כריתתה המלווה בכוונת תביעה (מקרה וורשכי)

סוגיית התלמוד הבאה מעלה בפנינו דוגמה למקרה בלתי שכיח בו חוזה מכר מכיל מחיר מופרז תוך מודעות הקונה למחיר המקובל בשוק. התלמוד מעלה בפנינו סיטואציה בה ידע הקונה כי לפניו מיקח שמחירו גבוה ממחיר השוק המקובל, חרף זאת כרת הקונה את החוזה הכולל את המחיר המופרז. פעולה זו של הקונה לא נעשתה מחמת וויתור והסכמה למחיר מופרז זה (קרי, מעין מתנה), אלא מתוך כוונה לתבוע את המוכר בבית דין בעילת אונאה. הקונה סבר כי קשה יהיה להתמקח עם המוכר על הורדת מחיר החוזה למחיר המקובל בשוק, וכי קל יותר יהיה להצטרף לחוזה תוך הגשת תביעה לבית הדין. וכך מספר התלמוד:

”ההוא גברא דהוה נקט ורשכי (קשורי משי – רשׁי) לזבוני, קרי שיתא ושויא חמשא, ואי הוה יהבי ליה חמשא ופלגא הוה שקיל. אתא ההוא גברא ואמר אי יהיבנא ליה חמשא ופלגא הויא מחילה, אתן ליה שיתא ואתבעיה לדינא. אתא לקמיה דרבא. אמר ליה: 'לא שנו אלא בלוקח מן התגר אבל בלוקח מבעל הבית אין לו עליו אונאה'”¹⁴⁵.

קונה זה העריך כי הוא יצליח להוריד את מחיר המוצר ל 5.5 (כאשר מחיר השוק שלו הוערך ב 5), אך במקרה זה הוא לא יהיה זכאי לסעד מן הדין (שכן פער המחירים יהיה במקרה זה למטה משישית¹⁴⁶); על כן העדיף הקונה לשלם את מלוא המחיר הנדרש – 6 – ולתבוע אחר כך את החזר האונאה בבית דין¹⁴⁷. מתוך דברי התלמוד עולה כי באופן עקרוני יהיה זכאי מתאנה זה להגנת דין אונאה¹⁴⁸. לפנינו, אפוא, קונה אשר מודע היטב למחיר המקובל בשוק ולפער בינו ובין המחיר

¹⁴⁴ ראה לעיל סעיף 2.3.

¹⁴⁵ בבא מציעא נא, א.

¹⁴⁶ על כך ראה להלן ליד הע”ש 224.

¹⁴⁷ התלמוד מביא בסוגיה זו מקרה דומה של מכירת כיפי (נזמים).

¹⁴⁸ הסוגיה שוללת מן הקונה הנידון את הגנת דיני אונאה משום שהמוכר במקרה זה מסווג כ'בעל הבית', קרי אדם המוכר את חפציו האישיים. הסוגיה מחסנת את 'בעל הבית' המוכר את חפציו האישיים מפני תביעת אונאת מחיר. מכך משתמע במובהק כי כאשר אין המוכר מסווג כ'בעל הבית' יזכה המתאנה הנידון בהגנת דיני אונאה. יש לציין כי דברים דומים מצאנו אף בתלמוד הירושלמי. אגב דיונו בעניין אחר מניח הירושלמי כי מתאנה אשר ידע את פערי המחירים ולמרות זאת התקשר בחוזה תוך כוונה לתבוע את ביטול המיקח בעתיד יהיה זכאי לכך; מודעתו למחיר השוק ולפערי המחירים אינה שוללת את זכות תביעתו: "ידע אנא דלא הוות מיקמתי תבא אלא חמשה דינרין

הקבוע בחוזה ואין הדבר שולל כלל ועיקר את זכאותו להגנת דין אונאה. מדין זה נסיק כי אין הטעות בהערכת מחיר השוק תנאי לתחולת דין אונאה, ו"מהא שמעינן דאף על גב דידע הקונה דאיתא במנא אונאה וקנאו, דיש לו מן הדין לחזור על המוכר וליטול ממנו האונאה"¹⁴⁹. אכן דברים אלו שמשו בסיס לפסיקת הרמ"א: "היה יודע הלוקח בשעה שלקחו שנתאנה ושתק, ומיד אחר הלקיחה קודם שיראה לתגר או לקרובו תובע אונאתו, לא אמרינן דמחל הואיל וידע"¹⁵⁰. מסקנת דברינו תודגש לאור הנגדת 'מקרה וורשכי' לסיפור מקביל המובא בתלמוד בהקשר של בעיית אי התאמה:

"רב פפא זבן ארעא מההוא גברא. אמר ליה: 'הויה עשרין גריוי משחיה' (עשרים סאין מדהה – רשב"ם). ולא הואי אלא חמיסרא. אתא לקמיה דאביי. אמר ליה: 'סברת וקבילת'. והתנן: 'פחות משתות - הגיעו, עד שתות – ינכה' ? הני מילי היכא דלא קים ליה בגוה, אבל היכא דקים ליה בגוה סבר וקביל (מתניתין היכא דלא קים ליה ללוקח במידת השדה אבל מר קים ליה בגוה – מכיר אתה שדה זו ויודע היית שאין בו אלא חמשה עשר וכיון דידעת מחלת – רשב"ם). 'והא עשרין אמר לי' ? אמר ליה: 'דעדיפא כעשרין'"¹⁵¹.

בחוזה מכר זה התעוררה בעיית אי התאמה בין כמות הממכר הנקובה בחוזה ('עשרין גריוי') ובין כמות הממכר שניתנה בפועל (חמישה-עשר). זוהי, למעשה, אחת מהסתעפויותיו של דין מיקח טעות. על דרך הכלל מזכה אי התאמה כעין זו את הנפגע בסעדים המתאימים, אך סעדים אלו נשללו במקרה זה מן הקונה משום שהוכח כי בעת כריתת החוזה הוא היה מודע למצבו הריאלי של הממכר ולאי התאמתו לכתוב בחוזה. טענת מיקח טעות לא תישמע, אפוא, באם יוכח כי הקונה ידע ולכן לא טעה¹⁵²; אין טענות מומין ומיקח טעות עומדות אלא באם הן מבוססות על טעותו של הקונה. הרמב"ם ניסח עקרון זה כך: "...המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין ונמצא במיקח מום **שלא ידע בו הלוקח** מחזירו אפילו אחר כמה שנים שזה מיקח טעות הוא"¹⁵³. כל זאת במהופך לחלוטין מן האמור במקרה וורשכי. במקרה וורשכי לא סבל המתאנה מכל טעות שהיא, שהרי הוא היה מודע גם מודע למחיר השוק, ועל כן טענתו בדבר מיקח טעות או היעדר גמירת דעת מספקת למחיר החוזי אינה יכולה שתישמע. זכאותו של המתאנה

על דהוות דחיק ליה יהבי אשתה דינרין סב דידך והב דידיי (ירושלמי, בבא מציעא, פרק ד הלכה ג). פירוש פני משה: "...שהוא יכול לומר לו יודע הייתי בתחילה שאין הסחורה זו שווה אלא חמשה דינרין ועל שהייתי דחוק ונצרך לסחורה כזו נתתי לך ששה, עתה קח הסחורה שלך ותן לי מעותי". על כך ראה גם בפירוש נתיבות ירושלים לסוגיה זו שבירושלמי.

¹⁴⁹ רבנו חננאל, הובא בשיטה מקובצת לבבא מציעא נא, א, וכן בחידושי הצמודים לשי"ס. בדומה כתב המרדכי (בבא מציעא, פרק ד, אות שז) "מפני שידע הלוקח כשלקח שנתאנה לא פטרוהו". ראה גם קצות החושן, חו"מ, סימן רכ"ז סק"ה; נתיבות המשפט, חו"מ, רכז, ס"ק ד.

¹⁵⁰ חו"מ, רכז, ז. בעל הלבוש (חושן משפט, עיר שושן, רכז, ס"ק ז) פוסק לכאורה כנגד המרדכי והרמ"א בקובעו כי אין לדיני אונאה תחולה במידה וידע המתאנה מאונאתו; על כך ראה סמ"ע, חו"מ, רכז, ס"ק יח.

¹⁵¹ בבא בתרא קו, א-קו, ב.
¹⁵² בחידושי הריטב"א (בבא בתרא קו, א) הושלכו דברי סוגיה זו על מקרה נוסף, בו קיבל הקונה מוצר מסוג נחות, אך זכות תביעתו נשללה מחמת שהוא ידע בעת הכריתה את עובדת נחיתותו של המוצר המתקבל: "הא כל שמוכר לחבירו כעין כוס של עץ ואמר לו כוס של זהב, איכא למימר דאדרבא אמר ליה הא חזית דכוס של עץ הוא, ושמא בעלמא" (וראה גם נימוקי יוסף, שם; רמ"א, חו"מ, רלב, ז. עוד ראה א' ורהפטיג, 'הגנת הצרכן לאור ההלכה (הליכות מסחר – מיקח טעות וגניבת דעת)', **תחומין ג** (תשמ"ב), עמ' 334, 351).

¹⁵³ רמב"ם, מכירה, טו, ג (הדגשה שלי – ב.פ.). מוסיף על כך המגיד משנה וקובע כי לא רק באם ידע הקונה על קיום המום הוא הפסיד את תביעתו, אלא אף באם הוא יכל לדעת על כך ובחר שלא לדעת: "ויש מי שכתב שאם היה הדבר שהלוקח יכול להבחין לאלתר כגון שיכולין לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם אינו חוזר" (מגיד משנה מכירה, טו, ג). וראה שו"ת רדב"ז חלק ב סימן אלף רט (קלט) וסימן אלף רו (קלו). אך ראה שו"ת מהריט"ץ סימנים קה, רכה. עוד ראה שו"ת מהרשד"ם חו"מ, סימן שפה; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רלב הגהת בית יוסף אותיות ו, ז, יא.

לתבוע במקרה זה את אונאתו מבוססת, אפוא, על עצם הקיפוח שבתוכן החוזה ולא על טעותו והיעדר ידיעתו במהלך שלבי הכריתה. מכאן נסיק כי לדידה של סוגיה זו אין העדר הידיעה דרושה כתנאי מקדמי לתחולת דין אונאה, וכי תחולתו מותנית בעצם אי-ההגינות המהותית הגלומה במחיר המקפח¹⁵⁴. מסקנה זו מצאה את ביטויה בדבריו של אחד מן הפרשנים האחרונים שכתב לגבי סוגיה זו: "אך קשה אמאי באמת צריך להחזיר את האונאה היכא דידע המתאנה, הרי הקנה לו כל המעות שנתן בעד החפץ ולא הוה הקנאה בטעות, דהרי ידע דאין החפץ שוה המעות שנתן ואפילו הכי הקנה לו המעות? ... ומזה ראייה... דאף אם באמת הקנה לו כל המעות בעד החפץ אינו קונה המוכר רק כפי שוויו של החפץ"¹⁵⁵.

את מסקנתנו זו ניתן לנסות ולדחות מכוח מספר טיעונים:

א. *כוונה לתבוע בבית דין* – ניתן לטעון כי על דרך הכלל ידיעת הקונה את מחיר השוק המקובל שוללת ממנו את זכותו בתביעת אונאה, אך שונה הקונה שלפנינו באשר הוא התכוון שלא לגמור דעתו לעסקה זו; והראיה כי הוא התכוון לתבוע את המוכר בבית דין. כוונתו לתבוע את המוכר בבית דין היא המהווה את בסיס זכאותו לערער על תוקף המיקח. תביעתו של קונה זה אינה מבוססת, אפוא, על עצם קיומה של האונאה, אלא על היעדר גמירת דעתו מחמת כוונתו לתבוע את הקונה בבית דין (בתביעת אונאה). דומני כי טענה זו אינה יכולה להתקבל. אדם הכורת חוזה תוך כוונה לשלול את תוקפו על ידי תביעה בבית דין יהיה מושתק מלטעון לאי-גמירת דעתו לכריתת החוזה. מסקנה זו מסתברת היא, שאם לא כן יבולע ליציבותו של עולם החוזים בכללותו באשר כל אחד ואחד יטען לאי גמירת דעתו לחוזים שאינם נוחים לו מכוח כוונתו לתבוע את הצד שכנגד בבית-דין. קביעה זו תקבל את תמיכתה ממקרהו הנ"ל של רב פפא, בו ידיעתו את אי התאמת גודל הממכר לאמור בחוזה וכוונתו לתבוע את המוכר מנעו את קבלת תביעתו בבית דין. ישנו מקרה יחידני, חריג ויוצא מן הכלל, בו הדבר מתאפשר: חוזה כפוי. במקרה ובו האדם אנוס לכרות חוזה מעניק לו הדין את האפשרות למסור 'מודעאי' המעידה על כוונתו לתבוע את הצד שכנגד בבית דין¹⁵⁶. חריגותו של מקרה זה מובנת מאליה, שכן אין האדם חופשי במקרה זה שלא לכרות את החוזה, על כן בבואו לטעון לאי גמירת דעתו מכוח רצונו לתבוע את הצד שכנגד אין אנו משתיקים אותו. מאידך גיסא, במקרה ובו האדם נכנס בבחירתו בהתקשרות החוזית הרי עצם נכונותו להתקשר בחוזה מספיקה להכניסו בתחום החבות החוזית¹⁵⁷. אזכור התלמוד כי המתאנה התכוון לתבוע את המאנה בבית דין לא בא אלא כדי להסביר את הגיון מעשיו, אך אין זה הטעם המשפטי המצדיק את זכות תביעתו. אכן פוסקי ההלכה שהובאו לעיל¹⁵⁸ הפיקו מתוך מקרה וורשכי כלל משפטי שאינו מאזכר בתוכו כלל ועיקר את כוונת המתאנה לתבוע את המאנה בבית דין.

ב. *אי מודעות המוכר לידיעת הקונה* – עוד ניתן לטעון כי אכן במקרה זה ידע הקונה את מחיר השוק, אך ידיעה זו של הקונה הייתה נחלתו של הקונה עצמו ולא הייתה זו ידיעה משותפת לשני הצדדים. מכאן, כי אמנם לא ניתן לבסס את זכות תביעתו של הקונה בטעותו שלו עצמו,

¹⁵⁴ ראה גם צורי עמ' 93; לוין עמ' 21-22.

¹⁵⁵ חידושי רבינו דוד דוב (טאוב), בבא מציעא פרק הזהב דף נא, א"ה ההוא גברא.

¹⁵⁶ על כך ראה להלן ליד הע"ש 362.

¹⁵⁷ ראה גם קצות החושן, חו"מ, רכז ס"ק ה: "כי אמר אתבעיא לדינא מאי הוי כיוון דאינו אנוס".

¹⁵⁸ ראה ליד הע"ש 149 - 150.

אך ניתן להצדיקה בפגם הנעוץ בדרך התנהגותו הפסולה של המוכר, אשר מכר מוצר במחיר הגבוה ממחיר השוק בלא ליידע על כך את הקונה. לדעתי טיעון זה עשוי היה להישמע לו אכן דין האונאה היה שייך במהותו לתחום הענישה הפלילית ולא לתחום הסעד האזרחי (קרי ענישת המאנה על אופן התנהגותו, וזאת במנותק מהיעדר זכאותו של המתאנה לפיצוי מן הדין)¹⁵⁹. אך טענה זו גופה - כי דיני אונאה מבוססים בעיקרם על ענישת מעשי המאנה ולא על פיצוי נזקי המתאנה - צריכה ראייה חזקה. מסתבר יותר כי דין האונאה הנו בראש ובראשונה סעד אזרחי המוגש למתאנה, ומכאן כי מן הראוי לבסס את זכות תביעתו של המתאנה על קורותיו שלו - אם על הטעות בעת כריתת החוזה ואם על הקיפוח בתוכנו - ולא על מעשיו של המתאנה¹⁶⁰.

ג. *ידיעת הקונה כממצא ספרותי* - טיעון נוסף העשוי להישמע הוא כי אכן זכות תביעתו של המתאנה מותנית בטעותו, ואכן לו יצליח המאנה להוכיח כי המתאנה היה מודע למחיר השוק הוא ישמוט את זכות תביעתו של המתאנה. דא עקא, במקרה שלפנינו צפונות ליבו של הקונה נחשפו בפני לומד הסוגיה על ידי כותבה, אך לא בפני המוכר; המוכר לא יכל להרים נטל ראייה זה, ולדידו הקונה טעה ולא ידע את מחיר השוק. לשון אחר, ידיעתו של קונה הוורשכי את מחיר השוק הנה בעלת ערך ספרותי אך אין היא בעלת ערך משפטי, שכן אין המוכר יכול להוכיחה. מבחינה משפטית מעמדו של מקרה זה שקול למקרה של אי ידיעת הקונה. אף שאין טיעון זה מסתבר בעינינו הרי שגם אין לדחותו בשתי ידיים; ההוכחה מ'מקרה וורשכי' כי דין אונאה אינו מותנה בטעות המתאנה אינה אפוא הוכחה שלמה.

2.8.2 תניית פטור שאינה תקפה

סבורני כי עיון במקרה בוחן נוסף יחזק את טענתנו כי דיני אונאה אינם תלויים בטעותו של המתאנה ובאי ידיעתו את מחיר השוק. הסוגיה בה נעיין בשורות הבאות הנה סוגיית תנאי מחילה באונאה.

סיבות שונות עשויות לעיתים להביא את הקונה להסכים ולשלם מחיר הגבוה מן המחיר המקובל בשוק תוך וויתור על זכות תביעת אונאה, זאת חרף ידיעתו כי מחיר זה הנו גבוה באופן יחסי ממחיר השוק¹⁶¹. לשם כך מסכימים הצדדים במשותף כי הגנת דין אונאה לא תעמוד לימינו של המתאנה במקרה זה; הסכמה זו מעוגנת על ידי הצדדים כתניה המשולבת בגוף החוזה: "על מנת שאין לך עלי אונאה". הדיון ההלכתי עשוי להתעורר בעקבות תפנית בכוונתו של המתאנה, המחליט לחזור בו ממחילתו ולתבוע את המאנה בגין המחיר המקפח הקבוע בחוזה. השאלה הנובעת ממקרה זה הנה האם דין אונאה הנו דין כופה (קוגנטי) או דין מרשה (דיספוזיטיבי), קרי, האם הסכמת הצדדים על העדר זכאות המתאנה להגנת דיני אונאה הנה הסכמה תקפה? במידה ודין אונאה הנו דין כופה הרי שתניית הוויתור אינה תקפה והקונה אכן זכאי לתבוע את אונאתו,

¹⁵⁹ לגישה מעין זו ראה דברות משה, בבא מציעא, חלק שני, סימן נ, ענף ג; וכן ראה נתיבות המשפט, רכז, ס"ק יט. לביקורת ראה חכמת שלמה (חוי"מ, רכז, על סעיף כז) אשר העיר כי סעדי המתאנה אינם ניתנים כפונקציה של מעשי המאנה אלא כפונקציה של נזקי המתאנה - "ובעל כורחך לא מכוח דלא תעשה מחזיר אונאה". על כך ראה עוד שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן פא, אות כח.

¹⁶⁰ ייתכן ובהקשר זה יש להפריד בין דין אונאה שבמקרא, המתמקד אך ורק בשלילת מעשיו של המתאנה תוך התעלמות מן הסעדים הניתנים למתאנה, ובין דין אונאה שבמשנה ובתלמוד הממוקדים בעיקרם בסעדים האזרחיים המוגשים למתאנה.

¹⁶¹ שיקוליו עשויים להיות: רצון להיטיב עם המאנה או לחלופין ראיית עסקה זו כרווחית עבורו אף במחיר המופרז.

אך במידה ודין אונאה הנו דין מרשה הרי שתניית הוויתור תקפה ואין הקונה זכאי לתבוע את אונאתו. בשאלה זו נחלקו האמוראים - רב ושמואל, ולמעשה, כבר המקורות התנאיים (אשר יובאו להלן) נזקקו באופן מפורש לסוגיה זו.

אחת מן השאלות הבסיסיות המתעוררת בהקשר זה הנה יחסה של דילמה זו למחלוקתם המפורסמת של התנאים - ר' מאיר ור' יהודה - בשאלת הדיספוזיטיביות של דיני הממונות בכללותם¹⁶². לדעת ר' מאיר חל על דיני הממונות הכלל הקובע כי "אין אדם מתנה על מה שכתוב בתורה", ואילו לדעת ר' יהודה אין כלל זה חל על דיני הממונות, ו"בדבר שבממון תנאו קיים". מהי זיקת מחלוקתם של רב ושמואל למחלוקתם של ר' מאיר ור' יהודה? האם אלו שתי מחלוקות זהות או שמא הן נערכות במישורים שונים. הסוגיה עצמה הקדישה מקום נרחב לעיון בשאלה זו, ומפאת מורכבותם של הדברים נביאה במילואה¹⁶³:

1. "איתמר: האומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה – רב אמר: יש לו עליו אונאה, ושמואל אמר: אין לו עליו אונאה.

2. לימא רב דאמר כרבי מאיר, ושמואל דאמר כרבי יהודה? דתניא: 'האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת אין לך עלי שאר כסות ועונה הרי זו מקודשת ותנאו בטל, דברי ר' מאיר. רבי יהודה אומר: בדבר שבממון תנאו קיים'.

3. אמר לך רב: אנא דאמרי אפילו לר' יהודה – עד כאן לא קאמר ר' יהודה התם אלא דידעה וקא מחלה, אבל הכא מי ידע דמחיל! ? ושמואל אמר: אנא דאמרי אפילו לר' מאיר – עד כאן לא קאמר ר' מאיר התם אלא דודאי קא עקר אבל הכא מי ימר דקא עקר מידי! ?

4. אמר רב ענן: לדידי מפרשא לי מיניה דמר שמואל: האומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה; על מנת שאין בו אונאה הרי יש בו אונאה.

5. מיתיבי: 'הנושא והנותן באמנה והאומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה'¹⁶⁴. לרב דאמר אנא דאמרי אפילו לר' יהודה הא מני ?

6. אמר אביי: מחוורתא רב אמר כר' מאיר ושמואל דאמר כ' יהודה.

7. רבא אמר: לא קשיא – כאן בסתם (על מנת שאין לך עלי אונאה דלא ידע דניחול – רש"י) כאן במפרש (שפירש לו יודע אני שיש אונאה ואני מוכרו לך על מנת שאין לך עלי אונאה – רש"י). דתניא: 'במה דברים אמורים בסתם, אבל במפרש מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני מוכר לך במאתיים יודע אני בו שאינו שווה אלא מנה על מנת שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה, וכן לוקח שאמר למוכר חפץ זה שאני לוקח ממך במנה יודע אני בו ששווה מאתיים על מנת שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה'¹⁶⁵.

¹⁶² בבא מציעא צד, א.

¹⁶³ חילקנו את שלבי הסוגיה לפיסקאות, ומיספרנו פיסקאות אלו בצידן.

¹⁶⁴ תוספתא, בבא מציעא, פרג ג הלכה יב.

¹⁶⁵ בבא מציעא נא, א – נא, ב.

המתבונן בשלביה השונים של סוגיה זו ימצא כי מתרוצצות בה שתי עמדות מרכזיות לגבי הבהרת מערכת היחסים שבין מחלוקת התנאים (ר' מאיר ור' יהודה) ובין מחלוקת האמוראים (רב ושמאל):

1. *מחלוקת זהות* – על פי עמדה זו רב ושמאל נחלקו במחלוקתם של ר' מאיר ור' יהודה; רב סובר כר' מאיר ושמאל סובר כר' יהודה. עמדה זו הנה בבסיס שאלת הפתיח של הסוגיה (פסקה 2), ובה גם מחזיק אביי (פסקה 6). על פי עמדה זו רב ושמאל לא נחלקו בשאלה המקומית של אופי דין אונאה אלא בשאלה הכללית של מידת הדיספוזיטיביות של דיני הממונות בכללותם.

2. *מחלוקת שונות* – על פי עמדה זו רב ושמאל נחלקו בשאלה מצומצמת יותר, והיא בשאלת מעמדן של תניות פטור שהתנגשותן עם הדין מוטלת בספק. על פי מהלך דברים זה ר' מאיר ור' יהודה נחלקו במקרה ובו תניית הפטור סותרת באופן ודאי את הדין – ר' מאיר שולל את תוקפה של תניית הפטור ור' יהודה מקיימה. לעומת זאת, במקרה ובו תניית הפטור באה על אף שאין כלל בהירות כי החוזה מנוגד לדין נחלקו האמוראים, כאשר רב שולל את תוקפה של תניית פטור מסופקת זו ושמאל מכשירה. השתקפותה של סיטואציה זו בעולמה של האונאה היא תניית פטור 'על מנת שאין לך עלי אונאה' המשולבת בחוזה אשר הצדדים כלל אינם יודעים מראש אם יש בו אונאה אם לאו. כעמדה זו מחזיק המשיב שבפסקה 3, ועל גבה בא רבא (פסקה 7) ומיישב את עמדת רב עם האמור בתוספתא (המצוטטת בפסקה 5).

יצוין כי תיאורטית ניתן היה להעניק למחלוקת האמוראים הסבר נוסף. על פי הסבר אפשרי זה לא נחלקו רב ושמאל בשאלות כוללניות של תוקף תניות פטור (ודאיות או מסופקות) בדיני ממונות אלא מחלוקתם ממוקדת הייתה בהבנת יסודותיו של דין אונאה – אם הנו דין מרשה או כופה. אפשרות פרשנית זו לא מצאה את ביטוייה בסוגייתנו, וממנה עולה כי דין אונאה דומה במהותו למכלול דיני הממונות. הווי אומר: במידה ותתקבל דעתו של ר' יהודה כי דיני הממונות הנם דינים מרשים הרי שאף דין אונאה במשמע זה, ואין הוא כדין הריבית, למשל, שאינו ניתן להתנאת הצדדים¹⁶⁶.

בין כך ובין כך נמצאנו למדים כי קיימת הנחת יסוד סמויה החורזת סוגיה זו מתחילתה ועד סופה, והיא עצמה משותפת למכלול שלביה השונים של הסוגיה. אמנם סוגייתנו הביעה עמדות שונות בהתייחס להגדרת מחלוקתם של רב ושמאל, אך דומה כי היא בעלת עמדה אחידה לגבי זיקת מחלוקתם של ר' מאיר ור' יהודה לדיני אונאה: לדידם של מכלול שלבי סוגייתנו במקרה ובו שילבו הצדדים בחוזה תניית פטור וודאית, מפורשת ומפורטת, הפוטרת את המאנה מאחריות כלפי המתאנה, הרי שתקפותה של תניית פטור זו תעמוד במוקד מחלוקתם של ר' מאיר ור' יהודה; ר' מאיר יבטלה ור' יהודה יקיימה. לא באה הסוגיה והתחבטה אלא בשאלת זיקתם של האמוראים למחלוקת זו – האם נחלקו גם הם בדבר זה או שמא הם נחלקו במישור אחר של הדיון (תניית פטור הבאה על הספק) – אך דומה כי שוררת הסכמה בסוגיה כי תוקפה של תניית פטור

¹⁶⁶ על כך השתמעויותיה של מסקנה זו ראה להלן סעיף 3.1.

וודאית ומפורטת אשר תשאף לחסן את המאנה מפני תביעת אונאה תעמוד במוקד מחלוקתם של ר' מאיר ור' יהודה¹⁶⁷. הבה ונעיין במשמעויותיה של נקודת מוצא זו.

הצדדים שלפנינו מודעים במשותף לעובדת קיומה של האונאה והם אף מעוניינים בשילוב תנייה חוזית המחסנת את המאנה מפני תביעת אונאה. ר' מאיר שולל את תוקפה של תניית פטור זו מחמת שהיא נוגדת את הכתוב בתורה, ור' יהודה מקיימה שהרי לדידו יכול האדם להתנות על דיני הממונות בכללותם. טענתנו היא כי בנקודה זו מוכח כי תביעת האונאה נשענת אך ורק על קיומו של המחיר המקפח ואין היעדר ידיעת המתאנה את מחיר השוק מהווה תנאי הכרחי לה. לוי הייתה תביעת האונאה חייבת להישען על טעות המתאנה בהערכת מחיר השוק לא היה כל מקום להנחת התלמוד כי ר' מאיר ור' יהודה חולקים במקרה שלפנינו; גם אם תניית הפטור אינה תקפה אליבא דר' מאיר (שכן היא מנוגדת לכתוב בתורה) מכל מקום במקרה זה לא מתמלא הקריטריון הראשוני של היעדר ידיעת הקונה את מחיר השוק שהרי המתאנה מודע גם מודע לפער המחירים בין מחיר השוק ובין המחיר הנקוב בחוזה. אם טעותו של המתאנה בהערכת מחיר השוק הייתה מהווה תנאי הכרחי לתחולת דין אונאה מן הראוי היה כי אף ר' מאיר ישלול מן המתאנה שלפנינו את זכות תביעתו – לא מחמת תקפותה של תניית הפטור (שהרי היא נוגדת את הכתוב בתורה) אלא מחמת שהוא אינו עומד באחד מן הקריטריונים הדרושים לתביעת אונאה, קרי טעות בהערכת מחיר השוק. לשון אחר, הדיון התלמודי שלפנינו כלל לא שקלל את העובדה שהמתאנה הנידון מודע למחיר השוק; כל דיון התלמוד לא נסב אלא על שאלת תקפות תניית הפטור, ומכאן נוכל אנו להסיק כי שאלת מודעות המתאנה למחיר המקובל בשוק עשויה שלא לשלול ממנו את הזכות לתביעת האונאה בגין קיומו של המחיר המקפח.

למעשה, המקרה שלפנינו הנו מקרה ביניים נוסף הדומה במידת מה לימקרה וורשכי. כשם שבימקרה וורשכי הנידון לעיל מצאנו מתאנה המודע למחיר השוק בלא שמודעות זו גוררת אחריה מחילה תקפה על זכות תביעתו (שהרי הוא מתכוון לתבוע את המאנה בבית דין) כך גם במקרה שלפנינו אנו מוצאים מתאנה המודע למחיר השוק בלא שמודעות זו גוררת אחריה מחילה תקפה על זכות תביעתו; אי תקפותה של מחילה זו נובע מחמת היותה באה כתניית פטור המשולבת בגוף החוזה, באופן שאין ר' מאיר נכון לקבלה. הנה לנו שוב כי גם כאשר המתאנה במחיר מודע למחיר השוק ולפערי המחירים אין זכותו לתביעת האונאה נשללת; זכות תביעת האונאה מבוססת, אם כן, על עצם קיומו של הפגם המהותי שבפערי המחירים ואין היא מותנית בקיומו של פגם תהליכי בדמות היעדר ידיעה מהימנה של המחיר המקובל בשוק.

אך חשוב להוסיף ולהדגיש כי הוכחתנו איננה מבוססת אך ורק על האופן שבו הבין התלמוד את עמדת ר' מאיר; הנה מתבססת לא פחות על האופן שבו הבין התלמוד את עמדת ר' יהודה. ר' יהודה המעניק על פי סוגיה זו תוקף לתניית הפטור, עושה זאת לא מחמת עצם ידיעת המתאנה את המחיר המקובל בשוק, אלא מחמת יכולתו הכללית להתנות על דיני הממונות. לאמור, גם אליבא דר' יהודה אין עצם ידיעת המתאנה את מחיר השוק שוללת את זכות תביעתו, ורק תניית הפטור שהוסיפו הצדדים היא שתחסן את המאנה מפני תביעת אונאה. אכן, מסתבר הדבר כי אם ידע המתאנה את מחיר השוק אך הוא ינסח את תניית הפטור בנוסח שאינו תקף אף על פי שיטתו של ר' יהודה אזי יודה ר' יהודה לר' מאיר כי מתאנה זה יהיה זכאי לתבוע את המאנה בגין אונאת

¹⁶⁷ ייתכן והירושלמי, אשר לא קישר נושא זה למחלוקתם של ר' מאיר ור' יהודה, הנו בעל השקפה שונה בסוגיה זו (על כך ראה עוד להלן העי"ש 215).

המחיר. דוגמה לדבר כאשר המתאנה יודע את מחיר השוק ואת הפער בינו ובין המחיר החוזי המוסכם, אך את תניית הפטור מנסח המתאנה בלשון הבלתי תקנית 'על מנת שאין בו אונאה' (ולא בלשון התקנית 'על מנת שאין לך עלי אונאה'), נוסח שאף ר' יהודה שולל את תוקפו¹⁶⁸. במקרה זה אף ר' יהודה יודה כי המתאנה יהיה זכאי לתבוע את אונאתו מחמת שאין תניית פטור זו תקפה, חרף מודעות המתאנה לעובדת קיומה של האונאה¹⁶⁹. מכאן, כי לדידה של סוגיה זו אין מודעות המתאנה למחיר השוק פוגמת בזכותו להגנת דיני אונאה מפני המחיר המקפת, ותובנה זו מוסכמת היא על דעתם של ר' מאיר ור' יהודה (לכל הפחות, כפי שהבינה בעל הסוגיה).

מהלך פרשני זה מבטא הן את פשטה של הסוגיה הנ"ל והן את דבריהם של מרבית הראשונים. כאמור, לאורכה של הסוגיה מובלעת ההנחה כי תוקפה של תניית פטור במקרה של אונאת מחיר שנויה במחלוקתם הכוללת של ר' מאיר ור' יהודה ביכולת ההתנאה על דיני הממונות. הנחה זו משתמעת לכאורה אף מתוך דבריו של רבא הבאים בסופה של הסוגיה (פסקה 7), אך יש המפקפקים בדבר זה. הבה ונרחיב מעט את העיון בדברי רבא. תפקיד דברי רבא בסוגיה זו הנו בתירוץ הקושיא שנטענה כנגד רב (פסקה 5), אשר תמציתה בהצבעה על סתירה בין עמדת רב השולל את תוקפה של תניית הפטור שבאונאה ובין עמדת התוספתא המעניקה תוקף לתניית פטור זו. תירוץו של רבא התבסס על אבחנה בין 'סתם' ל'מפרש'. דומה כי הפירוש ההולם את כוונת דברי רבא הוא זה: כאשר קבע רב כי אין תוקף לתניית הפטור הריהו התכוון לתניית פטור סתמית שאינה מפורטת, ולדעת רב בדבר זה יודה ר' יהודה לר' מאיר כי אין תניית פטור זו תקפה. לעומת זאת, בשאלת תוקפה של תניית פטור מפורטת יחלקו התנאים, והתוספתא אשר העניקה תוקף לתניית פטור זו היא המשקפת את עמדתו של ר' יהודה. בדרך זו מצליח רבא לאחוז את החבל משתי קצותיו – ליישב את עמדת רב עם עמדת שני התנאים, וליישבה עם התוספתא. מכאן כי אף רבא מודה כי מעמדה של תניית פטור מפורטת נופלת תחת מחלוקתם של ר' מאיר ור' יהודה, ואין אי-מודעות המתאנה למחיר השוק פוגמת בזכותו לתביעת האונאה.

בדרך זו התפרשו דברי רבא על ידי מרבית הראשונים. רש"י, למשל, טרח והדגיש כי לדידו של רבא המקרה של תניית פטור מפורטת שנוי במחלוקת התנאים: "... אמר רבי יהודה דמתנה ותנאו קיים"¹⁷⁰; ודוק – ר' יהודה ולא ר' מאיר, שכן ר' מאיר חולק בדבר ושולל אף את תוקפה של תניית הפטור המפורטת. בדומה משתמע מתוך מהלך דבריו של תוספות¹⁷¹, וכן מדבריהם של ראשונים רבים נוספים¹⁷². יוצאים מכלל זה הרי"ד והרי"ז. על פי טענת הרי"ד יש לפרש את דברי רבא בשונה: משהציב רבא את האבחנה בין 'סתם' ל'מפרש' סתם הוא בכך את הגולל על זיקתה של מחלוקת התנאים (ר' יהודה ור' מאיר) לדיני אונאה, שכן באם תניית הפטור תהיה מפורטת יודה ר' מאיר לר' יהודה כי המתאנה לא יהיה זכאי עוד לתביעת אונאתו, ובאם היא תהיה כללית וסתמית יישלל תוקפה אליבא דכולי עלמא. מדוע יודה ר' מאיר לר' יהודה כי תניית פטור מפורטת תשלול את זכותו של המתאנה בתביעת אונאתו, והרי תנייה זו היא נגד הכתוב בתורה? תשובתו

¹⁶⁸ לטעמי דין זה ראה רש"י, בבא מציעא נא, ב, ד"ה 'שאינו בו'; תוס', בבא מציעא נא, ב, ד"ה 'על מנת'.

¹⁶⁹ ראה גם בספר חידושי רבינו דוד דוב לסוגיה זו.

¹⁷⁰ רש"י, בבא מציעא נא, ב, ד"ה 'מפרש'.

¹⁷¹ תוס', בבא מציעא נא, ב, ד"ה 'במה'; וראה שם בפירוש השני המובא בשם הריב"ן.

¹⁷² עיי' בה"ג סימן מ"ד (דף מד, ב ד"ו); חידושי הרמב"ן; חידושי הר"ן; חידושי הריטב"א; נימוקי יוסף (דף לא, א ד"ה במפרש). לעיונים נוספים בשיטתו של ר' מאיר ובנגזרותיה ראה נתיבות המשפט, חו"מ, רכז ס"ק ד; חזון יחזקאל בבא מציעא עמ' לג; ברכת שמואל, בבא מציעא, סימן מג אות ב; דברות משה בבא מציעא סימן כט ענף ב; חכמת מנוח בבא מציעא נא, ב.

של הרי"ד היא כי אמנם תניית פטור זו אינה בת-תוקף לר' מאיר, אך בהינתן כי הצדדים פירטו ופירשו את עובדת קיומה של האונאה הרי שבכך סרה זכות תביעתו של המתאנה. זכותו נשענת על טעותו ועל היעדר ידיעתו את מחיר השוק, ודרישה זו אינה מתקיימת במקרה של תניית פטור מפוטרת. נכונותו של ר' מאיר לשלול מן המתאנה את זכותו בתביעת האונאה אינה נשענת על תקפות תניית הפטור אלא על אי התמלאות הקריטריונים המעמידים את זכות התביעה. מפאת חשיבותם של דברי הרי"ד נביאם בשלמותם:

"אמת ודאי כי ההיא ברייתא דתני 'האומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה' דאקשינן מינה לרב ואוקמא אביי כר' יהודה ורב דאמר כר' מאיר ואתא רבא ואמר לא קשיא ואוקמא במפרש, דאין צורך עכשיו לאוקומה כר' יהודה אלא אפילו כר' מאיר אתיא, דכיוון דפירש לו חפץ זה שאני מוכר לך במאתים יודע אני בו שאינו שווה אלא מנה ואיך [ואין] לך עלי אונאה שאין לו עליו אונאה, ולא הוי זה מתנה על מה שכתוב בתורה, דמאי דאמר רחמנא 'לא תוננו' לא אמר אלא בדרך מרמה שאין חבירו מרגיש בהונאתו וסובר כי בשווה קונה אותו. אבל היכא דיודע שקונה אותו ביותר מדמיו מפני שהוא חביב עליו וצריך לו, וגם חבירו אילולי שמוכרו ביוקר לא היה מוכרו, לא הזהירה תורה על זה 'לא תוננו', שאם הוא מחבבו ורוצה לקנותו ביוקר ומרבה עליו דמים כדי שיתרצה למוכרו מה איסור יש כאן, ולא הזהירה תורה על זה כלל, כי אם בדרך מרמה וטעות, ומשום הכי שרי ר' מאיר, אבל גבי שאר כסות ועונה דעקר דברי תורה אין תנאו קיים ומשום הכי לא דמי האי מפרש דהונאה למפרש דשאר כסות ועונה דהתם קא עקר דברי תורה אבל בהאי לא עקר שאין הונאה אלא בטעות"¹⁷³.

בדבריו פורש בפנינו הרי"ד את כפל המישורים בהם ראוייה סוגייתנו להיות נידונה. יש להפריד בין המישור הראשון, בו יש לעיין האם תניית הפטור כלל נוגדת את הדין, ובין המישור השני, בו יש לעיין האם במקרה ובו תניית הפטור אכן נוגדת את הדין הריהי תנייה תקפה. מכאן, מסיק הרי"ד, כי רק במקרה דוגמת תניית הפטור של בעל כלפי אשתו (חיובי שאר, כסות ועונה) סותרת תנייה זו את הדין, ועל כן תוקפה שנוי במחלוקת ר' מאיר ור' יהודה, אך במקרה דוגמת תניית הפטור באונאה אין תניית הפטור סותרת את הדין כלל ועיקר, וזאת כיוון שעצם הדין אינו אוסר על אונאה במידה והמתאנה מודע לעובדת קיומה. תנייה זו תהיה תקפה אף אליבא דר' מאיר משום שעולה היא בקנה אחד עם יסודות דין אונאה.

בהמשך דבריו מודה הרי"ד כי פירושו אינו עולה בקנה אחד עם פירושם של ראשונים אחרים, כגון בעל הלכות גדולות ורש"י, ועם זאת אין הוא נסוג מפירושו: "... ואפילו ר' מאיר דאמר תנאו בטל מודה בדבר זה כי אפילו דליבא [אליבא] דר' מאיר מוקי לה רבא והוא העיקר והנכון, אבל מה שיש בין מפרש דהונאה למפרש דשאר כסות ועונה זהו כדפרישית שעל מפרש דשאר כסות ועונה הזהירה תורה שלא יגרע וזה מתנה לעקור דברי תורה, אבל על מפרש דהונאה לא הזהירה תורה דלא כתיב לא תוננו אלא במרמה וטעות ולא בפירוש ודיעה אבל על מפרש דהונאה לא הזהירה תורה דלא כתיב 'לא תוננו' אלא במרמה וטעות ולא בפירוש ודיעה...". לדעת הרי"ד אפוא תנאי הכרחי לתחולת דיני אונאה הוא טעות המתאנה. נמצאנו למדים כי לדעתו דרושה הצטברות של

¹⁷³ שו"ת הרי"ד סימן סה [הדגשות שלי – ב.פ.].

פגם תהליכי בשלב הכריתה (טעות המתאנה) ופגם מהותי בתוכן החוזי (מחיר מקפח) כדי להקים למתאנה את הגנת דיני אונאה. עמדה דומה מצויה בדברי נכדו הריא"ז. לדעתו של הריא"ז אין עומדת למתאנה הגנת דיני אונאה אם הוא היה מודע לעובדת קיומה של האונאה קודם לכריתה החוזה "שלא על כזה אמרה תורה לא תונו איש את עמיתו, שהרי מכיר הוא בדבר"¹⁷⁴. הריא"ז הצטרף אם כן לדעת זקנו בדרך הסבר כוונת דברי רבא בשלב האחרון של הסוגיה (פסקה 7).

2.8.3 'לא ידע' ו'שלא מדעת'

רוח אחרת מצויה בסוגיה הבאה שבפתיחת פרק 'איזהו נשך'. עם תחילת הדיון התלמודי בהלכות הלואה בריבית העלה רבא את שאלת הגדרת המאפיינים המבחינים את איסורי האונאה, הגזל והריבית זה מזה. המכנה המשותף הקיים בין שלושת מקרים אלו מעלה את הצורך בהגדרת המייחד כל אחד ואחד מהם מחברו. בלשונו של רבא באה התמיהה אודות הצורך בייחוד פרשיה מקראית לכל איסור ואיסור מבין שלושה אלו, בעוד הם ניתנים להילמד, לכאורה, זה מזה:

"למה לי דכתב רחמנא לאו בריבית, לאו בגזל לאו באונאה (ילמדו זה מזה שכולן חסרון ממון שמחסר

את חבירו – רש"י)¹⁷⁵."

במהלך סוגיה זו מאופיינת האונאה באפיונים שונים, ודומה כי שניים מתוכם קושרים את האונאה עם היעדר מודעותו של המתאנה למחיר השוק המקובל. מסתבר בעיני כי יש בסוגיה זו כדי להורות על תלות דין אונאת מחיר בטעות המתאנה ובאי ידיעתו את מחיר השוק ואת פערי המחירים, ועם זאת ניווכח גם כי מסקנה זו אינה נקיה מספיקות וכי ניתן לערער עליה מפנים שונות. נפרוש שני אפיונים אלו ונדון בפירושם.

כאמור, בשלב הראשון של הסוגיה מקשה רבא כי ניתן, לכאורה, ללמוד איסור אחד ממשנהו בלא צורך שיפרש המקרא את שלושתם. דחיית קושייתו של רבא באה על ידי הצבעה על המאפיין הייחודי הקיים בכל איסור ואיסור שאינו קיים במשנהו, מאפיין הסותם את הגולל על אפשרות הסקת קיומו של איסור זה מתוך קיומו של האחר. בין דבריו אומר התלמוד כי איסור האונאה אינו יכול לשמש מקור לאיסור הריבית או לאיסור הגזל שכן אונאת המחיר מתייחדת באי מודעות המתאנה לקיומה של האונאה ושעל כן אין המתאנה מוחל עליה:

"צריכי ... אי כתב רחמנא לאו באונאה – משום דלא ידע דמחיל";

זאת בניגוד לגזל ולריבית בהם מודעים הנגזל והלווה לריביתו, ומודעותם זו תורמת בדיעבד לנכונותם להתיימש ולמחול על שלהם. האונאה מאופיינת, אם כן, על ידי בעל הסוגיה כבעלת היבט חמור יותר מן הגזל והריבית, וזאת בהיותה נעשית שלא בידיעת המתאנה ועל כן גם ללא מחילתו. הרציונל הגלום בטיעון זה הנו כי פגיעה ממונית הנעשית שלא בידיעתו ושלא במחילתו של הנפגע חמורה יותר מפגיעה הנעשית בידיעתו ובמחילתו. אי ידיעת המתאנה באונאתו באה מחמת שאין הוא מכיר בפערי המחירים שבין המחיר החוזי ובין מחיר השוק. דברים אלו

¹⁷⁴ פסקי ריא"ז, בבא מציעא, פרק ד, הלכה ג אות יב.

¹⁷⁵ בבא מציעא סא, א.

תומכים, לכאורה, בהצבת אי ידיעת המתאנה את מחיר השוק כתנאי הכרחי להפעלתם של דיני אונאה, תנאי הפועל בצידו של התנאי המהותי המקופל במחיר המקפח¹⁷⁶.

אך למעשה, גם אם נראים דברים אלו כתומכים בהצבת טעות המתאנה בהערכת מחיר השוק כתנאי לדיני אונאה, אין הדברים פשוטים כלל ועיקר. מורכבות מימרה זו של התלמוד נובעת מכפל המאפיינים אותם היא מזכירה בהקשרה של האונאה – אי ידיעתו של המתאנה ואי מחילתו על אונאתו. משהזכיר התלמוד שני מאפיינים אלו כמייחדים את המתאנה על פני הנגזל והלווה בריבית נשאל אנו את עצמנו מהו המאפיין הדומיננטי מבין שניים אלו? האם חמור המתאנה בהיותו 'לא ידע' או בהיותו 'לא ידע דמחיל' (תוך הדגשת אי המחילה)? שתי אפשרויות אלו מסתברות הן, שהרי ניתן לאפיין את חומרתה של האונאה בהיותה מובנית על תמימותו של המתאנה ואי ידיעתו, וניתן גם לאפיין את חומרתה בהיותה נעדרת חוויה של תודעת ייאוש, השלמה ומחילה של המתאנה. אם נבחר באפשרות השניה נמצא כי טעותו של המתאנה ואי ידיעתו אינם אלא גורם טכני ובלתי מהותי המבאר מדוע המתאנה לא נוטה למחול על אונאתו (בעוד הנגזל נוטה יותר להתיימש מממונו ולמחול על גזילתו), אך באופן מהותי אין האונאה תלויה בטעותו של המתאנה, והיא עשויה להתקיים בין כך ובין כך. כך, למשל, יש מי שפירש כי "... הפירכא דבאונאה כיוון שלא ידע אם כן לא מחיל, ואפילו בדידע נמי אמרינן דלא מחיל אלא דעתו לתבוע האונאה"¹⁷⁷.

מהו הפירוש המועדף? האם אי הידיעה הנה מאפיין מהותי של האונאה או רכיב טכני באי נטיית המתאנה למחול על אונאתו? דומה כי דווקא הפירוש האחרון הוא המועדף, וזאת מכפל סיבות – טקסטואלית ומהותית. מבחינה טקסטואלית קשה הפירוש הראשון בהתעקשותו של התלמוד להוסיף את המילה 'דמחיל' לאפיון 'דלא ידע'; התעקשות זו מורה על אי מספיקות האפיון 'דלא ידע' כדי לבאר את חומרתה של האונאה¹⁷⁸. מבחינה מהותית קשה לבאר את חומרת האונאה לגבי הגזל אך ורק מחמת אי ידיעתו של המתאנה. אכן האונאה עשויה להיחשב כחמורה יותר מן הריבית וזאת מחמת שאין המתאנה יודע באונאתו בעוד הלווה יודע בריבית ואף יוזם אותה, אך מדוע אי ידיעתו של המתאנה באונאתו הופכת את האונאה לחמורה יותר מן הגזל, בו יודע הנגזל ממעשה הגזלה אך הוא נכפה לכך על ידי כוח זרועו של הגזלן?! וכי ניצול תמימות חמור יותר משימוש בכוח הזרוע?! לעומת זאת, בהינתן כי המתאנה אינו חווה כנגזל את תודעת הייאוש, ההשלמה והמחילה על הפסד כספו, הרי שיש באונאה ממד החמור מן הגזל. אכן רש"י אשר הנגיד בהקשר זה את הגזל לאונאה הדגיש את אלמנט המחילה ולא את אלמנט הידיעה: "מה לאונאה שכן לא ידע דמחיל תאמר בגזל דידע ואיכא למימר דמייאש ומחיל"¹⁷⁹, לאמור אין ההבדל בין האונאה והגזל עומד על שאלת הידיעה אלא על שאלת המחילה. מסתבר, אם כן, כי לדידו של שלב

¹⁷⁶ כך, למשל: "... דבריש פ' הריבית מוכח דאונאה לא שייך אלא כשלא ידע הלוקח דקאמר שם מה לאונאה שכן לא ידע דמחיל תאמר בריבית דידע ומדעתו קא יהיב ליה וכו'" (מחנה אפרים, הלכות מכירה דיני אונאה, סימן יט).

¹⁷⁷ בית אהרון (וולקין) בבא מציעא סא, ב ד"ה ברש"י ד"ה לא תגנובו. הבית אהרון הסיק מסקנה זו בעקבות רצונו ליישב דברים אלו של התלמוד עם מקרה וורשכי הנידון לעיל סעיף 2.8.1. וראה גם מחנה אפרים, הלכות מכירה דיני אונאה, סימן יט; חזון יחזקאל בבא מציעא עמ' לג.

¹⁷⁸ נסייג טיעון זה ונאמר כי למעשה הנו תלוי בהבדלי גירסאות בסוגייתנו. האמור לעיל הנו על פי הדפוס שלפנינו, וכן הוא בכ"י המבורג. לעומת זאת אין הדבר מצוי בכת"י מינכן, ובכת"י פלורנס הוזכרה רק אי ידיעת המתאנה אך לא אי מחילתו (על פי דקדוקי סופרים).

¹⁷⁹ רש"י, בבא מציעא סא, א, ד"ה 'לא לכתוב בגזל'.

זה שבסוגיה האונאה מאופיינת מבחינה אמפירית כמלווה בטעות המתאנה, אך טעות זו אינה מהווה באופן הכרחי מאפיין אמננטי לדין האונאה.

אם בשלב הראשון של הסוגיה מנסה התלמוד להסיק את עובדת קיומו של איסור אחד מרעהו (ודוחה ניסיון זה), בשלב השני מנסה התלמוד להסיק את עובדת קיומו של איסור אחד מקיומם של שני האיסורים האחרים. בין סט קושיותיו תמה התלמוד מדוע טורח המקרא לקבוע במפורש את איסור ההלוואה בריבית, זאת בעוד ההגיון נותן להסיק את קיומו בדרך 'קל וחומר' מאיסורי האונאה והגזל. התלמוד דוחה תמיהה זו באומרו כי לאלו האחרונים מכנה משותף שאינו קיים בהלוואה בריבית - האונאה והגזל נעשים שלא מדעתו של הנפגע ואילו הריבית נעשית מדעתו (ונוסיף כי בדרך כלל אף ביוזמתו) של הלווה:

"לא לכתוב רחמנא לאו ברבית ותיתי מהנך !? מה להנך שכן שלא מדעת תאמר בריבית דמדעתיה".

שוני זה מונע את יכולת הסקתו של איסור הריבית מתוך איסורי האונאה והגזל. התלמוד מאפיין את האונאה כ'שלא מדעת', ובאם נפרש מונח זה כהיעדר מודעות (כך, למשל, פירש רש"י את המונח 'שלא מדעת': "אונאה לא ידעי ביה"¹⁸⁰) הרי שיש לגזור, לכאורה, כי תחולת דין אונאה ראויה להיות מותנית בהיעדר ידיעת הקונה את מחיר השוק המקובל.

אך המעיין שנית בדבר ימצא כי קשה למדי לפרש את המונח 'שלא מדעת' כהיעדר מודעות אלא כהיעדר הסכמה. פירוש זה מתחייב מתוך דברי התלמוד עצמם, שכן התלמוד מאפיין את הגזל כמו את האונאה באפיון 'שלא מדעת'. הגזלה עלולה להתבצע לאור יום תוך מודעותו המלאה של הנגזל¹⁸¹. 'שלא מדעת' בהקשרו של הגזלן הוא שלא בהסכמת הנגזל, וממילא אין הכרח שלא להניח כי כן הוא משמעו בהקשר המתאנה¹⁸². באיזה מובן נעשית האונאה שלא בהסכמת המתאנה? והרי המחיר החוזי המופרז הוסכם על ידי הצדדים? היות האונאה 'שלא מדעת' המתאנה אינה מתבטאת, אפוא, בהיעדר הסכמתו האקטואלית של המתאנה, שהרי המחיר החוזי משקף את הסכמתו, אלא הנה מבטאת את היעדר הסכמתו הרציונלית, קרי את היעדר הסכמתו של אדם רציונלי לכרות חוזה במחיר הגבוה ממחיר השוק¹⁸³. בנקודה זו שבים אנו כבמעגל אל מוצא עיוננו שבסעיף זה; המונח 'שלא מדעת' – במובנו כהיעדר הסכמה – אכן עשוי להישען על שני מבנים שונים: ניתן אמנם לטעון כי האונאה הנה 'שלא מדעת' באשר היא נובעת מטעות המתאנה ומכאן היעדר הסכמתו, אך לא פחות מכך ניתן לטעון כי האונאה הנה 'שלא מדעת' באשר היא נוגדת את האינטרס הכלכלי של המתאנה. כשם שניתן לתלות את אי הסכמתו של המתאנה למחיר החוזי המופרז בפגם התהליכי שבהיעדר ידיעתו את מחיר השוק, כך ניתן גם לתלותה בפגם המהותי הנעוץ בממד המקפח שבמחיר חוזי זה. אם נפרש, אפוא, את המונח 'שלא מדעת' בהקשר האונאה כבהקשר הגזל, נמצא כי אפיון זה אינו מקדמנו במסע עיוננו.

¹⁸⁰ רש"י, בבא מציעא סא, א, ד"ה 'מה להנך'.

¹⁸¹ דוק: כאמור, התלמוד עצמו בשלב הראשון של דבריו אפיין את האונאה כמיוחדת (לגבי הגזלה והריבית) בכך שהמתאנה 'לא ידע דמחיל', ואם כן היא עצמה הניחה כי הנגזל יודע בגזילתו. מכאן הכרח לפרש את המונח 'שלא מדעת' כהיעדר הסכמה ולא כהיעדר מודעות.

¹⁸² אכן, רש"י (הני"ל בהע"ש 180), אשר זיהה בהקשר דין אונאה את המונח 'שלא מדעת' עם היעדר המודעות, פירש מונח זה בהקשרו של הגזלן באופן שונה: "'מה להנך דלא מדעתי' – אונאה לא ידעי ביה, גזל על כרחיה שקל". אותו מונח התפרש, אפוא, על ידי רש"י בהקשרם של דיני אונאה ודיני גזלה בשני מובנים שונים.

¹⁸³ לגבי האבחנה בין העדפה אקטואלית ובין העדפה רציונלית ראה לעיל ליד הע"ש 61.

תשומת לבנו צריכה להיות מופנית לתובנה חשובה נוספת, המעמידה את דברי סוגיה אלו בפרופורציה הנכונה. בין בשלב הראשון ובין בשלב השני מקשה התלמוד כי אחד (או יותר) מבין שלושת האיסורים – אונאה, גזל וריבית – הנו מיותר באשר הוא עשוי להילמד מחבריו. כדי לתרץ קושיה זו מאפיין התלמוד את האיסורים השונים במאפיינים חמורים, ובהקשרה של האונאה הנו מזכיר בדרכים שונות את אי מודעות המתאנה לקיום האונאה העושאתה לחמורה לגבי הגזל והריבית. יש לשקול את הטענה כי סוגיה זו הנה (כמעט) היפותטית לחלוטין ואין היא מכוונת דבריה אלא כלפי האפשרות התיאורטית בה אנו ננסה לעצב את איסורי הגזל ו/או הריבית בדרך של היקש וגזירה דדוקטיבית מתוך דין האונאה; או אז שומה היה עלינו לשרטט את גבולות דין האונאה בדרך קמצנית ודוקטורית שהרי אין להפעיל את כלל 'קל וחומר' במקום בו יש חשש כי הקל הנו למעשה החמור והחמור הקל. אך למעשה, מנשללה אפשרות תיאורטית זו היד הפרשנית אינה צריכה עוד להיות קמוצה ודין האונאה ראוי להתפרש על פי הגיונו הפנימי ולא על פי חומרתו האפשרית לגבי איסורי הגזל והריבית¹⁸⁴. לשון אחר: סוגיה זו הנה חלק מניסיון הסקה דדוקטיבית של מערכת משפטית מתוך מיעוט מקורות נורמטיביים; על כן המאפיינים השונים העולים מתוך שיח סוגיה זו אינם בהכרח אלו השורדים לאחר שהוברר כי ניסיון זה אינו צולח הלכה למעשה. נמצאים אנו למדים כי אפיון האונאה כ'שלא מדעת' וכ'לא ידע' תואם את האפשרות התיאורטית כי דין הריבית לא היה נכתב במקרא במפורש, אך משאסר המקרא אף את ההלוואה בריבית, הנעשית מדעתו של הלווה ואף ביוזמתו, אין כל הכרח לצמצם את דין אונאה ולהוציא מתחום תחולתו את האונאה המלווה בידיעת המתאנה את מחיר השוק¹⁸⁵.

לצערנו מסקנת עיונו בניתוח סוגיה זו אינו חד-משמעי. אין ספק כי סוגיה זו מאפיינת מבחינה אמפירית את האונאה כבאה בליווי אי ידיעתו של המתאנה את המחיר המקובל בשוק ואת הפער בינו ובין המחיר החוזי. אכן, אין חולק כי בנוהג שבעולם כך הם פני הדברים, ובמרבית המקרים לו ידע המתאנה את המחיר המקובל בשוק הוא יסרב לכרות חוזה במחיר גבוה יותר. אך ספק בעינינו האם רואה סוגיה זו במאפיין אמפירי זה תנאי משפטי לתחולת הדין, ואנו עלולים להיכשל בכשל הנטורליסטי באם נערוך תרגום חפוז מדי של עובדה אמפירית זו לקביעה נורמטיבית. ספק זה מנקר במוחנו הן מתוך ניתוח שלבי הסוגיה השונים, והוא מקבל את משנה תוקפו לאור אופייה ההיפותטי של סוגיה זו, שאינו מבהיר עבורנו האם מסקנותיה תקפות גם אחר אי התממשותה של היפותזה זו.

2.8.4 'בכדי שהדעת טועה'

נחלקו התנאים - ר' יהודה וחכמים - במסכת בבא בתרא בשאלה האם 'הדמים מודיעים'. מחלוקת זו מתייחסת אל חוזה אשר תיאור היקף הממכר שבו הנו עמום ובלתי ברור. לדעתו של ר' יהודה רשאים אנו להסיק על היקף הממכר מתוך גובה המחיר הנקוב בחוזה. לדעת חכמים, לעומת זאת, "אין הדמים ראייה", ואין לפרש את היקף הממכר בהתאם לגובה המחיר החוזי¹⁸⁶. בדרך זו מאפשרים, למעשה, חכמים היווצרות אי שקילות בין התמורות, שכן על פי מדיניותם עלול המחיר

¹⁸⁴ מסקנת הסוגיה היא כי אכן ניתן להסיק את איסור הגזל מתוך צירופם של איסור האונאה ואיסור הריבית, אך זאת משום שאכן לא ניתן לאפיין צמד זה באי ידיעת הנפגע שהרי "מה לאונאה שכן לא ידע ומחיל !! ריבית תוכיח!".

¹⁸⁵ ראה גם יד דוד, בבא מציעא נא, א ד"ה ההוא גברא.
¹⁸⁶ משנה, בבא בתרא, ה, א. הסיטואציה הנדונה במקרה זה הנה של חוזה למכירת צמד (עול שנותנים על צוואר השוורים לצמדם ולחברם יחד) כאשר סיבות שונות עוררו את השאלה האם כוונת החוזה למכירת הצמד בלבד או שמא כוונתו למכירת הצמד והבקר כאחד.

החוזי לעמוד בחוסר התאמה עם שווי הממכר, והדבר נוגד, לכאורה, את תמצית דיני אונאה; וכך מקשה התלמוד הבבלי: "ואי אין הדמים ראייה ליהוי ביטול מיקח?"¹⁸⁷. תשובתו השניה של התלמוד לשאלה זו היא:

"כי אמור רבנן אונאה וביטול מיקח בכדי שהדעת טועה, אבל בכדי שאין הדעת טועה לא, אימור מתנה הוא דיהיב ליה"¹⁸⁸.

בדברים אלו קובע התלמוד כי בהינתן פער גבוה למדי בין המחיר החוזי המוסכם ובין המחיר המקובל בשוק לא יחולו דיני אונאה. דיני אונאה יגנו על המתאנה רק באם פער המחירים הנו בשיעור שיש להעריכו כנובע מטעות, אך אם הנו בשיעור כה קיצוני שלא ניתן לטעות בו, אין המתאנה מוגן על ידי דין אונאה. כאשר חכמים פירשו את תניית היקף הממכר באופן מצומצם, והביאו בכך לפער גבוה ביותר בין המחיר הקבוע בחוזה עבור ממכר זה ובין שווי בשוק, אין הדבר נוגד את דיני אונאה שכן דיני אונאה אינם חלים על פערי מחירים בשיעורים גבוהים אלו.

הנחת היסוד של הסוגיה הנה כי מקרה האונאה מתקיים כאשר המתאנה טעה בהערכת מחיר השוק; כאשר פער המחירים הנו כה גבוה עד שהוא מעיד על אי-טעותו של המתאנה אין חלים דיני אונאה. מכך צריכים אנו ללמוד כי יש להבחין בין פער מחירים הנובע מטעות ובין פער מחירים שאינו נובע מטעות. רק פער מחירים הנובע מטעות המתאנה הוא המזכה אותו בהגנת דין אונאה, ואילו פער מחירים בשיעור גבוה יותר, שאינו נובע מטעות המתאנה, אינו מזכה את המתאנה בהגנת הדין. המסקנה היא, לכאורה, כי לדידה של סוגיה זו תנאי מקדמי לתחולת הדין הנו היעדר ידיעת המתאנה את המחיר המקובל בשוק; הפגם התהליכי הנו, אפוא, תנאי הכרחי (אם לא תנאי מספיק) לתחולת דין אונאה.

לעניות דעתנו אין האמת עם ניתוח זה וגם במקרה שלפנינו הסוגיה עשויה להתפרש בדרך שונה המסתברת יותר. לטענתנו הפרמטר המהותי הנידון בסוגיה זו הוא שאלת אופיו של החוזה שלפנינו – כחוזה מתנה או כחוזה מכר – ולא שאלת טיבה של ידיעת המתאנה. הגנת דיני אונאה אינה ניתנת בפער מחירים קיצוני (בין המחיר החוזי ובין מחיר השוק) שכן אנו מניחים כי לפנינו חוזה מתנה ולא חוזה מכר. דין אונאה מגן על הקונה רק במידה והחוזה חותר להיות חוזה רווחי ולא חוזה הפסד. בחוזה מתנה, לעומת זאת, אשר מניח מראש את כוונת בעל הנכס לוותר על שלו ולקיים העברה חד-צדדית למקבל, אין המתאנה זכאי להגנת דיני אונאה. חשוב לזכור כי מתנה יכולה להינתן בלא דרישה לכל תמורה שהיא, אך מתנה יכולה גם להינתן עם דרישה לתמורה סמלית הנעדרת כל שאיפה לשקילות עם הנכס הנמכר¹⁸⁹. פער מחירים קיצוני ביותר בין המחיר החוזי ובין מחיר השוק מהווה אינדיקציה לכך שכוונת הבעלים הנה להעניק לזולתם מתנה ולא לקיים עמם התקשרות של חוזה מכר. טיבה של מתנה זו הוא מתן טובין בשווי רב תמורת קבלת תמורה סמלית בערך נמוך ביותר. השאלה האם בפער מחירים זה הדעת טועה או שאין הדעת

¹⁸⁷ בבא בתרא עז, ב. רשב"ם ד"ה 'ואי אין': "כלומר נהי נמי דאין הדמים ראייה ומכר את הצמד לא מכר את הבקר דמשמע אבל הצמד מכור ואמאי ליהוי ביטול מיקח שיבטל המקח ויחזיר לו דמיו ויטול צמדו כדן כל אונאה יתר משתות דבטל המיקח בפרק הזהב, ובשתות מצומצם אמרינן קנה ומחזיר אונאה ובפחות הוא מחילה".

¹⁸⁸ בבא בתרא עז, א. על כך העיר רשב"ם: "ומסתברא כתירוץ אחרון וקמא שינויא דחיקא הוא" (ד"ה 'בכדי שהדעת טועה').

¹⁸⁹ רעיון דומה מצוי בחוק הישראלי. סעיף 4 לחוק המתנה תשכ"ח – 1968 קובע כי "מתנה יכול שתהיה על תנאי ויכול שתחייב את המקבל לעשות מעשה בדבר-המתנה או להימנע מעשותו; נותן המתנה רשאי לדרוש מהמקבל את מילוי החיוב", זאת על אף ההגדרה שבסעיף 1 (א) האומרת כי "מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה".

טועה אינה אלא דרך אחרת להצגת השאלה האם לפנינו חוזה מכר או חוזה מתנה. משהוגדר חוזה זה כמתנה הרי שאין הדין מגן על הקונה הטוען לאי שקילות התמורות.

נמצאנו למדים, כי הפרמטר המרכזי המהווה את ציר הסוגיה שלפנינו הנו סוג החוזה הנידון – אם כחוזה מכר אם כמתנה, ואין האלמנטים של הידיעה והטעות משמשים אלא כאינדיקציה לאבחון סוגו. ניתוח זה אינו בבחינת השערה בעלמא, שכן את תימוכיו הוא מוצא בדברי התלמוד עצמו. התלמוד אינו מסתפק בקביעה כי כאשר פער המחירים הנו כה גדול – "בכדי שאין הדעת טועה" – אין חלים דיני אונאה, אלא הוא מוסיף ומגבה את טיעונו במילים "אימור מתנה הוא דיהיב ליה". אמור מעתה, כי בהתקיים פער גדול למדי בין המחיר החוזי ובין מחיר השוק הסיבה לאי תחולת דין אונאה נעוצה בהערכה כי לפנינו חוזה מתנה; טיבו של החוזה כחוזה מתנה הוא, אפוא, העומד במוקד הסוגיה, ולא היעדר טעותו של המתאנה.

יודעים אנו כי מהלך דברינו זה מזמין כביכול את ההתקפה הבאה: הסברנו שומט לכאורה את הקרקע תחת האבחנה אותה טרחנו לבנות. אנו מבחינים בין פער בשקילות התמורות שבחוזה מתנה, שהנו פער מוצדק החסין מפני דיני אונאה, ובין פער בשקילות התמורות שבחוזה מכר, שהנו פער בלתי מוצדק עמו מתמודדים דיני אונאה. כמו כן קימת אבחנה בין פער בשקילות התמורות הנובע מטעות המתאנה ובין פער בשקילות התמורות שאינו נובע מטעותו. באם קיימת הקבלה מלאה בין שתי אבחנות אלו הרי שאין כל טעם להעמידן כשתי אבחנות נפרדות, אלא הנן, למעשה, שני צדדיה של אותה אבחנה. לאמור, באם אנו טוענים כי כל פער מחירים גבוה למדי הנו משקף חוזה מתנה אשר במסגרתו היה המתאנה מודע לפער שבין המחיר החוזי ובין מחיר השוק הרי בכך איחדנו את השאלה התהליכית (קיומה או אי קיומה של טעות המתאנה) עם השאלה המהותית (החוזה כחוזה מכר או כחוזה מתנה). לשון אחר, אדם המסכים לשלם מחיר חוזי מופרז תוך שהוא יודע את המחיר המקובל בשוק הריהו אדם המתכוון להעניק למוכר מתנה. באם כך הם פני הדברים הרי שוב חוזרים אנו לשאלת ידיעת/אי ידיעת המחיר המקובל בשוק; חוזה שיש בו מחיר מופרז ואנו מעריכים אותו כנובע מחמת טעות המתאנה יוגדר כחוזה מכר לא מוצדק, ואילו חוזה שיש בו מחיר מופרז ואנו מעריכים אותו כמתהווה על אף ידיעת הקונה את מחיר השוק יוגדר כחוזה מתנה מוצדק. האבחנה בין חוזה מכר ובין חוזה מתנה נשענת, אפוא, על האומד המוקדם באם פער המחירים נובע מחמת טעות המתאנה או לא, ואם כן שוב שאלת טעות המתאנה עומדת במרכז הדיון.

סברנו כי קושיה זו אינה בדין. כפי שנוכחנו לדעת לעיל, קיימים מקרי ביניים, לא שכיחים אמנם, בהם מכיל החוזה מחיר מופרז והקונה יוערך כמכיר את מחיר השוק המקובל, ובכל זאת החוזה יוגדר כחוזה מכר ולא כחוזה מתנה, קרי, כחוזה השואף לשמור על שקילות התמורות; מקרי וורשכי ותנאי באונאה אשר נידונו לעיל¹⁹⁰ מהווים דוגמאות נאמנות למקרי ביניים אלו. החפיפה הקיימת בין השאלה האם המחיר המופרז נבע מחמת טעות המתאנה ובין השאלה האם החוזה שיש בו מחיר מופרז הנו חוזה מכר או מתנה הנה חפיפה שאינה מלאה ושלמה. מכאן, כי משהתקשה סוגיית התלמוד להצדיק את היעדר הגנת דין אונאה למתאנה בטענה כי לפנינו חוזה מתנה, ולא הסתפקה הסוגיה בהצדקה כי המתאנה היה מודע למחיר השוק, מסתבר כי היעדר ידיעת מחיר השוק אינה תנאי הכרחי לתחולת הדין. תחולת הדין מותנית בעצם קיומו של פער

¹⁹⁰ סעיפים 2.8.22.8.1 - .

המחירים שבמסגרת חוזה מכר, ואין ידיעת המתאנה את מחיר השוק כשלעצמה מונעת את תחולת הדין; רק כוונתו של המתאנה להעניק את פער המחירים כמתנה היא שתשלול ממנו את הגנת הדין.

2.8.5 סיכום

האם טעות המתאנה בהערכת מחיר השוק מהווה תנאי הכרחי לתחולת דין אונאה? קצירת האמור בסעיף זה תביא לשרטוט התמונה הבאה. דומה כי תשובה מוכרעת וחד-משמעית אין בדבר, ועם זאת ניתן להצביע על מגמה של קבוצת מקורות מרכזיים העונה על כך תשובה שלילית, כאשר בצידה קיימת קבוצת מקורות ופרשנויות נוספת העשויה לתמוך בתשובה חיובית.

ממקרה וורשכי למדנו כי המתאנה זכאי בתביעת אונאתו גם באם הוא ידע את עובדת קיומה של האונאה בעת כריתת החוזה (זאת, כמובן, בתנאי שהוא לא מחל למאנה על זכות תביעתו)¹⁹¹. למסקנה דומה הגענו מתוך העיון בסוגיית תנאי באונאה. הנחת התלמוד כי מקרה זה שנוי במחלוקתם של ר' מאיר ור' יהודה לימדה אותנו כי עצם מודעותו של המתאנה אינה מפקיעה את זכותו לתביעת אונאה, ומכאן מוצא הדיון בשאלת תקפותה של תניית הפטור הנוגדת את הדין. לפרשנות זו, המהווה את דרך המלך שבפרשנות הראשונים, לא שותפים הרי"ד והריא"ז, אשר חלקו בדיוק בעצם הלז שלה; לדידם, בין הקריטריונים לזכות תביעת האונאה עומדת טעות המתאנה בהערכת מחיר השוק, ומכאן אי זכאותו לתביעת אונאה במקרה של הצבת תניית פטור מפורשת, וזאת בין לר' מאיר ובין לר' יהודה. על פי הרי"ד והריא"ז דיני אונאה מבוססים, אם כן, על דרישה מצטברת של פגם מהותי (פער המחירים) ופגם תהליכי (טעות המתאנה בהערכת מחיר השוק).

מנגד, מצאנו כי בשני מקומות מאפיין התלמוד את האונאה בהיעדר מודעות המתאנה למחיר השוק – בריש פרק 'איזהו נשך' שבבבא מציעא ובסוגיית 'הדמים מודיעים' שבבבא בתרא. ממקורות אלו ניתן להסיק על קריטריון הטעות כתנאי הכרחי לתחולת דין אונאה. הערנו, עם זאת, כי בדיקה דקדקנית של האמור במובאות אלו עשויה לשלול מסקנה זו, אם משום שאלמנט אי-הידיעה הנו בעל תפקיד משני בסוגיות אלו ואין הוא עומד כשלעצמו, ואם משום שאחת מסוגיות אלו הנה היפותטית בעיקרה ואין להסיק בנקל כי האמור בה אכן מאפיין את דין אונאה בצורתו הריאלית. קשה לבסס אפוא על אפיונים אלו שבתלמוד קביעה נחרצת כי טעות המתאנה והיעדר ידיעתו את מחיר השוק הנם תנאי הכרחי לתחולת דין אונאה, ואין בהם כדי להוות הוכחה מוצקה להטיית דין אונאה שבתלמוד לכיוונו של עקרון הצדק החוזי התהליכי. אין ספק כי הטעות והיעדר הידיעה הנם מאפיינים אמפיריים של מרבית מקרי אונאת המחיר, ומכאן נטייתו של התלמוד לקשור את טעות המתאנה עם מצב האונאה, אך מכך עדיין אין לגזור כי מבחינה נורמטיבית מהווה טעות המתאנה תנאי הכרחי לתחולת הדין¹⁹².

¹⁹¹ סייגנו מסקנה זו בהנחה כי ידיעת קונה הורשכי את המחיר השוק הנה עובדה בעלת ערך משפטי ולא רק עובדה בעלת ערך ספרותי גרידא.

¹⁹² כיוון שתחמנו עבודה זו לעיון במקורות התנאיים והאמוראיים בלבד נסתפק באזכור בהערת שוליים את דבריהם של מספר ראשונים, שהובעו שלא בהקשר לסוגיה ספציפית זו או אחרת. וכך כותב רב אחאי גאון: "מאן דמזבין זבינתא לחבריה אסיר ליה לאטעווייה וזבוני ליה טפי ממאי דשוי... וכי היכי דאסיר למזבנא הכי אסור לזבנא, דאי טעי מזבנא וקא מזבין בבציר ממאי דשווי אסיר ליה לזבנא לזבוני בבציר מן דמיה... " (שאלות דרב אחאי גאון, פרשת בהר, שאילתא קיג – הדגשה שלי ב.פ.). בעל ספר 'החינוך' כותב כך: "שורש המצווה ידוע כי הוא דבר שהשכל מעיד, ואם לא נכתב דין הוא שייכתב, שאין ראוי להיות בני אדם זוכין **דרך שקר ותרמית** אלא כל אחד יזכה בעולמו

2.9 תחולה פרסונלית (-אונאת נכרי)

ניסינו עד כה לאתר דרישות לפגמים תהליכיים כתנאי לתחולת דין אונאה, ודרישה מפורשת לכך לא נמצאה במקורות המשנה והתלמוד (להוציא את הקריטריון הנגיטיבי בשיטת ר' יהודה). בסעיף זה נעיין בקריטריון מסוג שונה הדרוש להפעלת דין אונאה. קריטריון זה אינו מתייחס לתהליכי הכריתה ואף לא לתוכן החוזה אלא לשיוכם הלאומי של הצדדים המתקשרים בחוזה. במספר מקומות למדנו כי כאשר יהודי ונוכרי מתקשרים בחוזה אין הנוכרי מוגן על ידי דיני אונאה. כך, למשל, במסגרת סוגיה בבבלי העוסקת בשאלת דרך מעשה הקניין הראוי לנוכרי באו הדברים הבאים:

"ולאמימר דאמר 'משיכה בעובד כוכבים קונה' - הניחא אי סבר לה כר' יוחנן דאמר 'דבר תורה מעות קונות, משיכה לא', אהני 'לעמיתך' - לעמיתך בכסף לעובד כוכבים במשיכה; אלא אי סבר לה כריש לקיש דאמר 'משיכה מפורשת מן התורה', לעמיתך במשיכה ולעובד כוכבים במשיכה, 'לעמיתך' למה לי? אמרי 'לעמיתך אתה מחזיר אונאה ואי אתה מחזיר אונאה לכנעני'. לכנעני מ'אל תונו איש את אחיו' נפקא? חד בכנעני וחד בהקדש, וצריכי - דאי כתב רחמנא חד הוה אמינא לכנעני הוא דאין לו אונאה אבל הקדש יש לו אונאה, קא משמע לך"¹⁹³.

דרשה זו הובאה אמנם בסוגיה כדי ליישב את דברי אמימר אליבא דריש לקיש, אך מתוך מהלך דבריה של סוגיה זו ניכר כי הנה דרשה ידועה ומוכרת לבעל הסוגיה ואין היא נטווחת אך ורק כדי לתרץ את דבריו של אמימר עם ריש לקיש; ברי לו לבעל הסוגיה כי יש להוציא את הנוכרי מתוך תחום תחולתם של דיני אונאה וכל דיונו בסוגיה זו אינו אלא לגבי המקור שישמש לכך – המילה 'לעמיתך' או ההדגשה 'אל תונו איש את אחיו'. דברים דומים הובאו גם במדרש הגדול:

"ומנין שאין הוניה בהקדישות? תלמוד לומר 'אל תונו איש את אחיו' – אחיו ולא הקדש. דבר אחר איש את אחיו – ולא הגוי. וגוי שהונה את ישראל מחזיר הוניה"¹⁹⁴.

נציין כי על פי פשטה של סוגיה זו המגבלה הפרסונלית חלה במישור כפול: במישור האיסור ובמישור הסעדים. לאמור, אין איסור האונאה רובץ על כתפיו של יהודי המאנה נוכרי, ואין הנוכרי המתאנה זכאי לתבוע מן היהודי את הסעדים הקבועים בדין¹⁹⁵. קביעתנו זו נשענת על היות מימרת התלמוד עצמה מתייחסת לאי מחויבותו של היהודי המאנה לפצות את הנוכרי המתאנה ('ואי אתה מחזיר אונאה לנוכרי'), ועל הוצאת הנוכרי מתחום תחולתה של פרשיית אונאה שבמקרא, פרשייה אשר קובעת את עצם איסור האונאה¹⁹⁶.

במה שיחננו אלוהים בעולמו באמת וביושר... " (מצווה שלו – הדגשה שלי ב.פ.). נציין כי לקביעות אלו של בעל 'השאלות' ושל 'החינוך' לא נמצאות מקבילות בספרות הפסיקה ההלכתית הקלאסית.

¹⁹³ בכורות יג, ב. הובא גם בילקוט שמעוני, בהר כה רמז תרסא. השווה גם לדרשת חז"ל לגבי אונאת דברים: "אמר רב חננא בריה דרב אידי מאי דכתיב 'ולא תונו איש את עמיתו' עם שאתך בתורה ובמצות אל תונוהו" (בבא מציעא נט, א).

¹⁹⁴ מדרש הגדול, בהר כה, יד. ראה גם הרב מ' כשר, **תורה שלמה לד** (ירושלים, תשמ"א) ויקרא כה, יד, אות צו.

¹⁹⁵ ראה גם שו"ת אבני נזר וספר אבן האזל, המצויינים להלן הע"ש 211.

¹⁹⁶ על שיטת הרש"י החולק על קביעה זו ראה להלן ליד הע"ש 209.

דין זה מנוגד, לכאורה, לתפיסה מרכזית בהלכה המעניקה הגנה לזכויות הקניין של הנוכרי. גזל הגוי, למשל, נאסר לדעתם של תנאים רבים¹⁹⁷ ואמוראים רבים¹⁹⁸, ואף גניבת דעתו של הגוי נאסרה על ידי שמואל¹⁹⁹. מדוע, אפוא, הותרה אונאת הנוכרי במחיר, בעוד נאסר לרמותו במסחר? מהי ההצדקה לקשור עם הנוכרי עסקה במחיר מופרז בעוד זכויותיו הקנייניות מוגנות על ידי ההלכה? צא ומצא כי סוגיית התלמוד עצמה עמדה על קיומה של אי התאמה בין ההיתר לאנות את הנוכרי ובין האיסור לגזול את ממונו; על הדרשה הנ"ל המתירה לאנות את הנוכרי מעירה הסוגיה:

”הניחא למאן דאמר גזילו אסור היינו דאצטריך קרא למישרי אונאה, אלא אי סבר לה כמאן דאמר גזילו של כנעני מותר אונאה מיבעיא? אמרי אי סבר לה כמאן דאמר גזילו מותר על כורחך כר' יוחנן סבירא ליה”.

נמצא כי למאן דאמר גזילו של נוכרי אסור הרי יש צורך בגזירת הכתוב עצמה שתבוא ותבחין את דין האונאה מדין הגזל בהקשר היקף תחולתם הפרסונלית. מהו, אפוא, הרציונל העשוי להבהיר אבחנה זו כראוי?

ייתכן ובהשוואת דין האונאה לדין הריבית יהיה כדי לשפוך מעט אור על טעמו של דין זה שלפנינו. בדומה לדין האונאה נקבע גם לגבי איסור ההלוואה בריבית כי: ”אין מקבלין צאן ברזל מישראל מפני שהוא ריבית, אבל מקבלין צאן ברזל מן העכו”ם ולוין מהן ומלוין אותן בריבית וכן בגר תושב...”²⁰⁰. זאת בעקבות דברי המקרא: ”לא תשיך לאחיך נשך כסף נשך אוכל נשך כל דבר אשר ישך. לנוכרי תשיך ולאחיך לא תשיך למען יברכך ה' אלוהיך בכל משלח ידך על הארץ אשר אתה בא שמה לרשתה”²⁰¹. דין הריבית ודין האונאה שותפים, אם כן, בהצבת הגבלה פרסונלית זהה לתחולת הדין: היותם מגינים על מתאנה/לווה יהודי בלבד²⁰². בהינתן כי המשותף לשתי הלכות אלו הוא היותן מרחיבות את תחום הפיקוח השיפוטי אף לפגמים מהותיים שבתוכן החוזה, הרי שיש סבירות בהגבלת תחולת הגנות ייחודיות אלו אל תחום משפחת האחוה הלאומית. בהקשר זה מועיל יהיה להבחין בין היקף תחולתן הפרסונלית של הלכות המתמודדות עם פגמים בהליך כריתת החוזה כגון מיקח הטעות, שלא לומר עם היעדר כל תהליך של כריתת חוזה כגון הגניבה והגזילה, ובין היקף תחולתן הפרסונלית של הלכות המתמודדות עם תוכן חוזי מקפח ובלתי הוגן (האונאה והריבית). ההלכות הראשונות הן אלמנטריות הן בפריזמה אתית והן בפריזמה משפטית ועל כן הן מגינות על כל אדם באשר הוא אדם. עילת הקיפוח, לעומת זאת, מבוססת על מחויבות סוציאלית גבוהה יותר לויתור על זכות הקניין הבסיסית; המאנה והמלווה בריבית ביצעו את העסקה תוך השלמת תהליך הכריתה כראוי ובכל זאת הריהם מחויבים בהשבת דמי

¹⁹⁷ רבי שמעון המובא בתורת כהנים בהר כה, מח; ר' עקיבא המובא בבבא קמא קיג,א; רבן גמליאל המובא בירושלמי בבא קמא, פרק ד, הלכה ג.

¹⁹⁸ ראה בבא קמא קיג,ב.
¹⁹⁹ חולין צד,א. האחרונים הוסיפו וקבעו כי יהודי אשר מכר לנוכרי מוצר שהתגלה כפגום חייב בפיצוי, ראה משפט שלום, חו”מ, רלבג בקונטרס אחרון, בעקבות שו”ע, חו”מ, רכח,ו. וכן הסיק בשו”ת חכם צבי סימן סח.
בהקשר זה חריגה ההלכה הפוטרת את האדם אשר שורו הזיק שור נוכרי (משנה, בבא קמא, לז,ב). אכן האמוראים והראשונים עצמם התחבטו רבות בטעמה של הלכה זו; ראה שם את טעמה של סוגיית התלמוד הבבלי, וכן את טעמו של ר' אבהו המובא בירושלמי בבא קמא, פרק ד הלכה ג; רמב”ם, נזקי ממון, ח, ה; ר' יונתן המובא בשיטה מקובצת, בבא קמא לז,ב.

²⁰⁰ בבא מציעא, ע,ב.

²⁰¹ דברים כג, כ-כא.

²⁰² אך יש לציין כי ההגבלה הפרסונלית באה בדין הריבית במקרא מפורש ובמשנה מפורשת, ואילו בדין אונאה לא התפרשה מגבלה זו לא במקרא ואף לא במשניות האונאה אלא במדרשים שונים ובדברי האמוראים במסכת בכורות.

האונאה/הריבית למתאנה/לווה. גישה מרכזית בהלכה מפרידה, אפוא, בין שמירה על כללים אלמנטריים האוסרים לקיחת ממון בלא השלמה גמורה של הליך הכריתה, החלים כלפי כל אדם באשר הוא אדם²⁰³, ובין שמירה על כללי מחויבות מוסרית ייחודית, האוסרים כריתת חוזהים שיש בתוכם כדי לקפח את אחד הצדדים באופן מהותי, אשר תחולתם מצומצמת לתחום הפנימי של המשפחה הלאומית^{204 205}.

על תבונה מעין זו עמדו, למעשה, מספר ראשונים ואחרונים (אם כי ניסוחיהם לא באו, כמובן, בצמידות למושגי הצדק החוזי). כך, למשל, כתב הרמב"ן על ההיתר להלוות לנוכרי בריבית: "... ובאר בכאן שיהיה ריבית הנכרי מותר, ולא הזכיר כן בגזל וגנבה כמו שאמרו 'גזל גוי אסור', אבל הריבית שהוא נעשה לדעת שניהם וברצונם לא נאסר אלא מצד האחוה והחסד ... ועל כן אמר 'למען יברכך ה' אלוהיך' כי חסד ורחמים יעשה עם אחיו כאשר ילוונו בלא ריבית ותחשב לו לצדקה, והן השמיטה חסד באחים, לכך אמר את הנוכרי תיגוש..."²⁰⁶.

גם המהר"ל מפראג נזקק לשאלת טעמה של המגבלה הפרסונלית הקבועה בדין אונאה. מגבלה זו הוצדקה על ידי המהר"ל בנכונותו מרחיקת הלכת של דין אונאה לפקח על האמור בגוף החוזה: "...ודבר זה הרחקה יתירה וחומרא גדולה, מה שאינו נמצא במשפט האומות, שמשפט בני אדם כיוון שקנה אף על גב שנתאנה אין צריך להחזיר לו. והתורה החמירה כמו שנמצא בפירוש, ודוקא שהוא עמיתו בתורה ובמצוה הוא רעהו"²⁰⁷.

ודברים דומים נאמרו על ידי הסמ"ע. הסמ"ע נזקק לשאלת טיב ההבדל החוצץ בין האיסור לרמות את הנוכרי במידות ובמשקולות ובין ההיתר לאנות את הנוכרי במחיר העסקה. לדבריו: "...שאני אונאה דכתיב ביה עמיתך וגם לית ביה משום גזל כיון דראה מה שקנה, מה שאין כן מידה (רמאות במידות ובמשקולות – ב.פ.), דעל הימנותו סמך ליתן לו מידה שלימה"²⁰⁸.

אל מול קבוצת פרשנים זו ניצב הרש"ש, לו עמדה הפוכה לחלוטין בסוגיה זו²⁰⁹. לדעת הרש"ש אונאת הנוכרי אמנם אינה מזכה את הנוכרי המתאנה בסעדים, אך היא אכן נחשבת ליהודי המאנה כהפרת איסור אונאה. לדעתו המחויבות ההלכתית לקביעת מחיר הוגן בעסקה חלה אף כלפי נוכרי גם אם אין מחויבות זו מלווה בסנקציה ממונית. הרש"ש מבסס קביעה זו על האנלוגיה הבאה: כשם שגניבת דעתו של הנוכרי אסורה כך יש לאסור את אונאתו במחיר. דומה, אפוא, כי לדעת הרש"ש מונבנה דין האונאה על מודל מיקח הטעות ולא על מודל הקיפוח, וכלשונו: "מדלא

²⁰³ גישה מרכזית בהלכה אמרנו, שכן אין לשכוח את העמדה הגורסת כי גזל הגוי מותר; ראה, למשל, את עמדתו הראשונה של רבן גמליאל המובאת בירושלמי בבא קמא, פרק ד הלכה ג; כן ראה בכורות יג,ב.

²⁰⁴ לגבי מעמדה של אונאת נוכרי על ידי נוכרי אחר ראה שו"ת אבני נזר, חלק חו"מ, סימן נה.

²⁰⁵ ייתכן ולכך יש לקשור אף את המגבלה הפרסונלית הבאה במסגרת דין השבת אבידה: "אמר רב ביבי בר גידל אמר ר' שמעון חסידא גזל כנעני אסור אבידתו מותרת... דאמר רב חמא בר גוריא אמר רב מנין לאבידת הכנעני שהיא מותרת שנאמר לכל אבידת אחיך לאחיך אתה מחזיר ואי אתה מחזיר לכנעני" (בבא קמא קיג,ב); ראה גם מכילתא דר' ישמעאל, שמות כג, ד.

²⁰⁶ פירוש הרמב"ן לדברים כג, כ. הרמב"ן בהמשך דבריו קושר יחדיו את האונאה עם הגזל והגנבה כפעולה האסורה כלפי הנוכרי, אך דומה כי הוא מתכוון במטבע לשון זו למובנה השגור והלא-מדויק של האונאה כפעולת הרמייה וההטעיה (האסורות אף כלפי הנוכרי) ולא למובנה המדויק, קרי לאונאת המחיר. אם לא נפרש כך את דברי הרמב"ן ימצאו דבריו בסתירה עם דרשת התלמוד שבכורות יג,ב, אשר הובאה גם להלכה על ידי הפוסקים.

²⁰⁷ באר הגולה עמ' קמו.

²⁰⁸ סמ"ע, חו"מ, רלא ס"ק א. ראה גם מ' תמרי "תחרות, מחירים ורווחים בעיני היהדות" בתוך ספר בר אילן י

(תשל"ב) עמ' 135; ור"ה פטיג, עמ' 486.

²⁰⁹ בחידושו לכורות יג,ב ד"ה גמרא ואי אתה (וראה גם חידושו לבבא מציעא נו,ב על רש"י ד"ה דבר הנקנה). ראה גם ש' אלבק, יסודות בדיני הממונות בתלמוד (רמת-גן, תשנ"ד) עמ' 91.

קאמר ואי אתה מוזהר מלהנותו משמע דזה ודאי אסור דלא עדיף מגניבת דעת דאסור אף לעובד כוכבים". דא עקא, עמדת הרש"ש אינה הולמת, לכאורה, את פשט סוגיית התלמוד. כאמור לעיל²¹⁰, מתוך דברי התלמוד ניכר כי הלכות אונאה אינן חלות על נוכרי המתאנה וזאת במישור כפול – הן בשלילת סעדי האונאה והן במתן היתר למאנה. אכן, בסוף דבריו מודה הרש"ש כי שיטתו אינה תואמת את פסיקת ההלכה²¹¹.

2.10 סיכום

תנאי ראשוני ומוצהר לתחולתו של דין אונאה הנו קיום מחיר מקפח. האם יש מקום להסיק אודות קיומו של תנאי נוסף, סמוי, הנועד לאתר פגמים אפשריים בתהליך הכריתה? התשובה לכך אינה חד-משמעית, ויש בה אף פנים לכאן ולכאן. עם זאת, דומה בעינינו כי מספר מקורות מרכזיים שוללים אפשרות זו, וזאת בהקשרם של שני פגמים תהליכיים מרכזיים:

א. *יחסי כוחות מסחריים בלתי שוויוניים* – תנא קמא שולל כל תלות בין הפעלת דין אונאה ובין טיב יחסי הכוחות המסחריים של הצדדים. הגנת האונאה ניתנת כפונקציה של עצם קיום המחיר המקפת, וזאת אף אם הצד הנחות בכוחו המסחרי הצליח לאנות את הצד החזק. ר' יהודה אף הוא אינו מגביל את הגנת דיני אונאה לצד החוזי החלש בלבד, והגנת הדין תינתן אליבא דר' יהודה אף במסגרת חוזה הנקשר בין שני צדדים השווים בכוחם המסחרי (שני הדיוטות). עם זאת, ר' יהודה מצליח לשקלל באופן מורכב אף אלמנט של פיקוח תהליכי, וזאת על ידי קביעת קריטריון נגטיבי ההופך את אונאתו של צד חוזי שהנו עוסק מומחה (תגר) ליוצאת מן הכלל ולבלתי מוגנת על ידי הדין; היוצא מן הכלל נקבע, אפוא, לדעת ר' יהודה על פי פרמטר תהליכי.

ב. *היעדר מידע וטעות המתאנה* – בכמה מקרים מצאנו כי דיני אונאה פורשים את הגנתם גם על מתאנה שידע את עובדת קיומה של האונאה ולא רצה למחול על זכות תביעתו או ששילב תניית פטור שאינה תקפה על פי דיני התנאים. מכאן כי הפגם התהליכי שבטעות ובהיעדר המידע אינו תנאי הכרחי לתחולת הדין. יוצאת מכלל זה הנה פרשנותם החדשנית של הרי"ד והרי"ז לסוגיית 'תנאי באונאה'. כן הערנו כי ייתכן ועל פי פשטה של סוגיית התלמוד בריש פרק 'איזהו נשך' יש לקשור את האונאה בטעותו של המתאנה.

הקריטריון המרכזי, ובעינינו מסתבר כי אף הבלעדי, לתחולת דיני אונאה מרוכז בבחינת מהותית של תוכן החוזה, ואין הוא מעמיד למבחן (ישיר) את תהליכי הכריתה. מסקנה זו עשויה אף להבהיר את המגבלה הפרסונלית החלה על תחולת דין אונאה (אונאת נוכרי), את מובנו האטימולוגי של מונח 'אונאה' וכן את שיקוליו של עורך המשנה אשר מיקם את דיני אונאה בצמידות לדיני הריבית. משמעות מסקנות אלו היא במשקל הדומיננטי שיש לעקרון הצדק החוזי המהותי בקביעת הקריטריונים להפעלת דיני אונאה. לאמור, דין אונאה שואף להבטיח כי מידת

²¹⁰ ליד הע"ש 195.

²¹¹ ראה גם גרוסמן עמ' 87. למקורות נוספים הצועדים, לכאורה, בדרכו של הרש"ש ראה שולחן ערוך הרב, חו"מ, הלכות אונאה וגניבת דעת סעי' יא; שו"ת משכנות יעקב חושן משפט סי' נט ד"ה עוד ראה. לביקורת ראה שו"ת אבני נזר, חלק אורח חיים סי' שכה אות יט; אבן האזל מכירה, יב, א ד"ה ובדין.

הצדק תשכון בתוכן החוזה, ולשם כך הנו מעמיד תחת שבת הביקורת את הגינות תניית המחיר החוזי²¹².

הקריטריונים להפעלת דין אונאה מבוססים, אם כן, ראשם ורובם על עקרון הצדק החוזי המהותי, וזאת בהיותם שואפים להשגת תוכן חוזי הוגן. האם השאיפה להשגת הליך כריתה תקין נזנחה לחלוטין על ידי דיני אונאה? האם דינים אלו אדישים לחלוטין לעקרון הצדק החוזי התהליכי? אכן לעיל נוכחנו לדעת כי ישנן שיטות אשר ניסו לשלב בדרכים כאלו ואחרות פרמטרים שונים להפעלת דין אונאה, הלקוחים מעולמו של עקרון הצדק התהליכי, אך כפי שנוכחנו לדעת אין דעות אלו מבטאות את רוחן המרכזית של סוגיות המשנה והתלמוד. דעתנו היא היא כי מנגנונים שונים המשולבים בתוך מספר היבטים אחרים של דיני האונאה מהווים את הכלי הנאות לשקלול עקרון הצדק החוזי התהליכי בתוך מערך פעילותם של דיני אונאה. הפרק הבא יוקדש, אפוא, לעיון בטיבם של מנגנונים אלו ובשאלת איתור עקרון הצדק החוזי אותו הם מגשימים; במוקד עיונו יעמדו הסעדים המוגשים למתאנה על ידי דיני אונאה.

3. עילת הקיפוח – סעדים

3.1 הקדמה

כפי שנוכחנו לדעת כברת דרך לא מעטה צועד דין אונאה בצדו של דין הריבית; שני דינים אלו מכוונים את דבריהם כלפי התקשרויות רצוניות של שני צדדים וכלפי התקשרויות אלו מפעילים דין הריבית ודין האונאה מבחן הגינות מהותית. נחטא אל האמת אם מדברינו ישתמע כי צעידה משותפת זו נשמרת לאורך זמן, שכן דרכיהם של שני דינים אלו נפרדות בשלב מסוים זו מזו (שלב מושגי, כמובן, לא שלב היסטורי). שלב זה, בו נפרדים דין האונאה מדין הריבית, משקף את האופן בו חותר דין אונאה לשקלל בתוך מערך פעילותו מקצת מעקרונות הצדק החוזי התהליכי. להיבט

²¹² דומני כי מסקנה זו עשויה להיתמך מסוגיה נוספת, אך כיוון שהדברים התפרשו בדברי האחרונים (וכן בדברי חלק מן הראשונים) יותר משרמזו עליהם דברי התלמוד עצמם אסתפק באזכור קצר של סוגיה זו בהערת שוליים. לעיתים עשוי להיווצר מצב בו הקשר החוזי הנו ארוך טווח – אם מחמת שכך קובע החוזה ואם מחמת שהצדדים מערימים זה כנגד זה תביעות שונות – ובפרק זמן מתמשך זה משתנה רמת שוויו של הממכר. תהליך זה גרם להפיכת שיעור התמורה החוזית המוסכמת לשיעור מקפח ובלתי הוגן. למשל, חוזה נכרת לאספקת דלק לאורך שנה במחיר מוסכם, הניתן לשיעורים במקביל למועדי האספקה. עליה בשער מחירי הדלק (בלא עדכון מקביל של המחיר הקבוע בחוזה) גרמה להפיכת חוזה זה לחוזה הפסד עבור הספק, ולקיפוחו על ידי תוכן החוזה. הספק מחויב על פי החוזה לספק דלק יקר תמורת מחיר זול שאינו משקף את שווי הנוכחי של הדלק. האם יוכל הספק לטעון לאונאה בגין עליית שערים זו? השתתת דיני אונאה על אי ההגינות התהליכית אמורה להביא לדחיית טענת האונאה מכל וכל. הליך הכריתה לא היה נגוע בכל פגם, ואין לספק להלין אלא על עצמו ועל גורלו. השתתת דיני אונאה על אי ההגינות המהותית גרידא תחותר להגנת הספק מפני התוצאות המקפחות שהתחדשו בחוזה זה; מה לי אם קיפוחו של הצד החוזי בא מחמת ערמוניותו של הצד שכנגד מה לי אם הוא בא מחמת שינויים בלתי צפויים ברמת מחירי השוק. האחרונים פסקו כי במקרים אלו יהיה זכאי המתאנה בתביעת אונאה, זאת על אף שתוכן החוזה מקפחו אך ורק מחמת שינויי שער מאוחרים ולא מחמת כל פגם תהליכי בעת כריתת העסקה. כך, למשל, לגבי חוזה לאספקת סחורות במשך שנה נפסק כי "אם נתיקרו או הוללו כל כך עד שנתאנה המוכר או הלוקח שתות כיוון דלא היה למוכר באותה עת הסחורה ההיא ברשותו אלא שהתחייב באופן המועיל כשיהיה לו שמחויב למכור לו וכיוון שעכשיו יש במיקח הזה אונאה חוזר" (שו"ת פנים מאירות, חלק ב סימן ח). עוד ראה שו"ת בית אפרים, חלק חו"מ, סוף סימן ד; משפט שלום, סימן רט, סעיף ו ס"ק כה; כסף הקודשים, חו"מ, סימן רכז, סעיף ב ד"ה 'במוכר מעכשיו'. מכלול פסיקות אלו מוביל למסקנה כי שינויי שער היוצרים תוצאה חוזית מקפחת מקימים לנפגע את הגנת דיני אונאה, וזאת בלא שהפר אחד מן הצדדים את הגינות תהליכית הכריתה. מאספקט זה, אם כן, תחולת דיני אונאה מותנית באופן בלבדי באי ההגינות שבתוכן החוזה, ואין היא דורשת לתחולתה פגם תהליכי מקדמי. למעשה, ניתן למצוא מקורות קדומים יותר למדיניות זו. המעיין בפרשנותם של הרשב"ם (בבא בתרא, פג, ב ד"ה אמר רב חסדא) והנימוקי יוסף (בבא בתרא, מא, ב ד"ה הא דרב חסדא) לדברי רב חסדא (בבא בתרא, פג, ב ד"ה א), יימצא כי בדברים אלו מונחת התשתית לראיית שינויים בשווי המוצר במהלך חיי החוזה עילה קבילה לתביעת אונאה. וראה גם רא"ש, בבא בתרא פרק ה, אות יד; בעל המאור, בבא בתרא, מא, ב. עוד ראה דברי ר' יעקב בר אידי המובאים בירושלמי, בבא מציעא, פרק ד הלכה ג.

זה של דין אונאה יוקדש פרק זה, וזאת בהתמקד בהיבט התרופתי של הדין. אך קודם כניסתנו בעובייה של קורת הסעדים ניתן דעתנו למספר היבטים נוספים של דין האונאה.

בהיותו שולל את תוכן ההלוואה בריבית אוסר דין הריבית תוכן חוזי זה באיסור מוחלט; לאמור, אין הצדדים רשאים להתנות על הריבית ואין הלווה רשאי למחול למלווה על זכות תביעתו: "הורו מקצת הגאונים שהלווה שמחל למלווה בריבית שלקח ממנו או שעתיד ליקח אף על פי שקנו מידו שמחל או נתן מתנה אינו מועיל כלום, שכל ריבית שבעולם מחילה היא אבל התורה לא מחלה ואסרה מחילה זו, ולפיכך אין המחילה מועלת בריבית אפילו בריבית של דבריהם"²¹³. כפי שנוכחנו לדעת²¹⁴ בנקודה זו מובחן דין אונאה מדין הריבית. בדרכים שונות יכול צד חוזי למחול לצד שכנגד על אונאתו, ויש אומרים כי בידו אף לשלב את מחילתו כתניית פטור בגוף החוזה²¹⁵.

תכונה זו מביאתנו לתפיסה מורכבת יותר של מנגנון הפיקוח הגלום בדין אונאה. פיקוח מהותי על הגינות תוכן החוזה יכול שיציע עצמו בפני הנפגע ויכול שייכפה עצמו עליו. האופציה האחרונה הנה, למעשה, הגנה פטרנליסטית, במסגרתה מגן החוק על האדם מפני מעשיו שלו עצמו. ההגנה הניתנת ללווה במסגרת דין הריבית הנה הגנה פטרנליסטית קשיחה; כשם שהיא כופה עצמה על המלווה כך היא כופה עצמה על הלווה. ההצדקה להגנה קשיחה זו יכולה להיות מנומקת הן בחשש הכבד לנזק שעלול הלווה להסב לעצמו מחמת מצוקתו הכלכלית והן בהשלכות החברתיות השליליות שעלולות להיות למוסד ההלוואה בריבית על החברה בכללותה. לעומת זאת, ההגנה הניתנת למתאנה במסגרת דין האונאה הנה גמישה יותר. הגנה זו מציעה עצמה בפני המתאנה אך אין היא כופה עצמה עליו; ברצותו יקבלנה וברצותו ידחנה וימחל למאנה על זכות תביעתו²¹⁶. הפיקוח פיקוח מהותי הוא, שהרי הנו מעמיד למבחן את תוכן החוזה (יותר מאשר את תהליכי כריתתו), ועם זאת הנו פיקוח גמיש יותר מזה הקבוע בדין הריבית בהיותו מעניק למתאנה את זכות ההכרעה האחרונה לגבי עתידו של החוזה הנידון.

נוסיף ונציין כי נקודה אחרונה זו קשורה בהבדל מהותי נוסף החוצץ בין דין האונאה ובין דין הריבית. בהיות הריבית תוכן חוזי האסור באיסור מוחלט מטילה ההלכה את איסורה על המלווה והלווה כאחד: "ואלו עוברין בלא תעשה: המלווה והלווה והערב והעדים. וחכמים אומרים: אף הסופר"²¹⁷. לאמור, גם הצד החוזי החלש – הלווה, אשר הדין נחלץ לעזרתו ולעזרת שכמותו, עובר גם הוא באיסור תורה בהשתתפו בעסקת ההלוואה בריבית. לא עד כדי כך חמורים הדברים במקרה אונאת המחיר. באיסור התורה עובר המאנה אך לא המתאנה: "אסור למוכר או לקונה להונות את חבירו"²¹⁸, ומקורה של קביעה זו בגוף פסוקי המקרא. מסתבר אפוא כי קשיחותה של הגנת דין הריבית, עד כדי אי יכולת הצדדים להתנות עליה, מעוגנת זה מכבר באיסור המוטל

²¹³ רמב"ם, מלווה ולווה, ד, יג.

²¹⁴ לעיל סעיף 2.8.2.

²¹⁵ בהערת שוליים נעיר כי מסתבר ובתובנה זו מתייחד הבבלי מן הירושלמי. וכך למדנו בתלמוד הירושלמי: "רב אמר: כל הנושא ונותן במנת שאין לו אונאה יש לו אונאה" (בבא מציעא, פרק ד, הלכה ג). הירושלמי לא הזכיר דעה החולקת על עמדה זו (כפי שהביא הבבלי את עמדתו של שמואל) והוא גם לא קישר סוגיה זו למחלוקתם של ר' מאיר ור' יהודה בשאלת תקפותה של תניית פטור שבממון. מדברים אלו של הירושלמי משתמע כי לדידו אין יכולת להתנות על אונאה, ומסתבר כי לדידו דומה דין אונאה לדין הריבית בהיותו כפוי על הצדדים ולא ניתן למחילה באמצעות תניית פטור. עוד נציין כי פרשני הירושלמי העניקו לדברי רב פירוש מצמצם, וזאת כדי להתאים דברים אלו של רב עם הפרשנות שהוענקה לו בסוגיית התלמוד הבבלי (ראה שם פירוש פני משה), אך דומה ופירושים אלו הולמים יותר את מגמת התאמת הירושלמי לבבלי מאשר את פשט דברי הירושלמי כשלעצמו.

²¹⁶ הגד זאת לעמדת הקוד האזרחי הצרפתי (לעיל הע"ש 65).

²¹⁷ משנה, בבא מציעא, ה, יא.

²¹⁸ רמב"ם, מכירה, יב, א.

בשווה על שני הצדדים להלוואה, ואילו גמישותה היחסית של הגנת דין האונאה, המוצאת את ביטויה ביכולת המתאנה למחול על זכותו, מוצאת גם את ביטויה המקביל במיקוד הטלת האיסור על כתפי הצד המאנה בלבד.

ובכאן באים אנו אל הקביעה כי דין אונאה מכיל בקרבו מספר מנגנונים המיועדים לרסן את פעילותו האפשרית של מנגנון הפיקוח המהותי שבדין אונאה ולעדנו, תוך חתירה להעניק לצדדים טווח מסויים של יכולת החלטה חופשית ומוסכמת בדבר גובה המחיר החוזי ואפילו אין הוא עומד לחלוטין בקריטריונים של המחיר ההוגן. בתוך טווח זה מנגנון הפיקוח המהותי שבדין אונאה אינו בוחן את החלטת הצדדים, ולכל הפחות מעניק לה תוקף שבדיעבד. כדרכם של מקטעים שונים בתמונה מורכבת, עושה האחד את שמניח לו חברו, ואין המחזה מתקבל בשלמותו אלא מן הפרספקטיבה המצליחה להשקיף על חלקי היצירה בכללותה. מכאן חשיבות ניסוח טיבו של הצדק החוזי המושג על ידי דין אונאה בהסתמך אף על מנגנוני האיזון הגלומים. הבה ונסקור ביעף מקצת ממנגנונים אלו:

✓ *מחיר השוק* – נקודת מוצא דין אונאה היא כי קיים מחיר הוגן לחוזה, וממחיר הוגן זה סטו הצדדים. מהו המחיר ההוגן? תשובתו המפתיעה של דין אונאה היא כי המחיר ההוגן הנו המחיר המקובל בשוק על ידי מרבית המשתתפים בו²¹⁹. אין דין אונאה קובע מחיר א-פריורי כמחיר ההוגן²²⁰ אלא הנו מעמיד את הנורמה שהתקבלה בין מרבית המוכרים והקונים כנורמה הרצויה. מחיר חוזי מוסכם העומד בקריטריונים של הנורמה המקובלת לא ייחשב למקפח, ורק סטייתו מן המקובל תעשהו ככזה²²¹. בכך, כמובן, מצליח דין אונאה להרחיב במידה לא מבוטלת את טווח הבחירה החופשי של המשתתפים בשוק²²².

²²³

²¹⁹ מסקנה זו נובעת מדברי המשנה עצמה, אשר כפי שניווכח בשורות הבאות מגבילה את זמן יכולת תביעת דמי האונאה למשך הזמן "עד שיראה לתגר או לקרובו". מומחיותו של התגר היא באומדן המחיר המקובל בשוק, ואין כוחו באומדן מחיר על פי פרמטרים א-פריוריים אחרים. זיהוי המחיר ההוגן עם המחיר המקובל בשוק עולה אף מתוך סוגיית הבבלי במסכת בבא בתרא פג,ב, הדן בשינויים בדין אונאה כתוצאה משינוי שערי השוק, וכן מתוך סוגיית הירושלמי המקבילה (בבא מציעא פרק ד, הלכה ג).

²²⁰ לזיהוי המחיר ההוגן עם מחיר השוק קיימות שתי אופציות חלופיות, אשר המשותף להן הוא הניסיון לקבוע את המחיר ההוגן באופן א-פריורי שאינו משקלל את יחסי ההיצע והביקוש. חלופה אחת היא קביעת המחיר ההוגן על פי מחיר עלות הפקת המוצר. אופציה זו מחשבת את העלויות שהשקיע היצרן במוצר זה ולכך היא מוסיפה שיעור מסוים של רווח סביר, ותוצאה זו משקפת את המחיר הראוי. אפשרות זו מצאה את ביטויה אצל אפלטון, בספר יא של יצירתו החוקים (בתוך: **כתבי אפלטון כרך ד** (ירושלים ותל-אביב, תשל"ד), עמ' 367). תובנה זו גם משקפת את הדוקטרינה ששלטה במשפט הקנוני וראה **פון מאהרן וגורדלי**, עמ' 988-989; R.H. Tawney, **Religion and the Rise of Capitalism** (N.Y. 1926) pp.40-42. אך יש גם הטוענים כי אין הדבר משקף את הדין הקנוני לדורותיו, וכי היו קיימים פרקי זמן בהם צידדו חכמי המשפט הקנוני בעיצוב המחיר ההוגן על פי המחיר המקובל בשוק, ראה R. de Roover, "The Concept of the Just Price: Theory and Economic Policy", **The Journal of Economic History** 18 (1958) p. 418. החלופה השנייה הנה בקביעת המחיר ההוגן על פי "שווי האמיתי" של הנכס, שווי המוערך על פי מידת נחיצותו של נכס זה לאדם. אופציה זו מחשבת את הביקוש שיש למוצר זה, אך אין היא משקללת עמו את ההיצע שהשוק מציע עבורו. וראה אריסטו, **אתיקה**, מהדורת ניקומאכוס (ירושלים ותל-אביב תשמ"ה), ספר ה, פרק ה, עמ' 121.

²²¹ שאלה שתשאל בדין היא כיצד נקבע האם המחיר המוסכם שקבעו שני הצדדים שלפנינו הנו חלק מן השוליים הלגיטימיים של הנורמה המקובלת בשוק או שמא הוא מהווה חריגה משוליים לגיטימיים אלו. אורך היריעה אינו מתיר לנו להקדיש עצמנו כראוי לשאלה זו.

²²² וראה מ' תמרי, "תחרות, מחירים ורווחים בעיני היהדות", **ספר בר אילן י** (תשל"ב) עמ' 130-131.

²²³ ייתכן ובכך תובהר סיבת אי נכונותו של התלמוד ומפרשיו להשתמש במונח המקביל לזה שהשתרש מאוחר יותר במסורת המערבית – 'just price' (מחיר צדק, וראה, למשל, לעיל הע"ש 65), שהרי המחיר המהווה את נקודת המוצא להערכת הגינותו של המחיר החוזי אינו מחיר קבוע וברור אלא הנו תלוי במשתני השוק, ו"אין אומרים במקח וממכר שמא שוה כך וכך במקום פלוני או לזמן פלוני ישוה כך, כי אין בזה הדבר אלא מקומו ושעתו" (בית יוסף, חו"מ, רכ"ז, יג בשם רבינו ירוחם).

✓ *עד שתות* – משנקבע המחיר ההוגן מחוסן המאנה מפני תביעות אונאה בגין סטיות מחיר החוזה מן המקובל בשוק בשיעורים המגיעים עד לשתות (16.6%)²²⁴. מגבלה זו מרחיבה אף היא את טווח 'חופש החוזים' של הצדדים עד לשיעור זה. לדעת חלק מן הפרשנים אונאת מחיר עד שיעור זה הנה לא רק חסינה מפני תביעת המתאנה אלא אף מותרת לכתחילה²²⁵.

✓ *מגבלת הזמן* – המשנה קובעת כי זכותו של המתאנה לתבוע את אונאתו מוגבלת למשך זמן קצר ביותר – "עד כדי שיראה לתגר או לקרובו"²²⁶, ומתוך שיחה של המשנה אנו למדים כי משך זמן זה הנו בן שעות ספורות²²⁷. בדרך זו מגבילה המשנה את זכותו של המתאנה לטעון לקיומו של המחיר המקפח, ובאם הוא השתהה ולא שטח את תביעתו בפני בית הדין בפרק זמן קצר זה מכירה ההלכה למעשה בתקפותו של המחיר המוסכם גם אם הנו מחיר מקפח²²⁸.

✓ *מחילה ויכולת ההתנאה* – שוב נזכיר בקצרה את יכולתו של המתאנה למחול על זכות תביעתו ולדעת חלק מן השיטות אף לשלבה כתניית פטור בגוף החוזה, ובכך ניתנת לו האפשרות להגן על המחיר המוסכם גם אם אין הוא עומד בפני הקריטריונים המהותיים של המחיר ההוגן. בהקשר זה יש להזכיר גם את דין 'נושא ונותן באמנה'²²⁹ שהנו גילום נוסף של תובנה זו.

במסגרת זו לא נוכל לעמוד על מכלול ההיבטים השונים של מנגנונים אלו ועל יסודות חתירתם לאזן את עקרונות הצדק החוזי המהותי והתהליכי זה בזה, ועל כן בחירתנו היא להרחיב את היריעה ולהעמיק את המבט במנגנון נוסף הפועל ומתפקד במסגרת דין אונאה – מערכת הסעדים.

כאמור בפרק הקודם, מרכז הכובד – העיקרי ואולי אף הבלבדי – של הקריטריונים להפעלת דיני אונאה שאוב מתוך עולמו של עקרון הצדק החוזי המהותי. דיני אונאה מעמידים תחת שבת ביקורתם את סבירות תניית המחיר החוזי ואת מידת הגינותה, וזאת שלא בזיקה ישירה והכרחית עם אופן היווצרותו של החוזה. במרכז מאוויים של דיני אונאה עומדת, אפוא, השאיפה להבטיח כי תוכן החוזה לא יהיה נגוע בקיפוח ובאי הוגנות, זאת בלא תלות ישירה וברורה באופי תהליך כריתת החוזה. משקל שכנגד למדיניות זו מוצאים אנו במערכת הסעדים הניתנת בעטיו של דין

²²⁴ משנה, בבא מציעא, ד, ג. נוסף ונעיר כי כך הם פני הדברים על פי הפרשנות המקובלת למשנה זו. המעיין במשנה זו עשוי למצוא כי היא מחסנת עוד יותר את המאנה מפני תביעת המתאנה, וכי למעשה היא קבעה שני שיעורי מינימום לתביעת האונאה – שהסטייה ממחיר השוק תהיה בשיעור 16% ושערכה יהיה 'ארבע כסף' – אשר רק בקיומם המצטבר יוכל המתאנה לתבוע את אונאתו. ראה גם משנה, בבא מציעא, ד, ז; דברי רב המובאים בירושלמי, בבא מציעא, פרק ד הלכה ג; פירוש הרידב"ז שם; יפה עיניים לבבא מציעא מט, ב; חזון יחזקאל, בבא מציעא פרק ג ביאורים אות יא; ש' ליברמן, **תוספתא כפשוטה ט** (נ"י, תשמ"ח), עמ' 178; **מלמד** עמ' 49; **גרוסמן** עמ' 43-44. וראה גם חידושי הרמב"ן, בבא מציעא נה, א.

²²⁵ ספר החינוך, מצווה שלו; ספר חסידים (מרגליות, ירושלים תשכ"ד) סימן תקלב. ראה גם ר' עקיבא איגר לשו"ע, חו"מ רכז, ו; פני יהושע, בבא מציעא, נב, א ד"ה בפירש"י. לדעות הפוכות ראה רמב"ן בפירושו לויקרא כה, טו; רא"ש, בבא מציעא, פרק ד אות כ. ראה גם אבן האזל, מכירה, יב, א ד"ה 'ובדין'.

²²⁶ משנה, בבא מציעא, ד, ג.

²²⁷ זאת נלמד מעדות המשנה כי ר' טרפון האריך משך זמן זה לכדי יכל היום'.

²²⁸ על ייחודיות זו המאפיינת את דין אונאה עמד הרי"ף אשר קבע כי "היכא דזבין אינש מידי ולאחר זמן איגלי ליה דאית ביה מומא... אית ליה לאהדוריה למריה ולא אמרין בכי הא' הא' שהה ליה בכדי שיראה לתגר או לקרובו דלא אמור רבנן הכי אלא גבי אונאה אבל גבי מומין מיקח טעות הוא וכל אימת דמיגלי ליה מהדר ליה למרי, והכי כתב רבינו האי גאון זצ"ל" (בבא מציעא ל, ב) (בדפי הרי"ף). ראה גם ריטב"א (בבא בתרא פג, ב ד"ה שחמתית) שכתב "ובכל דיני משנתנו לעולם היא החזרה, ולא אמרו כדי שיראה לתגר או לקרובו אלא באונאת דמים".

²²⁹ תוספתא, בבא מציעא, פרק ג הלכה יב.

אונאה. הטענה אותה נעלה בפרק זה הנה כי הסעדים הניתנים למתאנה במסגרת דין אונאה דווקא משקפים את עקרון הצדק החוזי התהליכי, יותר מאשר את עקרון הצדק החוזי המהותי. סעדים אלו נוטים להתמקד בהבטחת תהליך חוזר של כריתת חוזה, וזאת בלא להבטיח השגת תוכן חוזי הוגן. בכך מוצגת נגד עניינו תמונה מורכבת המערבת בתוכה כפל שלבים: בשלב ראשון מאותר חוזה אשר תוכנו נגוע בקיפוח ובאי הוגנות; בשלב שני באה ההתמודדות עם חוזה פגום זה על ידי הבאת הצדדים למשא ומתן מחודש לכריתת החוזה (ולא על ידי שיערוך תוכן החוזה עבור הצדדים). תרכובת זו מעניקה את מעמד הבכורה לעקרון הצדק החוזי המהותי, וזאת בהיותו ממקד את התמודדותם של דיני אונאה בחוזים המאופיינים כבעלי תוכן פגום, אך מאידך גיסא ניטלת הבלעדיות מעקרון זה, וזאת על ידי עיצוב דרך ההתמודדות עם החוזה בעל התוכן המקפח בכליו של עקרון הצדק החוזי התהליכי. פרק זה יוקדש, אם כן, לבחינת טיבם של סעדי האונאה לאור שני משמעיו האפשריים של הצדק החוזי.

דברינו שבפרק זה יתפרשו על פני שני מישורים עיקריים. המישור הראשון הנו היסטורי-דוגמטי, ובו נתחקה אחר הגלגולים השונים שפקדו את סעדי דין אונאה במקורות התנאים והאמוראים. דיון זה יהווה עיון מקדים לקראת המישור השני - הפילוסופי, ובו נעמוד על היסודות התיאורטיים העומדים בבסיס מערכת הסעדים המוענקת למתאנה, זאת בהתאמה לקשת השיטות המובעת במקורות השונים.

חשובה ההדגשה כי דרך עיונו תתבסס לא על ניסיון התחקות אחר כוונת מנסחי ההלכות אלא על ניתוח תוצאות דבריהם. לאמור, יתכן ולהלכות שיידונו להלן ניתן יהיה להציע טעמים חלופיים שאינם קשורים בהכרח עם עקרון צדק חוזי זה או אחר; הדבר לא יגרע ממסקנותינו, שכן הן לא תשענה על איתור כוונת המחוקק ומגמותיו אלא על ניתוח תוצאות חקיקתו.

נוסיף ונעיר כי קו הגבול ההיסטורי בו תחמנו עצמנו בראשית עבודת מחקר זו מחייבנו להוציא מפרק זה תחום עיון חשוב ורלוונטי למדי: המקורות המשפטיים לתוקף סעדי דין אונאה. כזכור, המקרא הסתפק בקביעת ציווי האוסר את מעשה האונאה ונמנע מלפרש את תוצאות מעשה האונאה לאחר ביצועו. המקורות התנאיים הם שהוסיפו את הנדבך התרופתי העומד לימין המתאנה. מקורות תנאיים אלו הביעו עמדתם לגבי טיב הסעדים שיוענקו למתאנה אך לא מצויה בדבריהם הבהרת המקור המשפטי עליו הם מתבססים. רק למן תקופת הראשונים החל דיון בין הפרשנים אודות המקור המשפטי היכול לבסס את תוקפם של סעדים אלו. באשר התנאים הניחו את קיומה של המערכת התרופתית שבדיני אונאה כדבר המובן מאליו, אמנע מדיון בנושא זה וזאת לאור גבולות המחקר אליהם תחמנו עצמנו בראשית עבודתנו²³⁰.

3.2 תולדות קביעת סעדי האונאה

עצם נחיצות הענקת סעדים למתאנה לא הוטלה בספק בקרב תנאים ואמוראים (זאת על אף שזכרם לא בא במפורש במקראות פרשת 'בהר'); אך טיבם של סעדים אלו ואופיים עמדו גם עמדו

²³⁰ לדיון בשאלת מקור תוקפם ההלכתי של סעדי האונאה ראה: רשב"ם, בבא-בתרא פג,ב ד"ה מ"ח לו; ראב"ד המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא נז,א ד"ה כתוב בספר המאור; פירוש הרמב"ן לויקרא כה, יד; טור חו"מ ריש סימן רכז (וראה שם ב"ח ובי"י); פני יהושע, בבא מציעא דף נו,ב; לבוש מלכות, חושן משפט, עיר שושן סי' רכז ס"ק א; ערוך השולחן, חו"מ רכז, א; דברי חיים (אויירבך), חושן משפט, דיני אונאה ומקח טעות סי' ו ד"ה לכאורה; שערי יושר שער ה פרק ה ד"ה אמנם קשה; חזון יחזקאל, תוספתא בבא מציעא פרק ג הלכה ח; קונטרסי שיעורים (גוסטמן) בבא-מציעא, שיעור כב, עמ' 176; ורהפטיג, עמ' 485; לוין עמ' 16.

במרכז פולמוס רחב בין מגוון עמדות תנאיות ואמוראיות שונות. אכן מסתבר כי היעדר מקור מקראי מפורש לסעדי האונאה - "אטו שתות מי כתיב באורייתא כדי שנאמר דגזירת המלך היא כהלכתא בלא טעמא !? אלא שהדבר מסור לחכמים..."²³¹ - תרם להנחת כר נרחב לתנאים ואמוראים לבוא ולעצבם בצורות שונות ומגוונות.

קודם שנסקור עמדות אלו אחת לאחת נניח מספר קווי היכר לשני הסעדים המרכזיים, הניתנים א-פרוירית להיות מוענקים למתאנה. באשר מטרת המערכת התרופתית הנה להשיב לכה את ההגינות החוזית שהופרה מחמת המחיר המקפח, הרי נפתחות בפני הדין שתי אפשרויות עקרוניות לשם הגשמת תכלית זו, אפשרויות המובחנות זו מזו בהיבטים שונים :

א. **תיקון החוזה** - האפשרות הראשונה הנה תיקון החוזה, קרי, שיערוך המחיר החוזי תוך התאמתו למחיר ההוגן. במידה והמחיר כבר שולם הרי שמשמעות תיקון המחיר החוזי היא העברת דמי האונאה מן המאנה למתאנה: מן המוכר לקונה באם לפנינו מחיר חוזי גבוה יתר על המידה, ומן הקונה למוכר באם לפנינו מחיר חוזי נמוך יתר על המידה.

ב. **ביטול תוקף החוזה** - האפשרות השנייה הנה ביטול תוקפו של החוזה בכללותו, קרי, ביטול מחויבותו של המוכר לספק את הממכר וביטול מחויבותו של הקונה לשלם. במידה והתמורות כבר הוחלפו בין הצדדים הרי שמשמעות הביטול היא השבה הדדית מלאה של התמורות שהועברו מצד לצד.

כינויו של הסעד הראשון בלשון חז"ל הוא 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' וכינויו של השני 'ביטול מיקח'²³². שתי אפשרויות עקרוניות אלו מסמנות את הקטבים המנוגדים, אשר ביניהם הולכים ובאים סעדי אונאה כבמקלעת, עד שהם מתרכבים זה בזה תוך שילובים שונים ומגוונים, ומהם מופקות כחמש עמדות תנאיות ואמוראיות מרכזיות בסוגיה זו²³³:

דבי וסתמא דמשנה

המשנה מציגה בפנינו דעה סתמית, הקובעת כי למתאנה תהיה בחירה בין שני הסעדים הנזכרים לעיל:

"מי שהוטל עליו ידו על העליונה, רצה אומר לו: תן לי מעותי או תן לי מה שאניתני"²³⁴.

תביעת המתאנה 'תן לי מה שאניתני' פירושה החזר הפער שבין מחיר השוק ובין המחיר החוזי, ובמילים אחרות שיערוך מחודש של מחיר החוזה באופן התואם את מחיר השוק. פירושה של תביעת המתאנה 'תן לי מעותי' הנה ביטול החוזה כולו, תוך קיום השבה הדדית של הטובין שהוחלפו בין שני הצדדים. דעה סתמית זו שהופיעה במשנה שבה והופיעה בהרחבה בתוספתא:

²³¹ פני יהושע בבא מציעא מט, ב ד"ה שתות מעות. והרמב"ן כתב: "כי השיעורים כולם בשתות ויתר על שתות כפי דעות בני אדם" (פירוש לויקרא כה, יד-טו). עוד ראה חידושי רבנו מאיר שמחה (מדווינסק), בבא מציעא, נא, א אות ג; חידושי רבי ראובן, חלק א, בבא מציעא ס"י כג אות ב. עם זאת, יש מי שניסה למצוא אסמכתא בפסוקים לשיעור שתות (סמ"ק לאוין רעא): "ואני שמעתי דרבנן אסמכוהו אקרא דילא תונו איש את אחיו ויראת מאלוהיך", זהו שתות בסופי תיבות"; וראה גם בפירוש בעל הטורים לויקרא כה, יז), ויש מי שדרש את משמעויותיו המטפיסיות של שיעור זה, ראה דרך מצוותיך, איסור אונאה, דף לז, ב; ר' צדוק הכהן מלובלין, דובר צדק (בני ברק תשכ"ז) עמ' 15; ליקוטי הלכות, חושן משפט, הלכות אונאה, הלכה א.

²³² על היחס שבין המונח 'ביטול מיקח' ובין המונח 'מיקח טעות' ראה להלן ליד הע"ש 257 ובגוף ההערה.

²³³ על כך ראה מלמד, עמ' 40 ואילך; גרוסמן, עמ' 36-30.

²³⁴ משנה, בבא מציעא, ד, ד. ראה גם תורת כהנים, פרשת בהר, פרשתא ג.

”מי שהוטל עליו ידו על העליונה. כיצד ? מכר לו חלוק שוה ה בשש – ידו של לוקח על העליונה, רצה אומר לו 'תן לי סלע' רצה אומר לו 'הילך חלוקך ותן לי מעותי'. אבל אם מכר לו שוה שש בחמש יד המוכר על העליונה – רצה אומר לו 'תן לי סלעי' רצה אומר לו 'הילך מעותיך ותן לי חלוקי'. ורבי אומר לעולם יד המוכר על העליונה”²³⁵.

שווה דעת תנא קמא שבתוספתא לדעה הסתמית שהובאה במשנתנו, ולדין יש להעניק למתאנה את הבחירה בין שני הסעדים הנזכרים. עם תורף דעות אלו מסכים רבי המובא בתוספתא, אך לדעתו יש להמיר את זהותו של בעל זכות הבחירה בין שני הסעדים; בעוד תנא קמא מעניק זכות בחירה זו למתאנה, מעניקה רבי למוכר, בין אם הנו מתאנה ובין אם הנו מאנה²³⁶.

ר' נתן

מקור שלישי הן באופיים של הסעדים משלב בדיון זה אלמנט חדש, ובו משתקלל הסעד הניתן למתאנה עם שיעור סטיית המחיר החוזי מן המחיר המקובל בשוק. וכך למדנו בברייתא:

”אונאה פחות משתות - נקנה מיקח, יתר על שתות - בטל מיקח, שתות - קנה ומחזיר אונאה, דברי רבי נתן, רבי יהודה הנשיא אומר: יד מוכר על העליונה - רצה אומר לו 'תן לי מקחי או תן לי מה שאניתני'. וזה וזה בכדי שיראה לתגר או לקרובו”²³⁷.

דעת רבי יהודה הנשיא שבברייתא זהה, לכאורה, עם דעת רבי שהובאה בתוספתא בהעניקה למוכר את זכות הבחירה בין שני הסעדים. רבי נתן, לעומת זאת, שולל את עצם מתן הבחירה בין שני הסעדים. לדידו של ר' נתן יש להתאים כל סעד וסעד למקרה אונאה שונה: אונאה בשיעור המדויק של שתות מקימה את סעד קיום המיקח והחזר הפרש האונאה, ואילו אונאה בשיעור גבוה יותר מקימה את סעד ביטול המיקח (אונאה בשיעור הנמוך משיעור שתות אינה מקימה כל תרופה למתאנה, וזאת בדומה למובא במשנה עצמה). דברי ר' נתן הנם, אפוא, המקור הראשון לעריכת אבחנה בין שלושה שיעורי אונאה (עד שתות, שתות ולמעלה משתות) ולא בין שני שיעורי אונאה בלבד (עד שתות ושתות ומעלה)²³⁸.

בין האמוראים שבבבלי מוצאים אנו חזרה על עמדות תנאיות אלו. דעת רבא הנה, ככל הנראה, כדעתו של ר' נתן²³⁹, וכן דעתו של רב נחמן²⁴⁰. דעת רב חסדא, לעומת זאת, כדעת הסתמא דמשנה²⁴¹. לגבי מערכת היחסים שבין משולש הדעות – רבי, סתמא דמשנה ור' נתן - יש להעיר כי

²³⁵ תוספתא, בבא מציעא, ג, ט.

²³⁶ השווה לעמדת הקודם סיביל הצרפתי (לעיל הע"ש 65) המעניק את זכות הבחירה לקונה, אך זאת בהינתן כי הקונה הנו המתאנה ולא המתאנה.

²³⁷ בבא מציעא נ, ב.

²³⁸ יש לציין כי משקיבל התלמוד את חלוקתו המשולשת של ר' נתן, שבו האמוראים ופירשו את המשניות על פי חלוקה משולשת זו, על אף שאין היא עצמה נזכרת בהן. כך, למשל, ניכר מתוך דיון התלמוד במחלוקתם של רב ושמאל בדרך חישוב שיעור השתות – מלגו או מלבר. התלמוד מביא סיוע לדעתו של שמאל (בבא מציעא מט, ב) מתוך דברי התוספתא, הדנה במכירת חפץ השווה ה במחיר ו ובמכירת חפץ השווה ה במחיר ה. מתוך דבריו ניכר כי התלמוד פירש תוספתא זו כמכוננת כלפי אונאה בשיעור שתות, זאת בעוד התוספתא עצמה כלל אינה מבחינה בין אונאה בשיעור שתות לאונאה בשיעור היתר על שתות. כמו כן, רבי אמי (בבא מציעא נז, א) הסתפק בשאלה האם דברי המשנה הקובעים כי אין אונאה לקרקעות מכוונים כלפי אונאת שתות או כלפי אונאה היתרה על שתות, ואף זאת בלא שהמשנה כלל מזכירה בדבריה כל אבחנה שהיא בין שני שיעורי אונאה אלו. וראה עוד יי פרנצוס, 'ביאורים וביאורים בידי אונאה', סיני פט (תשמ"א) עמ' קלד.

²³⁹ בבא מציעא נ, ב. ראה שם רש"י ד"ה 'ומחזיר', וכן דעת הרשב"ם, בבא בתרא פג, ב ד"ה 'אמר'. אך ראה דעת רבינו תם המובאת בתוס' בבא מציעא נ, ב ד"ה 'אמר', ובתוס' בבא בתרא פג, ב ד"ה 'לוקח'.

²⁴⁰ קידושין מב, ב. מלמד (עמ' 50) העיר כי יש גירסאות המשייכות מימרה זו לרבא בשמו של רב נחמן.

²⁴¹ בבא בתרא פג, ב. וראה במקורות המצוינים לעיל בהע"ש 239.

עצם ההכרה בדעת הסתמא דמשנה כדעה עצמאית לא הייתה מוסכמת בין האמוראים: יש מי שבקשת ההרמוניזציה הביאתו לנסות ולאחד את דעת הסתמא דמשנה עם דעת ר' נתן (רבה), ויש מי שנטייה זו הביאתו לנסות ולאחדה עם דעת רבי (רבא). רק רבי אלעזר הכיר בעצמאותה של עמדת הסתמא דמשנה, עד שקבע "אונאה זו איני יודע מי שנאה"²⁴².

מסורת תנאית קדומה

משסקרנו את המקורות התנאיים המפורשים, מן הראוי כי ניתן את ליבנו לשאלת קיומה של מסורת תנאית קדומה, אשר היוותה את המצע לדיונים התנאיים שסקרנו לעיל. גרוסמן רואה בדעת הסתמא דמשנה דעה המייצגת את ההשקפה הקדומה בישראל לגבי סעדי דין אונאה²⁴³. לדידו, מוצאה של המערכת התרופתית בהענקת הבחירה למתאנה בין שני הסעדים. לדעתנו ניתן למצוא במשניות עקבות לדעה תנאית קדומה עוד יותר. לטענתנו הדעה הקדומה אשר רווחה בישראל גרסה כי לגבי כל הונאה בשיעור שתות ומעלה הסעד הניתן למתאנה הנו ביטול המיקח כולו (תוך ביצוע השבה הדדית מלאה). בשלב זה סעד 'מיקח קיים ומחזיר הונאה' כלל לא הוכר כתקף מבחינה הלכתית. סימוכין לדעתי אני מוצא בשתי משניות הקובעות את משך הזמן המוקצב למתאנה לשם תביעת אונאתו²⁴⁴. כאמור לעיל, זמנו של המתאנה לתביעת סעדיו מוגבל לפרק זמן קצוב, ומשניות אלו מגדירות את משכו של פרק זמן זה. לגבי המקרה הרגיל של אונאת מחיר נקבע: "עד מתי מותר להחזיר? עד כדי שיראה לתגר או לקרובו"; ולגבי אונאת מטבע נקבע: "עד מתי מותר להחזיר? בכרכים – עד כדי שיראה לשולחני, בכפרים – עד ערבי שבתות...". הפתיחה הבאה בראשית שתי משניות אלו – "עד מתי מותר להחזיר?" – אומרת דורשני, ודומה כי היא מצביעה על קיומה של עמדה תנאית נוספת, קדומה, אודות טיב הסעד המוענק למתאנה. הלשון "עד מתי מותר להחזיר?" אינה מתיישבת לא עם דעתו של ר' נתן, לא עם דעתו של רבי ואף לא עם דעתה של הסתמא דמשנה הנזכרת לעיל. ונבאר. המונח "מותר" מורה לכאורה כי במתאנה עסקינן, שכן לו מותר לתבוע את סעדיו, בעוד שהמתאנה חייב בכך ואין הדבר נתון לבחירתו. המונח "להחזיר" מורה לכאורה כי בסעד 'ביטול מיקח' עוסקת המשנה, שכן בסעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' אין המתאנה מחזיר דבר אלא הנו תובע את דמי אונאתו; לו היה ביטוי זה מכוון כלפי סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' היה מתאים יותר נוסח הלשון "עד מתי מותר לתבוע?". רק במסגרת סעד 'ביטול מיקח' מחזיר המתאנה את הנכס שהוא קיבל מן המוכר (ובתמורה הוא מקבל מן המוכר את דמי המיקח). הביטוי "מותר להחזיר" מתייחס, אפוא, לזכאותו של המתאנה להחליט כי הוא מבטל את החוזה ומחזיר לצד שכנגד את הטובין אותם הוא קיבל ממנו²⁴⁵.

²⁴² בבא מציעא נא, א. יש להוסיף כי גם מתוך הנוסח המובא במדרש הגדול ניכרת מגמת האחדה של דעת הסתמא דמשנה עם דעתו של ר' נתן, וזאת בדומה לניסיונו של רבה: "יכיל תמכרו" – ... מי שהוטל עליו ידו על העליונה, רצה אומר תן לי את מעותי או תן לי מה שהוניתי. 'אל תונני' – כמה היא הונויה שהוא חייב להחזירה? שתות בשווה. כיצד? הרי שמכר שווה ששה בחמשה, או שווה ששה בשבעה, או שווה חמשה בששה, או שווה שבעה בששה, הרי זו הונויה, ונקנה המיקח, וחייב המונה להחזיר למתאנה. הייתה ההונויה פחות משתות אינו חייב להחזיר כלום, שכל פחות משתות מחילה היא. הייתה ההונויה יתירה משתות בטל המיקח, והמתאנה יכול להחזיר החפץ אבל לא המונה" (מדרש הגדול, בהר כה, יד).

²⁴³ גרוסמן, עמ' 31.

²⁴⁴ משנה, בבא מציעא פרק ד משניות ג, ו. על קדמותה (היחסית) של משנה ג יש ללמוד ממעשה דר' טרפון, בן הדור השני לתנאים, שהובא במשנה זו.

²⁴⁵ יש לציין כי רש"י (בבא מציעא מט, ב ד"ה עד מתי) הרגיש בקושי זה שבלשון המשנה, ולשם הסבתו כמתייחס לעמדת הסתמא דמשנה (בשאלת הסעדים – משנה ד) הוסיף רש"י על לשון המשנה תוכן רב יותר מן המובע בפשטה. על פי רש"י התכוונה המשנה בשאלתה "עד מתי מותר להחזיר?" הן להפעלת סעד ביטול המיקח (תוך ביצוע השבה הדדית) והן להפעלת סעד קיום המיקח ותביעת דמי הונאה. דומה כי פירוש זה הולם יותר את דעת הסתמא דמשנה בשאלת הסעדים מאשר הוא הולם את פשטה של המשנה העוסקת במשך זמן תביעת האונאה (משנה ג).

כמדומה בעינינו כי שתי מובאות תנאיות אלו מלמדות אותנו ברמיזה על טיבה של מסורת תנאית קדומה שהצליחה להשתמר בין שורות המשנה. על פי דעה זו הסעד היחיד המוצע למתאנה היה ביטול המיקח כולו תוך ביצוע השבה החדית. מכאן נובעת שאלת המשנה "עד מתי מותר להחזיר?" קרי, עד מתי יכול המתאנה לבטל את המיקח תוך ביצוע השבה החדית של הטובין שהוחלפו במסגרת העסקה²⁴⁶. גרוסמן, אשר התמודד עם מובאות אלו, לא הסכים לקבלן כמייצגות את הדעה התנאית הקדומה, וזאת בטענה שאין כל הגיון בהענקת סעד ביטול מיקח כסעד יחיד גרידא²⁴⁷. לסוף דעתו זו של גרוסמן לא הצלחנו לירד; אדרבה, קיים הגיון רב בהענקת סעד 'ביטול מיקח' עבור אונאת מחיר, ואף דעתו של ר' נתן תוכיח כן, באשר אליבא דר' נתן סעד 'ביטול המיקח' הוא הסעד הניתן לסט הרחב של מקרי האונאה בשיעור העולה על שתות (על כך נרחיב להלן). זאת ועוד, כפי שניווכח בשורות הבאות ייתכן ועמדה זו חזרה ומצאה את ביטויה המאוחר בדברי אמוראי הירושלמי (אשר יידונו להלן)²⁴⁸. ההגיון העומד בבסיס סעד 'ביטול מיקח' עשוי לקבל את פשרו לאור שאלת האיזונים שבין עקרונות הצדק החוזיים, ולכך נקדיש את חציו השני של פרק זה.

אמוראי הירושלמי

מקור נוסף נחשף בפנינו על ידי התלמוד הירושלמי, ובו נחלקים רבי יהודה הנשיא ור' יוחנן בשאלת הסעד הניתן למתאנה - לדעת רבי יהודה הנשיא ניתן הסעד 'מיקח קיים ומחזיר הונאה', ולדעת ר' יוחנן ביטול מיקח:

"תני: נקנה המיקח חוזר לו הונייתו - דברי ר' יהודה הנשיא. ר' יוחנן אמר - בטל מיקחו"²⁴⁹.

יש שראו במחלוקת זו השתקפות מהופכת של מחלוקת רבי ור' נתן המובאת בברייתא שבבבלי, כאשר עמדת רבי יהודה הנשיא שבירושלמי תואמת את עמדת ר' נתן שבבבלי, ואילו עמדת ר' יוחנן שבירושלמי תואמת את עמדת רבי שבבלי. כדי להשיג התאמה בין עמדת רבי שבברייתא ובין עמדת ר' יהודה הנשיא שבירושלמי, משערים בעלי גישה זו כי יש להפוך את דעותיהם של רבי יהודה הנשיא ורבי יוחנן שבברייתא, וכן לערוך זיהוי בין עמדות רבי ורבי יהודה הנשיא, ובהתאם בין עמדות רבי נתן ורבי יוחנן (ר' יוחנן=ר' יונתן=ר' נתן)²⁵⁰. יש להעיר כי זיהוי זה קשה לא רק מחמת אי ההתאמה המלאה בין שמות האישים המופיעים במקורות אלו, אלא גם מחמת אי ההתאמה המלאה בין העמדות המובעות במקורות אלו. הירושלמי אינו מצמצם דבריו לאונאה בשיעור שתות גרידא, ואילו זיהוי מקור זה עם הברייתא הבבליית מחייב להעמיד את המקור

²⁴⁶ ניתן, עקרונית, להציע פירוש חלופי לשתי משניות אלו, אך דומני כי מקום התורפה של פירוש זה נעוץ במידת פלפול היתר הכרוך בו. ניתן לטעון כי אכן מכירות משניות אלו בתוקפם של שני הסעדים - 'ביטול מיקח' ו'מיקח קיים ומחזיר אונאה'. אך לדעתן של משניות אלו יש להגביל את משך זמן תביעת הסעדים אך ורק באם המתאנה תובע את ביטול המיקח; באם הוא תובע את קיום המיקח והחזר האונאה אין להגביל את משך זמן זכות תביעתו. על פי הסבר זה אכן משניות אלו מתייחסות אך ורק לסעד 'ביטול מיקח', אך זאת לא מחמת שאין הן מכירות בסעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' אלא מחמת שרק זה הראשון ראוי להיות מוגבל למשך זמן קצוב. ייתכן ועל רקע זה יש לראות את קביעתה של הברייתא (בבא מציעא נב): "וזהו זה (אונאה וביטול מיקח - רש"י) בכדי שיראה לתגר או לקרובו".

²⁴⁷ גרוסמן, עמ' 31 הע"ש 2.

²⁴⁸ בהמשך דבריו הביע גרוסמן את האפשרות כי אכן יש לנתח בדרך זו את שתי המשניות הנ"ל (עמ' 32 הע"ש 2).

²⁴⁹ ירושלמי, בבא מציעא, ד, ג.

²⁵⁰ ראה ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה ט, (ני"י, תשמ"ח), עמ' 179, הע"ש 21. ראה גם פירושי פני משה, מראה הפנים ונתיבות ירושלים לירושלמי, ופירוש יפה עיניים לבבא מציעא נב, כן ראה גרוסמן, עמ' 33.

הירושלמי על אונאה בשיעור המדויק של שתות²⁵¹. כמו כן, רבי המופיע בברייתא הבבלית מעניק בחירה בין שני סעדים, ואילו ר' יוחנן שבירושלמי אינו מזכיר אלא סעד אחד בלבד – 'ביטול מיקח'. אכן, יש מן החוקרים הרואים במחלוקת זו שבירושלמי מחלוקת מתקופה מאוחרת יותר הנערכת בין רבי יהודה נשיאה הראשון (נכד רבי יהודה הנשיא) ובין ר' יוחנן בן הדור השני לתקופת האמוראים²⁵².

באם אכן לפנינו מחלוקת עצמאית ונפרדת, הרי יתכן ובכך עומדים אנו לפתחן של שתי עמדות נוספות אודות אופי הסעד הניתן למתאנה. עמדת רבי יוחנן היא כי המתאנה זכאי לסעד אחד בלבד – 'ביטול מיקח', ואילו עמדת ר' יהודה נשיאה היא כי הסעד היחיד לו יהיה זכאי המתאנה הנו 'מיקח קיים ומחזיר אונאה'. על פי פשוטו אין מקור זה מכיר באפשרות הענקת בחירה בין שני סעדים, וכן אין הוא מכיר באבחנה בין אונאה בשיעור שתות ובין אונאה בשיעור העולה על שתות. כל ניסיון לזהות עמדות אלו עם עמדות תנאיות שהוזכרו לעיל מחייב העמסת תכנים ומגבלות על מקור זה שזכרם לא בא בו במפורש (למשל, הגבלת האמור במקור זה לשיעור מדויק של שתות, או הנחה כי סעד 'ביטול מיקח' מוענק במקור זה כאחד מבין שני סעדים ולא כסעד יחידני), ומכאן תמיכה לראיית עמדות אלו כעמדות עצמאיות שאינן מבטאות עמדות תנאיות. מסקנה זו הנה אפשרית, אך ישנו קושי מסוים בהסתברותה. קשה להניח כי אמוראים אלו – ר' יהודה נשיאה ור' יוחנן – התעלמו לחלוטין מן המסורות התנאיות שקדמו להם אודות אפשרות הענקת בחירה בין כפל סעדים ואודות האפשרות לפצל את שיעורי האונאה לשלושה שיעורים. אפשרות לא רחוקה היא כי הירושלמי הביא מקור זה באופן חלקי ומקוטע²⁵³, ולמעשה אמוראים אלו חוזרים על שיטות קדומות ולא מניחים את היסודות לשיטות חדשות ומחודשות. נותר, אם כן, את הקביעה כי ר' יוחנן ורבי יהודה נשיאה הביעו עמדות השונות מן העמדות התנאיות כקביעה אפשרית אך מסופקת.

את קשת הדעות בשאלת אופי סעדי האונאה ניתן לסכם בטבלה הבאה:

יותר משתות	שתות	עד שתות	
ביטול מיקח	אחד מבין שני הסעדים (ביטול מיקח או החזר אונאה), על פי בחירת המתאנה	אין סעדים	1. מסורת תנאית קדומה (יתכן ואף דעתו של ר' יוחנן בירושלמי)
			2. סתמא דמשנה (וכן דעת רב חסדא)
			3. רבי יהודה הנשיא
ביטול מיקח	מיקח קיים ומחזיר אונאה		4. ר' נתן (וכן דעת רבא ורב נחמן)

²⁵¹ ראה פירוש מראה הפנים שם.

²⁵² א' הלוי, **דורות ראשונים כרך ה**, עמ' 40. לדעה דומה ראה גם י' ה' אפשטיין, **מבוא לנוסח המשנה** (ירושלים, תל-אביב, תשכ"ד) עמ' 300 הע"ש 5; **מלמד**, עמ' 44-43.

²⁵³ ראה **מלמד**, עמ' 46.

מיקח קיים ומחזיר אונאה		5. יתכן ודעת רבי יהודה נשיאה
------------------------	--	------------------------------

3.3 סעדי האונאה ועקרון הצדק החוזי - ניתוח תיאורטי

לאחר שמיפינו את קשת עמדות התנאים בשאלת אופיים של סעדי האונאה רשאים או לגשת אל השלב המהותי ולנתח את יסודותיהם המשפטיים של עמדות אלו. קודם לכן נקדיש עצמנו לעיון תיאורטי בטיבם של שני הסעדים שנידונו לעיל – תיקון החוזה וביטול תוקפו. בהשקפה ראשונה דומים סעדים אלו בטיבם איש לרעהו בהיותם מתמודדים כאחד עם תופעת המחיר המקפח. זאת ועוד, לדעת מי מן התנאים הנם אף משמשים כאחד ומוצעים בפני המתאנה. אך כאשר אנו מעיינים שנית בדבר ומציבים זה מול זה את שני הסעדים הנזכרים – 'ביטול מיקח' ו'מיקח קיים ומחזיר אונאה' – אנו עשויים לעמוד על מספר הבדלים מהותיים המבחינים אותם זה מזה:

התכוונות כרונולוגית – סעד 'ביטול מיקח' שואף להביא את הצדדים לנקודת הזמן שקדמה לכריתה. בבטלו את תוקף החוזה ובהטילו על הצדדים חובת השבה מלאה, הרי הדין מעמידם בנקודת הפתיחה שקדמה למשא ומתן; אופיו הוא אפוא גרסיבי. סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' מעמיד את הצדדים, לעומת זאת, בנקודת הזמן המסיימת את ההתקשרות החוזית, לאמור, בקיום החוזה תוך תיקונו ושיערוכו המחודש; אופיו הוא פרוגרסיבי.

אפיון זה יקבל משנה תוקף לאור ניתוח הסיטואציה השכיחה פחות - אונאת מוכר. במקרה זה עמד שיעור המחיר החוזי על רמה נמוכה מן המחיר המקובל בשוק, ובהתאם קובע סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' כי על הקונה לשלם למוכר את תוספת ייתרת התשלום. אם במקרה הקלאסי של קביעת מחיר חוזי הגבוה ממחיר השוק מטיל סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' חובת *השבה חלקית* על המאנה (המוכר), הרי שכאשר נקבע מחיר חוזי הנמוך ממחיר השוק מוטלת על המאנה (הקונה) חובת *תשלום נוסף*. עובדה זו מרחיקה עוד יותר את התוצאה החוזית הסופית מנקודת הזמן שקדמה לרגע הכריתה, שהרי לא רק שמלוא המחיר החוזי משולם על ידי הקונה אלא הנו אף מחויב בתוספת תשלום.

היקף הפגיעה ב'חופש החוזים' – היבט כרונולוגי זה מקרין ישירות על מידת הפגיעה בחירותם של הצדדים בעטיו של הסעד הניתן למתאנה. פגיעתו של סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' בחירותם של הצדדים הנה כפולה מפגיעתו המקבילה של סעד 'ביטול מיקח'. זה האחרון מבטל, אמנם, את תוקפה של הסכמת הצדדים, אך זה הראשון עוד מוסיף על כך וקובע עבור הצדדים תוכן חוזי חדש שזכרו לא בא בהסכמתם המשותפת. לאמור, סעד 'ביטול מיקח' מבטל את המחיר החוזי המוסכם (ועמו הוא מבטל את תוכן החוזה כולו) אך אין הוא כופה על הצדדים חוזה חדש, והנו מציע בפניהם את האפשרות לפתוח במשא ומתן מחודש לכריתת חוזה או לחלופין להתקשר בחוזה חדש עם צדדים שלישיים. סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה', לעומת זאת, כופה על המאנה למכור את

המוצר במחיר השוק, מחיר שהוא עצמו מעולם לא הסכים למכור בו את נכסיו. הקיפוח שבתוכן החוזה מביא, אפוא, את סעד 'ביטול מיקח' לפסול את תוקפו של החוזה הפגום, זאת בעוד סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' אינו מסתפק בכך ואף מעצב מחדש את תוכן החוזה²⁵⁴.

עקרון הצדק החוזי המוגשם – ובכאן באים אנו למסקנה כי בהתמודדם עם בעיה חוזית דומה הרי ששני סעדים אלו מגשימים עקרונות צדק חוזיים שונים. הבעיה המשותפת עמם מתמודדים סעדים אלו הנה בעיית החוזה בעל התוכן המקפח, אך בעוד סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' מתמודד עמה על פי אמות המידה של עקרון הצדק החוזי המהותי, בא סעד 'ביטול מיקח' ומתמודד עמה על פי אמות המידה של עקרון הצדק החוזי התהליכי. סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' מאתר את פגם הקיפוח שבתוכן החוזה, ואותו הוא שואף לתקן על ידי עיצוב מחדש של התוכן החוזי. אם הפגם הנו בתוכן חוזי מקפח ובלתי הוגן, בא סעד זה ומשיב את ההוגנות והאיזון לתוכן החוזה. סעד 'ביטול מיקח', לעומת זאת חותר להשיג תוצאה שונה לחלוטין. הוא אינו מבטיח כלל ועיקר כי התוכן החוזי שיושג לבסוף יהיה הוגן וסביר, אך הוא מבטיח כי הצדדים יעברו תהליך מחדש של משא ומתן לכריתת חוזה (בינם ובין עצמם, או בינם ובין צדדים שלישיים). את התוכן החוזי המקפח הנו פוסל, אך הנו מחזיר את 'הכדור' לידיהם של הצדדים, תוך הבלטת הצורך ביצירת משא ומתן מחדשים לכריתת חוזה.

היקף הטובין המועברים – טענו כי על פי מבחן מהותי הרי שסעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' הנו חודרני יותר כלפי אוטונומיית הצדדים מאשר סעד 'ביטול מיקח'. יש להודות כי על פי מבחן כמותי התוצאה הנה הפוכה: סעד 'ביטול מיקח' מביא להעברה כפויה של טובין מיד ליד בהיקף רחב יותר מזה המתבצע במסגרת סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה'. בעוד זה האחרון מביא להעברת טובין בהיקף השווה לפער בין המחיר החוזי ובין מחיר השוק, הרי הראשון מביא להעברה הדדית של מלוא הטובין שהוחלפו בין הצדדים (במידה והם אכן הספיקו לקיים את חיוביהם החוזיים). מזווית זו הרי שסעד 'ביטול מיקח' מביא בכנפיו תנועה כלכלית רחבה יותר ועמוקה יותר מאשר סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה'.

יציבות השוק – זאת ועוד. לא רק עבור הצדדים עצמם נושא סעד 'ביטול מיקח' משמעות רדיקלית יותר כי אם עבור השוק כולו. הפעלת סעד 'ביטול מיקח' משמעה חורג אל מעבר לעסקה הנוכחית, והנו עלול לפגום לכאורה בתקפותן של עסקאות נוספות שהסתמכו על תוצאות עסקה זו. במובן זה עלול סעד 'ביטול מיקח' לשמוט את הקרקע תחת מגדל עסקאות הנבנות זו על גבי זו. תחום הפגיעה שבסעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה', לעומת זאת, מוגבל בעיקרו ליחסי הטובין שבין שני הצדדים, ומכאן שמירתו היתירה של סעד זה על יציבות השוק.

אבחנה אחרונה זו תושלם בהסתייגות הבאה. כאמור לעיל, עם שקבעו חכמים את מערכת סעדי האונאה קבעו הם גם את פרק הזמן בו יכול המתאנה לתבוע את סעדיו. פרק הזמן שהוקצב לו לשם כך הנו קצר ביותר, ועומד על מספר מצומצם של שעות: "עד מתי מותר

²⁵⁴ רציונל זה עומד ביסוד העדפתו של גורדלי (בהקשרו של החוזה המקפח) את תרופת הביטול וההשבה על פני תרופת תיקון המחיר החוזי והעמדתו על מחיר השוק (גורדלי עמ' 1620-1619. ראה גם עטיה, מסות, עמ' 332-333).

להחזיר ? עד כדי שיראה לתגר או לקרובו²⁵⁵. מגבלת-זמן זו מגינה על יציבות השוק מפני סעדי האונאה, במונעה מן הצדדים להשהות את תביעת אונאתם ולכרות חוזים חדשים ועסקאות נוספות²⁵⁶.

מסקנתנו היא כי את סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' יש לשייך על פי טבעו לעקרון הצדק החוזי המהותי, בעוד את סעד 'ביטול מיקח' יש לשייך לעקרון הצדק החוזי התהליכי. חשוב להדגיש כי קביעתנו זו מתבססת על ניתוח תוצאת הפעלת הסעדים ולא על ניתוח כוונותיו של המחוקק. ייתכן גם ייתכן והשיקולים שהביאו תנא זה או אחר להעמיק את כובד משקלו של אחד מבין סעדים אלו אינם קשורים דווקא לשאלת אופיו של הצדק החוזי הרצוי. ניתן, למשל, לצדד בסעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' וזאת מחמת פגיעתו המצומצמת יותר ביציבות השוק. גם אם נקבל טענה זו מסתבר ואין בכך כדי להכחיש כי מדיניות הצדק החוזי אשר תוגשם למעשה על ידי סעד זה תואמת את הליכותיו של עקרון הצדק החוזי המהותי יותר מאשר את זה התהליכי.

עוד נדגיש כי מסקנה זו מבוססת על ניתוח תוכנם של סעדי דין אונאה ולא על ניתוח המודל המשפטי אליהם הם מדומים. יכולים הפרשנים לדמות סעד פלוני על למודלים משפטיים שונים, אך אין הדבר נוגע כמלוא הנימה בשיוכו של סעד פלוני זה על פי תוכנו לאחד מעקרונות הצדק החוזיים. ואדגים קביעה זו. נחלקו הפרשנים בשאלת שיוכו המשפטי של סעד 'ביטול מיקח' – אם יש להציב את בסיסו המשפטי בדיני אונאה עצמם או שמא יש להבנותו כפיתוח של סעדי דין 'מיקח טעות'²⁵⁷. בין כך ובין כך מביא סעד זה לביטול תוקף החוזה ולהכשר תהליך מחודש של כריתתו ואין הוא מביא לשערוך המחיר החוזי הקיים. מכאן כי עם כל הנפקויות השונות העשויות לנבוע ממחלוקת זו הרי שהיא כשלעצמה אינה מרכסמת בשיוך סעד זה לעקרון הצדק החוזי התהליכי. אנו מקדישים אם כן עצמנו בפרק זה לניתוח עקרונות הצדק החוזיים המשתקפים

²⁵⁵ משנה, בבא מציעא, ד, ג. שאורכו של משך זמן זה הנו שעות ספורות זאת יודעים אנו מכך שר' טרפון סבר במשנה זו להאריך את משך זמן התביעה לכל היום כולו.

²⁵⁶ השווה: "ואמרו רז"ל בענין האונאה שאין ראוי להיות דין החזרה או הביטול נמשך לעולם אלא זמן קצוב הוא שנתנו בדברים כדי שיתקיימו ענייני המיקח והממכר בין בני אדם... (ספר החינוך, מצווה שלז).
²⁵⁷ ראה מחלוקתם של הראב"ד (שיטה מקובצת, בבא מציעא נז, א ד"ה 'הדר אמרי') והפני יהושע (בבא מציעא נז, א ד"ה 'במשנה'). בהקשר מחלוקת זו מן הראוי לעיין בנקודות הבאות. מחמת גבולות היריעה נזכרים בראשי פרקים בלבד:

- א. על דרך הכלל לשון המקורות התנאיים והאמוראיים הנה "יתר על שתות - בטול מיקח" (למשל, בבא מציעא נב, ב); נוסח זה שונה במהותו ממטבע הלשון 'מיקח טעות' המאפיין מקרים של היעדר גמירות דעת. המונח 'ביטול מיקח' מציין תוצאה משפטית, ואילו המונח 'מיקח טעות' מציין את מצבו הנפשי של הנפגע (וראה העמק שאלה, שאילתא קיג, ס"ק ג שהבחין בין הנוסח 'בטל מיקח' ובין הנוסח 'ביטול מיקח'). עם זאת, במקום אחד קובע התלמוד כי "יותר משתות - מיקח טעות הוא ובטל מיקח" (בבא בתרא צה, א; ראה גם ירושלמי, כתובות, פרק יא הלכה ד), ומכאן, לכאורה, הוכחה לעמדה המדמה את סעד 'ביטול מיקח' לדין מיקח הטעות.
- ב. המשנה קובעת כי אין אונאה לקרקעות (משנה, בבא מציעא, ד, ט). התלמוד הבבלי דן בשאלה האם מגבלה זו חלה אך ורק על אונאה בשיעור שתות או שמא הנה כוללת אף אונאה בשיעור העולה על שתות. פירושם של הראשונים לדילמה זו מייחס אותה לשאלה הניל אודות טיבו של סעד 'ביטול מיקח'. על כך ראה בבא מציעא נז, א; רש"י, ד"ה 'חוזרי ודיה יש לה'; תוס', ד"ה 'כל ודיה אמר'; רמב"ם מכירה, יג, ח; שו"ע, חו"מ, רכז, כט; חידושי הגר"יט, בבא מציעא, ס"י קסב; דברות משה, בבא מציעא, חלק ב, ס"י נ' ענף ה' ד"ה 'ולרש"י נראה'; חידושי ר' ראובן, חלק א, בבא מציעא, סימן כג, אות א.
- ג. דיון נוסף הנקשר בדילמה זו הנה קביעת זהותו של הזכאי בתביעת הפעלת סעד 'ביטול מיקח'. בהקשר זה מתעוררת השאלה האם יכול המאנה (ביותר משתות) לכפות על המתאנה את ביטול המיקח כנגד רצונו ? לשון אחר, האם סעד 'ביטול מיקח' ניתן למתאנה בלבד או שמא הנו ניתן בשווה לשני הצדדים ? דילמה זו קשורה הדוקות בשאלת אופיו של סעד 'ביטול מיקח'. על כך ראה בבא מציעא נב, ב; בבא בתרא פד, א; רש"י, בבא מציעא נב, ב; ד"ה יתר על שתות; רשב"ם בבא בתרא צ, א ד"ה כל דבר; תוס', בבא מציעא נב, א ד"ה אמר אביי; שם ד"ה ואילו; תוס', בבא בתרא פד, א ד"ה אי; 'בעל המאור', בבא מציעא, דף ל, ב בדפי הרי"ף המביא יש אומרים בשיטה זו; 'שיטה לא נודעה למי המובאת בשיטה מקובצת בבא בתרא פג, ב; יד רמה בבא בתרא פג, ב בהסברו הראשון; ריב"ם המובא בבבא בתרא פד, א תוס' ד"ה אי, וכן בבבא מציעא נב, תוס' ד"ה אילו; רבינו יונה המובא ברא"ש בבא בתרא פרק ה אות יד; שו"ת חוות יאיר סימן מ; דברות משה, בבא מציעא, חלק ב, סימן נ, ענפים ב-ג; חידושי ר' ראובן, חלק א, בבא מציעא, סימן כג. ראה גם מדרש הגדול, בהר, כה, יד.

מתוך המערכת התרופתית, ואין לערבב דיון זה עם הדיון בשאלת המוטיבציה של חז"ל המכוננים סעדים אלו וכן אין לערבבו עם הדיון בשאלת המודלים המשפטיים אליהם יש לדמותם.

למעשה, כבר מספר אחרונים הבחינו כי סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' מביא את הצדדים לתוצאה חוזית שאינה משקפת את הסכמת גמירת דעתם. הבחנה זו היא העומדת בבסיס קביעתנו כי סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' משקף את עקרון הצדק החוזי המהותי ולא את זה התהליכי. אחרונים אלו הדגישו כי לא רק שסעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' אינו הולם את החתירה לאיתור גמירת דעת הצדדים אלא הוא אף נוגד אותה. תיקון החוזה ושערוך מחירו עשוי לעלות בקנה אחד עם אינטרס המתאנה, ייתכן גם והנו עולה אם אומד גמירת דעתו המשוערת של המתאנה, אך אין הוא עולה בקנה אחד עם גמירת דעתו של המאנה כלל ועיקר; הלוא המאנה גמר בדעתו לקיים את החוזה במחירו המקפח ולא במחיר השוק שלו²⁵⁸. מכאן, הסיקו אחרונים אלו, כי סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' הנו תופעה חריגה – גזירת הכתוב – שאינה יכולה לקבל את פשרה לאור הסעדים הרגילים הניתנים מחמת פגמים בגמירת דעת הצדדים. הבה ונעיין בדבריהם של מספר מן המפרשים האחרונים.

מוצא דיונו של הרב חיים סולובייצ'יק מבריסק הנו בקושיה הבאה: סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' אינו מצליח, לכאורה, לעמוד בדרישת גמירת הדעת של הצדדים ומכאן חוסר פשרו. תשובתו של ר' חיים הנה כי אכן כך הוא ועוד יותר מכך; כבר מלכתחילה סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' כלל אינו חותר להתבסס על איתור גמירת דעתם של הצדדים, ומכאן כי הוא אינו חייב לתאום את גמירת דעתו של המאנה: "...דהנה לכאורה יש לעיין בכל אונאת שתות דעלמא, דקיימא לן דקנה ומחזיר אונאה... וצריך עיון דכשמחזיר האונאה, אם כן הא הוי לגביה (קרי המאנה) – טעות בדבר שבמידה ושבמשקל ושבמנין דחוזר, דהרי הוא היה סבור שמכר לו החפץ ביותר ונמצא שהמכר נעשה בפחות, ואם כן המאנה יבטל את המיקח כמו כל טעות... ונמצא דלא נתקיים המיקח כמו שעשו, וגם דנתבטלה הפסיקה, ואמאי אין המאנה יכול לחזור?! ואשר יראה מוכרח בזה ... הא דבשתות מחזיר אונאה, הוא רק מגזירת הכתוב בפני עצמו הנאמר באונאה דשתות קנה ומחזיר אונאה, ואם כן הא נמצא דמשום עצם מעשה המקח לא היה צריך להחזיר כלל אונאה, ורק דדין תורה הוא שיחזיר... אשר על כן שפיר המיקח מתקיים ולא דיינינן ביה דין טעות לגבי המאנה וביטול הפסיקה, כיוון דמדין תורה הוא שמחזיר ולא משום עצם מעשה המיקח, על כן לא דיינינן ביה דין טעות על ידי זה בהמיקח..."²⁵⁹.

²⁵⁸ טיעון זה מופנה כלפי דבריהם של צורי (עמ' 88) ושל ש' אלבק (דיני הממונות בתלמוד, תל אביב תשל"ו, עמ' 253). לדעתם דין 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' מתיישב היטב עם השתתת תביעת האונאה על העדר-גמירת דעתו של המתאנה. על פי פרשנותם, למתאנה גמירות דעת לעצם המקח ולא למחירו המופרז. המתאנה גמר בדעתו לקיים את המיקח במחיר השוק, ועל כן סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' מבטא גם מבטא את גמירת דעתו של המתאנה. צורי ואלבק בנו את בנייהם על אומד גמירת דעתו של המתאנה, אך הם התעלמו משאלת אומד גמירת דעתו של המאנה, הרוצה בקיום המקח במחירו המוסכם והמקפח.

²⁵⁹ חידושי רבנו חיים הלוי, הלכות מכירה פרק טו הלכה א. מסקנה דומה מצויה בדברי תלמידו – הרב ברוך בער ליבוביץ': "דחלות דין אונאה הוא איסורא דהא יש כאן דעת בהמיקח אלא התורה נתנה דין אונאה ועשאתו תביעת ממון, וזהו דין התורה, ולא על ידי דחשיב לקיחת איסור דליכא כאן דעת דוודאי איכא כאן דעת. אלא דהתורה נתנה דין חלות אונאה וגזל" (ברכת שמואל, בבא מציעא, סימן מד, ס"ק ב; כן ראה שם סימן מב אות ה; סימן מג אות א).

על טיעון דומה חזר ר' רפאל ראובן גרוזובסקי, בקובעו כי "הא דבשתות מחזיר אונאה... נראה לעניות דעתי ודאי דלא שייך לומר שהוא מדין מקח טעות ומדין דעתו בלא גזירת הכתוב דדין אונאה, דמקח טעות למחצה לא שייך, היינו שהמקח יהיה קיים ופסיקת הדמים תבטל"²⁶⁰.

גם מתוך דברי הרב טייטלבוים אנו למדים כי מחיר השוק המקובל נוגד את גמירת דעתו של המאנה, אשר אינו מוכן להתפשר על פחות מן המחיר החוזי המוסכם. בכל זאת, מדגיש הרב טייטלבוים, אין הדבר גורע מתוקפו של סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' כהוא זה. "...לא מצי המוכר לומר 'אני לא רציתי למכרו בפחות מהסך שאמרתי לך ואם נתאנית אני מסכים לבטל המקח אם תרצה, ואני אחזיר לך מעותיך והחזיר לי מקחי. אבל אם אין אתה מחזיר המקח אין לך תביעת ממון עלי, כי אני איני רוצה למכור בפחות. וכי בעל כורחי יכול אתה לקנות אצלי?!' ובאמת קיימא לן דאינו יכול לומר כן, רק שצריך להחזיר אונאה... והטעם מובן דכיון שמכר לו מרצונו והתורה אסרה לאנות אם כן נקנה לו בשויו, וצריך להחזיר אונאתו"²⁶¹.

בכך שוללים אחרונים אלה את התלכדותו של סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' עם הסכמתם המשותפת של הצדדים. סעד זה תקף לא משום שהוא מאתר את אומד דעתם של הצדדים אלא למרות שהוא נוגדה. אחרונים אלו הסבירו את טיבו של סעד זה בגזירת הכתוב, ודומה בעינינו כי יש בהיזקקות לעקרון הצדק החוזי המהותי כדי לפזר מעט את הערפל האופף מונח זה. באשר סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' אינו מבוסס על התמודדות עם תהליך הכריתה, הוא אף אינו שואף לשחזר את נקודת השתוות גמירת דעתם של הצדדים. הפך הדבר; סעד זה שואף לאתר את שיעורו ההוגן של המחיר החוזי, גם אם אין הוא תואם כלל ועיקר את הסכמתם המשותפת של הצדדים. מחיר השוק, אליו מביא סעד זה את המחיר החוזי המתוקן, משקף את המחיר ההוגן עבור השניים אך לא את השתוות גמירת דעתם²⁶².

ממוצא דברים אלו נלמד כי בצד המכנה המשותף לסעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' ולסעד 'ביטול מיקח' בהתמודדותם עם המחיר המקפח קיים גם שוני מהותי החוצץ ביניהם. שוני מהותי זה מתבטא באופיו של הצדק החוזי המושג על ידי כל אחד מבין שני סעדים אלו. רקע זה מביאנו לקבוע כי הפולמוס התנאי והאמוראי אודות טיבה של המערכת התרופתית שתוענק למתאנה הנו פולמוס הנוגע, למעשה, בשאלת טיבו של הצדק החוזי אשר יוגשם על ידי מערכת תרופתית זו.

²⁶⁰ חידושי ר' ראובן, חלק א, בבא מציעא סי' כג אות א.

²⁶¹ שו"ת השיב משה, חו"מ, תשובה קג.

²⁶² יש לציין כי הרב פיינשטיין התמודד אף הוא עם שאלה זו, אך הוא פתרה בדרך שונה. לדעתו של הרב פיינשטיין תיקון מחיר החוזה למחיר השוק משקף את גמירת דעתם של שני הצדדים כאחד. שני הצדדים מעדיפים את תיקון החוזה למחיר השוק על פני ביטולו של החוזה: "זה שבאונאה שתות קנה ומחזיר אונאה ואינו יכול המוכר לומר שעל מקח זה לא היה מוכר, הוא רק משום שהאומדנא הוא שאין המוכר ולא הלוקח רוצים לבטל המכירה רק שבטעות או בכונה רצה יותר דמים, וכשנדע המתאנה ולא ירצה ליתן יותר יחזיר לו הדמים" (דברות משה, בבא מציעא, חלק ב, סי' נד הערה מז. עוד ראה שם סי' נענף ה. ראה גם חידושי ר' ראובן, חלק א, בבא מציעא, סימן כג אות ג). באם כוונת הרב פיינשטיין לאומד דעת ממשי של כוונת הצדדים הרי שקשה לקבלה. גמירת דעתו הבסיסית של המאנה הנה בוודאי למחיר המוסכם, קרי למחיר המקפח, ולא למחיר השוק. ומנין לנו כי משבוטל תוקפו של המחיר המוסכם מעדיף המאנה את תיקון החוזה למחיר השוק על פני ביטול החוזה מעיקרו? מסתבר יותר כי סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' נכפה על המאנה בלא שהוא מהווה ביטוי לאומד גמירת דעתו. אכן המעיין בדברי הרמב"ן ימצא כי אף הוא אמד את דעתו של המאנה בדומה לרב פיינשטיין, אך הוא ראה בכך אומד דעת פיקטיבי ולא ריאלי, קרי, אומד דעת הבא להעניק צידוק נוסף לתוצאה הרצויה המושגת מכוח סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה': "...בשתות, שהדין הוא שיתקיים המקח ביניהם, לא נתנו חכמים רשות למאנה לחזור ואף על פי שתובע המתאנה אונאתו, הרי כמי שהתנה לו מתחילה כל שויו, שלא יהא חוטא נשכר" (חידושי הרמב"ן, בבא בתרא, פג, ב). לדעת הרמב"ן עיקר טעמו של הדין המביא לתיקון מחיר האונאה ולהשוואתו למחיר המקובל בשוק הנו שיקול ההוגנות – 'שלא יהא חוטא נשכר', קרי תיקון המחיר החוזי לשיעורו ההוגן, ולשם הענקת משנה תוקף לתוצאה זו הוסיפו חכמים ואמדו את דעת המאנה "כמי שהתנה לו מתחילה כל שויו".

ניתוח תיאורטי זה מצעידנו לשלב הבא, בו נשרטט את מתווה תפיסות הצדק החוזי השונות המשתקפות מתוך קשת דעות התנאים והאמוראים בשאלת אופי הסעדים המוענקים למתאנה במחיר.

3.4 סעדי האונאה ועקרון הצדק החוזי - ניתוח מעשי

לאחר שבחנו את משמעויותיהן התיאורטיות של סעדי האונאה השונים נוכל לצעוד פסיעה נוספת ולהיכנס מפרספקטיבה זו בבחינת העמדות התנאיות והאמוראיות השונות שהובעו בשאלת טיב הסעדים המוענקים למתאנה. מוצא דיונונו נשען על ההנחה (שהובהרה בפרק הקודם) כי הקריטריונים להפעלת דין אונאה שאובים בעיקרם מעולמו של עקרון הצדק החוזי המהותי. קריטריונים אלו חותרים לאתר את החוזה אשר תוכנו מקפח ובלתי הוגן, ואין הם ממוקדים בהערכת אופן היווצרותו של חוזה זה. בנקודה זו נפרשות בפני מעצב סעדי האונאה מספר אופציות אפשריות. בידו ליצור התאמה מלאה בין אופי הקריטריונים להפעלת הדין ובין אופי הסעדים המוענקים מחמתו, בידו ליצור ניגודיות מלאה בין שני רבדים אלו של הדין, ולפניו אף נפתחות אופציות ביניים שונות. מפרשת דרכים זו נצא לבחון את הכרעתם של עמדות התנאים והאמוראים בשאלת אופיים של סעדי האונאה.

3.4.1 עקביות מלאה

אופציה ראשונה הנה יצירת עקביות מלאה בין מישור הקריטריונים להפעלת הדין ובין מישור המערכת התרופתית. לאמור, כשם שעקרון הצדק החוזי המהותי מביא למיקוד הקריטריונים להפעלת הדין באיתור החוזה בעל התוכן המקפח, כך הנו גם מביא למיקוד הסעדים המוענקים למתאנה בתיקון קיפוח זה, קרי בשיערוך המחודש של המחיר החוזי. מדיניות זו תתממש בהענקת סעד אחד למתאנה – 'מיקח קיים ומחזיר אונאה'. כך תושג ההגשמה המלאה של עקרון הצדק החוזי המהותי, וזאת בהבטחת הפקתו של תוכן חוזי הוגן ומאוזן, גם אם אין הוא פרי הסכמתם המשותפת של גמירת דעת הצדדים.

דוגמה לדבר במספר בודד של מקרים בהם סבר המחוקק הישראלי כי לפניו חוזה מקפח הדורש את התערבותו. למשל, אם הכיר בית המשפט בקיומה של תניית פיצויים מוסכמים שהנה בלתי סבירה (אינה עולה בקנה אחד עם הנזק הצפוי בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של הפרתו) הוא אינו מסתפק בביטול תוקפה של תנייה זו אלא הוא אף קובע עבור הצדדים את שעורם ההוגן של הפיצויים המוסכמים²⁶³. כך, למשל, כאשר מצא בית המשפט כי פיצויים מוסכמים בסך 20,000 ל"י שהוטלו על המאחר במימוש חובתו החוזית הנם בלתי סבירים הוא לא נמנע מלהפחיתם לסך ההוגן של 7,000 ל"י²⁶⁴. מדיניות דומה הנחתה את השופט קדמי (בדעת מיעוט) כאשר הוא העריך דמי שידוכים בסך \$100,000 כמופרזים, ולדעתו מן הראוי היה להפחיתם לשיעור \$45,000²⁶⁵.

²⁶³ סעיף 15 (א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

²⁶⁴ ע"א 528,524/83 ק"ת נ' אלון; אלון נ' ק"ת פ"ד מ (2) עמ' 533, 558-559.

²⁶⁵ ע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מ"ח (4) עמ' 749.

האם אופציה זו מצאה את ביטויה בין דעות חז"ל? התשובה לכך אינה מוכרעת, ולמעשה הנה תלויה בפרשנות הניתנת לדעת רבי יהודה הנשיא המובא בסוגיית הירושלמי²⁶⁶. באם נפרשו כמכונן מערכת תרופתית המבוססת על סעד אחד בלבד המוענק למתאנה בכל אונאה שבשיעור שתות ומעלה – 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' – הרי לפנינו עמדה המעצבת את המערכת התרופתית לאורו הבלבדי של עקרון הצדק החוזי המהותי. אנו נזהרים בקביעה זו, שכן אין הכרח כי זוהי הפרשנות ההולמת את דבריו, ואכן הנה סובלת מקשיים לא מועטים. במידה ותועדף הפרשנות המזהה את עמדת ר' יהודה הנשיא עם עמדתו של ר' נתן, הרי לפנינו תפיסת צדק חוזי שונה, ובה נדון להלן. על פי הדרך הפרשנית האחרונה נמצא כי אין בין התנאים והאמוראים מי שבחר להשתית באופן טוטאלי את דיני אונאה על עקרון הצדק החוזי המהותי, ושותפים התנאים והאמוראים כולם בשילובו של עקרון הצדק החוזי התהליכי במישור המערכת התרופתית.

3.4.2 ניגודיות מלאה

אופציה שונה במהותה הנה יצירת ניגודיות מלאה בין רובד הקריטריונים להפעלת הדין ובין רובד הסעדים המוענקים למתאנה. בעוד הקריטריונים להפעלת הדין יעוצבו לאורו של עקרון הצדק החוזי המהותי, יעוצבו הסעדים לאורו של עקרון הצדק החוזי התהליכי. לשון אחר, בשלב ראשון יאתר דין אונאה חוזים בעלי תוכן מקפח ומחיר לא הוגן, אך השלב השני לא יהיה בשערוך המחיר החוזי אלא בביטול תוקפו ובביטול תוקף החוזה כולו, עד לכדי הבאת הצדדים ליצירת תהליך מחודש של כריתת חוזה (בינם ובין עצמם או בינם ובין צדדים שלישיים).

האם לאופציה זו קיימים דברים בין חכמי התלמוד? דעתנו היא חיובית. כאמור לעיל, מסתבר בעינינו כי המסורת הקדומה שרווחה בראשית תקופת התנאים הכירה בתוקפו של סעד אחד ויחיד – 'ביטול מיקח'. סעד זה ניתן עבור כל אונאה בשיעור שתות ומעלה, והוא הביא, למעשה, לביטול תוקפם של חוזים מקפחים בלא שהדין חותר לשיערוכם. אם נקבל כי זוהי אף הפרשנות ההולמת את עמדתו של האמורא ר' יוחנן המובאת בירושלמי הרי נמצא כי עמדה שהיוותה את הפתיח ההיסטורי לשיח התנאי בשאלת סעדי האונאה, עמדה שלא השתמרה בין דעות התנאים המפורשים במשנה, בתוספתא ובברייתא, חזרה ומצאה את ביטויה המאוחר בין דעות אחד מן האמוראים.

ניגודיות זו שבין שני מישורי הדין יוצרת מורכבות הראויה לעיון. ניגודיות זו יוצרת תרכובת של שני עקרונות הצדק החוזיים. כדרכן של תרכובות, יכול שיחסי האיזון בין החומרים השונים יהיו שקולים לחלוטין, אך יכול גם (וכך מסתבר) שאחד מבין החומרים ייהנה מדומיננטיות לגבי רעהו, והוא זה שיצבע את חבירו בגוונו שלו. הדומיננטיות של אחד מבין המרכיבים לא תשלול את תכונתה של התרכובת ככזו, שהרי דומיננטיות ובלעדיות אינן היינו הך. כלפי מה אמורים הדברים? הגשמת עקרון הצדק החוזי המהותי במישור הקריטריונים להפעלת הדין והגשמת עקרון הצדק החוזי התהליכי במישור סעדי הדין מעניקה את הדומיננטיות לעקרון הצדק החוזי המהותי, תוך שקלולו של עקרון הצדק החוזי התהליכי. היררכיה זו מביאה להתמקדות בסיסית של הדין בחוזים על פי תוכנם המקפח, לאו דווקא על פי הפגמים בתהליכי כריתתם. סינון זה של החוזים בעלי התוכן המקפח מתוך העולם הרחב של החוזים, מגוון את אופייה של מערכת הלכתית זו

²⁶⁶ ראה לעיל ליד הע"ש 249.

כולה בצבעו של עקרון הצדק החוזי המהותי. בד בבד מושג שקלולו של עקרון הצדק החוזי התהליכי על ידי ניתוב ההתמודדות עם חוזים מקפחים אלו לביטול תוקפם וליצירת משא ומתן מחודשים לכריתתם, תוך הימנעות מתיקון תוכנם ומשערוך מחירם.

3.4.3 איזון מוטה

לא האופציה הראשונה גם לא השניה זכו לנפח משמעותי בין דעות התנאים והאמוראים, אם בכלל. את הכר הנרחב מצאו דווקא עמדות שלא העניקו בלעדיות מלאה במישור התרופתי לאף לא אחד מבין שני הסעדים הנ"ל. עמדות אלו ניסו לשלב בדרכים שונות את הפעלתם של שני הסעדים, ובכך השיגו תוצאות מורכבות עוד יותר של הפעלת עקרונות הצדק החוזיים.

כאמור, דעה רווחת בין התנאים הנה כי יש להעניק למתאנה (בשיעור שתות ומעלה) אחד מבין שני הסעדים: 'ביטול מיקח' או 'מיקח קיים ומחזיר אונאה'. לא נחלקו תנאי סיעה זו אלא בשאלת זהות בעל זכות הבחירה בין שתי אופציות אלו. לדעת הסתמא דמשנה המתאנה הוא הזכאי בכך, ואילו אליבא דרבי הזכאי לכך הוא המוכר, בין אם הנו מתאנה ובין אם הנו מאנה. בין כך ובין כך מפרספקטיבת שאלת עקרון הצדק החוזי שתי עמדות אלו קרובות למדי זו לזו. בין אם כדברי רבא הסובר כי עמדת הסתמא דמשנה זהה לחלוטין עם עמדת רבי²⁶⁷ ובין אם כדברי האמוראים החולקים עליו, הרי שקירבה משמעותית יש בין תפיסתו של הסתמא דמשנה את מושג הצדק החוזי לתפיסתו של רבי.

נמצאנו למדים כי לדידה של עמדת הסתמא דמשנה אין תשובה חד-משמעית בשאלה האם מן הראוי למצות את עקרון הצדק החוזי המהותי או שמא למתקו בעקרון הצדק החוזי התהליכי. הדבר תלוי בנשוא השאלה: לגבי הצד המאנה אנו נכונים למצות עמו את עקרון הצדק החוזי המהותי ולכפות עליו מחיר חוזי הוגן אף שאינו פרי הסכמתו החופשית. לגבי הצד המתאנה אין אנו רוצים לכפותו לתוצאה ספציפית אלא אנו מציעים זאת עבורו, ומכאן יכולתו לבחור באחת משלושת התוצאות הבאות – לקיים את החוזה ככתבו וכלשונו, לשערך מחדש את המחיר החוזי ולהעמידו על שיעורו ההוגן או לחלופין לבטל את תוקף החוזה מעיקרו. עמדה זו חותרת, אפוא, להענקת לגיטימיות לפתרונות הנובעים משני עקרונות הצדק החוזיים, אך זאת אך ורק בהתייחס לצד החוזי הנפגע.

כאמור, עמדת רבי קרובה ברוחה לרציונל זה, ואת ייחודיותה ניתן למצות בקביעה כי ראיית הסתמא דמשנה את המתאנה כראוי להיות נשוא האיזון בין שני הפתרונות האפשריים וכנהנה מזכות הבחירה ביניהם הוחלפה על ידי רבי בראיית המוכר כנשוא מדיניות זו. יש המצביעים על הזיקה שבין עמדה זו של רבי ובין מדיניותו הכוללת בעידוד המסחר ובהגנה על שכבת הסוחרים²⁶⁸.

²⁶⁷ בבא מציעא נא, א.

²⁶⁸ גרוסמן, עמ' 31 (ראה גם ירושלמי, ב"מ, פרק ה הלכה ו, ועל כך ש' ליברמן, תלמודה של קיסרין (ירושלים, תרצ"א) עמ' 14-15). עוד ראה על כך מלמד, עמ' 41.

3.4.4 מישור ריאלי ומישור סימבולי

נוסחה שונה למורכבות הפעלת שני הסעדים מצויה בעמדתו של ר' נתן, עמדה אשר היוותה, לאחר פולמוס בין הראשונים, את המסד לפסיקת ההלכה²⁶⁹. כזכור, ר' נתן מבחין בין אונאה בשיעור שתות ובין אונאה בשיעור העולה על שתות; זו הראשונה מזכה את המתאנה בסעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה', ואילו האחרונה מזכה אותו בסעד 'ביטול מיקח'. ר' נתן הוא המחמדש וקובע שלושה שיעורי אונאה ולא שניים בלבד. קביעתו זו דורשת הבהרה והענקת פשר, שהרי חלוקה לשני שיעורי אונאה בלבד – עד שיעור שתות ומשיעור שתות ומעלה – הנה חלוקה חסכונית יותר ופשוטה יותר. לדעת מלמד²⁷⁰ נעוץ טעמו של ר' נתן ברצון להימנע מהענקת בחירה בין שני סעדים. בחירה בין שני סעדים מערערת את הביטחון החוזי של המתאנה שהרי הוא אינו יודע בוודאות את עתיד העסקה אותה הוא כרת. על כן, לדעת מלמד, מפריד ר' נתן בין הסעדים, ומתאים סעד אחד בלבד לכל מקרה של הונאה: למתאנה בשיעור שתות קמה תרופה אחת בלבד - 'מיקח קיים ומחזיר הונאה', ולמתאנה בשיעור העולה על שתות קמה תרופה אחת בלבד - 'ביטול מיקח'²⁷¹.

לדעתנו אין הסבר זה שופך אור מספיק על הגיון דינו של ר' נתן, זאת מחמת חוסר פשרם של התוצאות הסטטיסטיות המופקות מן המבנה התרופתי אותו הוא יצר. אין ספק כי על פי צורת חלוקת שיעורי האונאה המוצעת על ידי ר' נתן יזכה המתאנה כמעט לעולם בסעד 'ביטול המיקח' ורק לעיתים נדירות ביותר, אם בכלל, הוא יזכה בסעד 'מיקח קיים ומחזיר הונאה'²⁷². מסקנה סטטיסטית זו נובעת מן ההערכה הטריטוריאלי של רובם המוחלט של מקרי האונאה המזכים בסעד כלשהו יסווגו כמקרי אונאה היתירה על שתות, ואילו המקרה שבו אונאת המחיר תהיה בשיעור המדויק של 16.6% הנו נדיר ביותר. העובדה ששיטת הספירה בזמן התנאים מבוססת על מחזור של שש ותריסר (ולא על מחזור עשרוני)²⁷³ אינה תורמת במידה משמעותית להרחבת תחום התרחשותה של אונאת שתות. אמנם במידה ומחיר הנכס יהיה בכפולות של 6, ישנה סבירות מסוימת כי האונאה תהיה בשיעור שתות, אך בכל שאר המקרים האחרים בהם מחיר הנכס יהיה שונה הסבירות כי האונאה תהיה בשיעור שתות הנה זעומה ביותר^{274 275 276}. על חוסר פשרה של

²⁶⁹ ראה רש"י, בבא מציעא נב, ד"ה ומחזיר; רבינו תם שם ד"ה אמר; רשב"ם, בבא בתרא פג, ד"ה אמר רב חסדא; רמב"ם מכירה יב, ב-ד; שו"ע, חו"מ, רכז, ב-ד.

²⁷⁰ מלמד, עמ' 49-50.

²⁷¹ גם צורי (עמ' 102) רמז להסבר זה.

²⁷² זאת, כמובן, בהתייחס למקרים המזכים אותו בסעד כלשהו, למעט אונאות בשיעורים הנמוכים משתות.

²⁷³ ראה מ' ברכפלד, 'משנת הונאה לאור הכלכלה והמסחר', הגיון ד (תשנ"ז) עמ' 77, 81-82.

²⁷⁴ דעתו של שמואל (בבא מציעא מט, ב) המרחיבה את תחום השתרעות תחולת הונאת השתות משיעור 16.6% עד שיעור 20% (על פי פרשנות תוספות רבינו פרץ בבא מציעא מט, ב ד"ה כי אמרינן (שלא כפירוש הריטב"א שם)) אינה מרחיבה באופן משמעותי את תחום תחולתו הסטטיסטית של הסעד הקבוע להונאת שתות; רובם המוחלט של האונאות הנתבעות על ידי המתאנה הנו גבוה אף משיעור 20%.

²⁷⁵ יש לציין כי קיימים מקרי אונאה היתירה על שתות בהם מסתבר ולמתאנה יוענק סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה', וזאת מחמת חוסר האפשרות להפעיל במקרים אלו את סעד 'ביטול מיקח'. מקרים אלו מתקיימים כאשר אופיו של החוזה אינו מאפשר את ביטולו. דוגמאות לדבר הן חוזה שכירות וחוזה למתן שירות. משהושכר הנכס ומשניתן השירות (תמורת מחיר מקפת) לא ניתן עוד לבצע השבה הדדית, שהרי השכירות והשירות שיצאו אל הפועל אינם הדירים עוד. מסתבר כי כיוון שאין יכולת להפעיל במקרים אלו את סעד 'ביטול המיקח' ישוּב הדין להחיל את הסעד המקורי - 'מיקח קיים ומחזיר הונאה' (וראה שו"ת תרומת הדשן, חלק א, סימן שיח; סמ"ע, חו"מ, רכז, ס"ק סד). עם זאת, אין במקרים אלו כדי להגדיל באופן מכריע את נפח תחולתו הסטטיסטית של סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' לגבי היקף תחולתו של סעד 'ביטול מיקח'.

²⁷⁶ בבבא מציעא נא, א אמנם הובאו שתי עדויות על מקרי אונאה בשיעור המדויק של שתות, אך בדיקת מקרי האונאה שאוזכרו בספרות השו"ת מעלה כי מקרי אונאת השתות הנם נדירים ביותר, אם בכלל. רובם ככולם הנם מקרי אונאה העולים באופן משמעותי על שיעור שתות. מה גם כי יש לפקפק בכך ששתי העדויות אשר הובאו בסוגיה הנ"ל הן תיאור מקרים ריאליים וישנה סבירות לא מבוטלת כי אלו מקרים היפותטיים אשר הועלו לדיון בבית המדרש. לגבי הקריטריונים לאבחנה בין מקרים ריאליים ובין מקרים היפותטיים הנידונים בתלמוד ראה H. Ben-Menahe, *Judicial Deviation in the Talmudic Law* (Boston, 1991), p. 33.

חלוקה משולשת זו יכולים אנו ללמוד מכיוון נוסף. כדבר הפשוט ומובן מאליו סבר התוספות במסכת עירובין כי בחלוקת דין פלוני לשני שיעורים הרי שנקודת האמצע ראויה ליפול לכאן או לכאן אך מכל מקום לא לקבוע שיעור בפני עצמה "דאין סברא שיהא גי' חלוקים בגי' משהויין"²⁷⁷. והנה מוצאים אנו בדינו של ר' נתן את המבנה המורכב של נקודת אמצע העומדת בפני עצמה ואין היא משויכת לאף לא אחד מצדדי מבנה זה. הכרה באי-הפרופורציה הסטטיסטית שבין תחולת שני סעדים אלו מצביעה על אפשרותה של דרך שונה בהבהרת טעמו של ר' נתן.

סבורני כי ניתוח דינו של ר' נתן לאור העיון בשאלת עיצוב עקרון הצדק החוזי עשוי להעניק פשר חדש לדין סתום זה. אם ההסבר שייפרש בשורות הבאות עמד נגד עיני ר' נתן ושיקף את טעמו ונימוקו – זאת אין אני יודע, אך בהחלט סבור אני כי הסבר זה משקף היטב את תוצאות דינו של ר' נתן ואת השפעתו על שרטוט מבנה הצדק החוזי. דינו של ר' נתן מביא להצבת סעד 'מיקח קיים ומחזיר הונאה' כסעד מרכזי במישור העיוני והפורמלי בעוד הוא חותר למנוע כל תחולה מעשית של סעד זה במישור הדין הנוהג. מצב זה מושג על ידי התאמת סעד 'מיקח קיים ומחזיר הונאה' למקרה בעל תכונות מרכזיות במישור הפורמלי²⁷⁸ אך בעל תחולה נדירה במישור הסטטיסטי. מדוע העדיף ר' נתן את הפעלתו המעשית של סעד 'ביטול מיקח' על פני סעד 'מיקח קיים ומחזיר הונאה' ? ואם ביכר ר' נתן את סעד 'ביטול מיקח' במישור המעשי מהו פשר הותרת המקום הצר והמצומצם לתחולת סעד 'מיקח קיים ומחזיר הונאה' ? אין ספק כי מבנה הסעדים כפי שעיצבם ר' נתן, מבנה המעניק מרכזיות עיונית לסעד המתקן את החוזה ומרכזיות סטטיסטית לסעד המבטל את תוקף החוזה, הנו מבנה חריג, המאתגר את המעיין למציאת טעם והסבר.

ניתוח המבנה התרופתי אליבא דר' נתן מוביל לשרטוט התמונה הבאה: ברובא דרובא של המקרים מושג האיזון שבין עקרונות הצדק החוזיים באופן הדומה למתואר לעיל בהתייחס לעמדת המסורת הקדומה שבין התנאים. לאמור, הקריטריונים להפעלת הדין מונחים על ידי עקרון הצדק החוזי המהותי, והנם חותרים לאתר את החוזה אשר תוכנו מקפח ובלתי הוגן. הסעד המוענק במסגרת דין זה מונחה על ידי עקרון הצדק החוזי התהליכי, והנו מבטל את תוקפו של החוזה הקיים בלא שהוא קובע עבור הצדדים תוכן חוזי חדש. איזון זה משתרע על פני הקשת הרחבה של מרבית החוזים שיש בהם אונאה, קרי אונאה בשיעור העולה על שתות. רק במקרה יחידני בא עקרון הצדק החוזי המהותי לידי מיצויו המלא. זהו המקרה של אונאה בשיעור המדויק של שתות. במקרה זה הן הקריטריונים להפעלת הדין והן הסעד המוענק מחמתם משויכים באופן מובהק לעקרון הצדק החוזי המהותי. דין אונאת שתות, אליבא דר' נתן, אינו רק מאתר את החוזה בעל התוכן המקפח, אלא אף שואף לחדור את קליפתו של התוכן החוזי ולעצב את ליבתו מחדש באמצעות קביעת מחיר הוגן ומאוזן. רק במקרה יחידני זה ממוצה, אם כן, עקרון הצדק החוזי המהותי עד תומו, ואילו במרביתם ככולם של מקרי האונאה מוקחה עקרון הצדק החוזי המהותי על ידי שאיבת סעד שהנו תהליכי באופיו אל תוך מערכת דיני אונאה. כפי שצוין לעיל, אם תרכובת זו של עקרונות הצדק החוזי עמדה בתודעתו וביסוד כוונתו של ר' נתן בעצבו מבנה תרופתי זה –

²⁷⁷ תוס', עירובין כג, א, ד"ה 'ובלבד'. וראה גם פני יהושע, סוכה ב, ב, ד"ה 'נימא בהכשר סוכה'.
²⁷⁸ מרכזיותו הפורמלית של סעד 'מיקח קיים ומחזיר הונאה' מוצאת את ביטויה הנחרץ בחיבוריהם של הפוסקים המרכזיים. דין הונאת שתות מוצג על ידם כדין המשקף את הכלל, בעוד דין ההונאה הפחותה מן השתות ודין ההונאה היתירה על השתות מוצגים כחריגים וכיוצאים מן הכלל. ראה רמב"ם, מכירה, יב, ב-ד; שו"ע, חו"מ, רכז, ב-ד.

זאת נתיר לשיקול המעיין, ומכל מקום גם אם שיקוליו של ר' נתן שונים היו²⁷⁹ הרי ניתוח זה משקף את תוצאות דינו.

יש להודות על האמת כי בסיסו של ניתוח זה עלול להישמט אם תתקבל פרשנותם של מי מהראשונים לדברי ר' נתן, ואין הוא יחזור וייתיצב אלא באם תתקבל פרשנותם של בעלי פלוגתתם. כלפי מה אמורים הדברים? כזכור, קבע ר' נתן כי דין אונאה בשיעור שתות הוא 'קנה ומחזיר אונאה', ואילו דין אונאה בשיעור 'יתר על שתות' הוא 'בטל מיקח'. בהקשר זה יש לשאול האם לגבי האונאה היתירה על שתות בא ר' נתן להוסיף או להמיר? האם הוסיף ר' נתן למתאנה בשיעור היתר על שתות את סעד 'ביטול מיקח', אך זאת בלא לגרוע ממנו את הזכות לקיים את המיקח ולדרוש את השבת דמי האונאה, או שמא הפקיע ר' נתן ממתאנה זה את סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' והעניק לו אך ורק את האפשרות לבטל את המיקח כולו? נחלקו בדבר הראשונים. הדעה הרווחת היא כי למתאנה בשיעור העולה על שתות ניתן סעד אחד בלבד – ביטול מיקח – ואין המתאנה בשיעור זה יכול לכפות על המאנה את סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה'²⁸⁰. קיימת אמנם מחלוקת פנימית בסיעה זו בשאלת הצדקת שלילת סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' מן המתאנה בשיעור העולה על שתות (ולמחלוקת זו נפקויות שונות), אך דומה כי מסקנתם המעשית של ראשונים אלו הנה כי "אם הוא רוצה להיות המיקח קיים ושיחזירו לו ההונאה לאו כל כמיניה"²⁸¹. מאידך גיסא, סיעת ראשונים אחרת סברה כי לא התכוון ר' נתן לשלול מן המתאנה בשיעור העולה על שתות את סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה', ולא בא הוא אלא להוסיף עליו את סעד 'ביטול מיקח': "דלא גרע יתר על שתות משתות וכיון דשתות קנה ומחזיר אונאה כל שכן ביתר על שתות שמחזיר אונאה, דאם לא תימא הכי אין לך חוטא נשכר גדול מזה..."²⁸².

שאלה פרשנית זו הנה רבת משמעות עבור ניתוחנו את עקרונות הצדק החוזיים הגלומים במערכת התרופתית שכונן ר' נתן. אם נקבל את הפרשנות האחרונה לדברי ר' נתן נמצא כי תפיסת הצדק החוזי העומדת בבסיסה הנה חופפת כמעט בשלמות את תפיסתו של הסתמא דמשנה. לאמור, ברובא דרובא של מקרי האונאה המזכים את המתאנה בסעד – אונאה בשיעור היתר על שתות – ייחנה המתאנה מבחירה בין שני סעדים אפשריים, וכל מחלוקתם של ר' נתן והסתמא דמשנה תתמצה במקרה הנדיר של אונאה בשיעור המדויק של שתות. הווי אומר: ר' נתן מקבל כי הפתרון לרוב מקרי האונאה ראוי להיות בחירת אחד משני עקרונות הצדק החוזיים – התהליכי או המהותי, ביטול המיקח או תיקונו. מאידך גיסא, אם נקבל את הפרשנות הראשונה לדברי ר' נתן, על פיה מעניק ר' נתן לכל מקרה ומקרה סעד אחד בלבד, הרי שיש לראות בדבריו התוויית אופי שונה לחלוטין למערכת התרופתית מזו שעוצבה על ידי הסתמא דמשנה, ולדידו של ר' נתן יש להעניק את הבכורה במישור התרופתי לעקרון הצדק החוזי התהליכי, קרי הענקת סעד ביטול

²⁷⁹ ניתן, למשל, לטעון כי ר' נתן התנגד לשימוש בסעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה', אך מחויבותו למסורות קדומות מנעה ממנו לבטל סעד זה לחלוטין, ועל כן הוא הסתפק בביטולו באופן סטטיסטי, וזאת על ידי החלתו במקרה מצומצם ונדיר.

עוד יש לעיין בשאלה האם ר' נתן עיצב מבנה תרופתי זה באופן המשפר את הגנת המתאנה מפני האונאה או באופן המצמצמה. מסתבר כי לדילמה זו יש לקשור את מחלוקת הראשונים המובאת להלן ליד הע"ש 280 - 282.

²⁸⁰ ראה רבינו יונה המובא ברא"ש, בבא בתרא ה"ד; ריב"ם המובא בתוס' בבא מציעא נ"ב, ד"ה ואילו; תוס' בבא בתרא פ"ד, ד"ה אי לאו; כן ראה שו"ע חו"מ רכז, ד.

²⁸¹ מגיד משנה, מכירה יב, ד.

²⁸² רמ"ד, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא נ"ב, ד"ה וכתב הרמב"ם. ראה גם שיטה לא נודעה שם מחברה, המופיעה בשיטה מקובצת, בבא בתרא פ"ב.

מיקח לכל מקרי האונאה בשיעור היתר על שתות, ולהותיר את השפעתו של עקרון הצדק המהותי למקרה שהנו סמלי בעיקרו.

דומני כי עד כמה שניתן הדבר להיות מוסק מתוך דבריו הקצרים של ר' נתן יש להעדיף את הדרך הפרשנית הראשונה, על פיה העניק ר' נתן למתאנה בשיעור העולה על שתות סעד אחד בלבד – 'ביטול מיקח'. סעד זה מחליף את סעד 'מיקח קיים ומחזיר אונאה' ולא מוסיף עליו. עדיפות זו נובעת מתוך שר' נתן עצמו לא רמז לכל אופציה המעניקה למתאנה בשיעור העולה על שתות בחירה בין שני סעדים, ופשטות דבריו מורה על הענקת סעד אחד בלבד. אכן, הראשונים החולקים על עמדה זו לא ביססו את עמדתם על ניתוח גוף דברי ר' נתן אלא על ניתוח לוגי של המערכת התרופתית הראויה. מסתבר כי הצמדות לדברי ר' נתן עצמם מחייבת את המסקנה הגורסת כי " אין יכול לתבוע אונאתו ביותר משתות אלא או יבטל המקח או יתרצה בו דבאונאת שתות דווקא הוא דיכול לתבוע אונאתו"²⁸³.

3.5 סיכום

קצירת האמור בפרק זה מביאה לשרטוט התמונה הבאה. אחד מן המנגנונים המרכזיים המשמשים את דין אונאה להשגת מורכבות ראויה בהגשמת מידת הצדק החוזי היא יצירת איזון עדין בין אופי הקריטריונים להפעלת הדין ובין אופי הסעדים המוענקים למתאנה מחמתו, בין רובד סף הפעלת הדין ובין רובד המערכת התרופתית. הקריטריונים להפעלת דין אונאה מבוססים בעיקרם על עקרון הצדק החוזי המהותי, והנם שואפים לאתר את החוזה בעל התוכן המקפח והבלתי הוגן. משאותר חוזה זה באים סעדי האונאה ומנסים להתמודד עמו תוך השבתו אל תחום הצדק החוזי, וזאת בדרכים שונות ומגוונות. ארבע גישות עקרוניות מצאנו בדבר:

- א. כפיפות מלאה לעקרון הצדק החוזי המהותי תוך עיצוב המערכת התרופתית כחותרת לתיקון המחיר המקפח ולשערוכו ההוגן. גישה זו דחויה על דעת מרביתם ככולם של חז"ל, אם כי ייתכן והיא משקפת את עמדתו של ר' יהודה הנשיא שבירושלמי.
- ב. כפיפות מלאה לעקרון הצדק החוזי התהליכי, תוך הסתפקות בביטול החוזה בלא מתן אפשרות לכפות את תיקונו ושערוכו המחודשים. דימינו למצוא גישה מעין זו בתקופה מוקדמת של התנאים. ייתכן והיא גם השתמרה בדברי ר' יוחנן שבירושלמי.
- ג. הטיית האיזון בין שני עקרונות הצדק החוזיים לצד אחד בלבד, אשר ייחנה מזכות הבחירה בין ביטול תוקף החוזה ובין תיקונו. מצאנו כי הלה יכול שיהיה המתאנה, ולדעת רבי – המוכר.
- ד. גישה רביעית מפרידה בין המישור הריאלי, בו מוענקת הבכורה לסעד שמבית עקרון הצדק החוזי התהליכי, ובין המישור הסמלי, בו מוענקת הבימה לסעד המבטא את עקרון הצדק החוזי המהותי. גישה זו מדגישה את הכפיפות העקרונית לתפיסה המהותית של מידת הצדק, אך את הצורך הריאלי באיזונה בתפיסת הצדק כתהליך.

²⁸³ רבינו יונה המובא ברא"ש, בבא בתרא ה, יד.

ממוצא דברים אלו נלמד כי הגם שהלכות אונאת מחיר שבדין העברי היוו חלוץ בין שיטות המשפט העתיקות בימרתן להתמודד עם החוזה בעל התוכן המקפח והבלתי מאוזן²⁸⁴ הרי שפוטנציאל תרומתן לשאלת עיצובו של עקרון הצדק החוזי אינו מתמצה בעצם העמדת יומרה זו. מלבד שהנן מעמידות להן למטרה את המאבק המשפטי בתופעת החוזים בעלי התוכן המקפח, וזאת בהשראת עקרון הצדק החוזי המהותי, הרי הן שומרות על מורכבות ורב-ממדיות על ידי שקלול עקרון הצדק החוזי התהליכי בעת עיצוב המערכת התרופתית של דיני אונאה. דעות שונות הובעו בהקשר למינונים השונים של תרכובת זו, אך דומה כי עצם אופייה הכללי של תרכובת זו הייתה למוסכמה בין מרבית התנאים והאמוראים.

4. החוזה הכפוי

4.1 הקדמה

לא תם ולא נשלם מקום העיון ביסודות דיני אונאת מחיר מפרספקטיבת עקרונות הצדק החוזי. אך כדי להרחיב את יריעת הדיון שנפתח בחיבור זה, ברצוני להקדיש את פרקו האחרון לעיון ביסודותיה של מערכת הלכתית נוספת – החוזה הכפוי – לאורך של עקרונות הצדק החוזי. סבורני כי לבחינת סוגיה זו לאור שאלת טיבו של הצדק החוזי תועלת כפולה: יש בה כדי לשפוך מעט אור על קשיים משמעותיים הנובעים מתוך עמדתו הנודעת של האמורא רב הונא בסוגיה זו (המעניק תוקף לחוזה המכר הנכרת בדרך של כפיה - "תליוהו וזבין זביניה זביני"²⁸⁵), ויש בה כדי לתרום באופן משמעותי להבהרת טיבו של עקרון הצדק החוזי על פי השקפותיהם של חכמי המשנה והתלמוד.

החוזה הכפוי הנו מקרה בעל מאפיינים השונים בתכלית השינוי ממאפייניו של מקרה אונאת המחיר. אם בסיטואציית האונאה נתקלנו בחוזה אשר תהליכי כריתתו שמרו על מידה גבוהה של תקינות אך תוכנו המקפח והבלתי מאוזן הוא שהיווה את מרכז משקל הכובד של הצדקת ההתערבות ההלכתית בהסכמתם המשותפת של הצדדים, הרי הסיטואציה של החוזה הכפוי מהופכת לחלוטין. בסיטואציה זו הליך כריתת החוזה היה פגום לחלוטין. כמעט ואין לך הליך כריתה פגום יותר מאשר אילוץ אדם לכריתת חוזה תחת הפעלת לחץ כבד בדמות יסורים או איומים. עם זאת, תוכנו של החוזה הכפוי אינו חייב להיות בהכרח חוזה מקפח ותניותו יכולות שיהיו מאוזנות. לעיתים אחד מן הצדדים עשוי להתנגד לכריתת החוזה ואפילו יהיו תנאיו הוגנים וסבירים, ובמקרה זה עלול הצד שכנגד לכפותו לכרות חוזה שתוכנו מאוזן ושתמורותיו שקולות בשוויין. ניגודיות קוטבית זו שבין סוגיית תליוהו וזבין ובין סוגיית אונאת מחיר מאפשרת לבחון מזוויות חדשות היבטים שונים שהועלו בפרקים הקודמים של עבודה זו.

מתוך עיוננו בסוגיה זו נמצא כי הכפיפות לעקרון הצדק החוזי המהותי אותה מצאנו בדיני אונאת מחיר עשויה לבוא בעוצמות שונות ובמינונים מגוונים, והדבר יתבטא במידת הנכונות לשקלל בעת ההחלטה על עתיד החוזה את שאלת תקינות דרכי כריתתו. ככל שראיית שני עקרונות הצדק החוזיים תהיה בעלת אופי מודולארי, כמנוגדים זה לזה וכמוציאים זה את זה, תהיה תולדת

²⁸⁴ על כך ראה לעיל ליד הע"ש 84.

²⁸⁵ בבא בתרא מז, ב.

תפיסה זו בהעמדה בלבדית של החוזה הכפוי לבחינת הגינות תוכנו ושקילות תמורותיו; חוזה מאוזן יהיה חוזה תקף אף אם הוא נכרת בדרך של כפייה. מאידך גיסא, ככל שראיית שני עקרונות הצדק החוזיים תהיה כשני קטבים הניצבים על מכה משותף ורציף תתאפשר בחינת החוזה הכפוי לא רק על פי תוכנו אלא אף על פי תקינות תהליכי כריתתו. דגם זה האחרון ישמשנו לבחינת מבנה מורכב יותר של עקרון הצדק החוזי המהותי, המכיל בתוכו אלמנטים לא מבוטלים של עקרון הצדק החוזי התהליכי. בפרק זה נעמוד אפוא על עמדותיהם השונות של תנאים, אמוראים ומפרשיהם בצומת דרכים זו, ונשתדל אף להעלות את ניתוח עמדות אלו לרמת ההפשטה של עקרון הצדק החוזי.

4.2 דיון תיאורטי

כפי שנוכחנו לדעת גישות בעלות אוריינטציה ליברלית, שלא לומר ליברטריאנית, נוטות (לכל הפחות מן הבחינה הרטורית) שלא לבחון את הגינות תוכן החוזה וסבירותו במידה ותהליך כריתתו הוכר כמבוסס על התקשרותם החופשית של הצדדים. וכך הוא במהופך לגבי חוזה אשר תהליך כריתתו הוכר כפגום מחמת שחופש הבחירה נמנע מאחד מן הצדדים בעת הכריתה. חוזה ממין זה, כדוגמת החוזה שהושג בכפייה, יפסל מחמת עצם תהליך כריתתו, וזאת בלא תלות בשאלת מידת הגינות תוכן החוזה וסבירותו. דוגמה לדבר בעילת הכפיה שבחוק החוזים הישראלי הקובעת: "מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה"²⁸⁶. ודוק: אין הדבר תלוי אלא בשאלת קיומה של כפייה, בלא שהוא מותנה בהערכת שקילות התמורות ובהגינות תניות החוזה כלל ועיקר. טעם הדבר, על פי פרידמן וכהן, כיוון ש"היסוד לברירת הביטול [שבסעיף 17 לחוק החוזים – ב.פ.] איננו נעוץ באי הגינותם של תנאי החוזה, אלא בכך שרצונו של המתקשר נפגם, אחת היא אם תנאי החוזה גרועים אם לאו"²⁸⁷. אדרבה, בנקל יכולים אנו לשוות נגד ענייננו חוזה אשר תהליכי כריתתו לוו בפגמים שונים במסגרתם השליט אחד מן הצדדים את רצונו על הצד שכנגד, ועם זאת יהיה חוזה זה דומה בתוכנו לחוזים מקבילים הנכרתים בין שחקני שוק נוספים²⁸⁸; אף תוקפו של חוזה זה ניתן עקרונית לביטול בישראל על פי חוק החוזים.

האם גישה מהותנית, הדוגלת בהעמדת עקרון הצדק החוזי על שקילות התמורות וסבירותן, יכולה להכיר בעילת הכפיה ודומותיה? האם גישה מהותנית עשויה להעניק תוקף לטענת היעדר חופש חוזי של אחד הצדדים בעת כריתת החוזה? בוודאי ובוודאי אפשרי הדבר, וזאת מחמת כפל טעמים:

א. במידה ועיקר מעייניה של השיטה המהותנית בהבטחת הגינות תוכן החוזה וסבירותו, הרי הקפדה על תקינות תהליכי הכריתה והבטחת חירות הצדדים עשויה לסייע באופן משמעותי להגשמת מטרה זו. על פי רוב, גם אם לא תמיד, חוזה הנכרת באופן חופשי יהיה חוזה אשר תוכנו מאוזן והמשרת את האינטרס של שני הצדדים כאחד. בהקשר זה חשוב אף לדידה של השיטה המהותנית להקפיד כי חירות הצדדים תשמר במהלך

²⁸⁶ סעיף 17 (א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973.

²⁸⁷ פרידמן וכהן, עמ' 891.

²⁸⁸ וכך הגדיר פון-מאהרן תובנה זו: "A contract can satisfy procedural standards and be unjust as an exchange; conversely, a just exchange can result from an unjust contracting process" (von Mehren, p. 64).

הכריתה. עם חוזים אשר תוכנם מקפח על אף הגינות תהליך הכריתה תתמודד שיטה זו על ידי העמדת תוכן החוזה בפני מבחנים מהותיים מובהקים, כדוגמת הלכות ריבית והלכות אונאת מחיר.

ב. אך נכונותה של השיטה המהותנית להכיר בחשיבות הבטחת חירות הצדדים בעת כריתת החוזה עשויה לבוא מטעם נוסף שאינו אינסטרומנטלי. צדק חוזי, על פי גישה זו, עשוי שלא להתמצות בהיות התוכן החוזי מגן באופן מאוזן על אינטרס שני הצדדים, שכן התממשות הצדק החוזי דורשת גם כי התוכן החוזי יהיה פרי רצונם המוסכם. אמנם הצדק אינו מתמצה בערך החירות, אך הוא גם אינו מנוכר לו; ערך החירות הנו רכיב מהותי בתוך ערך הצדק. מכאן כי אמנם חוזה אשר נכרת בדרך חופשית אך תוכנו מקפח הנו חוזה בלתי צודק, אך גם חוזה אשר נכרת בדרך של כפייה הנו חוזה בלתי צודק אף אם תוכנו מאוזן. חירות הצדדים ושקילות התמורות הנם רכיבים הכרחיים בהעמדת ערך הצדק החוזי על מכונו.

בין כך ובין כך, מסתבר כי גישה מהותנית עשויה לדגול בהצבת מבחנים לתקינות תהליך הכריתה, אשר יפעלו במקביל למבחני הגינות תוכן החוזה וסבירותו. חוזה תקף יצטרך, אפוא, לעמוד בפני שתי סדרות מבחנים: תהליכיים ומהותיים. אין צריך לומר כי שני סוגי מבחנים אלו עשויים להתנסח באופן משולב או בנפרד, וכן הם יכולים להופיע בקודקס האזרחי באופן גלוי ומוצהר ולחלופין באופן סמוי ונסתר.

עם זאת, גם כאשר דיני החוזים מכירים בחשיבותם של כפל המבחנים – המהותיים והתהליכיים – אין הדבר ברור כלל ועיקר כיצד שניים אלו יפעלו יחדיו. א-פריורית נפתחות בפני דיני החוזים שתי דרכים עקרוניות לעריכת שילוב זה: *כמבחנים הכרחיים וכמבחנים מספיקים*. על פי מודל *המבחנים המספיקים* נמצא כי החוזה יהיה תקף באם הוא עמד באחד משתי סדרות המבחנים הנ"ל, לאמור, החוזה יהיה תקף באם תוכנו יהיה סביר ומאוזן או לחלופין באם תהליך כריתתו ייעשה בדרך תקינה וחופשית. הווי אומר: אין צריך כי החוזה יהיה גם מאוזן לחלוטין גם מוסכם באופן חופשי לחלוטין, ודי כי אחד מפרמטרים אלו יתקיים בשלמותו ואילו האחר יתקיים באופן חלקי או כלל לא יתקיים. עילת העושה שבחוק החוזים הישראלי עשויה להדגים את הדבר היטב. עילה זו קובעת כי חוזה הנגוע בעושה ניתן יהיה לביטול באם יתקיימו בו באופן מצטבר ניצול מצוקת המתקשר על ידי הצד שכנגד וקביעת תנאים בחוזה הגרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל²⁸⁹. על מנת לחסן עצמו מפני עילת העושה די לו לצד שכנגד להוכיח כי אחד מבין אלמנטים אלו לא התקיים. חוזה שכנגדו נטען כי הוא נגוע בעושה יהיה תקף באם התוכן החוזי הוערך כמאוזן וכסביר או לחלופין באם תהליך הכריתה הוכר כחף מניצול מצוקה. כנגד מודל זה קובע מודל *המבחנים ההכרחיים* כי חוזה תקף יהיה החוזה אשר גם בתהליך כריתתו נשמרה תקינות הבטחת חירות הצדדים וגם בתוכנו נשמרה מידת הסבירות וההוגנות. כפרפרזה על עילת העושה נאמר כי לדידה של גישה זו חוזה הנגוע בחשש עושה יהיה תקף רק באם הוכח כי הן תוכנו מאוזן וסביר והן תהליך כריתתו חף מניצול מצוקה; די בהוכחה על קיום ניצול מצוקה או בהוכחה על קיפוח חוזי כדי להביא לביטול החוזה.

²⁸⁹ סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973. על הצטברותן של דרישות אלו ראה למשל ע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד ל"ו (1), עמ' 762, 766-769; ע"א 624/80 עבד אמארה נ' נמני, פ"ד ל"ז (3), עמ' 606, 609.

אם נשליך תובנה זו על החוזה הכפוי נמצא כי על פי גישה זו ההתמודדות עמו עשויה לבוא באחד משני הכלים המקבילים או בשניהם גם יחד. חוזה זה עשוי להיות מועמד בפני מבחן גמירת דעתם החופשית והרצונית של הצדדים ובהתאם תקבע שאלת תוקפו של החוזה, אך חוזה זה גם עשוי להיות מועמד בפני מבחן שקילות תמורותיו וסבירות תוכנו ובמידה ותוכן החוזה יוכר כהוגן וכמשרת את אינטרס שני הצדדים יהיה החוזה תקף וזאת חרף הכפיה שליוותה את תהליך כריתתו. אין צריך לומר כי מבחנים שונים בהם יועמד חוזה זה עשויים להניב תוצאות משפטיות שונות בתכלית. אבחנה זו - בין מודל המבחנים המספיקים ובין מודל המבחנים ההכרחיים - מוקרנת ישירות משאלת טיבו של עקרון הצדק החוזי וטיב מערכת היחסים המתקיימת במסגרתו בין ערך החירות ובין ערך שקילות התמורות. תפיסת שני ערכים אלו כמנוגדים וכמוציאים זה את זה תצדד במודל המבחנים המספיקים המסתפק בסדרת מבחנים אחת לבחינת החוזה, ואילו תפיסת שני ערכים אלו כמשלימים וכחולקים בסיס משותף תטה את הכף למודל המבחנים ההכרחיים המעמיד את החוזה בפני שתי סדרות המבחנים. כפי שניווכח לדעת בהמשכו של פרק זה יש בתובנה זו כדי לשפוך אור על עמדות שונות שהובעו בדיונים התנאיים והתלמודיים אודות מעמדו של החוזה הכפוי. בסעיפים הבאים של פרק זה נמפה את העמדות השונות שהובעו בפרק זה ובסעיף האחרון נעיין במשמעויות הפילוסופיות של עמדות אלו מפרספקטיבת עקרון הצדק החוזי.

אך קודם שנצלול בסבך העמדות שהובעו בסוגיה זו במסגרת הדין העברי התלמודי, סבורני כי טוב נעשה אם נרחיב מעט את דעתנו על ידי עיון במספר עמדות פילוסופיות-משפטיות מודרניות שהתייחסו לבעיה זו. כאמור לעיל, העמדה המקובלת בקרב שיטות משפט ליברליות בשאלת טיבה של עילת הכפיה גורסת כי תוקפו של חוזה זה יקבע בעיקרו על פי הערכת מידת חירותו של הנכפה בעת כריתת החוזה, והדגמנו את הדבר על ידי סעיף 17 לחוק החוזים הישראלי. התקפת עמדה ליברלית זו באה בשני מישורים - המצוי והרצוי. במישור המצוי מצביעים משפטנים בני-זמננו כי בשיטות משפט מערביות רבות, על אף שהרטוריקה מורה על הצבת מבחנים תהליכיים הנערכים לחוזים הנחשדים כנגועים בכפייה, הרי שניתוח הפרקטיקה המשפטית מוכיח כי המבחנים הנם מהותיים-תוצאתיים. בית המשפט מצהיר כי הנו בודק האם החוזה הנידון נכרת בדרך חופשית או כפויה, אך למעשה הוא בוחן את הגינות תוכן החוזה ובהתאם הוא גוזר את מידת החירות ממנה נהנו הצדדים בעת תהליך הכריתה. כך, למשל, טוען הפרופ' א' זמיר כי הבוחן את הפסיקה שיישמה את סעיף 17 הנ"ל יופתע למצוא כי חוזים שהוערכו על ידי בית המשפט העליון כבעלי תוכן מקפח ובלתי מאוזן הוערכו על ידו כנגועים בכפייה בעת תהליך הכריתה, ואילו חוזים שהוערכו כבעלי תוכן סביר ומאוזן הוערכו גם כלא נגועים בכפייה משמעותית. מכאן, טוען זמיר, בסיס לטענה כי בתי המשפט בישראל מעמידים את החוזים הנחשדים בכפייה למבחן הגינות תוכנם יותר מאשר למבחן מידת החירות שבתהליך כריתתם.²⁹⁰ לדידו של זמיר "בהתאם לתפיסות העולם הליברליות והאינדיבידואליסטיות, הרטוריקה השלטת בדיני החוזים במאתיים השנים האחרונות בעולם המערבי היא של הבטחת הרצונית של התקשרויות חוזיות, ולא הבטחת השקילות של התמורות... טענתנו היא, שגם ללא התייחסות מפורשת לעניין זה, כאשר בתי המשפט מכריעים בטענות של טעות, הטעיה או כפייה בכריתת החוזה, הם נותנים משקל רב

²⁹⁰ לניתוח מקביל של השימוש בעילת הכפייה ב common law ראה S. M. Waddams, 'Unconscionability in Contracts', 39 *The Modern Law Rev.* 369, 384 (1976).

לשקילות התמורות. אם מסקנתם היא שתנאי החוזה מאוזנים וסבירים, סיכוייהן של טענות טעות, הטעיה או כפייה קטנים למדי, ואילו כאשר ההתרשמות היא שתנאי החוזה אינם מאוזנים, הסיכויים גבוהים למדי²⁹¹. ניתוחים דומים הוצעו עבור שיטות משפט מערביות נוספות²⁹².

כלפי המישור הרצוי טוענים משפטנים שונים כי לא רק שמבחן רצונית הצדדים בעת ההתקשרות אינו מתיישם למעשה במסגרת שיפוט החוזים הכפויים אלא שהוא אף אינו יכול להתיישם, ומבחניה נורמטיבית ממליצים משפטנים רבים בני זמננו להעמיד את החוזה הכפוי בפני מבחן התוצאה ולא בפני מבחן התהליך. הבה ונסקור מספר טיעונים שהושמעו בסוגיה זו.

טיעון אחד עולה מתוך עיונו של הליברטריאן המובהק – רוברט נוזיק – בשאלת האבחנה בין איום (threat) ובין הצעה (offer)²⁹³. מוצא דבריו של נוזיק בהנחה כי פעולה הבאה מחמת איום תיחשב לכפויה ואילו זו הבאה מחמת הצעה תיחשב לרצויה, ומכאן כי האבחנה בין איום ובין הצעה הנה חשובה ביותר להגדרת הכפייה. על פניו הרי זהו אתגר קל לפתרון; וכי לא ברורה האבחנה בין הצעה למכור נכס תמורת מלוא מחירו ובין איום כי אם הנכס לא יינתן בחינם יוכה בעל הנכס! אך למעשה אבחנה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. ראשית עלינו לקבוע כי האבחנה בין איום ובין הצעה אינה יכולה להישען על שאלת קיומו/אי קיומו של חופש בחירה לניצע, זאת על אף הזיקה האינטואיטיבית שאנו עשויים לקשור בין שתי שאלות אלו. ייתכנו מצבים בהם פלוני נהנה אמנם מחופש בחירה אך העובדה ששתי האופציות הפתוחות בפניו הן גרועות ביותר תביאנו למסקנה כי הוא ייחשב לעומד בפני איום ולא בפני הצעה. טול כדוגמה את המקרה הבא: דן וגד מעוניינים, כל אחד בנפרד, ברכישת מכוניתו של זבולון, אשר כלל אינו מעוניין במכירתה. דן מאיים כי הוא ישבור את רגלו של זבולון אם הוא לא ימכור אותה לו; גד מאיים במקביל כי הוא ישבור את ידו של זבולון אם הוא לא ימכור אותה לו. זבולון חרד לגורל ידו יותר מאשר לגורל רגלו ועל כן הוא נעתר לאיומי גד, ואכן דן שובר את רגלו. במקרה זה נהנה זבולון מן החופש לבחור בין שתי אופציות שקולות ובכל זאת מסתבר כי אין בכך כדי להעריך מעשה זה כמעשה הנובע מרציה חופשית. מאידך גיסא, ייתכנו מצבים בהם אלמוני עומד בפני אופציה אחת בלבד, ובכל זאת הוא ייחשב לעומד בפני הצעה ולא בפני איום. כך, למשל, במקרה ובו ראובן אוהב מאד את מכוניתו ולא רוצה להיפרד ממנה אף תמורת מחיר רב, אך משעסקיו נפלו הוא פשט את רגלו, נקלע למצוקה כלכלית קשה עד כדי חרפת רעב, וניאות למכור את מכוניתו לשמעון תמורת מחירה המלא. במקרה זה הועמדה בפני ראובן אופציה ממשית אחת בלבד, ובכל זאת אין בכך כדי לגרוע מהערכתנו את בחירתו כרצונית ולא ככפויה. נסיק, אם כן, כי היעדר חופש בחירה אינו מגדיר

²⁹¹ זמיר, פירוש והשלמה, עמ' 43-44, וליתר פירוט ראה שם הע"ש 88.

²⁹² לגבי המשפט האנגלי, ראה עטיה, מסות, עמ' 329-330, 343-346; H. Collins, *The Law of Contract*, (2d ed. ; London, 1993) pp. 254-258. ראה גם באופן כללי את מאמרו של וואדמס (הני"ל בהע"ש 290). לגבי המשפט הצרפתי, הגרמני והאמריקאי ראה גורדלי, עמ' 1625 ואילך, אשר כך סיכם את מסקנתו: "If one pays attention to what courts say rather than what they do, relief for disparity in price would seem to be an innovation. ... But neither European nor American courts have been doing quite what they have been saying" (Gordly, pp. 1645). לגבי נכונותו של המשפט האמריקאי להכיר בתוקפה של כפייה במידה והיא מיועדת להפוך חוזה בלתי מאוזן לחוזה מאוזן ראה פרידמן וכהן, עמ' 908-909, 928-930.

²⁹³ R. Nozick, 'Coercion', in *Philosophy, Science and Method, (Essays in Honor of Ernest Nagel)* (1969, New-York, ed.:S. Morgenbesser, P. Suppes, M. White) p. 440.

איום וקיומו אינו מגדיר הצעה, ו"מהגדרת החופש כיכולת לבחור בין כמה אלטרנטיבות, משתמע כי חופש וכפייה יכולים לדור בכפיפה אחת"²⁹⁴.

טוב נעשה אפוא אם נזנח את שאלת קיומו/אי קיומו של חופש הבחירה ונאחז בשאלת התאמת/אי התאמת בחירת הנכפה לרצונו. לאמור, באם בחירתו תואמת את רצון הנכפה אזי הדבר ייחשב להצעה ובאם בחירתו אינה תואמת את רצונו שלו (אלא את של הכופה) אזי הדבר ייחשב לכפייה. מכאן נוכל לטעון כי בעוד במקרהו של זבולון מבטאת המכירה את השתלטות רצונו של גד על רצונו של זבולון, הרי במקרהו של ראובן אין המכירה מבטאת את השתלטות רצונו של שמעון על רצונו של ראובן, שכן הנה מבטאת את איזון רצונותיהם של שניים אלו. וכך סיכם את הדברים נוזיק: "...when a person does something because of threats, the will of another is operating or predominant, whereas when he does something because of offers this is not so; a person who does something because of threats is subject to the will of another, whereas a person who acts because of an offer is not; a person who does something because of threats does not perform a fully voluntary action, whereas this is normally not the case with someone who does something because of offers; when someone does something because of offers it is own choice, whereas when he does something because of threats it is not his own choice but someone else's, or not fully his own choice, or someone else has made his choice for him; when a person does something because of threats he does it unwillingly, whereas this is normally not the case when someone does something because of offers"²⁹⁵.

דא עקא; שאלת הגדרת חפיפת בחירת האדם את רצונו קשה היא כשלעצמה להערכה. רצון האדם אינו מתקיים במסגרת תנאי מעבדה סטריליים אלא הנו פועל במסגרת האילוצים שהסביבה מפעילה עליו. הדוגמאות הנ"ל ימחישו זאת היטב. האם אמנם מכירת ראובן את מכוניתו משקפת את רצונו שלו בעוד מכירת זבולון את מכוניתו משקפת את רצון גד הקונה? הלא הן ראובן והן זבולון מעדיפים היו כי מסגרת האילוצים בה הם נתונים כלל לא תתקיים – לא איום שבירת היד של גד ולא חרפת הרעב של ראובן – ומשהאילוצים התקיימו מעדיפים שניהם למכור את המכונית ולא להגשים את הסכנה המרחפת מעל ראשם. מדוע, אפוא, נעריך את מכירת מכונית ראובן כרצונית ואילו את מכירת מכונית זבולון כבלתי רצונית? איננו יכולים להכיר את רצונו של האדם במנותק ממערכות האילוצים בהם הוא חי ופועל, ומשנכונים אנו לשקלל אילוצים אלו בתהליכי עיצוב רצונו שוב חוזרים אנו לשאלת הפתיחה: מהו קנה-המידה להבחנה בין בחירה המבטאת את רצונו של הבוחר ובין בחירה המבטאת רצון חיצוני לו?

כאן בא נוזיק ומציע את הטענה כי כדי להעריך נאמנה האם הצעה לפנינו או איום טוב נעשה אם נבחן את הדבר על פי תוכנו ותוצאותיו. לאמור, באם ההצעה/איום מיטיבה את מצבו של הבוחר (בהשוואה למצב שקדם להצעה ולבחירה) הרי יש לראותה כהצעה ואת ההיענות החיובית לה כבחירה, ובאם היא פוגעת במצבו הרי יש לראותה כאיום ואת ההיענות החיובית לה ככפייה. כך

²⁹⁴ שלו, עמ' 230.
²⁹⁵ נוזיק, עמ' 459.

“...let us say that whether someone makes a threat against Q's : מנסח זאת נוזיק עצמו : doing an action or an offer to Q to do the action depends on how the consequence he says he will bring about changes the consequences of Q's action from what they would have been in the normal or natural or expected course of events. If it makes the consequences of Q's action worse than they would have been in the normal and expected course of events, it is a threat; if it makes the consequences better, it is an offer”²⁹⁶.

אין צריך לומר כי פתרון זה של נוזיק אינו מנהיר עבורו את כל בעיותיו ואכן נוזיק מחדדו ומשכללו. בין כך ובין כך מדבריו למדנו כי גם ליברטריאן מובהק, אשר במרכז חתירתו עומד יעד איתור הרצון החופשי של האדם וביצורו, נזקק להצבת מדדים מהותיים הבוחנים את טיב הבחירה על פי תוכנה ועל פי תוצאותיה, לאו דווקא על פי תהליכי היווצרותה. בכך כמובן מתקרבת באופן משמעותי הגישה הליברטריאנית אל הגישה המהותנית, שכן מתברר כי גם זו הראשונה ממיינת את בחירותיו של האדם ורציותיו לא (רק) על פי האופן בו האדם עצמו מגדיר זאת עבורו אלא על פי מדדים חיצוניים המבוססים על הנחות אודות טיבם של המצב האופטימלי והבחירה המיטיבה.

טענה חריפה יותר נשמעת מפי משפטנים המבקרים את הגישה הליברלית הקלאסית. לדידם, לא רק שקשה להבחין הלכה למעשה בין חוזה המבטא את רצון הצדדים ובין חוזה המבטא את השתלטות רצונו של האחד על חברו, אלא שלדעתם אבחנה זו כלל אינה קיימת במציאות. לדידם הנחת היסוד של החלוקה הליברלית המקובלת - בין חוזה שנכרת ברצון חופשי ובין חוזה שנכרת תחת כפייה ואיומים - אינה עומדת מבחינה עובדתית. הנחת יסוד זו גורסת כי בתהליך תקין של כריתת חוזה מביעים הצדדים את עמדותיהם בצורה חופשית, ומכאן כי דעותיהם משקפות את רציותיהם שלהם. מאידך גיסא, בחוזה הנכרת תחת כפייה מבטא התוכן החוזי את רצונו של הצד הכופה המשתלט על רצונו של הצד הנכפה. בנקודה זו באים משפטנים, כדוגמת עטיה וקרונמן²⁹⁷, וטוענים כי מבחינה פסיכולוגית קשה להצדיק את הגדרת התוכן החוזי הכפוי כבלתי משקף את רצון הנכפה. במסגרת האילוצים בהם נתון הנכפה התגבש בקרבו רצון מחדש וכריתת החוזה הפכה בעיניו, בנסיבות הנתונות כמובן, לאופציה המועדפת. זאת ועוד, פעמים רבות הוא גם מתכוון נאמנה בעת כריתת החוזה לקיים את החוזה הנכפה עליו ורק מאוחר יותר הוא חוזר בו ומחליט לתבוע את ביטול החוזה. ההתמודדות עם חוזי הכפיה אינה יכולה להיות מוצדקת, לדעתם, על בסיס איתור חוזים נעדרי רצון אחד הצדדים שכן מבחינה פסיכולוגית אין הבדל תהומי בין רצונו של צד לחוזה כפוי ובין רצונו של צד לחוזה מוסכם.

נוסף ונעיר כי הבעייתיות הכרוכה בהגדרה כי הניצע-הנכפה אינו רוצה בחוזה שנכפה עליו צצה ועולה מתוך גוף עילת הכפייה שבחוק החוזים הישראלי. כאמור, סעיף 17 לחוק החוזים קובע כי בעקבות הכפייה רשאי הצד הנכפה לבטל את החוזה. דייק מכאן כי החוזה הכפוי ניתן לביטול

²⁹⁶ נוזיק, עמ' 447.

²⁹⁷ עטיה במסתו 'התיאוריה הליברלית של החוזה' (עטיה, מסות, עמ' 121, 130); קרונמן, עמ' 477 ואילך.

(voidable) אך אינו בטל (void), וכל עוד הנכפה לא יבטלו יהיה זה חוזה תקף.²⁹⁸ הא כיצד ? אם אכן הנכפה נעדר את הרצון הנדרש לכריתת החוזה מהיכן שואב החוזה את תוקפו עד שיבטלו הנכפה ? אמור מעתה כי לנכפה רצון מסוים בחוזה. אין הנכפה משולל רצון לחלוטין אלא הנו סובל מרצון פגום; "coactus volui, tamen volui" (רציתי משום שהכריחוני, בכל זאת רציתי)²⁹⁹. מכאן כי רצונו של הנכפה קיים גם אם הנו פגום ובהתאם החוזה ניתן לביטול אך אין הוא חסר תוקף לחלוטין³⁰⁰.

מכאן, טוען עטיה, מוצא גישתם של דיני החוזים המודרניים המבחינים בין כפייה לגיטימית ובין כפייה שאינה לגיטימית³⁰¹. הווי אומר: באשר אין המדד יכול להישען באופן מוחלט על בדיקת רצונית הנכפה אזי מפיקה המערכת המשפטית מבחנים נוספים הבוחנים את מידת הלגיטימיות של מעשה הכפייה. מכאן כי ייתכן בהחלט ואיום בהפעלת אלימות עשוי ליצור אצל הנכפה רמה רצונית זהה לרצון הנוצר תחת איום בהפעלת לחץ כלכלי. במידה ודיני החוזים ירצו להבחין בין שניים אלו הרי שהאבחנה תהיה על פי מידת הלגיטימיות המוסרית שייחס החוק לצורת הכפייה, לאו דווקא על פי רמת רצוניתו של הנכפה. למותר לציין כי משמאמץ בית המשפט את האבחנה בין כפייה לגיטימית ובין כפייה שאינה לגיטימית הריהו נוטש למחצה את הרציונל המקורי של המבחן התהליכי. החוזה הכפוי כבר אינו עומד עוד למבחן בלעדי של מידת חופש הרצון של הנכפה אלא למבחן המוסריות של אמצעי הכפייה³⁰². זהו אמנם מבחן תהליכי, שכן מבחן זה אינו מבטיח תוכן חוזי מסוים והוא מאפשר השגת מגוון רחב של תוצאות חוזיות, אך זהו מבחן תהליכי המנתק עצמו מן השיח אודות חירותם של הצדדים. מבחן החירות עלול אפוא להתגלות כבלתי מספיק להתווית הגדרתם של חוזי הכפייה הבטלים (או הניתנים לביטול)³⁰³. ברוח זו מציע קרונומן

²⁹⁸ על הבעייתיות הכרוכה בהכרעה בשאלה זו בהקשרם של המשפט האנגלי והמגילה ראה שלו עמ' 229 בהע"ש 2. ראה גם Calamari & Perillo, *The Law of Contracts*, (1998), pp. 308-309; A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract* (Oxford, 1987) p. 99.

²⁹⁹ על פי שלו, עמ' 229. עוד ראה מ' דויטש, 'החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה', *עיוני משפט טז* (תשנ"א), עמ' 35, 36-37. אכן מסתבר כי במקרים נדירים קיצוניים ביותר, בהם לא ניתן לאתר כל בסיס להבעת רצון התקשרות על ידי הנכפה, יהיה החוזה הכפוי בטל ולא רק ניתן לביטול, ראה פרידמן וכהן, עמ' 892.

³⁰¹ ראה, למשל, Lord Diplock and 400 (Lord Scarman). *Universe Tankship v. ITWF* [1983] 1 AC 366, 384 (Lord Diplock) and 400 (Lord Scarman).

³⁰² כך מסכם זאת עטיה: "Duress is perhaps one of the most difficult cases for the liberal. Classical theory tried to obscure the value judgments involved in using a law of duress by treating duress as a question of fact, depend on proof that the promisor's will was 'overborne' by the promisee. On this view a coerced promise was not truly a voluntary act of the promisor's will, and so not really a promise at all. But modern law has come to recognize that this theory rested on an unacceptable psychological basis, and that coerced promisor still intends to make his promise. To release him from his promise, therefore, requires some additional justification: the coerced promisor does intend to promise, so why should his promise not be binding ? Modern law increasingly answers this by saying that some forms of coercion or duress are 'legitimate' and some are 'illegitimate'. Illegitimate coercion invalidates a consent or promise, even though it was intended by the promisor to be serious promise. Of course, once the language of 'legitimacy' comes to be used in connection with threat, it is hard to continue to proclaim that the law is being 'neutral'. To select between legitimate and illegitimate threats means that the law is being used to favour those able to make certain kinds of threats, and to discriminate against those not permitted to make other kind of threats. On this view, it may even be arguable that the law discriminates in favour of the intelligent and strong, because threats of violence are not 'legitimate', whereas the use of skill in bargaining is permissible" (Atiyah, *Essays*, pp. 130-131).

³⁰³ דומה כי השתקפות מעניינת לתובנה זו משוקעת בעילת הכפייה שבחוק החוזים הישראלי. עילת הכפייה קובעת כי לא כל כפייה מזכה את הנכפה ביכולת לבטל את החוזה אלא דווקא כפייה שנעשתה על ידי הצד שכנגד "או אחר מטעמו". אם הכפייה באה מצד גורם שלישי המחוסר כל קשר לצד שכנגד לא יהיה זכאי הנכפה לבטל את החוזה

להבחין בין סוגים שונים של כפייה על פי התוכן החוזי ולא על פי תהליך הכריתה. לאמור, חוזה אשר תוכנו מיטיב עם אינטרס הנכפה (או למצער מיטיב עם אינטרס הקבוצה החברתית המאפיינת את הנכפה) יוכר כתקף, ואילו חוזה אשר תוכנו מרע עם אינטרס הנכפה (או למצער עם אינטרס הקבוצה החברתית המאפיינת אותו) יוכר כבלתי תקף. בכך, אפוא, מציע קרונומן לנטוש את המבחן התהליכי לתקפות החוזה הכפוי ולהציב תחתיו מבחן תוצאתי³⁰⁴.

ממוצא דברים אלו נלמד כי הניסיון לעצב מדיניות משפטית בסוגיית החוזה הכפוי על פי מבחן הסכמתם החופשית של הצדדים מלאכה קשה וסבוכה היא, ואל יתמה בעיניך המבקש להעמיד את החוזה הכפוי בפני מבחן הגינות תוכנו, לאו דווקא בפני מבחן תקינות תהליך כריתתו. אם נעלה קביעה זו לדרגת הפשטה גבוהה יותר נאמר: הצדק החוזי יכול שיוגשם על ידי מאפייניו התהליכיים כדרישת הגישה הליברלית, יכול שיוגשם על ידי צירוף מאפיינים תהליכיים ומהותיים, ויכול אף שיוגשם על ידי דומיננטיות (שלא לומר בלעדיות) של המאפיינים התוצאתיים המבטיחים את הגינות תוכן החוזה ושקילות תמורותיו. לא הקדמנו הקדמה תיאורטית זו אלא כדי שתסייענו בדיון אודות תפיסות הצדק החוזי שהובעו במשנה ובתלמוד בשאלת מעמדו של החוזה הכפוי.

4.3 החוזה הכפוי במקורות המשנה

דומה בעינינו כי המשנה ראתה בהיעדר רצונו החופשי של הניצע-הנכפה סיבה מספקת לשלילת תוקפו של החוזה הכפוי. קודם לדרישה כי תוכנו של חוזה יהיה סביר וכי מחירו לא יקפח באונאתו את הצד שכנגד, באה הדרישה כי החוזה ישקף את רצונם החופשי ואת גמירת דעתם המוסכמת של הצדדים, ומכאן נפסדותו המשפטית של החוזה הכפוי.

אמנם דברים מפורשים מעיין אלה לא נמצאו בעניין זה במשנה, ולמעשה אין בה כל התייחסות ישירה לשאלת מעמדו של החוזה הכפוי, אך על יחסה לחוזה הכפוי ניתן ללמוד מתוך התייחסותה למקרים ספציפיים של כפייה: סיקריקון, גט מעושה וכפייה על הקרבן. וכך מספרת לנו המשנה המפורסמת בפרק הניזקין:

”לא היה סיקריקון ביהודה בהרוגי המלחמה.

מהרוגי המלחמה ואילך יש בו סיקריקון. כיצד? לקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעל הבית

– מקחו בטל; מבעל הבית וחזר ולקח מסיקריקון – מקחו קיים.

(ראה, למשל, ע"א 16/80 לולו נ' סלומון, פד לז (4), עמ' 70, 75. נציין כי סייג זה אינו מקובל בקוד סיביל הצרפתי סעיף 1111; ראה גם סעיף 175 לריסטיטמנט האמריקאי, הערה e). וכל כך למה? אם אכן זכות הביטול נשענת על היעדר רצוניות הנכפה מה לי אם הכפייה באה מן הצד שכנגד מה לי אם היא באה על ידי צד ג' שאינו קשור עמו? לדעת שלו הדבר נובע מתוך רצון המחוקק להפריד בין רמות שונות של אי-מוסריות הכפייה. אינו דומה הפגם המוסרי שבכפייה הבאה ישירות על ידי הצד שכנגד (או אחר מטעמו) לפגם המוסרי שבכפייה הבאה על ידי צד ג' בלא שהצד הנהנה מן הכפייה ידע על קיומה כלל ועיקר; זאת על אף שאי רצוניותו של הצד הנכפה שווה היא בשני מקרים אלו (שלו, עמ' 236-237). להסבר שונה של סייג זה ראה פרידמן וכהן, עמ' 961; מ' דויטש, 'החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה', עיוני משפט טז (תשנ"א), עמ' 35, 38. לדיון מקביל ראה ערוך השולחן, חו"מ, רה, ז, והשווה לש"ך, חו"מ, רה ס"ק יא.

³⁰⁴ קרונומן, עמ' 484 ואילך. מבחן זה זכה על ידי קרונומן לכינוי 'עקרון הפרטיאניזם' על שם עקרון פרטו. נעיר כי במשפט האמריקאי קיימת השתקפות מסוימת לעקרון זה. במידה וצד לחוזה מקפח כופה את הצד שכנגד לאזן את החוזה ולהפכו לסביר ולשקול, ישקול המשפט האמריקאי את הכרתו בתקפות כפייה זו. הכרה זו תעשה מכוח מאפייני תוצאותיה של הכפייה ולא מכוח מאפייני תהליכי היווצרותה (על כך ראה לעיל הע"ש 292).

לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה – מקחו בטל; מן האשה וחזר ולקח מן האיש – מקחו קיים.

זו משנה ראשונה. בית דין של אחריהם אמרו: הלוקח מסיקריקון נותן לבעלים רביע. אימתי? בזמן שאין בידן ליקח. אבל יש בידן ליקח, הן קודמין לכל אדם.

רבי הושיב בית-דין ונמנו, שאם שהתה בפני סיקריקון שנים-עשר חודש – כל הקודם ליקח זוכה, אבל נותן לבעלים רביע³⁰⁵.

המונח 'סיקריקון' איתגר פרשנים רבים אשר הנהירו אותו בדרכים שונות³⁰⁶. רש"י, למשל, פירש כי הסיקריקון הנו "עובד כוכבים רוצח שנותן לו ישראל קרקע בפדיון נפשו ואומר לו שא קרקע זו ואל תמיתני"³⁰⁷. לדידנו לא חשוב אלא כי בסיטואציה זו אדם לוקח קרקע תוך הסתמכות על הסכמתו המאולצת של בעל הקרקע, העושה כן מחמת שהוא חס על נפשו יותר משהוא חס על נכסיו. אין צריך לומר כי משנה זו פותחת בפנינו צוהר היסטורי מרתק אל עולמם הסוער של יהודים בעידן כיבושים ומלחמות, ו"כשאתם נכנסים למשנה – אל נא תקמטו את מצחכם. עברו בין הפרקים בנחת, כמי שעובר בין חרבות ערים עתיקות... ואמרו: האין אתם רואים לפניכם חיי מעשה של אומה שלמה, שנתאבנו לכל תגיהם ופרטיהם בתוך כדי מהלכם?"³⁰⁸. אך אנו נתיר לעצמנו להתנתק מן העושר ההיסטורי החבוי אחר קלעיה של משנה זו, ונתמקד בתוצאותיה המשפטיות המדוייקות. על פי המשנה חפצו של הסיקריקון בקרקע התעורר מחמת שהוא ביקש למכור אותה לצד ג' ולשלשל לכיסו את הרווחים. בהקשר מעשהו של הסיקריקון מתעוררות שתי שאלות משפטיות מרכזיות: מעמד הקרקע בידי הסיקריקון ומעמדה בידי הקונה מן הסיקריקון.

מספר תקופות מציינת המשנה בגלגולי דינו של הסיקריקון: 'הרוגי מלחמה', 'מהרוגי מלחמה ואילך', 'בית-דין של אחריהם' ו'בית-דינו של רבי'. הבה ונבחן את המשמעויות המשפטיות של קניית הקרקע בכל תקופה ותקופה, ונצעד מן הסוף להתחלה. בשתי התקופות המשפטיות האחרונות זכאי הקונה לרכוש את הנכס מן הסיקריקון, תוך פיצוי סימלי של בעל הנכס, וזאת בהתעלם מזכויות הבעלות של בעל הנכס על הקרקע הנידונה. אין ספק כי שתי תקופות אלו מבוססות על תקנות חכמים החורגות מדיני הקניין הרגילים, שהריהן מקפחות, לכאורה, את זכות הבעלות של הבעלים הראשונים, אשר נאלץ לתת מרכושו בלא קבלת תמורה. טעם תקנות אלו בהעדפת הענקת תוקף משפטי לרכישת הקונה מאת הסיקריקון ובלבד שהקרקע תצא מידי הסיקריקון ותחזור לידי ישראל, ואפילו יהיה זה קונה אחר שאינו בעל הנכס עצמו³⁰⁹.

לעומת זאת, התקופה השניה, אותה מכנה המשנה 'משנה ראשונה', אכן משקפת את ההכרה במלוא זכויות הבעלות של בעל הנכס על הקרקע הנידונה, וכן את האבחנה בין מכירה רצונית ובין מכירה כפויה. בתקופה זו - תקופת 'הרוגי מלחמה ואילך' - קובעת המשנה כי נהג דין סיקריקון,

³⁰⁵ משנה, גיטין, ה, ה.

³⁰⁶ לביאור משמעו של המונח 'סיקריקון' ולתיאור תשתיתה ההיסטורית של תופעה זו ראה ערוך השלם, ערך: סקר; א' הלוי, **דורות הראשונים כרך ג** (ירושלים, תשכ"ו), עמ' 127; ש' ליברמן, **תוספתא כפשוטה ח** (ניי, תש"ג) עמ' 841; א' גולאק, 'סיקריקון, **תרביץ ה** (תרצ"ד), עמ' 23; ש' ספראי, **בימי הבית ובימי המשנה כרך א** (ירושלים, תשנ"ד), עמ' 259 (ובמקורות המצויינים שם בהע"ש 1); ש' שילה, **דינא דמלכותא דינא**, (ירושלים, תשל"ה) עמ' 41.

³⁰⁷ רש"י, גיטין נה, ב, ד"ה ילא היה.

³⁰⁸ ח' נ' ביאליק, 'הלכה ואגדה', בתוך **כל כתבי ח"נ ביאליק** (תל-אביב, תש"ד), עמ' רכז.

³⁰⁹ ראה ש' ליברמן, **תוספתא כפשוטה ח** (ניי, תש"ג), עמ' 843, וכן להלן ליד הע"ש 317.

אותו בארה המשנה כאבחנה בין מצב בו צד ג' קונה את הקרקע מן הסיקריקון ולאחר הוא קונה אותה שוב מבעל הנכס ובין מצב בו צד ג' קונה את הקרקע מבעל הנכס ולאחר הוא קונה אותה שוב מן הסיקריקון; במצב הראשון הרכישה בטלה ובשני תקפה. הגיון אבחנה זו ברור ומחורר: רכישה שביצע הקונה מבעל הנכס קודם שהוא בא בדברים עם הסיקריקון מלמדת כי בעל הנכס אכן חפץ היה למכור לו את הנכס ועל כן מכירה זו רצונית ותקפה, אך רכישה שביצע הקונה מבעל הנכס אחר שהוא בא בדברים עם הסיקריקון אינה יכולה ללמד על רצוניתו האוטנטית של בעל הנכס, שכן ייתכן ולא הסכים בעל הנכס למבוקשו של הקונה אלא מחמת הפחד שהטיל עליו הסיקריקון³¹⁰. דין סיקריקון מבחין, אפוא, בין קניית הנכס מבעליו בהסכמה חופשית ובין קנייה המתבצעת תחת איומי הסיקריקון, והנו מבטא היטב את מבחן גמירת דעתם החופשית של הצדדים בו צריך לעמוד החוזה.

נוסיף ונעיר כי האמוראים חשו היטב בסתירה הקיימת בין תפיסה זו של המשנה, המכירה בבטלותו של החוזה הכפוי, ובין תפיסתו של האמורא רב הונא, המכיר בתקפותו של החוזה הכפוי³¹¹. מכוח סתירה זו הם נטו להעמיד את משנת סיקריקון באוקימתא דחוקה, אשר תהפוך אותה על פניה בדרך המתיישבת עם עמדתו של רב הונא. על פי סוגיית בבא בתרא לא התכוונה משנת סיקריקון לשלול את תוקפה של רכישת הקרקע מבעל הנכס תחת איומי הסיקריקון אלא באם היא נעשתה בדרך חריגה המעוררת חשד כי המוכר כלל לא גמר בדעתו למכור את הנכס – לחד מאן דאמר אם המכר נעשה בעל פה ולא בשטר, ולאידך מאן דאמר אם הקונה לא נתן למוכר כל תמורה כספית – אך באם המכר נעשה בדרך רגילה ורגילה ושגרתית תהא הקנייה תקפה אף אם היא הושגה תחת איומי הסיקריקון³¹². אך אם נבאר את משנת סיקריקון על פי פשטה נמצא כי המדובר ברכישת צד ג' את הקרקע מאת בעל הנכס המלווה במתן תמורה, ומסתבר אף שייתכן והיא באה בכתב, ולמרות זאת אין רכישה זו תקפה בתקופה השניה באם יש חשד כי היא נעשתה תחת איומי הסיקריקון³¹³. התקופה השניה משקפת, אפוא, את תמצית האבחנה התנאית בין התקשרות חוזית רצונית ובין התקשרות חוזית כפויה.

לאור זאת כיצד יש להבין את הבסיס המשפטי של האמור במשנה לגבי התקופה הראשונה – תקופת 'הרוגי המלחמה' ? לגבי תקופה זו קובעת המשנה כי "לא היה סיקריקון ביהודה", אך היא לא פירשה את כוונתה – האם כוונתה לציין עובדה היסטורית או להגדרת נורמה משפטית ? אין הדבר מסתבר כי כוונת המשנה לקבוע מבחינה היסטורית כי בזמן הרוגי המלחמה לא היו הסיקריקון לוקחים קרקעות תחת איומים, ודומה יותר כי כוונתה לקבוע מבחינה משפטית כי דין סיקריקון לא נהג בתקופה זו. דבר זה התפרש בתוספתא, אשר קבעה לגבי התקופה הראשונה כי "ארץ יהודה אין בה משום סיקריקין"³¹⁴, וכך גם הסיק לגבי המשנה האמורא רב יהודה, אשר

³¹⁰ בתוספתא הובא דין זה בהיפוך גמור: קנה מן הסיקריקון ואחר כך מבעל הבית – תקף; קנה מבעל הבית ואחר כך מן הסיקריקון – בטל. ליברמן (תוספתא כפשוטה ח (ני"י, תשל"ג), עמ' 842) ניסה להסביר את הגיון נוסח זה, אך העיר כי על פי חלק מכתבי היד יש להתאים את דין התוספתא לאמור בדין המשנה, והוא העלה את האפשרות כי טעות סופר נפלה בכתבי היד שדינם הפוך מן האמור במשנה. ראה גם ספראי (הני"ל בהע"ש 306), עמ' 261-262.

³¹¹ קושיית רב המנונא, בבא בתרא מח, א.

³¹² בבא בתרא מח, א.

³¹³ קביעה זו עולה גם מתוך השוואת דברי רב ושמואל כפי שהנם מופיעים בגיטין נח, א עם הדרך בה מביאם התלמוד בבא בתרא מח, א. על כך ראה צ' דור, תורת ארץ ישראל בבבל (תל-אביב, תשל"ב), עמ' 247-248.

³¹⁴ תוספתא, גיטין, פרק ג הלכה יד.

קבע: "לא דנו בה דין סיקריקון קאמר"³¹⁵. נמצאנו למדים כי האבחנה המשפטית שנהגה בתקופה השנייה, בין רכישת צד ג' מבעל הנכס תחת איומי הסיקריקון ובין רכישה החופשית מאיומי הסיקריקון, לא נהגה בתקופה הראשונה, ובתקופה זו כל רכישה שביצע הקונה מאת הסיקריקון הייתה תקפה, בלא תלות בשאלה האם הקונה רכש את הנכס מבעליו קודם שהוא רכשו מן הסיקריקון או לאחריו. נשוב ונשאל, אם כן, מהו הבסיס המשפטי של דין זה שנהג בתקופה הראשונה? כיצד קניית צד ג' מבעל הנכס, אשר יש חשש כי היא נעשית תחת איומי הסיקריקון, יכולה שתהיה תקפה? המשנה עצמה סתמה את הדבר, אך אם נעמיק ונעיין נמצא כי לתוספתא ולירושלמי דרך פרשנית השונה במהותה מדרכו הפרשנית של הבבלי. על האמור במשנה לגבי התקופה הראשונה הוסיפה התוספתא נימוק: "מפני ישוב המדינה"³¹⁶. לדעת התוספתא, אפוא, תוקף רכישת הקרקע המתבצעת תחת איומי הסיקריקון אינה מעיקר הדין אלא מתקנה, ואין התוספתא מבארת את פשרה. הירושלמי הוא אשר העניק לתקנה זו את הפשר הבא: "בראשונה גזרו שמד על יהודה... והיו הולכין ומעבדין בהן ונוטלין שדותיהן ומוכרין אותן לאחרים והיו בעלי בתים באין וטורפין והיתה הארץ חלוטה ביד סיקריקון. נמנעו מליקח, התקינו שלא יהא סיקריקון ביהודה..."³¹⁷. טעם התקנה, לדעת הירושלמי, הנו אפוא זה: הסיקריקון לקחו את השדות כדי שיוכלו למכור אותם ליהודים אחרים ברווח נקי. אכן נמצאו קונים לקרקעות אלו, אך מאחר ומעיקר הדין יכלו הבעלים הראשונים לשוב ולקחת מן הקונים את קרקעותיהם נוצר מצב בו הפסיקו הקונים לרכוש את הקרקע מידי הסיקריקון, וכך הצטברו קרקעות רבות בידי הסיקריקון. חכמים העדיפו כי הקרקעות יהיו בידי ישראל, ואפילו בידי מי שאינו ראוי מבחינה משפטית להיות בעליהם, ובלבד שהם לא יוותרו בידי הסיקריקון. לשם כך תיקנו חכמים כי הרוכש מן הסיקריקון רכישתו תהא תקפה ולא יוכל בעל הבית לגבות ממנו את נכסיו. מתקנה זו נלמד כי מעיקר הדין אין תוקף למעשי הקונה שכן מעשה רכישתו לא עומד במבחן רצוניותו של בעל הנכס. על פי קו חשיבה זה לאחר תקופת המלחמה בוטלה התקנה וחזר לחול דין סיקריקון המקורי, המבחין בין מכירה רצונית של הנכס ובין מכירה כפויה.

לא בדרך זו פירש הבבלי את המשנה ואין תמה בדבר, שהרי הבבלי פוסק כרב הונא (עליו נרחיב בהמשך) הקובע כי מכירה בכפיה מכירה תקפה היא, ועל כן נקודת מבטו של הבבלי על המשנה שונה היא ביסודה. בהסבירו את התקופה הראשונה המופיעה במשנה לא מזכיר הבבלי את התקנה המופיעה בתוספתא ובירושלמי, ולדידו הדין שבתקופה זו הנו מדינאי ולא מתקנתא. הבבלי מסביר כי בתקופה הראשונה איומי הסיקריקון היו ממשיים שכן המלכות דרבנה את הסיקריקון במעשיהם על ידי שגזרה "כל דלא קטיל" (ישראל כל היכא דמשכח ליה - רשי"י) - ליקטלוהו", ומשהיו איומו של הסיקריקון ממשיים נכונו בעלי הקרקעות להעביר את הבעלות לידי הסיקריקון ובלבד שהוא יניח להם, ו"אגב אונסיה גמר ומקני"³¹⁸. רק לאחר שגזרה המלכות כי "כל דקטיל - ליקטלוהו" חשו בעל הקרקעות בטוחים מפני איומי הסיקריקון וידעו כי איומיהם איומי סרק הם, ובשל כך

³¹⁵ גיטין נה, ב.

³¹⁶ בערת שוליים נעיר כי בעקבות דברי התוספתא, המנמקים את דין המשנה בתקנת יישוב המדינה, מתבהר גם שיקול מיקום משנה זו בפרק 'הניזקין', שהרי פרק זה מוקדש בחלקו למספר תקנות שתוקנו 'מפני תיקון העולם' (ראה חידושי הרמב"ן, גיטין, נו, ב; חידושי הרשב"א, שם, נה, ב; ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה ח (נ"י, תשל"ג), עמ' 842).

³¹⁷ ירושלמי, גיטין, פרק ה הלכה ז.

³¹⁸ התלמוד ממשך ומתאר כי גם כאשר המלכות גזרה כי אסור להרוג יהודים אך הטילה על הריגתם עונש כספי בלבד - 'ארבע זוזי' - לא נרתעו הסיקריקון מהריגת בעלי הקרקע, ואיומיהם נותרו ממשיים.

לא גמרו בעלי הנכס בדעתם לוותר על זכויות בעלותם ו"אמרי: האידנא לישקול למחר תבענא ליה בדינא". על כן הרוכש מן הסיקריקון בתקופה השניה מחויב היה זו לרכוש קודם לכן את הנכס מבעליו כדין. אליבא דפירוש הבבלי מיוסדת אפוא המשנה על העיקרון ההפוך, הגורס כי חוזה כפוי תקף הוא. אך דומה כי פירוש זה של הבבלי משקף את הכרעתו כעמדת רב הונא, לה נקדיש את דברינו בהמשך, ולא את פשטה של המשנה עצמה. הראשונים ניסו, אמנם, ליישב בדרכים שונות את התקנה המופיעה בתוספתא ובירושלמי עם הסבר הבבלי למשנה³¹⁹, אך נראה כי הסברים אלו באילוץ יסודם, ועל כך עמד הרשב"א באומרו: "ואף על פי שנראה מן התוספתא ומן הירושלמי שאמרנו שהתקנה הייתה למשנה ראשונה שאמרו שלא יהא סיקריקון ביהודה, אפילו כן נראה לי שזה שלא כדרך מה שאמרו בגמרא, דהא מדקאמרין בגמרא קמייתא ומציעתא אגב אונסיהו גמרי ומקנו, משמע דמדינא קנו ולית בה דין סיקריקון. ואנו אין לנו אלא כגמרתינו"³²⁰. סוף דבר: מפשטה של המציעתא במשנת סיקריקון נלמד כי לדידה של משנה זו מעיקר הדין צריך המכר להיות מבוסס על גמירת דעתו החופשית של בעל הנכס, ואם היא תושג תחת איומים היא תביא לבטלות מעשה המכר.

אמנם קיימים שני מקרים מוגדרים בהם מכירה המשנה בתקפותה של התקשרות דמוי-חוזית הנעשית בדרך כפיה, אך דומה כי דווקא היות שני מקרים אלו בבחינת יוצאים מן הכלל היא שמלמדת שוב על אי הכרתה העקרונית של המשנה בתוקף החוזה הכפוי. המאפיין את שני המקרים בהם נדון להלן הוא ראיית ההלכה ערך כבד-משקל ביציאתן לפועל של התקשרויות אלו, ואפילו במחיר שימוש באמצעי כפיה. הערך שהיא מייחסת להגשמתן של התקשרויות אלו מביא את חכמי המשנה להסכים ולקבל פיחות מסוים בדרישת הבעת הרצון החופשי של המתקשר, ולהעניק במקרים אלו תוקף לחוזה שההסכמה לו באה בכפיה. הווי אומר: "במקום שיש מצווה לכופ את האדם לפעולה דתית או משפטית... עלינו להניח ולומר שהאדם משעבד את רצונו לרצון התורה והחכמים, ואף על פי שלמעשה אין אנו יודעים אם באמת בטל רצונו מפני רצון התורה והחכמים"³²¹. זאת ועוד; כפי שניווכח בשני מקרים אלו רצון האדם משמש רכיב במכלול ריטואלי ודרישת קיומו הנה דתית יותר משהנה חברתית, ומסתבר כי אף גורם זה תורם ליתר נכונותם של חז"ל להכיר במקרים אלו בתוקפו של הרצון הבא מחמת כפיה. מכאן כי שונים הדברים לחלוטין במקרים של חוזים מסחריים רגילים, בהם ההלכה אינה רואה ערך מיוחד בכריתת החוזה יותר מאי כריתתו ואשר בהם דרישת הרצון מעוגנת בהגיון חברתי ברור. החרג הראשון הנו מקרהו של הגט המעושה. וכך למדנו במשנת גיטין:

"גט מעושה: בישראל – כשר, ובעובדי כוכבים – פסול."

ובעובדי כוכבים חובטין אותו ואומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך (וכשר)³²².

הגט המעושה הנו גט המושג על ידי כפיית הבעל לגרש את אשתו. כידוע, גט צריך שינתן ברצונו של הבעל, ואין גט הניתן בעל כורחו יכול לשכלל את גירושי בני הזוג זה מזה, שכן "אינו דומה האיש

³¹⁹ הדבר נעשה על ידי ייחוס תקנת התוספתא לסיפת המשנה אך לא לתחילתה. ראה, למשל, חידושי הרמב"ן לסוגיה וכן חידושי הרשב"א וחידושי הריטב"א. ראה גם דרכם של פירושי יחזון יחזקאל וימנחת ביכורים לתוספתא.
³²⁰ חידושי הרשב"א, גיטין נה.ב. גם הרמב"ן הוסיף והעיר בחתימת דבריו כי פירושו אינו עולה עם פירושו של הגאונים לסיפא של המשנה, והדבר נובע, כאמור, מפאת ניסיונו של הרמב"ן ליישב בדוחק את לשון המשנה עם תקנת התוספתא והירושלמי.

³²¹ ש"י אטלס, **נתיבים במשפט העברי** (ני"י, תשל"ח) עמ' 291.

³²² משנה, גיטין, פרק ט, משנה ח. המילה 'וכשר' ליתא בכתבי יד רבים (ראה דקדוקי סופרים), אך מסתבר כי גם בהיעדרה משמעות דברי המשנה היא כי כפיה על ידי עכו"ם הנעשית בשם ישראל הנה לגיטימית.

המגרש לאשה המתגרשת, שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו"³²³. היאך אפוא תקף הגט המעושה והלוא הוא הושג באמצעות כפיה מובהקת? האם רשאים אנו להפיק מכאן את הכלל כי רצון שהושג בכפיה – רצון הוא, ומכאן גם כי חוזה כפוי – תקף הוא? מן המשנה עולה כי התשובה לכך שלילית ואין הכפיה יכולה ליצור רצון מספיק אצל הבעל המגרש. לו היה הרצון הנוצר מחמת הכפיה מספיק לשם כך, לא הייתה סיבה מוצדקת להבדיל בין גט המעושה על ידי ישראל ובין גט המעושה על ידי עובדי-כוכבים; הרצון המושג על הכפיה אחד הוא, לכאורה, בין אם הכופה הנו בן ברית ובין אם לאו. אבחנה זו מלמדת כי גט המעושה על ידי ישראל הנו חריג הנועד להסדיר מצבים ספציפיים בהם בית הדין היהודי מכריע כי הערך שבהפרדת הזוג שלפניו גובר על הערך שברצוניות הגט, ורק במקרים חריגים אלו הוכר הרצון המושג מחמת הכפיה כרצון מספיק המעניק את התוקף הרצוי לגט. אכן, התלמוד עצמו העיר והקשה כי אבחנה זו שבין עישוי על ידי ישראל ובין עישוי על ידי עכו"ם אינה מתיישבת על פי דרכו של רב הונא (בשיטתו נדון להלן) הסובר כי חוזה כפוי תקף הוא, שהרי על פי דרכו של רב הונא מן הראוי היה כי גם במקרה של עישוי על ידי עכו"ם "נימא אגב אונסיה גמר ומגרש"³²⁴.

קביעה זו תתחזק לאור דבריו של האמורא רב נחמן בשם שמואל, המוסיף ומבחין בסוגיה זו בין מצבים בהם ההלכה מעוניינת בהשגת הגט הנידון³²⁵, ובין מצבים שאין ההלכה מעוניינת בהשגתו:

"גט המעושה בישראל כדין כשר, שלא כדין פסול ופוסל, ובעובדי כוכבים כדין פסול ופוסל שלא כדין אפילו ריח הגט אין בו".

לו הכפיה הייתה דרך אפשרית להשגת רצון הנכפה ולהענקת תוקף לחוזה הכפוי לא היה מקום, לכאורה, לאבחנה בין גט המעושה כדין ובין גט המעושה שלא כדין, שהרי בזה כמו בזה הושג רצונו של הנכפה ואפילו מחמת הכפיה הושג. האבחנה התנאית בין עישוי על ידי ישראל ובין עישוי על ידי עכו"ם והאבחנה האמוראית בין עישוי כדין ובין עישוי שלא כדין מלמדות אפוא על אי תקפותה העקרונית של הכפיה כדרך להשגת כריתת חוזה, למעט חריגים היוצאים מכלל זה.

נציין כי דרך אמוראית נוספת הייתה בפירוש המשנה. לדעתו של רב משרשיא:

"דבר תורה גט מעושה בעובדי כוכבים כשר, ומה טעם אמרו פסול? שלא תהא כל אחת ואחת הולכת ותולה עצמה בעובד כוכבים ומפקעת עצמה מיד בעלה"³²⁶.

דומה, אפוא, כי לדידו של רב משרשיא עצם הכפיה יכולה גם יכולה להפיק גט תקף, ואין פסילת תוקפו של עישוי על ידי עכו"ם באה אלא מחמת שיקול חברתי שאינו מעיקר הדין. על פי רב משרשיא אבחנת המשנה בין עישוי ישראל ובין עישוי עכו"ם אינה מעיקר הדין, ומעיקרו של הדין שוות שתי דרכי כפיה אלו. האם מתוך דבריו נלמד כי עקרונית חוזה כפוי תקף הוא? לדעת סוגיית התלמוד במסכת בבא בתרא התשובה לכך חיובית, ואכן היא בוחרת ליישב את שיטת רב הונא עם

³²³ משנה, יבמות, פרק יד, משנה א.

³²⁴ בבא בתרא מח, א. בתירוץ התלמוד לקושיה זו נדון להלן.

³²⁵ למשל, כגון אם הבעל נעדר זכות לשאת את האשה אך לא נעדר כוח לכך (חיבי לאוין שקידושיהן אסורים אך תקפים), אז חובה עליו לגרש את אשתו.

³²⁶ גיטין פח, ב.

דין העישוי שבמשנת גיטין על ידי אימוץ פרשנותו של רב משרשיא³²⁷. נציין כי סוגיית התלמוד במסכת גיטין דחתה את הסברו של רב משרשיא שכן "הא דרב משרשיא – בדותא היא".

כיוצא בדבר אתה מוצא בדיני הקרבנות. לעיתים נמנע האדם מלממש את חיובו בהבאת הקרבן, ולגבי סוגי קרבנות מסוימים קובעת המשנה כי יש לכפות את האדם עד שיתרצה ויביא את קורבנו:

"חייבי ערכין ממשכנין אותן, חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותן, חייבי עלות ושלמים ממשכנין אותן, אף על פי שאין מתכפר לו עד שיתרצה, שנאמר 'לרצונו', כופין אותו עד שיאמר רוצה אני"³²⁸.

אף דין זה יוצא הוא משורת הכלל, וטעמו בערך הרב שיש במימוש חובת הבאת הקרבן, הגובר על ערך הבעת הרצון האותנטי של בעל הקרבן, זאת בדומה לאמור לעיל בדיני גיטין³²⁹. אכן דין זה נזקק למקור ייחודי בכתובים³³⁰, ואף התלמוד ציינו כחריג שאין להסיק ממנו אודות הכלל^{331 332}.

מסתבר, אם כן, כי המשנה לא הכירה בתוקפו העקרוני של החוזה הכפוי. חריגים לקביעה זו אמנם היו; בהתקשרויות שבהן ההלכה ראתה ערך בהגשמתן, כדוגמת גיטין מסוימים, הבאת קרבנות מסוימים והעברת קרקעות מידי גויים אלמים לידי ישראל, היא הייתה נכונה להפחית את דרישת הרצון ולהשתמש בכפיה לשם השגת התוצאה הרצויה – אך אין חריגים אלו אלא מלמדים על הכלל הגורס כי החוזה הכפוי הנו בעיקרו חוזה בטל. הקפדתה של המשנה כי התוכן החוזי יהיה סביר וכי המחיר החוזי יהיה מאוזן לא באה כתחליף לדרישתה כי הליך כריתת החוזה יעשה בהסכמה חופשית. הווי אומר: השאיפה להגשמת עקרון הצדק החוזי המהותי באה עם השאיפה המקבילה לשמירת הצדק התהליכי בשלבי הכריתה.

³²⁷ בבא בתרא מח, א. וראה שם תוס' ד"ה 'דבר תורה' שניסה ליישב על פי דרכו את שיטת רב הונא גם אם ההסבר החולק על רב משרשיא.

³²⁸ משנה, ערכין, פרק ה, משנה ו.

³²⁹ ואכן המשנה עצמה עומדת על הקרבה הרבה שבין דין עישוי גיטין ובין דין מישכון קרבן, המהווים, למעשה, חריג בנוף ההלכתי: "וכן אתה אומר בגיטין נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני".

³³⁰ ראה תורת כהנים, פרשתא ג, וכן ברייתא המובאת בערכין כא, א.

³³¹ בבא בתרא מח, א.

³³² בעצרת שוליים נעיר כי לסדרת חריגים זו דוגמה נוספת, אם כי הנה באה בדברי האמוראים. כידוע, שנת השמיטה משמטת אמנם את חובות הלווים, אך אין הדבר סותר את הגולל על יכולתו של הלווה להתעקש בשביעית על החזרת חובו למלווה: "המחזיר חוב בשביעית יאמר לו 'משמיט אני'. אמר לו 'אף על פי כן' יקבל ממנו שנאמר 'וזה דבר השמיטה'" (משנה, שביעית, יח). על דברים אלו הוסיף רבא ואמר: "ותלי ליה עד דאמר הכי" (גיטין לו, ב). כך על פי רוב הגירסאות, ועל פי חלקן - רבה). דומה כי פשוטם של דברים הולמים יותר את פירושיהם של רש"י והערוד, אשר פירשו תליה זו כך: "אם היה רוצה לחזור בו יתלנו על עץ אם גבר ידו עד דאמר ליה אף על פי כן" (רש"י, ד"ה 'ותלי ליה'. וראה הערוך, ערך: תל). הראשונים האחרים, אשר פירשו כי אין הכוונה לכפיה פיזית של המלווה אלא לרמיזה בעלמא, פירשו כך מחמת שכפיה זו סתרה לדעתם את דין 'לא יגוש' (ראה, למשל, רא"ש, גיטין, פרק ד אות יט. לתירוץ שיטת רש"י ראה, למשל, תוס' רי"ד; תפארת יעקב, גיטין לדף לו, ב; ברכת אברהם, גיטין, עמ' רכא). דברי רבא על פי פירושי רש"י והערוד קשים, שכן אף אם נפסוק כרב הונא האומר שתליוהו וזבין זביני זביניה, הרי שכפיה על החזרת חוב בשביעית דומה לכפיה על חוזה ללא תמורה יותר מאשר לכפיה על חוזה מכר עם תמורה, וכפי שניווכח להלן במידה ואין הכפיה מלווה במתן תמורה אף רב הונא אינו מעניק תוקף לחוזה הכפוי (אכן דומה שרב הונא עצמו לא המליץ על כפיה להחזרת חוב בשביעית – ראה ירושלמי, שביעית, פרק י הלכה ג). מהו, אפוא, טעמו של רבא? דומי כי לא נטעה אם נקבע כי טעמו של רבא נעוץ במשנה אחרת במסכת שביעית, הגורסת כי: "המחזיר חוב בשביעית רוח חכמים נוחה הימנו" (משנה, שביעית, יט). החזרת חוב בשביעית, במידה והדבר בתחום יכולתו הכלכלית של הלווה, הנה אפוא בעלת ערך חיובי בעיני חכמי המשנה, ומוסד הפרוזבול מהווה, כמוכר, אף הוא עדות נוספת לכך. רבא נכון, אם כן, להקל עם דרישת גמירת דעתו של הלווה, וזאת לשם הגשמת ערך החזרת החוב בשביעית. צא ומצא כי אכן רבא אינו מביע עמדתו בדרך קזואיסטית לגבי מקרה בו כפה המלווה את הלווה, אלא הנו מביע עמדתו בדרך של הוראה לכתחילה. זוהי, אם כן, דוגמה נוספת לכוננות חז"ל להקל עם ערך הבטחת רצונית הפעולה לשם הבטחת הגשמתה של תוצאה רצויה זו.

קודם שנעבור לסעיף הבא נוסיף ונעיר כי באופן מפתיע הדים למדיניות זו נשתמרו במדרשים מאוחרים, וזאת חרף פסיקת התלמוד כרב הונא אשר מיסד את ההכרה בתוקפו של חוזה המכר הכפוי. מדרשים אלו התייחסו לאמור בפתיחת פרשת 'חיי-שרה', המספרת את פרשת רכישת מערת שדה המכפלה. כידוע, ברצותו לקנות מערה זו פנה אברהם לבני-חת ואמר: "אם יש את נפשכם לקבור את מתי מלפני שמעוני ופגעו לי בעפרון בן צוחר"³³⁵. פסוק זה אינו מתייחס אמנם לשלב המכירה אלא לשלבים המוקדמים ביותר של המשא ומתן, אך במדרש הגדול ובמדרש הבאור הסיקו מפסוק זה כי המכירה צריכה שתהא ברצון המוכר ואין הקונה יכול לכפותה עליו:

"אם יש את נפשכם" – ברצונכם, לא בעל כורחכם. מכאן אמרו אנוס שמכר אין ממכרו קיים"³³⁴.

ברוח זו הסיק רס"ג בפירושו לספר בראשית כי "אמר 'אם יש את נפשכם', דהיינו ברצונכם והוא בהסכם עם ההלכה שכל מקח וממכר ופשרה שהוא באונס וכפיה הוא נפסד"³³⁵. אם כך היא הלכה – בכך יש להטיל ספק, אך אין ספק כי דבריו של רס"ג אכן משקפים את האמור במדרשים הנ"ל, ולדעתנו אף את העולה מתוך המשנה עצמה³³⁶.

4.4 מתנגדי דעת רב הונא ומצמצמיה

תמונת עולם זו, על פיה החוזה הכפוי הנו בטל בעיקרו, השתנתה עם קביעתו החדה והברורה של רב הונא, אשר קבע כי חוזה מכר הנכרת תחת כפיית הקונה את המוכר – חוזה תקף הוא:

"תליוהו וזבין (מי שתלו אותו או עשו לו יסורין עד שמכר וקיבל הדמים ואומר רוצה אני – רשב"ם) – זביניה זביני"³³⁷.

עמדה זו יוצרת, כמובן, שינוי של ממש במעמדו של החוזה כפוי, ולבחינת היבטים שונים שלה ניחד דברינו בהמשך. קודם לכך ברצוני לציין מספר עמדות אמוראיות אשר התייחסו במישרין או בעקיפין לדברי רב הונא והפנו כלפיו את חצי הביקורת. עמדות ביקורתיות אלו דגלו אפוא, כל אחת בדרכה היא, בעמדה הקרובה לזו אשר ייחסנו למקורות שמתקופת התנאים מהם משתמע כי החוזה הכפוי בטל הוא (להוציא החריגים הספורים).

על עמדה אמוראית אחת, שאינה מתייחסת אמנם באופן ישיר לרב הונא אך הנה נוגדת את תמצית קביעתו, עמדנו בסעיף הקודם. כוונתי לעמדתו של רב נחמן בשם שמואל המובאת בסוגיית גט מעושה³³⁸. רב נחמן סבור כי כל הכרת המשנה בתוקפו של הגט המעושה לא הייתה אלא בגט המעושה על ידי ישראל והנעשה כדון. כזכור, התלמוד מציין כי עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם

³³³ בראשית כג, ח.

³³⁴ מדרש הגדול, בראשית כג, ח. ובאו גם הדברים במדרש הבאור (עורך: הרב יוסף קאפח, קרית-אונו, תשנ"ח), שם. והרב כשר הביא גירסה שונה מעט מתוך כ"י למדרש הבאור: "אם יש את נפשכם" – ללמדך שהנותן או המוכר שלא ברצונו אין מתנתו מתנה ולא ממכרו ממכר ולא קנה הלוקח" (תורה שלמה (ניו-יורק תשי"ב) על בראשית כג, ח אות נב).

³³⁵ פירושי רב סעדיה גאון לבראשית (נ"י, תדש"ם) עמ' 405.

³³⁶ וכך העיר הרב כשר על דברי מדרש הבאור (לעיל בהע"ש 334): "איני יודע מקור למאמר זה ... אם כן מאמר הנ"ל הוא דלא כהלכתא" (תורה שלמה (נ"י, תשי"ב) על בראשית כג, ח אות נב).

כדי ליישב את דברי רס"ג עם ההלכה (בה נעייין להלן) הציע המהדיר לפרש את המילים 'הוא נפסד' כפגם מוסרי אך לא כבטלות משפטית.

³³⁷ בבא בתרא מז, ב.

³³⁸ ראה לעיל ליד הע"ש 325.

דברי רב משרשיא הסבור כי מעיקר הדין כל גט מעושה הנו תקף, בין אם הכופים הנם ישראל ובין אם הנם עכו"ם. בהינתן כי דברים אלו של רב משרשיא מתלכדים עם עמדתו של רב הונא,³³⁹ הרי מסתבר ודברי רב נחמן בשם שמואל מנוגדים להם. אכן, סוגייה זו שבמסכת גיטין, דחתה את דברי רב משרשיא בטענה כי "בדוּתא היא". סוגיה זו יש לראותה אפוא כמנוגדת לעמדתו של רב הונא, המעניק תוקף לחוזה המכר הכפוי.

אך למעשה מגמות דומות מצויות בתוך סוגיית התלמוד הדנה בדברי רב הונא עצמו. מגמה אחת מתגבשת כעמדה החולקת על רב הונא באופן מלא, ומגמה שניה מתגבשת כעמדה המקבלת את דברי רב הונא אך שואפת לצמצם את תחולתם באופן המעקרים ממשמעותם המקורית. הראשונה הנה זו של האמורא רב ביבי, אשר הביע את עמדתו בנושא שונה אך דומה לסוגייתנו. לגבי מקרה בו גזל פלוני את מקרקעיו של אלמוני ולאחר מכן הוא רצה לגבות את מעשהו על ידי רכישה כפויה חוזרת של המקרקעין מידי בעליהם הביע רב ביבי את עמדתו: "קרקע אין לו אבל מעות יש לו"³⁴⁰; לאמור, אין הרכישה הכפויה תקפה, ועל הגזלן להשיב לנגזל את הקרקע ובד בבד הוא ישוב ויקבל את מעותיו. באה סוגיית תליוהו וזבין ועימתה את דברי רב הונא עם דברי רב ביבי ומצאתם מנוגדים זה לזה, ולא נחה סוגיית התלמוד עד שאמרה: "רב ביבי מימרא הוא ומימרא לרב הונא לא סבירא ליה"³⁴¹. נעיר כי הנגדה זו שהנגיד התלמוד את דברי רב ביבי לדברי רב הונא הנה אפשרית אך אינה הכרחית, שהרי את דינו של רב ביבי ניתן לנמק כנובע מן המצב המיוחד של קדימות מעשה הגזילה למעשה המכר, מאפיין שאינו מתקיים בסיטואציה הקלאסית של החוזה הכפוי בה אמר רב הונא את דברו. אכן, הרמב"ם לא ראה סתירה בין דברי רב ביבי ובין דברי רב הונא, ואת שניהם הוא פסק להלכה³⁴². עם זאת, אין לכחד כי לכל הפחות סוגיית התלמוד עצמה ראתה מימרות אמוראיות אלו כמנוגדות זו לזו, וסוגיית 'תליוהו וזבין' עצמה היא שהעמידה את רב ביבי כמתנגד לעמדת רב הונא המעניק לחוזה הכפוי את תוקפו.

עמדה אחרת, התומכת בהשקפה ראשונה ברב הונא, מתגלה במבט שני כבאה לעוקרו מעיקרו. כוונתי לדברי האמורא רבא. לקראת סיום הדיון התלמודי בדברי רב הונא, פוסק רבא כדעת רב הונא וכי "הלכתא: תליוהו וזבין – זביניה זביני"³⁴³. אך תוך כדי דיבור מוסיף רבא לקביעה זו שלוש הסתייגויות, אשר אם נצרפן זו לזו נמצא כי הן הופכות את הפסיקה כרב הונא על פניה. הצד השווה בהסתייגויות אלו הוא כי הן מבטלות את תקפותו של המכר הכפוי במידה ובלבנו מכרסם הספק שמא רצייתו של הנכפה בהתקשרות החוזית אינה אלא רצייה בעוצמה נמוכה ולא רצייה בעוצמה גבוהה. האינדיקציה של רבא היא מידת שיתוף הפעולה שמגלה הנכפה עם הכופה. רבא מציע שלושה מבחנים להערכת מידת שיתוף הפעולה של הנכפה עם הכופה, ובאם התשובה על שלושתם תהא שלילית לא תהא המכירה תקפה:

³³⁹ כפי שמציין התלמוד עצמו (בבא בתרא מח, א).

³⁴⁰ בבא בתרא מז, ב.

³⁴¹ בבא בתרא מח, א. בהערת שוליים נעיר כי את דבריו ייחס רב ביבי לרב נחמן, ולאור קביעתנו לעיל (ליד הע"ש 325 והע"ש 338) כי רב נחמן הנו ממתנגדיו של רב הונא ייתכן וייחוס דברי רב ביבי לרב נחמן יקבל על רקע זה משמעות מחודשת.

³⁴² ראה רמב"ם, קנין, י, א; רמב"ם, גזילה ואבידה, ט, יד. פרשני הרמב"ם התחבטו בשאלת יישובו עם דברי התלמוד האמורים. יש שטענו כי הרמב"ם לא ראה ניגודיות זו כהכרחית, ויש שטענו כי לפני הרמב"ם מונחת הייתה גירסה תלמודית שונה מזו שלפנינו. על כך ראה, למשל, ב"י, חו"מ, רה, ס"ק יג; ב"ח שם; הגהות הגר"א, חו"מ, קנא ס"ק ד וכן רה ס"ק כב. עוד ראה צ' דור, **תורת ארץ ישראל בבבל** (תל-אביב, תשל"ב) עמ' 249-250; ש' אלבק, **דיני הממונות בתלמוד** (תל-אביב, תשל"ו) עמ' 235.

³⁴³ בבא בתרא מח, א.

א. פרמטר ראשון הנו מידת מסוימות התביעה שמציב הכופה לנכפה. לאמור, אם תביעתו של הכופה כלפי בעל הנכס הנה כללית ואינה מתייחסת לנכס ספציפי, אזי יש לראות בהשתתפותו של הנכפה בבחירת קרקע ספציפית שתמכר את התרצותו במכירה זו. אך באם הכופה תובע קרקע ספציפית מתעורר ביתר-שאת החשד שאין רציית הנכפה מספקת: "ולא אמרן אלא ב'שדה סתם' אבל ב'שדה זו' – לא".

ב. פרמטר שני הנו איכות הקיבול שהביע הנכפה כלפי הצעת הכופה, וזאת כפונקציה של מידת הענין שהוא גילה בתמורה שנתן לו הכופה. באם הנו מגלה בה ענין רב, והוא אכן בודק את כמות המעות שניתנו לו ואת טיבן הרי יש לראות בכך התרצות מספקת של הנכפה, מה שאין כן באם הוא אדיש לבדיקת טיב התמורה; במקרה האחרון אין החוזה הכפוי תקף. "וב'שדה זו' נמי לא אמרן אלא דלא ארצי זווי, אבל ארצי זווי - לא"³⁴⁴.

ג. פרמטר שלישי הנו אופי הלחץ שמפעיל הכופה. באם הלחץ שמפעיל הכופה אינו אפקטיבי ואינו מונע מן הנכפה את היכולת להשתמט מפניו ומתביעותיו, והוא הבוחר שלא לנצל אפשרות זו, הרי יש לראות בהתקשרותו החוזית התקשרות רצונית מספקת ותקפה. "ולא אמרן (ואפילו בשדה זו ולא ארצי זווי – רשב"ם) אלא דלא הוה לאישתמוטי, אבל הוה ליה לאישתמוטי - לא".

לכאורה הסתייגויותיו של רבא אינן מצמצמות באופן משמעותי את תחולת דינו של רב הונא. כדי שחוזה המכר הכפוי לא יהיה תקף צריך, אליבא דרבא, את מילויים של שלושת הפרמטרים המצביעים על כך שרצוניתו של הנכפה אינה שלמה: שתביעת הכופה תתייחס לנכס ספציפי, שהנכפה לא יגלה עניין בתמורה, ושלנכפה לא תהיה יכולת השתמטות מן הכופה. בכל שאר המקרים בהם לא תתמלא הצטברות זו של פרמטרים – שלא יתמלאו כולם או יתמלאו רק מקצתם – יחול דינו של רב הונא והחוזה הכפוי יהיה תקף. אך המעיין שנית בדבר ימצא כי מסתבר ומקרה הכפיה הקלאסי יפול בדיוק תחת התמלאותם של שלושת פרמטרים אלו. מסתבר כי הכופה פועל לשם השגת נכס ספציפי, ומסתבר כי הוא יחתור להפעלת כפייה אפקטיבית שלא תותיר בפני הנכפה כל אפשרות ממשית של השתמטות מפניו, ומסתבר גם כי באם האימונים יהיו כה משמעותיים עד כדי שכנוע הבעלים למכור את שאין הוא רוצה למוכרו אזי מניית המעות ובדיקת איכותן לא תהיה הפעולה אותה הוא יתקש לבצע עם היחלצותו מן העץ עליו הוא היה תלוי. דומני כי לא נטעה אם נקבע כי במקרה הכפיה הקלאסי ישתלט רצונו של הכופה על רצונו של הנכפה באופן הבוטה ביותר, ומקרה זה הוא המוצא אפוא על ידי רבא מתחום פסיקתו של רב הונא. רבא, הפוסק כרב הונא, מחיל את דינו על מקרי כפיה חלשים, בעוד לגבי מקרה הכפיה הקלאסי הוא סבור כי אין כפיה זו יכולה להניב חוזה תקף.

הרציונל העומד ביסוד הסתייגויותיו של רבא הנו בהיר ומחורר. מאחר והוא מקבל את דברי רב הונא כתקפים, אך מאחר והנו גם מחוייב לעקרון תקינות תהליך הכריתה המגולמת בחופש הצדדים להביע את רצונם, מצמצם רבא את תחולת דינו של רב הונא באופן משמעותי. הצמצום נעשה על פי האבחנה בין רציית הנכפה בעוצמה נמוכה ובין רצייתו בעוצמה גבוהה, ובכך גם אם

³⁴⁴ ראה חידושי הרשב"א, שם. דברים אלו של התלמוד מופיעים בחלק מכתבי היד בגירסה אחרת: 'דלא ארצי ליה זווי, ועל פיהם משתנה משמעות דברי התלמוד באופן שהמבחן הוא האם ישנה הוכחה שהמוכר קיבל תמורה בעד הקרקע; ראה דקדוקי סופרים, וכן הוא על פי גירסת הרי"ף והרמב"ם (מכירה י,א).

רבא אינו מבטל לחלוטין את דברי רב הונא, הריהו נוטל את עוקצם ומבטל את חריפותם. מסקנתה הסופית של הסוגיה היא כי יש לפסוק כדברי רב הונא תוך דחיית הסתייגותיו של רבא. מן המקובץ עולה כי קיימים מספר קולות אמוראיים שאינם נכונים לקבל – באופן חלקי או מלא – את הכרתו של רב הונא בתקפותו של חוזה המכר הכפוי. קולות אלו הנם של רב נחמן בשם שמואל, רב ביבי (על פי האופן שהתלמוד הנגידו עם רב הונא) ורבא.

4.5 רב הונא

לאור האמור בשני הסעיפים הקודמים יתחוויר לנו עד כמה באו כרעם ביום בהיר דבריו של רב הונא, אשר העניקו תוקף לחוזה מכר שנכרת בדרך של כפיה; "תליוהו וזבין – זביניה זביני"³⁴⁵. מספר בעיות מהותיות מעורר דינו של רב הונא. הפתרון לחלק מבעיות אלו יתבהר, לפי טענתנו, משנעמוד על תפיסתו השונה והייחודית של רב הונא את טיבו של עקרון הצדק החוזי. נסקור, אפוא, את הבעיות הצצות מתוך דברי רב הונא³⁴⁶, נציג את האופנים המרכזיים שהוצעו על ידי הפרשנים כדי להתמודד עמן, ולבסוף נציע את הסברנו שלנו.

בעיית היסוד שבדברי רב הונא היא, כמובן, יחסו לדרישת גמירת דעת הצדדים ורצונית התקשרותם. אין ספק כי רב הונא הכיר בגמירת דעת הצדדים כתנאי לתקפות החוזה, וכי הוא לא סבר כי לקיחת נכס בכוח הזרוע או אפילו כריתת חוזה תוך התנגדותו הגלויה והמוצהרת של בעל הנכס יהיו תקפות. רב הונא סבר להעניק תוקף להתרצותו המוצהרת של המוכר הבאה מחמת כפיה אך לא למכירה המלווה בהתנגדותו המוצהרת של המוכר. תובנה זו נובעת מדברי רב הונא עצמו, אשר תיאר את המקרה הנידון כ'תליוהו וזבין' (ולא כ'תליוהו ולקח') וניסח היטב עקרון זה גולאק בקובעו: "פעולה הנעשית באונס – בטלה; והנעשית מחמת אונס – קיימת"³⁴⁷. נחא אם רב הונא היה מוותר לחלוטין על דרישת גמירת דעת המוכר, אך לאחר שהוא הכיר בה מה טעמו בהכירו בה בצורה כה מצומצמת ורזה? אם אכן הנו דורש את התרצותו של המוכר ואת גמירת דעתו מה טעם אי הבחנתו בין גמירת דעת מן השפה ולחוץ ובין גמירת דעת אותנטית?

שאלה נוספת המתעוררת הנה טעם אבחנתו של רב הונא בין חוזה מכר שדמיו ניתנים למוכר ובין חוזה הבא ללא מתן תמורה. אבחנה זו מתבקשת מדברי רב הונא עצמו, שהרי את דבריו הוא יחס למקרה של 'תליוהו וזבין' ובכך הוציא למעשה את המקרה המקביל של 'תליוהו ויהיב'. אמנם אף מקרה 'תליוהו ויהיב' אינו מקרה של מתנת חנם שנותן בעל הנכס למקבל, שהרי הוא עושה זאת מחמת רצונו לקבל 'בתמורה' את שלמות חייו ובריאות גופו, אך מן הבחינה הכספית העברת בעלות זו נעשית בלא תמורה תוך הסבת הפסדים כספיים לבעל הנכס. בין כך ובין כך האבחנה בין 'תליוהו וזבין' ובין 'תליוהו ויהיב' אינה ברורה ומחוררת כשלעצמה; וכי אדם התלוי על עץ וחיייו תלויים מנגד אינו גומר בדעתו לתת נכס פלוני ואפילו בלא קבלת תמורה כספית ובלבד שיקבל בתמורה את הצלת חייו?

בפתיחת דברינו נעיר כי את דברי רב הונא ניתן לחתור להבהיר על רקע נסיבות היסטוריות ספציפיות, אך גם אם מידה של אמת יש בכך דומני כי הסבר זה אינו ממצה את הטמון בדברי רב

³⁴⁵ ברא בתרא מז, ב. בהערות שוליים נבקר את עמדתו של אטלס בשאלת מקום דברי רב הונא בסולם ההתפתחות ההיסטורית. לדעת אטלס דברי רב הונא משקפים דרגת התפתחות נמוכה של ההשקפה המשפטית, וכיוון ההתפתחות ההיסטורית הנו לקראת אי הכרה משפטית בתקפות הרצון הבא מחמת כפייה. לדידו המעבר הנו אפוא מהכרה בהסכמה החיצונית של הנכפה לדרישות הכופה אל הכרה בהתנגדות הפנימית שלו לדרישות הכופה (ש' אטלס, **נתיבים במשפט העברי** (ני"י, תשל"ח) עמ' 292-293. דומני כי הסקירה האמורה לעיל מבטלת את דבריו, שכן דווקא ההשקפה התנאית הכירה בהתנגדותו הפנימית של הנכפה לדרישות הכופה ובאי תקפותו של החוזה הכפוי. רב הונא משקף, אפוא, לא את ההשקפה ההלכתית הקדומה, וכיוון ההתפתחות ההיסטורית הפוך לחלוטין – מאי הכרה בתקפות החוזה הכפוי אל הכרה בתקפותו. טעותו של אטלס נעוצה בהחלה לא מבוקרת של תהליכים היסטוריים המצויים "בכל השיטות המשפטיות של העולם העתיק" על עולם התלמוד. לטענה דומה בהקשר שונה ראה ב' לפשיץ, **אסמכתא – חיוב וקניין במשפט העברי** (ירושלים, תשמ"ח), עמ' טו.

³⁴⁶ קוצר היריעה אינו מאפשר לנו לדון במכלול היבטי דינו של רב הונא, כגון 'תליוהו וקני', 'תליוהו וקדיש', 'תליוהו וקידשה' וכי, ודברינו לא יוקדשו אלא למקרי 'תליוהו וזבין' ו'תליוהו ויהיב'.
³⁴⁷ **גולאק, ספר ראשון**, עמ' 58. ראה גם ב"ח, חו"מ, רה, א; הגהות הגר"א, חו"מ, רה ס"ק א.

הונא. ואבאר כוונתי. ניתן לראות את דין רב הונא כתגובה למציאות היסטורית חריגה, ומכאן כי הוא אינו משקף את עמדתו העקרונית של רב הונא אלא את פתרונו הנקודתי למקרה היוצא מן הכלל. מצב של אלימות גואה ופשיעה חמורה המתרבה והולכת עשוי להוביל את רב הונא להכיר בתקפותו של המכר הכפוי. בכך עשוי רב הונא לדרבן פושעים לכרות חוזים כפויים, אשר יוכרו כתקפים מבחינה משפטית, זאת בעוד לו הוא היה נמנע מלהכיר בתקפותם עלולים היו הפושעים לקחת את רכוש הזולת בכוח הזרוע תוך הסבת נזק פיזי לבעליהם. על פי קו חשיבה זה אין ההכרה בתקפות החוזה הכפוי מבטאת את עמדתו העקרונית והבלתי-תלויה של רב הונא אלא את תגובתו הנקודתית למצב חריג היוצא מגדר הכלל.

הסבר זה עלול להתגלות כבלתי מספיק, אם כי לא בלתי נכון בעליל, וזאת מכפל טעמים: מבחינה היסטורית ומבחינה משפטית. אמנם מן הבחינה ההיסטורית ניכר כי רב הונא עמד בפני מקרים קונקרטיים של מכירה כפויה והדבר לא היה עבורו בבחינת סוגיה תיאורטית, ומעשה 'טאבי תלי לפאפי אכינרא' יוכיח³⁴⁸. זאת ועוד, אף רב הונא עצמו סבל באופן אישי מאדם אשר השתלט על קרקע שהוא רכש מנוכרי³⁴⁹. עם זאת, התייעוד ההיסטורי של תקופה זו תומך בתמונת מצב על פיה עידן זה של החיים היהודיים בבבל תחת השלטון הסאסני מאופיין כיציב למדי מבחינה חברתית-כלכלית. החיים הכלכליים היהודיים התנהלו על מי-מנוחות יחסיים³⁵⁰, והדבר בולט עוד יותר על רקע השוואתם למתחולל בארץ ישראל בתקופה זו³⁵¹. קשה, אם כן, לזהות עקבות היסטוריים המלמדים על גאות חריגה במקרי הפשע והאלימות, העשויה להסביר את נכונותו של רב הונא לצעוד לקראת הכרה בתקפותם של חוזים הנכרתים תחת איומים וכפייה. ומן הבחינה המשפטית נוסף כי גם אם טעמיו של רב הונא נעוצים היו במציאות היסטורית מזדמנת שנקרתה לפניו, יש לזכור כי דבריו באו בסוגיית התלמוד במנותק מהקשר היסטורי זה והם נוסחו כקביעה משפטית שאינה תלויה זמן ומקום³⁵². באשר המשימה אותה הצבנו לעצמנו אינה שחזור היסטורי של דברי רב הונא אלא התחקות אחר ההיגיון הפילוסופי הניצב בתשתית המשפטית, חייבים אנו לבחון את הגיון דינו של רב הונא כמבטא עקרון משפטי שאינו תחום למציאות היסטורית חריגה.

4.5.1 הסברי התלמוד

לגבי הבהרת הגיון דינו של רב הונא הציע התלמוד שני הסברים מרכזיים. ההסבר התלמודי הראשון נשען על הטענה כי לעולם אין רצונויות הצדדים מלאה ולעולם הנם פועלים במסגרת

³⁴⁸ בבא בתרא מח.ב. סוגיה זו מתעדת מקרה היסטורי של כפייה לכריתת חוזה מכר, והדבר נעשה בסביבתו של רב הונא ואף הובא להכרעתו.

³⁴⁹ "רב הונא זבן ארעא מעובד כוכבים אתא ישראל אחר רפיק בה פורתא אתא לקמיה דרב נחמן אוקמה בידיה ... " (בבא בתרא נד, ב).

³⁵⁰ "היפך ממה שיכול היה לעלות על הדעת אין עדות לשום מצב בלתי נורמלי בחיים הכלכליים של יהודי בבל בכל תקופת התלמוד למרות המלחמות הקשות שבין פרס לרומי " (ני' ל' ג'קובס, 'החיים הכלכליים של יהודי בבל בתקופת התלמוד', מלילה ה (תשט"ו), עמ' 83, 100; אך ראה גם הערתו שם בעמ' 90 לדברי שמואל כי 'כספים אין להם שמירה אלא בקרקע'). עוד ראה מ' בר, אמוראי בבל – פרקים בחיי הכלכלה (רמת-גן תשל"ה), בעיקר פרקים א, ה, ז ואחרות דבר; י' גפני, יהודי בבל בתקופת התלמוד – חיי החברה והרוח (ירושלים, תשנ"א), פרקים ד, ה. על גזירות דתיות בתקופה זו ראה מ' בר, 'על שלוש גזירות שנגזרו על יהודי בבל במאה השלישית', בתוך: איראנו-יודאיקה לחקר פרס והיהדות א (ירושלים, תשמ"א, עורך: ש' שקד), עמ' 25.

³⁵¹ ראה, למשל, ג' אלון, תולדות היהודים בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד ב (הקיבוץ המאוחד, תשל"א), עמ' 182 ואילך. ייתכן ולכך יש לסמוך את דבריו הבאים של רב הונא עצמו: " 'הביאי בני מרחוק ובנותי מקצה הארץ' – 'הביאי בני מרחוק' אמר רב הונא אלו גלויות של בבל שדעתן מיושבת עליהן כבנים, 'ובנותי מקצה הארץ' אלו גלויות של שאר ארצות שאין דעתן מיושבת עליהן כבנות". מימרה זו עשויה להתפרש, אם כי אין הכרח בדבר, כעדות ליציבות החיים בבבל, וכך פירש שם רש"י: "בני בבל אין להם עול מלכות כשאר גלויות שבכל ארצות".
³⁵² הנגד זאת, למשל, לניסוח משנת סיקריקון (לעיל ליד הע"ש 305), שאכן תלתה את קביעותיה בהקשרים היסטוריים מוגדרים תלויי זמן ומקום.

אילוצים. רצוניות מלאה בכריתת החוזה קיימת אך ורק בעולם המודלים אך לא בעולם המעשה. גם אדם המוכר את נכסיו באופן חופשי עושה זאת, על פי רוב, לא מחמת שהוא אינו מחבב את נכסיו אלא למרות חיבתו אליהם. אילוציו הכלכליים הם המביאים אותו להיענות לתנאי המציאות ולוותר על חלק מנכסיו לטובת קבלת תמורתם. בהינתן כי לעולם צד חוזי פועל תחת אילוצים מסוימים, ובכל זאת אין הדבר גורע מתקפות החוזה, אין מקום לעריכת אבחנה עקרונית בין פעילות במסגרת אילוצים כלכליים ובין פעילות במסגרת אילוצים פיזיים:

”כל דמזבין איניש אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפילו הכי זביניה זביני”³⁵³.

ודוק בדבר: לא אמר התלמוד כי כשם שבכל המכירות יש רצון מלא כך גם במכירה הכפויה שלפנינו מושג רצון מלא של הנכפה, אלא היפך הדבר – כשם שבכל המכירות המוכר אנוס ואין רצונו מלא ובכל זאת המכירה תקפה, כך גם מן הראוי שיהיה במכירה הכפויה הנידונה על ידי רב הונא. הסבר זה אינו מאתר אפוא ממד רצוני החבוי אצל הנכפה אלא הוא מבוסס על הפחתה עקרונית של רף דרישת הרצון, שלא לומר וויתור כמעט מלא על דרישה זו, וזאת בגין היותו בלתי מדיד³⁵⁴.

אם אכן היה טעם זה מתקבל כראוי להצדיק את דינו של רב הונא היה בו כדי להבהיר היטב את טעמו, אך גם כדי להוות איום על בסיס מקומה של דרישת הרצון בתשתית התפיסה החוזית בכללותה, שהרי טעם זה מניח כי מושג הרצון הנו בלתי-מדיד תחת סבך האילוצים הפועלים בעולם המעשה. טעם זה היה צריך להובילנו, לכאורה, לבניית תפיסה חוזית חדשה שאינה נשענת כלל ועיקר על רצוניות המתקשרים. התלמוד אכן דחה הסבר זה, והדגיש כי ראוי וגם ניתן להבחין בין לחצים חיזוניים שמפעיל הכופה, אשר ייחשבו כמשתלטים על רצון המוכר ומכניעים אותו ארצה, ובין לחצים כלכליים פנימיים בהם נתון האדם, אשר ייחשבו כמעצבים את רצון המוכר וכלא פוגמים בו באופן עקרוני: ”ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני”. מעניין הדבר כי הסבר זה שמציע התלמוד דומה למדי להצדקות הניתנות בזמננו לנטישת המבחן המקובל בפניו מועמד החוזה הכפוי – מבחן רצוניות הנכפה³⁵⁵. עוד יותר מעניינת היא העובדה כי התלמוד עצמו דוחה הצדקה זו ומסרב לקבלה³⁵⁶. נותרנו, אם כן, בשאלת הגיון טעמו של רב הונא והדרא קושיא לדוכתא.

בשלב השלישי של הסוגיה³⁵⁷ מעניק התלמוד את הסבר חלופי לדינו של רב הונא:

”סברא הוא – אגב אונסיה גמר ומקנה”³⁵⁸.

על פי הסבר זה אין לאפיין את הנכפה כנעדר רצון, שהרי הוא מועמד בפני שתי אופציות ולא בפני אופציה אחת. הנכפה אינו חייב להיענות לדרישת הכופה, שכן בידו לסרב לדרישתו ולספוג את

³⁵³ בבא בתרא מז, ב.

³⁵⁴ עמד על כך הרשב”ם אשר כך פירש דברים אלו של התלמוד: ”רוב חפצים וכלי ביתו וטליתו שאדם מוכר אי לאו דאניס ודחיק במעות לא הוה מזבין ואפילו הכי הוה זביניה זביני בעל כרחו אפילו לא גמר ומקני שלא נתנה תורה חילוק במקח וממכר בין דברים הצריכין לו ומכרן לדברים שאין צריכין לו אלא כולחו קונה לוקח והכי נמי אף על גב דאניס מוכר קונה לוקח הואיל וקיבל דמים אף על גב דלא גמר ומקני”.

³⁵⁵ ראה לעיל סעיף 4.2.

³⁵⁶ בהערת שוליים נעיר כי הגם שהתלמוד דחה הסבר זה, יש שממשיכים לצטטו ולהעזר בו כדי להבהיר את דינו של רב הונא; ראה, למשל, ז’ ורהפטיג, **מחקרים במשפט העברי** (בר-אילן תשמ”ה) עמ’ 149.

³⁵⁷ בשלב השני ניסה התלמוד להעניק לרב הונא מקור תנאי, שיש בו, אמנם, כדי לעגן את דינו של רב הונא באסמכתא מחייבת, אך אין בו כדי להבהיר את הצדקת דינו של רב הונא, ועל כן התרנו לעצמנו לדלג כאן על שלב זה.

³⁵⁸ בבא בתרא מח, א.

התממשות איומי הכופה. בבוחרו להימלט ממימוש האיומים ולהיענות לתביעת הכופה מבטא הנכפה את רצונו, ועל כן אין לאפיינו כנעדר רצון. הווי אומר: גם רצון מחמת כפיה רצון הוא, וברצון זה יש לראות את התמלאות דרישת גמירת דעת הצדדים.

דומה כי על אף שהסבר זה מקדם את הבנת דינו של רב הונא הרי הנעלם שבו נותר עדיין רב על המתבאר. במבט ראשון נדמה, אמנם, הסבר זה כמאתר עבורנו את רצון הנכפה במקום שבו סברנו כי הוא נעדר רצון שכזה. אך למעשה, בהשקפה שניה, קשה להלום את הדברים. שהנכפה נענה בבחירתו לתביעת הכופה – זאת ידענו זה מכבר. בקובענו בתחילת דברינו כי הנכפה הנו משולל רצון לא התכוונו לטעון כי הוא פועל באופן אוטומטי נטול בחירה, אלא שבחירתו משקפת את רצון הכופה ולא את רצון הנכפה³⁵⁹. כדי שבחירת הנכפה תשרת גם את רצונו שלו (ולא רק את רצון הכופה) אין די בכך שתוצב בפני הנכפה הבחירה בין שתי אופציות גרועות "דאם נוח לו לסבול היזק קטן יותר מהיזק גדול אין זה נחשב כרצון דמכל מקום לבו דוי ומתאונן על הפסדו. וענין הרצון הוא שיהיה נחשב בדעתו שטוב הדבר לפניו באמת"³⁶⁰. הצבת אדם בפני דילמה ששני צדדיה הנם בלתי סבירים עבורו, אינה הופכת את בחירתו למשקפת את רצונו שלו אלא את רצון הכופה. ייתכן, אפוא, כי התלוי על עץ גמר בדעתו באמת ובתמים למכור נכס זה לכופה אך אין גמירת דעת זו משקפת את רצונו שלו אלא את רצון הכופה. נמצאנו למדים, אם כן, כי על אף טענת התלמוד כי דרישת גמירת הדעת התמלאה ולא נפגמה על ידי דינו של רב הונא, הרי שהדבר היה אפשרי רק לאור וויתור על ממד הרצון העומד ביסודה של דרישת גמירת הדעת³⁶¹. ובכך טמון הערפל שזורה טענת 'אגב אונסיה גמר ומקנה', שכן יותר משטענה זו מאתרת עבורנו את גמירת דעת הנכפה הריהי מתארת את הפיחות שיצר רב הונא בדרישת גמירת דעתו של בעל הנכס ואת הסתפקותו בגמירת דעת המבטאת את רצון הכופה ולא את רצון הנכפה. שבה, אפוא, שאלת הצדקת דינו של רב הונא למקומה הראשון.

כאן המקום להדגיש כי רב הונא אמנם מקפיד לספק גם לנכפה כלי הגנה משמעותי, אך יש ליתן דעתנו כי אין בכך כדי לפוגג את הערפל האופף את הגיון דינו ואף לא לבטל את חריפותו. עם שהכיר רב הונא בתקפותם של חוזים הנכרתים תחת כפייה ואיומים הריהו מצמצם פתח זה באמצעות הענקת כלי הגנה לנכפה – מסירת מודעה³⁶². אדם היודע כי לפתחו עומד להתגלגל מעשה כפיה יכול לזמן שני אנשים ולהעיד בפניהם כי הבעת הרצון שהוא ייאלץ להביע מחמת כופה פלוני אינה משקפת את רצונו שלו³⁶³ ומשהוא עשה כן הוא רשאי לבטל את המכירה לאחר שאין הוא חושש עוד לאיומי הכופה³⁶⁴. ודוק: המודעה אינה דרושה כדי להוכיח לנו את עובדת קיומה של הכפיה, שכן הדיון התלמודי מניח כי עובדה זו ידועה ואינה שנויה בין הצדדים במחלוקת. המודעה דרושה כדי ללמדנו על כוונתו המוקדמת של הנכפה שלא לקיים את האמור

³⁵⁹ ראה גם לעיל ליד הע"ש 347.

³⁶⁰ חידושי ר' שמעון יהודה הכהן שקאפ, בבא בתרא סי' כז אות ב.

³⁶¹ עמד על כך גולאק בדבריו הבאים: "השם רצון בעברית מורה על נטית הלב ועל כן הוא יסוד פסיכולוגי, והוא מוטל תמיד בספק ועמוק יותר מדי בשביל להיות קריטריון לפעולות משפטיות. מעטות הן הפעולות שעושה האדם ברצון, והרבה יותר מזה עושה הוא מה שעושה בהכרח; ואם נאמר שהפעולות המשפטיות צריכות להיעשות מרצון, נשלול מרובן את הערך אשר להן... ולכן התלמוד תופס כלל זה, כי לא הרצון עיקר לקיום הפעולה המשפטית, כגון הקניין, רק הדעת, זאת אומרת, הכרה ברורה של הדבר הנעשה והחלטה וגמירת הדעת לעשות. ואין מבחינים מה הביא לידי החלטה וגמירת דעת זו" (גולאק, ספר ראשון, עמ' 55).

³⁶² בבא בתרא מח.ב.

³⁶³ כך, למשל, ניסחה ר' יוסף קארו: "דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני לפלוני מפני אונס" (שו"ע, חו"מ,

רה,א).

³⁶⁴ על מידת חריגותה של אופציית המודעה בהלכות החוזים ראה, למשל, קצות החושן, רכז, ס"ק ה.

בחוזה ולתבוע את הצד שכנגד. הווי אומר: המודעה מאפשרת לנו להבחין בין כפיה המשיגה רציה של הנכפה המתכוון בעת הכריתה לקיים את החוזה ובין כפיה המשיגה רציה מן השפה ולחוץ בלבד תוך תכנון מוקדם של הנכפה שלא לקיים את החוזה. כלי המודעה עשוי להצליח, אם כן, בניפוי סט מסוים של מקרי כפיה בהם נעדר הנכפה כל רצון ממשי לקיים את החוזה, אך עדיין נותרים בעינם מקרים בהם הכפיה אילצה את הנכפה לכרות את החוזה ואף להשלים עם הגשמתו למעשה, ובמקרים אלו לא יהיה זכאי הנכפה לחזור בו ולתבוע את הגנת הדין. כלי המודעה מקהה אפוא מעט מחריפות דינו של רב הונא אך כלל וכלל לא מבטל את עיקרה³⁶⁵; מוכר אשר אולץ למכור את נכסיו והפחד בו הוא היה נתון אף הביאו להתכוון לכך בעת הכריתה באמת ובתמים לא יוכל לחזור בו ולתבוע את הגנת הדין בטענה כי רצונו זה הושג תחת איומים וכפיה.

זאת ועוד. דומני כי דווקא דין המודעה מחריף עוד יותר את הקושי הטמון בהגיון דינו של רב הונא. שהרי דין המודעה מלמדנו עד כמה גמירת דעתו של הנכפה עלולה להיות פיקטיבית, עד כמה מסתבר כי אין לה ולא כלום עם התרצותו האותנטית של הנכפה. אפשרות מסירת המודעה מציפה עבורנו אל פני התודעה את התנגדות בעל הנכס לחוזה אותו הוא נכפה לכרות, וממנה נלמד עד כמה גמירת הדעת המושגת מחמת הכפיה פורמלית היא, צורנית היא, אך בלתי אותנטית ובלתי משקפת את התרצותו הפנימית של בעל הנכס.

הקושי הראשון שבהסבר 'אגב אונסיה גמר ומקנה' נעוץ, אם כן, בכך שהסבר זה נשען על פחות שיצר רב הונא בדרישת גמירת דעת הצדדים בלא שהוא מסביר את טעמו ונימוקו. קושי שני נעוץ באי יכולתו של הסבר זה, כשלעצמו, להבהיר את ההבדל בין כפיה לחוזה מכר המלווה במתן תמורה כספית ובין חוזה מכר שאינו מלווה במתן תמורה כספית. האבחנה בין שני חוזים אלו צצה ועולה מתוך דברי רב הונא עצמו, אשר הסמיך את דינו למקרה של 'תליוהו וזבין', ובכך הוא הוציא, למעשה, את המקרה המקביל – 'תליוהו ויהיב'. מסקנה זו נוסחה אף במפורש על ידי התלמוד, אשר הבחין בין כפיה ללא מתן דמים ובין "היכא דיהב זוזי"³⁶⁶. לאור הסבר 'אגב אונסיה גמר ומקנה' מתבקשת שאלת טעמה של אבחנה זו, שהרי אם מקבל רב הונא כי רצון שבא בכפיה רצון הוא, מה בין רצון כפוי למכור נכס תמורת מלוא דמיו ובין רצון כפוי לתתו בלא קבלת דמים? והלא גם הנותן את הנכס בלא ציפיה לקבל דמים גומר בדעתו לתתו לכופה ובלבד שאיומיו לא יתממשו וחייו ינצלו?

ההתמודדות עם שאלות אלו סללה שתי דרכים מרכזיות בין הפרשנים. נסקור, אפוא, שתי דרכים אלו, נדון בהשתמעויותיהן, ולאור דיוננו בשאלת טיבו של עקרון הצדק החוזי נציע לבסוף דרך פרשנית שלישית.

4.5.2 מודל בלבדיות קריטריון גמירות הדעת

פרשנות אפשרית אחת, אשר היוותה את דרך המלך עבור פרשני הראשונים, חותרת לפתור שתי בעיות אלו בחדא מחתא. על פי אופציה זו גמירת הדעת המושגת מחמת הכפייה אינה מספקת, על כן יש לאתר יסוד נוסף העומד מעבר לכפיה עצמה המשתתף אף הוא בעיצוב גמירת דעתו של

³⁶⁵ מעניינת הערתו של הרמ"ה, אשר העיר כי אם לא היה מועמד כלי המודעה לימינו של הנכפה מוטל היה על החכמים לספק בידיו כלי הגנה חלופי: "וחס להו לרבנן גודרי פרצותיהן של ישראל למשבקה להאי פירצה בלא גדר, דאי לאו דאית לה תקנתא במודעא מעיקר דינא לא סגיא דלא ליתקנו בה תקנתא דלא להו זביניה זביני כלל דהוה מהניא בין לגופיה בין לממוניה" (יד רמה, בבא בתרא, פרק ג אות קפה).
³⁶⁶ בבא בתרא מח, א.

המוכר. יסוד זה מזוהה עם התמריץ הכספי שנותן הכופה לנכפה. על פי פרשנות זו גמירת דעתו של הנכפה תהא מספקת אם ורק אם היא התעצבה מחמת שילוב הפעלת כפייה ומתן דמים. מיצה גישה זו הרשב"ם, אשר כך הסביר את דין רב הונא: "מתוך יסורים גמר בלבו ומקני הואיל ואיכא תרתי – יסורים ומתן מעות דלא מפסיד מידי"³⁶⁷. הווי אומר: המבחן היחידי לתוקף החוזה הכפוי הוא מבחן גמירות הדעת, אך גמירות דעת הנכפה לא יכולה שתושג אלא על ידי שילוב הפעלת כפייה ומתן תמורה. דרך פרשנית זו טוענת, כמובן, ליישובן של שתי הקושיות שהועלו לעיל. ראשית, אכן גמירת דעת הבא מחמת כפייה בלבד אינה מספקת שהרי היא מבטאת את רצון הכופה אך לא את רצון הנכפה. אך אין הדבר נכון בכפייה המלווה במתן תמורה, שהרי אז לא הכפייה עושה את רצון הנכפה אלא שילוב הכפייה והתמורה הם העושים זאת. שנית, האבחנה בין 'תליוהו וזבין' ובין 'תליוהו ויהיב' מחוורת למדי, באשר בין שני מקרים אלו עומדת בדיוק שאלת מתן הדמים לנכפה.

תן דעתך כי במובן מה הפכה פרשנות זו את הסבר התלמוד לרב הונא על ראשו. אם התלמוד הסביר את רב הונא על ידי שהוא טען למספיקותה של גמירות הדעת הבאה מחמת הכפייה – 'אגב אונסיה גמר ומקנה' – ואת עצמו הוא השעין על פירות בדרישת גמירת הדעת, באה פרשנות זו של הראשונים וטענה לאי מספיקותה של גמירת הדעת הבאה מחמת כפייה ולאי נכונות להתפשר בדבר. לדידם של הראשונים אלו לא יצר רב הונא פירות כה משמעותי בדרישת גמירות הדעת, שכן הוא לא הסתפק אלא בגמירות דעת המסתמכת על קבלת התמורה.

כבדרך אגב נעיר כי בדרך פרשנית זו צעדו גם רבים מן האחרונים – כך, למשל, ב'ערוך השולחן': "דסברא הוא כיון שאונסין אותו ונותנין לו דמים באופן שאינו מפסיד כלום גמר ומקנה בלב שלם"³⁶⁸ – וכן גם רבים מחוקרי המשפט העברי הסבירו את דינו של רב הונא על אדנים אלו. אלבק, למשל, הבחין בין כפייה למכר ובין כפייה למתנה על בסיס שאלת גמירת-דעת הבעלים: "שרוב בני אדם גומרים בדעתם למכור מחמת האונס כדי להיפטר מן האונס הזה. אבל ... אין דרך בני אדם לגמור בדעתם ליתן מתנה מחמת האונס"³⁶⁹. בדומה נקט זרח ורהפטיג את כללו וקבע: "במכר, בקרבנות ובגט – המוכר, המקריב והמגרש מקבלים תמורה ... ועל כן הלחץ או האונס משמש רק גורם לעוררם לקיים את החובה המוטלת עליהם, והכניעה ללחץ הופכת, אפוא, לרצון. מה שאין כן במתנה, אשר בה בשל חוסר התמורה, אם ניתנה (המתנה) בכפייה – אין היא תקפה כי ברור שהנותן לא רצה כלל לתיתה"³⁷⁰.

שני קשיים בולטים מצויים בדרכו של מהלך פרשני זה. הקושי הראשון נובע מכך שלדידו העיקר חסר מן הספר. התלמוד הלוא נימק את דינו של רב הונא בטענה כי "אגב אונסיה גמר ומקנה" ואילו הראשונים הם אלו שהוסיפו "אגב אונסיה זוזי גמר ומקנה", אך זאת בלא שזכר הדבר בא בדברי רב הונא עצמו ואף לא בדברי התלמוד שהסבירו. אמנם הנחת המוצא של סוגיה זו הוא כי

³⁶⁷ בבא בתרא, מח, א, ד"ה 'אלאי'. ראה גם חידושי הרשב"א, ד"ה 'ואסיקנא'; חידושי הרמב"ן; חידושי הר"ן. נעיר כי הרשב"ם והרשב"א חלקו אמנם בשאלה האם תבונה זו מלווה את הסוגיה כבר מראשיתה, אך הם לא נחלקו בכך שאלה מגיעה הסוגיה בסופה.

³⁶⁸ ערוך השולחן, חו"מ, רה, ב.

³⁶⁹ ש' אלבק, יסודות בדיני הממונות בתלמוד (רמת-גן, תשנ"ד), עמ' 196. ראה גם ש' אלבק, הראיות בדיני התלמוד (רמת-גן, תשמ"ז), עמ' 63.

³⁷⁰ ז' ורהפטיג, מחקרים במשפט העברי (בר-אילן תשמ"ה) עמ' 150. ראה גם ס' דויטש, 'הוראת העושק בחוק החוזים', מחקרי משפט ב (1989), עמ' 1, 29.

המדובר בחוזה המלווה במתן תמורה, אך בהינתן ולתמורה יש תפקיד מרכזי בעיצוב גמירת דעת הבעלים מן הראוי היה, לכאורה, להזכיר את הדבר בד בבד עם הצבעה על תפקיד הכפייה בעיצוב גמירת דעתם. שנית, אם אכן המבחן היחידי לתוקף החוזה הכפוי הנו מבחן גמירות הדעת, ואם אכן הכפיה יכולה למלא תפקיד לגיטימי בעיצוב גמירת דעתו של הנכפה, קשה לקבל כי קבלת דמי הנכס תהווה גורם כה משמעותי בהתרצותו של הנכפה. הלוא אין ספק כי הרכיב העיקרי המביא לעיצוב גמירת דעתו של הנכפה הוא הפסקת הכפייה ולא מתן התמורה הכספית; הראיה - כי עד שלא הוטלו עליו איומי הכופה הוא כלל לא היה נכון למכור את הנכס ואפילו במחירו המלא. ובהינתן כי עיקר התרצותו של הנכפה מבוססת על רכיב הכפיה ולא על רכיב התמורה סבורני כי יש מקום להטלת ספק בקביעה כי הנכפה לתת מרכושו בלא קבלת תמורה הנו חסר גמירות דעת מספקת לכך. לשון אחר: אם נכונים אנו לקבל את הכפיה כמרכיב לגיטימי המגבש את התרצותו של בעל הנכס, האם לא נכון לקבוע כי בעל נכס יגמור בדעתו בלב שלם לתת אחד מנכסיו בלא תמורה ובלבד שיוסר מעליו האיום הפיזי לשלום גופו?! "... והדבר יפלא בעיני מאד לאמור באומד דעת בני אדם אשר בעת שהוא בסכנה גמורה לנפשו שלא יתרצה לגמור בדעתו להציל את נפשו בתתו דבר מה להמאנס הלא כל אשר לאיש יתן בעד נפשו...!!"³⁷¹.

4.5.3 מודל שילוב קריטריון גמירות הדעת עם קריטריון סוג החוזה

פרשנות אפשרית שניה מבוססת על ההנחה כי קריטריון גמירות הדעת אינו מספיק כשלעצמו, וכי חוזה כפוי יהיה תקף רק באם הוא ממלא את דרישותיהם של כפל קריטריונים המשולבים זה בזה: סוג החוזה הנידון ורמת גמירת הדעת המובעת על ידי בעל הנכס. אם החוזה הנידון הנו חוזה מכר אזי ניתן להסתפק בגמירת דעת בעוצמה נמוכה, ואף גמירת דעת המושגת בעטייה של כפיה מספקת לכך. מאידך גוסא, אם החוזה הנידון הנו חוזה מתנה אזי דרושה גמירת דעת בעוצמה גבוהה, ואין גמירת הדעת המושגת בעטייה של כפיה דיה לכך, וחייבת היא להיות ככזו שהתגבשה ברצון חופשי לחלוטין. פרשנות זו מבוססת אפוא על הפרדה חמורה ותהומית בין מקרה 'תליוהו וזבין' ובין מקרה 'תליוהו ויהיב', הפרדה המושגת על ידי שיוכם לשני ענפים שונים של אילן החוזים: 'תליוהו וזבין' מזוהה עם חוזה מכר ו'תליוהו ויהיב' עם חוזה מתנה, ומכאן היכולת להציב עבור כל אחד ואחד משנים אלו דרישות שונות לרמת גמירת-הדעת הנצרכת.

דוק בדבר: אם על פי הפרשנות הקודמת ההבדל בין 'תליוהו וזבין' ובין 'תליוהו ויהיב' נעוץ היה ברמת גמירת הדעת המושגת, אין פני הדברים כך על פי הדרך הפרשנית הנוכחית. שהרי לדידה של זו האחרונה יכול הכופה להשיג רמה זהה של גמירות דעת – בין אם הוא כופה את בעל הנכס לתת את רכושו עם קבלת תמורה ובין אם בלעדיה; הלא "כל אשר לאיש יתן בעד נפשו" ואין סיבה להניח כי התרצותו של העומד בפני איומים כבדים תהיה בלתי ממשית אך ורק משום שאין הוא מקבל תמורה כספית נאותה. ההבדל בין 'תליוהו וזבין' ובין 'תליוהו ויהיב' אינו מבוסס, אם כן, לפרשנות זו על הבדל ברמת גמירות-הדעת המושגת אלא על הבדל ברמת גמירות הדעת הדרושה; המתנה זוקקת גמירות דעת בעוצמה גבוהה יותר ובאיכות משובחת יותר מזו שזוקק המכר.

³⁷¹ חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), מסכת כתובות, סימן נ.

הרמב"ם הוא שהניח את התשתית לדרך פרשנית זו³⁷². כשתאר הרמב"ם את רמת גמירת דעתו של הנכפה הוא הקפיד להצמד באופן מלא לאמור בתלמוד עצמו ולא שילב את התוספת שהוסיפו הראשונים: "מי שאנסוהו עד שמכר ולקח את דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכר – ממכרו ממכר, בין במטלטלין בין בקרקעות, שמפני אונסו גמר ומקנה..."³⁷³. לאמור, גמירת הדעת נבעה מחמת הייסורים עצמם ('אגב אונסיה גמר ומקנה') ואין התמורה הכספית בעלת חשיבות ממשית בהקשר זה כלל ועיקר. כאן עורך הרמב"ם הפרדה חמורה בין חוזה מכר ובין חוזה מתנה, וזאת בהקשר דין המודעה. מודעה על כפייה לחוזה מכר צריכה להכיל שני מרכיבים: עדות על מודעות בעל הנכס לכפייה העומדת להתרגש עליו ועדות על התממשות המעשית של הכפייה. מודעה על כפייה לחוזה מתנה, לעומת זאת, צריכה להכיל אך ורק את המרכיב הראשון. די בעדות על הצהרתו של בעל הנכס כי המתנה שהוא ייתן תעשה מחמת כפייה ואין צורך בעדות כי כפייה זו אכן התממשה למעשה. וכך מנמק זאת הרמב"ם: "במה דברים אמורים במוכר או בעושה פשרה. אבל במתנה או במחילה אם מסר מודעה קודם המתנה אף על פי שאינו אנוס הרי המתנה בטילה. שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן שאם אינו רוצה בכל לבו להקנות לא קנה המקבל מתנה. והמחילה מתנה היא"³⁷⁴. אמור מעתה כי רף גמירת הדעת המוצב למתנה גבוה ביותר – "רוצה בכל לבו להקנות" – ואין הוא משתווה לרף הנמוך יותר של גמירת הדעת הדרושה למכר. הגם שמתנה ומכר הנם שני מופעים שווים של החוזה, אין דרישת גמירת הדעת שבהם שווה; המכר זוקק גמירת דעת נמוכה יחסית, ואילו המתנה זוקקת גמירת דעת גבוהה. לא נרחק מן האמת אם נקבע כי הבדל זה שהוזכר על ידי הרמב"ם כדי להסביר את שונות דין מודעת המכר ממודעת המתנה הוא שיסביר גם את עצם ההבדל שבין תקפות 'תליוהו וזבין' ובין אי-תקפות 'תליוהו ויהיב'. תובנה זו התפרשה ביתר הרחבה על ידי מספר אחרונים³⁷⁵.

נמצאנו למדים כי על פי דרך פרשנית זו מבחן תקפות החוזה הכפוי מובנה על שילוב של כפל קריטריונים: ראשית יש לבחון את סוג החוזה שלפנינו – האם הנו חוזה מכר או מתנה, ולאחר מכן יש לבחון את רמת גמירות דעתו של בעל הנכס להעביר את הבעלות על רכשו – אם הנה פרי רצון חופשי או פרי רצון הבא מחמת כפייה. אך כאן, כמובן, מזדקרת ועולה שאלת טעמה של אבחנה זו. מדוע חוזה המכר זוקק גמירות דעת ברמה הנמוכה מזו שזוקק חוזה המתנה? דומני כי כאן עשוי לבוא הדיון אודות טיבו של עקרון הצדק החוזי המהותי ולסייענו בפייענוח טעמה של אבחנה זו. על פי טבעה המתנה הנה חד-צדדית ובלתי מאוזנת; הנה לוקחת זכויות מאחד הצדדים לחוזה ומקנה אותם באופן חד-צדדי לצד שכנגד. אין זה אומר, כמובן, כי היא בלתי הוגנת, שהרי על פי רוב נותן המתנה עושה כן מטעמים שונים אשר המשותף להם הוא תחושת מחויבות מסוימת כלפי מקבל המתנה – קרבה משפחתית, אמפתיה רגשית, חוב לא-ממוני מן העבר וכדומה – אך עם שבקונטקסט הכללי היא הוגנת הריהי על פי תוכנה המוגדר והמסויים בחוזה עצמו חד-צדדית ובלתי מאוזנת. המכר, לעומת זאת, הנו בטיבו חותר לאיזון ושקילות התמורות. המכר

³⁷² ראה גם ברכת אברהם, בבא בתרא, עמ' קמט, לדף מח, ב.

³⁷³ רמב"ם, מכירה, י, א.

³⁷⁴ רמב"ם, מכירה, י, ג (הדגשה שלי – ב.פ.).

³⁷⁵ למשל, "... נראה מדברי הרמב"ם דיסוד החילוק בין תלוהו ויהיב לבין תלוהו וזבין אין זה משום שנתרצה בשביל המעות, דבאמת בגמרא אמרינן אגב אונסא בלחודא גמר ומקנה ולא נזכר זוזי, רק דבאמת אגב אונסא לחוד גמר ומקני להציל את עצמו, אלא דבמידי דבעי רצון לא מהני זה, ולזה אינו מועיל במתנה" (זכר יצחק, סימן לא); ראה גם דברות משה, בבא בתרא, סימן מב.

מבוסס על שאיפת הצדדים להשגת חילופי תמורות השוות פחות או יותר בערך. מכאן כי המכר על פי תוכנו עומד באופן מבוסס יותר על דרישת עקרון הצדק החוזי המהותי להשגת חוזה מאוזן ושקול, ובכך יש כדי לחפות על פגיעה מסוימת בעקרון הצדק החוזי התהליכי ובהבטחת חירותם של הצדדים בעת כריתת החוזה. מכאן הנכונות להקל עם דרישת גמירת הדעת בחוזה המכר הכפוי ולהעניק במסגרתו תוקף אף לגמירת דעת שהתגבשה כתוצאה מהפעלת כפיה³⁷⁶. מאידך גיסא, המתנה על פי טיבה אינה מגישמה את עקרון הצדק החוזי המהותי באשר תוכנה חד-צדדי, ועל כן מידת הצדק תוגשם רק בהקפדה יתירה על עקרון הצדק החוזי התהליכי המתגשם בהבטחת רצונית הצדדים בעת כריתת החוזה. מכאן אי הנכונות להעניק תוקף לחוזה המתנה הכפוי, וימשמע בפשטות דמתנה צריך בכל לבו טפי ממכר, ויש לומר הטעם בזה כיוון דהפסד הוא לאדם³⁷⁷.

בין שתי הדרכים הפרשניות שהוצבו בסעיף זה ובקודמו תעמוד הנפקות הבאה: כפיה הבאה בעוצמה קיצונית וחריגה המכוונת כלפי מתן נכס בלא מתן תמורה מקבילה. כאן נזקקים אנו לשאלה הבאה: האם הגדלה משמעותית של מידת הכפיה שמופעלת על הנכפה יכולה להביא במצבים קיצוניים להכרה בתקפות חוזה המאופיין כ'תליוהו ויהיב' ? דומה כי שאלה זו נגזרת באופן ישיר משאלת פרשנותו של דין רב הונא. באם דינו נשען אך ורק על אלמנט גמירת דעת בעל הנכס, הרי מסתבר כי במידה והלחץ המופעל כלפיו יהיה קיצוני ביותר – למשל, איום ממשי על חייו – יהיה מקום למסקנה כי בעל הנכס יתרצה לתת את רכושו ואפילו במתנה גמורה. מאידך גיסא, אם דין רב הונא מבוסס על שילוב מבחן גמירת הדעת במבחן סוג החוזה הרי שאף הגדלת עוצמת הכפיה אינה יכולה להביא לגמירת הדעת הדרושה למתן מתנה, שכן זו דורשת רצון חופשי לחלוטין. הנובע מניתוח זה כי אליבא דגישה הפרשנית המעמידה את שאלת תקפות החוזה הכפוי אך ורק על אומד גמירת דעת המוכר נקבל את המשוואה הבאה: הגדלת עוצמת הכפיה מביאה ליתר התרצות הנכפה, ומכאן להענקה נדיבה יותר של תקפות לאקט הקנייני הבא מחמת הכפיה³⁷⁸. מאידך גיסא, אליבא דגישה המתנה את תקפות החוזה לא רק בהתגבשות גמירת דעת בעל הנכס אלא גם בהחלתו על חוזה דו-צדדי (מכר) ולא על חוזה חד-צדדי (מתנה) הרי שהגדלת עוצמת הכפיה אינה תורמת בהכרח לתקפות החוזה כלל ועיקר³⁷⁹.

ומה אומרים בדבר מקורות התלמוד עצמם ? רב הונא בדבריו הקצרים לא הניח כל רמז למסקנה כי האבחנה שבין 'תליוהו ויהיב' ובין 'תליוהו וזבין' אינה מוחלטת. אך מסתבר כי בחלק משלבי סוגיית התלמוד יש אכן כאלו הסוברים כך. כך, למשל, הניסיון התלמודי לקשור את דינו של רב הונא עם הכפיה למתן גט ולהבאת קרבן עשויה ללמדנו כי בשלב זה של הסוגיה לא הייתה קיימת אבחנה מהותית בין 'תליוהו וזבין' ובין 'תליוהו ויהיב', שהרי הכפיה למתן גט ולמתן קרבן קרובה

³⁷⁶ שוב נדגיש כי להקל אמרנו אך לא לבטל, ובהיעדר כל גמירות דעת של הנכפה לדרישות הכופה אף חוזה המכר הכפוי לא יהיה תקף (ראה לעיל ליד הע"ש 347).

³⁷⁷ ברכת אברהם, בבא בתרא, עמ' קמט, לדף מח.ב. יש מן האחרונים שהטעימו אבחנה זו בהסברים בעלי אופי מכניסטי, ראה, למשל, שו"ת חלקת יואב, דיני אונס, ענף ה; צפנת פענח, תרומות, 106 ד"ה 'וזהו'.

³⁷⁸ על כך ראה גם ש' אלבק, **דיני הממונות בתלמוד** (תל-אביב תשל"ו), עמ' 237; א' בן-זמרה, 'גדרי אונס מידי אדם: 'אונסא דאחרניי' במשפט העברי', **סיני פז** (תש"ם) עמ' רלח, רמ.

³⁷⁹ אכן המעיין ברמב"ם ימצא תובנה זו משוקעת בדבריו היטב. וכך פותח הרמב"ם את דבריו בנושא החוזה הכפוי: "מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח אפילו תלוהו עד שמכר ממכרו ממכר... (רמב"ם, מכירה, י, א) (הדגשה שלי - ב.פ.). עיין בדבר ומצא כי לדידו של הרמב"ם הגדלת עוצמת הכפיה אינה תורמת ליתר הבהרת תקפות מעשה המכר אלא הפך הדבר; יש צורך בממד של חידוש כדי להעניק תוקף אף לחוזה הבא מחמת כפיה אלימה במיוחד. והשווה לשון הטור, חו"מ, רה, א; שו"ע, חו"מ, רה, א. על כך ראה גם מגיד משנה, גזילה א, ט; סמ"ע, חו"מ, רה, ס"ק א וס"ק ג.

יותר בטיבה ל'תליוהו ויהיב'; אלו כמו זה האחרון ניתנים בלא קבלת תמורה כספית³⁸⁰ ³⁸¹. ניתוח סוגייתנו מוביל, אם כן, למסקנה כי האבחנה שבין 'תליוהו וזבין' ובין 'תליוהו ויהיב' מושרשת אמנם בעצם הגדרת דינו של רב הונא והיא אכן גם התקבלה בסופה של הסוגיה, אך לאורכה של הסוגיה דומה כי ההנחה היא שחווה כפוי עשוי להיות תקף אף אם הוא אינו מלווה במתן תמורה כספית. דיון זה מתעורר גם בעקבות סוגיית סיקריקון, אשר יש מן הראשונים שניתחו סוגיה זו כמורה על האפשרות כי באיומים על חייו של בעל הנכס גם חווה שהנו 'תליוהו ויהיב' עשוי להיות תקף³⁸².

אם נשוב אל הדרך הפרשנית שהוצעה בסעיף זה, דומה בעיני כי הקושי הגלום בה נעוץ בפורמליות הנוקשה בה היא משתמשת כדי לאבחן את מקרה 'תליוהו ויהיב' ממקרה 'תליוהו וזבין', תוך שימוש באבחנה בין חווה מכר ובין חווה מתנה. ואבאר דברי לאור המקרה הבא: ראובן כופה את שמעון למכור לו את הנכס והוא אף טורח לשלם לשמעון בעד הנכס, אך המחיר אותו שילם הקונה למוכר אינו משקף את שווי המלא של הנכס אלא את שווי החלקי בלבד (קרי, מחיר שאינו מגיע למחיר המקובל בשוק עבור נכס דומה). האם במקרה כגון זה אנו נעניק תוקף לחווה הכפוי ולגמירת הדעת המתגשת תחת לחץ ואיומים או שמא אנו נדרוש במקרה זה גמירת דעת רצונית וחופשית ולכן לא נעניק תוקף לחווה זה? לשון אחר: האם נדמה חווה זה לדין 'תליוהו וזבין' או שמא לדין 'תליוהו ויהיב'? על פי מבחן סוג החווה שהעמידה הפרשנות הנוקשה שבסעיף זה דומה כי התשובה לשאלה תהיה כי באשר חווה זה הנו חווה מכר ולא חווה מתנה עלינו להסתפק בגמירת דעת נמוכה ומכאן כי נטייתנו תהיה להעניק תוקף לחווה זה. לדעתנו תוצאה זו הנה קשה. על פי מבחן הסבירות דומה כי מכר שיש בו תמורה חלקית בלבד דומה במהותו, גם אם לא בסיווגו הפורמלי, למתנה יותר מלמכר קלאסי שיש בו תשלום תמורה מלאה עבור הנכס. אכן, מרבית הראשונים סבורים (ודומה כי אף הרמב"ם בתוכס) כי במקרה ובו אין הכופה משלם את מלוא התמורה לנכפה לא יהיה החווה הכפוי תקף, וזאת בדומה לדין 'תליוהו ויהיב'³⁸³.

4.5.4 מודל שילוב קריטריון גמירות הדעת עם קריטריון הגינות תוכן החווה

בנקודה זו ברצוני להסתייע בדיוננו אודות עקרון הצדק החוזי ומתוכו להציע הסבר חלופי להיבטים שנידונו לעיל. הסבר זה מבוסס על התובנה שהתחדשה בדרך הפרשנית שבסעיף הקודם, אך הוא מעבדה באופן שונה. כאמור לעיל, ניתן לפרש את רב הונא כמבוסס על כפל מבחנים לתקפות החווה, בלא שמבחן גמירות הדעת מספיק לשם כך כשלעצמו. סבורני כי במקום מבחן

³⁸⁰ ראה גם האופן שבו הבין התלמוד (בבא בתרא מח,א) את עמדת רב בניגוד לעמדת שמואל. על כך עמד הרשב"א בחידושו אשר ציין: "השתא סלקא דעתן דזבין בשטר בלחוד קאמר ובלא זוזי, דלבסוף הוא דאמרינן דדיהיב זוזי קאמרי" (בבא בתרא מז,ב). לא בדרך זו פירש תוס' את מהלך הסוגיה, והוא התאמץ בדרך סבוכה ליישב את שלבי הסוגיה בכללותם על בסיס האבחנה החדה בין דין 'תליוהו ויהיב' ובין דין 'תליוהו וזבין'; ראה תוס', בבא בתרא מח,א, ד"ה 'אילימא', וכן ד"ה 'הא איתמר עלה'.
³⁸¹ ראה, למשל, חידושי הרשב"א, גיטין נה,ב; תוספות ר"ד, גיטין נה,ב; חידושי הריטב"א מכתב יד (מוסד הרב קוק, תשמא) גיטין נה,ב; מרדכי, גיטין אות שצד. אך ראה דברי הר"ן גיטין כז,א (בדפי הרי"ף). דברי רש"י בהקשר זה (גיטין נה,ב ד"ה 'לקטלוהו') אינם ברורים כל צרכם.
³⁸² ראה רב האי גאון, ספר המיקח והממכר, שער לא; חידושי הרשב"א, בבא בתרא מח,ב; חידושי הריטב"א, בבא בתרא מח,א; נימוקי יוסף, בבא בתרא, כו,ב (בדפי הרי"ף); פסקי הרי"ד, בבא בתרא מח,א; טור, חו"מ, רה,א. לגבי עמדת הרמב"ם ראה שו"ת רדב"ז, חלק א סי' נה; דרכי נועם חו"מ, סי טז קצו,ד.
³⁸³ לדעות החולקים וסבורים כי החווה הכפוי עשוי להיות תקף אף בהינתן תמורה חלקית בלבד ראה עליות דרבינו יונה, בבא בתרא מח,ב; שו"ת זכרון יהודה (לר' יהודה בן הרא"ש) סי' עג דף כב,ב; חידושי ר"י קורקושא (הובא בספר שיטת הקדמונים למסכת בבא בתרא); שו"ת מהרי"ק, שורש קפה. נעיר כי לחלק מן המנניים ברשימה זו אין הדברים אמורים אלא בקרקעות אך לא במטלטלים (המחייבים את תשלום מלוא שוויים). כן נעיר כי מסתבר ולרבינו יונה אין הכופה יכול להפחית את גובה התשלום בעד הנכס אלא בהסכמתו הרצונית והחופשית של בעל הנכס (ראה רבינו יונה, שם, ד"ה 'מסקנה דשמעתין'; כן ראה טור, חו"מ, רה,א).

סוג החוזה שהוצע בסעיף הקודם יש להציב את מבחן הגינות תוכן החוזה כמבחן הנוסף. הווי אומר: משהתגלגל לפתחנו חוזה כפוי הרי שהמבחן הראשון בפניו יעמידו רב הונא הנו מבחן הגינות תוכן החוזה. אנו נידרש להכריע האם התמורות המוחלפות בחוזה זה הן שקולות ואם הזכויות מחולקות במסגרתו בדרך מאוזנת. באם התשובה לכך הנה חיובית ולפנינו חוזה מאוזן יטען רב הונא לנכונות להפחית את דרישת גמירת הדעת ולהסתפקות בגמירת דעת שהתגבשה כתוצאה מהפעלת לחץ ואיומים; אז יהיה החוזה הכפוי תקף. באם התשובה לשאלת הגינות החוזה תהיה שלילית ולפנינו יעמוד חוזה שתמורותיו אינן שקולות וזכויותיו וחובותיו מחולקות באופן שאינו מאוזן יצדד רב הונא בהגבהת דרישת גמירת הדעת ובעמידה על כך שגמירת הדעת תהיה רצונית לחלוטין; החוזה הכפוי לא יוכל להיות תקף במקרה זה. ודוק בדבר: שלילת תוקפו של חוזה 'תליוהו ויהיב' באה לא מחמת שהוא סובל מפגמים קשים בתהליכי הכריתה יותר מחוזה 'תליוהו וזבין', אלא מחמת שתוכנו לוקה ביתר קיפוח ובחוסר איזון פנימי.

אם להעלות את הדברים אל מישור ההפשטה הגבוה יותר של שאלת עקרון הצדק החוזי ימצאו פני הדברים כך: הקפדה גבוהה על עקרון הצדק החוזי המהותי (תמורות שקולות וחלוקה מאוזנת של החובות והזכויות) תגרור נכונות להפחית את דרישת עקרון הצדק החוזי התהליכי (הכרה בתקפות גמירת דעת הבאה מחמת כפייה). מאידך גיסא, אי הקפדה על עקרון הצדק החוזי המהותי (תמורות בלתי שקולות, שלא לומר חד-צדדיות), תגרור הגבהה של דרישת עקרון הצדק החוזי התהליכי (דרישה לגמירת דעת רצונית שאין הכפיה משתתפת בעיצובה).

אופן זה של הצגת הדברים מביא לתוצאה השונה מזו אליה הגיעה הפרשנות שבסעיף הקודם. כאמור לעיל, האבחנה הפורמלית בין חוזה מכר ובין חוזה מתנה הביאה למסקנה כי כפייה על חוזה מכר שיש בו תשלום חלקי בלבד של דמי הנכס תהיה תקפה, בדומה לכפייה על חוזה מכר שיש בו תשלום מלא של דמי הנכס. על פי האמור בסעיף זה אין הדברים כן. אי הקפדה על תשלום מלא של דמי הנכס תביא להפרת דרישת עקרון הצדק החוזי המהותי באשר החוזה יקפח את המוכר, ומכאן הדרך להגבהת רף דרישת גמירת הדעת עד לכדי אי הכרה בתקפות החוזה הכפוי. לאמור, לא קבע רב הונא כי "תליוהו וזבין זביני זביניה" אלא בהינתן כי הכופה שילם לבעל הנכס את מלוא תמורתו והקפיד כי תוכן החוזה יהיה מאוזן. באם לא עמד הכופה בדרישה זו יהיה דין חוזה זה כדין 'תליוהו ויהיב'. כפי שצויין לעיל³⁸³, תוצאה זו משקפת את התוצאה הסבירה יותר ואף את עמדת מרבית הראשונים³⁸⁴.

³⁸⁴ למעשה, עקבות לתובנה זו ימצאו בדבריו הבאים של הרב שמעון שקאפ, החותרים להסביר בדרך דומה את טיב ההבדל שבין 'תליוהו וזבין' ובין 'תליוהו ויהיב': "ונראה לי דיש לומר דאין הענין שבמתנה לא גמיר ויהיב אלא אף אם גמיר בדעתו ליתן לא מהני הקנאה, כמו דלא ענשה תורה על כל מעשה בני אדם הנעשים על ידי כפיית הרצון כמו כן מהראוי שלא יועילו מעשי הקנאה של אדם אם אף שבדיני קנין מהני גמירת דעתו, אבל דין התורה מונע מלחול קנין על ידי מעשה כזה שהיה על ידי כפיית הרצון וזה מדין אונס ולא מחסרון גמירת דעת להקנאה. כן נראה לעניות דעתי אף שלא מצאתי בראשונים סיוע לדברי" (חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), כתובות סימן ג). לטענתו מקרה 'תליוהו ויהיב' עומד גם עומד בדרישת גמירת הדעת הנצרכת לתהליך כריתת החוזה, ועם זאת נהנה בעל הנכס מכעין 'פטור אונס'. מה משמעו של פטור זה? מדוע הכפוי לתת את רכושו בלא קבלת תמורה נהנה מפטור 'דין אונס' ואילו הכפוי לתת את רכושו עם קבלת תמורה אינו נהנה מפטור זה? דומני כי פשר הדבר נעוץ בעצם האנלוגיה שעורך הרב שקאפ בין היעדר ענישה על מעשה איסור שנעשה באונס ובין היעדר תוקף מתנה שניתנה תחת כפייה. עקרון 'אונס רחמנא פטריה' מתפרש על פי הרב שקאפ כאי מחויבותו של אדם לספוג תוצאות שליליות של מעשה שנעשה תחת אונס. מכאן כי כשם שאין העושה מעשה איסור באונס נענש עליו, כך גם אין מן הראוי שהנותן מתנה בכפייה יספוג את התוצאה השלילית של מעשה זה. על כן 'תליוהו ויהיב' אינו תקף. דומני כי מכאן נובע ההבדל שבין 'תליוהו וזבין' ובין 'תליוהו ויהיב', שכן הכפייה המלווה במתן תמורה מלאה אינה מניבה עבור בעל הנכס תוצאה שלילית דומה, שהרי המוכר מקבל לידיו את מלוא תמורת הנכס, ומכאן תקפותו של חוזה זה. נוסף ונעיר כי בחידושיו לבבא בתרא (סעיף כז אות ב) לא פירש כך הרב שקאפ את הדברים, שם הוא צעד בנתיב הדומה יותר לדרך הפרשנית הראשונה שהסתמכה אך ורק על מבחן גמירת דעתו של בעל הנכס.

יטען הטוען כנגדי כי אף הסבר זה לוקה בפגם 'העיקר חסר מן הספרי' שכן התלמוד נימק את דין רב הונא בטענת "אגב אונסיה גמר ומקנה" ולא הזכיר דבר וחצי דבר לגבי הדרישה כי תוכן החוזה צריך שיהיה מאוזן וסביר. סבורני כי טענה זו אינה בדין. שיש צורך להרחיב את טעמו של רב הונא ונימוקו מעבר לאמור בתלמוד עצמו – זה אין צריך לומר, שכן כפי שנוכחנו לדעת בעצם ההטעמה כי "אגב אונסיה גמר ומקנה" אין כדי להסביר את הגיון האבחנה בין 'תליוהו וזבין' ובין 'תליוהו ויהיב'. אך בעוד הדרך הפרשנית הראשונה שנסקרה לעיל מוסיפה על האמור בתלמוד דברים הנוגדים את פשטו הרי שהדרך הפרשנית הנוכחית חושפת הנחה סמויה העומדת בעצם בסיס הדיון התלמודי בסוגיה זו. ואבאר. הטענה כי לא האונס מביא לגמירת דעת המוכר אלא שילוב האונס ומתן הדמים הם הגורמים זאת אינה עולה בקנה אחד עם פשטה של הקביעה כי "אגב אונסיה גמר ומקנה". מאידך גיסא, הטענה כי הורדת רף דרישת גמירת הדעת (כפי שהיא מקופלת בקביעה "אגב אונסיה גמר ומקנה") מבוססת על ההנחה כי חוזה מאוזן לפנינו – 'תליוהו וזבין' ולא 'תליוהו ויהיב' – טענה זו אינה אלא ניתוח מחדש של האמור בגוף סוגיית התלמוד עצמו. הלא רב הונא עצמו הוא שהגביל מראש את דבריו למקרה 'תליוהו וזבין' והוציא בכך חוץ לדיון את מקרה 'תליוהו ויהיב'.

כאן אין אני יכול להימנע מלהזכיר את הפוטנציאל הקיים בפרשנות זו עבור הבהרת דבריו המוקשים, לכאורה, של רב האי גאון. כך הציג רב האי את דין 'תליוהו וזבין':

"אבל מה שאנו צריכים להודיע את הדין במי שנתן לו דמי הקרקע כשוויו ואנסו על מכירתו והעיד עליו עדים, שאנו מכל מקום כיוון שנתן את שוויו אין עלינו מאותו אונס כלל, לפי שנאמד את דעתו כיוון שנתן את שוויו שמא נתרצה"³⁸⁵.

התמיהה העולה מתוך דברי רב האי מחוורת למדי: אם אין לייחס וודאות להתרצות הנכפה, ואומדן דעתו לא מוביל אלא למסקנה "שמא נתרצה", כיצד, אם כן, ניתן להעניק תוקף לחוזה על בסיס השערה שכזו? וכי ספק ממין זה לא היה ראוי להוביל למסקנת העמדת הנכס בחזקת בעליו, קרי לביטול תוקפו של החוזה?³⁸⁶ דומני כי דברים אלו של רב האי גאון פותחים צוהר לתובנה כי אכן גמירת דעת הנכפה אינה מהווה תנאי מספיק לתקפות המכר, ושמא אף אין היא תנאי הכרחי. תוקף החוזה נשען בראש ובראשונה על מבחן תוכנו – "שנתן לו דמי הקרקע כשוויו" – ודרישת גמירת הדעת אינה לכל היותר אלא תנאי נוסף לתקפות החוזה; לדידו של רב האי גאון נוסף ונאמר כי אף אין צורך בהגשמה וודאית של גמירות דעת הנכפה, ודי לנו באפשרות הגשמתה³⁸⁷.

כבדרך אגב נוסף ונעיר כי מקור לתובנה זו ניתן למצוא בסוגיית 'דברים שבלב'. ברצותה לעגן את קביעתו של רבא כי "דברים שבלב אינם דברים" הביאה סוגיית התלמוד את הדין המאפשר לכפות על אדם הבאת קרבן. את ההוכחה ממקור זה מנסח התלמוד כך:

³⁸⁵ ספר המיכה והממכר, שער לא.

³⁸⁶ ראה תמיהותיו של בעל הפירוש 'עמק השער' לדברים אלו של רב האי גאון, וכן ראה מסקנתו: "ובודאי צריך לומר דגם רבינו מכיון לומר דודאי מתרצה אלא מכיוון דאותו הוודאות הוא מחמת אומדנא קרי לה בלשון שמא נתרצה, וצריך עיון".

³⁸⁷ ניתוח זה מבוסס על גירסת ספר הממכר בדפוס וויין, שנת 'ישרים'. גרסה זו אף הובאה בספר **גנזי גאונים** (בבא בתרא, עורך: הרב יקותיאל כהן, ירושלים תשנ"ה), עמ' ריא. בספר זה (עמ' ריב) הובאה גם גירסת דפוס ונציה של ספר המיכה והממכר, ממנה משתמע כי אומדן גמירת דעתו של הנכפה הנו וודאי ולא אפשרי בלבד: "הקונה באונס שאנס חבירו למכור לו שדהו וידוע לכל שבאונס מכר, אבל קיבל הדמים שלמים מכירתו מקויימת אף על פי שידוע לנו שהיה מאניסו, מתוך שהיה לו למסור מודעא על אונסו ולא מסר נתרצה ומכר, כמו שאמרו תלמי וזבין זביניה זביני, וגם המכירה הזאת מתבררת ומתקיימת בתשלום הדמים".

”מנא ליה לרבא הא ? אילימא מהא דתנן : 'קריב אותו' – מלמד שכופין אותו, יכול בעל כרחו ? תלמוד לומר 'לרצונו', הא כיצד ? כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ואמאי ? הא בליביה לא ניחא ליה ? אלא לאו משום דאמרין דברים שבלב אינן דברים. ודילמא שאני התם דאנן סהדי דניחא ליה בכפרה...“³⁸⁸.

מדברים אלו ניכר כי הסוגיה מניחה שאין הכפייה יוצרת רצון ממשי בלב הנכפה, אדרבה 'בליביה לא ניחא ליה'. תקפות מעשה הבאת הקרבן נעוץ באחד משני הטעמים הבאים : משום ש'דברים שבלב אינם דברים' או לחלופין משום שסיבה ייחודיות מביאה לייחס לנכפה במקרה ספציפי זה רצון מלא וממשי ('דניחא ליה בכפרה'). אך מכאן גם משתמע כי על דרך הרוב הכפייה יוצרת רצון מן השפה ולחוץ ולא רצון ממשי בלבו של הנכפה³⁸⁹. כפרפרזה על האמור בסוגיית 'תליוהו וזבין' נוכל לומר כי לדידה של סוגיית 'דברים שבלב' החוזה הכפוי תקף כיוון שאגב אונסיה גמר בשפתיו ומקנה, ואף אם בליביה לא ניחא ליה. מסתבר, אפוא, כי התובנה העומדת ביסודם של דברים אלו היא כי הכפייה אינה יכולה ליצור גמירות דעת מלאה בלבו של האדם, ושמה זהו מוצא קביעת רב האי גאון לגבי הנכפה - "שמא נתרצה".

סוף דבר מוצאים אנו כי דברי התלמוד - "אגב אונסיה גמר ומקנה" – אינם אלא חלק מהצדקת דינו של רב הונא, שכן דברים אלו מבוססים על ההנחה המקדמית כי לפנינו חוזה מכר שתמורותיו המחולפות שקולות ומאוזנות. אכן רב הונא נכון היה להוריד את רף דרישת גמירת הדעת ולהכיר בגמירת דעתו של הנכפה כמספקת, אך הורדה זו של רף דרישת גמירת הדעת יכולה הייתה שתיעשה רק בתיאום עם הקפדה על היות תוכן החוזה דו-צדדי ומאוזן כראוי.

4.5.5 סיכום

העולה מן המקובץ כי שתי דרכים שהן שלוש נפתחות בפנינו להבהרת הגיון דינו של רב הונא. על פי השיטה הפרשנית (המוצאת את ביטויה בדברי רוב הראשונים) דינו של רב הונא מבוסס על מבחן אחד ויחיד בפניו מועמד החוזה הכפוי – מבחן גמירת דעת בעל הנכס. מבחן זה הנו תהליכי בעיקרו באשר הוא אינו מתייחס לתוכן החוזה או לסוגו. האבחנה בין חוזה 'תליוהו וזבין' ובין חוזה 'תליוהו ויהיב' מבוססת, על פי גישה זו, על יסוד הבדלים בגמירת דעתו של בעל הנכס. הדרך הפרשנית השניה מתקשה להכיר בהבדלים משמעותיים בין גמירת דעת הנכפה למכור את נכסיו ובין גמירת דעת הנכפה לתתם בלא תמורה; זה כמו זה אינם מעוניינים בויתור על זכות בעלותם על הנכס, וזה כמו זה נכונים לבצע זאת לשם ביטול הכפייה והאיומים. על כן מאמצת שיטה פרשנית זו מבחן נוסף המשתלב במבחן גמירת דעת הבעלים. כאן הצבענו על שתי תתי-אפשרויות להבהרת מהלך זה. אליבא דאפשרות אחת המבחן הנוסף הנו מבחן סוג החוזה. בהינתן כי לפנינו

³⁸⁸ קדושין מט, ב.

³⁸⁹ מסתבר כי בכך תתיישב הקושיה שהקשה וייס על דברים אלו של התלמוד. וייס הקשה כי אין כל מקום להשוואת בעיית דברים שבלב עם בעיית הכפייה. בעיית דברים שבלב עוסקת באקט רצוני המלווה בחסתייגות פנימית של האדם שהוא אינו מביעה בשפתיו, ואילו בעיית הכפייה עוסקת באקט המסתמך על רצון שהושג בדרך של כפייה. ובלשונו: "מה לבעיית תוקף משפטי של דברים שבלב של המסכים – האומר רוצה אני מחמת כפייה, לדברים שבלב של המסכים – המוכר מרצונו מטעם שלו ולא פירש מה שבלבו. פה הבעיה היא אם יש תוקף משפטי להסכמה שמתוך כפייה, וכאן השאלה היא אם יש תוקף לדברים שבלבו, שלא פירשם בשעת הסכמה שמרצונו, תוקף משפטי של תנאי המגביל את הסכמה זו ועושה אותה תלויה בה, או לא" (א' וייס, **מחקרים בתלמוד** (ירושלים, תשל"ה) עמ' 192). לדידנו קושיה זו מתיישבת בנקל. אף הרצון הבא מחמת כפייה לוקה בבעיית דברים שבלב, שהרי אין הוא אלא רצון מן השפה ולחוץ; אומד גמירת דעתו האותנטית של אדם זה מטילה בספק את מידת התרצותו. מכאן נסיונו של התלמוד להקיש מסוגיית הכפייה על סוגיית דברים שבלב.

חוזה מכר אזי דרישת גמירת הדעת מונמכת וגמירת דעת המתגבשת כתוצאה מכפיה הנה מספקת, ובהינתן כי לפנינו חוזה מתנה אזי דרישת גמירת הדעת מוגבהת ורק גמירת דעת המתגבשת מהחלטה רצונית וחופשית תהיה מספקת. אנו העדפנו דרך פרשנית חלופית, על פיה יש להציב מבחן נוסף שונה, שהנו פורמאלי פחות ומהותי יותר. מבחן נוסף זה מעריך את מידת הגינות תוכן החוזה ושקילות תמורותיו. הנכונות להוריד את רמת דרישת גמירת הדעת ולהסתפק בכזו הנובעת מכפיה תלויה בהיות תוכן החוזה מאוזן ומחלק את הזכויות הכלולות בו בין שני הצדדים בדרך הוגנת. מאידך גיסא, דרישת הבעת גמירת דעת רצונית וחופשית תבוא במקום בו תמורות החוזה אינן שקולות, שלא לומר במקום בו לפנינו חוזה המקנה יתרונות לצד אחד בלבד על גבי הצד שכנגד. כמקרה בוחן לשתי תתי-אפשרויות אחרונות אלו הצענו את המקרה בו כופה הקונה את בעל הנכס לכרות עמו חוזה מכר שיש בו מתן תשלום חלקי בלבד של שווי השוק של המוצר.

בין כך ובין כך נלמד כי מבחן גמירות הדעת, המוצהר בסוגיית התלמוד כעומד במרכז דינו של רב הונא, מבוסס, למעשה, על מבחן מקדים של תוכן החוזה. ככל שתוכן החוזה סביר היה בעיניו של רב הונא וממלא את דרישות הצדק החוזי המהותי כך הוא היה נכון להקטין את דרישותיו של עקרון הצדק החוזי התהליכי ולהנמיך את רף דרישת גמירת דעת הצדדים. את הסעיף הבא נקדיש לעיון במשמעויות הפילוסופיות של עמדה זו.

4.6 הצדק החוזי והחוזה הכפוי - בחינה ביקורתית

סעיף זה יוקדש להעלאת האמור בפרק הנוכחי לרמת הפשטה גבוהה יותר, ובו ננתח את העמדות השונות שנסקרו בפרק זה מפרספקטיבת השפעתן האפשרית על גיבוש תיאוריית הצדק החוזי. הבה ונסכם בקצרה את העמדות עליהן עמדנו בפרק זה. גישת המקורות התנאיים היא כי מכר כפוי אינו תקף. החריגים לכלל זה – גט מעושה, כפייה על הקרבן ומעשה סיקריקון (בתקופות מסוימות) – יוצאים ומלמדים על הכלל כי רק במקרים בהם חכמי המשנה מעוניינים במיוחד בהשגת תוצאה מסוימת הם יהיו נכונים להנמיך את רף דרישת גמירת הדעת ולהסתפק ברצון הבא מחמת כפייה. בשאר המקרים, בהם ההלכה שוות נפש בשאלה האם חוזה פלוני ייכרת סוברים מקורות אלו כי יש צורך בגמירת דעת גבוהה, ואין הרצון הבא מחמת כפייה יכול לספק זאת. לעמדה זו יש לצרף גם את רב ביבי המתנגד על פי סוגיית התלמוד לדינו של רב הונא, את רב נחמן בשם שמואל, ובמידת מה אף את רבא הפוסק אמנם כרב הונא אך חותר לצמצום ממשי של תחולת דינו. המשמעות התיאורטית של גישה זו היא קיומה של דרישה מצטברת של תקינות תהליכית ותקינות מהותית של החוזה. לאמור, חוזה תקף יהיה חוזה אשר הן תוכנו סביר ומאוזן (כפי שנובע, למשל, מדיני אונאת מחיר) והן חוזה אשר תוכנו הושג מכוח הסכמתם החופשית והרצונית של הצדדים. זוהי אפוא תפיסת מבחנים אלו כמבחנים הכרחיים, הדורשת את קיומם המצטבר. שתי דרישות אלו לצדק חוזי – מהותי ותהליכי – מתקיימות זו בצד זו וכמעט שאינן מחסרות זו ממלכותה של רעותה. אמנם הסכמה חוזית של הצדדים שהנה חופשית ורצונית לא תזכה באופן אוטומטי להכרת הדין, שכן תוכנה יעמוד במקביל למבחן הסבירות וההגינות, אך כן הוא גם לאידך גיסא: תוצאה חוזית שהנה הוגנת וסבירה לא תזכה להכרת הדין באם יתעורר חשש לגבי מידת חופש הרצון של הצדדים שעמד ביסוד התהוותה של תוצאה חוזית זו. הצדק

החוזי מורכב, אם כן, על פי שיטה זו משני יסודות מקבילים והכרחיים – החירות והשקילות, ואין הגשמת האחד יכולה שתחפה על היעדר זולתו.

מנגד ניצבת גישתו של רב הונא הנכון עקרונית להעניק לחוזה המכר הכפוי את תוקפו. בסעיף זה נתייחס אל הכיוון הפרשני לדינו של רב הונא הנראה בעינינו כמסתבר יותר. כזכור, על פי כיוון פרשני זה הנמיך רב הונא את רמת דרישת גמירת דעת המוכר בהתאם למידת עמידת החוזה במבחן הגינות תוכנו ושקילות תמורתיו. נכונותו של רב הונא להעניק תוקף לחוזה המכר הכפוי באה מחמת שתוכנו מאוזן ועל כן די לו בגמירת דעת ברמה מינימלית (להוציא התנגדות גלויה של המוכר לחוזה³⁹⁰). אם נפשט את דינו של רב הונא נמצא כי לדידו הדומיננטיות של עקרון הצדק החוזי המהותי דוחקת במידה רבה את מקום פעולתו של עקרון הצדק החוזי התהליכי. תפיסתו של רב הונא את עקרונות אלו היא כמבחינים מספיקים. על פי רב הונא אין צריך כי החוזה התקף יעמוד בהצלחה בכפל המבחנים – מבחן סבירות תוכן החוזה ומבחן רצוניות הצדדים בעת תהליך כריתתו; די כי החוזה יעמוד בהצלחה במבחן סבירות תוכנו, ומשימצא כי התמורות המוחלפות בו שקולות וכי החוזה אינו מקנה יתרון חריג לאחד מן הצדדים על גבי הצד שכנגד, יהיה נכון רב הונא להעניק לחוזה את תוקפו, וזאת חרף עמידת החוזה במבחן התהליכי של רצוניות הצדדים באופן רעוע למדי. אמנם עקרון הצדק החוזי המהותי אינו מבטל לחלוטין את מקומו של עקרון הצדק החוזי התהליכי אך הוא בהחלט דוחקו למקום משני בחשיבותו ובתרומתו לעיצוב עולם החוזים. על פי גישה זו הצדק החוזי מורכב משני יסודות מתחרים, המוציאים במידת מה זה את זה – החירות והשקילות. אם לפנינו חוזה שתוכנו שקול אין צורך כי דרך כריתתו תעמוד במבחניו המחמירים של עקרון החירות.

נמצאים אנו למדים כי לפנינו שתי גישות לגבי מערכת היחסים העקרונית שבין עקרון הצדק החוזי המהותי ובין עקרון הצדק החוזי התהליכי. על פי הגישה הראשונה שני עקרונות צדק חוזי אלו הנם שני עקרונות בעלי מכנה משותף; אמנם שונים הם, אך שונותם אינם מטשטשת את השתתפותם במאמץ מרוכז אחד – הגשמת הצדק החוזי. מכאן כי אין כל תמיהה ביצירת סינתזה בין שני עקרונות אלו הבאה בדמות חתירה להעמדת החוזה התקף בשני מבחינים עצמאיים אך מצטברים – מבחן הגינות תוכנו ומבחן תקינות תהליכי כריתתו. מנגד, גישת דין רב הונא היא כי שני עקרונות אלו מוציאים במידה רבה זה את זה. הקפדה על סבירות תוכן החוזה מיייתרת במידה ידועה את הצורך בהקפדה מחמירה על תקינות תהליכי כריתתו. מכאן, כי במידה והכיר רב הונא כי לפנינו חוזה מכר אשר כל דמיו שולמו לבעל הנכס אין הוא דורש עוד כי תוכן זה יושג בצורה חופשית ורצונית מלאה, ודי לו כי התרצותו של אחד הצדדים תושג בכל דרך שהיא ואפילו בעטייה של כפייה. מכאן לא נובע, כמובן, כי הקריטריונים לתקינות תהליכי הכריתה אינם חשובים כלל בעיני רב הונא. במקרים רבים אין בידינו להכריע האם תוכן החוזה מאוזן ותמורתיו שקולות, ובמקרים אלו אנו נתנה את תוקף החוזה לכל הפחות בתקינות תהליכי כריתתו, ובנביעתם מהסכמה חופשית ומשותפת של הצדדים. דוגמה מובהקת לכך היא חוזה המתנה. על פי תוכנה מעניקה המתנה יתרון חד-צדדי למקבל על גבו של הנותן ואין היא כלשעצמה עומדת בדרישה כי תוכן החוזה יהיה מאוזן וסביר. על כן, חוזה המתנה יקבל את תוקפו רק בהינתן כי הוא מבוסס על עמידה בדרישה המחמירה ביותר של גמירות דעת הנותן, קרי בהיווצרותה

³⁹⁰ ראה לעיל ליד העי"ש 347.

מהחלטה רצונית של הנותן הנטולת השפעת לחצים ואיומים. אך בהינתן כי לפנינו חוזה מכר אשר תוכנו הוכר כמאוזן ותמורותיו שקולות אין עוד צורך בהצבת רף גבוה לגמירת דעת הצדדים, ואין עוד צורך בהקפדה דווקנית על כללי תהליך הכריתה. הצדק החוזי יוגשם, אפוא, אליבא דשיטה זו באחת משתי הדרכים הבאות: בהקפדה מחמירה על הגינות תוכנו ושקילות תמורותיו, ובמקרה זה שאלת רצונם החופשי של הצדדים בעת הכריתה תהיה משנית בלבד, או לחלופין בהקפדה מחמירה ביותר על הסכמתם החופשית של הצדדים בעת הכריתה, ובמקרה זה שאלת סבירות תוכן החוזה תהיה משנית בלבד. זוהי, אם כן, התשתית התיאורטית המצטיירת לאור הקביעה כי "תליוהו וזבין - זביני זביניה".

כאן ברצוני לעבור לבחינה ביקורתית של עמדת רב הונא. אדגיש כי בחינה ביקורתית זו אינה מבוססת על שיקולים השאובים מתוך מערכת חשיבה חוץ-הלכתית ואף לא על כאלו הלקוחים ממקומות אחרים בדין העברי עצמו; בחינה ביקורתית זו מבוססת על יסודותיו של דין רב הונא כשלעצמו. את דברי אביע תחילה בדרך תיאורטית, אך כפי שאציג בהמשך מסתבר בעיני כי את ניצניהם ניתן לזהות כבר בדברי אמוראים וראשונים. הבה ונקבל כי אכן די לנו בהבטחת סבירותו של תוכן החוזה ושקילות תמורותיו ובמידה והדבר יוגשם אין אנו רואים עוד ערך מרכזי בהקפדה מחמירה על רצוניותם החופשית של הצדדים בעת כריתת החוזה. דא עקא, אם נעיין שנית בדבר נגלה כי הפרת תקינות תהליכי הכריתה בדמות השתלטות רצונו של צד אחד על הצד שכנגד עשויה בהחלט להפוך חוזה שתמורותיו שקולות ותוכנו הוגן לחוזה שהנו מעוול בתוכנו ובמהותו. הא כיצד? דינו של רב הונא יהווה עבורנו את הדוגמה הטובה ביותר לטיעון זה. לפנינו אדם שאינו רוצה למכור נכס זה ואפילו תמורת קבלת מלוא שווי הכספי. במידה והקונה כפה עליו את מכירת הנכס מעניק רב הונא לחוזה זה את תוקפו מחמת שתוכנו סביר ומאוזן, שהרי תמורותיו שקולות ומלוא תמורתו הכספית שולמה למוכר. אך הבה ונשאל עצמנו האמנם אכן זהו תוכן סביר ומאוזן? האם ההערכה הפיסקלית כי לפנינו תמורות שקולות אכן מלמדת כי תמורות אלו הן שקולות בעיני בעל הנכס? והלא הוא עצמו העדיף את הנכס עצמו על פני תמורתו הכספית? לו הוא היה מבכר מזומנים על פני הנכס הרי בעצמו הוא היה יוזם את המכירה (ולכל הפחות נכון להסכין עמה בנקל); התנגדותו הראשונית למכירה (קודם הפעלת הכפיה) היא שמשקפת את העדפתו את הנכס עצמו על פני שווי. הווי אומר: ההערכה המתמטית של שקילות התמורות עלולה שלא למצות את שאלת סבירות תוכן החוזה, שכן ערכו הכלכלי של נכס אינו ממצה את מהותו עבור בעליו. האדם מעוניין בנכס זה לא רק כגילום שווי מסוים אלא גם כשלעצמו, ושווי אינו ממצה תכונה זו שלו. לשון אחר: הקפדה כי מלוא שווי של הנכס ישולם למוכר עודנה אינה מבטיחה כי הוא יקבל את מלוא שווי, שהרי ערכו של הנכס עצמו גדול בעיני בעליו מתמורתו המלאה.

אם נדקדק נמצא כי למעשה הדבר תלוי באופן בו בוחרים אנו לנתח את דמויותיהם של המוכר והקונה, את רציותיהם ואת העדפותיהם. אפשרות אחת לניתוח דמויותיהם של הצדדים לחוזה, ודומני כי היא המנחה את דינו של רב הונא, היא באופן טיפולוגי כשני שחקני שוק. ערכו של נכס, על פי ניתוח זה, ימדד על פי ערכו בעיני כלל משתתפי השוק, לאמור, על פי שווי הכלכלי ועל פי כוח הקניה הגלום בו. בהקשר זה אכן הקפדה על שקילות התמורות מניבה חוזה שתוכנו הוגן, באשר הוא מבטיח את אי קיפוח מי מהצדדים. ובצורה אחרת: תרגום הנכס לכוח הקניה הגלום בו אכן מוביל למסקנה כי תשלום מלוא התמורה אינו מחסר מכוח הקניה של הבעלים ועל כן גם אינו מקפחו. אך אפשרות שניה לניתוח דמויותיהם של הצדדים לחוזה היא כאינדיבידואלים, אשר

העדפותיהם של כלל משתתפי השוק אינם מייצגים אותם נאמנה. ככאלו, ייתכן וערכו של נכס פלוני יהיה יקר בעיני מי מהם למעלה משוויו הכלכלי המקובל בשוק, שהרי החזקתו בנכס זה אינה רק עבור כוח הקניה הגלום בו. בהקשר זה הקפדה על שקילות פיסקאלית של התמורות לא תגן על המוכר מפני הקיפוח שבחווזה הכפוי. אף אם דין 'תליוהו וזבין' יבטיח כי המוכר יקבל את מלוא תמורתו הכספית של הנכס אותו הוא אולץ למכור, לא יהיה בכך כדי לפצותו באופן מלא על אובדן הנכס, שהרי הנכס יקר היה בעיניו מתמורתו הכספית. ניחא אם דין 'תליוהו וזבין' היה מוגבל לאדם המעוניין עקרונית למכור נכס זה (אך לא לקונה ספציפי זה), ובא קונה זה וכפהו למכור לו את הנכס, אזי ברור למדי כי ערכו של הנכס בעיני בעליו מתמצה בשוויו הכספי, ומכאן נחיצות ההקפדה על שקילות התמורות במקרה זה. אך לא כך הם פני הדברים במקרה הנידון בסוגיה זו. ייתכן בהחלט ומוכר זה מסרב עקרונית למכור את הנכס, שכן ערכו של הנכס עולה בעיניו על מלוא תמורתו הכספית. לגבי אדם זה הקפדה על שקילות התמורות עלולה שלא להוות הגנה מספקת מפני קיפוח. נמצאנו למדים כי הצדקת דינו של רב הונא על גבי הטענה כי החווזה הוגן ומלוא תמורתו שולמה למוכר מבוססת על התייחסותנו למוכר זה כשחקן שוק טיפוסי, אך היא תתקשה לעמוד באם נתייחס אליו כאינדיבידואל בעל סולם העדפות ייחודי.

הרציונל העומד ביסודה של בחינה ביקורתית זו הוא כי לכאורה קשה עד בלתי אפשרי לנתק בין שאלת סבירות תוכן החווזה ובין שאלת אופן התהוותו. שני מבחנים אלו – התהליכי והמהותי – מובחנים אמנם עמוקות זה מזה אך גם לא ניתנים להנתק זה מזה לחלוטין. ניתוק מלאכותי בין שני רבדים אלו של החווזה – בין תוכנו ובין דרך התהוותו – אכן עשוי להוביל למסקנה כי חווזה בעל תוכן סביר, מאוזן ולכן צודק יכול שיצמח מתוך תהליך חד-צדדי ובלתי הוגן. אך למעשה, סינתזה טבעית של שני רבדים אלו תוביל למסקנה כי חווזה סביר, מאוזן, וצודק חייב להיות גם חווזה המבטא את הסכמתם החופשית והמשותפת של הצדדים, שהרי הסכמה חופשית זו היא המשקפת את סולם העדפותיהם האישי והייחודי. רק מכוחה של הסכמה משותפת וחופשית לחלוטין יכולים אנו ללמוד על סולם העדפותיהם האישי של שני הצדדים לחווזה, ובהתאם לקבוע האם התוכן החוזי מאוזן וסביר בקונטקסט ייחודי זה. כמובן, הסכמה חופשית ומשותפת של הצדדים אינה מבטיחה כי חווזה בעל תוכן צודק לפנינו; הלא כל דיני אונאת מחיר לא באו אלא להתמודד עם חווזה שהושג בדרך חופשית אך שיש במחירו כדי לקפח את אחד הצדדים. אך גם לאידך גיסא, הקפדה פיסקלית על שקילות התמורות בלא שהוכח כי הן באו מכוחה של הסכמה חופשית ומשותפת, אף היא עשויה להביא לחווזה בעל תוכן מקפח ובלתי מאוזן. הגשמת הצדק החוזי המהותי בעצמו חייבת לצמוח גם מתוך הבטחת חירות הצדדים בעת תהליכי הכריתה ולא רק מתוך הערכת תוכן החווזה. תשלום מלוא דמי הנכס במסגרת מכירה כפויה לעולם תעניק למוכר פחות מכדי מלוא תמורת הנכס, שכן הנכס יקר בעיניו בעליו יותר מכדי תמורתו.

למעשה, בחינה ביקורתית זו אינה חייבת להישען דווקא על הסברי לדין רב הונא, אם כי היא מחוורת יותר לאורו, והנה גם עשויה לצוץ לאור ההסברים האפשריים שהצבנו לעיל לדין זה. טול, למשל, את ההסבר כי המכר הכפוי תקף מחמת שיאגב זווי ואונסי גמר ומקנה³⁹¹. הלא גם לדין של הסבר זה מסתבר כי כדי שיביא הממון לגמירת דעת המוכר כראוי צריך שהוא יהיה

³⁹¹ לעיל סעיף 4.5.2.

בגובה שוויו של הנכס, ואם הוא יפחת מכך יהיה בדבר כדי לפגום בגמירות הדעת הדרושה³⁹². ניחא אם המדובר באדם המעוניין עקרונית למכור נכס זה (אך לא לקונה הנוכחי) אז ניתן היה להעריך את מתן מלוא שווי הנכס כתורם משמעותית לריצוי המוכר, אך בהינתן כי אדם זה כלל אינו מעוניין במכירת הנכס ומייחס ערך רב יותר להחזקת הנכס עצמו על פני קבלת תמורתו הכספית, האם ניתן לאפיין מוכר זה כמתרצה על ידי קבלת התמורה הכספית של הנכס?! האם מלוא התמורה שולמה לו בעוד הוא מעריך תמורה כספית זו כנחותה לגבי הנכס עצמו?!

נחזור ונדגיש כי בחינה ביקורתית זו אינה מבוססת על ניתוח דין רב הונא לאור רציונלים חיצוניים לו, אלא לאור השיקולים העומדים ביסוד דין זה כשלעצמו. אם נעניק לביקורת תיאורטית זו מידה של ריאליזציה קונקרטיית נאמר כי לאור דרישתו של רב הונא כי מכר כפוי יהיה תקף אם ורק אם מלוא תמורת הנכס שולמה לבעליו הרי שלכאורה המכר הכפוי יתקשה לעמוד בתנאי זה שכן המוכר הנכפה לא יקבל את מלוא תמורת הנכס הנופלת בשוויה מן הנכס עצמו. הדרך היחידה להצדקת מדיניות זו היא על ידי זיהוי סולם העדפותיו של המוכר עם המקובל בין שחקני השוק, לאו דווקא על ידו כאינדיבידואל. רק בדרך זו נקבל כי תמורתו המלאה של הנכס אכן שווה בערכה לנכס עצמו, אך דרך זו לניתוח סולם העדפות המוכר היא גופה זקוקה לטעם ולהצדקה.

המעין בדבר ימצא הדים חלקיים לדברים אלו בדין מר בר רב אשי. על בסיס דין רב הונא, המעניק תוקף למכר הכפוי, קבע אמימר כי אף בתחום האישות "תליוה וקדיש קדושי קדושין"³⁹³. כתגובה לכך הובאו דברי מר בר רב אשי³⁹⁴ אשר טען כי לגבי מקרה של כפיית אשה להתקדש אין ראוי להכיר בקידושין כפויים אלו:

"באשה וודאי קידושין לא הוו; הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו עמו שלא כהוגן, ואפקעינהו רבנן לקידושיה מיניה".

דברים אלו מעוררים מספר תמיהות:

א. אם אכן מן הבחינה המשפטית דומה כפיית אשה להתקדש לכפיית אדם למכור נכס מסוים, אזי מדוע מאפיין מר בר רב אשי את הכופה אשה להתקדש כעושה 'שלא כהוגן', והרי הלכה כרב הונא הסובר כי 'תליוהו וזבין זביני זביניה', ולא פסל רב הונא מכר זה מחמת שהכופה נהג עם הנכפה שלא כהוגן?³⁹⁵

ב. ואם אכן רואה מר בר רב אשי את הכופה כנוהג 'שלא כהוגן', מדוע לא טבע הוא כלל גורף יותר, המכיל אף את מקרה 'תליוהו וזבין' עצמו, כך שהתוצאה תהיה: "הוא (הקונה) עשה עמו (המוכר) שלא כהוגן, לפיכך עשו עמו שלא כהוגן"³⁹⁶?

³⁹² וראה לעיל ליד הע"ש 383.

³⁹³ בבא בתרא מח.ב. בדברי אמימר רבו הגרסאות, אשר בעיקרן נפלגו בשאלה האם מדובר על כפיית האיש לקדש (תליוהו וקדיש) או כפיית האשה להתקדש (תליוהו וקדיש) אך לשם הבהרת תגובתו של מר בר רב אשי למימרה זו אין אנו צריכים להתעכב בדבר.

³⁹⁴ כך בדפוס שלפנינו, ובחלק מכתבי היד – רב אשי; על כך ראה י' פרנצוס, 'עוד ליכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש', סיני עז (תשל"ח), עמ' צא.

³⁹⁵ "וכי מפני שתלאה לאשה זו עד שנתרצית להיות לו לאשה, יתירו בית דין ערוה גמורה של תורה שלו, על לא חמס עשה, ולא נבלה בישראל! שהרי איתתא בכל דהו ניחא לה, ואם תחילתה באונס סופה ברצון!" (הילפרין, תשובות באנשי אוון (פרנקפורט, תר"ח), מכתב יג, עמ' 66).

³⁹⁶ אכן הרשב"ם קבע אבחנה זו אך לא נימקה: "מר בר רב אשי אמר – במכר מודינא דהו זביני אבל גבי אשה תקון רבנן דלא ליהו קידושין דהוא עשה שלא כהוגן שהכריחה לפיכך נעשה עמו שלא כהוגן שלא כדין...". בהערה נציין את המובן מאליו כי לא ניתן להצדיק אבחנה זו בטענה כי הכלים העומדים לרשותנו בדיני ממונות להפקעת החוזה

ג. שמא תאמר כי כפיית אשה להתקדש דומה מבחינה משפטית למקרה 'תליוהו ויהיב', ושעל כן חפץ מר בר רב אשי לבטל את תוקפם של קידושין אלו, מדוע אפוא עליו להטעים את הדבר בטענה 'לפיכך עשו עמו שלא כהוגן', והלוא הדבר הנו כהוגן, באשר המתקדשת מחוסרת את גמירת הדעת הדרושה לכך, ואין צורך בהפקעה מיוחדת של קידושין אלו ?

ד. כיצד יכול מר בר רב אשי לאפיין את פסילת קידושין אלו כ'לא כהוגן', והלא אם כך היא הלכה – ויהא טעמה של הלכה זו אשר יהיה - הרי הדבר בהחלט כהוגן ?³⁹⁷ 'וכי בית דין העושים סייג לתורה ולתקון העולם, שלא כדין הם עושים ? הלוא זו כוחם לאלוה ?'³⁹⁸

דומני כי את דברי מר בר רב אשי יש לראות כנובעים מתוך קושי פנימי הקיים בדברי רב הונא, אשר גם אם אין הוא חמור בעיני מר בר רב אשי עד כדי דחיית דין רב הונא בכללותו הריהו מכל מקום מונע את תחולתו המתבקשת במקרה של כפיית אשה להתקדש. ואבאר. ראשית עלינו לקבוע כי מתוך דברי מר בר רב אשי עולה כי מעיקר הדין, על פי הגיון דין רב הונא (שנפסק, כאמור, להלכה) יש להעניק תוקף אף לקידושין כפויים אלו, שכן אין הצדקה לכאורה שלא לומר אף במקרה זה 'אגב אונסה גמרה והתקדשה'; אם המכר הכפוי תקף הוא כן הוא לגבי הקידושין הכפויים. זאת למדים אנו מתוך שמר בר רב אשי אינו טוען כי קידושין אלו אינם תקפים מעיקרם אלא תוקפם מופקע באופן מלאכותי על ידי חכמים³⁹⁹. מכאן נסיק כי על פי טבעם דומה כפיית אשה להתקדש למקרה 'תליוהו וזבין' ולא למקרה 'תליוהו ויהיב', ושעל כן מן הראוי על פי עיקר הדין להעניק לקידושין אלו את תוקפם. טעם הדבר נעוץ, ככל הנראה, בעובדה כי עצם הקידושין נחשבים מן הבחינה ההלכתית כדבר שיש בו מתן תמורה מלאה לאשה⁴⁰⁰.

מהו אפוא טעם פסילת תוקפם של קידושין אלו ? טעות תהיה בידינו, לעניות דעתי, אם נקבע כי מר בר רב אשי מתבסס בדבריו על דרישה עקרונית כי רף גמירת הדעת הדרושה לקידושין יהיה גבוה יותר מרף גמירת הדעת הדרוש למכר. אם כך היה, וגמירת הדעת הדרושה לקידושין הייתה צריכה להיות כזו המתגבשת באופן חופשי ורצוני לחלוטין, לא היה צריך מר בר רב אשי להיזקק לכלל 'אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה' שהרי לא התגבשה רציה מספקת אצל האשה, ואין הקידושין תקפים מעיקר הדין. אמור מעתה: דרישת גמירת הדעת בקידושין מקבילה לדרישת גמירת הדעת במכר, ומכאן האפשרות עמה מתמודד מר בר רב אשי כי אכן קידושין כפויים אלו יהיו תקפים⁴⁰¹.

שונים מן הכלים העומדים לרשותנו בדיני אישות, שכן בכך יש אולי כדי להצדיק שוני במנגנון הפקעת תוקף החוזה הכפוי אך לא את עצם ההכרעה שלא להפקיעו. וראה גם חידושי חתם סופר, בבא בתרא, מח, ב.
³⁹⁷ וראה גם תוס', כתובות פו, א, ד"ה 'ההוא', ממנו משתמע כי עצם חריגה מן הדין אינה נחשבת כשלעצמה 'שלא כהוגן' באם היא מעוגנת כראות בחריגי הדין עצמו, וכל שכן בנידון שלפנינו בו נקבעת גוף ההלכה עצמה.
³⁹⁸ היילפרין, **תשובות באנשי אוון**, עמ' 68.

³⁹⁹ אינני נכנס כלל ועיקר בשאלת הבנת טיב הכלי המשפטי בו נעזר מר בר רב אשי – אפקעינהו רבנן לקידושה מיניה – אם הנו מבוסס על כלל 'הפקר' ב"ד הפקר' או על כלל 'כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש' או על כלל אחר; לעינינו הנוכחי חשובה ההצדקה שנותן מר בר רב אשי יותר מאשר הכלי אותו הוא מפעיל מכוחו.
⁴⁰⁰ התמורה עשויה להיות מגולמת באחד או יותר מן המרכיבים הבאים: כסף הקידושין; זכויות שאר, כסות ועונה; עצם המעמד כנשואה ולא כרווקה (וראה חידושי הרשב"א בבא בתרא מח, ב; תוס', בבא בתרא מח, ב, ד"ה 'קדיש');
⁴⁰¹ כך הוא על פי סוגייתנו, אך המעיין בסוגיית התלמוד קידושין ב, ב, ימצא כי מסתבר ולדידה אכן מתייחדים הקידושין בהצבת רף גבוה לדרישת גמירת דעת האשה המתקדשת: 'וניתני 'האיש קונה ומקנה' ? ... אי תנא קונה הווא אמינא אפילו בעל כורחה, תנא 'האשה נקנית' מדעתה אין שלא מדעתה לא'. מסתבר ולדידה של סוגיה זו קידושין כפויים יפסלו מעיקר הדין ולא רק מכוח הפקעת חכמים (אך ראה שם חידושי הרשב"א). בכך יהיה כדי לשפוך אור על דברי הרמב"ם (אישות ד, א) אשר פוסק כי אשה המתקדשת בכפיה אינה מקודשת ומשמע כי שלילת תוקפם של קידושין אלו הנו מעיקר הדין ולא רק מכוח הפקעת חכמים (וראה מגיד משנה שם; הגהת הגר"א, אה"ע, מב ס"ק א; חידושי חתם סופר, בבא בתרא מז, ב; דברות משה, בבא בתרא, חלק ב, סימן מב ענף א).

אם אכן רף דרישת גמירת הדעת של המתקדשת זהה לרף דרישת גמירת הדעת של המוכר, ואם אכן קבלה אשה זו את מלוא התמורה המתקבלת על ידי שאר נשים המתקדשות לבעליהן, מדוע אפוא מכנה מר בר רב אשי את הדבר 'שלא כהוגן' ואף מביא להפקעת תוקפם של קידושין אלו? סבורני כי ייחודיותם של הקידושין נעוץ בקושי בו אנו נתקלים בעת בחינת השאלה האמנם קיבלה האשה הכפויה להתקדש את מלוא התמורה המגיעה לה, ודבר זה נובע מתכונתם של הקידושין כהתקשרות בעלת אופי אישי מובהק, אשר לא ניתן לנתח באופן טיפולוגי כפי שניתן לנתח את המכר. טענו לעיל כי ביסוס דינו של רב הונא על מתן מלוא התמורה למוכר מבוססת על ניתוח סולם העדפותיו של מוכר זה על פי סולם העדפותיהם של מוכרים אחרים, ומכאן הקביעה כי שוויו הכספי של הנכס אכן שקול לנכס עצמו. ללא הנחה זו תתקבל התוצאה כי דמי הנכס אינם שקולים בעיני המוכר לנכס עצמו, ומכאן כי התמורה אותה הוא קיבל פחותה בערכה מן הנכס אותו הוא נכפה לתת, ובכך יש כדי לערער על תוקף המכר. אם ניתוח זה בעייתי לגבי המסרב למכור את נכסיו, על אחת כמה וכמה בעייתי הוא לגבי המסרבת להתקדש לאדם פלוני. שהרי הקידושין נושאים אופי מובהק של התקשרות על בסיס אישי (שלא כמכר), ומכאן כי היעדר רצונה של האשה להתקדש לאדם זה מקשים לעין ערוך על הקביעה כי התמורה שהתקבלה על ידה מאת המקדש שווה בערכה לפגיעה אותה היא ספגה מחמת עצם קידושין אלו. בסיטואציה של קידושין כפויים קשה עד בלתי אפשרי לנתח את שאלת שקילות התמורות על פי השוואה למתרחש אצל זוגות הנישאים ברצון. קשה אפוא לשפוט אשה זו על פי סולם ההעדפות של שאר הנשים, ומשהסכמתה להינשא לאדם זה אינה מושגת אלא בכפייה, קשה עלינו לקבוע כי אכן 'מלוא התמורה' שולמה לאשה זו.

'הוא עשה שלא כהוגן' יתפרש, על פי מהלך דברים זה, כמעשה קידושין אשר על פי חזונו החיצונית משיג אמנם תוצאה הוגנת הזוהה לשאר מעשי הקידושין בין בני-זוג ואשר אף עומד באופן פורמלי בקריטריונים שהציב רב הונא לחוזה הכפוי, אך למעשה הנו מעשה קידושין המקפח אשה ספציפית זו. גם אם מבחינה פורמלית עומד מעשה קידושין זה בקריטריונים שהציב רב הונא, הרי שאין הוא עומד בהם מבחינה מהותית. אין זה הוגן להפעיל את דין רב הונא על מקרה של כפיית אשה להתקדש, שהרי דין זה מבוסס על ניתוח טיפולוגי של דמות הצדדים לחוזה כשחקני שוק ולא כאינדיבידואלים בעלי סולם העדפות ייחודי, דבר שלכל הפחות אינו הולם את מקרה הקידושין, המבוססים על הקשר האישי בין המקדש והמתקדשת. הדרך היחידה להשגת קידושין שתוכנם הוגן בהקשרם הספציפי של בני-זוג אלו הנה בהתבססות על הסכמה חופשית ורצונית של האשה המתקדשת שאינה מושגת תחת כפייה ואיומים. רק במקרה זה הסכמת האשה היא האינדיקציה להגינותם של קידושין אלו. ובלשון אחרת: טענת מר בר רב אשי היא כי לגבי מעשה הקידושין לא ניתן לנתק בין תוכן הקידושין ובין דרך התהוותם, ומכאן כי קידושין תקפים חייבים לעמוד במבחן הצדק התהליכי, שאם לא כן ייחשבו הם למעשה 'שלא כהוגן'.

לא אכחד כי הסבר זה מבהיר, אולי, את פשר הביטוי 'הוא עשה שלא כהוגן', אך אין בו כדי להבהיר את משמעות המשך הביטוי - 'לפיכך עשו בו שלא כהוגן', שהרי כאן קבע מר בר רב אשי נורמה כללית על פיה כהוגן הוא לפסול קידושין אלו ולא להכשירם⁴⁰². דומה כי האמת עם קביעתו

⁴⁰² הילפרין סבר כי ניתן לפתור בעיה זו על ידי שינוי (בלתי מוכח ובלתי מבוסס של) גירסת התלמוד מ"לפיכך עשו עמו שלא כהוגן" ל"לפיכך עשתה עמו שלא כהוגן" (הילפרין, לעיל הע"ש 398).

של פרופ' בן-מנחם כי מקורו של ביטוי זה בסוגיה אחרת⁴⁰⁵, שם אכן נידונה סטייה מן הדין בעת שיפוט של מקרה קונקרטי ולא בקביעת נורמה כללית, ומסוגיה זו יובא ביטוי זה לסוגייתנו ככתבו וכלשונו⁴⁰⁴.

נדגיש שוב כי אין בכוונתנו לראות את דברי מר בר רב אשי כהתנגדות לעצם דין רב הונא, שהרי הם נתחמו במחזור לדיני אישות גרידא. עם זאת, דומני כי דברי מר בר רב אשי אכן מבוססים על בעייתיות מסוימת הנעוצה בדין רב הונא, בעייתיות שניתן אולי להתגבר עליה בחוזי מכר שאינם נושאים אופי אישי, אך שלא ניתן להתעלם ממנה בהתקשרות הקידושין הנושאת אופי אישי מובהק.

הד מכיוון שונה להלך חשיבה זה מוצאים אנו מאוחר יותר בהשגת הראב"ד לדברי הרמב"ם, אך בפעם זאת באו הדברים בתחומם של דיני הממונות עצמם. על אף שהדברים חורגים מעבר לגבולות ההיסטוריים אותם הצבנו לעצמנו בעבודה זו, סבורני כי העיון במחלוקת ראשונים זו עשוי לחדד עבורנו היטב את המשתקף מתוך דינו של רב הונא. מסתבר כי אדם הכופה את חברו למכור חלק מרכושו מפר בכך את איסור 'לא תחמוד'. נחלקו הרמב"ם והראב"ד בשאלת ההשלכות המשפטיות של הפרת איסור זה על תוצאות המכר הכפוי⁴⁰⁵. וכך כתב הרמב"ם: "כל החומד עבדו או אמתו או ביתו וכליו של חבירו או כל דבר שאפשר לו שיקנהו ממנו והכביד עליו ברעים והפציר בו עד שלקחו ממנו אף על פי שנתן לו דמים רבים הרי זה עובר בלא תעשה שנאמר לא תחמוד, ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה, ואינו עובר בלאו זה עד שייקח החפץ שחמד, כעניין שנאמר 'לא תחמוד כסף וזהב עליהם ולקחת לך' – חימוד שיש בו מעשה"⁴⁰⁶. בדברים אלו הרמב"ם אינו מתייחס, אמנם, לכופה את חבירו למכור את רכושו, אך מסתבר כי אם המפציר בחבירו ומכביד עליו ברעים עובר ב'לא תחמוד' קל וחומר כי כך הוא לגבי התולה את חבירו על עץ כאמצעי לחץ לכריתת החוזה. בין דבריו קבע הרמב"ם כי אין לוקים על לאו זה באשר הוא לאו שאין בו מעשה, ועל כך השיגו הראב"ד: "לא ראיתי דבר תמה גדול מזה והיכן מעשה גדול מנטילת החפץ?! אבל היה לו לומר מפני שהוא חייב בתשלומין שהרי הוא כגזלן שחייב להשיב את הגזלה ולפיכך אינו לוקה וגם זה חייב להשיב את החפץ לבעליו". הווי אומר: אליבא דראב"ד הפרת איסור 'לא תחמוד' גוררת את ביטול תוקף החוזה ואת חובת ההשבה, וזוהי הסיבה לאי ענישת המלקות על לאו זה שהריהו לאו הניתן לתשלומין.

קסתות דיו רבות נשתפכו על שאלת איתור המקור התלמודי של דברי הראב"ד (הנעוץ, לכאורה בסוגיית התלמוד הבבלי שבסוף פרק 'הכונס'⁴⁰⁷), ועל אופן התמודדותו של הרמב"ם עם מקור זה. כן נשתברו גם קולמוסים לא מועטים בשאלת יחסה של מחלוקת זו עם הנושא הכללי יותר של תוקף החוזה הפסול ומעמדו של המעשה הבא בעבירה. קצרה יריעה זו מלעמוד על היבטים אלו, ולדידנו לא חשוב אלא זאת: על פי הראב"ד עולה כי במקרה ובו משיג הקונה את גמירת דעתו של המוכר בניגוד לרצונו הראשוני והאותנטי, שלא לומר אם הוא משיג את גמירת דעתו בדרך של כפיה ואיומים, הרי יש בכך הפרת איסור 'לא תחמוד' ובהתאם מתבטל תוקף החוזה ועל הצדדים

⁴⁰³ יבמות קי, א.

⁴⁰⁴ ח' בן-מנחם, 'הוא עשה שלא כהוגן', סיני פא (תשל"ז), עמ' קנו.

⁴⁰⁵ ראה ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי (ירושלים, תשל"ד) עמ' 125-126; א' שוחטמן, מעשה הבא בעבירה (ירושלים תשמ"ה) עמ' 110-111.

⁴⁰⁶ רמב"ם, גזילה ואבידה, א, ט.

⁴⁰⁷ בבא קמא, סב, א.

חלה חובת השבה הדדית מלאה. מדבריו של הראב"ד נגזר כי הכופה את חברו למכור את רכושו יכול אמנם לעמוד בדרישת גמירת דעת הצדדים וכן יכול הוא לעמוד בדרישת שקילות התמורות ובכל זאת עצם הדרך הבלתי הוגנת שבה עוצב רצון בעל הנכס דיה כדי להכתים את החוזה ולבטל את תוקפו. התובנה המקופלת בדברים אלו היא כי הגינותו של החוזה אינה יכולה להתמצות בשומה פיסקלית של שקילות התמורות המוחלפות במסגרתו, והריהי חייבת להתבסס לא פחות מכך על הגינות הדרך בה הושגה הסכמה חוזית זו.

כיצד יתיישבו, אם כן, דברי הראב"ד השוללים את תוקפו של החוזה הכפוי עם דינו של רב הונא המעניק לו את תוקפו? לשם כך עלינו לפנות אל ההשגה הקודמת של הראב"ד שהובאה בהלכה זו, שם התנה הראב"ד את תוקפו של הקניין הכפוי באמירת 'רוצה אני' על ידי המוכר. מקורה של דרישה זו בדיונים של אמוראים מאוחרים בדינו של רב הונא⁴⁰⁷, וממנה עולה כי לדעתם של אמוראים מאוחרים אלו דינו של רב הונא יחול רק באם המוכר ביטא בשפתיו את המילים 'רוצה אני'. אך דומה כי הראב"ד יצק בדרישה זו תוכן חדש. בעוד מן ההקשר שהביאו ראשונים אחרים את דרישת אמירת 'רוצה אני' משתמע כי זוהי דרישה פורמאלית בעיקרה וכי אמירה זו יכולה לבוא בד בבד עם הכפייה ואף מכוחה⁴⁰⁸, מדברים אלו של הראב"ד משתמע כי דרישה זו הנה מהותית. לדעת הראב"ד אמירת 'רוצה אני' צריכה שתשקף השתכנעות כנה של המוכר בערכה החיובי של המכירה עבורו, שהרי אמירת 'רוצה אני' נדרשת, לדעת הראב"ד לא רק כדי להעיד על גמירת דעת המוכר אלא כדי לחסן את הקונה מפני הפרת איסור 'לא תחמוד'. אם אמירת 'רוצה אני' הייתה פורמלית בלבד, ואף אמירה המושגת על ידי הגברת הלחץ והכפייה הייתה במשמע זה, קשה היה להבין כיצד יש בכך כדי להסיר מעל כתפי הקונה את איסור 'לא תחמוד' הרובץ עליו. וכי קונה הלוחץ את המוכר למכור את הנכס, לחץ כה מאסיבי עד כדי 'שכנוע' המוכר לומר 'רוצה אני', חומד פחות את הנכס?! מסתבר, אפוא, כי לדעת הראב"ד לא קבע רב הונא כי המכר הכפוי תקף אלא בתנאי שהמוכר עבר תהליך עמוק של השתכנעות בנחיצות המכירה עד שאמר 'רוצה אני' ולא מן השפה ולחוץ בלבד⁴⁰⁹. אם כנים דברים אלו הרי שיש בהם כדי להפוך את מצב העניינים על ראשו. לדעת הראב"ד כפייה כשלעצמה אינה יכולה להשיג חוזה תקף, אף אם התמורות המוחלפות הן שקולות, וזאת מחמת הפרת הכופה את איסור 'לא תחמוד'. החוזה יהיה תקף רק באם המוכר הגיע לדרגת השתכנעות בנחיצות המכירה שאינה תלויה עוד בקיומה של הכפייה, עד שיאמר 'רוצה אני' ויסיר מעל כתפי הקונה את הפרת איסור 'לא תחמוד'. משמעות עמדה זו היא כי שקילות התמורות אינה מספיקה להענקת תוקף לחוזה הכפוי ותוקפו לא יושג אלא משהוא ישקף את בחירתו הרצונית של הנכפה.

המעגל שנפתח בפרק זה עם בחינת מקורות התנאים נסגר עם העיון בדברי הראב"ד, השוזר זה בזה את השאיפה לסבירות תוכן החוזה עם החתירה לתקינות תהליכי כריתתו והגינותם. דומה כי רב הונא הוא שהביא לידי קוטביות מוחלטת את עקרון הצדק החוזי התהליכי ואת עקרון הצדק החוזי המהותי (שאת שורשיו חשפנו תוך עיונו בהלכות אונאת מחיר). לדידו, עקרונות אלו הנם מתחרים ולא משלימים, ועל כן הגשמת האחד יכולה שתביא להנמכה משמעותית בדרישותיו של האחר. מוחלטות זו שבה נהג רב הונא במצותו את עקרון הצדק החוזי המהותי עולה על האמור בהלכות אונאת מחיר עצמן, ובכך גם טמונה נקודת התורפה של מהלך זה. ההתמקדות הרבה

⁴⁰⁸ ראה, למשל, רשב"ם, בבא בתרא מז, ב ד"ה 'תליוהו וזבין'.
⁴⁰⁹ וראה גם השגת הראב"ד לאישות ד, א; וכן ראה לחם משנה, מכירה י, א.

בבחינת הגינות תוכן החוזה הביאה להזנחת ההקפדה על תקינות תהליכי כריתתו, זאת בעוד הקפדה על תקינות תהליכי הכריתה והגינותם עשויה להתגלות לבסוף כקריטית להסדרה הוגנת של תוכן החוזה גופו, שהיא מן היעדים המרכזיים של הלכות החוזים בדין התלמודי העברי.

קיצורים וביבליוגרפיה

ספרות מחקר

- אהוביה א', 'מה היא 'הונאה'?, **בית מקרא יח** (תשל"ג), עמ' 51.
- אחיטוב י', **על גבול התמורה**, (ירושלים תשנ"ה).
- אטלס ש', **נתיבים במשפט העברי** (נ"י תשל"ח).
- אלבק ש', 'מהותו של החוזה במשפט העברי', **עיוני משפט ו** (תשל"ח-תשל"ט) עמ' 513.
- אלבק ש', **דיני הממונות בתלמוד** (תל-אביב תשל"ו).
- אלבק ש', **הראיות בדיני התלמוד** (רמת-גן תשמ"ז).
- אלבק ש', **יסודות בדיני הממונות בתלמוד** (רמת-גן תשנ"ד).
- אלון ג', **תולדות היהודים בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד א-ב** (הקיבוץ המאוחד, תשכ"ז-תשל"א).
- אלון מ', **המשפט העברי: תולדותיו מקורותיו עקרונותיו** (מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ח).
- אנגלרד י', 'מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו', **משפטים ז** (תשל"ו), עמ' 34.
- אנציקלופדיה תלמודית, ערך: **אונאה**. כרך א' עמ' שכח.
- אנציקלופדיה תלמודית, ערך: **אונס**. כרך א' עמ' שמו.
- אפלטון, **החוקים**, בתוך: **כתבי אפלטון כרך ד** (תרגום: י' ליבס, ירושלים ותל-אביב, תשל"ד).
- אפשטיין י"ה, **מבוא לנוסח המשנה** (ירושלים ותל-אביב, תשכ"ד).
- אריסטו, **אתיקה מהדורת ניקומאכוס** (תרגום: י' ליבס, ירושלים ותל-אביב תשמ"ה).
- אריסטו, **פוליטיקה** (ירושלים, תשנ"ז).
- בארון ש', **היסטוריה חברותית ודתית של עם ישראל** (רמת גן, תש"ך).
- בן-זמרה א', 'גדרי אונס מידי אדם: 'אונסא דאחרינני' במשפט העברי', **סיני פז** (תש"ם) עמ' רלח.
- בן-מנחם ח', 'הוא עשה שלא כהוגן', **סיני פא** (תשל"ז), עמ' קנו.
- בס ד', 'חוזים על פי דיני התורה', בתוך **כתר – מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה א** (קדומים, תשנ"ו, עורכים: י' בזק, ש' אישון), עמ' 17.
- בר מ', **אמוראי בבל – פרקים בחיי הכלכלה** (רמת-גן תשל"ה).
- בר מ', 'על שלוש גזירות שנגזרו על יהודי בבל במאה השלישית', בתוך: **איראנו-יודאיקה לחקר פרס והיהדות א** (ירושלים, תשמ"א, עורך: ש' שקד), עמ' 25.
- ברכפלד מ', 'משנת הונאה לאור הכלכלה והמסחר', **הגיון ד** (תשנ"ז) עמ' 77.
- ברלין י', **ארבע מסות על החירות** (רשפים, תשל"א).
- גולאק א', **יסודי המשפט העברי** (ברלין, תרפ"ג).
- גולאק א', 'סיקרקין', **תרביץ ה** (תרצ"ד), עמ' 23.

- גפני י', **יהודי בבל בתקופת התלמוד – חיי החברה והרוח** (ירושלים, תשנ"א).
- ג'קובס י' ל', 'החיים הכלכליים של יהודי בבל בתקופת התלמוד', **מלילה ה** (תשט"ו), עמ' 83.
- גרוסמן -** גרוסמן א', **דיני אונאה בספרות התנאים והאמוראים**, עבודת גמר בתלמוד, האוניברסיטה העברית, תשכ"ו.
- דגן ח', 'דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם', בתוך: **משפט והיסטוריה** (עורכים: ד' גוטוויין, מ' מאוטנר, ירושלים, תשנ"ט) עמ' 165.
- דויטש מ', 'החווה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה', **עיוני משפט טז** (תשנ"א), עמ' 35.
- דויטש ס', 'גמירות דעת בהתחייבויות במשפט העברי', **דיני ישראל ג** (תשל"ב), עמ' 207.
- דויטש ס', 'גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי האנגלי והישראלי', **שנתון המשפט העברי ו-ז'** (תשל"ט-תש"ס), עמ' 71.
- דויטש ס', 'הוראת העושה בחוק החוזים', **מחקרי משפט ב** (1989), עמ' 1.
- דור צ', **תורת ארץ ישראל בבבל** (תל-אביב, תשל"ב).
- דיקשטיין -** דיקשטיין פ', 'מחיר צדק ואונאה', **המשפט העברי א** (תרפ"ו) 15.
- הילפרין, **תשובות באנשי אוון** (פרנקפורט, תר"ח), מכתב יג.
- הלברטל מ', 'דוד הרטמן והפילוסופיה של ההלכה', בתוך: **מחויבות יהודית מתחדשת** (מכון הרטמן והקיבוץ המאוחד, תשס"ב, עורכים: א' שגיא וצ' זוהר), עמ' 13, הלוי א', **דורות הראשונים** (ירושלים, תשכ"ו).
- וייס א', **מחקרים בתלמוד** (ירושלים, תשל"ה).
- ורפהטיג א', 'הגנת הצרכן לאור ההלכה; חלק ראשון: רמת מחירים ושכר', תחומין א (תש"ס), עמ' 444.
- ורפהטיג -** ורפהטיג א', 'הגנת הצרכן לאור ההלכה (הליכות מסחר – אונאה ומקח טעות)', **תחומין ב** (תשמ"א) 470.
- ורפהטיג א', 'הגנת הצרכן לאור ההלכה (הליכות מסחר – מיקח טעות וגניבת דעת)', **תחומין ג** (תשמ"ב), עמ' 334.
- ורפהטיג א', **ההתחייבות**, (ירושלים, תשס"א).
- ורפהטיג ז', **מחקרים במשפט העברי**, (בר-אילן, תשמ"ה).
- ורפהטיג ש', **דיני חוזים במשפט העברי**, (ירושלים תשל"ז).
- ורפהטיג ש', **דיני מסחר במשפט העברי**, (ירושלים, תש"ן).
- זמיר א', **עקרון ההתאמה בקיום חוזים** (ירושלים, תש"ן).
- זמיר, עקרון ההתאמה**
- זמיר, פירוש והשלמה**
- זמיר א', **פירוש והשלמה של חוזים** (ירושלים תשנ"ו).
- טדסקי ג', 'טעות בכדאיות העסקה', **משפטים יב** (תשנ"ב), עמ' 329.
- טדסקי ג', 'סיכול החוזה', בתוך: **מסות במשפט** (ירושלים, תשל"ח), עמ' 106.
- כהן נ', 'סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה', **הפרקליט לט** (תשמ"ט-תשנ"א), עמ' 304.

- כשר מ', **תורה שלימה לד** (ירושלים, תשמ"א).
 ליברמן ש', **תוספתא כפשוטה** (ני"י, תשט"ו-תשמ"ח).
 ליפשיץ ב', **אסמכתא** (ירושלים, תשמ"ח).
- מלמד -** מלמד ע"צ, 'התפתחות דיני האונאה במקורות המשפט והתלמוד', **יבנה ג** (תש"ב), עמ' 35.
- ספראי ש', **בימי הבית ובימי המשנה** (ירושלים, תשנ"ד).
 פרידמן ד', 'הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות', **עיוני משפט יד** (תשמ"ט), עמ' 459.
- פרידמן וכהן -** ד' פרידמן וני' כהן, **חוזים** (אבירם, תשנ"א).
 פרלמן ח', **על הצדק** (ירושלים תשמ"א).
 פרנצוס י', 'ביאורים ובירורים בדיני אונאה', **סיני פט** (תשמ"א) עמ' קלד.
 פרנצוס י', 'עוד ליכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדשי', **סיני עז** (תשל"ה), עמ' צא.
- צורי -** צורי י' ש', **הערעורים** (לונדון, תרצ"ה).
 צלטנר ז', 'תורת החיובים מאין ולאן: ממעמד לחוזה ומחוזה שוב למעמד', **הפרקליט י** (תשי"ד), עמ' 30.
- שוחטמן א', **מעשה הבא בעבירה** (ירושלים תשמ"ה).
 שייך ח', **הצדק במשפט העברי** (אביבים, תשנ"ד).
 שילה ש', **דינא דמלכותא דינא** (ירושלים, תשל"ה).
 ג' שלו, **דיני חוזים** (מהדורה שניה, תשנ"ה).
- שלו -** שלו ג', 'מה נותר מחופש החוזים? הפרקליט יז' (תשמ"ז) עמ' 465.
 תמרי מ', **כסף כשר** (ירושלים תשנ"ד).
 תמרי מ', 'תחרות מחירים ורווחים בעיני היהדות' בתוך **ספר בר אילן י** (תשל"ב) עמ' 130.

- עטיה, מסות -** Atiyah P. S., **Essays on Contract** (Oxford, 1990).
 Atiyah P. S., **The Rise and Fall of Freedom of Contract** (Oxford, 1979).
 Ben-Menahem H., **Judicial Deviation in the Talmudic Law** (Boston, 1991).
 Buckley F. H., 'Three Theories of Substantive Fairness', **19 Hofstra Law Rev.** 33 (1990-1991).
 Calamari & Perillo, **The Law of Contracts**, (1998).
 Cohen B., **Jewish and Roman Law** (New York 1966).
 Cohen M. R., **Law and the Social Order (Essays in Legal Philosophy)**, (New York, 1933).
 Collins H., **The Law of Contract**, (2d ed. London, 1993).

- De Roover R., 'The Concept of the Just Price: Theory and Economic Policy',
18 The Journal of Economic History 418 (1958).
- De Zulueta F., **The Roman Law of Sale** (Oxford 1945).
- Driver & Miles, **The Babylonian Laws**, (Oxford 1955).
- Epstein R. A., 'Unconscionability: A Critical Reappraisal', **18 J. of Law & Economics** 293 (1975).
- Fried C., **Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation**
 (Cambridge, Mass., 1981).
- Gilmer G., **The Death of Contract** (Ohio, 1974).
- Gordly J. 'Equality in Exchange', **69 Californiya Law Rev.** 1587, (1981). גורדלי -
- Jung I. & Levine A., **Business Ethics In Jewish Law**, (Ney York, 1987).
- Kronman A. T., 'Contract Law and Distributive Justice', **89 Yale Law J.** 472
 (1980). קרונמן -
- Leff A. A., 'Unconscionability and the Code - The Emperor's New Clause',
115 University of Pennsylvania Law Rev. 485 (1967). לפ -
- Levine A., 'The Just Price Doctrine in Judaic Law – An Economic Analysis',
 בתוך דיני ישראל ח (תשל"ז) חלק אנגלי עמ' 7. לוין -
- Levine A., **Free Enterprise and Jewish Law**, (New York, 1980).
- Mackintosh J., **The Roman Law of Sale** (Edinburg 1907).
- Nicholas B., **French Law of Contract** (Butterworths, 1982).
- Nozick R., 'Coercion', in **Philosophy, Science and Method, (Essays in Honor of Ernest Nagel)** (1969, New-York, ed.:S. Morgenbesser, P. Suppes, M. White) p. 440. נוזיק -
- Nozick R., **Anarchy, State, and Utopia** (New-York, 1974).
- Pringsheim F., **The Greek Law of Sale** (Weimar 1950).
- Pritchard, **Ancient Near Eastern Texts** (Anet), part 2: Legal Texts
 (Princeton 1955).
- Rawls J., **A Theory of Justice** (Oxford, 1971).
- Reiter B. J., 'The Control of Contract Power', **1 Oxford J. of Legal Studies**
 347 (1981).
- Simpson A. W. B., **A History of the Common Law of Contract** (Oxford,
 1987).

- Spherber D., 'Laesio Enormis and the Talmudic Law', **8 Israel Law Rev.** 254 (1973).
- Tawney R. H., **Religion and The Rise of Capitalism** (London, 1926).
- Treitel G. H., **The Law of Contract**, (10 ed. London 1999).
- Von Meheren & Gordly, **The Civil Law System**, (2d ed Boston 1977). פון מאהרן וגורדלי -
- Von Mehren, 'A General View of Contract', **International Encyclopedia of Comparative Law vol. 7 ch.1 p. 64.** פון מאהרן -
- Waddams S. M., 'Unconscionability in Contracts', **39 The Modern Law Rev.** 369, (1976).
- Walzer M., **Spheres of Justice** (New-York, 1983).

פסיקה ישראלית

- ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי פ"ד לב (1), עמ' 231.
- ע"א 593/76 איילון נ' ועד הבית מרחוב מורדי הגטאות, פ"ד ל"א (1) עמ' 808.
- ע"א 865/76 לופז נ' שושני פ"ד לא (3), עמ' 748.
- ע"א 300/77 רוזנר נ' בניני ט.ל.מ., פ"ד ל"ב (3), עמ' 682.
- ע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד ל"ו (1), עמ' 762.
- ע"א 624/80 עבד אמארה נ' נמני, פ"ד ל"ז (3), עמ' 606.
- ע"א 16/80 לולו נ' סלומון, פד לו (4), עמ' 70.
- ע"א 455/82 מאיר נ' מזרחי, פ"ד ל"ז (3) עמ' 579.
- ע"א 573/82 ברק נ' ברק פ"ד לח (4) 626.
- ד"נ 20/82 בית יולס נ' רביב משה, פ"ד מ"ג (1) עמ' 441.
- ע"א 528,524/83 קן תור נ' אלון; אלון נ' קן תור פ"ד מ (2) עמ' 533.
- ע"א 554/83, 'אתא' נ' זלוטוב, פ"ד מ"א (1) עמ' 282.
- ע"א 380/88 טוקאן נ' אלנשיבי, פ"ד מ"ה (5) עמ' 410.
- ע"א 620/89 חושנגי נ' אמגר, פ"ד מו (1), עמ' 588.
- ע"א 18/89 חשל חברה למסחר נ' פרידמן פ"ד מו (5), עמ' 257.
- ע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מח (4), עמ' 749.