

פרק ב. המחיר המקפח בחקיקה הישראלית

שלושת הפרקים הבאים יוקדשו לבחינת עמדתו של המשפט הנוהג במדינת ישראל כלפי בעיית המחיר המקפח, להתחקות אחר התשתית הערכית של עמדה זו ולבחינתה באור ביקורתי.

ככלל, החקיקה הישראלית אינה מכירה במחיר מקפח כשלעצמו עילה להתערבות מערכת החוק בהסכמת הצדדים; אין זה מתפקידו של בית המשפט לבחון את סבירות הסכמת הצדדים הקובעים את מחיר העסקה. עם זאת, במקרים אחדים המתאנה יוכל למצוא סעד בעילות אחרות, אשר ייקשרו באופן עקיף למחיר המקפח.

1. המחיר המקפח כעילה עצמאית

על פי החוק הישראלי, המחיר הנקוב בחוזה תקף אף אם יש בו כדי לקפח אחד מן הצדדים, וזאת מכוח שתי הוראות חוק. סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973 (להלן: חוק החוזים), קובע ש"תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". סעיף 19 לחוק המכר, תשכ"ח – 1968, מגדיר את חובתו של הקונה "לשלם למוכר את המחיר", זאת בלא כל הסתייגות לגבי מקרה שבו המחיר הוא מופרז ובלתי הוגן. המסקנה העולה מהוראות אלו: "המחיר יכול שיהיה ככל שיוסכם בין הצדדים, ואין תוקף החוזה מותנה ביחס כלשהו של שקילות בין התמורות... הצדדים חופשיים לקבוע כרצונם הן את המחיר והן דרכים לחישובו"¹.

אדרבה, הסכמת הצדדים בקביעת גובה המחיר היא בעיני המחוקק הישראלי דבר שיש להגן עליו מפני פיקוח אפשרי של בתי המשפט. במסגרת חוק החוזים האחדים, התשמ"ג – 1982, הקובע מנגנוני פיקוח שתכליתם להבטיח את הגינות

1. א' זמיר, **חוק המכר תשכ"ח – 1968** (ירושלים, תשמ"ז), עמ' 412 - 413. וכהן ופרידמן כתבו: "העובדה כשלעצמה שקיים פער (ואפילו פער ניכר) בין מה שניתן למה שנתקבל, אין בה, לפי הדין האנגלי, כדי לפגום בחוזה. זהו גם המצב בשיטתנו. דיני 'התמורה ההוגנת' לא אומצו על ידי החקיקה המקומית" (כהן ופרידמן, עמ' 22).

תוכנם של החוזים האחידים², נקבע במפורש שהמחיר הנקוב בחוזים אחידים לא יעמוד לפיקוח, והוא יינתן באופן בלעדי למשאם ומתנם של הצדדים³. הדבר נעוץ ב"תפישה שבית המשפט איננו קובע את המחיר עבור הצדדים ואינו מתערב במחיר שהצדדים קבעו"⁴.

הסירוב להגן על הנפגע ממחיר חוזי מקפח יושם לא אחת בבתי המשפט. למשל, כנגד הטענה כי 50,000 ל"י הם מחיר מוגזם עבור מכירת חלק בחברה, קבע השופט לנדוי ש"הטענה שהמחיר המוסכם... היה מוגזם בהרבה בהתחשב עם ערכה של החברה בעת עריכת ההסכם, אינה טענה..."⁵. בדומה, לגבי מקרה של קשישה שהעניקה לקרוב משפחתה את חלקת הקרקע שלה תמורת סעודה קבע השופט בך כי הפער בין שווי הנכס ובין שווי התמורה אינו מעלה ואינו מוריד לעניין תוקף המכר⁶. בהקשר אחר ניסח השופט חיים כהן עמדה זו בבהירות: "אין נפקא מינה אם החוזה שבין המערערים לבין החברה נראה בעיני מאן דהוא - ובית משפט בכלל זה - סביר או בלתי סביר, אם המחיר הוא 'ריאלי' או 'בלתי ריאלי', ומה היו המניעים שהניעו את בעלי החוזה או מי מהם בעשייתו... העובדה שהחברה התחייבה למכור את הדירה הנדונה בחצי המחיר, אינה מעלה ואינה מורידה לעניין תוקפו של החוזה וחיוב החברה לקיימו..."⁷.

2. המחיר המקפח ועילות נוספות

הנפגע ממחיר מופרז אינו חייב להרים את ידיו; לעתים הוא עשוי למצוא מזור לכאבו בעילות אחרות. עם זאת, חשוב לציין, הדבר ייחשב יוצא מן הכלל, ויתבטא בהיקף מוגבל ומצומצם של מקרים בהם המתאנה במחיר אכן יוכל לקבל הגנה בחוק הישראלי.

פיקוח על מצרכים ושירותים

במסגרת מצב החירום המוכרז במדינת ישראל מאז שנת הקמתה, הוכרזו מוצרים ושירותים שונים כבני-פיקוח. לשר הממונה כוח לקבוע מחירי מקסימום

2. סעיפים 3 - 4 לחוק החוזים האחידים.
3. סעיף 23(א)(1), לחוק החוזים האחידים.
4. ו' לוסטהויז ט' שפניץ, **חוזים אחידים** (נבו, תשנ"ד), עמ' 35.
5. ע"א 865/76 **לופז נ' שושני**, פ"ד לא(3), עמ' 748, 751.
6. ע"א 380/88 **טוקאן נ' אלנשטייב**, פ"ד מה(5), עמ' 410, 419.
7. ע"א 593/76 **איילון נ' ועד הבית מרחוב מורדי הגטאות**, פ"ד לא(1), עמ' 808, 811.

עבור מוצרים אלו⁸. מוצר בר-פיקוח שלא נקבע עבורו מחיר מקסימום או רווח מקסימלי ממכירתו, אין למוכרו ברווח העולה על הרווח הסביר⁹. כך למשל, אדם שמכר בשנות השבעים אורז גולמי במחיר של 3.60 ל"י הקילוגרם, הורשע בהפרת חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, שכן מחיר העלות (2.40 ל"י הקילוגרם) בתוספת רווח סביר (שהוערך בכ 25%) איפשר מחיר מקסימלי של 3.45 ל"י הקילוגרם¹⁰.

התמודדות חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים עם מחירים מופרזים מוגבלת למספר מצומצם של מצרכים ושירותים, ואין בה כדי להיות מענה להיקפה המלא של התופעה. זאת ועוד, חוק זה מתייחס לשעת חירום בלבד, אשר גם אם שעתו התארכה אין הוא מצב קבע הקונה שבייתה במערכת החוק של מדינת ישראל. עוד יש לציין כי חוק זה אינו מטיל על המוכר חובה לפצות את הקונה, אלא קובע סנקציה עונשית שתכליתה שמירת יציבות מחירי השוק.

הגנת הצרכן

צרכן הנפגע ממחיר מופרז עשוי למצוא סעד בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן). חוק זה מתייחס לעסקאות הנערכות בין עוסק, המוגדר כ"מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן", לבין צרכן, המוגדר כ"מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי"¹¹. הרציונל שבבסיס חוק זה, ובבסיס החקיקה הצרכנית כולה, הוא קיומו של פער ביחסי הכוחות המסחריים של העוסק והצרכן, המעלה את החשש לניצולו של הצרכן בידי העוסק. בין שאר הוראתיו אוסר חוק זה להטעות את הצרכן בנוגע ל"מחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר, לרבות תנאי האשראי ושיעור הריבית"¹². ייתכן שמכוח סעיף זה יוכל קונה ששילם מחיר גבוה עבור מוצר מסוים לתבוע את העוסק, אם זה האחרון לא חשף בפניו את המחיר הרגיל או המקובל עבור מוצר זה¹³. מלבד

8. חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים תשי"ח – 1957, סעי' 5(ג2).

9. סעי' 20(ב). ראה גם סעי' 26(ג).

10. ע"פ 552/75 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל פ"ד (2), עמ' 235. ראה גם ע"פ 11/75 חברת סלון מרכזי נ' מדינת ישראל פ"ד כט(2), עמ' 561.

11. סעי' 1 לחוק הגנת הצרכן.

12. סעיף 2(א)(13) לחוק הגנת הצרכן.

13. אך יתכן ויש לפרש סעיף זה בדרך שונה, על פיה אסור למוכר להכריז על מבצע הנחות בלא להבהיר את טיב ההנחות הניתנות, כלומר את המחיר המקובל קודם למתן ההנחה. ראה גם סעיף 15 לחוק הגנת הצרכן.

העונש שיוטל על העוסק, יהיה זכאי הצרכן לפיצויים כדין עוולה נזיקית¹⁴, וכן לביטול המכר ולהשבה, זאת תוך שבועיים מיום עשיית העסקה¹⁵. יגעתי ולא מצאתי שימוש שעשתה הפסיקה בחוק הגנת הצרכן לשם התמודדות עם מחיר מופרז בחוזה¹⁶.

לחלופין יוכל הצרכן לפנות לסעיף ניצול המצוקה שבחוק זה¹⁷. אם יוכיח הצרכן את קיומה של מצוקתו ואת ניצולה על ידי העוסק, וזאת כדי "לקשור עסקה בתנאים בלתי מקובלים או בלתי סבירים, או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת", הוא יהיה זכאי לסעדים הנזכרים לעיל. עם זאת חשוב לציין כי עצם הוכחת קיומה של התמורה המופרזת אינו מעמיד לצרכן את הגנת סעיף זה, שהרי עליו להוכיח כי הוא היה נתון במצב מצוקה וכי העוסק ניצל לשם קביעת המחיר הבלתי הוגן¹⁸. קיום תנאים לא הוגנים או תמורה בלתי סבירה עשויים אמנם להיות סימן חלקי לניצול מצוקה, אך אין די בהם כשלעצמם. מאידך גיסא, כשהוכח קיומו של ניצול מצוקה, אין צורך להוכיח את קיומה של התמורה המופרזת¹⁹.

מכל מקום, נזכור כי ההגנה שעשוי המתאנה במחיר למצוא בחוק הגנת הצרכן מוגבלת לעסקאות צרכניות, והיא לא תינתן לנפגע ממחיר בלתי סביר שיימצא בעסקה בין שני צרכנים או בין שתי פירמות. זאת ועוד, חוק הגנת הצרכן אינו מכיר במחיר המופרז כשלעצמו כעילה לתביעה, ועל המתאנה להוכיח פגמים בשלבי כריתת החוזה, כדוגמת הטעייתו או ניצול מצוקתו.

טעות

פניית המתאנה במחיר לעילות הטעות וההטעיה שבחוק החוזים²⁰ עלולה שלא לסייע לו. טענתו כי הוא טעה כשהסכים לשלם עבור הנכס מחיר גבוה מן המקובל, לא תתקבל. חוק החוזים אינו מכיר בטעות "שאינה אלא בכדאיות

14. סעי' 31(א) לחוק הגנת הצרכן.

15. סעי' 32 לחוק הגנת הצרכן.

16. וראה ס' דויטש, 'בית המשפט לתביעות קטנות כמגן הצרכן', **עיוני משפט ח** (תשמ"א-תשמ"ב), עמ' 345, 347 - 349; מ' בר-ניב (ברנובסקי), 'האכיפה של חוק הגנת הצרכן על ידי המגזר העסקי', **עיוני משפט יז** (תשנ"ב-תשנ"ג), עמ' 299, 300.

17. סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן.

18. על מאפייני המצוקה וניצולה ראה להלן, ליד הערות 27 - 30.

19. זאת בשונה מסעיף 18 לחוק החוזים, הדורש שם את הוכחת קיומם של תנאים גרועים בחוזה; ראה **שלו**, עמ' 623 הערה 56; ס' דויטש, 'דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן', **מחקרי משפט ט** (תשנ"ב), עמ' 137.

20. סעיפים 14 ו 15 לחוק החוזים.

העסקה" כעילה המצדיקה את ביטול החוזה²¹. המתקשר בחוזה בסוברו כי החוזה כדאי עבורו ונמצא כי אין הם פני הדברים, לא יוכל להסתמך על עילת הטעות ולא יהיה לא להלין אלא על כושר שיפוטו הלקוי. דעה רווחת היא כי טעות בהערכת שוויה של העסקה, המביאה להסכמה לקביעת מחיר נמוך או גבוה מן המקובל, תחשב לטעות בכדאיות העסקה שאינה מעניקה לטועה סעד²². כך למשל, קבע השופט לוין כי מכירת דירה השווה 620,000 שקלים במחיר 480,000 שקלים אינה אלא טעות בכדאיות העסקה²³.

עם זאת, קיימים מקרי גבול שבהם טעות בהערכת מחיר העסקה תוכר כטעות המבטלת את החוזה. כך הוא למשל, במקרה הבא: ראובן מציע לשמעון לקנות מניה בשיעור מסוים. שמעון בודק את הדבר בעיתון כלכלי ומסיק שזהו מחיר רווחי ורוכש את המניה. לאחר זמן הוא מגלה שהעיתון ישן ואינו עדכני, וכי למעשה הוא שילם עבור המניה מחיר גבוה בהרבה מן הממוצע. לדעת טדסקי²⁴ ופרידמן²⁵ טענת שמעון לביטול החוזה בגין טעות עשויה להתקבל.

עושק

אם יפנה המתאנה במחיר לעילת העושק²⁶, הריהי תעמוד לימינו במקרים מסוימים בלבד. עילה זו מגינה על "מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני... את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר ניסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל". על הנעשק להוכיח את קיומם המצטבר של שלושה אלמנטים²⁷: היותו נתון במצוקה²⁸, ניצול המצוקה

21. סעיף 14(ד) לחוק החוזים.

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

23. ע"א 455/82 **מאיר נ' מזרחי**, פ"ד לו(3), עמ' 579, 583. ראה גם **כהן ופרידמן**, עמ' 730 - 732. כהן ופרידמן הוסיפו כי אין להסיק מעובדת קיומו של מחיר מופרז על קיומן של טעויות אחרות אשר היו לו סיבה אפשרית (**שם**, עמ' 22-23).

24. ג' טדסקי, 'טעות בכדאיות העסקה', **משפטים יב** (תשנ"ב), עמ' 329, 331.

25. **פרידמן** (הני"ל בהערה 22), עמ' 472.

26. סעיף 18 לחוק החוזים.

27. ע"י למשל ע"א 403/80 **סאסי נ' קיקאון**, פ"ד לו(1), עמ' 762, 766 - 769; ע"א 624/80 **עבד אמארה נ' נמני**, פ"ד לו(3), עמ' 606, 609.

28. חוסר מומחיות, חוסר שיקול דעת עסקי, נמהרות, או אילוץ כלכלי ארעי לא ייחשבו בהקשר זה למצוקה רלוונטית (**שלו**, עמ' 249; ע"א 11/84 **רבינוביץ' נ' הקואורפריטיב המאוחד להובלה**, פ"ד מ(4), עמ' 533, 542).

על ידי הצד שכנגד, וקיומם של תנאים חוזיים הגרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל. תנאי גרוע מעין זה עשוי להיות מחיר מקפח²⁹, אך עצם הוכחת קיומו של מחיר בשיעור זה אינה מלמדת על מצוקה שנוצלה על ידי הצד שכנגד³⁰. אין אפוא בעילת העושה כדי להגן על המקרה השכיח של קביעת מחיר מקפח.

חשוב לציין, כי ככל שגדלה מידת אי-הסבירות של תנאי החוזה כך יהיה נכון בית המשפט להפחית את דרישת קיומה של ניצול המצוקה על ידי העושה³¹. מכאן כי מתאנה אשר יוכיח את קיומו של מחיר חוזי מקפח בשיעורים קיצוניים וחריגים ביותר, ייקל עליו לעבור את משוכת הוכחת קיומה של ניצול מצוקתו על ידי העושה.

תום-לב

חוק החוזים קובע כי "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב"³². סעיף זה מטיל על הצדדים את החובה לנהוג במהלך המשא ומתן בדרך הוגנת וסבירה. מכוח עיקרון זה מקובל להטיל על הצדדים חובות שונות הנוגעות לדרך ניהול המשא ומתן³³. על פי הפרשנות הרווחת, המתאנה לא יוכל לטעון לאי תום-לב רק בשל קיום מחיר מקפח שהוא פרי משא ומתן שנוהל בדרך הוגנת.

אך דומה כי מסתמנת פרשנות שונה לעקרון תום הלב, הטוענת שעקרון זה מפקח לא רק על שלבי המשא ומתן אלא גם על מועד כריתת החוזה. משמעות הדבר היא ש"הכללת תניות חד-צדדיות בחוזה עשויה להיחשב כנוגדת את עקרון תום-לב"³⁴. פרשנות זו היא שהנחתה את השופט קדמי, אשר היה בדעת מיעוט בענין **גנז נ' כץ**³⁵.

אלו הן העובדות הרלוונטיות. המערער, רווק אמיד כבן חמישים המשתייך לעדה החרדית, נחוש היה לשאת עלמה צעירה ורווקה. לשם כך הוא חתם על שטר

29. ראה **סאסי נ' קיקאון** (הני"ל בהערה 27).

30. ע"א 4839/92 **גנז נ' כץ**, פ"ד מח(4), עמ' 749, 757.

31. **פרידמן וכהן**, עמ' 976. ראה גם **סאסי נ' קיקאון** (הני"ל בהערה 27), עמ' 769.

32. סעיף 12(א) לחוק החוזים.

33. כגון: איסור לשאת ולתת בלא כוונה אמיתית להתקשר בחוזה; חיוב להימנע מניהול משא ומתן מקביל עם גורמים אחרים; חיוב להשתמש בטכניקה הוגנת של ניהול משא ומתן (אין לסגת, למשל, באופן בלתי סביר מסיכומים קודמים); חיוב לגלות עובדות שונות שסביר לגלותן; חיוב להימנע מהעלאת דרישות בלתי חוקיות במהלך המשא ומתן (**שלו**, עמ' 54 - 59).

34. **שלו**, עמ' 45 - 46. כן ראה **פרידמן וכהן**, עמ' 538 - 539.

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

התחייבות, בו הוא מתחייב לשלם \$100,000 לשדכן תמורת השידוך המבוקש. השדכן אכן הצליח במשימתו, והחתן וכלתו באו בברית הנישואין. ביום האירוסין שלשל החתן \$20,000 לכיסו של השדכן, ובכך סבר כי הוא מילא את חובתו כלפיו די והותר (בית המשפט קיבל את ההערכה כי דמי שדכנות מקובלים אינם עולים על סך \$3,000). השדכן תבע את מלוא דמי השדכנות, כלומר, \$80,000 נוספים. לדעת השופט קדמי "המשיב [השדכן] נהג במערער מנהג זאבים ולא מנהג בני-אדם", ולדידו קביעת מחיר מופרז זה כדמי שדכנות מהווה התנהגות שלא בתום-לב. הוא חיזק את טענתו על ידי פנייה לדוקטרינת החוזים הלא-מצפוניים שבמשפט האמריקאי³⁶. הצעתו הייתה להקטין את דמי השדכנות (על ידי הטלת חובת תשלום פיצויים) ולהעמידם על סך \$45,000³⁷. דעתו לא התקבלה על ידי שני עמיתיו. השופט לוי התנגד עקרונית לפרשנות זו של עקרון תום-הלב, ולדידו "סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), אינו יכול לשמש לבית המשפט קולר להיתלות בו על מנת לבטל חוזה שלפי הדין לא ניתן לבטלו, רק מהטעם שבעינינו אחת מתניותיו אינה סבירה"³⁸. השופט זמיר לא התנגד עקרונית לדרכו הפרשנית של קדמי, אך לדעתו קשה למעשה לקבוע שדמי השדכנות הנ"ל מופרזים ובלתי הוגנים; שכרו של שדכן המשיא בני זוג, טען זמיר, אינו חייב להיות קטן משכרו של עורך-דין המפריד ביניהם³⁹. ניתן דעתנו כי אמנם דעת הרוב לא קיבלה את מסקנתו הסופית של קדמי, אך לפרשנותו העקרונית את סעיף תום-הלב היה מתנגד אחד בלבד בין שלושת השופטים⁴⁰.

סיכום

המשפט הישראלי אינו רואה במחיר החוזי המקפח עילה המצדיקה הענקת סעד למתאנה. החוק חותר לכבד את החלטותיהם המשותפות של הצדדים, ובעיקר את הסכמתם על שיעור התמורה, בלא להעמידה במבחן ההוגנות והסבירות⁴¹.

36. ראה לעיל, עמ' 305.

37. עניין גנז נ' כץ (הני"ל בהערה 35), עמ' 757 - 760.

38. עניין גנז נ' כץ (הני"ל בהערה 35), עמ' 763. בעמדה זו תמך גם י' וינבוים, בדרך מקובלת ובתום לב (הוצאת סדן, 2000), עמ' 213 - 214.

39. עניין גנז נ' כץ (הני"ל בהערה 35), עמ' 766.

40. ובמילים אחרות, אם מצב העניינים היה שונה, ומחיר החוזה היה מוערך כמקפח ובלתי הוגן בעליל, היו שופטי הרוב מורים לתקן את המחיר מכוח עקרון תום הלב.

41. "הצדדים להתקשרות הם הם אלה הדואגים לענייניהם, הם המגבשים את תנאי ההתקשרות, ועל פיהם, על פי כוונותיהם ורצונותיהם, ייקבעו ההתחייבויות ההדדיות שבהסכם... 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 לו לבית המשפט, כי ההסכם, שנכרת מרצונם של בעלי הדין, אינו צודק או שהוא מקפח קיפוח

הגנה חלקית יוכל המתאנה במחיר למצוא בהוראות שונות הפזורות בחקיקה הישראלית, אשר המאפיין אותן הוא התמקדות בפגמים שונים בשלב המשא ומתן.

הצבענו גם על שינוי מגמה המסתמן בפרשנות עקרון תום הלב, אשר אם יתקבל יהיה בידי המתאנה במחיר מכשיר רב עוצמה (ושמא יש לומר: עוצמה יתירה). כפי שניווכח להלן⁴², שינוי פרשני זה אכן עשוי לשקף כיוון התפתחות רחב יותר של דיני החוזים.

3. קדושת 'חופש החוזים'

אי הכרתו של המשפט הישראלי במחיר המקפח כעילה להתערבות בתוכן החוזה משקפת את תפיסתו אודות עקרון-העל החולש על דיני החוזים. העיקרון "החשוב ביותר בדיני החוזים בישראל" הוא עקרון 'חופש החוזים'⁴³. אף שהוא אינו מעוגן בחוק יסוד, מתייחס אליו בית המשפט כאל מושג מרכזי ויסודי, השווה בערכו ל"זכות יסוד חוקתית"⁴⁴, ואף מייחס לו ערך של קדושה⁴⁵. שתי השתמעויותיו של עקרון 'חופש החוזים' הן: החופש לבחור את זהות הצד שכנגד והחופש לעצב עמו את תוכן החוזה. התערבות החוק בקביעת זהות המתקשר או בעיצוב תוכן החוזה תיחשב להפרת פסולה של עקרון 'חופש החוזים', והיא תתקיים אם, ורק אם, יש לכך סיבות ייחודיות המצדיקות זאת. המחוקק מעדיף להנחות את הצדדים בדרך של הוראות חוק מרשות, הניתנות לשינוי על ידי הצדדים, ולא כהוראות חוק כופות⁴⁶.

של ממש את אחד המתקשרים" (השופט לוין, ע"א 573/82 ברק נ' ברק פ"ד לח(4), עמ' 626, 632).

42. עמ' 335.

43. שלו, עמ' 25. ראה גם פרידמן וכהן, עמ' 32 - 34; סיני דויטש, דיני הגנת הצרכן, א (לשכת עורכי הדין, תשס"א), עמ' 27.

44. השופט ברק, ד"נ 20/82 בית יולס נ' רביב משה, פ"ד מג(1), עמ' 441, 486.

45. השופט ברק, ע"א 554/83, 'אתא' נ' זולטוב, פ"ד מא(1), עמ' 282, 297. אין צריך לומר כי מגמה זו עשויה להשתנות ככל שיתחזק מעמדו של עקרון תום הלב (ראה להלן עמ' 348). וביתר דיוק: אם עקרון 'תום הלב' ייתחם להקפדה על דרכים הוגנות של כריתה ועל ביצוע נאות של החוזה, הוא עשוי להתיישב היטב עם עקרון 'חופש החוזים'. מאידך גיסא, אם עיקרון זה יביא למעורבות שופטים בהערכת הגינות תוכן החוזה, שלא לומר בעיצובו המחודש, הוא יעמיד עצמו במנוגד לעקרון 'חופש החוזים'.

46. ראה שלו, עמ' 29.

מעקרון 'חופש החוזים' נגזר כי המבחן לתוקף החוזה יהיה מבחן חירות הצדדים: חוזה שנכרת בדרך חופשית יהיה תקף, יהא תוכנו אשר יהא, ואילו חוזה שנכרת כשאחד מן הצדדים נעדר חופש בחירה מספיק יהיה ניתן לביטול.

התערבויותיו של המחוקק במרחב מחייתם הפרטי של הצדדים אמורות אפוא להיעשות אך ורק כאשר מתעורר החשד כי הליך כריתת החוזה נגוע בהיעדר חופש מספיק של אחד מהם. אז עשוי המחוקק לנקוט באחת משתי דרכי הפעולה הבאות: לנסות ולשקם את החופש החוזי ולאפשר משא ומתן תקינים יותר בין הצדדים, ואם החופש החוזי אינו בר-תיקון אזי להתערב בקביעת תוכן החוזה עצמו ולהבטיח את היותו הוגן ומאוזן. דוגמאות להוראות חוק מן הקבוצה הראשונה הן: חובות הגילוי של עוסק כלפי צרכן⁴⁷; חובת עוסק להימנע מלנצל את מצוקת הצרכן⁴⁸; הגבלות על קיומם של הסדרים כובלים⁴⁹, העלולים למנוע קרוב לוודאי את פעילותו התקינה של השוק החופשי. הוראות חוק אלו אינן מבטיחות תוצאה חוזית הוגנת ומאוזנת אלא יתר תקינות של הליך הכריתה. דוגמאות להוראות חוק מן הקבוצה השניה הן: פיקוח על הגינות התניות שבחוזים אחידים⁵⁰; הבטחת השקעותיהם של רוכשי דירות⁵¹ ואיכות הדירה אותה הם יקבלו⁵²; הוגנותם של השירותים הבנקאיים הניתנים ללקוח⁵³; איכות מכירת מוצרים על ידי מונופול⁵⁴; והבטחת תנאי העסקתם של עובדים⁵⁵. המשותף לקבוצה האחרונה של הוראות חוק הוא קיומו של חשד להיעדר חופש מספיק אצל אחד הצדדים שלא ניתן לרפא אותו כראוי, ושעל כן דרושה התערבות בקביעת תוכן החוזה עצמו.

בין כך ובין כך, המשפט הישראלי אינו מייעד לעצמו להבטיח את הגינות תוכן החוזה כשלעצמו, אלא רק כפונקציה ישירה של פגמים בחירות הצדדים בשלבי

-
47. סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן; סעיף 2 לחוק המכר (דירות) תשל"ג – 1973; סעיפים 2 - 6 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א – 1981.
48. סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן.
49. סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988.
50. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג – 1982.
51. חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה – 1974.
52. תיקון משנת תש"ן לחוק המכר (דירות), תשל"ג – 1973. ראה גם א' זמיר, "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)", **משפטים ל** (תש"ס), עמ' 459, 463.
53. ראה סעיפים 2, 7 ו 8 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א – 1981. הבטחת תקינות תוכן חוזה זה מלווה גם בהבטחת תקינות הליך כריתתו, ראה שם סעיפים 3 - 5.
54. ראה סעיפים 27, 29 ו 30 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988.
55. חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א – 1951; חוק חופשה שנתית, תשי"א – 1951; חוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג - 1963.

המשא ומתן, וזאת כנגזרת של עקרון 'חופש החוזים'. בכורתו של עקרון 'חופש החוזים' בדיני החוזים בישראל היא אפוא המסד המשפטי להתנגדות להעניק למתאנה סעד בגין המחיר המופרז ממנו הוא נפגע. "הרעיון בדבר חופש החוזה", טוענים כהן ופרידמן, "הביא להתפתחות מסורת ארוכה שלפיה בית המשפט איננו קובע את המחיר עבור הצדדים ואיננו מתערב במחיר... שהם קבעו"⁵⁶.

4. שני מושגים של צדק חוזי

כאן עשויה לבוא לעזרתנו הבחנה חשובה בין שני מושגים של צדק חוזי – 'צדק חוזי מהותי' (סובסטנטיבי) ו'צדק חוזי תהליכי' (פרוצסואלי) – שפותחה בעיקר בארה"ב בעשרות השנים האחרונות⁵⁷.

הבחנה זו מקפלת בתוכה את תמצית מערכת היחסים שבין ערכי הצדק והחירות כפי שהם משתקפים בדיני החוזים⁵⁸. עקרון הצדק החוזי התהליכי מבאר את ערך הצדק על פי עקרון החירות. החוזה הצודק הוא זה הנערך בתנאי חירות אופטימליים. תפקידם של דיני החוזים, על פי השקפה זו, להבטיח את חירותם המלאה של הצדדים בעת תהליך כריתת החוזה. לשם כך עליהם לאתר חוזים שבהם אחד מן הצדדים נהנה מחירות למראית עין בלבד. טעות, הטעיה, ניצול⁵⁹, כפיה, התנהגות שלא בתום-לב בעת המשא ומתן, אי שוויון בולט בכוח המסחרי, השפעה לא הוגנת, מונופולין, הצטרפות לחוזה אחיד – כל אלו ועוד עשויים להיות סיבות להיעדר חופש חוזי מספיק אצל אחד הצדדים. באמצעותן מצליח

56. כהן ופרידמן, עמ' 731.

57. ראה, A. A. Leff, 'Unconscionability and the Code - The Emperor's New Clause', 115 U. Pa. L. Rev. 485 (1967); פון מהרן, עמ' 64; גורדלי, עמ' 1625; פרידמן וכהן, עמ' 54 - 55. להרחבת העיון במערכת היחסים הסבוכה הקיימת בין שני עקרונות אלו, ראה ב' פורת, הצדק החוזי בדין התלמודי, עבודת גמר לתואר מוסמך (האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשס"ב), פרק 1.

58. נעיר כי הבחנה זו בין שני מושגי הצדק החוזי עשויה, כמובן, להקביל (אם כי לא באופן הכרחי) לשוני בין שתי הגישות העקרוניות לבעיית הצדק החברתי, כלומר לגישות קפיטליסטיות מחד גיסא, ולגישות הסוציאליסטיות מאידך גיסא. וראה, F. H. Buckley, 'Three Theories of Substantive Fairness', 19 Hofstra L. R. (1990-1991), pp. 33-34, note 1.

59. עילת העושה, הבוחנת בין השאר את מידת סבירות תניות החוזה, עשויה להיראות חריגה על רקע זה (ראה לעיל ליד הערה 26), באשר היא מעמידה למבחן את הגינות תוכן החוזה החשוד בעושה. פרידמן וכהן (עמ' 970 - 971) מציינים כי הדבר מוקהה על ידי המבחינים התהליכיים השלובים אף הם בעילה זו, הבוחנים את קיומה של ניצול המצוקה שהביאה לכריתת החוזה.

אחד מן הצדדים לכפות את רצונו על הצד שכנגד, ובכך מוכתם החוזה כבלתי צודק. החתירה לצדק, על פי תפיסה זו, מתמקדת בהבטחת החירות בעת הליך כריתת החוזה, ואין היא עוסקת בהבטחת הגינות תוכנו; Qui dit contractuel dit juste ('האומר חוזה אומר צדק')⁶⁰.

עקרון הצדק החוזי המהותי אינו מסתפק במבחני הגינות אלו, והוא רואה לנכון להבטיח אף את הגינות תוכנו של חוזה הנערך בתנאים חופשיים מלאים. על פי השקפה זו, החירות היא אחד מן העקרונות המסבירים ערך הצדק, אך אין היא יכולה למצותו. גם אם תובטח חירותם המלאה של הצדדים לחוזה אין בכך כדי להבטיח את הגינות תוכנו, הראוי להיות שקול, מאוזן ומגשים את האינטרס הכלכלי של שני הצדדים כאחד. מלבד מבחני הגינות תהליך כריתת החוזה מציבה תפיסה זו גם מבחנים להגינות תוכנו ותוצאותיו.

תפיסתו המוצהרת של המשפט הישראלי תואמת את עקרון הצדק החוזי התהליכי. עיקרם של מנגנוני הבקרה הקבועים בו מיועדים לשיקום החופש החוזי של הצדדים שהועמד בסכנה, לאו דווקא להבטחת הגינות החוזים ושקילות תמורותיהם. הוראות חוק אלו עשויות בהשקפה ראשונה להיראות ככופות עצמן על התנהלותם הספונטנית של חיי המסחר וכמיצרות את טווח הפעילות החופשית, אך למעשה הן מחזקות את השוק החופשי לטווח הארוך ומבצרות את מעמדו. כפי שנוכחנו לדעת, גם כאשר המשפט הישראלי חודר אל תוכן החוזה עצמו ומבטיח כי תניותיו תהיינה שקולות, הדבר נעשה מכוח הערכתו כי החופש החוזי במקרים אלו מאויים בצורה כה משמעותית, עד שהדרך היחידה להתמודד עם איום זה על החופש החוזי היא בהבטחת הגינות תוכן החוזים. ומכל מקום, חוזים המוערכים כנובעים מהליך כריתת חופשי ודו-צדדי נחשבים כעומדים במבחן הצדק של דיני החוזים בישראל.

הבסיס המשפטי של מדיניות זו הוא, כאמור, עקרון הצדק החוזי התהליכי, המבאר את ערך הצדק על פי ממדיו של עקרון החירות. לבסיס משפטי זה קיימות תשתיות ערכיות אחדות, אשר התחקות אחריהן חשובה להבנה מעמיקה של עמדת המשפט הישראלי, אך לא פחות מכך להבנת יסודות עמדתו החלופית של הדין העברי.

60. על פי פרידמן וכהן, עמ' 17. ראה גם פון מאהרן, עמ' 75.