

## פרק ג. עקרון 'חופש החוזים' בחקיקה הישראלית - יסודותיו הערכיים

שורשי מדיניות זו של דיני החוזים במשפט הישראלי נטועים במספר תיאוריות של תורת המדינה ותורת המוסר<sup>1</sup>. עמדות משפטיות הננקטות בסוגיות מעין אלו, וסוגיית המחיר המקפח בכללן, הן בראש ובראשונה הכרעות ערכיות ותרבותיות, והצגתן כהכרעות "טכניות המעניינות בעיקר את איש המקצוע"<sup>2</sup> אינה הצגה שלמה.

### 1. תועלתנות

הגישה התועלתנית (utilitarianism), אשר נושא דברה המובהק הוא ג' ס' מיל<sup>3</sup>, גורסת כי תכלית התכליות הראויה לכוון את מעשי האדם היא הפקת מירב התועלת להגדלת אושרה של החברה. אושרה הכללי של החברה יושג אם ידאג כל יחיד ויחיד למימוש אושרו הפרטי, אשר יחדיו יסתכמו להצטברות האושר החברתי הכללי; רק לעיתים נדירות ידרש אדם להקריב את אושרו הפרטי לשם מימוש האושר הכללי של החברה<sup>4</sup>.

אושרה של החברה עשוי להיות מותנה הן בסיפוק צרכיה הפיזיים והן בהגשמת מימושן של מידותיה הטובות. בסיפוק צרכיה הפיזיים של החברה יש למנות, כמובן את אלו הכלכליים. על רקע זה יש לראות את הגישה הכלכלית למשפט, אשר התפתחה בארבעת העשורים האחרונים, כאחד מגלגוליה האפשריים של התועלתנות. על פי הגישה הכלכלית למשפט, המבחן לתפקודה הראוי של מערכת

- 
1. ראה כהן ופרידמן, עמ' 16 - 21; שלו, עמ' 27; א' זמיר, עקרון ההתאמה בקיום חוזים (ירושלים, תש"ן), עמ' 169 - 171; זמיר, פירוש והשלמה, עמ' 79 - 81.
  2. "אנגלרד, שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי", בתוך: המשפט העברי ומדינת ישראל (עורך: י' בזק, ירושלים, תשכ"ט), עמ' 110, 132.
  3. בספרו התועלתנות (ירושלים תשל"ב).
  4. התועלתנות, עמ' 38 ואילך.

המשפט הוא הצלחתה להקצות ביעילות את משאבי החברה ולהשיג את התועלת החברתית הכוללת הגבוהה ביותר. בהתאמה, הגישה הכלכלית לדיני החוזים חותרת "לייעל את רצונות המתקשרים בחוזה ובכך להביא לרווחתם המירבית..."<sup>5</sup>.

התועלתנות והגישה הכלכלית לדיני החוזים נתפסות כתומכות בעקרון 'חופש החוזים' ובאי התערבותה של מערכת המשפט בקביעת המחיר החוזי. פעילות מסחרית חופשית, שאינה מוכוונת באופן מלאכותי על ידי רשויות השלטון, נושאת פוטנציאל ליתר רווחיות וליתר יעילות כלכלית עבור החברה כולה. האדם הוא "ממקסם רציונלי", הוא השופט הטוב ביותר של מילוי צרכיו הכלכליים. מכאן שכופר השיפוט העצמי של האדם יניב עבורו את התוצאות החוזיות היעילות ביותר מן הבחינה הכלכלית. הצטברותם של חוזים יעילים רבים יביאו להגדלת רווחתה של החברה כולה. כרסום מערכת המשפט בחופש החוזי והתערבותה בקביעת המחירים, עלולים להביא לכמה תוצאות בלתי רצויות: החוזים שייכרתו יהיו פחות רווחיים עבור הצדדים; הדבר יביא לירידה במוטיבציה ליצירת התקשרויות חוזיות; הדבר יביא לייקור תהליך כריתת החוזים, שכן הוא יצריך הקצאת משאבים להתמודדות הצדדים עם דרישות מנגנוני פיקוח אלו; ולבסוף, הביטחון החוזי יתערער, שכן תוקפם של חוזים יהיה נתון לבחינה מחודשת בגין הגינות המחירים הנקובים בהם. סוף דבר, פגיעה בחופש החוזי תפגע ביעילותם של החוזים כמכשיר כלכלי.

על פי טיעון זה, היעילות הכלכלית דורשת מתן תוקף לחוזה, יהיה שיעור המחיר שבו אשר יהיה. אם נניח למשל, כי המחיר המקובל בשוק עבור הנכס הנידון הוא 100, אך הצדדים סיכמו ביניהם למכרו במחיר 120, טוב תעשה מערכת המשפט, על פי גישה זו, אם תעניק תוקף לחוזה. אם הקונה הסכים לרכוש את הנכס במחיר 120, קרוב לוודאי שנכס זה שווה עבורו יותר ממחיר זה, למשל 130 (שאם לא כן הוא לא היה רוכשו). מנגד, קרוב לוודאי שהנכס שווה עבור המוכר פחות ממחיר זה, למשל 110 (שאם לא כן הוא לא היה מוכרו). חוזה זה מגדיל אפוא את עושרו של הקונה ב 10 כשם שהוא מגדיל את עושרו של המוכר ב 10, ונמצאת התועלת המצרפית של החברה גדלה ב 20<sup>6</sup>. העובדה שהקונה היה יכול לרכוש את הנכס במחיר המקובל בשוק ולהרוויח 30, ובכך לכאורה להגדיל את רווחיו, אינה רלוונטית, שכן אם המוכר אכן היה מעביר את הנכס לקונה במחיר 100 אזי עושרו היה נפחת ב 10, ושוב היינו מגיעים לתוצאה כי הרווח הכללי עבור החברה

5. שלו, עמ' 496. ראה גם זמיר, פירוש והשלמה, עמ' 114 - 115.

6. ראה גורדלי, עמ' 1592 ואילך.

הוא 20. ניתוח זה עשוי אף להוביל למסקנה, כי המחיר המוסכם הוא לא רק יעיל עבור החברה אלא גם הוגן עבור שני הצדדים, זאת חרף העובדה שהוא חורג מן המחיר המקובל בשוק. לעומת זאת, אם מערכת המשפט תבטל את תוקפו של חוזה זה במחירו הנוכחי הדבר יהיה בלתי יעיל, שכן הוא יותיר את הנכס בידי המוכר, בעוד היעילות דורשת כי הוא יימצא בידי הקונה, אשר עשוי להפיק ממנו תועלת כלכלית גדולה יותר.

## 2. תורת האמנה החברתית

הצדקה שונה לעקרון 'חופש החוזים' ולמתן תוקף להסכמת הצדדים בקביעת המחיר מצוייה במסורת הוגי האמנה החברתית. על פי אסכולה זו, אשר הבולטים שבה הם הובס, לוק, שפינוזה ורוסו, התשתית המוסרית של כוחה המחייב של המדינה כלפי היחיד נשענת על הסכמתם העקרונית המשותפת של כלל האזרחים לקיומה של המדינה ולתוקף חוקיה. המדינה שואבת אפוא את כוחה מהסכמת האזרחים.

אין צריך לומר כי הוגים שונים הסיקו מבנים שלטוניים שונים מהסכמה היפוטטית זו של הנשלטים, ואינו דומה המבנה הליברלי אותו מסיק לוק מתורת האמנה החברתית למבנה הטוטליטרי למחצה אליו מגיע רוסו. עם זאת, הוגים אלו שותפים לתובנה הקובעת כי מקור הסמכות להגבלת חירויות היחיד ולהטלת חובות שונות על כתפיו מצוייה בהסכמתם של האזרחים עצמם.

כאשר המבנה החברתי בכללותו, הכולל את סך חובותיו וזכויותיו של הפרט, מעוצב על פי מודל של חוזה הנכרת בין כלל משתתפי החברה, הרי שההסכמה החוזית היא מושג המפתח להבנת טווח פעילותו של האדם במסגרת החברתית. מסורת האמנה החברתית עשויה אפוא להימצא תומכת במתן לגיטימציה מקסימלית להסכמתם החופשית של צדדים לחוזה, וזאת כחלק מהישענותה על הסכמתם החוזית הכוללת של כלל אזרחי המדינה. כך סיכמו זאת פרידמן וכהן: "מסגרת זו של 'אמנה חברתית' מניחה את דבר תוקפו המחייב של ההסכם ולמעשה רואה בו אמצעי לגיטימי יחיד שבמסגרתו מוותר האדם על חירותו ... החוק והדין יונקים את כוחם מן החוזה והוא המעניק להם את תוקפם המחייב. זוהי אפוא תיאוריה בדבר עליונות החוזה אפילו על החוק"<sup>7</sup>.

---

7. כהן ופרידמן, עמ' 16 – 17.

אכן, בספרו 'הלווייתן' גזר תומס הובס מתוך עקרונות הצדק שבתפיסת האמנה החברתית את הצורך להותיר את קביעת תוכן החוזה ומחירו בידי המתקשרים עצמם:

"ערכו של כל דבר שהחווה מוסב עליו, נמדד על-ידי השתוקקותם של בעלי החווה; לפיכך, הערך הצודק הוא מה שנכונים הם לתת... אם נדייק בדיבורנו, הרי הצדק של חליפין הוא הצדק של בעל חווה, כלומר קיום אמנה במקח ובממכר, בשכירה ובהשכרה, במתן הלוואה ובקבלת הלוואה, בחילופי נכסים וסחורות, ובפעולות אחרות על פי חווה"<sup>8</sup>.

### 3. ליברליזם

צלע שלישית התומכת בבכורתו של עקרון 'חופש החוזים' היא התיאוריה הליברלית בדבר מרכזיותו של ערך החירות. הליברליזם העמיד בראש מעייניו את ערך החירות של האינדיבידואל. לאמיתו של דבר, החשוב הוא לא מרכזיותו של ערך החירות בעיני ההשקפה הליברלית, שהרי השקפות רבות נוספות העמידו ערך זה במרכזן, אלא הפרשנות הניתנת על ידי הליברליזם לערך זה.

עקרון החירות, בפרשנותו הליברלית, דורש את המזעור המירבי של מעורבות החברה והמשפט בחיי הפרט, ו"שיהא אדם חופשי בטעמו ובבחירת משלח ידו... ובלבד שיקבל על עצמו את כל העלול לצאת ממעשיו, ... וששאר הבריות לא יפריעו בעדו"<sup>9</sup>. אמנם, כאשר מעשי הפרט מסיבים נזק ישיר לזולת או לחברה רשאית (ואף חייבת) החברה להצר את צעדיו, אך הקשר הסיבתי בין מעשים אלו של הפרט ובין הנזק הנובע מהם חייב להיות קשר ישיר וברור. פגיעה בזולת עקב פעילות מסחרית חופשית, שאין בה הפעלת כוחות בלתי-כשרים, היא בטווח פעולותיו החופשיות הלגיטימיות של האדם, ומכאן כי יש לחתור לכיבוד מקסימלי של תוצאות הפעילות המסחרית החופשית של שחקני השוק<sup>10</sup>.

8. ת' הובס, **לויתן**, (ירושלים, תשל"ג), עמ' 141.

9. ג' סי מיל, **על החירות** (ירושלים, תש"ו), עמ' 25 – 26.

10. "לפעמים תכופות יקרה שהיחיד, ברודפו אחר מטרה המותרת לו, מוכרח והלכך גם רשאי, לגרום כאב או הפסד לאחרים, או ליטול לעצמו איזו טובת הנאה שהיה להם יסוד מספיק לקוות שתיפול בחלקם הם... מי שמצליח במקצוע שמספר העוסקים בו רב יותר מדי... נהנה מהפסדם של אחרים, מעמלם שעמלו לשווא ומתוחלתם הנכזבה. אולם לדעת הכל מוטב, מצד התועלת הכללית של המין האנושי, שבני אדם ירדפו אחרי מטרותיהם מבלי להירתע לאחור מפני תוצאות הסוג האמור... רואה היא [החברה] חובה לעצמה להתערב אך ורק

חשובה לענייננו היא הגדרתו של הליברליזם את החירות על דרך השלילה (אותה כינה ישעיהו ברלין כ"חירות שלילית"<sup>11</sup>). המגבלות על חירותו של האדם נובעות מבני אדם אחרים, כיחידים או כתברה, ומכאן כי מבחנה של החירות הוא מבחן מידת צמצום המגבלות אותן מטילה החברה על חיי היחיד. אמנם לעיתים החברה מחויבת להתערב בחיי היחיד כדי להצילו מנזקים שהוא גורם בטעות לעצמו, אך יש לזכור כי אז החברה פועלת בפטרנליזם; זוהי פעולה כופה ולא פעולה משחררת, ועל כן יש למעט בה ככל האפשר. משמע שלילי זה של החירות – החירות כערך השולל את התערבות החברה בחיי הפרט – עומד בבסיס התפיסה הליברלית הקלאסית, ובבסיס המכניזם הקפיטליסטי הדוגל בהשתתת המערכת הכלכלית על עקרון השוק החופשי. סירובה של מערכת המשפט להעניק תוקף למחיר חוזי מופרז, אשר הושג במשאם ומתנם החופשי של הצדדים, ייחשב כפגיעה בחירותם של המאנה והמתאנה כאחד; כיבוד חירותם דורש הענקת תוקף מחייב להסכמותיהם המשותפות.

---

כשהושגה ההצלחה - באמצעים שאין להרשותם מצד התועלת של הכלל - כלומר על ידי מעשי הונאה או רמאות או ביד חזקה" (על החירות, עמ' 175 - 176).

11. ישעיהו ברלין, 'שני מושגים של חירות', בתוך ארבע מסות על החירות (הוצאת רשפים, תשל"א).