

## פרק ד. חירות הצדדים ושקילות התמורות במשפט הישראלי - בחינה ביקורתית

### 1. כללי

הגם שעקרון 'חופש החוזים', ועקרון 'הצדק החוזי התהליכי' הנובע ממנו, מוצגים כעומדים בקדמת דיני החוזים בישראל, בחינה ביקורתית של תמונת מצב זו עשויה לסדוק אותה לאורכה ולרוחבה. מכוחן של הוראות חוק שונות בחוק החוזים, ובמיוחד מכוח השימוש שעושים בהן בתי המשפט, מתקבלת המסקנה כי מתחת לפני השטח של דיני החוזים בישראל נשמעים הדים רועמים של עקרון הצדק החוזי המהותי. הללו מבטאים חתירה מתמשכת להבטחת הגינות תוכנם של החוזים ותוצאותיהם, וזאת בלא תלות בשאלת קיומו או אי קיומו של חופש בידי הצדדים בעת כריתת החוזה. פעמים רבות בית המשפט נעזר ברטוריקה של הימנעות מהערכת הגינות תוכן החוזה ושקילות תמורותיו, בעוד זו מסתירה בתוכה התערבות עקיפה בתוכן החוזה כדי להבטיח את הגינותו וסבירותו; "הרטוריקה של פסיביות שיפוטית מכסה ... על פרקטיקה אקטיביסטית"<sup>1</sup>.

למותר לציין, כי לתהליך זה של התקרבות המשפט הישראלי אל יישום חלק מעקרונות הצדק החוזי המהותי השפעה רבה על עמדתו האפשרית כלפי מעמדו של המחיר המקפת. הבה ונסקור אפוא את דרכי הפיקוח הסמויות המשמשות את בתי המשפט לשם בקרת הגינות תוכן החוזים ושקילות תמורותיהם, ולאחר מכן נבחן השלכות שונות העשויות לנבוע מניתוח זה.

1. א' זמיר, **חוק חוזה קבלנות, תשל"ד – 1974** (ירושלים, תשנ"ה), עמ' 430. להרחבה ראה שם עמ' 429 - 434; **זמיר, פירוש והשלמה**, פרק ג. היבטים רבים בפרק זה נשענים על מחקריו הביקורתיים של פרופ' זמיר.

## 2. פירוש חוזים והשלמתם

חוזים עלולים לסבול מאי-בהירות, אם משום ניסוח מעורפל ואם משום היעדר התייחסות לסיטואציה אפשרית. כאשר הדבר גורם לסכסוך בין הצדדים על השופט לפרש את החוזה ולחלופין להשלימו.<sup>2</sup> על פי דעה רווחת<sup>3</sup>, פירוש חוזים והשלמתם ייעשו על ידי חתירה להתחקות אחר דעת הצדדים המשוערת בשאלה הנידונה. כללי הפירוש וההשלמה מבוססים על ניסיונות חוזרים ונשנים לשיחזור גמירת דעת הצדדים. כאלו הם הכללים המפנים את השופט אל נסיבות כריתת החוזה, אל הנוהג המקובל בעבר בין הצדדים לחוזה, אל הנוהג המקובל בשוק עבור חוזים דומים וכדו'. רק במקרים נדירים, בהם נכשל השופט באיתור גמירת הדעת המשוערת של הצדדים, עליו לפרש את החוזה ולהשלימו על פי עקרונות חיצוניים, כדוגמת עקרון 'תום הלב', שאינם משקפים בהכרח את כוונת הצדדים שלפניו אלא את צורתו של החוזה הראוי. מבנה היררכי זה משקף את התפיסה האינדיבידואליסטית של דיני החוזים, על פיה יש לחתור לפרש את החוזה בראש ובראשונה על פי הסכמת הצדדים.

אך לא תמיד כך הם פני הדברים למעשה. לעתים בתי המשפט נוטים לפרש את החוזה כך שיבטא סבירות והוגנות בתוכנו, גם אם הדבר אינו קולע בהכרח לאומד דעת הצדדים. דרך אחת להשגת תוצאה זו היא על ידי שימוש מוגבר בעקרון תום הלב ככלי פרשני. בדרך זו למשל, פירש השופט ברק חוזה שנכרת בין בית-אבות ובין אחד מדייריו, ואשר לא היה ברור אם החוזה כולל אף את פרק הזמן שבו עלול אחד מדיירי הבית להתאשפז בבית חולים סעודי. לדעת ברק יש לפרש את החוזה באופן רחב, כך שיחול אף על פרק זמן זה, ונימוקו העיקרי לכך: "אין זה סביר ואין זה הוגן להפסיק את תחולת החוזה דווקא כאשר הדייר נקלע למצוקה קשה... אין זה סביר ואין זה הוגן להניח כי המוסד שבו בילה הדייר שנים רבות, ושבו ראה את ביתו החדש, מתנכר לו, בבחינת 'משליכו לעת זקנה'<sup>4</sup>. פרשנות זו אכן הופכת את החוזה להוגן יותר, אם כי אין וודאות שהדבר גם תואם את אומד דעתם של הצדדים עצמם בעת כריתת החוזה<sup>5</sup>.

דרך אחרת להשגת תוצאה מעין זה היא באמצעות הכלל הקובע שאת החוזה יש לפרש נגד מנסחו. על פי כלל זה, כאשר צד אחד ניסח לבדו את החוזה אזי הפירוש ייעשה בדרך המיטיבה עם הצד שכנגד. לכלל זה צידוקים שונים –

2. עיפיים 25, 26 לחוק החוזים.

3. ראה שלו, עמ' 298 – 304, 316 – 322; פרידמן וכהן, עמ' 270 – 282.

4. רע"א 1185/97 עיזבון מלגרום נ' מרכז משען פ"ד נב(4), עמ' 145, 162 – 163.

5. ראה גם ע"א 5187/91 מקסימוב נ' מקסימוב, פ"ד מז(3), עמ' 177, 186.

מוסריים, מוסדיים וכלכליים<sup>6</sup> – ומכל מקום הוא משמש כאמצעי נוסף להפיכת החוזה להוגן יותר, גם אם הדבר אינו קשור בכוונת הצדדים עצמם. כך למשל, השופט שמגר פירש בצורה מרחיבה את היקף אחריותה של חברת ביטוח כלפי המבוטחת שלה, וזאת בשל הביקורת שהיתה לו כנגד חברת הביטוח שניסתה להימלט מאחריותה על ידי שימוש בתניות פטור ובחריגים שונים שהיו בחוזה<sup>7</sup>. פרשנות מרחיבה זו שהוענקה לחוזה הביטוח תאמה, אם כן, את תפיסתו של שמגר אודות החוזה הצודק עבור שני צדדים אלו, לאו דווקא אודות החוזה המוסכם ביניהם.

הדברים חריפים עוד יותר כאשר שיקולי הוגנות מעין אלה מנחים את בית המשפט לא רק לפרש את האמור בחוזה אלא אף להוסיף בו דברים שנעדרו ממנו. מכוחו של סעיף 39 לחוק החוזים, הקובע שיש לקיים את החוזה בדרך מקובלת ובתום לב, נהגו שופטים להשלים חללים חוזיים כדי להבטיח את הגינותו של החוזה<sup>8</sup>. מכוח עקרון פרשני זה חוייבה חברת בנייה, אשר התחייבה לבנות בנין הכולל מעלית ותא לגנרטור, לספק אף את הגנרטור עצמו, זאת חרף העובדה שבחוזה עצמו לא נקבע שהיא זאת שתספק את הגנרטור<sup>9</sup>. בעניין אחר הוסיף השופט ברק לחוזה בנייה תנייה הקובעת סנקציה אזרחית שתוטל על הקבלנים אם הם יתעכבו בביצוע עבודות הבנייה, וזאת מכוח עקרון תום הלב<sup>10</sup>. השלמות אלו מעצבות מחדש את החוזה כשומר על יתר איזון והדדיות, והטענה כי תום הלב "לא בא ליצור צדק חדש בין הצדדים; הוא בא לתת ביטוי לצדק החוזי שהצדדים קבעו"<sup>11</sup>, היא רטוריקה של 'חופש חוזי' המסווה פרקטיקה של צדק מהותי. הוספת תנייה חדשה לחוזה נמשלה על ידי השופט ברק להוספת לגלגל לעגלה חוזית מקולקלת, המאפשרת לה לצאת שוב לדרכה<sup>12</sup>; אך יש להודות שתיקון עגלות חוזיות והשבחתן חורגת מהתחקות אחר כוונת הצדדים

- 
6. ראה זמיר, **פירוש והשלמה**, עמ' 30 - 32.
7. ע"א 172/89, **סלע נ' סולל בונה** פ"ד מז(1), עמ' 311, 326 - 330.
8. ראה די פלפל, 'סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תש"ג - 1973 והזיקה לדין הגרמני, **הפרקליט לו** (תשמ"ד), עמ' 53, 68 - 69; אי' זמיר, **חוק המכר תשכ"ח** - 1968 (ירושלים, תשמ"ז), עמ' 171 - 172. לעמדה זו התנגד אלון בע"א 391/80 **לסרסון נ' שיכון עובדים** פ"ד לח(2), עמ' 237, 261 - 264. ברם, פרשנים העירו, כי הגם שאלון מתנגד להוספת חיובים חוזיים חדשים מכוח עקרון תום-הלב, הוא אינו מתנגד להשמטת תניות חוזיות קיימות מכוח עיקרון זה, ולכל הפחות לאיון המוחלט (שלו, עמ' 67; זמיר, שם).
9. בייסקי בעניין **לסרסון** (הני"ל בהערה 8).
10. ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים** פ"ד מט(2), עמ' 265, 327. לביקורת ראה דברי השופט מצא, שם, עמ' 288.
11. ברק, שם. ראה גם ע"א 719/89 **מחצבות חיפה נ' "חן-רון"**, פ"ד מו(3), עמ' 305, 314.
12. עניין **אפרופים**, עמ' 331.

האותנטיות, ולמעשה היא מעצבת עבורם את החוזה בצורה הוגנת ומאוזנת יותר<sup>13</sup>.

לעתים, במקום להוסיף בחוזה תנייה חדשה, השופט משמיט ממנה תנייה קיימת, העלולה, לדעתו, להפר את איזונו של החוזה ואת סבירותו. כמובן שאין לשופט כוח לבטל תנייה רק משום שהיא פרובלמטית בעיניו, אך בכוחו לקבוע כי תנייה זו אינה חלק אינטגרלי מן החוזה הנידון ובכך לקבוע כי למעשה היא אינה מחייבת. ניתוח ביקורתי מעלה כי "ככל שהתניה נראית בלתי סבירה, בלתי רצויה או יוצאת דופן, כן תגבר הנטייה לקבוע, שאין היא מהווה חלק מן ההסכם"<sup>14</sup>. הדוגמה הבאה תמחיש זאת היטב. תווית שהודבקה על מיכלי סודה קבעה כי הבעלות על מיכל הגז עצמו היא לחברה ולא לקונה. השופט מצא קבע, כי אמנם תווית מעין זו עשויה באופן עקרוני להיחשב כחלק מהותי בתוך חוזה המכר, ובלבד שהיא תהיה סבירה. כיוון שתווית ספציפית זו היתה לדעתו לא הוגנת, שכן המחיר שדרשה החברה היה שווה בערכו למחיר הנדרש על ידי המתחרות גם עבור מכירת מיכל הגז עצמו, הוא קבע שהתווית אינה חלק מן החוזה; הבעלות על המיכל ניתנה לקונה חרף תווית זו<sup>15</sup>. הווי אומר: על ידי הוצאת התנייה אל מחוץ לחוזה השיג השופט יתר שקילות בין התמורות המוחלפות במסגרת החוזה.

### 3. פגמים בהליך כריתת החוזה

כאמור, עקרון הצדק החוזי התהליכי מכונן מנגנונים שונים אשר יבטיחו כי תהליך הכריתה נעשה בדרך חופשית ובלא השתלטות רצונו של צד אחד על הצד שכנגד. הכלים הקלאסיים המשמשים לכך הם עילות הטעות, ההטעייה והכפייה. עילות אלו מבטיחות כי הצדדים לחוזה ייהנו מן המידע ומחופש הבחירה הדרושים לכריתה תקינה של חוזה, ואין הן בוחנות כלל ועיקר את תוכנו של

13. במקרה שנידון לאחרונה (ע"א 6370/00 קל בנין נ' ע.ר.מ. רעננה, פ"ד נו(3), עמ' 289, 302) קבע השופט ברק כי משא ומתן שכמעט והבשיל לכדי כריתה מלאה של חוזה, עשוי להיחשב כחוזה גמור לעניין חיובו של הנוהג שלא בתום לב לפצות את הצד שכנגד בפיצויים חיוביים (ולא רק פיצויים שליליים). במובן מסוים קביעה זו חורגת עוד יותר מהוספת תנייה לחוזה קיים, שכן למעשה היא יוצרת את עצם החוזה עבור הצדדים עוד לפני שהם כרתו אותו באופן מלא.

14. פרידמן וכהן, עמ' 190.

15. ע"א 347/90, 3180/92 סודהגל נ' ספילמן פ"ד מז(3), עמ' 459, 474. ראה גם ע"א 285/73 לגיל טרמפולין נ' נחמיאס פ"ד כט(1), עמ' 63, 70 - 71; ע"א 586/88 נעם נ' דקל (לא פורסם) פסקה 3.

החוזה שיושג לבסוף. אך למעשה, טוען אייל זמיר, בתי המשפט נעזרים בעילות אלה כדי לפקח על הגינות תוכן החוזה וסבירותו<sup>16</sup>. חוזה אשר תוכנו הוגן וסביר לא יוכר, על פי רוב, כחוזה אשר היתה בכריתתו טעות או הטעייה; טעות והטעייה יוכרו על-ידי בית-המשפט רק אם תוכן החוזה אינו הוגן ואינו סביר. השופט לוין למשל, קבע, כי טענתה של עיריית חיפה, שהיא הוטעתה על ידי אדם שהתקשר עמה בחוזה, לא תתקבל, שכן טעות זו לא הובילה אותה ליטול על עצמה כל סיכון ממשי בחוזה<sup>17</sup>. תוכנו של החוזה גרם אפוא לדחיית טענת קיומה של הטעייה. טיעון דומה הושמע בעניין אחר על ידי השופט שמגר. שמגר דחה טענה כי יש לבטל חוזה למכירת דירה בגין טעות שהיתה בכריתתו, ונימוקו היה שהמחיר שנקבע בחוזה סטה אך במעט משווייה הריאלי של הדירה<sup>18</sup>. גם השופט דורנר ביצעה מהלך דומה, וסירבה לקבל טענה שחוזה נכרת בכפייה. בין נימוקיה הועלה הטיעון כי החוזה הנידון הוא טוב עבור הנכפים יותר מאשר חוזים מקבילים אחרים<sup>19</sup>.

תופעה דומה פוקדת את השימוש בעילת העושה. כאמור, על הנעשק להוכיח את עובדת קיומן המצטבר של ניצול מצוקתו וקביעת תניות חוזיות מקפחות<sup>20</sup>. לטענת זמיר, אין בפסיקה הישראלית דוגמה למקרה שבו חוזה אופיין כסובל מתנאים מקפחים ובלתי הוגנים בעוד דרך כריתתו נחשבה כתקינה. ממצא זה מוביל את זמיר למסקנה הביקורתית, כי אם תוכן חוזה יוכר על ידי בית המשפט כמקפח ובלתי הוגן, השופטים לא יתקשו לאתר גם את שאר היסודות הדרושים לקיומה של עילת העושה, כלומר ניצול מצוקתו של הנעשק<sup>16</sup>. מכאן תמיכה נוספת למסקנה כי עילת העושה, שהיא במהותה עילה של צדק תהליכי, מסייעת אף היא לשמירת מידת הגינותו של תוכן החוזה וסבירותו.

- 
16. **זמיר, פירוש והשלמה**, עמ' 43 ואילך. לניתוח מקביל במשפט האנגלי ראה H. Collins, *The Law of Contract*, (London, 1993, 2d ed.), p. 254.
17. ע"א 304/84 **פופסקו נ' עיריית חיפה** פ"ד לט(4), עמ' 357, 364. לביקורת ראה ש' מנהיים, 'ביטול חוזה מחמת הטעייה ותוכן החוזה', **הפרקליט** לו (תשמ"ז), עמ' 477, 481.
18. ע"א 620/89 **חושנג'י נ' אמגר** פ"ד מו(1), עמ' 588, 594. ראה גם ע"א **לוי נ' נחול** פ"ד כט(2), עמ' 309, 312, 316.
19. ע"א 5493/95 **דירור לעולה נ' קרן** פ"ד נ(4), עמ' 509, 513. על כך ראה גם א' זמיר, 'רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות', **משפטים כט** (תשנ"ט), עמ' 783, 796. נציין כי על פי המשפט האמריקאי, אמנם חוזה כפוי אינו תקף, וזאת בלא תלות עקרונית בשאלת הגינות תוכן החוזה וסבירותו, אך אם הכפייה נועדה להפוך חוזה בלתי מאוזן (שיש בו, למשל, מחיר מופרז) לחוזה מאוזן, עשוי בית המשפט האמריקאי להכיר בתוקפו של החוזה החדש (ראה **פרידמן וכהן**, עמ' 908 - 909, 928 - 930).
20. ראה לעיל, עמ' 324.

כפי שכבר נוכחנו לדעת<sup>21</sup>, גם על פי פרשנות מרחיבה שנותנים כמה משפטנים לחובת תום הלב שבמשא ומתן, חייבים הצדדים לערוך חוזה שתוכנו יעמוד במבחן תום הלב. אין צריך לומר כי אף פרשנות זו נוטלת עילה השייכת במקורה לפיקוח על תקינות תהליכי הכריתה, ומגייסת אותה להשגת יתר הוגנות ושקילות בתוכן החוזה.

#### 4. נסיבות חדשות

דלת נוספת בעדה חודרים שופטים אל החוזה ומעצבים אותו בדרך הוגנת יותר, נפתחת כאשר מתרחשות נסיבות חדשות שהצדדים לא צפו מראש<sup>22</sup>. נסיבות חדשות אלו עשויות לגרום לחוזה שיפגע באחד מן המתקשרים, וכיבוד מלא של עקרון 'חופש החוזים' עשוי לדרוש קיום מוחלט של החוזה ככתבו וכלשונו למרות הנזק שיוסב מכך לצד הנפגע; "חוזה עשית, חוזה יש לקיים". לא כך נוהג בית המשפט, המאמץ לעצמו סמכויות שונות כדי לעצב מחדש את החוזה באופן שיהלום את הסבירות וההגינות בנסיבות החדשות.

אחת מן הסיטואציות האופייניות לכך היא עלייה חדה בשיעור האינפלציה שלא נצפתה מראש<sup>23</sup>. חוזים הנכרתים בתקופות רגיעה כלכלית עשויים שלא להכיל מנגנוני הצמדה, המיועדים להבטיח את ערכו הריאלי של הכסף בתקופות אינפלציה. אם אכן מתרחשת אינפלציה שלא נצפתה מראש החוזה עלול להתגלות כבלתי מותאם למציאות הכלכלית החדשה, והדבר כמוזן עלול לפגוע קשות באחד מן הצדדים לחוזה. למשל, אדם המוכר בית תמורת תשלומים הנפרשים על פני תקופה ארוכה, עשוי למצוא עצמו כעבור תקופת אינפלציה חדה, מקבל תמורה זעומה עבור ביתו, התואמת אמנם את ערכו הנומינאלי של הכסף, אך אינה תואמת את ערכו הריאלי של הנכס. בית המשפט בחר שלא להיצמד לעקרון 'חופש החוזים' במקרים אלו<sup>24</sup>, והחדיר אל תוך החוזה מנגנון שיערוך, אשר הביא לשמירת ערכם הריאלי של הסכומים הנקובים בחוזה, ובכך

21. לעיל, עמ' 325.

22. ראה ד' רונן, **התאמת חוזים לנסיבות משתנות** (ירושלים, תשס"א).

23. ראה **שלו**, עמ' 67 - 70; **זמיר**, **חוק חוזה קבלנות**, (הני"ל בהערה 1), עמ' 339 - 341; א' פרוקציה, 'הצמדה, שיערוך וריבית: עבר הווה ועתיד', **משפטים י** (תש"ס), עמ' 202; מ' הורק, 'שיערוך המחיר בחוזה', **עיוני משפט ח** (תשמ"א-תשמ"ב), עמ' 88; י' גרוס, 'הלם האניפלציה: הצמדת מערכת החיובים בישראל', **הפרקליט לג** (תש"ס), עמ' 53.

24. עמדה שונה הביע דניאל פרידמן במאמרו 'שיערוך, פיצויים ושיקולי עשיית עושר ולא במשפט', **הפרקליט לד** (תשמ"א), עמ' 88. לדעתו שיערוך חוזה הוא התערבות בתוכן החוזה וכתובת חוזה חדש עבור הצדדים, ועל כן הוא אינו ראוי.

הבטיח את שקילות התמורות המוחלפות בו. שיערוך זה נעשה מכוחו של עקרון תום-הלב בקיום החוזה<sup>25</sup>, ולחלופין, מכוחם של כללי הפירוש וההשלמה<sup>26</sup>. אך חשוב להבין ששתילת מנגנון שיערוך שזכרו לא בא בתוך החוזה אינה פירוש של כוונת הצדדים אלא כתיבת תניה חוזית חדשה עבורם. כינוי תהליך זה כפירוש החוזה אינו אלא "מסווה רטורי לקביעת הצמדה בחוזה שבו לא הוסכם עליה"<sup>27</sup>. לעתים הנסיבות החדשות שלא נצפו מראש על ידי הצדדים מביאות לחוסר אפשרות לקיים את החוזה ככתבו וכלשונו. היצמדות דווקנית לעקרון 'חופש החוזים' אמורה הייתה להביא להגדרת החוזה כחווה מופר המזכה את הנפגע בפיצויים, דבר הפוגע, כמובן, בצד המעוניין לקיים את החוזה ולא להפר אותו<sup>28</sup>. אכן, במקרים שונים נוהג בית-המשפט לתקן במעט את תוכן החוזה, כך שבצורתו המתוקנת יהיה אפשר לקיימו בנסיבות החדשות; פעולה זו נקראת "ביצוע בקירוב"<sup>29</sup>. כך היה למשל, לגבי חוזה למכירת נכס מסוים, אשר רישומו הנדרש לא התאפשר בשל מגבלות מנהליות שונות. בית-המשפט בחר שלא להגדיר את החוזה כבלתי ניתן לקיום, ועל כן הורה להמיר את מכירת הנכס בהחכרתו לתקופה של 99,000 שנים, דבר שהתאפשר בנסיבות העניין<sup>30</sup>. שינוי מעין זה אמנם שינוי קל הוא<sup>31</sup>, אך הוא הופך חוזה כושל, העלול לעשות עוול עם אחד הצדדים, לחוזה תקין השומר על האיזון בין צרכי שני המתקשרים בחוזה. שינוי קל ובלתי מורגש לא תמיד יכול להתמודד עם נסיבות חדשות המסכלות כל אפשרות של קיום החוזה. היצמדות לדיני החוזים הקלאסיים דורשת כי במידה

- 
25. ראה ע"א 303/87, 344 בנדרלי נ' קרן גימלאות של חברי אגד, פ"ד מה(2), עמ' 207, 213; עמדת השופטת בן-פורת בע"א 554/83 "אתא" נ' עיזבון זולוטוב פ"ד מא(1), עמ' 282; זמיר, חוק חוזה קבלנות, (הני"ל בהערה 1), עמ' 339-341.
26. ראה, למשל, ע"א 319/89 דן נ' צורני פ"ד מו(3), עמ' 305, 314. כדי לאתר באמצעות כללי הפירוש וההשלמה כוונה של הצדדים לקבוע מנגנון הצמדה (אף שהם עצמם לא קבעו זאת), 'מתח' בית המשפט את מושגי הפרשנות לגבולות חדשים, כדוגמת "בחינה פרשנית במובן הרחב" (השופט ברק, ענין אתא נ' זולוטוב (הני"ל בהערה 25), עמ' 299), ו"פרשנות לבר-חוזית" (השופט שמגר, עניין בנדרלי נ' קרן גימלאות (הני"ל בהערה 25), עמ' 213).
27. זמיר, חוק חוזה קבלנות, (הני"ל בהערה 1), עמ' 341, הערה 473. ראה גם באריכות בספרו פירוש והשלמה, עמ' 131 - 141.
28. סעיף 1(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א - 1970, קובע כי "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה זולת אם ... החוזה אינו בר-ביצוע".
29. ראה שלו, עמ' 536 - 537; א' זמיר, עקרון ההתאמה בקיום חוזים (ירושלים, תש"ן), עמ' 285 - 289.
30. ע"א 165/78 שליט נ' סוסיטה אנונים בלג' דאקספלוסצין דה לה נביגסיון אריאן פ"ד לג(2), עמ' 477, 479.
31. ראה דברי השופט זילברג, ע"א 79/49 פרנט נ' יהודאי פ"ד ד, עמ' 375, 387.

ונסיבות חדשות שלא נצפו מראש מסכלות את קיום החוזה תוטל האחריות לכך על כתפי הצד הנאלץ להפר את החוזה כתוצאה מנסיבות מסכלות אלו; עליו יהיה לפצות את הצד שכנגד. אולם מגמות חברתיות שחדרו לתוך דיני החוזים עודדו התחשבות בנסיבות המסכלות; התוצאה היתה שלא תוטל חובת פיצויים על צד הנאלץ להפר את החוזה בלא אשמתו<sup>32</sup>. אמנם במשך שנים רבות לא יושמו דיני הסיכול הלכה למעשה בפרקטיקה הנוהגת בבתי-המשפט הישראליים, אשר נטו להטיל על הצדדים אחריות חוזית מוחלטת בלא להכיר בנסיבות שונות כנסיבות מסכלות; דיני הסיכול נחשבו כ"אות מתה בחקיקה"<sup>33</sup>. אך אפשר שמצב זה הולך ומשתנה בשנים האחרונות, היות שנראה כי בתי-המשפט הולכים ומכירים בנסיבות שונות כנסיבות מסכלות. משמעות שינוי זה היא כי בית המשפט מפרש את החוזה כמותנה בנסיבות ספציפיות, ומתאימו לנסיבות חדשות שאינן צפויות מראש. בדרך זו משמר השופט את הגינות החוזה וסבירותו גם כשאלו עומדים בסכנה ממשית<sup>34</sup>. דוגמה לכך היא קביעתו של בית המשפט, כי התחייבות אשה להעניק מתנה לנכדה כשיגדל, מותנית בכך שהנער יהיה בחיים, ותיחשב למסוכלת עקב מותו בטרם-עת בתאונת דרכים<sup>35</sup>.

מגמה זו תודגש עוד יותר לאור קביעתו הצפויה של המחוקק הישראלי, כי לא רק שיש לפרש את החוזה באופן המתחשב בנסיבות חדשות שאינן מאפשרות את

32. סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970. ראה שלו, עמ' 495.

33. ראה שלו, עמ' 503.

34. וראה גם זמיר, חוק חוזה קבלנות, (הני"ל בהערה 1), עמ' 418 - 419.

שאלה הדורשת הכרעה, הרלוונטית ביותר לדברינו, היא האם דיני הסיכול הם כלי העומד בידי בית המשפט לפטור מאחריות את מי שבלא אשמתו אינו יכול לקיים את החוזה, או שמא הם כלי לפירוש מחודש של החוזה באופן שאי קיומו אינו נחשב להפרה כלל ועיקר? לשון אחר: האם מי שאינו מקיים חוזה שסוכל נחשב למפר הפטור מאחריות, או שמא כלל אין לראותו כמפר חוזה? מיקומם של דיני הסיכול בחוק החוזים חלק תרופות (ולא בחוק החוזים חלק כללי) תומך באפשרות הראשונה, על פיה דיני הסיכול אינם מביאים להתערבות בית המשפט בתוכן החוזה אלא רק בתוצאות ההפרה. עם זאת, לדעת שלו (עמ' 499 - 500), נכון יותר לנתח את דיני הסיכול ככלי המפרש מחדש את החוזה, ואכן ועדת הקודיפיקציה עתידה להעביר את דיני הסיכול אל החלק הכללי של חוק החוזים. וראה גם ג' שלו, 'לקראת דיני סיכול חדשים', בתוך: ספר זיכרון לגד טדסקי (עורכים: י' אנגלרד, א' ברק, א"מ ראבילו, ג' שלו, ירושלים, תשנ"ו), עמ' 607.

35. ע"א 202/92 עיזבון גרניצר נ' גרניצר (לא פורסם), פסקה 9. דוגמה נוספת היא הקביעה כי חוזה להפריה חוץ-גופית יותנה מכוח דיני הסיכול בהמשך חיי הנישואין של בני הזוג ושימור התא-המשפחתי; החיובים הנובעים מחוזה זה ייפסקו עם התמוטטות חיי הנישואין של בני הזוג (ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני פ"ד מט(1), עמ' 485, 511 - 513). הדיון הנוסף, אשר הפך פסק דין זה, עשה זאת מטעמים אחרים שאינם נוגעים לענייננו הנוכחי (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני פ"ד (4), עמ' 661).



קיומו, אלא באופן המתחשב גם בנסיבות חדשות ההופכות את קיומו לבלתי כדאי (גם אם אפשרי)<sup>36</sup>. שינוי זה יוליך את בית המשפט להתאים את החוזה לא רק עבור מי שמנוע בעל כורחו מלקיימו, אלא אף עבור מי שהחוזה הפך עבורו להיות לא רלוונטי. קביעת חוזה כמסוכל, אם משום שקיומו סוכל ועל אחת כמה וכמה אם משום שמטרתו אינה רלוונטית עוד, היא דרך שבה בית המשפט שותל סעיף הסתייגות בתוך החוזה, אשר תכליתו לשמר את מידת ההוגנות והסבירות בחוזה גם במסגרת נסיבות חדשות.

## 5. בעת הפרת חוזה

גם אם בית המשפט נמנע באופן שבשגרה מלהעריך את הגינות תוכן החוזה ושקילות תמורותיו, הרי שמשוהופר החוזה על ידי אחד הצדדים בית המשפט נכון לפתוח לדיון את שאלת הגינות תוכן החוזה וסבירותו, ובהתאם לכך לקבוע את הסנקציות שיוטלו על המפר. למעשה, הפרת חוזה מזמינה את בית המשפט לבחון מחדש את תוכן החוזה, ולהעניק הגנה לאחד הצדדים העלול להיפגע מעיוותים שיש בו.

כאשר עומד בית המשפט מול חוזה שהופר ומעריך את תוכנו כמקפח את אחד הצדדים, הוא עשוי להימנע מלהורות על אכיפת החוזה; זאת מכוח הסייג הקובע כי לא תהא אכיפת חוזה אם "היא בלתי צודקת בנסיבות העניין"<sup>37</sup>. בכך, למעשה, מקטיף בית המשפט באופן משמעותי את מידת מחוייבותם של הצדדים לקיים חוזים בעלי תוכן מקפח. דוגמה לכך היא כאשר בית המשפט קבע, כי אין לאכוף חוזה למכירת חלקת קרקע, שהמחיר הנקוב בו נמוך בהרבה משווייה הריאלי

36. הדוגמה הקלאסית של סיכול מטרת החוזה היא של חוזה שנערך באנגליה לשכירת דירה במטרה לצפות בתהלוכת הכתרת המלך. ביטולה של התהלוכה הפך את חוזה שכירות הדירה לחסר כל ערך עבור השוכר. לדעת טסדקי (גי' טדסקי, "סיכול החוזה", בתוך **מסות במשפט** (ירושלים תשל"ח), עמ' 106, 113) המשפט הישראלי אינו מכיר בתורת סיכול המטרה, אך לדעת שלו מן הראוי להכיר בכך, והצעתה אכן עומדת להתקבל על ידי ועדת הקודיפיקציה (ראה **שלו**, עמ' 509 - 510).

37. סעיף 4(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970. פרשנות זו, כמובן, אינה הכרחית אלא אפשרית בלבד. ניתן לטעון כי אכיפת חוזה בעל תוכן מקפח תהיה צודקת בשל העובדה כי תוכן החוזה הוא פרי הסכמתם החופשית והמשותפת של הצדדים. זו הייתה טענתו של השופט לוין, אשר סבר כי יש לאכוף הסכם גירושין חרף החשש כי הסדריו הכספיים מקפחים את האשה והילדים ומיטיבים עם הבעל (ע"א 573/82 **ברק נ' ברק פ"ד לח(4)**, עמ' 626, 632). ראה גם דברי השופט לנדוי, ע"א **חירם לנדאו נ' פיתוח מקורות פ"ד ל(3)**, עמ' 661, 668.

(35,000 ל"י במקום 80,000 ל"י), זאת כיוון שהאכיפה אינה צודקת בנסיבות העניין<sup>38</sup>. תורת המחיר ההוגן לא נכנסת אפוא בדלת הראשית של המשפט הישראלי, אך היא באה בשעריו דרך דלתו האחורית.

בית המשפט לא רק יימנע מלאכוף חוזה מקפח ובלתי מאוזן שהופר, הוא אף עשוי להימנע מלהורות על פיצויים בגין הפרתו. פיצויים בגין הפרת חוזה אמורים להיות שווים לגובה הנזק הצפוי מן ההפרה. עם זאת, קובע חוק החוזים, אם "הייתה התמורה שכנגד החיוב שהופר בלתי-סבירה, או שלא הייתה תמורה כלל", רשאי בית-המשפט להפחית את גובה הפיצויים<sup>39</sup>. על פי פרשנות אפשרית ומסתברת, כלל זה חל גם על חוזים שיש בהם תמורה מקפחת ובלתי סבירה<sup>40</sup>. מכוחה של פרשנות זו עשוי יהיה בית המשפט לקבוע, למשל, כי אדם שהתחייב למכור נכס במחיר נמוך ובלתי הוגן והפר את החוזה, לא יחויב המוכר בפיצוי הקונה על נזקים שנגרמו לו בגין אי קבלת הממכר. עם זאת נציין, כי סעיף זה טרם יושם בפרקטיקה השיפוטית<sup>41</sup>.

אך היבט אחר של הפיצויים עמד גם עמד למבחן ההוגנות והסבירות של בית המשפט. כאשר הצדדים קובעים מראש שיעור פיצויים שישולמו במקרה של הפרה, נאות בית המשפט לבחון את מידת סבירותה של הסכמתם זו. אם הפיצויים המוסכמים יוכרו כבלתי סבירים, עשוי בית המשפט להפחיתם לשיעורם ההוגן והסביר<sup>42</sup>. כך למשל, קבע בית המשפט שפיצויים מוסכמים בשיעור 20,000 ל"י בגין איחור בקיום החוזה הם בלתי סבירים, ועל כן יש

38. ע"א 413/79 **ישראל אדלר נ' מנצור** פ"ד לד(4), עמ' 29. לדוגמה נוספת ראה ע"א 383/77 **מוצרי אספלט נ' מדינת ישראל** פ"ד לג(1), עמ' 641, 643 (אי-אכיפת חוזה שמנגנון ההצמדה שבו הוערך כבלתי הוגן). ראה גם עמדת שמגר בע"א 620/89 **חושנגי נ' אמגר** פ"ד מו(1), עמ' 588, 594.

39. סעיף 12 סיפא לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

40. פרשנות חלופית עשויה לטעון כי סייג זה מכוון אך ורק כלפי חוזי חסד, אשר נעשו בלא כל בקשת תמורה או בתמורה סמלית בלבד. למתח בין שתי פרשנויות אלו ראה הצעת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשכ"ה – 1965, סעיף 8; דברי הסבר להצעת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשכ"ט – 1968; א' ידן, **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א – 1970** (מהדורה שניה, ירושלים, תשל"ט), עמ' 114 - 115; ד' קציר, **תרופות בשל הפרת חוזה** (חיפה, 1991), עמ' 1012.

41. ראה **קציר** (הני"ל בהערה 40), עמ' 1013. לביקורת על סעיף זה ראה **שלו**, עמ' 587; ז' צלטנר, **דיני חוזים של מדינת ישראל** (אבוקה, תשל"ד), עמ' 469. לדיון נוסף ראה **ידן** (הני"ל בהערה 40), עמ' 113; ד' פרידמן, 'תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה', **עיוני משפט ג** (תשל"ג-תשל"ד), עמ' 153.

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

להפחיתם לסך 7,000 ל"י<sup>43</sup>. זוהי, אם כן, דרך נוספת לפיקוח מערכת המשפט על הגינותה של אחת מתניות החוזה וסבירותה<sup>44</sup>.

הסכמה נוספת של הצדדים בנושא הפרת החוזה עומדת למבחן הסבירות וההוגנות. הסכמתם הגורפת של הצדדים כי הפרות לא יסודיות של החוזה תחשבנה להפרות יסודיות<sup>46</sup>, תעמוד למבחן הסבירות; הסכמה זו תהיה חסרת תוקף "אלא אם הייתה סבירה בעת כריתת החוזה"<sup>47</sup>. חוזה שכירות דירה, למשל, שקבע כי הפרות שונות של השוכר תחשבנה להפרות יסודיות, נכשל במבחן זה; בית המשפט פסל תניה גורפת זו והותיר את ההפרות המתוארות בו כהפרות לא יסודיות, זאת בניגוד להסכמתם המשותפת של הצדדים בעת כריתת החוזה<sup>48</sup>. יש לציין כי מבחן סבירות זה הוא גירסה מרוככת של מבחן הסבירות שהוצע קודם לכן בהצעות לחוק החוזים (חלק תרופות), בהן הוצע כי כל תניה הקובעת את היקף ההפרות היסודיות (ולא רק תנייה גורפת), תעמוד למבחן הסבירות של בית המשפט<sup>49</sup>. מכל מקום, גם הגירסה המרוככת שהתקבלה

43. ע"א 528,524/83 קן תור נ' אלון פ"ד מ (2), עמ' 533, 558 - 559. לדוגמאות נוספות ראה ע"א 798,748/80 גולדשטיין נ' גוב ארי חברה לבנין ולהשקעות פ"ד לח(1), עמ' 309; ע"א 126/84 יצחקי נ' שור פ"ד לח(3), עמ' 620.

44. לדעת שלו, הסמכות החריגה שניתנה לבית-המשפט מכוח סעיף זה הביאה להחלה "דווקנית וצרה" שלו, והתערבותו של בית המשפט בגובה הפיצויים המוסכמים "היא אפוא מצומצמת ונדירה" (שלו, עמ' 593; בעקבות ע"א 18/89 חשל חברה למסחר נ' פרידמן פ"ד מו(5), עמ' 257, וכן ע"א 300/77 רוזנר נ' בניני ט.ל.מ. פ"ד לב(3), עמ' 682, 686). אך דומה כי לא כך הם פני הדברים, וכי התערבות בית המשפט בגובה הפיצויים המוסכמים כלל וכלל אינה נדירה (ראה גם קציר (הני"ל בהערה 40), עמ' 1060).

45. נציין כי יש המנסים להצדיק את דוקטרינת הפחתת הפיצויים המוסכמים בטענה כי למעשה בית המשפט בוחן דרך הפיצויים המוסכמים את הליך כריתת החוזה ולא את תוכנו. לטענתם, פיצויים מוסכמים בלתי סבירים הם אינדיקציה לקיום יחסי כוחות מסחריים בלתי-שווים בין הצדדים, או להיעדר גמירת דעת מספקת של הצדדים (כהן ופרידמן, עמ' 130; קציר (הני"ל בהערה 40), עמ' 1044).

46. הפרה המוגדרת כהפרה יסודית מעניקה לנפגע כוח רב לבטל את החוזה, יותר מאשר הפרה המוגדרת כהפרה שאינה יסודית (ראה סעיף 7 לחוק החוזים חלק תרופות). וראה שלו, עמ' 552; קציר (הני"ל בהערה 40), עמ' 110.

47. סעיף 6 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

48. ע"א 121/84 בר עקיבא מוזס נ' א.י.ב.ד בע"מ פ"ד לח(4), עמ' 673.

49. ראה סעיף 13 להצעת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשכ"ה - 1965; סעיף 1(א) להצעת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשכ"ט - 1969; ח"כ ישראל שלמה בן-מאיר, דברי הכנסת, כרך 59, עמ' 545.

50. השופט ברנזון טען לצורך בהפעלת מבחן סבירות זה בגירסתו המורחבת (ע"א 71/75 מרגליות נ' אברבנאל, פ"ד כט(2), עמ' 652, 655). לביקורת עמדתו ראה, למשל, ידן (הני"ל בהערה 40), עמ' 73; קציר (הני"ל בהערה 40), עמ' 115 - 116; שלו, עמ' 552, הערה 41.

לבסוף מקצצת בחופש ההתקשרות החוזית, וזאת כדי להבטיח הוגנות וסבירות בתוכן החוזה<sup>51</sup>.

## 6. תניית המחיר בחוזה אחיד

גם בתחום החוזים האחידים מרחיב בית המשפט את עינו המפקחת על הגינות המחיר. כאמור לעיל<sup>52</sup>, הגם שחוק החוזים האחידים בוחן את הגינותן של תניות החוזה האחיד, הריהו נמנע מלבחון את הגינות המחיר הנקוב בחוזה האחיד. אך למעשה, בית המשפט אינו נותר אדיש לחלוטין אל מול מחיר מקפח הקיים בחוזה אחיד, והוא עשוי להפנות את ביקורתו כלפי הדרך שבה החוזה מחשב את המחיר הסופי<sup>53</sup>.

יש לציין כי לדעת א' פרוקצ'יה, מן הראוי להחיל את הפיקוח השיפוטי על הגינות המחירים של חוזים אחידים, אם הללו נקבעים על ידי פירמות הנהנות ממונופולין בתחומם<sup>54</sup>.

## 7. כיווני התפתחות אפשריים

קצירת האומר מעלה כי בצד כפיפותו העקרונית של המשפט הישראלי לעקרון-העל 'חופש החוזים' ולעקרון 'הצדק החוזי התהליכי' הנובע ממנו, מכילים דיני החוזים בישראל שורה גדלה והולכת של מנגנונים החותרים להבטיח את הגינות תוכנו של החוזה ואת סבירותו, וזאת בלא תלות בשאלת תקינות תהליכי הכריתה שהולידוהו. הכלים המשמשים לכך הם: (א) מנגנוני פירוש והשלמה המעצבים את החוזה ביתר הוגנות וסבירות; (ב) גיוס עילות מתחום תהליך

---

51. ראה דברי שמגר, ע"א 158/80 שלום נ' מוטה, פ"ד (לו)4, עמ' 793, 804 - 805. כאשר אין בהירות האם הצדדים הגדירו הפרה מסוימת כיסודית או כבלתי יסודית, נוטה בית המשפט לפרש את כוונת הצדדים כמעניקים לה מעמד של הפרה בלתי יסודית, וזאת משיקולי צדק מהותי (ראה, למשל, הי"פ (ת"א) 4418/75 מזרחי נ' כלף פ"מ תשל"ה(ב), עמ' 437, 443; קציר (הני"ל בהערה 40), עמ' 114). אף מדיניות זו יש לשייך לנטייתו של בית המשפט להבטיח את הגינות תניות החוזה הנוגעות לשלב הפרתו.

52. ראה לעיל, עמ' 321.

53. לוסטהויז ושפניץ, חוזים אחידים (נבו, תשנ"ד), עמ' 36.

54. לטענתו, הסתפקות בהגנה על תניות אחרות של החוזה האחיד (ולא על תניית המחיר) תביא לכך שמנסח החוזה האחיד יבטא את כוחו בקביעת מחיר מופרז בחוזה (א' פרוקצ'יה, 'תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק', משפטים ט (תשל"ט), עמ' 25, 37).

כריתת החוזה כדי להבטיח את הגינות תוכנו; (ג) הימנעות מהטלת אחריות חוזית מוחלטת, כמתחייב מעקרון 'חופש החוזים', בהתקיים נסיבות חדשות שלא נצפו מראש; (ד) ניצול הזדמנויות של הפרת החוזה כדי לבחון מחדש את הגינות תוכן החוזה ושקילות תמורותיו.

המודעות לבקיעים אלו, המתרחבים והולכים תחת שלטונו של עקרון 'חופש החוזים', עשויה לעורר את שאלת כיוון התפתחותם הצפויה והרצויה של דיני החוזים בישראל. השאיפה לאזן את עקרון 'חופש החוזים' בערכים חברתיים נוספים הפכה זה מכבר למוסכמת, שכן "עניין לנו בזכויות חוקתיות יחסיות"<sup>55</sup>. השאלה הקרדינלית היא אופיו של האיזון הרצוי בין עקרון 'חופש החוזים' ובין הערכים החברתיים המתחרים בו. אינו דומה איזון בין עקרון 'חופש החוזים' ובין עקרון שקילות התמורות הנעשה על פי רציונליים אינדיבידואליסטיים במהותם, לאיזון בין שני עקרונות אלו הנעשה על פי ערכים חברתיים חלופיים. כיוון התפתחות אחד עשוי אפוא לדגול בביצור מעמד הבכורה של עקרון 'חופש החוזים', ועל פיה לתחום את מעורבותה של מערכת המשפט בחופש החוזי לגבולות הדרושים לשמירת חירותם של הצדדים לעצב את החוזה כרצונם. כיוון התפתחות חלופי יצדד בהרחבת הפיקוח המשפטי על סבירות התניות החוזיות, על הגינות ועל שקילות התמורות המוחלפות בחוזה. עלייה במעמדו של עקרון תום הלב, הנחשב היום כ"הוראה מלכותית"<sup>56</sup>, אשר כבודה מלא עולם, עליה תיבנה שיטת משפט, "והאומר כי בה גנוזה כל התורה כולה – וכי אידך פירושה הוא – לא ירחק מן האמת"<sup>57</sup>, עשויה להיות בסיס אפשרי למדיניות זו. אין צריך לומר כי עלייה לא מרוסנת בכוחו של עקרון 'תום הלב', עלולה לשמוט את הקרקע תחת חירותם של הצדדים לחוזה לפעול בצורה חופשית.

דומה כי דיני החוזים בישראל טרם מצאו נוסחה כללית ועקרונית לשילובם של שני עקרונות אלו זה עם זה. למותר לציין, כי לבחירת הערך הדומיננטי שיכתוב את האיזון בין הערכים השונים תהיה השפעה כבדת-משקל על אופיים של דיני החוזים, ואף על טיבה של השיטה המשפטית כולה.

55. השופט ברק, ע"א 294/91 **חברה קדישא נ' קסטנבאום** פ"ד מו(2), עמ' 464, 533. ראה גם א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** (ירושלים, תשנ"ג), עמ' 163.

56. השופט ברק, בג"צ 1683/93 **יבין פלסט נ' ביי"הד הארצי לעבודה בירושלים** פ"ד מז(4), עמ' 708, 702.

57. השופט חשין, רע"א 1407/94 **Credit Mediterranean Shipping Co. S.A. Lyonnais (Suisse) S.A.** פ"ד מח(5), עמ' 122, 132. עוד ראה י' וינבויס, **בדרך מקובלת ובתום לב**, (הוצאת סדן, 2000), עמ' 35 - 36.

אם יפנה המשפט הישראלי אל הלכות אונאה שבדין העברי, הוא עשוי למצוא מבנה משפטי מורכב ומאוזן, החותר, מחד גיסא, להבטיח את עקרון שקילות התמורות המוחלפות בחוזה ואת הגינות המחיר שבו, אך, מאידך גיסא, לבצר בגבולות אלו ככל האפשר את חופש הצדדים לנהל משא ומתן על תוכן החוזה ועל גובה המחיר שבו. הדין העברי עשוי להציע עבור המשפט הישראלי דרך מאתגרת ומעמיקה להגשמת עקרון הצדק החוזי המהותי; דרך זו מכילה מנגנוני בקרה השומרים על חירותם של הצדדים לעצב את תוכן החוזה כפי כישוריהם והעדפותיהם, אך זאת בתוך גבולות התוצאות החוזיות ההוגנות<sup>58</sup>.

---

58. בהקשר זה ראה גם ח' דגן, 'דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם', בתוך: **משפט והיסטוריה** (עורכים: ד' גוטוויין, מ' מאוטנר, ירושלים, תשנ"ט), עמ' 165, 189, הערות 60 – 61. דגן ממליץ על פניית המשפט הישראלי לדין העברי כדי לבחון מחדש את ערכי הסולידריות החברתית הקיימים במשפט הישראלי.