

דיני הכפייה: התפתחות או שימור הקיים?

מאת

אורית גן ושחר ליפשיץ*

המאמר בוחן את פסיקת בתי המשפט והשיח האקדמי בתחום דיני הכפייה ומתאר שתי מגמות הפוכות: מחד, כחלק מהמעבר ממודל קלסי למודל מודרני של דיני החוזים מתוארת מגמה של התפתחות עילת הכפייה מעילה צרה הממוקדת בכפייה פיזית להכרה גם במצבים של כפייה כלכלית תוך הרחבת המבחן המסורתי העוסק ברצון חופשי והוספת מבחנים נוספים העוסקים בהתנהגות הצדדים ובתנאים האובייקטיביים של החוזה.

מנגד, המאמר עומד על ממדים רבים שבהם דיני הכפייה משקפים דווקא מגמה של שימור: למרות ההרחבה במרבית המקרים טענת הכפייה נדחית. בנוסף, מבחני הכפייה השונים מתקשים להבחין בין רצון חופשי לרצון פגום, בין איזמים לגיטימיים לאיזמים פסולים ובין חוזה הוגן לחוזה שהוא תוצאה של כפייה. משום כך, דיני הכפייה עדין צרים ועמומים, מחזקים את עיקרון חופש החוזים, משעקתם פערים חברתיים ומשמרים את הסטטוס קוו.

לצד ההיבט התיאורי מציע המאמר לחזק את דיני הכפייה הן באמצעות הוספת מבחן פערי כוחות המתמקד בהקשר החברתי הרחב של הכפייה והן באמצעות רגולציה וחקיקת מגן.

א. מבוא ♦ **ב. דיני הכפייה – הסיפור המקובל**; 1. הגישה המסורתית לכפייה; 2. הרחבת דיני הכפייה מכפייה פיזית לכפייה כלכלית והשינויים במבחני הכפייה; (א) בחינה פרוצדורלית: מבחן היעדר ההסכמה – מבחינה של עצם קיומה של הברירה לבחינה של הברירה המהותית; (ב) עליית מבחן ההתנהגות הנלווה: מיכולת הבחירה של הנכפה להערכת התנהגות הכופה; (ג) בחינה מהותית של תוכן החוזה; 3. סיכום הפרק ♦ **ג. דיני הכפייה – הסיפור החלופי**; 1. עמימות המבחנים; (א) קשיים ביישום מבחן היעדר ההסכמה; (ב) קשיים ביישום מבחן ההתנהגות הנלווה; (ג) קשיים ביישום מבחן ההגינות; 2. כלל חופש החוזים וכפייה כחריג צר לכלל; 3. ניתוח אינדיווידואליסטי, הנחת השוויון והתעלמות מרקע חברתי לחוזה; 4. סיכום הפרק ♦ **ד. המלצות נורמטיביות**; 1. הוספת מבחן פערי הכוחות המובנים למבחנים הקיימים; 2. נטילת אחריות מיוחדת על פערי כוחות במקרה שהמדינה היא צד או שהמדינה אחראית לפערי הכוחות; 3. חיזוק דיני החוזים המיוחדים והרגולציה המדינתית ♦ **ה. סיכום**.

* **אורית גן**, מרצה בכירה, המכללה האקדמית ספיר. **שחר ליפשיץ**, פרופסור מן המניין, אוניברסיטת בר אילן. אנחנו מודים לאלישבע סיני-דהן, ללינור מאיה ריינשטיין ולשירה גוטמן על עזרה במחקר ולעורכי ספר סיני דויטש על הערותיהם לטיוטות קודמות.

א. מבוא

על פי דיני החוזים כפייה היא פגם ברצון של המתקשר בחוזה ועילה לביטול החוזה.¹ דוקטרינה זו עוסקת בלחצים ובאימים המופעלים במהלך המשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה ומאיינים, אם כי לא שוללים לגמרי, את רצונו החופשי של צד לחוזה. החוזה הכפוי אינו פרי של הסכמה מלאה, בחירה חופשית והחלטה רצונית, ולכן תוצאת הכפייה היא הזכות לבטל את החוזה.² מקובל לאפיין תהליך של הרחבה של עילת הכפייה במשפט הישראלי: מהכרה מצומצמת באיום בפגיעה פיזית בגוף או ברכוש הגובלים בהתנהגות פלילית, להכרה באימים נוספים כמו כפייה כלכלית.³ התפתחות זו מלווה גם בהגמשת המבחנים המסורתיים להכרה בכפייה, אלה הממוקדים בבחינת יכולת הבחירה של הנכפה, וגם בהרחבת היריעה מהגנה על רצון חופשי למבט רחב יותר על נסיבות כריתת החוזה, הכולל בחינה של הלחצים שמפעיל הצד השני והלגיטימיות שלהם,⁴ כמו גם בחינה של הגינותו של החוזה.⁵ במאמר זה, נחקור את דיני הכפייה ובכלל זה את פסיקת בתי המשפט ואת השיח המשפטי האקדמי על אודות העילה,⁶ ונתאר שתי מגמות הפוכות: מגמה של התפתחות עילת הכפייה מחד גיסא ומגמה של שימור מאידך גיסא.⁷

- 1 ס' 17 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118.
- 2 גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 402-403 (מהדורה רביעית, 2019).
- 3 להרחבתה של עילת הכפייה מכזו הממוקדת באימים פיזיים לפגיעה בגוף או ברכוש למצבים של כפייה כלכלית ראו ע"א 8/88 רחמים בע"מ נ' אקספומדיה בע"מ, פ"ד מג(4) 95, 100 (1989). ראו גם שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 410-412; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים 276-277 (מהדורה שנייה, 2020); איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" עלי משפט יג 7 (התשע"ז); איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות" משפטים כט 783 (התשנ"ט). כן ראו להלן פרק ב'.
- 4 ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 410-412; ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, 717-718 (1994). כן ראו להלן פרק ב', חלק 2(ב).
- 5 ראו ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נז(6) 769 (2003). וכן ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 417-419; זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים", לעיל ה"ש 3. כן ראו להלן פרק ב', חלק 2(ג).
- 6 המאמר מוגבל בהיקפו לעילת הכפייה בלבד ולפסקי דין של בית המשפט העליון בלבד. עילת העושק קרובה מאוד לעילת הכפייה, ואולם דיון בעילה זו חורג מתחום המאמר. לדיון בה ראו סיני דויטש "הוראת העושק בחוק החוזים" מחקרי משפט ב 1 (התשמ"ב); שחר ליפשיץ "חוזים עושקים – השראה אפשרית מן המשפט העברי" ספר טירקל: פרקי הגות, עיון ומשפט 157 (אהרן ברק, קארין כרמיית יפת ואליקים רובינשטיין עורכים, 2020); שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 427-444; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 375-435.
- 7 לשימור באמצעות שינוי ראו Reva B. Siegel, "The Rule of Love": Wife Beating as Prerogative and Privacy, 105 YALE L.J. 2117 (1996).

מצד אחד, הרחבת עילת הכפייה מעילה צרה הממוקדת בכפייה פיזית לכפייה כלכלית, והשינוי במבחני הכפייה לכאלו המביאים בחשבון גם את התנהגות הכופה ותנאי החוזה, משקפים שניהם את התיאור הרווח בספרות המחקר של התפתחות דיני החוזים בישראל, מדיני חוזים קלסיים לדיני חוזים מודרניים. לשון אחר, ממודל קלסי של מיעוט התערבות משפטית במשא ומתן ופיקוח מועט על החוזה, למודל מודרני של הרחבת ההתערבות והפיקוח הן על הליך כריתת החוזה הן על תוכנו.⁸ במידה רבה, זו הדרך המקובלת לתאר את ההתפתחות בדיני הכפייה בכתיבה האקדמית בנושא.⁹

מצד שני, המאמר יוצא כנגד תיאור "ההתפתחות" הרווח בספרות ועומד על ממדים רבים שבהם דיני הכפייה משקפים דווקא מגמה של שימור. ראשית, למרות שבכתיבה האקדמית, ובסילבוסים שבהם נלמדים דיני הכפייה, קיים ייצוג נרחב לפסיקה שקיבלה את טענת הכפייה, בפועל המדגם איננו מייצג, שכן למרות ההרחבה, במרבית המקרים טענת הכפייה נדחתה, והיא מתקבלת רק במקרים קיצוניים ומעטים.¹⁰ כמו כן, פרדיגמת ההסכמה, שעל אף השינויים שחלו בדיני החוזים המודרניים עדיין מנחה את דיני החוזים, היא פרדיגמה בעייתית, שכן עקרון ההסכמה הוא עיקרון חמקמק וקשה להגדרה.¹¹ ברוח זו ניתוחנו במאמר ילמד שהמבחן הקלסי לכפייה – הממוקד ביכולת הבחירה של הנכפה – מתקשה להבחין בין רצון חופשי לרצון הנובע מאיומים.¹² נוסף על כך, ביישום דיני החוזים הכלליים הפסיקה העוסקת בכפייה מתייחסת בדרך כלל אך ורק לצדדים, ואינה רואה את התמונה החברתית הכוללת המהווה רקע לכפייה. התייחסות אינדיווידואלית לפרטים ללא הרקע החברתי הרחב יותר משמרת את האתוס החוזי הקלסי האינדיווידואלי-פרטי ומסווה את הממדים המגוריים והציבוריים של החוזה. הדבר בעייתי בייחוד בשני מקרים: כאשר המדינה היא זו שיצרה את אי-השוויון, אך מתכחשת לאחריותה בעת אכיפת החוזה כאומרת "ישחקו הנערים לפנינו", וכאשר המדינה היא הצד החזק לחוזה שעושה שימוש לרעה ביתרונותיה. מקרים אלה מקשים לא רק על יישום המבחן הקלסי,

- 8 למעבר ממודל קלסי למודרני בדיני חוזים ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21–56; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים א 33–43 (מהדורה שנייה, 2018); זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 8–16; Jay M. Feinman, *Critical Approaches to Contract Law*, 30 UCLA REV. 829 (1983); Gilmore Grant, *The Death of Contract* 42 (22nd ed. 1995); P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979).
- 9 ראו זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים", לעיל ה"ש 3. עם זאת זמיר מתייחס גם לעלייה מחודשת של הניאור-פורמליזם בסוף המאה ה-20, אך גם לניצנים של מגמת נגד וחזרה לדיני החוזים המודרניים בתקופה האחרונה.
- 10 "לא ננקל עשוי בית-המשפט להכיר בכפייה כלכלית כעילה מוצדקת לביטול חוזה". ע"א ש.א.פ., לעיל ה"ש 5, בעמ' 787. לתיאור הבדיקה האמפירית שערכנו בנושא ראו **להלן פרק ג, חלק 2**.
- 11 Orit Gan, *The Many Faces of Contractual Consent*, 65 DRAKE L. REV. 615 (2017).
- 12 ראו **להלן פרק ג, חלק 1 (א)**. והשוו לטענה שבית המשפט מתקשה להבחין בין כפייה לוולונטריות בהקשר של קווי מהדרין; נויה רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות: על אוטופיה ומציאות בפרשת ההפרדה באוטובוסים" **משפטים** מב 773 (2012).

הממוקד בחופש הבחירה של הצד הנכפה, אלא גם על יישומם של מבחנים מודרניים יותר העוסקים בהתנהגות הכופה ו/או בביקורת מהותית על תוכן החוזה.

ככלל, מגמתו של מאמר זה היא תיאורית: חשיפת השינויים בדיני הכפייה וניתוחם כאמור בשתי דרכים מנוגדות של התפתחות ושימור. בה בעת, בשלב הדיון, נציע גם שלוש מסקנות נורמטיביות אפשריות. המסקנה הראשונה, היא שיש להוסיף מבחן נוסף למבחנים הקיימים לגבי עילת הכפייה, מבחן אותו אנו מכנים בשם "מבחן ניצול פערי הכוחות", הממוקד בהקשר החברתי הרחב של הכפייה. על פי המבחן המוצע, פערי כוחות מובנים יהיו כשלעצמם בסיס להקמת חזקת כפייה, חזקה שעל הצד החזק יוטל הנטל לסתור. בהמשך לכך, מסקנה שנייה היא שנדרשת רגישות ייחודית למצבים של פערי כוחות מובנים, במקרים בהם המדינה היא צד לחוזה או שהיא אחראית ליצירת רקע לא שוויוני או מנצלת את דיני הכפייה לטובתה. כלומר, על המדינה לעמוד לצד הטוען לכפייה ואל לה להתעלם מהרקע לחוזה שכן הוא פרי יצירתה ובאחריותה. מסקנה נורמטיבית אפשרית שלישית העולה מן המאמר, היא כי היות שדיני הכפייה – ובמובנים רבים גם פרדיגמת ההסכמה – אינם מספקים הגנה נאותה על רצון חופשי ועל הגינות במשא ומתן, יש לפנות לרגולציה ולחקיקה קוגנטית ספציפית, אשר יספקו הגנה טובה יותר לאוטונומיה, ימנעו התנהלות כוחנית במשא ומתן ויפקחו על תוצאותיו. עיסוק בנושא זה יקשר אותנו כמובן לכתיבתו המחקרית של פרופ' סיני דויטש, שהיה מחלוצי החוקרים בתחום החקיקה הצרכנית¹³ והחוזים האחידים והיה בין הראשונים לזהות את הכשל בפרדיגמת ההסכמה ככל שמדובר בהסכמים מסוג זה.¹⁴

מבנה המאמר הוא כדלהלן: הפרק השני יספר את הסיפור המקובל של ההרחבה של עילת הכפייה ושל נכונות גדולה יותר להתערב בחוזה ובפיקוח על הליך כריתת החוזה. דהיינו, סיפור של מעבר

13 החקיקה העיקרית בנושא צרכנות היא חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982; חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. כמובן שלצד חוקים אלה ישנם חוקים בתחום הבנקאות, מכר דירות, תובענות ייצוגיות, אשראי ועוד אשר תקצר היריעה מלפרטם.

14 היות וסיני דויטש הוא חוקר פורה מאוד, תקצר היריעה לפרט את כלל כתביו ולכן נסתפק בציון מספר כתבים עיקריים. סיני דויטש **דיני הגנת הצרכן** כרך א – יסודות ועקרונות (2001); סיני דויטש **דיני הגנת הצרכן** כרך ב – הדין המהותי (2012); סיני דויטש **דיני הגנת הצרכן** כרך ג – הדין המהותי (2012); סיני דויטש "הגנת הצרכן הבנקאי: מכח חוק או מכח קודים אתיים - מה עדיף?" **הפרקליט** 241 (התשס"ג); סיני דויטש "שמרנות בפרוש הוראות חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964" **הפרקליט** לב 27 (התשל"ח); סיני דויטש "דיני הצרכנות בישראל: קווי מיתאר" **מאזני משפט** א 11 (התש"ס); סיני דויטש "השפעת חוקי היסוד על דיני הגנת הצרכן" **מחקרי משפט** יב 309 (התשנ"ו); סיני דויטש "חוק החוזים האחידים: כישלון ולקחים לעתיד" **מחקרי משפט** א 62 (התש"ס); סיני דויטש "החקיקה הצרכנית והקודיפיקציה האזרחית" **משפטים** לו 499 (התשס"ו); Sinai Deutch, *Are Consumer Rights Human Rights*, 32 (1994); OSGOODE HALL L.J. 537 (1994); Sinai Deutch, *Controlling Standard Contracts-The Israeli Version*, 30 MCGILL L.J. 458 (1985); Sinai Deutch, *Consumer Contracts Law as a Special Branch of Contract Law - The Israeli Model*, 29 TOURO L. REV. 695 (2013); Sinai Deutch, *Standard Contracts - Methods of Control: The Conceptual Framework of the 1982 Law*, 7 TEL AVIV U. STUD. L. 160 (1985-1986).

ממודל קלסי של דיני חוזים, המאופיין בשמירה על חופש החוזים ודיני כפייה צרים ומצומצמים, למודל מודרני של דיני כפייה רחבים, המאופיינים בכך שבתי המשפט אינם מהססים להכיר בכפייה במקרים רבים יותר ולאחר בחינה של ההסכמה לחוזה, התנהגות הצדדים, תנאי החוזה והגינותו. הפרק השלישי יציג סיפור חלופי, שעל פיו – למרות מגמת ההרחבה – דיני הכפייה עדיין צרים ועמומים ולכן משמרים את עקרון חופש החוזים. בתי המשפט מתקשים להבחין בין כפייה לבין הסכמה ולשרטט את הקו המבחין בין כפייה פסולה לחוזה לגיטימי, ולכן טענת הכפייה מוכרת רק במקרים קיצוניים. כמו כן, על אף ההרחבה, דיני החוזים עדיין מתמקדים בצדדים לחוזה ועוסקים בניתוח אינדיווידואלי נטול הקשר חברתי-ציבורי-כלכלי. כלומר, דיני החוזים מתעלמים מהרקע החברתי-כלכלי של החוזה ומפערי כוחות בחברה ומניחים שוויון בין הצדדים. אם כן, למרות השינויים שחלו, דיני הכפייה משמרים את עקרון חופש החוזים ומשעתקים פערים חברתיים ואי-צדק חלוקתי. הפרק הרביעי יציג שני כיווני חשיבה ומסקנות נורמטיביות, הן לגבי יישום דיני הכפייה הקיימים באמצעות מבחן פערי הכוחות הן לגבי יצירת אלטרנטיבות להן באמצעות חקיקת מגן.

ב. דיני הכפייה – הסיפור המקובל

1. הגישה המסורתית לכפייה

על פי דיני החוזים, הכפייה היא פגם בכריתתו של חוזה.¹⁵ כשאר עילות הפגם האחרות (טעות, הטעיה, עושק), המצויות גם הן בפרק ב' לחוק החוזים (חלק כללי), מהווה הכפייה מצב בו באופן אובייקטיבי נכרת חוזה בהתאם לאמות המידה הקבועות בפרק א' לחוק החוזים, אך מנקודת מבט סובייקטיבית, רצון אחד המתקשרים בחוזה פגום.¹⁶ להבדיל ממקרה של "לא נעשה דבר" (non set factum),¹⁷

- 15 שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 281, 401. לכפייה לפי דיני החוזים שקדמו לחוק החוזים (או בשמה הקודם: אילוף) ראו ז' צלטנר **דיני חוזים - חלק כללי** א 543 (התשכ"ג).
- 16 P. S. Atiyah, *Economic Duress and the "Overborne Will"*, 98 LQR 197 (1983); P. S. Atiyah, *Duress and the "Overborne Will Again"*, 99 LQR 188 (1983); P. S. Atiyah, *Duress and the "Overborne Will Again"*, 99 LQR 353 (1983).
- 17 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 36-42, 279-273; שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 286-290, 404, 421-420; מיגל דויטש "החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה" **עיוני משפט** טז 35, 37 (התשנ"א); מאיר מ' מינרבי "מושג הכפייה בדיני החוזים" **המשפט** ב 337 (התשנ"ה); גבריאלה שלו "טעות בחתימה – האומנם 'לא נעשה דבר'?" **משפטים** יא 501 (התשמ"א). וכן ראו Grace M. Giesel, *A Realistic Proposal for Contract Duress Doctrine*, 107 W. VA. L. REV. 443 (2005) ע"א 1548/96 **בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לופו**, פ"ד נד(2) 559 (2000); בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנ"א 4626/00 **לופו נ' בנק איגוד לישראל בע"מ** (נבו) 13.11.2000; ע"א 661/88 **חיימוב נ' חמיד**, פ"ד מד(1) 75, 83 (1989); ע"א 8163/05 **הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית** (נבו) 6.8.2007; בקשה לדיון נוסף נדחתה דנ"א 7595/07 **הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית** (נבו) 1.4.2008.

בכפייה נכרת חוזה, אולם כריתתו היא תולדה של רצון מאולץ, שאינו אמיתי, ולכן החוזה ניתן לביטול.¹⁸

התרופה של עילת הכפייה היא ביטול החוזה על ידי הצד הטוען לכפייה,¹⁹ היות והחוזה לא מבטא הסכמה חופשית ורצונית המכוננת חוזה. ביטול החוזה נעשה באמצעות משלוח הודעת ביטול לצד השני תוך זמן סביר מאז שנודע לצד הנכפה על הפסקת הכפייה.²⁰ ניסיון לביטול החוזה לאחר חלוף הזמן הסביר הוא ניסיון נפל, והחוזה תקף.²¹ זכות הביטול היא חד-צדדית: רק לצד הנכפה נתונה הזכות לביטול החוזה. לאחר ביטול החוזה על הצדדים להשיב זה לזה את אשר קיבלו על פי החוזה, ואולם אם הדבר בלתי אפשרי או בלתי סביר הרי שיושב השווי הכספי בלבד.²²

על פי סעיף 17 לחוק, נדרש שהחוזה נכרת עקב כפייה. יסוד זה של העילה הוא הקשר הסיבתי שבין הכפייה לבין ההתקשרות בחוזה.²³ מכאן שנדרש שהכפייה הייתה הגורם לכריתת החוזה.²⁴ יסוד נוסף של עילת הכפייה הוא הפעלת איומים ולחצים מצידו של הצד השני להתקשרות או מי מטעמו. עם זאת, בניגוד לעילת העושק בישראל²⁵ ולעילות דוגמת כלל ההונאה במשפט העברי²⁶ או אי-המצפוניות

- 18 ע"א מאיה, לעיל ה"ש 4 בעמ' 740.
- 19 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, פרק 19; שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 447. לשיקולים בהפעלת הסעד ראו Richard Craswell, *Remedies When Contracts Lack Consent: Autonomy and Institutional Competence*, 33 OSGOODE HALL L.J. 209 (1995).
- 20 ס' 20 לחוק החוזים; שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 465–467. כך גם יהא הדין על פי סעיף 117 להצעת חוק דיני ממונות' התשע"א–2011. ראו לדוגמה ע"א 84/11 רבינוביץ נ' שלב - הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ, פ"ד מ(4) 533 (1986).
- 21 ע"א חיימוב, לעיל ה"ש 17; ע"א 650/73 לוי נ' האניה "איריני" ובעליה, פ"ד כח(1) 505 (1974); ע"א 189/85 קוגלר נ' שוסהיים, פ"ד מג(1) 241 (1989); ע"א 719/20 סלים לחאם יזמות ובניה בע"מ נ' שיכון ובינוי – סולל בונה תשתיות בע"מ (נבו) 20.10.2021; ע"א 3230/14 פלוני נ' קיבוץ מעברות אגודה שיתופית להתיישבות חקלאית (נבו) 7.9.2015; ע"א 1912/93 שחם נ' מנס, פ"ד נב(1) 119 (1998); ע"א 5806/02 ארביב נ' קרני, פ"ד נח(5) 193 (2004); עע"מ 4696/07 אשל הירדן יוזם ובנין בע"מ נ' המועצה המקומית בנימינה – גבעת עדה (נבו) 10.1.2010.
- 22 ס' 21 לחוק החוזים; שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 474–468; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בפרק 20.
- 23 שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 408–409; פרידמן וכהן לעיל ה"ש 8, בעמ' 604–605; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 432–433.
- 24 על"ע 5160-04 אשד נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים, פ"ד נט(6) 223, 233 (2005); ע"א 1894/90 שרון נ' אסולין, פ"ד מו(4) 822, 827 (1992).
- 25 להבדל בין כפייה לעושק ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 383–387; שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 406–408.
- 26 בנימין פורת "החוזה הכפוי ועקרון הצדק החוזי – עיון משפטי-פילוסופי בסוגיית תליהו וזבין" דיני ישראל כב 49 (התשס"ג).

המהותית במשפט האמריקני,²⁷ הניסוח של עילת הכפייה בחוק אינו דורש בדיקה מהותית של תוכן החוזה.

לנוכח הניסוח של החוק ומיקום עילת הכפייה בפרק השני של חוק החוזים, העוסק בפגמים בכריתה, אין זה מפתיע שהמבחן המסורתי ששימש את הדין הישראלי בעת שנבחנה עילת הכפייה הוא המבחן הפרוצדורלי – שבחן את הסכמת הצד הטוען לכפייה ובאופן ספציפי, אם לנוכח הכפייה עמדה בפניו הברירה שלא להתקשר בחוזה.²⁸ על פי מבחן זה, הכפייה היא פגם בכריתה, ומטרת העילה היא להבטיח שהתקשרות בחוזים תיעשה מתוך רצון חופשי וללא אונס. מכאן שהסכמה פגומה, תוצאה של לחצים ואיומים, אינה מכוננת חוזה תקף. כפייה, כשאר הפגמים בכריתה, מגינה על האוטונומיה של הצדדים לחוזה במטרה להבטיח התקשרות רצונית מתוך הסכמה חופשית. עמד על כך השופט שמגר בעניין מאיה: "הכפייה היא פגם ברצונו של המתקשר... ככלל, חוזה זוכה לגושפנקא משפטית בשל היותו ביטוי לרצון הצדדים. פגם ברצון הצדדים שומט את הבסיס למתן הגושפנקא המשפטית לחוזה. הוא מקנה עילת ביטול להתקשר שרצונו נפגע".²⁹ בדומה לכך, גם על פי השופט הנדל,³⁰ הרציונל שבבסיס עילת הכפייה הוא הפגיעה באוטונומיה של היחיד. בשדה דיני החוזים, חשיבותה של פגיעה כזו נעוצה בהיעדר הסכמה חופשית ורצונית. בכך משקפת עילת הכפייה תפיסת עולם רחבה יותר, שגובשה בדיני החוזים הקלסיים, לפיה אכיפת החוזה נובעת מחופש הרצון של הצדדים³¹ ומכיבוד האוטונומיה של הפרט,³² ולכן חוזה שלא מבטא הסכמה חופשית ואמיתית אינו חוזה תקף. הפסיקה המסורתית לא הסתפקה במיקוד עילת הכפייה בנכפה ובפגם שנפל ברצונו, אלא קבעה שרק כפייה המאיינת לחלוטין את יכולת הבחירה של הנכפה תאפשר לו לבטל את החוזה.³³ ברוח זו, בתחילה הוגדרה הכפייה באופן צר ביותר וכללה באופן מעשי אך ורק שימוש בכוח או איומים פיזיים

27 Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause*, 115 U. PA. L. REV. 485 (1967).

28 שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 282–283; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3–13.

29 ע"א מאיה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 740. וראו השופט חשין שם, בעמ' 717.

30 ע"א 8143/14 חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פס" 7 לפסק דינו של השופט הנדל בדעת מיעוט (נבו 29.1.2017).

31 לתורת הרצון במשפט הפרטי ראו: Roscoe Pound, *The Role of Will in Law*, 68 HARV. L. REV. 1 (1954); Roscoe Pound, *Interests of Personality*, 28 HARV. L. REV. 343 (1915) המבוססת על פגם ברצון ראו David Zimmerman, *Coercive Wage Offers*, 10 PHIL. & PUB. AFF. 121 (1981).

32 HANOCH DAGAN & MICHAEL A. HELLER, *THE CHOICE THEORY OF CONTRACT* (2017)

33 ע"א 412/54 עיריית ת"א-יפו נ' חברת "ארמון אהרונוביץ 3" בע"מ, פ"ד י 1835 (1956); ע"א 278/56 סופרגו חברה להפצת גז בע"מ נ' מזרחי, פ"ד יב 394 (1958), ע"א 573/68 שביט נ' חנן, פ"ד כג(1) 516 (1969); ע"א 228/65 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' חלקה 6 בגוש 7166 בע"מ, פ"ד כ (1) 253 (1966).

על חייו של צד לחוזה, על גופו או על רכושו.³⁴ ואכן, באופן מסורתי, לפחות עד לתחילת שנות ה-90 של המאה ה-20, ברוב המקרים הטיפוסיים בהם התקבלה טענת הכפייה דובר על איומים בלתי חוקיים³⁵ או למצער על התנהגות הגובלת באי-חוקיות.³⁶ לעומת זאת, לחצים כלכליים שהופעלו על ידי הכופה לא נחשבו לכפייה, שכן על פי הפסיקה, למרות הלחצים עמדה בפני הנכפה ברירה, גם אם לא ברירה נוחה, שלא להיכנע ללחצים ולא להתקשר בחוזה.³⁷ מקרה מובהק המייצג את העמדה המסורתית, המצמצמת את אפשרות ההשתחררות מחוזה בטענה של כפייה, היא פרשת **הרשקוביץ**.³⁸ בפרשה זו, הסכימו רוכשי דירה לשלם תשלום אחרון הגבוה לשיטתם מהסכום שהיו חייבים לשלם, בשל העובדה שהמוכר התנה את כניסתם לדירה בתשלום הגבוה ובחתימה על התחייבות, שלפיה תשלום זה מוסכם על הצדדים. לאחר מעשה, טענו רוכשי הדירה כי חתמו על ההסכמה לתשלום הגבוה תחת כפייה של המוכר, שניצל את העובדה כי בשל מסירת הדירה באיחור הם נאלצו לפנות את דירתם הקודמת ולהסיע את ילדיהם ממקום מגורים מרוחק לבית הספר החדש אליו נרשמו. בית המשפט העליון אישר את החלטת הערכאה הדיונית שדחתה את טענתם.

בית המשפט, מפי הנשיא שמגר, הדגיש שהקונים התייעצו עם עורך דין ורואה חשבון, כי עמדה בפניהם חלופה מעשית של פנייה לערכאות שיפוטיות, וכי לא פעלו לביטול החוזה במהירות. אם כן, קבע הנשיא שמגר כי הייתה כאן פשרה ולא חוזה שנכרת בכפייה. שמגר העניק מובן צר להסכמה והסתפק בראיות האמורות לקביעתו כי הייתה הסכמה. הרוכשים טענו שהיו בלחץ, שכן בשל העיכוב במסירת הדירה הם גרו בשכירות במשך חודשים רבים, אך טענתם לא זכתה לדיון מעמיק ולא נחשבה ככזו השוללת את אפשרות הבחירה של הנכפה. בדומה לכך, לא הובא בחשבון הלחץ המשפחתי כמו גם העלויות של הליך משפטי שהיה נדרש לצורך קבלת המפתח ללא כניעה לדרישה לתשלום הנוסף. גם בעניין **קוגלר** דחה השופט בכך את טענת הכפייה.³⁹ שם דובר בהסכם לרכישת מניות, ונטען שהחוזה נכרת בצל איום לעיכוב הנפקת המניות. השופט בכך נימק את דחיית הכפייה בכך שאף שהאיום בעיניו ההנפקה אינו אתי, הצד שטען לכפייה בחר לכרות את החוזה לאחר ששקל את העניין ולאור כדאיות העסקה. כמו כן, הדגיש השופט בכך כי החוזה לא בוטל תוך זמן סביר, למרות שלאחר ההנפקה האיום בדחייתה הוסר וניתן היה לבטל את החוזה מוקדם יותר. אם כן, גם בדוגמה זו מבחן היעדר

34 להבחנה בין הפעלת כוח לבין איום ראו: שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 415. כן ראו MICHAEL D. BAYLES, A CONCEPT OF COERCION, IN COERCION: NOMOS XIV 16 (J. Roland Pennock & John W. Chapman eds, 1972).

35 שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 415–417.

36 נינה זלצמן "אילוץ ביצירת חוב ואילוץ בגביית חוב" **עיוני משפט** ד 457 (התשל"ה–התשל"ו); ע"א 216/73 סולומונוב נ' אברהם, פ"ד כח(1) 184 (1973); ע"א 784/81 שפיר נ' אפל, פ"ד לט(4) 149 (1985).

37 ע"א קוגלר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 246–248 (בעניין קוגלר דחה בית המשפט את טענת הכפייה תוך שהוא מצייין שמדובר בכפייה כלכלית בלבד).

38 ע"א 700/83 כהן נ' י. הרשקוביץ, חברה לבנין בע"מ, פ"ד לט(4) 471, 475 (1985).

39 ע"א קוגלר, לעיל ה"ש 21.

ההסכמה צר מאור, והשופט דחה את הטענות לחשש להפסד כספי קשה בשל דחיית ההנפקה. פסק דין זה מדגים אף את העובדה שהמגמה הרווחת, ששררה בפסיקת בית המשפט העליון עד לשנות ה-90 של המאה ה-20, היא שלחצים ואיומים קשים במהלך משא ומתן קשוח, כמו גם התנהגות לא אתית של הכופה, אינם עולים כדי כפייה. בכך משקפים פסקי הדין הללו, כמו גם פסקי דין נוספים,⁴⁰ מדיניות מצמצמת של עילת הכפייה, הממוקדת בחופש הבחירה של הנכפה ובוחנת אותו באמת מידה נוקשה של קיומה של ברירה שלא להיכנע לכפייה, ובהתאם מצמצמת את הכפייה רק למצבים של איומים לא חוקיים באלימות או בנזק לרכוש.

2. הרחבת דיני הכפייה מכפייה פיזית לכפייה כלכלית והשינויים במבחני הכפייה

בשנות ה-90 של המאה ה-20 הורחבה ההגדרה של הכפייה והשינוי הכולט ביותר בהקשר זה הוא הנכונות להרחבת העילה גם למקרים של כפייה כלכלית.⁴¹ בישראל המקרה המוכר ביותר המסמן את ראשית ההכרה בכפייה כלכלית, הוא פרשת **אקספומדיה**, שעסק בשתי שותפות ליריד. במהלך היריד חתמו השותפות על חוזה חדש שמשנה את החוזה המקורי ביניהן. לאחר שלא קיים החוזה החדש, נטען כי הוא נכרת בשל איום לסגור את היריד לאלתר באופן חד-צדדי. השופט מלץ הכיר בכפייה וקבע כי החוזה נחתם בלי ברירה.⁴² בעקבות פרשת **אקספומדיה** מצבי כפייה כלכלית בכלל,⁴³ וכאלה שבהם צד הפעיל לחץ על צד אחר כדי לשנות תנאי חוזה שהוסכמו בפרט, העסיקו את בית המשפט העליון גם במקרים נוספים, בהם נעסוק בהמשך.⁴⁴ כפי שנסביר בהמשך פרק זה, הרחבת עילת הכפייה מכפייה פיזית לכפייה כלכלית לוותה בהרחבת אמות המידה לבחינת הכפייה על פי המבחן המסורתי הפרוצדורלי, ונוסף על כך היא הובילה לפיתוח מבחני עזר, העוסקים בהתנהגות הכופה ובתנאי החוזה האובייקטיביים, כמפורט להלן.

40 ראו ע"א עירית ת"א-יפו, לעיל ה"ש 33; סופרגו חברה להפצת גז, לעיל ה"ש 33; ע"א שביט, לעיל ה"ש 33.

41 להתפתחות עילת הכפייה ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 276; דויטש "החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה", לעיל ה"ש 17; ע"א מאיה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 717-718. כן ראו M. H. Ogilvie, *Economic Duress, Inequality of Bargaining Power and Threatened Breach of Contract*, 26 MCGILL L.J. 289 (1981); John P. Dawson, *Economic Duress: An Essay in Perspective*, 45 MICH. L. REV. 253 (1947); Andrew Stewart, *Economic Duress – Legal Regulation of Commercial Pressure*, 14 MELB. U. L. REV. 410 (1984); JOSEPH M. PERILLO, CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS 315 (5th ed. 2003); WILLISTON ON CONTRACTS § 71:1-71:49 (4th ed. 1990).

42 ע"א אקספומדיה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 101.

43 ע"א שפיר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה (4) 213 (2001).

44 ע"א מאיה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 740.

(א) בחינה פרוצדורלית: מבחן היעדר ההסכמה – מבחינה של עצם קיומה של הברירה לבחינה של הברירה המהותית

כאמור, בפרשת **אקספומדיה** הוכרה לראשונה כפייה כלכלית כמקימה טענת כפייה. עם זאת, גם במקרה זה דבק בית המשפט במבחן הפרוצדורלי הבוחן את הכפייה במשקפיו של הצד הטוען לכפייה. בהתאם לכך, השופט מלץ הכיר בכפייה וקבע כי החוזה נחתם בלתי ברירה,⁴⁵ זאת היות ו"היריד היה אירוע חד-פעמי וקצר, וכל פגיעה במהלך ניהולו הייתה עלולה להיות בלתי הפיכה, הן מבחינת ירידת הכנסותיו והן מבחינת הפגיעה במוניטין... מה גם שהאולטימטום ניתן באורח מפתיע לחלוטין, ומשך הזמן שניתן... לשקול את דרכם ולהתייעץ היה קצר ביותר".⁴⁶ כמו כן, למרות שהשותפה שטענה לכפייה נועצה עם עורכי דין, פנייה לערכאות משפטיות לא הייתה חלופה סבירה וממשית בשל הזמן הקצר שעמד לרשותה לעשות כן וההשלכות הכבדות של הפסקת היריד אם ימומש האיום.⁴⁷

פסק הדין בעניין **אקספומדיה** הכיר לראשונה בכפייה כלכלית והגמיש את המבחנים ששימשו בפסקי הדין קודמים. ההשוואה בין פרשת **הרשקוביץ** מחד גיסא לפרשת **אקספומדיה** מאידך גיסא מחדדת זאת. דומה כי בשני המקרים, ברמה הטכנית ניצבה בפני המתקשר בחוזה ברירה. כך בפרשת **הרשקוביץ** יכול היה הדייר להימנע מלחתום על הסכם הוויתור, אף שבמקרה כזה לא היה יכול להיכנס לדירה. כמו כן ניצבה בפניו האפשרות לתבוע ולקבל פיצוי בדיעבד על נזקיו, אם יתברר שצדק בטענותיו המקוריות. אולם על פי ניתוח זה, גם בפרשת **אקספומדיה** בפני החברה ששכרה מקום ביריד עמדה האפשרות שלא להסכים לשינוי בדיעבד של תנאי החוזה, וזאת למרות הסיכון שבעלת הקרקע הייתה מממשת את האיום ונועלת את שערי היריד. בדומה לקונה הדירה בפרשת **הרשקוביץ**, גם לשוכרת במקרה היריד הייתה עומדת במקרה כזה הזכות להגיש תביעה על הנזקים שנגרמו לה. אולם למרות הדמיון בין המקרים, בית המשפט פעל בדרך שונה בכל אחד מהם. בעניין **הרשקוביץ**, הברירה שלא להיכנע לאיום ולתבוע בשל נזקים בדיעבד והאפשרות להיוועץ בעורך דין לגבי אפשרות תביעה הספיקה על מנת לשלול את עילת הכפייה. לעומת זאת, בפרשת **אקספומדיה** בחן בית המשפט את השאלה אם יכולה הייתה השוכרת להניע בזמן אמת את בעלת הקרקע מלנעול את היריד, על ידי שימוש באמצעים משפטיים, והשיב על כך בשלילה, אך הוא נמנע מלהתייחס לאפשרות התביעה המאוחרת לפיצויים ככזו היוצרת ברירה. השופט מלץ אבחן את פסק דין **הרשקוביץ** והתמקד בסעד של מניעת האיום המידי ולא בסעד משפטי שניתן למפרע כפיצוי על נזקים. לאור הנזק הבלתי הפיך של סגירת שערי היריד, לא הייתה לשוכרת חלופה מעשית, והייעוץ המשפטי שאישר שפנייה לערכאות לא תסייע במקרה זה חיזק – ולא שלל – את טענת הכפייה. אם כן, ההבחנה בתוצאות בין המקרים אינה נובעת מן ההבדל בנסיבות אלא משינוי אמות המידה: ממבחן מצומצם, שלפיו לפחות במקרים של כפייה

ע"א **אקספומדיה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 101.

שם. 46

שם. 47

80

כלכלית האפשרות של הנכפה שלא לחתום על החוזה גם אם היא אפשרות קשה ולא סבירה, מספיקה בכדי לשלול את עילת הכפייה, לאמות המידה של מבחן הברירה המהותית שיושם בפרשת **אקספומדיה**, על פיו ברירה טכנית אינה שוללת מיניה וביה את האפשרות לטעון לכפייה.

המעבר ממבחן טכני של ברירה למבחן של ברירה מהותית נמשך בעניין **מאיה**, בו טבע השופט חשין את מבחני איכות הכפייה ועוצמת הכפייה. באיכות הכפייה נעסוק במסגרת הדיון במבחן ההתנהגות הנלווה. לעומת זאת, עוצמת הכפייה עניינה במצב האין ברירה של הצד הנכפה. כלומר, יש לבחון אם הכפייה הייתה חמורה עד כדי העמדת הצד הנכפה במצב של שוקת שבורה.⁴⁸ מבחן זה עניינו בשאלה "אם הייתה לצד התם חלופה מעשית וסבירה שלא להיכנע לאותו לחץ".⁴⁹ מבחן זה מקשר בין הסכמה לבין חופש בחירה בין חלופות שונות. הסכמה לחוזה מתקיימת רק כאשר לצד לחוזה יש אלטרנטיבה להתקשרות בחוזה, שאז כריתת החוזה נעשית מתוך שקלא וטריא ולאחר בחירת אופן הפעולה הרצוי מבין שאר אפיקי הפעולה האפשריים. שיקול דעת וחופש ברירה מהווים תנאי מוקדם להסכמה ובלעדיהם ההסכמה אינה מכוננת חוזה.

פסק דין **מאיה** עסק בטענת יהלומנים, לפיה הם חתמו על כתב ויתור על חוב של מאיה מתוך כפייה. מאיה ברח מהארץ, ושלה נציג להחזיר ליהלומנים חלק מהחוב ולהחתים אותם על כתבי ויתור על יתרת החוב. בפסק דינו פירט השופט חשין בהרחבה את פערי המידע בין מאיה ליהלומנים, אשר השפיעו על יכולתם להסכים לתנאי המשא ומתן שנוהל עימם מטעם מאיה. השופט חשין תיאר כיצד היהלומנים התמודדו עם חוסר ודאות בנוגע למקום הימצאו של מאיה ובנוגע לשאלה אם ומתי ישוב ארצה. יתר על כן, היהלומנים לא קיבלו מידע באשר למקום הימצאם של היהלומנים ולמצבם הכספי של מאיה ושל החברה. כמו כן, המפגשים עם היהלומנים בוצעו בנפרד זה מזה.⁵⁰ על רקע פערי מידע אלה נדרשו היהלומנים לחתום על הודעות הוויתור, תוך איום שלא יזכו להחזר כלל אם לא יעשו כן. השופט חשין אף ציין כי הייעוץ המשפטי אשר קיבלו היהלומנים אישש את תחושתם כי אין בפניהם ברירת אמת מלבד כניעה לתנאיו של מאיה. תיאור מפורט זה מנקודת מבטם של היהלומנים מדגיש את חוסר האונים ואת חוויית הכפייה. על עובדות אלה ביסס השופט חשין את החלטתו, בניגוד לשאר שופטי ההרכב, לקבל את טענת הכפייה. לדבריו "מאיה יצר לחץ בלתי ראוי על היהלומנים – כך בניסוח רפה – ועוצמת הלחץ לא הותירה בררה מעשית וסבירה לפניהם לא בררה עסקית-מסחרית, לרבות לא אפשרות פנייה לקבלת סעד משפטי – זולת כניעה ללא תנאי לדרישתו ולדרישת שלוחו".⁵¹ אם כן, בדומה לעמדת השופט מליץ באקספומדיה (ובניגוד לדעת כל השופטים בפרשת הרשקוביץ) נבחנה מהותית החלופה המשפטית להתקשרות בחוזה.

48 ע"א מאיה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 721.

49 שם, בעמ' 722.

50 שם, בעמ' 723–724.

51 שם, בעמ' 725.

לעומת זאת, הנשיא שמגר והשופט גולדברג שללו את טענת הכפייה היות ו"היהלומנים שקלו את החלופות הפתוחות לפנייהם. סביר להניח כי הם בחרו להרים את הכפפה אשר החברה של מאיה השליכה לעברם מתוך הערכה כי דרך זו תאפשר קיום טוב יותר של חיוביהם או צמצום – למעשה – של הפסדיהם. מכל מקום, אין לומר כי נחסמו בפניהם כל הדרכים. הם בחרו, בהתחשב במציאות שאליה נקלעו – באשמתו הבלעדית של מאיה – בדרך שהייתה העדיפה בעיניהם... החוזה היה בגדר פשרה עם החשוד, המותר חלק מבלעו בגרונו. פשרה זו נערכה מתוך שיקולי כדאיות ולא מתוך שיקולי 'אין ברה'".⁵² עוד לפני הגעתם למסקנה זו, התייחס הנשיא שמגר למצבן הכספי של חברות היהלומנים ולכך שלא הובאו נתונים המצביעים על כך שאי־פירעון מיידי של החוב היה מוביל לקריסתן של החברות.⁵³ עובדה זו, אשר נשמטה מפסק דינו של השופט חשין,⁵⁴ היא בעלת חשיבות בביסוס ההחלטה לדחות את טענת הכפייה, שכן היא מציינת את היהלומנים כמי שהיו בידם האמצעים לשקול את הצעתו של מאיה בשל מצבם הכספי היציב. אם כן, היהלומנים לא פעלו מתוך חוסר ברירה אלא מתוך בחירה בפשרה שטייב את מצבם, גם אם החוב של מאיה לא יושב במלואו.

מכאן ששני השופטים בחנו את הרצון החופשי של הצדדים, אך נחלקו בשאלה אם במקרה זה פעלו היהלומנים מתוך הסכמה וולונטרית. שני השופטים קיבלו את ההנחה שהסכמה חופשית ותקפה משמעה בחירה בין חלופות פעולה סבירות, השניים אף התמקדו בבחירה ובהסכמה של היהלומנים. אולם מכאן התפצלו דרכיהם של השופטים בבואם לבחון את הסכמתם של היהלומנים להצעתו של מאיה והם נחלקו בשאלת יישום מבחן חופש הבחירה במקרה שלפניהם. לדעת הנשיא שמגר (אליו הצטרף השופט גולדברג), היהלומנים התקשרו בחוזה לאחר התייעצויות, מתוך שיקול דעת ובהתבסס על אינטרסים כלכליים. זוהי פשרה המיטיבה עם שני הצדדים גם אם לא מילאה אחר כל מאווייהם. לדעתם עמדה בפני היהלומנים חלופה סבירה להתקשרות בהסכם, ולכן כריתת החוזה לא נעשתה באין ברירה. בדומה לעניין **הרשקוביץ**, מבחן היעדר ההסכמה צר ונוקשה ומכיר באפשרויות בחירה, גם אם גרועות. לעומת זאת, השופט חשין דחה את הטענה כי היהלומנים יכלו לנהוג אחרת וכי התקשרו בהסכם עם מאיה לאחר ששקלו היטב את חלופות הפעולה העומדות לפנייהם וכדי להיטיב את מצבם. לטעמו, האופציה של פתיחה בהליכים משפטיים לא הייתה פתוחה בפני היהלומנים, ולכן מובנת כניעתם לתכתיבו של מאיה. השופט חשין הסיק כי הם פעלו בחוסר ברירה, הוא גילה הבנה ואמפתיה להתנהלותם והדף את הביקורת של השופטים האחרים על בחירותיהם.⁵⁵ חשין, בניגוד לדעת שאר

52 שם, בעמ' 742. בסופו של יום קבע הנשיא שמגר כי מדובר בחוזה פסול ולכן בטל. כלומר למרות שהנשיא שמגר חלק על השופט חשין בעניין הכפייה, הוא הגיע לתוצאה דומה מכוחה של עילת ביטול חוזית אחרת. וראו השופט גולדברג, בעמ' 748.

53 שם, בעמ' 740.

54 בסוף פסק דינו השופט חשין מתייחס לטענה בדבר האמידות הכלכלית של היהלומנים וקובע כי היא איננה שוללת את הכפייה במקרה זה, וכי גם מי שנהנה מאיתנות פיננסית עלול להיות קורבן כפייה. שם, בעמ' 738–739.

55 שם, בעמ' 737–738.

שופטי ההרכב, הפעיל מבחן רחב יותר של ברירה מהותית בין חלופות ראויות. אם כן, עניין מאיה מלמד כי ההכרה בכפייה כלכלית הרחיבה רק במעט את מבחן היעדר ההסכמה, שכן השופט חשין נותר בדעת מיעוט ואילו דעת הרוב דחתה את טענת הכפייה.

(ב) עליית מבחן ההתנהגות הנלווה: מיכולת הבחירה של הנכפה להערכת התנהגות הכופה

כאמור, חידוש אחד בפסקי הדין אקספומדיה ומאיה, ובמיוחד בפסק דינו של השופט חשין במקרה השני, קשור במיקוד המבחן הפרוצדורלי של הכפייה. כפי שראינו, פסקי הדין הללו מסמנים שינוי ביישום המבחן מכזה הממוקד בבחינה טכנית של יכולת הבחירה לזוה הבוחן אם הלחץ שהופעל על הצד המבקש לבטל את החוזה הותר לו ברירה מהותית פרט להתקשרות בחוזה. כאמור, חשין מכנה מבחן זה בשם מבחן עוצמת הכפייה. אולם בפסק דינו של השופט חשין בפרשת מאיה טמון חידוש משמעותי אף יותר, והוא הצעת מבחן משלים המכונה בפסק הדין מבחן איכות הכפייה, ואנו נכנה אותו בשם מבחן ההתנהגות הנלווה – המעביר את המוקד מבחינת יכולת הבחירה של הצד הטוען לכפייה לבחינת הלגיטימיות של התנהגות הצד השני. על פי מבחן ההתנהגות הנלווה, מטרת דיני הכפייה היא להתוות אמות מידה של מוסר בעסקים ולאסור על התנהגות פוגענית במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. כלומר בית המשפט מפקח על הליך המשא ומתן ומתיר ביטול של חוזה במקרים של התנהגות שלא עומדת ברף אתי ראוי. עולה מכך, כי ביטול החוזה מוצדק, ולא יתאפשר לצד שלא נהג באופן ראוי ליהנות מפירות עולתו. בניגוד למבחן הראשון, שעסק בהסכמת הצד הטוען לכפייה, מבחן זה מתמקד בהתנהגות הצד השני.⁵⁶ זאת ועוד, המבחן לא עוסק ברצון החופשי של הצדדים לחוזה אלא בוחן מוסרית את פעולותיהם של הצדדים. המטרה אינה להבטיח רצון חופשי, אלא להתוות את האסור והמותר במשא ומתן. על פי מבחן ההתנהגות הנלווה, המטרה של דיני הכפייה היא להכניס היבט מוסרי ערכי להליך כריתת החוזה, בדומה לדוקטרינת תום הלב,⁵⁷ שכן "גם בשוק חופשי יש כללי התנהגות ראויים ומקובלים – כללי משחק מוכנים אותם במקומותינו – והפוגע באותם כללים ייתן את הדין על מעשיו או על מחדליו... ענייננו הוא ב'מוסר העסקים' בחיי המסחר והעסקים, וחריגה מאותו מוסר-עסקים תחויב בתגובתו של בית המשפט".⁵⁸ מכאן שבמסגרת עילת הכפייה מתווה בית המשפט את קו הגבול בין המותר והאסור, הלגיטימי והלא לגיטימי, המוצדק והלא מוצדק במשא ומתן.⁵⁹ בדומה

Nicholas Rafferty, *The Element of Wrongful Pressure in a Finding of Duress*, 18 ALBERTA L. REV. 431 (1980); Richard A. Epstein, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 J.L. & ECON. 293, 297 (1975); STEPHEN A. SMITH, CONTRACT THEORY 316 (2004); John Dalzell, *Duress by Economic Pressure*, 20 N.C. L. REV. 341 (1942).

56 שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 405.

57 ע"א מאיה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 719.

58 שם, בעמ' 719. ראו דברי חשין "כפייה או בלחץ שיש בהם פסול מוסרי-חברתי-כלכלי, ואשר חיי עסקים ומסחר תקינים והוגנים לא יוכלו לשאתם".

לעקרון תום הלב, משרטט בית המשפט איזו התנהגות תחצה את הקו האדום והיא מצויה מחוץ לגבול. בשני המקרים מדובר בהתנהגות לא מוסרית ובעלת משמעות ערכית שלילית כמו גם בעלת נפקות משפטית.

השיקולים המוסריים שנסקרו לעיל במסגרת דיני הכפייה, משתלבים במגמה של דיני החוזים המודרניים ואינם זרים לה. כך למשל, תאוריה של אשם תורם מודדת את האשם היחסי של הצדדים.⁶⁰ כמו כן, עקרון תום הלב, עיקרון על בדיני החוזים, עניינו התנהגות מוסרית של הצדדים.⁶¹ גם שיקולי צדק,⁶² הבוחנים את האשם היחסי של הצדדים, מוכרים בדיני החוזים.

כאמור, פסק דין **מאיה** עסק בכתב ויתור, שבו ויתרו יהלומנים למאיה על חוב. השופט חשין הכיר בכפייה כלכלית בעניין מאיה היותו "על דרך המעטה ניתן לומר, כי מאיה הוליך את היהלומנים על דרך עקלקלות ומעקשים, הרחק מדרך המלך העסקית-המסחרית המקובלת. מאיה רמס ברגל רמה את חובתו לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב כלפי היהלומנים... אכן, הלחץ שהפעיל מאיה על היהלומנים היה לחץ שלא נוכל להשלים עמו והוא לחץ שגבל בסחיטה ממש".⁶³ גישה זו חזרה גם בפסקי דין אחרים בעניין כפייה.⁶⁴ השופט חשין אף הדגיש את התנהגותו הבלתי מוסרית של מאיה, בכך שהציג מצב היפותטי שבו מאיה נקלע לקשיים כלכליים, אשר אינם מאפשרים לו לעמוד בחיוביו כלפי היהלומנים. במצב זה מאיה פונה אל היהלומנים באופן ישיר, מתאר את המצב אליו נקלע ומציע להם הסדר נושים מוסכם.⁶⁵ על אף שגם במסכת עובדות תאורטית זו מפר מאיה את החוזים שכרת עם היהלומנים, לא ניתן להעלות טענת כפייה. מדוגמה זו ניתן להסיק, כי קבלת טענת הכפייה וביטול הודעות הוויתור, כפי שעשה השופט חשין, היא ההחלטה המתבקשת מהרקע העובדתי שבחר להציג ואף להרחיבו לשם הצדקת ההכרעה.

מפסק דינו של השופט גולדברג בעניין **מאיה** ניתן ללמוד כיצד הדגשתן של עובדות שונות מאפשרת הסתכלות אחרת על התנהגותו של מאיה. על פי תיאורו של גולדברג, מאיה סיפק ליהלומנים שיקים לתשלום עבור היהלומים שרכש מהם. בשל קשיים כספיים לא עלה בידו לגבות את מלוא התמורה מהסוחרים להם מכר, ומן הסכומים שהצליח לגבות פרע התחייבויות קודמות לנושים אחרים. הקושי הכלכלי הובילו לעזוב את הארץ, אך קודם שעשה זאת הוא הסמיך אדם אחר לנהל משא ומתן

60 אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 57 (התשנ"ז).

61 שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 75-76.

62 ראו ס' 14 (ב), 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; ס' 7 (ב), 3 (4), 18 (ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

63 ע"א מאיה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 724.

64 רע"א 7539/98 לוטם רהיטים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נג (1) 721 (1999); רע"א 888/04 אורות העמקים בע"מ נ' דראושה (נבו) 24.9.2004; ע"א חיימוב, לעיל ה"ש 17; ע"א שפייר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 237; ע"א שחם, לעיל ה"ש 21; ע"א קיבוץ מעברות, לעיל ה"ש 21.

65 ע"א מאיה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 722.

84

בשמו ואף הותר את היהלומים שלא נמכרו ואת נכסיו.⁶⁶ עובדות אלה מאירות את התנהגותו של מאיה באור חיובי יותר מכפי שהוצג בכתבתו של השופט חשין. נראה כי מאיה השקיע מאמץ בצמצום הנזקים, שנגרמו כתוצאה מקשייו הכלכליים. תיאור זה נועד לשכנע כי מעשיו של מאיה לא עלו כדי כפייה, גם אם הימלטותו לחו"ל הגבירה את עוצמת הלחץ על הנושים.⁶⁷

כפי שנאמר לעיל, הגיבוש הפורמלי של מבחן ההתנהגות הנלווה, מבחן איכות הכפייה בלשונו של השופט חשין, נערך בפרשת מאיה. עם זאת, גם קודם לכן, בעניין אקספומדיה שכאמור עסק בכריתת חוזה חדש במקום חוזה קיים בין שותפות ביריד, עלה נושא התנהגותו הנלווה של הצד הכופה. השופט מלץ הכיר בכפייה כלכלית וקבע כי "כאשר צד פועל כפי שפעל מנהל המערערת, אשר השתמש באיום מפתיע שהנזק הצפון במימוש הינו חמור ביותר ובלתי הפיך, וכאשר עיתוי האיום הוא דווקא זה בו יהיה הצד השני חשוף ופגיע ביותר עד כי ייאלץ להיכנע לו, אין בכך משום לחץ לגיטימי... משנכרת ההסכם, ניסיונותיה שבאו אחר כך להשיג שיפור בתנאיו לרגל שינוי הנסיבות העובדתיות בשטח, וזאת בשיטות שגובלות בסחיטה ובהתנהגות בלתי אחראית, אינם ניסיונות לגיטימיים".⁶⁸ לפיכך, כאשר צד מבקש מהצד השני תשלום שאינו זכאי לו על פי החוזה, מדובר בהתנהגות פסולה. ענייננו בניסיון לשפר את תנאי החוזה, בניסיון לסחוט טובות הנאה מעבר למוסכם בחוזה. לכן אין לקבל התנהגות זו של צד לחוזה ולתת יד לניסיונו לפתוח את תנאי החוזה מחדש כדי להיטיב את מצבו.

ביטוי נוסף למבחן ההתנהגות הנלווה מצוי בסעיף 17(ב) לחוק החוזים המהווה חריג לעילת הכפייה. על פי חריג זה אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום, ולכן לא מהווה כפייה.⁶⁹ עסקינן בהתנהלות לגיטימית שאינה עולה כדי כפייה, היות ולא נפל פגם מוסרי בהתנהגותו של צד לחוזה. ביטוי אחר למבחן ההתנהגות הנלווה הוא שהדין מאפשר לבטל חוזה לא רק במקרה שהכפייה נבעה מצד לחוזה אלא גם כשהכפייה נבעה מאחר מטעמו.⁷⁰ הפגם המוסרי במעשי צד לחוזה המצדיק את ביטול החוזה חמור לא רק כשצד לחוזה באופן אקטיבי וישיר עוסק בכפייה, אלא גם כשהוא עושה כן באופן עקיף באמצעות אחר מטעמו. ביטוי עתידי למבחן ההתנהגות הנלווה הוא קביעה של הצעת חוק דיני ממונות שגם כפייה על ידי צד שלישי, להבדיל מצד לחוזה, תהווה עילה

66 שם, בעמ' 744.

67 שם, בעמ' 747.

68 ע"א אקספומדיה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 95.

69 כך גם לפי ס' 114(ג) להצעת חוק דיני ממונות; שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 423–425. ראו רע"א לוטם, לעיל ה"ש 64; ע"א 5511/06 אמינוף נ' א. לוי השקעות ובנין בע"מ (נבו 10.12.2008); ע"א 719/78 איליט בע"מ נ' אלקו בע"מ, פ"ד לד(4) 673, 684 (1980).

70 שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 419–421; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 367–374. ראו למשל ע"א 16/80 לולו נ' סלומון, פ"ד לז(4) 70, 75 (1983); ע"א 4804/92 אסייג נ' טפחה (נבו 9.8.1994). כן ראו Eoin O'Dell, *Restitution, Coercion by a Third Party, and the Proper Role of Notice*, 56 (1997) CAMBRIDGE L. J. 71.

לביטול החוזה.⁷¹ למרות שהצד השלישי פעל שלא מטעמו של הצד לחוזה עדיין דבק רכב מוסרי בהתנהגותו של הצד לחוזה וניתן לייחס את הכפייה אליו ולבטל את החוזה.⁷² אם כן, מבחן ההתנהגות הנלווה עוסק בצד "רשע" שמתנהג בצורה לא נאותה ודורס ברגל גסה את כללי האתיקה. המבחן מתמקד בצד שמפעיל לחצים, מפזר איומים ומתעלם מכללי ההתנהגות הנאותים, שהתנהלותו כלפי הצד השני דורסנית, פוגענית, אימתנית ולא מכבדת. מכאן שביטול החוזה הוא תוצאה מוצדקת, המבטאת שאט נפש וגינוי של מעשיו. בית המשפט מעניש אותו, ולא נותן לו ליהנות מפירות עוולתו וממעשיו המכוערים. לפיכך, ביטול החוזה מבטא הוקעה של התנהגות נלווה ועידוד התנהגות אתית ומוסרית.

אף על פי שמבחן ההתנהגות הנלווה מתמקד בהתנהגותו המוסרית של הצד הכופה, קרי הפעלת לחץ ואיומים, בית המשפט עשוי לבקר גם את התנהגותו של הצד השני. כלומר, גם פעולותיו של הצד הטוען לכפייה ייבחנו: האם נכנע ללחצים למרות שיכול וראוי שיעמוד בהם? האם התנהג בשיקול דעת או בחוסר אחריות? לעיתים גובלת הביקורת של בית המשפט בהאשמת הקורבן ובהטפת מוסר על שלא פעל בנחישות ובנמרצות נוכח הכפייה. בית המשפט לא יתערב בהחלטות גרועות או בהפעלת שיקול דעת קלוקל של צד לחוזה ויימנע מהגנה פטרנליסטית על צדדים שהתנהלו באופן לא חכם. כך למשל, במקרה אחד הטיח בית המשפט "אם המערערת לא התכוונה לכך שכתב הוויתור יהיה תקף, מדוע חתמה עליו? מה משמעות אחרת יש לחתימתה מאשר קבלת תנאים, הכוללים, בין היתר, את התשלומים ששולמו לה בעקבות חתימתה על כתב הוויתור".⁷³ ביטוי קיצוני להאשמת הקורבן הוא עניין פגס.⁷⁴ במקרה זה ביקשה אישה לבטל הסכם גירושין שנחתם בשל לחצים ואיומים שהפעיל עליה בעלה, ואולם הנשיא שמגר דחה את בקשתה זו. בנתחו את עילת הכפייה מתח הנשיא שמגר ביקורת על האישה משום שלא גילתה לעורך דינה או לשופט שאישר את הסכם הגירושין על אודות הלחצים והאיומים שהופעלו עליה. היות והיא לא עשתה כן, הוא פקפק בכך שהייתה כפייה או עושק וסירב לייחס ללחצים משמעות אופרטיבית. בטון מאשים וביקורתי הציג הנשיא שמגר את האישה כאחראית למצבה בשל בחירותיה הגרועות ובכך ניקה את בעלה מכל אחריות או אשמה. הנשיא שמגר אף ביקר את האישה שלאחר שהפיקה תועלת מן החוזה וקיבלה גט, היא מעוניינת לבטל את החוזה כדיעבד. הוא הציג את טיעוניה של האישה כתכסיס וכמהלך מניפולטיבי שמטרתו לקבל גט בזכות החוזה ואחר כך גם לקבל נכסים שעליהם ויתרה על פי החוזה. מכאן גם סירובו של הנשיא שמגר לתת יד לדבר.⁷⁵ סיכום השופט עמית וקבע כי "הפסיקה אינה רואה אפוא בעין יפה העלאת טענות כפייה ועושק לאחר

71 מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי א 416–418 (התשס"ה); שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 422.
 72 ס' 114 (ב) להצעת חוק דיני ממונות.
 73 ע"א 627/85 ד. איתן-ע. גושן אדריכלים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 42, 45 (1989). וראו ע"א 2941/14 חושאן נ' עבדאללה, פס' 5 (נבו 1.3.2016).
 74 ע"א 5490/92 פגס נ' פגס (נבו 29.12.1994).
 75 ראו בג"ץ 5548/00 אברהם נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו 29.5.2001); ע"א 162/72 אמזלג נ' אמזלג, פ"ד כז(1) 582 (1973).

שהצד שמבקש את ביטול החוזה מיצה את טובות ההנאה שצמחו לו מהחוזה.⁷⁶ כלומר בית המשפט לא ייענה לבקשתו של צד ליהנות משני העולמות: להפיק תועלת מן החוזה ולאחר מכן לבטלו.⁷⁷ נוסף על כך, אם הצד הטוען לכפייה לא ביטל את החוזה תוך זמן סביר, תידחה טענתו לכפייה שכן ההתממהות בהפעלת זכות הביטול עלולה להוות אינדיקציה לכך שלא הייתה כפייה. לפיכך, הדרישה לביטול החוזה תוך זמן סביר אינה רק דרישה פרוצדורלית ואינה נוגעת אך בתרופה, אלא מהווה גם נתון מהותי שמשפיע על טענת הכפייה לגופה ועלול להוות נימוק לשלילת הכפייה.⁷⁸ בית המשפט מבקר את התנהלותו של הצד הטוען לכפייה על כך שהשלים עם האילוץ, לא השכיל להתמודד עם האיום בנחישות ובאופן מידי, והתנהל באופן לא אסרטיבי. לאחר בחינה שיפוטית של התנהלות הצד הטוען לכפייה בית המשפט דוחה את טענתו.⁷⁹

לסיום חלק זה נציין, שהמבחנים של עוצמת הכפייה ואיכות הכפייה כפי שנוסחו על ידי השופט חשין בפרשת מאיה משלבים את מבחן היעדר ההסכמה ומבחן ההתנהגות הנלווה.⁸⁰ כלומר שני המבחנים אינם מוציאים זה את זה, אלא משמשים יחדיו להוכחת כפייה כשני נרטיבים המרכיבים את התמונה המלאה. עם זאת, חשוב להבחין ביניהם כיוון שכל מבחן מבטא נקודת מבט שונה, וכן רציונל או צידוק שונה.

(ג) בחינה מהותית של תוכן החוזה

על פי פשט לשונו, סעיף 17 אינו דורש מבית המשפט לבחון את הגינותם של תנאי החוזה ויחסם למקובל בשוק.⁸¹ נראה אם כן שהחוק דוחה גישות הסבורות שפער מהותי בתמורות ההדדיות של הצדדים בחוזה מהווה סיבה מספקת להתערבות בו.⁸² ברם, למרות לשונו המפורשת של הסעיף, בשנים

- 76 ע"א 974/13 רמת נילי בע"מ נ' מועצה מקומית זכרון יעקב, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 2.4.2015).
- 77 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית. וראו גם ע"א 731/17 מראות ירושלים בע"מ נ' עיריית ירושלים, פס' 26–27 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 8.7.2021) ("כתבי ההתחייבות נחתמו מתוך שיקול כלכלי מובהק של המערערים... המערערים, שחקנים עסקיים מתוחכמים, ביקשו ליהנות רק מדבשם של כתבי ההתחייבות, קרי קבלת היתר בניה וטופס 4 לאחר מכן, ולא מעוקצם").
- 78 ע"א 7850/17 פלוני נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (נבו 18.11.2019).
- 79 ע"א קיבוץ מעברות, לעיל ה"ש 21; ע"א 7663/11 דרון נ' חרד, פס' 2–3 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 29.4.2013).
- 80 מבחני איכות הכפייה ועוצמת הכפייה משמשים את בתי המשפט. ראו למשל ע"א 276/09 טאבא נ' מינהל מקרעני ישראל (נבו 2.1.2011).
- 81 בכך חורג הסעיף מס' 18 לחוק החוזים העוסק בעושה ודורש כתנאי מצטבר לתקפות החוזה לבחון שתנאיו אינם חורגים מן המקובל. ראו על כך לעיל ה"ש 25. ואולם, חוזה חד-צדדי ובלתי מאוזן מהווה אינדיקציה לכפייה פרוצדורלית ראו על כך פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 12–14.
- 82 לגישות אלו ראו Jeffrey L. Harrison, *Defects in Consent and Dividing the Benefit of the Bargain: Recent Developments*, 53 U. LOUISVILLE L. REV. 193 (2015).

האחרונות החלו בתי המשפט לעסוק גם בבחינה מהותית של החוזה. כלומר בתי המשפט לא מסתפקים בבחינה של הליך הכריתה (בחינה פרוצדורלית), אלא בוחנים גם אם החוזה הוגן, מאוזן, וכלכלי מבחינת שני הצדדים.⁸³ זוהי הרחבה של עילת הכפייה ונכונות מוגברת של בית המשפט להתערב בחוזים. עם זאת, מבחן כלכליות החוזה פחות נפוץ בפסיקה ממבחן היעדר ההסכמה, והוא משמש את בית המשפט בעיקר כאשר מדובר בגופים כלכליים גדולים ובחוזים עסקיים מסחריים. אולם בחוזים בעלי ממד אישי ושאינם כלכליים בית המשפט מהסס להשתמש במבחן הכלכלי.⁸⁴ מבחן כלכליות החוזה אינו מתמקד בהתנהגות הצדדים אלא בתוכן החוזה.⁸⁵

פסק הדין המרכזי בעניין כפייה כלכלית הנוקט את מבחן כלכליות החוזה הוא עניין **ש.א.פ.**⁸⁶ שעסק בחוזה בין בנק לבין לקוח. הבנק העניק ללקוח אשראי כדי להיחלץ ממשבר כלכלי אליו נקלע הלקוח, ואולם כתנאי לקבלת האשראי דרש הבנק שהלקוח יחתום על כתב ויתור על טענות משפטיות כלפי הבנק. טענת הלקוח – שכתב הויתור נכרת עקב הכפייה של הבנק – נדחתה, ונקבע כי תנאי החוזה הוגנים ולגיטימיים. השופט מצא קבע כי "אחת האינדיקציות האובייקטיביות המרכזיות לקיומה של כפייה כלכלית בתפועל משפטי היא מידת סבירותם והגינותם של תנאי החוזה... ככלל, חוזה שבאופן אובייקטיבי הינו הוגן וסביר איננו ניתן לביטול מחמת כפייה כלכלית".⁸⁷ כלומר, בניגוד למבחן היעדר ההסכמה, בית המשפט אינו בוחן את הסכמתם החופשית של הצדדים לחוזה, אלא את תוכן החוזה ומתמקד בכלכליות שלו.⁸⁸ לגופו של עניין, השופט מצא דחה את טענת הכפייה הכלכלית שכן היה זה "הסדר חוזי לגיטימי והוגן".⁸⁹ השופט מצא ציטט את מבחני איכות ועוצמת הכפייה שפיתח השופט חשין, ואולם נראה שהוא סטה מהם והתרכז במבחן הגינות החוזה, היות ומדובר בגוף כלכלי גדול – בנק.⁹⁰

גישתו של השופט מצא בולטת במיוחד לנוכח הגישה השונה של בית המשפט המחוזי, שאימץ את הניתוח של דיני הכפייה של השופט חשין בעניין **מאיה**. בערכאה הראשונה⁹¹ נקבע כי הבנק נקט כפייה כלפי ש.א.פ., וזאת על סמך ההתנהגות הבלתי ראויה של הבנק והמצב הקשה אליו נקלעה ש.א.פ.. בית המשפט המחוזי ביקר את התנהגות הבנק שלא פעל מתוך אינטרס לגיטימי, ודחק את ש.א.פ. למצב של

83 למגמה זו ראו זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים", לעיל ה"ש 3.
 84 ראו ע"א 7664/00 **רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' עיריית חולון**, פ"ד נו(4) 117 (2002).
 85 להבחנה בין מבחן פרוצדורלי הבוחן את הסכמת הצדדים לחוזה ובין מבחן מהותי הבוחן את שקילות התמורות ראו פורת, לעיל ה"ש 26. כן ראו ליפשיץ "חוזים עושקים" לעיל ה"ש 6; זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים" לעיל ה"ש 3.
 86 ע"א **ש.א.פ.**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 769.
 87 שם, בעמ' 788.
 88 עוד למבחן הגינות החוזה ראו 3 J. L. POL'Y *Lawrence Kalevitch, Contract, Will & Social Practice*, (1995).
 89 ע"א **ש.א.פ.**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 787.
 90 שם, בעמ' 787–788.
 91 שם.
 88

חוסר ברירה, וגילה אמפתיה למצבה הקשה של ש.א.פ.. השופט מצא חלק על קביעה זו של בית המשפט המחוזי, וקבע כי הבנק לא פעל בשרירות או תוך ניצול לרעה של כוחו העדיף, ולא דבק פסול בדרישתו מש.א.פ.. השופט מצא אף הדגיש את הסיכון שלקח על עצמו הבנק ואת טובות ההנאה שהפיקה ש.א.פ. מהחווה שהביא לשיקומה. כלומר, בניגוד לבית המשפט המחוזי שגילה הבנה למצב הקשה של ש.א.פ. ושיפוטיות כלפי התנהלותו של הבנק, בית המשפט העליון גילה אמפתיה לבנק שסייע לחלץ את ש.א.פ. ממצבה הכלכלי הקשה אליו נקלעה והעביר ביקורת על התנהלותה של ש.א.פ., שחתמה על הסכם שהיטיב עימה, ולאחר שהפיקה את המיטב מהחווה מבקשת בדיעבד לבטל את החווה. ההבדלים הללו בין שתי הגישות גם הביאו לתוצאות שונות: השופט מצא הדגיש את תוכן החווה, משמעויותיו הכלכליות וכיצד היטיב החווה עם שני הצדדים ודחה את התביעה, בניגוד לבית המשפט קמא שהתמקד בהתנהגות הצדדים ולכן קיבל את טענת התביעה.

בדומה לעניין **ש.א.פ.**, בית המשפט הונחה על ידי מבחן כלכליות החווה גם בעניין **רובינשטיין**.⁹² שם דובר בחווה בין עירייה לקבלן, כלומר גם בעניין זה מדובר בהקשר מסחרי עסקי. על פי הסכם זה התחייב הקבלן לשלם לעירייה אגרת מבני ציבור כדי לקבל היתר בנייה לבנות בשכונת מגורים בחולון. השופטים טירקל ולוי קבעו כי ההסכם נכרת בהסכמה מתוך אינטרסים כלכליים של שני הצדדים וכאשר שני הצדדים הפיקו מההסכם תועלת כלכלית. השופטים הדגישו את היתרונות הכלכליים שגלומים בחווה עבור רובינשטיין שטען לכפייה, ושללו את הפסול שבמעשי העירייה. לעומתם, השופטת דורנר בדעת מיעוט קיבלה את טענת הכפייה. השופטת דורנר ביססה את מסקנתה לא על כלכליות החווה אלא על מבחני איכות הכפייה ועוצמת הכפייה שהתווה השופט חשין תוך שהיא מבקרת את הלחץ שהפעילה העירייה ומגלה אמפתיה למצב האין ברירה של רובינשטיין. כלומר, החלטתה התבססה בעיקר על היעדר הסכמה מצד רובינשטיין ועל התנהגותה הנלווה של העירייה.⁹³ לעומת זאת, שופטי הרוב אהדו את העירייה שביקשה לפתח את השכונה וגילו חוסר אמפתיה למי שהפיק תועלת מהחווה ובדיעבד מבקש לבטלו. כלומר, בדומה למחלוקת בעניין **ש.א.פ.**, גם את המחלוקת בעניין **רובינשטיין** ניתן להבין כפער בין הגישה המוסרנית של השופטת דורנר לבין הגישה הכלכלית של שופטי הרוב.

ישנם מקרים נוספים שבהם בית המשפט עשה שימוש במבחן כלכליות החווה, ולאור הכדאיות של החווה דחה את טענת הכפייה.⁹⁴ בעניין **רובינשטיין וש.א.פ.** בית המשפט הסתפק בבחינה של כלכליות החווה, ולא דן בהסכמת הצדדים ובהתנהגותם. אולם, מבחן כלכליות החווה יכול להצטרף למבחנים האחרים שנסקרו לעיל בפרק זה. כזכור, בניגוד לסעיף 18 שעוסק בעושה, סעיף 17 אינו כולל מפורשות

92 ע"א רובינשטיין, לעיל ה"ש 84.

93 שם, בעמ' 137–139. לניתוח דומה לאור מבחני איכות ועוצמת הכפייה של חווה עם עירייה שהביא לדחיית טענת הכפייה ראו 8688/06 **ברודנו נ' עיריית תל-אביב** (נבו 31.01.2010).

94 ע"א **רמת נילי**, לעיל ה"ש 76; ע"א **קוגלר**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 247; ע"א 2409/10 **א מ נ' ר מ** (נבו 23.8.12); ע"מ **אשל הירדן**, לעיל ה"ש 21.

את יסוד גריעות תנאי החוזה. עם זאת, כלכליות החוזה מהווה לעיתים אינדיקציה לשלילתה של כפייה. כך למשל, בעניין **דיוור לעולה** שעסק בחוזה בין דיירים לחברת בנייה⁹⁵ דחה בית המשפט את טענת הכפייה היות והשתכנע שהחוזה היטיב עם הדיירים שטענו לכפייה. על פי השופט דורנר "כריתת החוזים נערכה לאחר משא-ומתן שבו הצליחו המשיבים לשפר את מצבם במידה משמעותית, הן בהשוואה להצעתם הראשונית הן בהשוואה ליתר שכניהם בבניין".⁹⁶ בית המשפט קבע כי הדיירים הפיקו תועלת מן החוזה ותועלת זו עמדה בבסיס הסכמתם לחוזה, ולכן לא הייתה כאן כניעה לאיזמים או כריתת חוזה מתוך חוסר ברירה. איל זמיר, בנתחו את פסק הדין, טען לשתי הצדקות לתוצאת פסק הדין:⁹⁷ לפי ההצדקה הראשונה, זהו מקרה של בעיית הסחטן, לפיו הדיירים מבקשים לסחוט מחיר גבוה להסכמתם, שכן הם יודעים שנדרשת הסכמת כל הדיירים וללא הסכמתם הפרויקט לא ייצא אל הפועל. לכן ראוי שלא לאפשר להם לבטל את החוזה; ההצדקה השנייה מבוססת על שקילות התמורות. לפי עמדה זו, משמשים דיני הכפייה לפיקוח על תוכן החוזה. היות ומדובר בחוזה הוגן ושקול (תנאי החוזה היו מצוינים הן בהשוואה לדיירים האחרים הן בהשוואה למחיר השוק), הרי שיש לאכוף את החוזה. אף בעניין **רמת נילי**, שעסק בהסכם פיתוח, הדגיש השופט עמית שאין מדובר בכפייה שכן "הסכם הפיתוח נחתם מתוך שיקול כלכלי מובהק" של הטוענת לכפייה.⁹⁸ לשון אחר, נקבע כי ההתקשרות לא הייתה מאולצת אלא נבעה מ"אינטרס עסקי-כלכלי מובהק".⁹⁹ אם כן, כלכליות החוזה היא נימוק לשלילה של טענת הכפייה, והיא מתווספת למבחני הכפייה אחרים.¹⁰⁰ עם זאת, היות והיא מבטאת רציונל אחר, היא נידונה בנפרד.

עולה מכך, כי כלכליות החוזה יכולה לשמש כמבחן יחיד או נוסף על אלמנטים אחרים של כפייה. כלכליות החוזה היא גם אינדיקציה חשובה לקבלת טענת הכפייה נוכח חד-צדדיות החוזה או, לחלופין, לדחיית טענת הכפייה נוכח התועלות אותן הפיק הצד המבקש לבטל את החוזה בשל כפייה. מבחן כלכליות החוזה מבוסס על תאוריה של צדק חוזי מהותי, לפיה מטרת דיני הכפייה היא לבחון את שקילות התמורות¹⁰¹ או את הדדיות החוזה.¹⁰² על פי תאוריה זו, חוזה שנכרת כתוצאה מכפייה

95 ע"א 5493/95 **דיוור לעולה בע"מ נ' קרן**, פ"ד נ(4) 509, 513 (1996).

96 שם, בעמ' 513.

97 זמיר "רצון חופשי" לעיל ה"ש 3.

98 ע"א **רמת נילי**, לעיל ה"ש 76, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית.

99 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט עמית. וראו גם ע"א 2409/10 **מגורי נ' מלאכי** (נבו 23.8.2012); ע"א 698/89 **שילה נ' בארי**, פ"ד מז(4) 796, 812 (1993).

100 בעילת אי-המצפוניות נערכת גם כן בחינה הן של פרוצדורת כריתת החוזה הן של הגינות החוזה. ראו Leff, לעיל ה"ש 27.

101 לביקורת על צדק מהותי ראו גבריאלה שלו "חופש וצדק בדיני חוזים" **שנתון משפט העבודה** ה 153 (התשנ"ה); Menachem Mautner, *A Justice Perspective of Contract Law: How Contract Law Allocates Entitlements*, 10 TEL AVIV U. STUD. L. 239 (1990).

102 ראו אביגיל פאוסט "שיקול ההדדיות בדיני החוזים – מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית" **ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה** 125 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021).

אינו הוגן ומאוזן, אלא חד-צדדי. כך למשל גיימס גורדלי (Gordley)¹⁰³ ופיטר בנסון (Benson)¹⁰⁴ קבעו שחווה שסוטה ממחיר שוק (בשוק תחרותי) ניתן לביטול.¹⁰⁵ בדיקת הגינות החווה מוצדקת גם משיקולי יעילות כלכלית.¹⁰⁶ לדעת הייל (Hale), אחת האינדיקציות לניצול לרעה של פערי הכוחות היא הגינות תנאי החווה.¹⁰⁷ באופן דומה קבע פרנקפורט (Frankfurt) כי כפייה היא מקרה של אי-מצפוניות.¹⁰⁸

לחלופין, חווה הוגן ומאוזן יכול להיות תוצאה של הסכמה הדדית של שני הצדדים לחווה וכן להעיד על כך שאין כל התנהגות לא נאותה. החווה אם כן הוא פשרה המשקפת את האינטרסים של שני הצדדים, פרי משא ומתן הנותן ביטוי ראוי ושקול לעניינם של שני הצדדים והמיטיב עם שניהם. החווה, ולא הצדדים, הוא שעומד במרכז הדיון המשפטי, וציורו כשקול, מאוזן, הדדי והוגן, שהפיק תועלת לשני הצדדים, נועד לבסס את הלגיטימיות שלו. לאור זאת, אכיפת החווה מוצדקת כיוון שהיא עולה בקנה אחד עם המטרות והכוונות של הצדדים. בית המשפט לא יבטל חוזים שקולים והוגנים שמבטאים את רצון הצדדים ולא יענה לבקשת צד לחווה לבטל חווה ראוי ומוסכם. לפיכך יש להבחין בין חוזים הדדיים, הוגנים ושקולים ולכן אכיפים, ובין חוזים חד-צדדיים, שמעניקים עדיפות לצד אחד, פוגעניים ודרקוניים, ומכאן – כופים.

3. סיכום הפרק

לסיכום, בפרק זה הוצג סיפורה של עילת הכפייה כסיפור של התפתחות והרחבה. הגדרת הכפייה הורחבה מכפייה פיזית לכפייה כלכלית. המבחן הקלסי של הכפייה העוסק בהיעדר כפייה הוגמש והתווספו לו שני מבחנים נוספים, העוסקים בבחינת ההתנהגות הנלווה של הכופה (המשולב בהערכה מוסרית של התנהגות הצד השני) ובהגינות החווה. ההתפתחויות הללו מתאימות לסיפור הרווח על דיני החוזים בישראל שעברו ממודל קלסי, המקדש את חופש החוזים, למודל מודרני הרגיש לפגמים ברצון, נכון להעריך באופן מוסרי את התנהגות הצדדים ולבחון את הגינות החווה.

- James Gordley, *Equality in Exchange*, 69 CAL. L. REV. 1587 (1981) 103
 Peter Benson, *Abstract Right and the Possibility of Nondistributive Conception of Contract: Hagel and Contemporary Contract Theory*, 10 CARDÓZO L. REV. 1077 (1989) 104
 Daniel Lyons, *The Last Word on Coercive Offers*, 8 PHIL. RES. ARCHIVES 393 (1983) 105
 H. Buckley, *Three Theories of Substantive Fairness*, 19 HOFSTRA L. REV. 33 (1990) 106
 John Lawrence Hale, *A Utilitarian Theory of Duress*, 84 IOWA L. REV. 275 (1999) 107
 Kenneth S. Carlston, *Restitution – The Search for a Philosophy*, 6 J. LEGAL EDUC. 330, 336 (1954) 108
 Harry G. Frankfurt, *Coercion and Moral Responsibility*, in *ESSAYS ON FREEDOM OF ACTION* 65 (Ted Honderich ed., (1973)

ג. דיני הכפייה – הסיפור החלופי

הפרק הקודם תיאר את דיני הכפייה לאור המעבר מדיני חוזים קלסיים, המצמצמים את עילת הכפייה, לדיני חוזים מודרניים המרחיבים ומגמישים את עילת הכפייה. בעוד שהפרק הקודם הציג את הסיפור המקובל, על פיו דיני הכפייה הם חריג לעקרון חופש החוזים, שנועד להגן על האוטונומיה ועל הרצון החופשי של הצדדים, פרק זה יאתגר את הסיפור שהוצג לעיל ויספר סיפור חלופי. פרק זה יבקש לחשוף את העובדה כי בתי המשפט מתקשים להגן על חופש הבחירה של צדדים לחוזה, זאת מפני שהמבחנים עמומים מדי ולא מאפשרים הגדרה ברורה ובהירה של מהי כפייה. דהיינו, בתי המשפט מתקשים למתוח קו המבחין בין הסכמה לבין כפייה. כמו כן, הסיפור האלטרנטיבי חושף, כי דיני הכפייה אינם חריג לעקרון חופש החוזים אלא למעשה משמרים אותו. כלומר, כפייה מתקבלת במקרים קיצוניים ושוליים בלבד, ולכן מרבית המקרים מחזקים את עקרון חופש החוזים. לבסוף, דיני הכפייה מאמצים תפיסה אינדיווידואליסטית פרטיקולרית נטולת הקשר חברתי. פירושו של דבר, שבית המשפט בוחן אך ורק את הצדדים שלפניו ונמנע מלהסתכל על השוק או על הרקע החברתי של החוזה. בית המשפט מניח שוויון בין הצדדים ואינו מכיר בפערי כוחות בין קבוצות שונות בחברה.

1. עמימות המבחנים

מבחני הכפייה שנסקרו לעיל מאופיינים בעמימות ובאי בהירות. כל אחד מהמבחנים מעלה קשיים יישומיים. אם כן, מבחנים אלה יוצרים אי־ודאות רבה ולא מסייעים לגבש דיני כפייה קוהרנטיים ומבוססים. למרות מגוון המבחנים, בתי המשפט מתקשים לאתר כפייה ולהבחין הסכמה מאונס. המבחנים לא מסייעים להבחין בין הסכמה תקפה והסכמה שאינה חופשית, אלא כפויה. בשל עמימות המבחנים הקו המבחין בין השניים קשה לשרטוט. נסקור בפירוט את הקשיים בכל אחד מהמבחנים שלעיל.

(א) קשיים ביישום מבחן היעדר ההסכמה

תאוריית הרצון זכתה לביקורת רבה.¹⁰⁹ כך למשל, נטען שלמעשה הצד בחר מבין אלטרנטיבות את האלטרנטיבה הפחות גרועה (להיכנע לאיום או שלא להיכנע), ולכן אין לדבר על היעדר רצון. כלומר, הייתה לו אפשרות שלא לכרות חוזה חרף האיומים, ולכן הוא הפעיל בחירה בכך שכרת חוזה, ויש לראות בכך הסכמה לחוזה. תפיסה זו טוברת כי לעולם קיימת אלטרנטיבה ותמיד מופעלת הבחירה אם

109 Hale, לעיל ה"ש 107, *Stepping Out of the Morass of Duress Cases: A Suggested Policy Guide*, 53 ALB. L. REV. 583 (1989); Robert L. Hale, *Bargaining, Duress and Economic Liberty*, 43 COLUM. L. REV. 603 (1943); A. Bradney, *Duress, Family Law and the Coherent Legal System*, 57 MOD. L. REV. 963 (1994).

לכרות חוזה. נטען גם להיפך: צד לחוזה תמיד נכנע לתכתיבו של הצד השני לחוזה (שכן כל צד מאיים על רעהו באי-כריתת חוזה). מכאן שכפייה אינה שונה ממעשים אחרים שנעשים מתוך בחירה מבין מספר מצומצם של אפשרויות ואין לדבר על חופש בחירה מוחלט.¹¹⁰ לפי תפיסה זו, כמעט כל משא ומתן חוזי מערב כפייה, ולעיתים קרובות חוזה נכרת מתוך איום שלא ייכרת חוזה. למעשה, הטענה היא שמבחן היעדר הרצון בו זמנית רחב מדי (שכן כולל גם מצבים של הסכמה) וצר מדי (שכן כולל גם מצבים של היעדר הסכמה). לשון אחר, כל חוזה נכרת בהסכמה (גם אם משמעות הדבר היא בחירה בין חלופות גרועות), ולחלופין כל חוזה נכרת בכפייה (שכן כל צד נכנע לתכתיבו של הצד השני). מכאן שמבחן ההסכמה עמום ומתקשה להבחין בין הסכמה לכפייה.

הדין בפסק הדין **מאיה**, כפי שפורט לעיל, מדגים קושי זה. היכן שחשין ראה כפייה שופטי הרוב ראו הסכמה, היכן שחשין ראה היעדר בחירה שופטי הרוב ראו החלטה טקטית במשא ומתן, היכן שחשין ראה מצב של אין ברירה שופטי הרוב ראו העדפה של הרע במיעוטו. העמימות של מבחן היעדר ההסכמה הביאה לכך ששני שופטים הגיעו למסקנות הפוכות לגבי אותן העובדות: האחד הכיר בכפייה והשני קבע שמדובר בחוזה מוסכם ותקף. אם כן, נראה כי השופטים מתקשים להפעיל את מבחן עוצמת הכפייה ולקבוע מתי לצד לחוזה אין ברירה אלא להיכנע לאיום, ומתי לצד אין חלופה מעשית מלבד לכרות את החוזה.¹¹¹

נושא ההיוועצות בעורכי דין או באנשי מקצוע מדגים גם הוא את הבעייתיות של מבחן היעדר ההסכמה. לפי הפסיקה, היוועצות כזו – או אפילו האפשרות להיוועץ – שוללת את טענת הכפייה, והאיל וההחלטה לא נבעה בשל הלחצים והאילווצים, אלא לאור שקילת חלופות הפעולה והייעוץ המקצועי.¹¹² אומנם היו מקרים בהם התקבלה טענת הכפייה חרף היוועצות במומחים, אך ככלל הדבר יחליש את טענת הכפייה ויועלה כנימוק לדחייתה. עמדה זו בעייתית, כפי שעולה למשל בפסקי הדין בעניין **אקספומדיה ומאיה**, בהם ההיוועצות בעורכי הדין רק איששה לטוען לכפייה כי אין לו ברירה וכי המשפט לא נותן לו אפשרות פעולה טובה. כך למשל, בשל התזמון, פנייה לערכאות משפטיות בעניין היריד לא הייתה מסייעת לטוען לכפייה. כך גם נוכח הקשיים בתפיסת נכסים ממי שברח מהארץ, פנייה לערכאות הייתה מקשה על היהלומנים להשיב לעצמם את חובם. מכאן שההיוועצות המשפטית רק חידדה את מצב האין ברירה ולכן חיזקה – ולא החלישה – את הכפייה. במקרים רבים ייעוץ משפטי לא מקנה חלופה סבירה וממשית לכריתת החוזה, אלא מאשר שזהו הרע במיעוטו. לכן היוועצות לא מאיינת את האיום ולא שוללת את הלחץ אלא רק מוסיפה עליו. נוסף על כך, בעניין **פגס** נראה כי ייעוץ

110 לכן שחופש הבחירה מוגבל בשל גורל וההשלכות על מידת האחריות של אדם ראו נילי כהן "גורל ומשפט" הפרקליט מט 23 (התשס"ז).

111 לבעייתיות של הסכמה המבוססת על בחירה ראו: Gillian K. Hadfield, *An Expressive Theory of Contract: From Feminist Dilemmas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law*, 146 U. PA. L. REV. 1235 (1998).

112 ע"א 11750/05 **שמר נ' בנק הפועלים בע"מ** (נבו 15.11.2007); ע"א **שילה**, לעיל ה"ש 99, בעמ' 812; ע"א **הרשקוביץ**, לעיל ה"ש 38.

עורך הדין לגברת פגס שלא לחתום על חוזה הגירושין.¹¹³ למרות זאת, בית המשפט לא הכיר בכפייה והסיק שגברת פגס הסכימה לחוזה מכך שלא גילתה לעורך דינה על אודות האיומים. בכך הייעוץ המשפטי הצטרף לנימוקים לשלילת טענת הכפייה, לצד האשמה נוספת כלפי הגברת פגס על כך שבזמן אמת כאשר חפצה בגט, בעת אישור ההסכם, היא לא גילתה לשופט שאישר את הסכם הגירושין על כך שנכונותה לתנאי ההסכם נובעת מכך שזוהי הדרך היחידה מבחינתה לקבל גט ולא הזרזה לבטל את ההסכם. נראה שחד צדדיות החוזה היא שגרמה לעורך הדין להמליץ לגברת פגס שלא לחתום על החוזה. אולם במקום שהדבר יעיד על לחצים כסיבה לכך שתנאי החוזה גרועים מבחינתה של הגברת פגס (כפי שמאשר בית המשפט), הדבר היווה את אחד הנימוקים לדחיית טענת הכפייה (וגם טענת העושק) של הגברת פגס. גם במקרה אחר השופט ריבלין ציין כי הטוענים לכפייה היו מיוצגים וקיבלו ייעוץ משפטי וכי עורך דינם ייעץ להם שלא לחתום על ההסכם. מכאן הסיק השופט ריבלין כי הם "...היו מודעים היטב לזכויותיהם ולאפשרויות המשפטיות העומדות בפניהם, אלא שהם העדיפו לכרות את ההסכמים שהציעה להם המשיבה על-פני חלופות אחרות שהיו באותה עת."¹¹⁴ לפיכך, הייעוץ המשפטי הוא שגרם לדחיית טענת הכפייה במקום לקבלתה. זאת ועוד, די באפשרות לפנות לייעוץ כדי לשלול את טענת הכפייה.¹¹⁵ אישור בית משפט כמו בעניין פגס, או אישור נוטריוני,¹¹⁶ אף הם עלולים לשלול את טענת הכפייה. אם כן, היוועצות כאינדיקציה להיעדר כפייה מעוררת קשים.

מקרים שבהם בית המשפט הסיק הסכמה תוך הישענות על נתונים לגבי הטוען לכפייה, כגון איתנותו הפיננסית ומקצועו החופשי, מדגימים גם הם את הקושי ביישום מבחן היעדר ההסכמה. ראינו את הוויכוח בעניין מאיה, לגבי השאלה אם איתנות פיננסית של יהלומנים סותרת את טענת הכפייה. לדעת חשין התשובה שלילית ואילו לדעת שמגר התשובה חיובית. באופן דומה, מדוע עיסוקו של אדם כעורך דין או מורה למתמטיקה עשוי לשלול את טענתו לכפייה? נשאלת השאלה, כיצד ניתן להסיק מנתונים אלו הסכמה? האם אין כאן התבססות על הנחות שעלולות להיות שגויות? שכן למרות נתונים אלה ייתכן ולא הייתה הסכמה תקפה. היות וקשה לבית המשפט לאתר הסכמה לחוזה, הוא נשען על הנתונים הללו כדי להסיק אם ניתנה הסכמה. אולם נתונים אלה אינם חד-משמעיים ואינם יכולים להצביע על הסכמה. אם כן, ההישענות על נתונים אלה מפוקפקת ועלולה להביא את בית המשפט לראות הסכמה במקום שזו לא ניתנה. נראה כאילו לבית המשפט יש "נכפה צללים",¹¹⁷ מעין אמת

113 ע"א פגס, לעיל ה"ש 74.

114 ע"א ברודנו, לעיל ה"ש 93, פס' 8 לפסק דינו של השופט ריבלין. במקרה דומה ראו ע"מ אשל הירדן, לעיל ה"ש 21.

115 ע"א מראות ירושלים, לעיל ה"ש 77, פס' 26 לפסק דינו של השופט מינץ.

116 ע"א 493/91 מורחי נ' מורחי, פ"ד נ(1) 199, 207 (1996); רע"א 4397/07 בורנשטיין נ' בנק למסחר בע"מ (בפרוק) (נבו 6.12.2007).

117 לדמות של צד "צללים" לאורו בוחן בית המשפט את הצד שבפניו ראו עופר גרוסקופף וסלה חלבי "הפרה של הבטחת נישואין: מדגם 'הפיתוי הגברי' לדגם 'שברון הלב' משפטים על אהבה 107 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, התשס"ה).

מידה מי הוא צד נכפה. נכפה הצללים הוא חלש, מסכן, פסיבי וקורבן, ולכן נזקק להגנה. בכל מקרה שואל השופט אם הצד שבפניו תואם את "נכפה הצללים". כלומר ככל שהטוען לכפייה ישכנע שיש חפיפה בינו לבין דמות "נכפה הצללים", כך יצליח בטענתו. ברם, אם הוא שונה מדמות זו בשל איתנות פיננסית או השכלה הרי שטענתו תדחה. כל אינדיקציה לחוזק, אקטיביות ושליטה של הנכפה עלולה להביא למסקנה שאינו נכפה אמיתי. מכאן בעייתיות מבחן היעדר החלופה הסבירה.

מעבר לכך, מבחן חלופות הפעולה הסבירות לא ממצה את מהות ההסכמה. הסכמה אינה רק בחירה מושכלת ושכלתנית בין אלטרנטיבות, היא מכילה גם ממדים רגשיים, פסיכולוגיים נפשיים מעבר להעדפות אישיות. כלומר, הסכמה אינה רק ברירה רציונלית בין אפשרויות שונות אלא גם החלטה קוגניטיבית ורגשית.¹¹⁸ כמו כן, יש לזכור שבחברה לא שוויונית אנשים נבדלים בחלופות העומדות בפניהם. דהיינו, יש אנשים שלהם יש יכולת בחירה רחבה יותר מבין אפשרויות טובות יותר בעוד לאנשים אחרים קיימת יכולת בחירה מצומצמת מבין אפשרויות טובות פחות. לפיכך, נראה כי הישענות על מבחן הבחירה בין חלופות, בהתעלם מנקודת הפתיחה הלא שוויונית, למעשה מנציחה ומחזקת את אי-השוויון. היא מאפשרת לאנשים לבחור, מבלי להבטיח שלכולם יכולת והזדמנות שווה לבחור ושאינן פערים בין האפשרויות השונות שעומדות בפני אנשים שונים. כך למשל, בפני הגברת פגס לא עמדו אפשרויות בחירה טובות מאחר והיא הייתה כפופה לדיני הנישואין והגירושין, תלויה בבעלה ונתונה בבית הדין לפסיקה על פי ההלכה. לעומת זאת, ליהלומנים אמידים או לגופים בעלי איתנות פיננסית יש אפשרויות רבות יותר מאשר לעניים או לעסקים קטנים.

לבסוף, גם אם מבחן ההסכמה היה מוביל לתוצאות ברורות, יש לזכור שחווה כפוי עשוי להיות הוגן, ולהיפך: חוזים לא כפויים עלולים להיות בלתי הוגנים.¹¹⁹ מכאן שהסתכלות על רצון ולא על הגינות עלולה להביא לתוצאות לא צודקות: ביטול של חוזה הוגן רק בשל היעדר רצון או אכיפה של חוזה מוסכם אך לא הוגן. אם כן, מבחן היעדר ההסכמה מעלה את הקושי: כיצד לעצב הסכמה חופשית? מהו קו הגבול שעובר בין בחירה לגיטימית בין חלופות להיעדר בחירה? למרות הרחבת מבחן היעדר ההסכמה, עדיין הוא נותר עמום וקשה ליישום. לשון אחר, למרות הנכונות של בית המשפט לבחון יותר לעומק נסיבות שלא נבחנו בעבר, עדיין מבחן היעדר ההסכמה לא מצליח לשרטט קו ברור בין הסכמה תקפה לבין הסכמה פגומה.

(ב) קשיים ביישום מבחן ההתנהגות הנלווה

כמו מבחן היעדר ההסכמה, גם מבחן ההתנהגות הנלווה שאתו פיתח השופט חשין בפרשת מאיה ("איכות הכפייה", כלשונו) לא מוביל למסקנות ברורות לאיזו קטגוריה מסווגת התנהגות במקרה קונקרטי. אכן, חשין הציע להבחין בין איום לגיטימי לבין איום שאינו לגיטימי, אך במקרים רבים קשה

118 לרגשות בדיני חוזים ראו אוהד סומך "רגשות, מוטיבציה וגבולות האחריות החוזית: המקרה של רגש החרטה" משפט, חברה ותרבות – משפט ורגשות 387 (2020).

119 ALAN WERTHEIMER, COERCION (1987).

להגדיר מתי איום הוא טכניקה לגיטימית במשא ומתן ומתי מדובר בפעולה לא לגיטימית. מתי הפעולה מהווה ניצול לגיטימי של יתרון עסקי כלכלי ומתי היא ניצול לרעה שאינו לגיטימי. מעניין שבעוד שבמשפט הישראלי ההבחנה בין איום לגיטימי לאיום המהווה התנהגות נלוזה טרם פותחה באופן קוהרנטי, בספרות הפילוסופית והכלכלית נערכו ניסיונות להתמודד עם האתגר. כך למשל, על פי תאוריה של זכויות (rights based analysis) שהוצעה על ידי רוברט נוזיק, עילת הכפייה משמשת לשם שמירה על רף מינימלי של התנהגות נאותה בין צדדים לחוזה. על פי תאוריה זו יש למדוד את מצב הצד הנכפה כנגד קנה מידה של זכויות: אם לאדם יש זכות מסוימת הרי שהפרתה מהווה כפייה. במקרה התאוריה עומדת הפגיעה בזכותו של הנכפה והרעת מצבו על ידי הצד הכופה. על פי תאוריה זו יש להבחין בין איום (threat) לבין הצעה (offer), הראשון מצמצם והשנייה מגדילה את חלופות הברירה של הצד הנכפה. מכאן שאיום הוא דבר פסול המהווה כפייה, ואילו הצעות הן רצויות ואינן מהוות כפייה.¹²⁰ על אף שהתאוריה מעמידה את הצד הכופה במרכז הסיפור, היא מבוססת בעיקרה על תפיסה תאורטית מוסרית של הגנה על זכויות ומניעת הפרה שלהן.

עם זאת, בספרות הפילוסופית ההבחנה בין איום להצעה זכתה לביקורת ונטען שיש להכיר בהצעות כופות, כלומר במצבים בהם למרות ההטבה במצב עדיין ההצעה כפויה ופסולה.¹²¹ נראה כי בהקשר זה תאוריית הזכויות מעלה שאלות יישום קשות. כך למשל, ישנה מחלוקת בשאלה מהי נקודת ההתייחסות (baseline) לאורה יש לבחון אם מדובר בהצעה או באיום. האם נקודת המוצא היא אובייקטיבית,¹²² סובייקטיבית או נורמטיבית?¹²³ ברור שבחירת נקודת המוצא תכתיב את התוצאה, אם מדובר באיום או בהצעה. מחלוקת נוספת, חופפת בחלקה, נגעה לשאלה אם מבחן הכפייה הוא

ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 262–3 (1974); Robert Nozick, *Coercion*, in 120
PHILOSOPHY, SCIENCE AND METHOD 440 (Sidney Morgenbesser et al., 1969)

Theodore Benditt, *Threats and Offers*, 58 PERSONALIST 382 (1977); Joel Lyons, *לעיל ה"ש 105*; 121
Feinberg, *Noncoercive Exploitation*, in PATERNALISM 201, 208 (Rolf Sartorius ed., 1983); Vinit
Haksar, *Coercive Proposals*, 4 POL. THEORY 65 (1976); Virginia Held, *Coercion and Coercive
Offers*, in COERCION: NOMOS XIV 49 (J. Roland Pennock & John W. Chapman eds., 1972); Craig L.
Carr, *Coercion and Freedom*, 25 AM. PHIL. Q. 59 (1988); Don Vandevveer, *Coercion, Seduction and
Rights*, 58 PERSONALIST 374 (1977); Mitchell N. Berman, *The Normative Functions of Coercion
Claims*, 8 LEGAL THEORY 45 (2002); Peter Westen, *Freedom and Coercion - Virtue Words and Vice
Words*, 1985 DUKE L. J. 541 (1985); Kristjan Kristjansson, *Freedom, Offers, and Obstacles*, 29 AM.
PHIL. Q. 63 (1992)

Zimmerman, *לעיל ה"ש 31*. 122

RICK BIGWOOD, EXPLOITATIVE כן ראו: NOZIC, *לעיל ה"ש 120*; WERTHEIMER, *לעיל ה"ש 119*; 123
CONTRACTS (2003); Rick Bigwood, *Coercion in Contract: The Theoretical Constructs of Duress*, 46
U. TORONTO. L.J. 201 (1996); CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL
OBLIGATION ch. 7 (1981)

מוסרי (נורמטיבי),¹²⁴ הממוקד בין היתר במניעת ניצול או בהתכחשות לחובת סיוע מוסרית,¹²⁵ או אובייקטיבי (ניטראלי, אמפירי),¹²⁶ או שילוב של השניים.¹²⁷ לפי דעות מסוימות מדובר בכלל במבחן כלכלי הממוקד במהימנות האיום של הכופה.¹²⁸ ברור אם כן שעיצוב נקודת המוצא והזכות משפיע על ההכרעה אם הייתה כפייה. מכאן שעובדות מסוימות עלולות להכתיב תוצאות שונות בהתאם למבחנים הללו.

אי לכך, נראה כי הניסיון לשרטט את הגבול בין המותר לאסור הוא סבוך. במקרים קיצוניים – כמו כפייה פיזית ואימים בפגיעה בנפש או ברכוש – העניין קל, אולם במקרים אפורים הדבר תלוי בתפיסות העולם של השופטים. דוגמה לכך היא פסק דין מאיה, בו רק השופט חשין ראה כבריחה לחו"ל איום המקים את עילת הכפייה, ואילו שופטי הרוב דחו את טענת הכפייה. נוסף על כך, יש מחלוקת בין מלומדים אם ובאילו נסיבות איום בהפרת חוזה מהווה כפייה. האם נדרש שהאיום יהא בלתי חוקי?¹²⁹ לדוגמה, בעניין שפיר נקבע כי איומים לנכות הליכים פליליים לשם גבייה של חוב אזרחי – למרות שהמאיים עצמו אינו מאמין בקיום החוב – ותוך יצירת אווירה קשה, מהווים כפייה. אולם לא ברור אם מקרים קיצוניים פחות יהיו כפייה.¹³⁰

- 124 Haksar, לעיל ה"ש 121; Berman, לעיל ה"ש 121. וראו Cheney C. Ryan, *The Normative Concept of Coercion*, 89 MIND 481 (1980); Sian E. Provost, Note, *A Defense of a Right-Based Approach to Identifying Coercion in Contract Law*, 73 TEX. L. REV. 629 (1995); Jeffrie G. Murphy, *Consent, Coercion and Hard Choices*, 67 VA. L. REV. 79 (1981).
 125 Shahar Lifshitz, *Distress Exploitation Contracts in the Shadow of No Duty to Rescue*, 86 N.C.L. REV. 315 (2008). במאמר זה פיתח שחר ליפשיץ דוקטרינה חדשה של Distress Exploitation על פיה אם צד לחוזה גובה מעל למחיר השוק תוך ניצול מצוקת הצד השני, החוזה ניתן לביטול.
 126 Michael Gorr, *Toward a Theory of Coercion*, 16 CAN. J. PHIL. 383 (1986).
 127 John Lawrence Hill, *Moralized Theories of Coercion: A Critical Analysis*, 74 DENV. U. L. REV. 907 (1997); Joshua Dressler, *Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Searching for its Proper Limits*, 62 S. CAL. L. REV. 1331 (1989).
 128 Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *Credible Coercion*, 83 TEX. L. REV. 717 (2005); Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *The Law of Duress and the Economics of Credible Threats*, 33 J. LEGAL STUD. 391 (2004); Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *Threatening an "Irrational" Breach of Contract*, 11 S. CT. ECON. REV. 143 (2004). בר גיל ובן שחר פיתחו תאוריה כלכלית של כפייה המתמקדת בהרתעת הצד הכופה. במקום לתת לנכפה סעד בריעבד (ex-post) הם הציעו לתת תמריץ שלילי לכופה כך שלא תהיה לו מוטיבציה לכפות. הם קבעו שיש לבחון אם האיום אמין (credible coercion). על הסעד להיות כזה שיפחית את אמינותו של האיום ובכך יתמרץ את הכופה שלא לאיים מלכתחילה (ex ante). להשתלבות התאוריה הכלכלית עם הניתוח המוסרי של תפיסת הניצול ראו Lifshitz, לעיל ה"ש 125.
 129 ע"א טאבא לעיל ה"ש 80; ע"א מגורי, לעיל ה"ש 99; ע"מ אשל הירדן, לעיל ה"ש 21.
 130 ע"א שפיר, לעיל ה"ש 36. והשוו ע"א ארביב, לעיל ה"ש 21.

דוגמה נוספת היא מקרים שבהם הרשות מבקשת אגרה או דמי פיתוח כתנאי לאישורי בנייה. כפי שראינו בעניין רובינשטיין ובסדרה של פסקי דין דומים, נדחתה טענת הכפייה. ניתן לשאול אם גבייה של תשלומים שאין בסמכותה של הרשות לגבות של כמשל, בדומה לעניין רובינשטיין, נדחתה טענת הכפייה גם בפסק דין מדגישים שמטרת התשלום היא לזרוז את האישורים, וכי אין לרשות חובה לפתח את השכונות. עם זאת, האם לא ראוי לדרוש מרשות ציבורית רף התנהגות גבוה יותר? מדוע הסכמה חוזית מכשירה תשלום שאין לרשות סמכות לגבות? כך למשל, בדומה לעניין רובינשטיין, נדחתה טענת הכפייה גם בפסק דין אחר שעסק בהסכם בין עירייה לבעלי חלקה. על פיו, האחרונים ישלמו לעירייה עבור ביצוע עבודות פיתוח בחלקה וקבלת היתרי בנייה. נקבע כי "ככל שלא הייתה למשיבה [הרשות – ש' ל' וא' ג'] סמכות שבחוק לדרוש מן המערערים [הקבלן – ש' ל' וא' ג'] תשלום עבור עבודות הפיתוח, אם היא הייתה מציבה דרישה כזו לפני המערערים היו רשאים הם להימנע מן התשלום. אלא שהמערערים בחרו לבצע את התשלום עבור עבודות הפיתוח ובתמורה לכך לזכות בהקדמת הוצאת היתר הבנייה. אין מדובר כאן בגבייה בלתי חוקית של תשלום מן המערערים, כי אם בביצוע חוזה שנכרת מרצונם החופשי של הצדדים, כאשר המערערים היו מודעים לכך שלא חלה עליהם חובה חוקית לביצוע התשלום".¹³¹ למרות שהעירייה לא הייתה מוסמכת לגבות את התשלום, בית המשפט הכשיר את התשלום. במילים אחרות, ההסכמה כאן נתנה לגיטימציה לתשלום ו"הלבינה" אותו. אך האם מבחינת מדיניות משפטית הדבר ראוי? בית המשפט הדגיש כי לא נפל רכב בהתנהלות העירייה, שכן העירייה לא יכלה לממן את עבודות הפיתוח מתקציבה השוטף, ואלמלא מימנו הקבלנים עבודות אלה הן היו נדחות. השופט ריבלין קבע כי "למשיבה, כרשות ציבורית, נתון כוח ייחודי כלפי הפרטים הזקוקים לשירותיה, ועליה להשתמש בכוח זה באופן ראוי וענייני. מצופה מן הרשות כי תפעיל את כוחה השלטוני לטובת הציבור ולא תשתמש בו כמנוף להפעלת לחצים על הפרט לשם הפקת רווחים כספיים".¹³² נשאלת השאלה, האם זהו מנהל תקין, שתושבים משלמים עבור זירוז עבודות פיתוח והעירייה פועלת לטובתם ולא לטובת כלל הציבור, כולל מי שלא משלם?¹³³ כפי שלימדנו השופט חשין "רשות ציבור פלונית אמורה ליתן שירות ליחיד ללא תמורה או בתמורה הקבועה בחוק. אם תדרוש הרשות מן היחיד תמורה עבור השירות – או, לפי העניין, תמורה למעלה מן הקבוע בחוק – יחייב בית-משפט את הרשות להשיב ליחיד את התמורה ששולמה או את התמורה העודפת על התמורה הקבועה בחוק... היחיד הניצב לפני הרשות אין ברירה של־משל־ממש בידו אם ייעתר לדרישת הרשות אם לאו, שבידי הרשות הכוח לכפות עליו את רצונה אף אם אין לדרישתה כל עיגון בדין. מקור הכוח הוא במונופול המוקנה לשלטון בביצוען של פעילויות מסוימות – אישור, רישוי, רישום וכיו"ב – ובהיעדר חלופה זמינה העומדת לרשות

131 ע"א ברודנו, לעיל ה"ש 93, פס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין.

132 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט ריבלין.

133 וראו גם מקרה של אגודה שיתופית קהילתית שגבתה כספים מתושבים. נקבע כי אין המדובר במס אסור, שכן מקור החיוב הוא חוזי. ע"א 2853/16 משעלי נ' מתיישבי שריד – אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית בע"מ (נבו 2.11.2017).

היחיד" 134. תפיסה זו הובילה את השופט חשין להכיר בכפייה במקרה זה ולקבוע כי "דרישתה של דיוור לעולה מן הדיירים ומן הרוכשים כי יחתמו על כתב-ויתור לא הייתה אלא שימוש לרעה בכוח הציבורי שניתן בידה; דרישה בכפייה ושלא-כדין הייתה זו, וזכותו של הדייר עמדה – ועומדת – לו לבטל את תניית הויתור כתנאה הנגועה בכפייה" 135. אם כן, נקודת המוצא או התפיסה של ההיבט הציבורי בכפייה על ידי רשות מכתובה תוצאה שונה מזו שראינו בפסקי הדין **רובינשטיין** ודומיו. דוגמה נוספת היא עניין **פגס** 136 ומקרים דומים אחרים, 137 שבהם גברים איימו בסירוב לתת גט כדי לסחוט ויתורים ממוניים מנשותיהם. עולה השאלה, האם זהו שימוש לגיטימי ביתרון שנותן הדין הדתי לגברים יהודים, או שמא מדובר בניצול לרעה של כוח זה לעגן נשים? האם גברים אלו עומדים על זכותם לתת או לא לתת גט לפי רצונם או שמא מדובר בסחיטה והתעללות בנשים? כפי שעולה מפסק דין **פגס** ומפסקי דין אחרים, בית המשפט נקט את העמדה הראשונה, שכן הוא לא ראה בכך התנהגות פסולה ואכף את ההסכם. עם זאת, גישה זו זכתה לביקורת נרחבת ולקריאה שלא לאכוף הסכמים אלה. 138 כלומר, מלומדים קוראים לנקוט את העמדה השנייה הרואה פסול בהתניית גט בויתורים ממוניים. הסכמי גירושין ייחודיים בכך שהם כורכים הסדרי גירושין (גט), הסדרת הרכוש ושאר עניינים כלכליים, הסדרת משמורת ואחריות הורית. רם ריבלין עמד על ייחודיות זו, שמכוחה נוצרת בעיה אותה הוא מכנה בשם מיקוח משולב. לאור זאת הוא הציע לפקח על כך. 139 לגישתו של ריבלין מדובר באיום, על אף שהדין ההלכתי מתיר זאת. 140 גם אורית גן הציעה שגט לא יהא סחיר, ולמצער שתוגבל סחירותו. 141 אף שחר ליפשיץ ראה במקרה הסחר בגט דוגמה מייצגת למקרה של ניצול מצוקה ושל איום לא לגיטימי. 142 אם כן, נקודת המוצא והיחס להתנאות הגט בתנאים ממוניים מכתובה את התשובה לשאלה אם יש כאן כפייה אסורה או חוזה לגיטימי. כמו במקרים הקודמים הנוגעים לרשות שלטונית, כך גם כאן, גישות שונות לגבי כללי הרקע יניבו תוצאות שונות בשאלה אם מדובר באיום פסול או בהצעה לגיטימית.

134 ע"א שפייר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 232–233.

135 שם, בעמ' 234.

136 ע"א פגס לעיל ה"ש 74.

137 ראו למשל פסקי הדין לעיל ה"ש 75.

138 שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" **קרית המשפט** ד 271, 326–344 (התשס"ד); אורית גן "מסחר בגט: בין חוזים לאי-סחירות" **מחקרי משפט** לב 787 (2019).

139 רם ריבלין "דיני הסכמי גירושין: לקראת פיקוח על טווח המיקוח" **משפטים** מח 333 (2019).

140 Ram Rivlin, *Blackmail, Subjectivity and Culpability*, 28 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 399 (2015); Ram Rivlin, *The Puzzle of Intra-Familial Commodification*, 67 U. TORONTO L.J. 68 (2017); *The Morality of Get-Threats: Withholding Divorce as Extortion*, 18 ICON - INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 849 (2020).

141 גן "מסחר בגט", לעיל ה"ש 138.

142 ראו Lifshitz, לעיל ה"ש 125. לדיון בנושא גם מנקודת המבט של הוראת העושה בחוק החוזים ראו ליפשיץ "חוזים עושקים", לעיל ה"ש 6.

נוסף על כך, הבחנה בין איומים ולחצים לגיטימיים שהם חלק מהמותר בניהול משא ומתן קשוח, לבין איומים ולחצים אסורים שמהווים התנהגות בריונית שאין לקבלה, אינה קלה. כך למשל לחץ חברתי, לחץ משפחתי או לחץ פסיכולוגי אינם נכללים בגדר כפייה,¹⁴³ בעוד שכפייה כלכלית נכללת. רק במקרים חריגים ונדירים מכירים בכפייה בשל חששות במסגרת המשפחתית¹⁴⁴ ואילו הכפייה הכלכלית מוכרת. אך מדוע נקבע הבדל זה בין שני סוגי הלחצים? מדוע האחד מוכר והשני לא? האם אין הדבר מבטא היררכיה בין הלחץ הרגשי לכלכלי? האם בכך נשמרת הדיכוטומיה והפער בין הנפשי לכלכלי? על הבחנה זו נמתחה ביקורת רבה. נטען שהיא משמרת היררכיה ומבטאת תפיסה ממוגדרת של לחצים.¹⁴⁵ היות ולחצים כלכליים מזוהים יותר עם גברים ולחצים נפשיים עם נשים על פי מוסכמות חברתיות נפוצות, הרי שההיררכיה בין הלחצים הללו אינה ניטרלית מגדרית.

יתרה מכך, ההכרה במבחן איכות הכפייה מצומצמת אך ורק ללחצים קשים שבית המשפט סבור שיש להוקיעם. מכאן שלמעשה דיני הכפייה מכשירים לחצים רכים יותר, אף אם הם פוגעניים. לשון אחר, מבחן הכפייה מתיר לחצים קלים למרות שהם עלולים לשלול את חופש הרצון. אף על פי שבידם להותיר חותם על צד לחוזה ולהכווין את התנהגותו, הם נחשבים כלחצים שאינם פוגמים או מאיינים את ההסכמה. כללי המשחק ההוגן כוללים גם איומים, לחצים, ניצול של כוח כלכלי ומניפולציות, ואינם נחשבים פוגעניים דיים עד כדי כפייה. אם כן, נראה כי מידתם המצומצמת של דיני הכפייה מכשירה ומאפשרת את קיומם של לחצים רבים ויומיומיים. השופט חשין קבע כי "בהיותנו כולנו נתונים בלחצים ובכפיות כלכליות מכל עבר, מסקנה נדרשת מאליה היא כי לא כל לחץ ולא כל כפייה מן התחום הכלכלי יניבו זכויות לביטולו של חוזה. ענייננו הוא אך בכפייה או בלחץ שיש בהם פסול מוסרי-חברתי-כלכלי, ואשר חיי עסקים ומסחר תקינים והוגנים לא יוכלו לשאתם. בשוק חופשי רשאי פלוני לעשות שימוש ביתרון עסקי-כלכלי שיש לו על אחרים, וחוזה הצומח מתוך מערכת מעין זו לא נסווג אותו כחוזה שנכרת בכפייה".¹⁴⁶ עולה מכך כי דיני החוזים מקבלים כנתון שכל משא ומתן עלול להיות כרוך בלחצים בהם אין להתערב. ההתערבות מוגבלת למקרים של לחצים קיצוניים וקשים בלבד. בית המשפט מבחין בין כפייה לבין שימוש ביתרון כלכלי או עסקי. לפיכך, בכואו להפעיל את מבחן ההתנהגות הנלווה, מתקשה בית המשפט לשרטט את כללי המשחק במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. קרי, למרות הניסיון למתוח קו מבחין בין האסור והמותר, הלגיטימי והלא לגיטימי, מתקשה מבחן ההתנהגות הנלווה לערוך הבחנה זו בצורה ברורה.

143 ע"א שחם, לעיל ה"ש 21; ע"א חושאן, לעיל ה"ש 73; ע"א מזרחי, לעיל ה"ש 116, בעמ' 207.

144 להדגשת ההקשר החריג של טענת הכפייה בהקשר משפחתי, רגשי, זוגי ואינטימי של מתנה ראו בע"מ 1581/06 פלוני נ' פלוני (נבו 25.4.2006).

145 גן "מסחר בגט" לעיל ה"ש 138.

146 ע"א מאיה לעיל ה"ש 4, בעמ' 719.

(ג) קשיים ביישום מבחן ההגינות

מבחן כלכליות החוזה, כמו קודמיו, מעורר אף הוא קשיים. כאשר בית המשפט בוחן את שקילות התמורות, יש בכך פתח להתערבות יתר בחופש הצדדים לעצב את תנאי החוזה. קו הגבול בין השאלה אם החוזה הוגן ומאוזן לבין השאלה אם החוזה כדאי הוא קו דק. בית המשפט לא מתערב בתוכן החוזה אלא במקרים קיצוניים, ואילו ביישום מבחן כלכליות החוזה בית המשפט נדרש לבחינת התמורה החוזית ולשאלה אם היא ראויה ואם ניתנה כנגדה תמורה חוזית הדדית. כפי שהראה איל זמיר, לעיתים קיים מתח בין הגנה על רצון חופשי לקידום יעילות,¹⁴⁷ או בין צדק פרוצדורלי להגינות החוזה.¹⁴⁸ לכן על בית המשפט לבחור איזה אינטרס לקדם, שכן כל אחד מושך לכיוון אחר.

קשה לקבוע אם החוזה הוגן. כך למשל, הישענות על מחיר שוק לא תמיד תסייע לשופט לקבוע את הגינות החוזה, שכן במקרים מסוימים סטייה ממחיר שוק עשויה להיות הוגנת ולהפך, דבקות במחיר שוק עלולה להיות לא הוגנת. מחיר שוק אינו חזות הכול, ולעיתים יש לתמורה החוזית ערך לא כלכלי או ערך מעבר לממד הכלכלי. רידוד החוזה לכלכליות שלו עלול שלא לשקף את עמדת הצדדים לחוזה ולעוות את ערך החוזה בעיניהם. צמצום המשמעות החוזית למשמעות הכלכלית עלולה לעשות עוול לצדדים לחוזה שראו את החוזה בראייה רחבה יותר. כמו כן, בחוזים בהם אין מחיר שוק קשה עוד יותר לקבוע מהו חוזה הוגן, זאת מפני שאין מחיר שוק להשוות אליו. כך למשל, בעניין פגס ראה השופט בחוזה הגירושין חוזה הוגן. היות ואין מחיר שוק לחופש, המחיר ששילמה האישה עבור גיטה נראה הוגן. יתרה מכך, ענין פגס מדגים שהגינות החוזה מתעלמת מנקודת הפתיחה וכללי הרקע. לאור נחיתות האישה גם חוזה חד-צדדי ודרקוני מיטיב את מצבה ולכן נראה הוגן. לפיכך, עניין פגס מהווה דוגמה מובהקת לכך שמבחן הגינות החוזה המתעלם מממדים לא כלכליים ומתנאי רקע לא שוויוניים, מעוות את המציאות וגורם לחוזה פוגעני ונצלני להיראות הוגן ומאוזן. כמו כן, כשמדובר בחוזה יחס ארוך טווח וביחסי אמון בין הצדדים לחוזה, האם ניתן למדוד כפייה רק במדד של כלכליות ויעילות ולא במדד של שבירת האמון, בגידה בצד השני והתנערות חסרת תום לב ממערכת היחסים? האם רידוד לכלכליות החוזה לא מפספסת ממדים לא ממוניים ויחסיים אלה? חוזה יחס אינו רק החלפת טובין תוך הפקת תועלת מן החוזה, אלא מערכת יחסים בין הצדדים. כך גם בחינת כלכליות החוזה בעניין רובינשטיין התעלמה מכך שמדובר ברשות שלטונית. במקרה כזה שיקולים של מנהל תקין וחובות הרשות הם שיקולים חשובים מעבר למבחן כלכליות החוזה. רידוד החוזה לשאלת הגינותו, בהתעלם מהשאלה אם הרשות נהגה באופן ראוי להפעלת סמכות שלטונית, הוא ראייה צרה ולא ראויה של החוזה. החוזה לא מבטא רק חליפין כלכלי אלא יחסי שלטון-אזרח. לכן, לפחות במקרים אלה יש להסתכל מעבר למבחן כלכליות החוזה.

147 זמיר "רצון חופשי", לעיל ה"ש 3.

148 זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים", לעיל ה"ש 3; פורת, לעיל ה"ש 26.

זאת ועוד, הכלל על פיו מי שהפיק רווחים מהחוזה לא יכול לטעון לכפייה הוא בגדר בחינה למפרע. בית המשפט משקיף על פירות החוזה לאחר הכריתה ומשליך מכך על כדאיות החוזה בעת כריתתו. יש בכך בעייתיות, שכן טובות ההנאה שהופקו מהחוזה אומנם גלויות בפני בית המשפט בעת הדיון המשפטי, אך הן לא היו בפני הצד שכרת את החוזה בעת המשא ומתן לקראת הכריתה. זוהי הסתכלות של חוכמה שלאחר מעשה: בית המשפט יודע מה שלא ידע הצד בעת שכרת את החוזה. כמו כן, כלל זה מתעלם מהטענה שלמרות שהחוזה כלכלי הצד לחוזה אינו מעוניין בו. כלומר אף אם החוזה כדאי, עדיין תיתכן פגיעה ברצון ובאוטונומיה של צד לחוזה. בית המשפט מתעלם מהטענה כי החוזה נחתם מתוך אילוץ וקובע כי החוזה נכרת בשל כדאיות כלכלית. בית המשפט מלביש טיעון כלכלי בדיעבד על טענה של היעדר הסכמה, ובכך שולל את גרסת הטוען לכפייה כמי שאומר לו: שלא כדברייך, התקשרת בחוזה בשל הכדאיות שלו. מעבר לראייה של חוכמה שלאחר מעשה זוהי התעלמות מאי־הרצון של הצד בחוזה. כך למשל בעניין **ש.א.פ.** בעוד בית המשפט המחוזי הדגיש את המצוקה הכלכלית של ש.א.פ. ואת מצב היעדר הברירה, השופט מצא הדגיש את שיקומה הכלכלי של ש.א.פ. והפך ראייה בדיעבד לסיבה שבשלה התקשרו הצדדים בחוזה. האם אין כאן ייחוס של המניע להתקשרות (התועלת והרווח מהחוזה) למפרע ובניגוד לעמדתו של הטוען לכפייה (שטוען שהתקשר מתוך לחצים)? אם כן, בדומה למבחנים הקודמים, בית המשפט מתקשה לקבוע אם החוזה כדאי כלכלית. בחינה של תוכן החוזה – שקילות התמורות והגינות החוזה, קשה ולא מספקת אלא מבחן עמום לגבי כפייה.

2. כלל חופש החוזים וכפייה כחריג צר לכלל

למרות הרחבת מבחני הכפייה, המגמה שעולה מהניתוח בפרק זה היא שימור חופש החוזים. שלושת המבחנים דבקים בעקרון חופש החוזים ומשמרים את הכפייה כחריג צר ומצומצם שמופעל במקרים קיצוניים בלבד. דיני החוזים מושתתים על מטא־נרטיב של חופש החוזים ככלל ושל כפייה כחריג צר לכלל. ההנחה עליה מבוססים דיני החוזים היא של צדדים אוטונומיים רציונאליים ושווים וחוזים הוגנים ומאוזנים המשקפים את האינטרסים של שני הצדדים ומיטיבים את מצבם. ההנחה היא של התקשרות רצונית וולונטרית מתוך הסתמכות על מידע ועל חישובי כדאיות. לכן הכלל הוא שחוזים ייאכפו. ואולם קיים חריג צר לכלל, לפיו במצבי קיצון לא ייאכף החוזה משום שנסתרו ההנחות הללו: מדובר בחוזה לא מאוזן ובצד שהתקשר שלא מרצון חופשי אלא מאונס, שהחוזה נכפה עליו ולא היה תוצאה של שיקולי עלות-תועלת. רק במקרים קיצוניים של קורבן עלוב ומסכן בית המשפט ייחלץ לעזרתו.¹⁴⁹ כפייה עניינה במקרים חריגים של לחץ קשה במיוחד ואילו בדרך כלל ייאכפו חוזים.¹⁵⁰ אם

149 ע"א **ש.א.פ.**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 787 ("לא בנקל עשוי בית־המשפט להכיר בכפייה כלכלית כעילה מוצדקת לביטול חוזה").

150 ע"א **מאיה**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 719.

כן, כפייה אינה עוסקת בלחצים יומיומיים רגילים הנובעים מהשוק אלא בלחצים קיצוניים ויוצאי דופן. בשל אינטרסים של כיבוד אוטונומיה, ואינטרסים של יציבות, ודאות והסתמכות, לא בנקל יבוטלו חוזים.¹⁵¹ מכאן שבשל שיקולים אלה פגמים בכריתתה הם חריג מצומצם וצר לכלל הגדול של אכיפת חוזים.¹⁵²

בפסקי דין בהם נדחתה טענת הכפייה (שהם כאמור רוב פסקי הדין), דבק בית המשפט בסיפור העל של חופש החוזים. כלומר, בית המשפט קטלג את המקרה שבפניו אל הכלל ולא אל החריג לכלל של פגמים בכריתתו של חוזה. כך למשל, בולט בפסק דין פגס הניתוח של חוזה מאוזן ושוויוני המבטיח את האינטרסים של שני הצדדים לו. הנשיא שמגר הסביר כי "הנטיה של בית המשפט תהיה בדרך כלל לכבד את הרצון המוצהר של הצדדים לחוזה, ודבר זה נכון לגבי חוזים מסחריים וגם לגבי הסכמי גרושין... הרי יש גם אינטרס ציבורי בקיומם של חוזים וביציבותן של התקשרויות, וההתערבות של הערכאה השיפוטית צריכה להיות מופנית לאותם מקרים בהם מתווספות על שיקולי הכדאיות גם נסיבות אישיות קשות היוצרות מצב של היעדר ברירה, ואינן מותירות חלופה סבירה למי שנדחק לפינה שאין מוצא ממנה".¹⁵³ מכאן למסקנה כי אין מדובר בכפייה אלא בחוזה שנכרת מתוך רצון חופשי והשייב עם שני הצדדים. כך גם השופט טירקל סיכם בעניין רובינשטיין "המעוררות והעירייה כרתו אפוא את ההסכם מתוך רצון חופשי ואחרי ששקלו היטב את התועלת שכל אחת מהן מפיקה ממנו, לפיכך אין המעוררות רשאיות להתנער ממנו ולזכות בהשבת הכספים".¹⁵⁴ מכאן שגם במקרה זה אומץ סיפור העל של חופש החוזים לצד דחיית הטענה של פגם בכריתת החוזה. אם כן, דיני הכפייה מבטאים למעשה תפיסה קלסית של חופש החוזים ואכיפת חוזים, והכרה מצומצמת בלבד של כפייה. הדבר בא לידי ביטוי בכל אחד משלושת מבחני הכפייה.

מבחן היעדר ההסכמה מבקש להציג מצב רגיל של חוזה מוסכם כעיקרון, ולמולו חריג בו החוזה לא מוסכם ולכן לא ייאכף. ההצדקה לאכיפת החוזה היא, שהצדדים התקשרו בחוזה באופן וולונטרי מתוך בחירה חופשית, הסכמה ושיקול דעת. כאשר תנאים אלה להתקשרות אינם מתקיימים וההסכמה אינה תקפה הרי שגם לא תקף הצידוק לאכוף את החוזה. הטוען לכפייה מוצג כקורבן עלוב ומסכן השונה מצד "רגיל" לחוזה, ולכן יש לסטות מהכלל הרגיל של חופש החוזים כדי להגן עליו. באופן דומה, מבחן ההתנהגות הנלווה מבטא התערבות בחופש החוזים בשם ערכי המוסר והצדק. כלומר החוזה לא ייאכף למרות הסכמת הצדדים בשל ערכים חיצוניים לחוזה. רק מקרים חריגים שההתנהגות חורגת מהתנהגות מקובלת ייחשבו לפסולים, בעוד שלחצים יומיומיים אינם עולים כדי כפייה. רק מקרה של צד "רשע" שדרס ברגל גסה כללי התנהגות מקובלים ונאותים ייחשב לכפייה. לבסוף, לפי

151 שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 282.

152 ע"א 9147/16 עו"ד כהן, בנאמנות עבור רוכשי קבוצת הרכישה בנווה יעקב נ' קרויזר, פס' 28 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 24.4.2018) ("עילת הכפייה... היא עילה צרה...").

153 ע"א פגס, לעיל ה"ש 74, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

154 ע"א רובינשטיין, לעיל ה"ש 84, בעמ' 130.

מבחן כלכליות החוזה יש ניגוד בין חוזה שנכרת מתוך הסכמה הדדית ולכן יעיל לבין חוזה חד-צדדי שהכתיב צד אחד לרעהו ולכן אינו יעיל. חוזה יעיל הוא תוצאה של משא ומתן בין שווים ללא לחצים, ולכן אם לא מתקיימים תנאים אלה החשש הוא מפני חלוקה לא יעילה של משאבים. לשון אחר, ההנחה היא ששני הצדדים הפיקו תועלת מהחוזה ושהחוזה מבטא את האינטרסים של שני הצדדים, ולכן כדאי לשניהם. במצב של כפייה החוזה מבטא רצונות ואינטרסים של צד אחד בלבד, ולכן אין לאוכפו. אם כן, סיפור העל של חופש החוזים עומד בבסיס שלושת המבחנים. למרות התערעורות מעמדו של עקרון חופש החוזים, החריגים הרבים לו והתערבות מרובה ביחסים חוזיים על ידי בתי המשפט,¹⁵⁵ עדיין מטא-נרטיב זה בעל השפעה רבה בדיני הכפייה. המקרים המעטים שבהם התקבלה טענת הכפייה משמרים את חופש החוזים. למרות ההרחבה ונכונות בתי המשפט לבחון הן את הליך הכריתה הן את תוכן החוזה ולשרטט כללי משחק הוגן, עדיין נשמרת עלת הכפייה כחריג צר ומצומצם נדיר ומיוחד במינו השמור למקרים קיצוניים ושוליים.

נתונים אמפיריים מאששים תובנה זו. סקרנו את כל פסקי הדין של בית המשפט העליון שפורסמו באתר נבו שדנו בכפייה. מתוך 43 פסקי דין שמצאנו, רק בחמישה מקרים התקבלה טענת הכפייה, ובכל שאר המקרים נדחתה הטענה. סקירה של פסקי הדין של בית המשפט המחוזי מ-2015 ועד 2022 שפורסמו באתר נבו שדנו בכפייה מגלה ממצאים דומים. מתוך 60 פסקי דין רק בחמישה מקרים התקבלה טענת הכפייה, ובכל שאר המקרים נדחתה הטענה. אומנם נתונים אלה מוגבלים לפסקי הדין שמצויים באתר נבו בלבד, ואולם הם נותנים אינדיקציה טובה לכך שנדירים המקרים בהם התקבלה טענת הכפייה.

3. ניתוח אינדיווידואליסטי, הנחת השוויון והתעלמות מרקע חברתי לחוזה

למרות השוני הרב בין מבחני הכפייה, שלושת המבחנים משקפים ראייה אינדיווידואליסטית א-קונטקסטואלית ופרטיקולארית של הצדדים לחוזה או של החוזה להבדיל מהתמונה החברתית הגדולה. הם מתמקדים בצדדים לחוזה או בחוזה ולא בראייה הכוללת של השוק, החברה או התחום בו פעלו הצדדים. על פי שלושת המבחנים, דיני החוזים הם דין פרטי¹⁵⁶ (להבדיל מציבורי) החל על אנשים או גופים פרטיים (להבדיל מרשות שלטונית), שמקדש את האוטונומיה, החופש, ההסכמה, רצון חופשי והבחירה החופשית של פרטים בחברה. כתוצאה מכך המבחנים מקדמים צדק מתקן בין הצדדים באמצעות ביטול החוזה והשבה. שלושתם מתקנים את הפרת האיזון בין הצדדים ומשיבים את המצב לקדמותו, אך הם נמנעים מהתערבות כוללת בשוק הכלכלי וביחסים בין קבוצות חברתיות. יתר על כן, שלושת מבחני הכפייה מניחים שוויון בין הצדדים לחוזה למעט מקרים מצומצמים וקיצוניים של

155 גבריאלה שלו "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים" קריית המשפט ה 335 (התשס"ה): גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז 465 (התשמ"ח).

156 לדיכוטומיה פרטי/ציבורי בדיני החוזים ראו Clare Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 YALE L.J. 997, 1025 (1985).

פערים ביניהם. נוסף על כך, המבחנים הללו נמנעים מדיון בצדק חלוקתי, כלומר בשוויון ובמשמעות חברתית-פוליטית-ציבורית של החוזה. בית המשפט עוסק בסכסוך ועורך איזון בין שני הצדדים לחוזה ולא רואה את הרקע החברתי בבסיס החוזה. אם כן, למרות מגוון הערכים שבבסיס דיני הכפייה והפלורליזם שמשקף מהמבחנים השונים, הם עדיין משקפים אחדות מחשבתית.

מבחן היעדר ההסכמה מדגים ראייה אינדיווידואליסטית זו. הדגש הוא על חולשתו של הצד לחוזה שמנעה ממנו לנהל משא ומתן כראוי. מצוקתו או מצבו מנעו ממנו הבעת רצון וגרמו לו לכרות את החוזה בניגוד לרצונו. הניתוח מתמקד בחולשתו של צד לחוזה ובהיחלצות לעזרתו משום שהוא אינו יכול לדאוג לענייניו. מבחן זה מציג את הבעיה בפתולוגיה אישית של אדם ולא בבעיה חברתית כללית. הבעיה היא בנכפה הספציפי ובאישיותו. היות ומדובר בבעיה פרטנית, הפתרון הוא פרטני בהתאם. בית המשפט מתמקד בהגנה על הנכפה שבפניו ופסק הדין נטול הקשר חברתי רחב. בית המשפט עוסק בחולשה אישית של צד לחוזה, ולא בגורמים החברתיים הכלכליים שגרמו או תרמו לחולשה. בית המשפט נמנע מלשאול מה הביא צד לחוזה למצב של חולשה. על פי מבחן זה, דיני הכפייה מיועדים לקורבנות הסוטים מדיני החוזים הרגילים. דיני הכפייה לא עוסקים במצב החברתי שיוצר חולשה, ובתמונה חברתית של חלוקה לקבוצות חזקות ולקבוצות שטוענות לכפייה. כאמור, המבחן מתמקד בשאלה אם הייתה לצד הטוען לכפייה חלופה סבירה ומעשית, אך הוא מתעלם מאי-השוויון בחברה שמשפיע על מגוון החלופות ועל טיב החלופות שעומדות בפני אנשים שונים בחברה. בית המשפט מתעלם מנקודת המוצא הלא שוויונית ומקבל את מבחר ואת טיב החלופות כנתון. ההתמקדות בצד הטוען לכפייה במנותק מההקשר החברתי מעלים את הרקע הלא שוויוני של כריתת החוזה. הדבר כמובן מעמיק את הפערים החברתיים ומשמר את אי-השוויון בחברה. כפייה אם כן לא מחזקת את החלשים אלא משמרת את כוחם של החזקים.

מבחן ההתנהגות הנלווה מאזן בין התנהגות שני הצדדים. מבחן זה מאפשר לבטל את החוזה היות ודבק פסול מוסרי בהתנהגות צד אחד, אשר גרם לצד השני להתקשר באין ברירה. כלומר, היות והחוזה נולד בחטא הרי שהוא ניתן לביטול וההשבה מחזירה את תוצאותיו. מכאן יושב שיווי המשקל בין הצדדים. זוהי תפיסה של צדק מתקן המאזנת בין שני הצדדים ולפיה הצד שמזיק יפצה את הצד הניזוק על הנזק שגרם לו. המטרה היא למנוע מהצד הפוגע ליהנות מפירות עוולתו ולהחזיר לצד השני את מה שנלקח ממנו בדרכים נלוזות. התמונה הכללית של יחסי הצדדים, השוק שבו הם פועלים וסוג החוזה אינם משתקפים במבחן זה. כלומר אין חשיבות להקשר של החוזה: חוזה עבודה, חוזה זוגי או משפחתי, חוזה בנקאות, חוזה צרכנות, חוזה מכר דירה ועוד. כמו כן, בפסקי הדין ישנה התייחסות מועטה לשאלות הבאות: האם זהו חוזה יחס ארוך טווח או חוזה קצר מועד? האם הצדדים זרים או קרובים? האם ההתקשרות חד-פעמית או ממושכת? האם מדובר בחוזה עסקי מסחרי או בחוזה המערב עניינים רגשיים? האם מושא החוזה הוא מצרך או שירות חיוני או מותרות? האם מדובר בשוק תחרותי

או בשוק מונופוליסטי? האם הצדדים לחוזה שווים או שיש פערי כוחות ביניהם? כפי שעלה מהניתוח בפרק זה, ניתוח שמתעלם מרקע זה הוא ניתוח חסר וחלקי ועלול להעמיק אי־שוויון חברתי. השופט חשין בפסק דין **מאיה**¹⁵⁷ אומנם קבע כי מטרת דיני הכפייה הכלכלית היא התוויית מוסר בעסקים, ואולם ביישמו את המבחן הוא נתן לכך מובן צר ואינדיווידואלי. הוא בחן את התנהלותם של הצדדים במשא ומתן, אך לא בחן את ההקשר הרחב של שוק היהלומים או שוק השיקים הדחויים. הניתוח של השופט חשין עסק ב"רשע" שהתנהג שלא כראוי ובאופן שהדעת אינה סובלת, ולכן בית המשפט לא יכול להכשיר את מעשיו. הניתוח היה אינדיווידואליסטי והאשים את מאיה בהתנהגות לא מוסרית ולא ראויה, ועל כן הוא לא זכאי ליהנות מפירות התנהגותו זו. הניתוח של השופט חשין לא בחן תמונה כלכלית רחבה של יחסי לוויים-נושים או יחסי מסחר. הניתוח האינדיווידואלי פרטני המתמקד בנסיבות המיוחדות של המקרה חזר על עצמו גם במקרים אחרים.¹⁵⁸

גם בעניין **פגס**¹⁵⁹ בית המשפט דן בהתנהגותו של מר פגס כלפי אשתו, בתנאי ההסכם ובהסכמתה לחוזה, אך לא דן ביחסי הכוחות בין גברים לנשים בדיני הגירושין.¹⁶⁰ בית המשפט לא התייחס להקשר הרחב של פערים כלכליים בין נשים לגברים בגירושין, תופעת האלימות של גברים כלפי נשותיהם, הפערים בין נשים לגברים כתוצאה מהדין ההלכתי של נישואין וגירושין ועוד. בית המשפט דן במקרה שבפניו במנותק מהתמונה הכוללת הזו. האם הפערים בין בני הזוג משפיעים על הרצון לכרות חוזה? האם אלימות בין בני זוג משפיעה על ההסכמה לחוזה? מהן ההשלכות החלוקתיות כלכליות של החוזה? כיצד משפיעה אכיפת החוזה על תנאי הגירושין ועל האפשרות להתגרש? שאלות אלה לא נענות בפסק הדין.

באופן דומה, גם מבחן כלכליות החוזה אדיש לשיקולים החברתיים הכלליים הללו. מבחן זה עוסק בחוזה ובשקילות התמורות במנותק מההקשר הרחב שלו. מבחן כלכליות החוזה מתמקד בכדאיות הכלכלית של החוזה מבלי להביא בחשבון את המערכת השוקית כלכלית ברקע החוזה. המבחן ממקם את החוזה במישור הפרטי (במישור יחסי הצדדים) ומתעלם מההקשר הציבורי הרחב של החוזה. כך למשל בעניין **ש.א.פ.**¹⁶¹ בית המשפט לא התייחס להקשר הצרכני של יחסי בנק-לקוח. גם בעניין **רובינשטיין**¹⁶² בית המשפט לא התייחס להקשר המנהלי של יחסי עירייה-קבלן. בשני המקרים רידד בית המשפט את החוזה לעסקה כלכלית והתייחס ליתרונות שהפיקו הצדדים מן החוזה. בית המשפט לא ראה לנכון להטיל חובת התנהגות מוגברת על בנק או על עירייה בשל מעמדם, כוחם והפונקציות החשובות שהם מקיימים. בית המשפט לא ראה לנכון להגן על הלקוח או על האזרח מפני שימוש לרעה

157 ע"א מאיה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 740.

158 ע"א שפיר, לעיל ה"ש 36; ע"א שחם, לעיל ה"ש 21; רע"א לוטם, לעיל ה"ש 64.

159 ע"א פגס, לעיל ה"ש 74.

160 ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 138; אורית גן "על חוזים זוגיים ועל עסקאות פטריארכליות" **מחקרי משפט** לד (צפוי להתפרסם 2024).

161 ע"א ש.א.פ., לעיל ה"ש 5.

162 ע"א רובינשטיין, לעיל ה"ש 84.

בכוחם העדיף של הבנק או של הרשות. הניתוח של בית המשפט התמקד בכלכליות של החוזה והתעלם מזהות הצד לחוזה (בנק או עירייה), יחסי הכוחות בין הצדדים לחוזה, השוק (שוק הבנקאות והלוואות ושוק הדירות) ומהות החוזה (חוזה צרכני או חוזה רשות). לפי פסקי הדין, דובר בחוזה מאוזן ולא בעייתי היות ושני הצדדים נהנו מפירותיו. אולם, הבעייתיות של חוזים מסוג זה וההקשר הכלכלי הרחב לא נבחנו. לא התעוררו השאלות: האם זוהי התנהגות נאותה וראויה מצד בנק כלפי לקוחותיו או עירייה כלפי הקבלן? האם קיים צידוק לכך שרשות שלטונית, כדוגמת עירייה, תחרוג מסמכותה ותגבה כספים מעבר למותר? או שמא ישנו כשל מערכתי המאפשר לגוף בעל איתנות פיננסית לנצל את כוחו לרעה? באיזו מידה השוק מאפשר לחזקים ליהנות מיתרונות? האם השוק לא מנציח פערי כוחות כלכליים? ועד כמה השוק מגן על צרכנים? כזכור שאלות אלה הנחו, למשל, את השופטת דורנר בעניין רובינשטיין ואת בית המשפט המחוזי בעניין ש.א.פ., מה שהביא לניתוח שונה של טענת הכפייה ולתוצאה שונה.

לצד ראייה אינדוידואליסטית פרטיקולריסטית, נטולת הקשר חברתי, המשתקפת מפסקי הדין שנסקרו, קיימת הנחת יסוד לפיה ישנו שוויון ואיזון בין הצדדים.¹⁶³ זאת לאור עקרון חופש החוזים המניח שוויון בין הצדדים לחוזה. ברם, הנחת השוויון והסימטריה בין הצדדים נשמרת גם בדיון של בית המשפט בעילת הכפייה, למרות היותה חריג לכלל של חופש החוזים. לכאורה מבחן היעדר ההסכמה מכיר באי־הסימטריה שבין הצדדים משום שמדובר בצד שכורע תחת האיומים והלחצים של הצד השני. אך למעשה, גם מבחן היעדר ההסכמה מבטא את הנחת השוויון וההדדיות בין הצדדים. הניתוח של בית המשפט מתמקד באין ברירה של הטוען לכפייה הנובעת מאישיותו החלשה. הטוען לכפייה מוצג כקורבן חריג ולא כצד "רגיל" לחוזה. כך למשל, אחד הנימוקים לדחיית הכפייה הייתה שהצד שטען לכפייה הוא עורך דין,¹⁶⁴ מורה למתמטיקה,¹⁶⁵ יהלומנים אמידים¹⁶⁶ או איש עסקים מנוסה. לאור זאת קבע בית המשפט כי הללו הסכימו לחוזה לאחר הפעלת בחירה ושיקול דעת ולא מתוך כניעה ללחצים. לצד תפיסה זאת בית המשפט אינו מכיר בפערי הכוחות המובנים בין הצדדים בשל טיבה של מערכת היחסים. הדיון של פסקי הדין בהיעדר הרצון מתמקד בהיעדר חופש בחירה ובחולשה פתולוגית של הטוען לכפייה ולא מקושר לניצול לרעה של כוח ולנחיתות חברתית. בית המשפט מתמקד בחופש הבחירה של צדדים לחוזה ולא שואל כיצד נגרם חוסר בחירה זה. מהם הגורמים שמשפיעים על הגדלת או הקטנת חופש הבחירה? האם לכל הצדדים יש חופש בחירה באופן שוויוני? כלומר מדובר בבעיה אישית של רצון ולא בבעיה חברתית של פער מובנה בין הצדדים או בין סוגים טיפוסיים של צדדים לעסקה. אם כן, היעדר ההסכמה היא פגם אישי שאינו סותר את השוויון בין הצדדים. מבחן ההתנהגות הנלווה עוסק אף הוא באופן התנהלותם של שני

163 שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 284.

164 ע"א משעלי, לעיל ה"ש 133; ע"א שחם, לעיל ה"ש 21.

165 ע"א פגס, לעיל ה"ש 74.

166 ע"א מאיה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 705.

הצדדים. למרות שמדובר בצד "רשע" ובצד תם, התנהגותם של שניהם נבחנת על ידי בית המשפט. מכאן שלמרות א־סימטריה זו בין הצדדים עדיין בית המשפט מעביר ביקורת על שני הצדדים. כך למשל נבחנת הן התנהגות הצד הכופה במסגרת מבחן איכות הכפייה הן התנהגות הצד השני במסגרת מבחן עוצמת הכפייה. כלומר, הן הצד הכופה נשפט לחומרה על התנהגותו הנלווה והלא מוסרית הן הצד השני נשפט אם לא היטיב להתמודד עם הלחצים והאיומים ולא הזדרז לבטל את החוזה. כאמור, מבחן ההתנהגות הנלווה מכיר ככפייה רק במקרים חריגים וקשים של איומים ולחצים. כלומר הוא מכיר בכך שלחצים הם עניין יומיומי וכי ניהול משא ומתן קשוח הוא לגיטימי ושהשוק מתנהל כך שניתן לנצל יתרונות כלכליים. ההתערבות נעשית במשורה. אם כן, דיני הכפייה מתירים עדיין התנהגויות פוגעניות וקשוחות, ובכך משמרים את א־השוויון במסווה של שוויון. דיני הכפייה עוסקים בהתנהגות פוגענית של צד לחוזה, ולא מעבר לכך. בדומה למבחן היעדר ההסכמה, ההסתכלות היא על פגם אישי אינדיבידואלי בהתנהגות של צד לחוזה, ואין בחינה של השוק או החברה. לכן מבחן ההתנהגות הנלווה עדיין משמר תפיסה של שוויון בין צדדים והכרה מצומצמת במקרי קיצון של התנהגות שחורגת מכללי המשחק. כך גם מבחן כלכליות החוזה: למרות א־השוויון וחוסר האיזון בין הצדדים, עדיין בית המשפט בוחן אם החוזה היטיב עם שני הצדדים והגשים את האינטרסים והמטרות של שני הצדדים. גם כאן, הניתוח של בית המשפט הדדי ובוחר את המשמעות הכלכלית של החוזה הן לגבי הצד הכופה הן לגבי הצד השני. ביטוי לסימטריה בין שני הצדדים מצוי בדברים הבאים: "ניתן להשקיף על סוגיה זו גם במשקפיה של חובת תום-הלב. החובה מוטלת על שני הצדדים: בניצול עמדת הכוח שבה ניצב הצד החזק, להכתבת תנאים בלתי הוגנים ובלתי סבירים לצד החלש, יש משום חוסר תום-לב במשא ומתן לכריתת החוזה, ואילו מנגד, ניצולה של עמדת החולשה שבה ניצב הצד החלש, לשם השתחררות בדיעבד מחוזה הוגן וסביר הוא חוסר תום-לב בקיום החוזה".¹⁶⁷

גם התרופה מבטאת סימטריה בין שני הצדדים. אומנם הביטול הוא חד-צדדי לטובתו של הטוען לכפייה, אולם ההשבה היא הדדית וכל צד משיב למשנהו, על אף שצד אחד הוא כופה ואילו הצד השני הוא קורבן הכפייה. המטרה היא השבת שיווי המשקל בין הצדדים ואין כאן הענשה של הצד הכופה. התרופה נועדה להשיב את שקילות התמורות בין הצדדים ולמנוע התעשרות שלא כדין. הסימטריה מתחדדת בהשוואה לביטול והשבה בעקבות הפרת חוזה: במקרה זה המחוקק מעדיף את הנפגע ומעניק לו בחירה בין השבה בעין להשבת שווי.¹⁶⁸ כלומר בדיני הפרת חוזה, להבדיל מדיני הכפייה, ההשבה אינה סימטרית אלא מבטאת את ההבדל בין מפר מחד גיסא ובין נפגע מאידך גיסא. מכאן ששלושת המבחנים לא סוטים בהרבה מהנחת השוויון על פי המטא-נרטיב של דיני החוזים.¹⁶⁹ על אף שהנחת השוויון בין הצדדים לחוזה לא מתקיימת במקרים של פגמים בכריתה, עדיין היא מצויה ברקע הדברים ומשפיעה על הניתוח ועל מסקנת בית המשפט.

167 ע"א ש.א.פ., לעיל ה"ש 5, בעמ' 788.

168 ס' 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

169 שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 284.

4. סיכום הפרק

לסיכום, בפרק זה הוצג סיפור חלופי על פיו למרות הרחבתם דיני הכפייה למעשה משמרים את הקיים. כזכור, דיני הכפייה הורחבו וכוללים כיום בחינה מהותית של הסכמה, התנהגות הצדדים ותנאי החוזה. למרות זאת דיני הכפייה עדיין עמומים ובתי המשפט מתקשים להבחין בין הסכמה לבין כפייה, בין התנהגות לגיטימית לבין התנהגות לא לגיטימית, ובין חוזה הוגן לחוזה שנכרת בכפייה. בנוסף, הכפייה עדיין חריג צר לכלל הגדול של חופש החוזים. וכן, למרות התפתחויות אלה, הראייה האינדיווידואליסטית של הצדדים וראיית דיני החוזים כדינים פרטיים שחלים על הצדדים, המטא-נרטיב של חופש החוזים והנחת השוויון בין הצדדים, עודם חזקים ומרכזיים. כלומר עדיין אין מקום להסתכלות קבוצתית חברתית או להתחשבות בשוק. עדיין בית המשפט מפעיל שיקולי צדק מתקן ומזניח את ההשלכות החלוקתיות של דיני החוזים.

ד. המלצות נורמטיביות

עיקרו של המאמר הוא תיאורי, עם זאת נסיים עם המלצות נורמטיביות. כאמור לעיל, הרחבת עילת הכפייה למרות מגבלותיה שתוארו לעיל היא מגמה חיובית. המעבר לדיני חוזים מודרניים הרגישים לשיקולים שהם מעבר למבחן צר של בחירה בין אלטרנטיבות, הבוחנים את התנהגות הצדדים ואת תוכן החוזה ומוכנים להכיר במקרים רבים יותר של כפייה – היא מבורכת. עם זאת, הצבענו על כך שלמרות הצעידה בכיוון הנכון, הפסיקה לא הלכה רחוק מספיק. למרות ההתקדמות הראויה היא עדיין דבקה בחופש החוזים ובחריג צר של כפייה. לכן נסיים בשלוש הצעות שמהותן הרחבת מבחני הכפייה והגשתם ברוח הפסיקה שסקרנו.

1. הוספת מבחן פערי הכוחות המובנים למבחנים הקיימים

אנו מציעים לאמץ מבחן נוסף על המבחנים שנזכרו לעיל. מבחן זה, שהוצע בספרות אך טרם התקבל בפסיקה, בוחן את פערי הכוחות בין הצדדים לחוזה. לפי מבחן זה, כפייה מבטאת ניצול לרעה של פערים אלה על ידי הצד החזק. בדומה לטענת העושה, בה מדובר בניצול של יתרון וסחיטה על מנת להטות את תנאי החוזה לטובת הצד העושה ולרעת הצד השני. על פי מבחן פערי הכוחות מטרת דיני הכפייה היא להסדיר מצב של יחסי כוחות בין צדדים לחוזה. כפי שקבעו מלומדים כמו דוסון¹⁷⁰(Dawson), אוגילבי¹⁷¹(Ogilvie) וביגווד¹⁷²(Bigwood), מטרתה של עילת הכפייה היא לטפל

170 Dawson, לעיל ה"ש 41.

בבעיה של פערי הכוחות ולאזן בין הצדדים לחוזה. דוקטרינה זו מרסנת את הצד החזק מפני ניצול לרעה של כוחו ונותנת את הזכות לביטול החוזה ככלי בידי הצד החלש לחוזה, על מנת שיוכל להתגבר על חולשתו. מבחן זה עוסק הן בפערי כוחות כלכליים¹⁷³ הן בפערי כוחות חברתיים¹⁷⁴. כפי שקבעה גם הלה קרן, "העילות של כפייה ועושק מדברות על כוח, על שימוש בכוח, על היעדרו של כוח, על ניצול פערי כוחות לרעה"¹⁷⁵. ועוד לטענתה "המשותף למצבי הכפייה והעושק הוא פער הכוחות בין הצדדים לחוזה והחשש שמא לנוכח פער כוחות זה ההסכמה המשתקפת כביכול בחוזה שנכרת אינה הסכמה אמיתית אלא יותר הכנעה של הצד החלש והכפפתו לרצון החזק ממנו"¹⁷⁶. אם כן, המטרה היא לא רק להרחיב את דיני הכפייה אלא להסדיר את השוק ולצמצם פערים בחברה, מעבר לצדק מתקן. אף אורית גן קראה לאמץ דיני כפייה שמטרתם מניעת ניצול לרעה של פערי כוחות.¹⁷⁷ דיני כפייה אלה קונטקסטואליים ויביאו בחשבון את ההקשר החברתי של החוזה, נקודת מבטו של הצד הנכפה ופערי הכוחות בין הצדדים. כזכור, הסכמה אינה רק הליך אינדיווידואלי של בחירה בין חלופות, אלא יש לבחון הסכמה בהקשר החברתי כלכלי הרחב. כלומר יש להכיר בכך שגורמים חברתיים משפיעים על אפשרויות הבחירה של אנשים. הסכמה אינה רק תקשורת בין שני אנשים אלא היא נטועה בהקשר החברתי הרחב ומושפעת ממנו.¹⁷⁸ יש להביא בחשבון שלא כולם בחברה נהנים מחופש בחירה וחופש חוזהים באופן שוויוני, ושמעמד חברתי משפיע על מעמדו של האדם מול הצד השני במשא ומתן. אם כן, מבחן זה, נוסף למבחנים האחרים שנסקרו, עניינו פערי כוחות בין קבוצות בחברה ועל פיו מטרת דיני הכפייה היא לטפל בבעיה של יחסי כוחות בין צדדים לחוזה. דיני כפייה, לפיכך, שואפים לקדם ערכים של שוויון ולהסדיר את היחסים הכלכליים והחברתיים בשוקים כלכליים. דיני כפייה מקדמים קבוצות מוחלשות ומגנים עליהן מחד גיסא וימנעו ניצול לרעה של כוח מאידך גיסא. מבחן זה ממקם את דיני החוזהים במשפט הציבורי כשחקן חשוב בהסדרת השוק הכלכלי והחברתי. מבחן פערי הכוחות ממקם את העסקה או החוזה שערכו הצדדים בהקשר החברתי כלכלי הרחב שלו. מבחן זה קונטקסטואלי ומסתכל על החוזה לאור הרקע שבו נכרת, למשל השוק הרלוונטי (עבודה, צרכנות, משפחה) ולאור מערכת היחסים בין הצדדים (יחסים ארוכי טווח או קצרי טווח, יחסי כוחות או יחסים שוויוניים, יחסי תלות, צדדים קרובים או רחוקים). אם כן, שימוש במבחן פערי הכוחות מוביל לכך

Ogilvie, לעיל ה"ש 41. 171

BIGWOOD, לעיל ה"ש 123. 172

Max Helveston & Michael Jacobs, *The Incoherent Role of Bargaining Power in Contract Law*, 49 WAKE FOREST L. REV. 1017 (2014) 173Paul F. Kirgis, *Bargaining with Consequences: Leverage and Coercion in Negotiation*, 19 HARV. NEGOTIATION L. REV. 69 (2014) 174הלה קרן "הצעת חוק הממונות ובעיית האונס החוזי: היש חדש תחת השמש?" *עינונים במשפט, מגדר ופמיניזם* 287, 287 (התשס"ז). 175שם, בעמ' 315. וראו הלה קרן *דיני חוזהים מפרספקטיבה פמיניסטית* 186 (התשס"ה). 176Orit Gan, *Contractual Duress and Relations of Power*, 36 HARV. J. L. & GENDER 171 (2013) 177Gan, *The Many Faces of Contractual Consent*, לעיל ה"ש 11. 178

שדיני הכפייה יקדמו צדק חלוקתי.¹⁷⁹ מבחן זה יעשיר את מבחני הכפייה וירחיב אותם ברוח הפסיקה. מעבר לייעילות, הגינות, אוטונומיה ומוסר יטמיע מבחן זה גם את עקרון הצדק החלוקתי בדיני הכפייה.¹⁸⁰

לרוב, בתי המשפט התעלמו מפערי הכוחות בין הצדדים לחוזה,¹⁸¹ ורק במקרים נדירים וקיצוניים של יחסי תלות הכירו בתי המשפט בפערי כוחות במסגרת עילת העושה או תום הלב.¹⁸² אולם הבנת הרקע החברתי-כלכלי תסייע לבתי המשפט להגיע לתוצאה צודקת יותר במקרה הפרטי, ומעבר לכך להכווין התנהגות ולסייע בהסדרת השוק הכלכלי.¹⁸³ על אף שמבחן פערי הכוחות טרם אומץ בפסיקה, ניתן לזהות דיון העוסק במרומוז בפערי כוחות הקשורים במעמד הסוציאקונומי של הטוען לכפייה. כזכור, בעניין מאיה שלל הנשיא שמגר את טענת הכפייה וציין כי "ככל שמדובר על צד בעל עוצמה יחסית רבה יותר, נחלש היסוד לטענת הכפייה. כך יש להבחין, בין היתר, בין מתקשר חסר כל עוצמה כלכלית לבין היהלומנים לפנינו".¹⁸⁴ במקרה זה איתנותם הכלכלית של היהלומנים הייתה להם לרועץ. נראה כי קל יותר להתחשב בפערי הכוחות כאשר הם סותרים את טענת הכפייה.

השופט חשין, לעומת זאת, שקיבל את טענת הכפייה בעניין מאיה, סבר כי "אכן, יש שמעמדו הפינאנסי הרעוע של הצד התם ילמדנו על כפייה בת-פועל משפטי בניסיונותיו של מקרה זה או אחר. אך לא אוכל להסכים כי איש בעל אמצעים – על-פי טיבם של דברים – כוחו לעמוד בפני כפייה רב הוא תמיד מכוחו של מי שאינו בעל-אמצעים. דעתי היא, ששאלת קיומה או אי-קיומה של כפייה בת-פועל משפטי תיבחן בגדריה של העסקה הספציפית שבה מדובר, וכי העובדה שהצד התם הינו בעל אמצעים לא תהיה אלא גורם אחד – אם כי גורם חשוב – במערכת הכוללת. מצוקה פיננסית אינה תנאי הכרחי לקיומה של כפייה בת-פועל משפטי".¹⁸⁵ זאת ועוד, על פי הצעת חוק דיני ממונות אומצה גישה של

- 179 לצדק חלוקתי בדיני חוזים ראו Anthony T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 472 (1980); Aditi Bagchi, *Distributive Justice and Contract*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW 193 (Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai eds., 2014); Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motive in Contract and Tort Law, With Special References to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563, 563 (1982).
- 180 לתפיסה של צדק ביחסים (להבדיל מצדק חלוקתי) שמקדמת שוויון מהותי ראו חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 307 (2019).
- 181 ראו ע"א 593/79 מימוני נ' פרלמן, פ"ד לו(2) 319, 329 (1982); ע"א חושאן, לעיל ה"ש 73. וראו גם באנגליה אי-הכרה בפערי כוחות. Pakistan International Airline Corporation v. Times Travel (UK) Ltd, [2021] UKSC 40.
- 182 רע"א 617/08 מלון עדן נהריה ביי"מ נ' קסל (נבו) 21.9.2014 (עושה צרכני של דיירת בבית אבות אלמנה בת 91); ע"א חלפון, לעיל ה"ש 30, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל בדעת מיעוט (פערי כוחות במסגרת דוקטרינת תום הלב).
- 183 אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני חוזים של ישראל" עיוני משפט כב 641 (התש"ס).
- 184 ע"א מאיה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 740.
- 185 שם, בעמ' 738.

פערי כוחות וצדק חלוקתי, אך רק במקרים צרים וקיצוניים של עושק במסגרת יחסי תלות.¹⁸⁶ כלומר רק במקרה מצומצם ביותר, בו יחסי תלות חוברים לחוזה שתנאיו גרועים ביותר עבור צד אחד, קמה חזקה של עושק.¹⁸⁷ אם כן, ברוח זו הצעתנו היא לשלב את מבחן פערי הכוחות כמבחן נוסף של כפייה. בדומה לעושק, פערי כוחות יצרו חזקה של כפייה שאז יעבור הנטל לצד השני לסתור חזקה זו.

מבחן פערי כוחות מנוגד לתפיסה המקובלת של כפייה כחריג צר לעקרון חופש החוזים ולתפיסה האינדיווידואליסטית, הפרטיקולריסטית א־קונטקסטואלית הנעדרת כל התייחסות לרקע החברתי שוקי של החוזה. מבחן פערי הכוחות מאתגר את הנחת השוויון בין הצדדים ומדגיש את הפערים, הוא מסתכל על התמונה החברתית כלכלית המלאה ולא רק על הצדדים לחוזה, הוא מקדם צדק חלוקתי ולא צדק מתקן. לכן מבחן זה מאתגר את התפיסה של חופש החוזים. אולם כאמור המבחן לא התקבל בפסיקה, ייתכן שבשל הסטייה שלו מהמגמות שנסקרו לעיל. מבחן פערי הכוחות מטשטש את המבנה של כלל חופש החוזים וכפייה כחריג לכלל זה. מבחן זה יוצא נגד הדיכוטומיה של חופש החוזים וחווה אכיף מצד אחד, וכפייה וחווה ניתן לביטול מן הצד השני. מבחן פערי הכוחות מפנה את הזרקור מהצדדים לחווה להקשר החברתי, לשוק בו פעלו הצדדים, ובכך ממקם את החווה בסביבה הכלכלית חברתית שלו. מבחן זה לא מסתפק בבחינת היחס בין שני הצדדים אלא בוחן גם את היחס החברתי כלכלי של החווה. מבחן פערי הכוחות יוצא נגד הנחת השוויון ולמעשה מדגיש את הפערים ואת אי-השוויון בין הצדדים. נקודת המוצא היא של חוסר שוויון בין הצדדים. במקום להוות חריג נדיר, פערי כוחות הם המציאות והם הכלל. אם כן, בניגוד לתיאור בפרק השלישי על אודות שימור דיני הכפייה כחריג צר ומצומצם המחזק את עקרון חופש החוזים, קבלת מבחן פערי הכוחות תביא לכרסום בחופש החוזים.

2. נטילת אחריות מיוחדת על פערי כוחות במקרה שהמדינה היא צד או שהמדינה אחראית לפערי הכוחות

מבחן פערי הכוחות אכן שונה מהמבחנים שנסקרו לעיל ומאתגר את חופש החוזים. לכן אנו מציעים לאמץ מבחן זה במקרים בהם המדינה היא צד לחוזה או שהמדינה היא אחראית לפערי הכוחות. במקרים הללו צודק לטעמנו להביא בחשבון לא רק את הסכמת הצדדים התנהגותם והגינות החוזה אלא גם פערי כוחות כלכליים וחברתיים. נדגים טענתנו.

כזכור במקרה פגס המדינה היא שיצרה את פערי הכוחות בין נשים לגברים בקובעה כי ניתן להינשא רק על פי הדין הדתי. כלומר, עמדת הנחיתות של הגברת פגס על פי ההלכה נבעה ממעשי המדינה. למרות זאת, המדינה התעלמה מרקע זה. המדינה ששמה נשים כדוגמת הגברת פגס בעמדה של אין ברירה, למעשה מתנערת מהשלכות מעשיה. ביד אחת קובעת המדינה מצב שבו נשים תלויות בבעליהן

186 ס' 115(ב) להצעת חוק דיני ממונות.

187 קרן, לעיל ה"ש 175.

לצורך מתן גט וביד שנייה מתעלמת ממציאיות זו ודנה בחוזה בין שני צדדים שווים. המדינה מתכחשת לפערי הכוחות פרי יצירתה וקובעת שנכרת חוזה שאינו נגוע בכפייה. אף פסק הדין בעניין רובינשטיין ופסקי דין אחרים מעוררים בעיה דומה. כאשר רשות מקומית גובה מס בחוסר סמכות ובניגוד לחוק, בית המשפט מתעלם מכך וקובע כי נכרת חוזה מאוזן וכדאי. כלומר המדינה מתעלמת ממעשי הרשות ומלבינה את אי-החוקיות בקביעה כי אין פסול בהתנהלות העירייה ואין כאן כפייה. המדינה שוב ביד אחת פועלת ללא סמכות וביד שנייה מכשירה את השרץ בקובעה שהחוזה לא נגוע בכפייה. אם כן, הביקורת על ההסתכלות הצרה של בית המשפט על צדדים במנותק מההקשר היא כללית, ואולם היא מתחדדת כאשר המדינה עצמה מעורבת ביצירת כללי רקע לא שוויוניים. בשני המקרים שלעיל ההתעלמות מהמציאיות החברתית אותה יצרה המדינה ודבקת בהסתכלות אינדיווידואליסטית צורמת במיוחד. לכן, לפחות במקרים כאלה מן הראוי שהמדינה תיקח אחריות ולא תתעלם מהמצב שיצרה. בניגוד לענין פגס בית משפט באוסטרליה קבע כי הסכם קדם נישואין (והסכם זהה שנחתם לאחר הנישואין) נגוע בכפייה, השפעה בלתי הולמת ואי מצפונית. בית המשפט העליון של אוסטרליה אישר את פסק הדין, וקבע כי שתי העילות האחרונות התקיימו ולכן לא הכריע לגבי כפייה.¹⁸⁸ הנימוק של בית המשפט הוא פערי הכוחות בין הצדדים: בין אישה צעירה, ללא יכולת כלכלית, שאינה דוברת אנגלית לבין בעל מבוגר ומיליונר. נקבע כי היא היתה תלויה בו. עוד תרמו לפערי הכוחות העובדות הבאות: משפחתה הוטסה לאוסטרליה לקראת החתונה ושוכנה שם על ידי הבעל, הסכם קדם הנישואין נחתם ימים ספורים לפני החתונה, בעוד ההכנות לחתונה בעיצומן, עורכת הדין שייצגה אותה המליצה לה שלא לחתום על החוזה בשל היותו חד צדדי. אם כן, בית המשפט הכיר בפערים הכלכליים ובתלות (הכלכלית-נפשית) בין הצדדים. אחד הגורמים שמציין בית המשפט הוא שהאישה היתה תלויה בבעלה לענין מעמדה החוקי באוסטרליה. אם כן, המדינה שולטת בענייני הויזה, ולכן אחראית במידת מה לפערי הכוחות בין הצדדים. הבעל ניצל את גורמי התלות השונים (לרבות ענין הויזה) כדי להחתים את האישה על חוזה חד צדדי. ולכן טוב עשה בית המשפט שלקח גם תלות זו בחשבון (לצד ובנוסף לתלות הכלכלית נפשית) כשבחן את פערי הכוחות בין הצדדים לחוזה.

דוגמה נוספת היא מתחום דיני העבודה. בית המשפט מתעלם מרקע של פערי כוחות בין עובדים למעסיקים¹⁸⁹ ודן בחוזה בין השניים כאילו היו שווים. בית המשפט מחיל נורמות חוזיות של חופש החוזים בהתעלם מאי-השוויון בין העובד למעסיק.¹⁹⁰ כך למשל, נקבע כי איום על עובד שאם לא יחתום על הסכם פרישה מוקדמת יפוטרו לאלתר אינה מהווה כפייה.¹⁹¹ טענת הכפייה נדחתה¹⁹² תוך

Thorne v Kennedy [2017] HCA 49 188

189 לפערי כוחות בין עובדים לבין מעסיקים ראו רות בן-ישראל דיני עבודה א 40 (2002).

190 חני אופק-גנדלר "שינוי חוזה העבודה: מפרדיגמה חוזית לפרדיגמה חוקתית" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 427 (2012).

191 ע"ע (ארצי) 12029-11-13 מלק – מדינת ישראל הקריה למחקר גרעיני (נבו 24.11.2016). ראו גם ע"ב (אזורי י-ם) 1126-03 יעקב – רדמונד אמקור בע"מ (נבו 6.9.2006); ע"ב (אזורי ת"א) 7098-07 דוד –

שימת דגש על המשא ומתן הממושך שנוהל בפגישות רבות ובחליפת מכתבים במסגרתו העובד כחן את ההסכם והתייעץ עם עורך דין. בית הדין לא התייחס לפערי הכוחות בין המעסיק לעובד ולכך שבמהלך המו"מ אמר העובד כי "הסכם הפרישה הוא בכפייה"¹⁹³ ושההסכם נחתם כשהוא מורחק ממקום עבודתו ושוהה בביתו.¹⁹⁴ בית הדין קבע כי האיום בפיטורים מיידיים אם לא ייחתם הסכם הפרישה המוקדמת מהווה אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות, ¹⁹⁵ שכן למעביד זכות לפטר כדין.¹⁹⁶ הייתה זו בחירה בין שתי אפשרויות גרועות בעיני העובד: לחתום על הסכם הפרישה למרות ההסגות על תנאי הפרישה ואי-רצונו לפרוש מעבודתו או להיאבק בפיטורין ולהסתכן בקבלת פיצויי פיטורין בלבד.¹⁹⁷ מסקנת בית הדין הייתה שאלו הם לחצים יומיומיים שאינם עולים כדי כפייה. כמו כן, ניתנו לעובד תנאי פרישה הוגנים שבהם הובטחה לעובד הכנסה ושמירה על זכויותיו הפנסיוניות. נוסף על כך, העובד ביטל את ההסכם לאחר שנהנה משנת שבתון על פי ההסכם, כלומר לאחר שקטף את פירות ההסכם. העובד גם איחר לבטל את החוזה¹⁹⁸ ולא עמד בדרישה לבטל את החוזה תוך זמן סביר.¹⁹⁹

דוגמה חריגה היא סחר בבני אדם. בית הדין הארצי לעבודה הכיר בכפייה במקרה קיצוני של סחר באישה לצורכי זנות.²⁰⁰ במקרה זה קבע הנשיא אדלר כי "הסחר בנשים מתאפיין בשליטה מוחלטת של הסוחר בחיי קורבנותיו, באמצעות אלימות או אמצעי לחץ אחרים".²⁰¹ זהו מקרה מזעזע שבו נמכרה אישה מסרסור לסרסור ואולצה לעבוד בזנות בתנאים של כליאה וטרור.²⁰² פערי הכוח במקרה זה הם בין עבד לאדונו.²⁰³

מהסקירה בפסק הדין של התופעה המכוערת של סחר באנשים עולה אוזלת היד של המדינה ואחריותה למצב.²⁰⁴ למרות שמדינת ישראל חתומה על אמנות בינלאומיות בעניין סחר בבני אדם ולמרות שחוקקה חוקים בנושא,²⁰⁵ מדינת ישראל לא התמודדה עם התופעה. היא גררה את רגליה עד

תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית (נבו) 3.11.2009; פ"ה (אזורי ב"ש) 21064-05-13 זאדה – משרד החינוך (נבו) 25.5.16.

- 192 שם. גם טענות העושה, הטעות וההטעיה נדחו.
 193 שם, פס' 37 לפסק דינה של השופטת גליקסמן.
 194 שם, פס' 40 לפסק דינה של השופטת גליקסמן.
 195 ס' 17 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי).
 196 מלק, לעיל ה"ש 191, פס' 52 לפסק דינה של השופטת גליקסמן.
 197 שם.
 198 שם, פס' 59–61 לפסק דינה של השופטת גליקסמן.
 199 ס' 20 לחוק החוזים (חלק כללי).
 200 ע"ע (ארצי) 480-05 בן עמי – פלונית (נבו) 8.7.2008.
 201 שם, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא אדלר.
 202 שם, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא אדלר.
 203 שם, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא אדלר.
 204 שם, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא אדלר.
 205 שם, פס' 12–13 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

עדוה אמריקני משנת 2001 סיווג את ישראל כמדינה שאינה עומדת בסטנדרטים המינימליים שהתוותה ארצות הברית למאבק בסחר בבני אדם ואינה עושה מאמצים משמעותיים על מנת לעמוד בהם. דוחות מאוחרים יותר סיווגו את ישראל כמדינה שעדיין אינה עומדת בסטנדרטים המינימאליים האמורים, אך עושה מאמצים משמעותיים לשם עמידה בהם. למרות שננקטו צעדים למגר את הסחר בבני אדם נראה שלא נעשו מאמצים מספקים ולא נוהלה מלחמת חרומה בתופעה. אם כן, תגובת המדינה רפה והיא עשתה צעדים חלקיים בלבד לביעור התופעה.

הנשיא אדלר, כאמור, קיבל את טענת הכפייה במקרה קיצוני זה. מקרה זה מוצדק בעינינו שכן המדינה אינה ניטרלית אלא אפשרה את הסחר בבני אדם. מכאן שצודק להכיר בכפייה שכן המדינה עצמה עיניה נוכח תופעת העבדות הזו ולכן יש להכיר בכך כחווה בכפייה. אין לנקוט מדיניות של אי-התערבות ואכיפת החוזה שכן המדינה יצרה את תנאי הרקע הקשים לחווה ואפשרה אותם. בניגוד לעניין פגס, שם הנשיא שמגר דחה את טענת הכפייה ולא הכיר באחריות המדינה לכך שדיני הנישואין והגירושין שמים את הנשים בנחיתות מובנית מול הגברים, הנשיא אדלר הכיר באחריות המדינה למיגור הסחר בבני אדם. פסק דינו של הנשיא אדלר תרם תרומה למאבק בתופעה מחרידה זו באמצעות דיני העבודה. אם כן, המדינה לא מדברת בשני קולות אלא נרתמת הן באמצעות הדין הפלילי הן באמצעות הדין האזרחי למגר את הסחר באנשים. זאת בניגוד לעניין פגס, בו ביד אחת יצרה המדינה אי-שויון בין נשים לגברים בדיני האישות וביד שנייה התכחשה לנחיתות מובנית זו ולא הכירה בכפייה.

מתברר שלא תמיד פעלו בתי המשפט ברוח זו. בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז התשיעי בארצות הברית דן בטענת כפייה במקרה של יחסי עבודה.²⁰⁶ העובד (דריו מרטינו גונזלס), מהגר ממקסיקו, חתם על הסכם עבודה שכלל תניית בורות לאחר שהובא על ידי המעסיק לקליפורניה. העובד טען שאין לאכוף את תניית הבורות עם המעביד (חברה לגידול ירקות) וטענתו, שהתקבלה בערכאה הראשונה, נדחתה בערעור.²⁰⁷ טענת הכפייה של העובד הושתתה על כך שהוא היה תלוי לדיוור במעביד, ושחתם על ההסכם לאחר שהחל לעבוד. העובד היה מהגר, ששהה בארצות הברית בזכות ויזה זמנית כעובד חקלאות. לאחר מספר ימי עבודה, בסוף יום העבודה, קיים המעביד אוריינטציה במסגרתה נעמדו 150 עובדים בשורות במגרש חנייה, כאשר נציג המעסיק מאיץ בהם לחתום בזריזות תוך שהוא מפנה אותם למקום החתימות בחבילת המסמכים (שכללו מלבד החוזה גם מסמכים נוספים). החוזה נכתב בספרדית (שפתו של העובד) אך הוא חתם על החוזה מבלי לקרוא אותו כשהוא עייף ורעב. המסמכים החתומים ובכללם החוזה נאספו על ידי נציג המעסיק ולא ניתן לעובד עותק. העובד פרנס את משפחתו והרוויח בקליפורניה פי חמש מאשר במקסיקו.

בית המשפט קבע שלא נפל רכב בדרישתו של המעסיק לחתימה על ההסכם גם אם החתימה נעשתה בתנאים לא אידאליים. נקבע כי זוהי דרישה לגיטימית ומקובלת. זאת מכיוון שלא נאמר לו שהחתימה היא תנאי לעבודה ושם יסרב לחתום יפוטרו. כמו כן, הייתה לו אפשרות לקרוא את ההסכם ולהתייעץ

²⁰⁶ Martinez-Gonzalez v. Elkhorn Packing Co. LLC, No. 19-17311 (9th Cir. 2021)

²⁰⁷ גם טענת השפעה בלתי הולמת (עושה) נדחתה.

עם עורך דין. בית המשפט הסיק שהייתה לעובד ברירה שלא לחתום על ההסכם או לוותר על העבודה ולחזור למקסיקו. כמו כן, על פי החוזה (גם אם לפי עדותו לא קרא אותו) העובד יכול לבטלו תוך עשרה ימים, ברירה נוספת אותה לא נקט העובד. שופטת המיעוט הכירה בכפייה בהסתמך על הנימוקים של בית משפט קמא. היא ביקרה את התנהגות המעסיק וקבעה שלא הייתה לעובד ברירה אלא לחתום בנסיבות הללו. שופטת המיעוט גם ציינה את פערי הכוחות בין הצדדים לאור התלות של העובד המעסיק ומצוקתו הכלכלית.

במקרה זה המדינה אחראית לדיני ההגירה ולתלות של העובד המעסיק בשל ויזת ההגירה. דעת הרוב התעלמה מכך וקבעה כי חופש החוזים של הצדדים לא נפגע. לעומת זאת, דעת המיעוט (כמו גם הערכאה הראשונה) נתנו משקל כבד לעובדות הרקע הללו והכירו בכפייה. כמו בעניין פגס, גם כאן בית המשפט התעלם מפערי הכוחות בין הצדדים שיצרו את הרקע לכפייה, ולא שת ליבו לנחיתות המובנית של מהגר עבודה. פערי הכוחות הם באחריותה של המדינה ולכן היה מקום לקבל את טענת הכפייה, כפי שעשתה דעת המיעוט.

מבחן פערי הכוחות אינו חף מקשיים. כך למשל, אף אם מתמקדים בפערי כוחות כלכליים בלבד, לעיתים קשה לקבוע מתי מתקיימים פערי כוחות העולים כדי כפייה. כאשר מרחיבים את המבחן לכלול גם פערי כוחות אחרים (המבוססים על מגדר, גזע ומעמד) הקושי מתגבר. ועוד, ניתן לטעון כי הוא יפעל לרעת הטוענים לכפייה, משום שהוא יעמיק את נחיתותם ויקבע את מעמדם כקורבנות. מבחן זה בסופו של יום ינציח אותם כנוקמים להגנה הפטרנליסטית של המשפט, וכמי שנמצאים בשוליים של דיני החוזים, החוסים תחת ההגנות, להבדיל מצדדים רגילים לחוזה. טיעון נוסף נגד מבחן פערי הכוחות הוא כי הוא יפעל כבומרנג כנגד החלשים והנוזקים. כלומר, במקום להיטיב עימם מבחן זה ירע את מצבם. כך למשל אנשים לא יתקשרו בחוזים עם אנשים מקבוצות מוחלשות מתוך חשש שהצד השני יטען לכפייה לאור פערי הכוחות ויבקש לבטל את החוזה. אכן הביקורת כבדת משקל. עם זאת, טענת העמימות של המבחן והטענות כי הדבר ישעתק את מעמדו הקורבני של הטוען לכפייה יפים גם למבחנים האחרים של הכפייה כפי שנסקרו לעיל. על כל פנים, למרות קשיים אלה נראה שבמקרים שנדונו לעיל, שבהם המדינה יצרה את פערי הכוחות, ראוי להכיר בכפייה. במקרים אלה המדינה אחראית על נחיתות הטוענים לכפייה ולכן אל לה להתעלם מאחריותה ולסייע להם.

3. חיזוק דיני החוזים המיוחדים והרגולציה המדינתית

בהכירה בהקשר החברתי בפערי הכוחות הקיימים בשוק, המדינה יצרה למשל את דיני העבודה²⁰⁸ או דיני צרכנות²⁰⁹. המדינה הכירה בעיוותים הכלכליים ובאי־השוויון ולכן יצרה דינים שיתערבו בחוזה ויגנו על צדדים חלשים. סיני דויטש, שלכבודו נכתב המאמר הנוכחי, היה חלוץ בפיתוח דיני הצרכנות.

208 רות בן ישראל "השוויון במשפט העבודה מנין ולאן?" שנתון משפט העבודה ו 85 (תשנ"ו).

209 דויטש דיני הגנת הצרכן א, לעיל ה"ש 14.

בכתיבתו הוא הדגיש שלאור פערי הכוחות בין צרכן לספק אין די בהגנות של דיני החוזים, ויש להכיר בהגנות ייחודיות.²¹⁰ הוא עמד על כך שיש לפתח דיני צרכנות אשר יגנו על הצרכן ויכירו בשוק הצרכנות כשוק ייחודי. הראייה שלו הייתה מעבר ליחסים חוזיים בין הצרכן לספק, אלא ראייה רחבה יותר שמטרתה להתוות שוק צרכנות הוגן. לשון אחר, הוא עמד על כך שאין די בהסכמה חוזית ויש מקום להגנה קוגנטית על צדדים לחוזה. ברוח זו אנו מציעים שעל המדינה לחוקק חקיקה קוגנטית או להתקין תקנות בתחומים שבהם היא אחראית לכללי הרקע ולא-השוויון. כלומר במקרים הללו על המדינה ליטול על עצמה את האחריות ולתקן את תנאי השוק הכופים באמצעות חקיקת מגן. כפי שלימדנו דויטש, במקרים מסוימים דיני החוזים אינם נותנים מענה ראוי וצודק ולכן יש מקום להתערבות המדינה באמצעות חקיקת מגן, חקיקה קוגנטית ורגולציה.²¹¹

ברוח זו אף שחר ליפשיץ²¹² ואורית גן²¹³ הציעו למשל ליצור דיני חוזים זוגיים שיביאו בחשבון את פערי הכוחות בין נשים לגברים בחברה ויתאימו את דיני החוזים הכלכליים למצב זה. כך למשל, חקיקה קוגנטית בתחום דיני המשפחה יכולה לסייע במקרים של איום באי-מתן גט. כפי שהראה רם ריבלין²¹⁴ וכפי שהראתה אורית גן,²¹⁵ למשל חוק שיקבע חלוקת רכוש בגירושין ופיקוח על חוזים הסוטים מחלוקה זו יוכל להפחית את האיום בסרבנות גט. חקיקת מגן קוגנטית בתחום הצרכנות, העבודה או המשפחה תהווה תמריץ שלילי ומניעתית של כפייה ותסייע יותר מאשר ביטול החוזה בדיעבד בשל הכפייה. דהיינו, התוויית מערכת היחסים באופן רגולטורי תיצור רקע לאורו ייכרת החוזה, רקע שיגן על הצד החלש ויחזק אותו ויגביר את הגינות החוזה. כללי הרקע ישפיעו על המשא ומתן לכריתתו של חוזה ועל תוכנו, ובכך יהוו התערבות מלכתחילה. התערבות זו עדיפה על פני הכרה למפרע בזכות לביטול החוזה בשל האיום. כפי שהראו גרוסקופף ובן ציון לא כל החוזים שווים, ולכן יש להתייחס אל חוזים המאופיינים בפערי כוחות – ובמיוחד כאלה שהמדינה צד להם – אחרת.²¹⁶

חקיקת מגן לאור ייחודו של חוזה רשות מוצדקת שכן דיני החוזים הרגילים צריכים להיות מותאמים לתחום ספציפי זה.

- 210 סיני דויטש "דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן" מחקרי משפט ט 133 (התשמ"ב); סיני דויטש "יחסי בנק-לקוח – אספקטים חוזיים וצרכניים" ספר זיכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי 163 (התשנ"ו); סיני דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" עיוני משפט כג 135 (התש"ס).
- 211 מפאת קוצר היריעה לא נרחיב לגבי עיצוב כללים קוגנטיים. לכך ראו איל זמיר, חגי יעקובי, ואורי כץ "כללים קוגנטיים בדיני חוזים: תיאוריה, דין וממצאים אמפיריים" ספר אליעזר ריבלין (צפוי להתפרסם).
- 212 ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 138.
- 213 גן "על חוזים זוגיים", לעיל ה"ש 160.
- 214 ריבלין, לעיל ה"ש 139.
- 215 גן "מסחר בגט", לעיל ה"ש 138.
- 216 עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?" ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה 523 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021).

ה. סיכום

ניתוח הספרות ופסקי הדין של בית המשפט העליון בנושא הכפייה חושף מבחנים שונים: מבחן המתמקד בהסכמתו של צד לחוזה, מבחן המתמקד בהתנהגותו של הצד השני לחוזה, מבחן שמתמקד בהגינות החוזה, ומבחן שמתמקד בפערי כוחות בין הצדדים. מבחנים אלה מבטאים נקודות מבט שונות או רציונלים שונים: אוטונומיה וחופש בחירה, הסכמה ורצון חופשי, יעילות, הגינות ושקילות תמורות, קידום שוויון, מוסר בעסקים, מניעת התעשרות שלא כדין וצדק מתקן, צדק חלוקתי. ההדגשים, המטרות, הצידוקים והרציונלים של כל מבחן נבדלים זה מזה. המבחנים הללו עוסקים בחופש הרצון והבחירה, בהסכמה, באתיקה במשא ומתן, בכדאיות כלכלית, בשקילות התמורות, בשוויון ובחופש החוזים. מבחני הכפייה מקדמים מוסר, יעילות כלכלית והגנה על האוטונומיה, השוויון וחופש הרצון. המבחנים הללו מתמקדים במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה ובתוכן החוזה, בהתנהגות אנושית, בשוק, ובמשמעויות כלכליות של החוזים.

מבחני הכפייה השונים גם חושפים עמדות לגבי מושגי יסוד ביני חוזים, כגון הסכמה, חופש חוזים וצדק. למרות השוני בין מבחני הכפייה השונים, השופטים מיקמו את דיני הכפייה בתחום הפרטי כחריג צר לעקרון חופש החוזים וכדין שנועד להסדיר משא ומתן פגום. הסיפור המקובל הוא, שכפייה מגינה על הרצון החופשי של הצדדים. על פי סיפור זה, בית המשפט משתמש במבחנים השונים שלעיל כדי להבחין בין כפייה להסכמה. מאמר זה בא להפריך סיפור זה ולספר סיפור אחר, על פיו דיני הכפייה מחזקים את עקרון חופש החוזים הלכה למעשה ובשל קשיים ועמימות בהפעלתם הם אינם מגינים על האוטונומיה. השופטים לא אימצו את מבחן פערי הכוחות, המבחן שמאגר את עקרון חופש החוזים, המאפשר הסתכלות רחבה יותר מעבר לצדדים אל הרקע חברתי של החוזה ואל השוק, ושמבטא תפיסה רחבה ועמוקה יותר של רצון. אם כן, הבחינה של מבחני הכפייה מעלה נושא רחב יותר של הסכמה חוזית. לאור עמימות מבחני הכפייה והבעייתיות ביישומם, עולה כי הסכמה היא מושג בעייתי וחמקמק. בניגוד לסיפור על פיו המבחנים מאפשרים להבחין בין חוזה רצוני לבין חוזה שנכרת מאונס, המאמר מסיק כי המבחנים הללו אינם מסייעים במקרים רבים, בהתחקות אחר הסכמה. בתי המשפט מתקשים לאתר הסכמה ולרוב דוחים את טענת הכפייה ואוכפים את החוזה. מכאן שדיני החוזים לא מגינים על רצון ועל אוטונומיה. נוסף על כך, דיני הכפייה מעמיקים פערים חברתיים ואי-צדק חלוקתי. במקום להכיר באי-שוויון, אפילו אי-שוויון שיצרה המדינה, בתי המשפט מתעלמים מכל רקע חברתי ומתמקדים בצדדים שלפניהם. הצעתנו היא להכיר בפערי כוחות לפחות במקרים שבהם המדינה אחראית ליצירתם. כלומר, פערי הכוחות יהוו חזקה לכפייה שאז יעבור הנטל לצד השני לסתור או לחלופין, הצענו להיעזר בחקיקה קוגנטית וברגולציה שיסדירו נושאים שונים. לאור הקשיים באיתורה של כפייה או בהגדרתה של הסכמה חופשית, יש צורך לפנות לפתרון לבר חוזי כפי שעשה סיני דויטש בתחום של דיני הצרכנות.