

תאריך הפגישה: 16/01/2022

משתתפים: דוקטור חגי ויניצקי

שערי מדע ומשפט. אתם מאזינים לפודקאסט האקדמי שערי מדע ומשפט והפעם דוקטור חגי ויניצקי מהקורס דיני חוזים, על כפייה ועושה. שערי מדע ומשפט. (מנגינה+פתיח). שלום לכולם, שמי דוקטור חגי ויניצקי ואני התבקשתי על ידי הסטודנטים לתת איזה שהיא סקירה ממבט על, על עילות כפייה ועושה. מדובר כמובן בסקירה תמציתית שאיננה מחליפה את השיעורים שלמדנו לעומק, בכל אחד מהנושאים שאני אדבר עליהם כעת. אז אנחנו נתחיל בעילת הכפייה ולאחר מכן נעבור לעילת העושה. לגבי עילת הכפייה, יש לנו כמה רכיבים מצטברים: צריך להתקיים חוזה, צריך להתקיים קשר סיבתי סובייקטיבי וצריכה להתקיים כפייה בכוח או באיום. וכמובן נראה אספקטים נוספים של הנושא הזה. אז עילת הכפייה מוסדרת בסעיף 17 לחוק החוזים וליתר דיוק א.17 ושם נאמר שמי שהתקשר בחוזה ולכן צריך להוכיח שהתקיים חוזה. אם למשל מבחני גמירת הדעת לא התקיימו, אז אין לנו מה לחפש בעילת הכפייה. כי הרי עילת הכפייה, הבשורה שהיא נותנת לנכפה, זה שהוא יכול לבטל את החוזה. אם מבחני כריתת החוזה לא התקיימו, אז אין לנו מה להיכנס לעילת הכפייה, ולכן צריך לבדוק שאכן התקיים חוזה. בעניין הזה, יש לנו כמה אספקטים מיוחדים בהקשר של כפייה. עולה השאלה מה קורה כאשר מדובר בכפייה קיצונית? נאמר שממש מכוונים אקדח לראשו של אדם ואומרים לו: "תשמע או שתחתום על החוזה או שאנחנו יורים." האם נאמר שאין פה כלום, לא נכרת חוזה? או שיש חוזה אך ניתן לביטול בגין כפייה? אז בנושא הזה ישנה מחלוקת בספרות, יש התייחסות מסויימת גם בפסיקה. יש הסוברים שכן נכרת חוזה במקרים כאלו אך החוזה ניתן לביטול בגין כפייה. כך חושבת הפרופסור שלו וגם הפרופסור מיגל דויטש וגם הנושא הזה עלה פעם ככה בהקשר מסויים בפסק דין חיימוב נגד חמיד. זאת אומרת למרות שמדובר במקרה כל כך קיצוני, הייתה פה איזה שהיא בחירה אפילו אם היא צרה במיוחד ולכן יש חוזה אך הוא ניתן לביטול בגין כפייה. מתי הם יראו שאין חוזה? כאשר לא הייתה רצייה בכלל. נגיד לקחו ידו של אדם בלי שהוא מפעיל כוח רצוני וחתמו באמצעות הזזת ידו על המסמך. אז מבחינתם יש חוזה רק הוא ניתן לביטול בגין כפייה. הפרופסור פרידמן וכהן, הם באים ואומרים, במקרה כזה אין באמת בחירה אמיתית, לכן החוזה לא נכרת. הם משתמשים בדוקטרינה שנקראת: "לא נעשה דבר", יש לה שם אחר "טענת האפסות" או בלעז "On this factum" שבאה ואומרת, אין פה באמת בחירה לכן לא נעשה דבר. האם בכל מקרה של איום בכפייה גופנית נאמר שבאמת לא נעשה דבר? אז תלוי ברמת האיום, בחומרתו, במיידיותו ומוחשיותו. ככל שאיום יהיה פחות מוחשי, פחות מידי, יכול להיות שנאמר שהחוזה כן נכרת, רק ניתן לביטול בגין כפייה. אז זו המחלוקת בדבר הזה, האמת היא שהגישה של פרופסור פרידלנד וכהן היא באה לידי ביטוי גם במבחן גמירת הדעת. כי אם אנחנו נפעיל את המבחן גמירת הדעת כפי שהתקבל במשפט הישראלי, אז בעצם כדי לבחון את גמירת דעתו של הנכפה, צריך לקחת אדם סביר בנעלי הכופה וליידע אותו במצב שבו נמצא הנכפה ולשואל אותו האם הוא חושב למשל שחתימה מעידה במקרה כזה על גמירת דעת. הסיכוי שאדם סביר בנעליים של הכופה יגיד שחתימת ידו של אדם שנמצא תחת איום מוחשי כזה היא עדות לגמירת דעת, הוא כמובן אפסי ביותר. ולכן, גם מבחינת מבחן גמירת הדעת אפשר לומר שבמקרה כזה לא נכרת חוזה. סוגיה אחרת היא, האם אין לו פה בכלל חוזה מסיבה אחרת? שהכריתה היא בלתי חוקית, הרי יש לנו עבירות בחוק העונשין של סחיטה באיומים, סחיטה בכוח. אז האם לא כל מקרה של כפייה הוא בעצם כריתה בלתי חוקית? אז התשובה היא שיש בעניינים האלו מחלוקות. אני סבור, אני מחזיק בדעה שבמקרה כזה למרות שיש כריתה בלתי חוקית, דיני החוזה הבלתי חוקי צריכים למשוך ידם מלעסוק בעילות הללו. למשל גם הטעייה, קבלת דבר במרמה גם עושה היא עבירה פלילית ולכן דיני החוזה הבלתי חוקי לא צריכים בעצם לקחת את הנושאים האלה תחת המטריה שלהם. כי אז בעצם הכפייה, הטעייה ועושה יהפכו להיות אות מתה, והם הרי בסך הכל דין מיוחד שהמחוקק חוקק לצורך המקרים של הטעייה, כפייה ועושה. ולכן במקרים כאלו, המקרים צריכים לדון בכפייה ולא תחת הרובריקה של כריתה בלתי חוקית, אלא אם כן, באמת מדובר באיזו מכת מדינה או משהו אחר שצריך באמת להכיל את הדינים הללו. כי צריך לזכור שבכפייה החוזה ניתן לביטול ויש עדיין בחירה על הנכפה אם הוא רוצה לבטל או לא. לא בהכרח הוא ירצה

לבטל. לעומת כריתה בלתי חוקית שדינו של החוזה, התבטלות. אז לכן רק אחרי שאנחנו משוכנעים שבעצם יש לנו פה חוזה, יש מה להמשיך לרכיב הבא שהוא הקשר הסיבתי הסובייקטיבי. צריך להוכיח שהחוזה נכרת עקב הכפייה. אם החוזה נכרת לא בשל הכפייה, אז בעצם לא מתקיים רכיב הקשר הסיבתי הסובייקטיבי. בעניין הזה אפשר להראות שני פסקי דין, דיור לעולה נגד קרן, ששם ניסו בעצם לכפות על צד מסוים להתקשר בחוזה. זה היה מדובר במקרה שהיום אנחנו קוראים להם פרויקטים להתחדשות עירונית אבל זה פסק דין יחסית ישן עוד לפני שהיו הפרויקטים היום של פינוי ובינוי ותמ"א 38. ושם, באו שכנים ולחצו על משפחה מסויימת לחתום על חוזה שיתקשר עם חברה מסוימת שבו יהרסו בעצם את הבניין ויבנו בניין חדש. והשכנים התנהגו באופן לא ראוי בלשון המעטה לשכנים כדי ללחוץ עליהם. והשכנים בסוף חתמו. ואחר כך הם די התחרטו. והשכנים לאחר התחרטות הזאת התחילו להתנהג במעשים הרבה יותר חמורים כלפי אותם שכנים. ואשר הם טענו לכפייה, בית המשפט בצדק אמר שאתה הדברים שצריך לקחת בחשבון הם כמובן ההתנהגויות שהיו לפני הכריתה ולא אלו שאחרי, כי צריך הרי להראות שהכפייה היא זו שהביאה לכריתה. בית המשפט התרשם שהסיבה האמיתית היא שהם התקשרו זו לא ההתנהגות הלא ראויה שהייתה לפני, אלא שבאותו זמן, החברה הסכימה לקבל את ההצעה האחרונה של אותה משפחה. ולכן הסיבה שהם התקשרו זה כי קיבלו את ההצעה שלהם, לא בגלל ההתנהגות הלא ראויה של השכנים ולכן נפסק שלא היה קשר סיבתי בין ההתקשרות בחוזה לאותה התנהגות לא ראויה. בעניין הזה, פרופסור זמיר ביקר את פסק הדין הזה ובא ואמר שלדעתו כן היה פה מקרה של כפייה, רק שבית המשפט לא פסק כפייה משתי סיבות: א. כי החוזה היה החוזה טוב. בעצם מה שהיה יותר חשוב לבית המשפט זה ההגינות החוזית ופחות דרך הכריתה. ודבר שני, זה כי בית המשפט לא רוצה לשחק לידו של הסחטן. בעיית הסחטן ידועה במקרים האלו שצריך להשיג חתימות של כל השכנים ושהמישהו האחרון הוא סוחט כמה שיותר. יש מי שקורא לזה בעיית האיסוף ושצריך לאסוף חתימות מכולם ולכן זו הייתה סיבה שבית המשפט לא רצה ללכת לקראת אותה המשפחה. פסק דין נוסף שממחיש את נושא הקשר הסיבתי הסובייקטיבי הוא פסק הדין ארביב. היה מדובר שם בעימות בין עובד למעביד בטענה שהעובד היה חייב כספים למעביד והוא לא רצה להחזיר לו אותם. אז המעביד התלונן נגדו במשטרה על המעשים שעשה אותו עובד. לאחר מכן נכרת חוזה שבו העובד בעצם מוכר את דירתו למעביד כדי להשיב את החוב. העובד טען אחר כך לכפייה, שמה הייתה הכפייה? פניה למשטרה. בית המשפט אמר, אם כבר היתה פנייה למשטרה, אז בעצם האיום כבר מומש לפני הכריתה ולכן אין פה איום אפקטיבי. לא האיום מביא לכריתה. אני אבקר את פסק הדין הזה, כי לדעתי זה תלוי באיזו תלונה מדובר. אם מדובר בתלונה חמורה שהמשטרה תחקור בכל מקרה אז באמת האיום כבר מומש לא משנה אם המתלונן יחזור בו מהתלונה. ואם מדובר בסוג התלונות שהמשטרה לא תחקור אם המתלונן ימשוך את התלונה, אז הפנייה למשטרה רק ממחישה שהאיום הוא ממשי. והאיום הוא אם לא תתקשר איתי בחוזה אני לא אמשוך את התלונה. לכן היה צריך לבדוק את הנושא הזה בהקשר של פסק דין ארביב. עד כאן לגבי הקשר הסיבתי הסובייקטיבי. לגבי הכפייה, אז הכפייה כאמור צריכה להיות בכוח או באיום. בדרך כלל הכפייה כמובן תהיה באיום, "אם לא תעשה כך, אני אפגע בך בצורה כזאת או אחרת". הפגיעות יכולות להיות גופניות, יכולות להיות פגיעה בנכסים, כל סוגיית הפרוטקשן שאנחנו מכירים, "אם לא תתקשר איתי בחוזה שאני אשמור עליך, אז יקרה משהו לנכס שלך". יכולה להיות פגיעה בחירות, שזה פחות דבר שהוא קורה בפועל, אם כי תכף נדבר על פגיעה בחירות בנישואים. יכול להיות כמובן פגיעה במעמד חברתי, "אם לא תחתום על חוזה אני אספר לך משהו שאתה לא רוצה שהציבור ידע". ויכולה להיות גם כפייה כלכלית. בהקשר של כפייה כלכלית, אז בית המשפט הישראלי הכיר בכפייה כלכלית בכמה מקרים. פסק הדין הראשון אולי, זה פסק דין שאול רחמים נגד אקסופומדיה. בית המשפט הכיר לראשונה שם בכפייה כלכלית. היה מדובר שם בפרוייקט שבו חברה מסויימת הכשירה שטח וחברה אחרת הייתה אמורה לעשות את היריד. והחברה שהכשירה את השטח ראתה כי ההסכם המקורי לא טוב לה מבחינה כלכלית והיא עשויה להפסיד כי היריד הזה לא נחל הצלחה. והיא איימה לסגור את היריד באמצע אם לא ישנו את החוזה, לחוזה הרבה יותר טוב מבחינתם. בעלת היריד, לא הייתה לה ברירה והם הסכימו לשנות את החוזה מהסיבה שעורכי דינם אמרו להם שבזמן כל כך קצר לא יצליחו לקבל סעד משפטי מבית המשפט. לאחר מכן, החוזה החדש, רצו לבטל אותו בגין כפייה ובית המשפט הכיר בזה ככפייה כלכלית. אבל פסק הדין היותר חשוב בנושא של כפייה כלכלית הוא מאיה נגד פנפורד. היה מדובר שם ביהלומן שרכש יהלומים ממספר חברות יהלומים, לופני שהשיק הראשון היה צריך להיפרע הוא טס לחו"ל בלי מועד חזרה והשיקים חזרו. ומה שקרה הוא שלח אדם בשם בוארון שיפנה ליהלומנים ויאמר להם: "שאו שהם יסתפקו במקצת היהלומים ויוותרו בעצם, זה החוזה החדש היותר על שאר החוב, או שינסו לרדוף אחריו". הסיכוי שהם באמת יתפסו אותו הוא סיכוי מאוד קטן. והיהלומנים אכן החליטו להתקשר בהסכמי היותר ולאחר מכן, הם מנסים לבטל את זה בגין כפייה. השופט חשין, פסק שבכפייה כלכלית יש לנו בעצם שני רכיבים מצטברים. אחד

איכות הכפייה, שההתנהגות צריכה להיות מחוץ למוסר העסקים. כן כאשר אדם עושה תרגיל כזה, מעין עוקץ כזה, כן זה לא בדיוק הביטוי שנאמר בפסק הדין אבל מין תרגיל כזה שבו מראש שאין לך כסף לשלם ואתה מפזר שיקים ובורח לחו"ל. אז זה בניגוד למוסר עסקים ולכן מבחן איכות הכפייה מתקיים. והמבחן השני הוא מבחן עוצמת הכפייה. דהינו, שבעצם לנכפה לא הייתה ברירה ובמקרה הזה לא היה להם יותר מידי מה לעשות מול מאיה שברח לחו"ל והשאיר מעט נכסים בארץ. לכן השופט חשין חשב שהייתה פה כפייה. השופט שמגר סבר שכפייה לא הייתה פה כי הוא לא ראה את הלחץ שאנשים היו שמה יהלומנים הוא אמר, זה לא היה כסף הראשון ולא האחרון שלהם, הם היו אנשים אמידים. לכן הם קיבלו בעצם החלטה קרה. מה עדיף, ציפור אחת ביד או עשר על העץ. זאת אומרת, לקבל את היהלומים לחתום על הויתור או לרדוף אחריו, אחרי כל החוב מן הסתם כנראה יהיה מאוד קשה להוציא ממנו משהו. ולכן הוא חשב שלא היה פה בעצם איום שהסית את שיקול הדעת הנכון של אותם יהלומנים. אבל הוא אמר, אני לא אכיר בהסכמי הויתור כי בעצם נכרתו מתוך איזה שהוא תרגיל שאני אקרא לו עוקץ, כן סוג של עוקץ כזה מראש וזה פוגע בתקנת הציבור להכיר בחוזים שנכרתו מהסוג הזה. השופט גולדברג, הלך בכלל על סעד של פיצויים מכוח סעיף 12. הוא חשב גם כן, שגם הוא וגם שהשופט שמגר חשבו שהיו אפשרויות בכל זאת לפעול נגד אותו מאיה, לכן הוא לא הלך על נושא הכפייה. מה שמעניין הוא שהשופט חשין בעצם מנסה לבקר את פסק דינו של שמגר. הוא אומר, תראה השופט שמגר אני לא מבין איך אתה אומר דבר כזה, זה מין לעג לעשיר. מה אי אפשר באמת לכפות על עשירים כי הם היו אנשים אמידים? אני לא כל כך מקבל את הטעון הזה, כי בעצם, אכן זה מאוד משנה. כאשר אתה מאיים על מישהו בפגיעה כלכלית, באיזה סכום מדובר ועד כמה אותו אדם עמיד? הרי אין דומה איום ב-100 אלף שקל בפגיעה באדם שהוא מיליונר או מיליארדר ולא אמרתי שזה המצב של אותם היהלומנים שם אלא רק כדי להמחיש, או כשמדובר באדם שאין לו הרבה אמצעים. אז ברור שהיקף הסכום מאוד רלוונטי לשאלה מה האמידות של אותו אדם. אבל טענה נוספת שטוען השופט חשין כלפי השופט שמגר, אומר לו איך אתה לא מקבל את העניין שיש כפייה אבל אתה כן מקבל את העניין שיש פגיעה בתקנת הציבור. הרי הסנקציה בתקנת הציבור היא שהחובה בטל, זו סנקציה הרבה יותר חמורה מאשר הכפייה שהחובה הוא רק ניתן לביטול. גם פה אני חושב שההסתכלות של השופט חשין היא לא בדיוק ההסתכלות של השופט שמגר. השופט שמגר לא ראה בזה נאמר שני שלבים על סולם, שלב ראשון כפייה ושלב יותר חמור תקנת הציבור. אלא בעיניים שלי והופיע במאמר שכתבתי על הנושא של ייחוד עילה, תקנת הציבור זו ראייה חברתית, במובן של חברה, זאת אומרת אתה לא מסתכל רק בעיניים של הנכפה. אלא אם אנחנו כציבור רוצים להכיר בחוזים שנכרתים מהסוג הזה. בכפייה, העיניים הם יותר מעיניו של הנכפה, כן, עד כמה זה הסית את שיקול הדעת הנכון שלו. אפשר כמובן לראות גם פגיעה בחירות בנישואים, פסק דין פגס נגד פגס, מישהי תענה שהיא עשתה הסכם גירושין שבו היא ויתרה על כל הרכוש. היו שם כל מיני טענות עובדתיות שלא התקבלו, אבל בית המשפט קיבל את טענת הבעל, שבעצם הסיבה שהיא עשתה את זה כי היה לה חבר והיא רצה לפתוח בפרק ב'. אז בית המשפט לא קיבל את הטענה, היא טענה לכפייה ועושה באיום שהיא לא תקבל גט כן, לא תוכל להשתחרר מהנישואים אלא אם כן היא תסכים להסכם הזה. בית המשפט אמר, אוקיי אז היא בחרה בין שתי בחירות רעות, האם להיאבק על הרכוש ולהיתקע בנישואים ולא לצאת מהם החוצה או לוותר על הרכוש ולצאת מהנישואים, כן, לקבל חירות מהנישואים. ולכן בית המשפט בא וקבע שלא הייתה פה כפייה ולא עושה. אני חושב שכן יכול להיות כמובן במצב כזה של איום באי מתן גט, כן יכול להיות מצב של כפייה ועושה. השאלה כמובן עד כמה האיום הוא מוחשי ועוד כל מיני פרמטרים שאפשר לחשוב עליהם בהקשר הזה. בכל אופן לטעמי היה צריך גם לדון פה בתקנת הציבור, הפסק דין זה נתן פחות או יותר באותה תקופה של פסק דין מאיה כן האם זה לא נוגד את תקנת הציבור בישראל שמישהי תצא מנישואים בלי רכוש בכלל? לכן אני חושב שהיה מקום לדון גם בנושא הזה. יכול להיות שהנושא הזה לא עלה על ידי הצדדים אבל בהחלט זו סוגיה שחשוב לדון בה. בפסק דין שחם נגד מנס, הייתה שם טענה לכפייה שהיא בעצם פגיעה במעמד חברתי. היה שם מדובר בעורך דין שגזל כספו של לקוח והלקוח איים על עורך הדין שאם הוא לא יחזיר לו את הכסף, באותו המקרה, על ידי מכירת דירתו של עורך דין ללקוח, אז הוא ידאג לפרסום העניין. בסופו שם לא קיבלו את הנושא של הכפייה כי כבר היה בעבר עניינים בתחום האתי עם אותו עורך הדין, אז בית המשפט לא קיבל את הטענה. אבל בהחלט פגיעה במעמד חברתי יכולה להיות כפייה. שאלה נוספת היא האם עסקה צריכה להיות גרועה מהמקובל? כי הרי זה לא כתוב בכפייה שהעסקה חייבת להיות גרועה מהמקובל כפי שלמשל מופיע בעושה. אבל בפסק דין שארפ נגד בל"ל לפחות לגבי כפייה כלכלית, דובר שם על פגיעה כלכלית, לא על לכל סוגי הכפיות. נראה שהעסקה צריכה להיות גם גרועה מהמקובל או גרועה לפחות. יש כמובן לפסק דין הזה גם הדים מאוחרים יותר בפסיקה, לא בטוח שזה הפך להיות רכיב הכרחי אבל בהחלט אפשר לטעון את זה בכפייה כלכלית. סוגיה נוספת שקשורה לכפייה היא סוגיית האחר מטעמו. הכפייה צריכה להיות על ידי הצד

השני או אחר מטעמו כי המשפט הישראלי בניגוד למשפט האמריקאי, הצרפתי והגרמני בניגוד למשפט העברי, דורש שהכפייה תעשה דווקא על די הצד השני או אחר מטעמו. אז כמובן שהכפייה נעשת ידי הצד השני ממש או על ידי מישהו מטעמו, כמו במקרה של מאיה נגד פנפורד שהוא שלח את אותו בוארון אז אין בעיה. השאלה היא מה קורה כשהכפייה נעשתה בידיעת, כשאומרים מטעמו, זה הכוונה שצד שלישי כפה בידיעתו ובהרשאתו של הצד השני, אוקי. אז השאלה מה קורה עם הכפייה נעשתה רק בידיעתו של הצד השני אך לא בהרשאתו? למשל בפסק הדין דיור לעולה נגד קרן, החברה שם ידעה שהשכנים מאיימים אבל היא לא הרשתה את זה. הנושא הזה לא על הסוגיה הזאת, הבעיה הזאת לא עלתה בפסק הדין המחוזי וגם לא בפסק הדין בעליון. למרות שזה היה מקרה קלאסי לדון בזה. הספרות חלוקה בעניין הזה, פרופסור זמיר סבור כשמדובר בידיעה ובלי הרשעה פוזיטיבית, עדיין אפשר לראות בזה "כי מטעמו" כי זה מין ידיעה והסכמה בשתיקה, זה יכול להיכנס לסעיף. לעומת זאת, הפרופסור שלו סבורה שזה לא נכנס לסעיף, כי צריכה להיות ידיעה והרשאה ולכן אפשר לקבוע לפי סעיף 12 לחוק החוזים, אז זה בהקשר הזה. דרך אגב, בהצעת הקודקס שיש שמה את סעיף 114 שמשם עולה שהמקרה הזה, המקרה של ידיעה, זאת אומרת, ללא הרשאה פוזיטיבית. גם הוא, דינו יהיה כמו כפייה רגילה, דהיינו, הנכפה יוכל לבטל את החוזה. אז אפשר ללמוד מהקודקס גם להיות. כאשר הכפייה נעשתה על ידי צד שלישי שלא בידיעתו ולא בהרשאתו של הצד השני, אז פה וודאי זה לא יכול להיכנס לסעיף הכפייה היום. אפשר לראות את זה בפסק הדין הדר נגד פלונית. בהקשר הזה דרך אגב, הקודקס מציע לנו משהו דמוי סעיף 14 ב', שקיים כאשר מדובר בעילת הטעות כאשר הצד השני לא ידע ולא היה חייב לדעת. דהיינו שהנכפה לא יוכל לבטל בעצמו אלא יוכל רק לפנות לבית המשפט ובית המשפט יוכל לשקול שיקולי צדק אם לבטל, הכל כלול טעמים מיוחדים אם לבטל או לא. ואם הוא לא מבטל אז החוזה יישאר ואם החוזה יבוטל, אז הצד הנכפה עוד אפשר לפצות את הצד השני, שאין בו אשמה. הנושא האחרון שאני רוצה לדבר עליו בכפייה זה סעיף 17 ב', שם נאמר שאם איום נעשה בתום לב או אזהרה נעשתה בתום לב, זו לא כפייה, כן. אז פה, הספרות פרופסור שלו ודוקטור צמח, הם מדברים על שני רכיבים שצריכים להתקיים: אמונה בעצם קיום הזכות ושמצעי האיום יהיו בתום לב, אוקי. למשל בפסק דין בעניין שפיר, היה שם מקרה שבו אדם חשב שמישהו רימה אותו, אז הוא זייף מסמך, כן, כדי ללחוץ את אותו אדם שיודה בזה שהוא רימה. אז בית המשפט אמר, אתה בעצם לא האמנת בזכותך כי לא היה לך על מה להתבסס. או בפסק דין בעניין לוטם, כן, היה מדובר שם ברצון לממש שיעבוד על מכוונת נגריה של נגריה א' שהיו בכלל מצויות בנגריה ב'. והבנק שרצה לממש את השיעבוד, לא היה מוכן לחכות אפילו שיגיע מומחה כדי לוודא של מי המכוונת באמת. לכן בית המשפט אמר שלא התקיים שם רכיב של אמונה בעצם קיום הזכות. הרכיב השני, הוא שאמצעי האיום יהיה בתום לב, ומה הם אזהרות בתום לב? אז התראה לפנייה לבית משפט, הוצאה לפועל ששם מתבררים דברים בסכסוכים אזרחיים, זה איום בתום לב. כך למשל לגבי הוצאה לפועל, נאמר בפסק דין לוטם. או התראה להפעלת ערבויות בנקאיות זה אמצעי בתום לב, כך נאמר בפסק דין עלית. אבל איום בפגיעה לרשויות חקירה, משטרה ודומותיה, רשויות החקירה הנוספות, הוא בדרך כלל יחשב אזהרה שלא בתום לב, כך נאמר בפסק דין שפיר לגבי פנייה למשטרה. ולמה? כי אנחנו עדיין מעוניינים שאנשים יפנו למשטרה או לרשויות חקירה אחרות ויתלוננו על מעשים שלא יעשו, אבל אנחנו לא רוצים שחוזים יכרתו רק מתוך החשש של מישהו שיאימו עליו בפנייה לרשות חקירה. אין דומה הדבר של ניהול תיק בבית משפט או חס וחלילה כשמגישים תלונה למישהו הוא עוד עלול להיעצר על כל המשמעויות שקשורות בזה. גם אם הוא יזוכה בסופו של דבר, הנזקים יכולים להיות משמעותיים לאותו אדם ולכן רק בגלל זה יכול להיות שהוא התקשר בחוזה למרות שהוא לא רוצה אותו. כמובן שאיום בפניה לבריונים או איום בפרסום שלילי, כן, גם אלה אזהרות שלא בתום לב. עד כאן לגבי עילת הכפייה. לגבי עילת העושה, אנחנו גם כן מדברים על כמה רכיבים: קיומו של חוזה, קיומו של קשר סיבתי סובייקטיבי, התנהגות העושה, מצב העשוק ושהעסקה צריכה להיות גרועה מהמקובל. אז לגבי עושה גם פה צריך להתקיים חוזה, וגם פה נכון לקיים את הדיון שקיימנו בתחילת עילת הכפייה לגבי השאלה האם הכריתה היא בלתי חוקית, כי עושה הוא בעצם גם עבירה פלילית. האבסורד שבדבר הוא שאנחנו אימצנו את העושה דרך אגב מהמשפט הגרמני, וזה פחות 30 שנה לסיום השואה המשפט הישראלי מאמץ את העושה מהמשפט הגרמני במקום המשפט הישראלי. וזה כמובן דבר אבסורד שהצביעו עליו בעבר פרופסור סיני דויטש וגם פרופסור שלו וכולי. אז קודם כל יש מקום לדון בשאלה האם עושה הוא כריתה בלתי חוקית, אני חושב שבדיני כריתה בלתי חוקית לא צריכים לדון בו אלא אם כן מדובר במכת מדינה. וצריך גם לדון במבחן גמירת הדעת, כן, למשל בפסק דין ברשי, זה היה מקרה שבו עשו עסקה עם מישהו שהיו לו בעיות מנטליות ובעצם בית המשפט הפיל שם את העניין על שלא השתכנע שהתקיימה גמירת דעת ולכן לא היה צריך לדון בכלל בעילת העושה. אז כמובן צריך לשים לב להיבט הזה. דבר נוסף, צריך להתקיים קשר סיבתי סובייקטיבי בין ההתקשרות בחוזה לבין העושה. גם בכפייה וגם בעושה נדרש רק קשר סיבתי סובייקטיבי. לא

צריך להוכיח מה היה עושה האדם הסביר, לא נדרש הקשר הסיבתי האובייקטיבי כפי שהוא נדרש בעילת הטעות, אלא רק קשר סיבתי סובייקטיבי. לגבי התנהגות העושה, צריך להוכיח ניצול. וניצול הוא דורש: א. מודעות, כן, העושה צריך לדעת את מצבו של הנעשה ומודעות יכולה לקרוא לידיעה, עצימת עיניים, כן, ואפילו אי-אכפתיות, כך נאמר, לגבי עצימת עיניים בפסק דין מלון עדן נהריה, בפסק דין סאסי נגד קיקאון לגבי אי-אכפתיות זה נאמר בפסק דין מ.ל נגד ש.ל, דובר על זה גם על ידי הפרופסור סיני דויטש ופרופסור שלו. אבל לא מספיקה המודעות אלא צריך להיות גם מודעות שמנוצלת לרעה וזה נאמר בפסק דין שחם נגד מנס. או אי-מוסריות, כן, בניצול וזה נאמר בפסק דין מלון עדן נהריה בפסק דין סאסי נגד קיקאון. מה הכוונה? אם אדם נמצא במצוקה, כן, אז אם אתה מתקשר איתו בחוזה רגיל, נגיד אדם, הבן שלו חולה והוא צריך ניתוח והניתוח עולה מיליון שקל. והדירה שלו שווה שני מיליון, אז אם אתה קונה ממנו בשני מיליון אז אתה לא מנצל אותו. אתה מודע למצוקה שלו, אתה לא מנצל. מתי אתה מנצל? כשאתה עושה איתו עסקה גרועה מהמקובל. כשאתה אומר לו, אין בעיה אני אתן לך מיליון שקל אבל הדירה שווה שני מיליון. במקרה כזה, יש ניצול של המצוקה, ניצול לרעה. לכן אני חושב, שהסיבה שיש לנו דווקא בעושה רכיב נדרש, עסקה גרועה מהמקובל, זה כי אחרת אין ניצול. אם אתה עושה איתו עסקה טובה, אז מצויין, אנחנו רוצים שגם אנשים שנמצאים במצבי העושה יכולו לעשות חוזים טובים שיכרתו איתם. בכל אופן, אין צורך שהעושה יגרום את המצוקה, כן, העושה לא צריך לגרום את מחלתו של הבן שבגלל זה אבא רוצה למכור את הדירה בחצי מחיר, אלא רק לנצל את זה. לגבי מצב העושה, אז יש לנו ארבע חלופות במצב העושה: מצוקה, חולשה שכלית, חולשה גופנית וחוסר ניסיון. ישנה שאלה, האם המצוקה צריכה להיות מתמשכת? כפי שנאמר על ידי השופט אלון בפסק דין עלית נגד אלקו, השופט טירקל בפסק דין סאסי נגד קיקאון או פסק דין גנץ נגד כץ. או שמספיק רק קושי ארעי וחולף כפי שנאמר בפסיקה על ידי השופט ננדוי בפסק דין סאסי נגד קיקאון, השופט שטרסברג-כהן בפסק דין שפיר נגד אפל ובעוד פסקי דין כמו מלון עדן נהריה, הפסק דין בן אבו, בעזבון המנוח מ.ל נגד ש.ל. אני סבור שדווקא קושי ארעי וחולף הוא זה שיכול להביא את הנעשה להסיט את שיקול הדעת הנכון ולהתקשר בחוזה שהוא גרוע מבחינתו. דרך אגב, בפסיקה בזמן האחרון גם בפסק דין מלון עדן נהריה ובפסק דין בן אבו, באו ואמרו שכאשר יש עסקה שהיא מאוד גרועה מהמקובל, ניתן אפילו להנמיך את הרף של המצוקה לרף של תמימות או חוסר הבנה או חוסר התמצאות. לדעתי הלכו שם בצורה רחבה מדי, ויכלו לעזור לאותו אדם ששותפיו לחברה באו ואמרו לו שבגלל שהוא היה עובד לא מי יודע מה והיו לו גם קצת קשיים כלכליים, שהוא צריך לוותר על המניות בחברה שלו. לאחר מכן החברה נמכרה בסכום של קרוב למשהו כמו 200 מיליון. אז לכן בית המשפט בא ואמר, שהעסקה כל כך גרועה, הוא הפסיד שם כ-60 מיליון, כן, אז במקרה כזה מספיק אפילו שרף המצוקה יהיה מאוד נמוך. רף של תמימות או חוסר הבנה. לדעתי בית המשפט הוריד את הרף שם למטה מידי. והיה צריך לפתור את זה על עילות אחרות כפי שהמלצתי במאמר על ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה. וזה ודאי לא הולם את הרף הגבוה שבית המשפט למשל קבע בפסק דין גנץ נגד כץ. שמה נקבע שחוזה של חנות של 100 אלף דולר לאדם רווק בגיל חמישים ואחד בקהילה החרדית, אז בית המשפט לא ראה שם את המצוקה של אותו אדם, כן, שהוא היה רווק בקהילה שמאוד מקדשת את נושא הנישואים, לא ראה בזה את רף המצוקה הנדרש. כמוכן שלדעתי בפסק דין גנץ נגד כץ, רף המצוקה, שמו אותו במקום גבוה מידי ובפסק דין בן אבו שמו אותו במקום נמוך מדי. כמוכן שהמצוקה יכולה לבוא לידי ביטוי גם בזה שאין אלטרנטיבה למישהו לפעול, כמו שנאמר בפסק דין מלון עדן נהריה. רובריקה נוספת היא למשל חולשה שכלית, כך כתוב בחוק. עכשיו מה זה חולשה שכלית? זה לא פער בהשכלה למשל וכולי. למשל בפסק דין שילון נגד קימחי, היה מדובר שם במישהי שהיתה לה מחלה נפשית אבל היא לא הוכרזה כפסולת דין. ומה שקרה שם שהקרובים של אותה אישה אמרו לאדם שרצה לקנות ממנה את הזכויות, הייתה לה איזושהי זכות במקרקעין, שלא יעשה איתה עסקה כי היא חולת נפש ושלא ינצל אותה. והוא אכן ניצל אותה וקנה ממנה את הזכות בקצת יותר מחצי מחיר. אז בית המשפט הכיר שם בחולשה השכלית של אותה גברת כדי להכיר במקרה של עושה. כך עלה גם בפסק דין סאסי נגד קיקאון, על ידי אחד השופטים שהכיר שם במקרה של חולשה שכלית. טוב צריך לזכור שאנחנו מדברים בעצם על מקרה, האנשים שמתאימים לנושא של חולשה שכלית הם אותם אנשים שנמצאים בטווח בין אנשים שאין להם שום בעיה בתחום, לבין אנשים שהוכרזו כחסרי כשרות. כשאדם הוכרז כחסר כשרות, ממילא כשמדובר בעסקאות חשובות, האפוטרופוס שלו צריך לאשר את זה ואם מדובר בעסקאות מאוד חשובות אז בית המשפט אפילו צריך לאשר את זה, לכן שם פחות בעיה. אבל אנשים שלא הוכרזו כחסרי כשרות אז אפילו שהיו ראויים להיות כאלו, הם לא נחשבים חסרי כשרות. ולכן הם פוטנציאליים לצערנו שינצלו אותם, את חולשתם השכלית לצורך כריתת חוזה גרוע מהמקובל. או שאפילו אנשים שגם אם היו דנים בהם לא היו מכריזים בהם כחסרי כשרות אבל יש להם בעיה כזאת או אחרת בתחום של חולשה שכלית, אז הם לצערנו פוטנציאל שינצלו אותם. דרך אגב בעניין הזה הקודקס קצת יצמצם את רחב

היריעה, כי בקודקס אם אתה תעשה חוזה לפי סעיף 18 להצעת הקודקס עם מישהו שהיה ראוי להיות מוכרז כחסר כשרות, וידעת על זה או היה עליך לדעת על זה, בעצם אותו אדם יחשב לצורך החוזה כמי שדיני הכשרות המשפטית חלים עליו. כמובן שיכולה להיות גם רובריקה נוספת היא חולשה גופנית, כן, למשל מנצלים אדם. נגיד שאדם הוא סוחר דירה בקומת קרקע כי הוא נכה ואין לו אלטרנטיבות אחרות, ומעלים לו את המחיר פי שניים בחידוש חוזה השכירות כי מבינים שהוא חייב את החוזה הזה. אז זה יכול להיות ניצול של חולשה גופנית כעושה. ויכול להיות חוסר ניסיון, זו הרובריקה האחרונה. מה הכוונה חוסר ניסיון? הכוונה יותר חוסר ניסיון ככה הפסיקה אמרה בעבר שטובע באדם או כשמדובר באדם צעיר יחסית. למשל בביקר נגד חלבי, נציג של קרנית, החתים אדם בסביבות גיל 18, בחור צעיר שהרכיב חבר שלו על אופנוע ולא היה שם ביטוח והחבר נפגע. אז החתימו לא את הרכב אלא את החבר שנפגע, החתימו אותו על ויתור, כן, על הסכום שקרנית הייתה צריכה לשלם לו. כי הרי כשאין ביטוח קרנית משלמת, למי שהרכיבו אותו, ואחר כך היא תובעת את הנהג עצמו באופנוע. כן, אז הנציג של קרנית בא לאותו אדם שהרכיבו אותו ואמר לו, תשמע אם אנחנו נשלם לך ואמורים לשלם לך סכום גדול, אנחנו בעצם נתבע את זה מהחבר שלך. ואותו אדם בעצם בגלל היותו בחור צעיר בן 18 בגלל שהיה חסר ניסיון, הוא גם היה במצוקה, הסכים לחתום על החוזה כזה שוודאי היה גרוע מהמקובל. כן, כי במקום לקבל סכום גדול הוא לא קיבל שום דבר. אז בית המשפט הכיר פה במצב של עושה. גם פה דרך אגב בפסק דין בן אבו, אותו מקרה עם אדם שויתר על המניות, בית המשפט, גם את הרכיב הזה של חוסר ניסיון, פירש בצורה מאוד ליברלית כתמימות, חוסר הבנה או חוסר התמצאות או בחוזים בכלל או בחוזה מסוים ואפילו בחוזה שנכרת. וזה נעשה עוד הבסיס אמירות קודמות שהיו בפסק דין מלון עדן נהריה וזה בגלל שהעסקה הייתה מאוד מאוד גרועה ואת הביקורת על העניין הזה כבר אמרתי קודם. הרכיב האחרון שיש לנו בעושה זה שהעסקה צריכה להיות גרועה מהמקובל. למה דווקא ברכיב הזה המחוקק קבע בחוק עצמו במפורש שזה כך צריך להיות? פרופסור אייל זמיר טוען שהסיבה שעושה הוא בעצם פגם חלש יותר מבחינה מוסרית. כי בהטעייה המטעה, מטעה את האדם ובכפייה הוא מאיים עליו, הוא יוצר את הבעיה. בעושה, העושה לא יוצר, לא חייב להיות זה שיצר את הבעיה לנעשה, אלא רק ניצל אותה. אני כאמור חושב שההצדקה לרכיב היא שבלעדי עסקה גרועה מהמקובל אין ניצול. כן, כי אם אני עושה עסקה עם מישהו שנמצא במצוקה ואני עושה איתו עסקה טובה, במחיר ראוי אז זה לא עושה. המבחן הוא כמובן מבחן אובייקטיבי. השאלה היא לא האם אדם חשב שהעסקה גרועה או לא, אלא אם, אובייקטיבית היא עסקה גרועה או לא, כך נאמר בפסק דין מלון עדן נהריה. ההשוואה היא למקובל, כן, הייתה שאלה בפסק דין עלית נגד אלקו מה קורה כשאין מקובל, אין חוזה מקובל? אז שם השופט שמגר אמר שאפשר להשוות, למין איזה חוזה ראוי, שבית המשפט יצור לעצמו וישווה לראוי. השופט ברק השאיר בצריך עיון האם אפשר להשוות לראוי גם במקרים שיש חוזה מקובל? לדעתי זה לא רלוונטי, כאשר מדובר בסעיף שהוא מקובל אבל לא ראוי וגם יש את זה להרבה מאוד אנשים אחרים שחתמו על החוזה הזה ולכן הוא מקובל, אז זו לא בעיה של עושה. או שהטענה היא אישית, שאדם אומר בגלל המצוקה, בגלל החולשה שלי, השכלית או הגופנית חתמתי על החוזה. אם הסעיף הוא מקובל אז זה לא קשור לעושה. הכלים לטפל בזה, דיני החוזים האחידים, דיני תקנת הציבור, לא דיני העושה. לגבי סבירות הגרועות, כמובן זה תלוי בסוג הנכס ככל שהמשרד, מחיר התנודה שלו היא יחסית גבוהה כמו בכלי רכב, שאתה יכול לקנות גם ב 10% פחות ממחיר השוק במקרה רגיל אז זה לא בהכרח עושה, זה צריך להיות הרבה יותר גרוע. לעומת למשל, אחוזים שמשלמים במשכנתאות שנעים לפעמים בין 4.3 - 4.1 אז שם כל אחוז זה כמובן מאוד רלוונטי. מה קורה לגבי עושה בחוזה מתנה? אז בחוזה מתנה, הרי חוזה מתנה הוא חוזה הפסדי ביסודו, אתה נותן משהו ולא מקבל. אז איך אפשר לטעון לעושה? אז בפסק דין מ.ל נגד ש.ל, באו ואמרו שבעצם, הרכיב הזה, נעשה לו טוויסט קטן. במקום לבדוק אם העסקה גרועה מהמקובל, אנחנו נבדוק האם היה ראוי לתת מתנה במקרה כזה, האם היה מקובל? למשל שההורים נותנים, ההורים אמידים, יש להם לתת חצי דירה או דירה לילד במתנה בחתונתו, זה מקובל. אבל שם היה מדובר באישה שבדיוק בעלה נפטר ועוד לפני הלוויה, הבנים שלו, שלא היו הבנים שלה, שגם קצת מיררו את חייה ועובדה שהתלוננה עליהם למשטרה. דרשו ממנה לוותר על חלקה בצוואה, עבורם. דהיינו בסוג של חוזה מתנה. בית המשפט אמר ששם, בעצם מתנה היא לא דבר מקובל בנסיבות הללו. ודבר אחרון, בהצעת הקודקס יהיה לנו מין איזה מסלול ירוק לעושה, יהיה לנו סעיף קטן ב' נוסף, סעיף 115, ששם במקום להוכיח את כל רכיבי העושה כפי שהופיעו בסעיף קטן א' כפי שהם היום. תהיה חזקה שתאמר שאם יש יחסי תלות, עסקה גרועה מהמקובל אז חזקה שזה עושה. במקום להתחיל להוכיח את כל הרכיבים, כמובן שזו תהיה חזקה שניתנת לסתירה אבל אם לא תיסתר, אז באמת יוכר נושא העושה. תודה רבה ולהתראות. *האזנתם לפודקאסט האקדמי של שערי מדע ומשפט. תודה ובהצלחה במבחנים.* (סגיר+מנגינה)