

ספר גבריאלה שלו
עיונים בתורת החוזה

ספר גבריאלה שלו עיונים בתורת החוזה

יהודה אדר אהרן ברק אפי צמח

עורכים

נבו



ESSAYS ON CONTRACT LAW AND THEORY
IN HONOR OF GABRIELA SHALEV

Yehuda Adar Aharon Barak Efi Zemach

Editors

הפקה: טלי פלד
עריכה לשונית: יהודית ידלין
עיצוב כריכה: סימה בן חיים
מערכת: דרור נבו

מסת"ב 978-965-442-221-5 ISBN

©

זכויות היוצרים שמורות
התשפ"א-2021

נבו הוצאה לאור בע"מ
ת"ד 43 צפריים 9983000
טל' 02-9992099; פקס' 02-9992088
nevo@nevo.co.il

ספר זה הופק בסיועו ובחסותו האקדמית של "דין ודברים"
כתב העת של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה

עורכים

יהודה אדר אהרן ברק אפי צמח

סגני עורך

מאיר ירום, דניאל סילברמן, גיא ירום

חברי "צוות ספר שלו"

יובל אדמתי, ליאור אטיה, אריאל הראל, נוי וידה, רומן מגריל, ברק מילאל

חברי מערכת

חברי מערכת כתב העת "דין ודברים" שסייעו בעריכת הספר ובהפקת גיליון י(2) של כתב העת שהוקדש לגבריאלה שלו: יובל אדמתי, מעיין אזוגי חדש, ירדן אנקב, שירי ברשצקי ורנר, ניב וניש, גיא חייק, רועי יפתח נפתלי, גיא ירום, ליאור ישראל, רומן מגריל, ברק מילאל, דניאל סילברמן, אור פי-אל, אפרת רוזן-לפידות, דניאל תרזי שוורץ, אופיר שיר-רוז

תוכן עניינים

הקדשת העורכים י"א

שער ראשון: דיני חוזים – עקרונות והיבטים עיוניים

דורון טייכמן, איל זמיר ויובל פרקש ניתוח התנהגותי של דיני החוזים: ממצאים אמפיריים, תובנות תיאורטיות והשלכות משפטיות..... 3

רועי קרייטנר על הפלורליזם החדש בתאוריה של חוזים..... 53

אריאל פורת תמריצי הנפגע החוזי ואנטי-ביטוח..... 69

עלי בוקשפן חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים..... 87

אביגיל פאוסט שיקול ההדדיות בדיני החוזים: מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית..... 125

שער שני: דיני חוזים והחוקה

אהרן ברק הזכות החוקתית ודיני החוזים..... 173

שער שלישי: דיני חוזים והמשפט העברי

ברכיהו לפשיץ מהותה של ההבטחה במשפט העברי..... 221

בנימין פורת חוזה לרעת אדם שלישי..... 249

שער רביעי: סוגיות בכריתת חוזה

מנחם מאוטנר רק החוזה המקצועי, ולא זיכרון הדברים, צריך ליצור זכויות וחייבים בעסקאות במקרקעין..... 303

נילי כהן הסכמה וחוזה הכרוכים בהולדה..... 331

ז

שער חמישי: פגמים בכריתה

- איל זמיר טעות בכדאיות העסקה: שווי האובייקט, התרחשויות עתידיות, נטילת סיכון ורשלנות
הטועה 381
- חגי ויניצקי ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי 415

שער שישי: פירוש חוזה ותוכן החוזה

- אליעזר ריבלין על כוונת הצדדים, כוונת המחוקק וכוונת הפרשן: ממשולש למעגל שוטה (בעקבות
תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי))..... 497
- עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן-ציון תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת
כשחשוב לנו לאן נגיע? 523
- שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין חוזה ויחסים: המקרה של שינוי חוזה בהתנהגות 567

שער שביעי: תרופות בשל הפרת חוזה

- יצחק עמית פיצוי מוסכם – סוגיות והיבטים 621
- דניאל פרידמן היבטים כלכליים בפיצויים ובאכיפה: השוואה 661
- ליאון יהודה אנידג'ר לקראת התקרבות גלובאלית של דיני אכיפת חוזה 685
- בנימין שמואלי ומשה פוקס תביעות חוזיות בגין סרבנות גט 735

שער שמיני: חוזים אחידים ומיוחדים

- אולגה פרישמן תניות אחידות ענפיות: אפיון והצעה לאסדרה 803
- רונית לויך שנור ויובל פרוקציה חופש החוזים או החופש לחוקק: בעקבות אסדרתו הקוגנטית של
חוזה השכירות למגורים 843

שער תשיעי: חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית

877 יצחק זמיר דיני חוזים מנהליים: ענף של המשפט המנהלי?

957 דפנה ברק-ארוז סעדים כספיים במכרזים ציבוריים – בין זכויות לתמריצים

שער עשירי: לשון, שפה ומושגי יסוד בדיני חוזים

991 אסתר חיות על לשון בני אדם וכתובת פסקי דין

995 יהודה אדר גמירת דעת ומסוימות – הילכו שתיים בנפרד?

1071 מפתח נושאים

הקדשת העורכים

החוזה הוא תופעה משפטית עתיקת יומין ועם זאת דינמית ומשתנה. החוזה, דיני החוזים וחקר התופעה החוזית פושטים ולובשים צורה מדור לדור ומחברה לחברה. אין צריך לומר שהאינטראקציה החוזית תופסת חלק חשוב וחיוני בחייהם של המשפט, הכלכלה, החברה והמדינה ובחייו של כל אדם בגיר בישראל ומחוצה לה.

הספר שבפניכם – ספר גבריאלה שלו – הוא אות של הוקרה ואהבה למשפטנית, חוקרת ומורה דגולה. פרופ' גבריאלה שלו – גַבִּי, כפי שמכנים אותה מכריה הקרובים – היא דוגמה ומופת לרבים באישיותה המיוחדת, בצד היותה אחת מהדמויות הבולטות, המוכרות והמוערכות ביותר בקהילה המשפטית בישראל. השפעתה המעצבת על המשפט הישראלי היא כה רחבה וכה עמוקה, עד שקשה להתייחס לתחומים שבהם פעלה מבלי שנוכחותה תורגש – בין במישורין, בין באופן סמוי ועקיף. כך בכל תחומי עשייתה המגוונים של גבריאלה שלו, וכך בתחום המחקר המובהק ביותר שלה – דיני החוזים.

לא באנו לתאר כאן את מפעל חייה העשיר של עמיתתנו, מורתנו וחברתנו היקרה, אשר עבור חלקנו גם "אם רוחנית" היא. אף לו ניסינו, הרי לא יכולנו לפַרְט כאן את אינספור הרישומים שהותירה במגוון מישורי העשייה שבהם פעלה לאורך חייה המקצועיים ושבהם הטביעה את חותמה: המישור האקדמי, החינוכי, העסקי, הציבורי, הלאומי והבינלאומי. קצר המצע מהשתרע. לא זו בלבד שניסיון שכזה לא יצלח אלא שהוא יהיה בגדר סטייה מן ה"צו" הסגנוני של פרופ' שלו; כל מי שמכיר את כתביה של גבריאלה שלו וכל מי שזכה לעבוד לצידה, יודע היטב כי רבת-האמן של הכתיבה החדה והמלוטשת דוגלת ב"אמנות הקיצור" וב"כל המוסיף – גורע".

ובכל זאת, לב-ליבם של הדברים ראוי שייאמר. דיני החוזים בישראל, למן ראשיתם, טבועים בחותמה האישי של גבריאלה שלו. יודעים כולנו כי בראשית ימיה של מדינת ישראל עיקר דיני החוזים נשאב משרידי המגילה העות'מאנית וממורשתו של המשפט האנגלי, שבמשך עשורים אחדים שימש למילוי חללים ריקים בשיטת המשפט הישראלית. מצב זה השתנה לבלי הכר עם תנופת החקיקה האזרחית החדשה, המקורית, אשר במסגרתה נחקקו גם חוקי החוזים – המיוחדים והכלליים. אלא שחוקים אלה לבדם לא יכלו לשמש מקור בלעדי לעיצוב דמותם של דיני החוזים בישראל. יישומם של חוקים אלה חייב מקור השראה רעיוני עמוק שסייע בביאורם, בפיתוחם ובעיצובם ברוח הישראלית המתהווה. תפקיד עיקרי וראשון במעלה נטלו כאן חוקרי משפט מן השורה הראשונה, שבכשרונם וידענותם הציצו פירוש וביאור לדין החקוק, סללו דרכים למילוי חסרים בו והניחו אמות מידה להערכתו הביקורתית ולהמשך פיתוחו. בהיותה דור שני בשושלת אינטלקטואלית שתחילתה בגד טדסקי, "אבי המשפט האזרחי בישראל", והמשכה בתלמידיו המובהקים, נטלה כאן על עצמה פרופ' גבריאלה שלו תפקיד מוביל. כבר במהלך שנות השבעים של המאה הקודמת היה הליך היצירה שלה בעיצומו. בהדרגה ובהתמדה פיתחה ועיצבה שלו בכתביה ובפירושיה מאירי העיניים את דיני החוזים, בהניחה מסד עיוני איתן לניתוחם וליישומם בחיי המעשה ובפסיקתם של בתי המשפט. ואלה, ובראשם בית המשפט העליון, חלקו כבוד ויקר לחוקרת הצעירה ולכתביה, שנמצאו להם כמים להלך צמא במדבר, אבן שואבת לפיתוחם

יא

וליישומם הלכה למעשה של דיני החוזים המתהווים. כך היה אז, וכך נותרו הדברים עד לעצם ימינו. זו היא, בתמצית, ההיסטוריה של דיני החוזים בישראל: כך קברו וחברו להם יחדיו תנופת החקיקה, עושרה וחכמתה של הפסיקה וכישרון מדעי מופלא של חוקרות וחוקרים כדוגמת פרופ' שלו, כדי לכונן את דיני החוזים המודרניים של מדינת ישראל.

* * *

אסופת המאמרים המדעית המקיפה שבפניכם אוצרת בחובה עשרים וחמישה מאמרים מקוריים, המשקפים יחד את העושר העיוני והמחקרי בתחום דיני החוזים. עיון קל בתוכן העניינים ילמד שהשתתפו ביצירה שלושים ואחד כותבות וכותבים, רובם ככולם בעלי שם בתחום החוזים או בתחומים המשיקים לו. כבוד גדול הוא לנו, ולמפעל ספר שלו, שעם אלה נמנים גם שבעה שופטות ושופטים של בית המשפט העליון (שלושה שופטים בדימוס, וארבעה שופטים מכהנים) שתרמו מפרי עטם להגות, לתיאוריה ולפרקטיקה של דין החוזים העכשווי.

כתבי היד המכונסים כאן, ברובם המכריע, נכתבו במיוחד לכבוד ספר שלוו*. הם נוגעים כמעט בכל ענפי המשנה של דיני החוזים ומתפרסים על פני קשת נרחבת של נושאים, שיטות, זוויות ראייה ואידאולוגיות. כולם הוקדשו אישית בעת שנכתבו – ומוקדשים כעת פעם נוספת – על ידי כל אחת ואחד מהחוקרות והחוקרים שעמלו והגו בהם, לכלת המפעל, שרוחה שורה על כל עמוד ועמוד בספר. כל זאת כאות הוקרה לאבירת דיני החוזים על תרומתה רבת השנים לעיצובם ולפיתוחם של דיני החוזים, תורת החוזה וחקר החוזה במשך למעלה מחמישה עשורים.

זכות גדולה היא לנו, העורכים, שנסתייע בדינינו להגות, להנחות ולראות בהשלמתו של "מפעל ספר שלוו". ראשית יזמה לפני כחמש שנים, בעת שיהודה אדר שימש עורך "דין ודברים", כתב העת המשפטי הכללי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. יחד עם אהרן ברק ואפי צמח נרקמו והתוו קווי המתאר של מפעל המחקר והוגדרו שתי תכליותיו המשולבות, האחוזות זו בזו: האחת – העמדת אבן פינה ואות הוקרה למפעל חייה המקצועי והאישי של גבריאלה שלו; והשנייה – העמדה לרשות הקורא הישראלי של ספר עיון ייחודי שטרם נראה בתחום החוזים: קובץ מקיף אשר ירכז תחת יריעה אחת את פירות מאמצי העיון של מיטב ומירב המוחות של קהיליית החוזים הישראלית לדורותיה.

כפי שמלמד תוכן העניינים, וכעולה מן התמציות הניצבות בפתחו של כל מאמר, כ"ה המאמרים שבספר פרושים על פני עשרה שערים ונוגעים במירב תחומי המחקר החוזי: דיני כריתת החוזה, דיני הפגמים בכריתה, פרשנות החוזה ותוכנו, דיני התרופות, חוזים אחידים, חוזי שכירות, חוזי רשות ומכרזים – כל אלה זכו בעיונים מחודשים ומקיפים. כן נבחנו – לעתים ממעוף הציפור, לעתים באופן ממוקד – כמה ממשקים מאלפים בין תופעת החוזה לבין ענפי משפט ותחומי דעת אחרים, ובהם: העקרונות המוסריים של דיני החוזים, הממשק שבין דיני החוזים לבין דיני החוקה ושבינם לבין דיני המשפחה, יחסי הגומלין שבין דין החוזים הנוהג לבין דיני החוזים של המשפט העברי, ואלה הרוחשים בין הדין החקוק וההלכתי לבין הלשון, השפה והבלשנות. כן נדונו באחדים

* שמונה מבין המאמרים פורסמו כסנונית ראשונה של "ספר גבריאלה שלו" בגיליון מיוחד של כתב העת המשפטי "דין ודברים" (כרך י', חוברת 2, סיוון תשע"ח, מאי 2018).

מהמאמרים הארות מתחומי המשפט והכלכלה, מתחום הניתוח ההתנהגותי של המשפט, ומתחום חקר התיאוריה החוזית.

יגיעה רבה יגענו – וגם יגענו – את הכותבים המסורים שנרתמו עימנו למלאכה התובענית ושפטנו עימנו בדרך הארוכה אל קֶרֶגְמֶר זה. לנגד עינינו הצבנו מתחילת הדרך את הרצון להעמיד יצירה מקיפה ורב־גוונים, בצד השאיפה להבטיח כי ייכללו בספר מאמרים ברמה הגבוהה ביותר. עמידה ביעד זה לא היתה אפשרית אלמלא עזרתם והתמסרותם של כל מי שנטלו חלק במפעל זה, ואשר להם נרצה כעת להכיר שלמי תודה: ראשונים, הכותבות והכותבים, שנכונותם להקדיש מזמנם, מרצם וסבלנותם היתרה כלפינו, העורכים, אפשרו את קיומו של המפעל מתחילה ועד תום. אחריהם, ואף הם ראשונים, חברות וחברי מערכת כתב העת "דין ודברים", תלמידי הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. חברי המערכת כולם, ובפרט אלה מהם שהתנדבו לכהן ב"צוות ספר שלוו", ראויים למלוא ההערכה על שנתיים של עבודה מאומצת שבהם העבירו תחת עינם הפקוחה עשרות טיוטות, ניסחו ביקורות, העבירו לכותבים הצעות לשיפורים ושינויים, ובמקרים אחדים אף דחו הצעות לכתבי יד שלא עמדו ברף שהציב כתב העת לפרסום. כל זאת עשו חברי הצוות המוכשרים שלנו תחת ניצוחם של שלושת סגני העורך המעולים שבהם התברכנו: מאיר ירום, שתרם תרומה שלא תסולא בפז לתהליך בקרת האיכות, דניאל סילברמן שהנהיג, הכניס שיטה, הוביל והאיץ את עבודת המערכת בתקופה מכוננת וקריטית, וגי'א ירום, שהמשיך בפיקוח על עבודת הצוות במסירות וברוח התנדבות שאין שנייה לה. ובל נשכח את עבודת המיפתוח הקשה, שעליה עמלה במסירות ובכישרון רב ליאור אטיה, בסיועם החשוב של עוזרי המחקר הנאמנים נוי וידה ואריאל הראל. אחרונים חביבים יבואו על הברכה והתודה אנשי ונשות הוצאת נבו, ובראשן טלי פלד מפיקת הספר ויהודית ידלין עורכת הלשון. תודתנו והערכתנו נתונה להן ולהוצאה לאור על שיתוף פעולה לאורך תקופה ארוכה זו, על סבלנותן הרבה ועל עזרתן החיונית בהפיכת החזון למציאות.

לא נוכל לחתום שורות אלה מבלי להוסיף כאן מילה אישית. כל אחד מאיתנו, העורכים, זכה בשעתו לשעות ארוכות של קורת רוח, עושר רוחני ואושר נפשי, במחיצתה, בצילה ולאורה של כלת ספר זה, גבריאֵלה. כל אחד מאתנו חייב לה חוב שלא יוכל להיפרע. ובכל זאת, הרשי לנו, גבי, להקדיש לך כאן, בפרפרזה עדינה על דברי המשוררת הלאומית, שורות אלה:

נְעוּלָל פְּגָפָן
שְׁאֲרִית הָרֶחֶשׁ
וְנִשְׁלַח מְנַחֵה לְךָ
מִזְמַרְת לְבָבְךָ ...

זו תְּרוּעַת הָאֶשֶׁר
כֶּה נִקְשֶׁר הַטָּנָא
וְנִשְׁלַח אֵלֶיךָ --
לו תִּשְׁמַחֵי בְּשִׁי.

אפי צמח

אהרן ברק

יהודה אדר