**תקנת הציבור –**

סעיף 30 לחוק החוזים.

דוג' – הדרת נשים. יש הרבה מאוד דרכים לתקוף את התופעה. עד כמה דין החוזים צריך להתערב כדי להכפיף גופים מסוימים לנורמות של שוויון?

סעיף 30 לחוה"ח קובע את עניינו של **חוזה פסול**. חוק החוזים כולו, לכל אורכו, מסודר בצורה אנלטית ומוקפדת, הוא משקף את חיי החוזה, מתחילתו ועד לסופו. **פרק א'** – מנגנון היווצרות החוזה. **פרק ב'**- שלב הכריתה וקצת לפני כן ושלבי הפרת החוזה. **פרק ג-** תוכן החוזה. עד כה, בפרקים א' וב', החוק מניח לנו את התשתיות של עקרון חופש החוזים, ע"י עקרונות כגון מפגש רצונות הצדדים, שבפרק א'. פרק בי עוסק בשאלה – מה קורה כאשר אין חופש חוזים אמתי? אנו יכולים לראות את נק' המוצא העקרונית של חוה"ח – חופש החוזים.

בפרק ג' רואים **התנגשות חזיתית עם חופש החוזים**. **סעיף 30 עומד בניגוד מסוים לסעיף 24.** סעיף 24 הוא ההשתקפות המובהקת ביותר של חופש החוזים, אין חופש חוזים גדול מימנו. **סעיף 30 לחוק קובע גבולות סטטוטוריות מעוגנים בחוק, מפורשים, לכוחם של הצדדים לעצב את תוכן החוזה**. סעיף זה מבהיר **שקיימות הסכמות מסוימות של הצדדים, גם אם מדובר במפגש רצוני ואין פגמים, שדין החוזים לא יכבד, הסכמות שלא יאכפו**. סעיף זה משקף ביטוי לשיקולי מדיניות חוזיים ולא-חוזיים.

נק' המוצא – סעיף 24 לחוה"ח (חופש החוזים). ההתנגשות הינה ע"י סעיף 30 לחוה"ח.

חוק החוזים האחידים מהווה הגבלה מסוימת על חופש החוזים, וגם הפגמים בכריתה (פרק ב'), שכן הם מגבילים את חופש החוזים – נותן כוח ביטול. לפי פרק ב', ניתן להתערב בחוזה, במקרים מסוימים, ולקבוע כי הוא בטל. יחד עם זאת, ההתערבות בסעיף 30 לחוה"ח בחופש החוזים היא **התערבות גסה ובולטת הרבה יותר בחופש החוזים של הצדדים**. ההבדלים בין ההתערבויות השונות 30, נעוצים במס' נק':

1. טיב ההתערבות – בעוד שההתערבות בפרק ב' לחוה"ח עוסקת במה שלא סוכם ע"י הצדדים (כי צד אחד טוען שהוא פגום רצון), **בסעיף 30 ההתערבות עוסקת במה שכן סוכם בין שני הצדדים**, הסדר ששני הצדדים מעוניינים בו. **חרף הסכמה זו, מתערבים ולא מאפשרים את קיומו של ההסדר**.
2. המיקום הכרונולוגי של ההתערבות – מבחינה זו, בפרק ב' אנו מתערבים בחוזה בשלבים מאוד ראשוניים שלו. אנו מתערבים בשלב הכריתה. **בסעיף 30 אנו מתערבים בתוכן החוזה**, בשלב שהקרינה החוזית היא הרבה יותר גדולה, **אנו בשלב התוך חוזי**, ההתערבות יותר דרסטית מבחינה המיקום הכרונולוגי.
3. עילת ההתערבות – ככל שמדובר בפגמים בכריתה, עילת ההתערבות היא הרבה יותר אינטואטיבית, היא נעוצה בצדדים עצמם, ולא בעקרון חיצוני לצדדים. בפרק ב' החוק מנסה לתקן פערים בין שני הצדדים, לתקן עוול, להשיב את האיזון ביניהם. עילת ההתערבות נובעת מהצדדים עצמם. לעומת זאת, **בסעיף 30 מדובר בשיקולים שהם חיצוניים לצדדים, לא קשורים בכלל לצדדים, מדובר בעקרונות היסוד של השיטה. עילת ההתערבות היא חיצונית לצדדים.**
4. תוצאת ההתערבות – בפרק ב', החוזה ניתן לביטול. **בסעיף 30 החוזה בטל מעיקרו**, כאילו לא נעשה דבר, התוצאה היא הרבה יותר דרסטית.

מהן התוצאות שנובעות מבטלות החוזה לפי סעיף 30?

אין מדובר אך ורק בבטלות. **התוצאות המוסדרות מעוגנות בסעיפים 30 ו-31. סעיף 30 קובע שהחוזה בטל. ס' 31 מוסיף על הקביעה הזו** – הוא קובע מנגנון בו יש לביהמ"ש שיקול דעת רחב, והפעלת שיקולי צדק בדיעבד, שעה שביהמ"ש הכריז על חוזה כחוזה פסול, מבחינת התוצאות שלו. סעיף 31 מבטא התרחקות מהחוק המנדטורי. סוגיית החוזה הפסול היא אחד הביטויים המובהקים להתרחקות מהחוק המנדטורי, שסולד לחלוטין מחוזה פסול, ביהמ"ש לא יתעסק ולא ילכלך ידיו בחוזה פסול, הוא מכריז על בטלותו, ולא עוסק בו יותר – זוהי גישת הסלידה הקלאסית של החוק המנדטורי. הרתיעה הזו גררה עמה תוצאות מאוד קשות-ההפסד מכוח החוזה הזה, נשאר במקום שהוא נוצר, אין אכיפה, אין השבה ואין חיובים, התעלמות גמורה. התוצאות כה קשות, **שהשופט חיים כהן, טען כי לא רק שהוא מחפש אי-חוקיות, הוא מחפש אפוא גם דרכים להווצרה.**

**בראשית דרכו, ניסה ביהמ"ש בשלא למצוא חוזים פסולים, נוכח התוצאות.** אז נכנס חוה"ח ונוצר מצב אחר. **פסלות לחוד והתוצאה הנובעת מכך לחוד**. למשל **פ"ד זגורי – דוג' לחוזה בלתי חוקי**, שהוא תחת המטריה של ס' 30. החוק קובע שבהתחייבות מעין זו, יש לתת פיצויי פרישה מוגדלים, צריך את אישור שר האוצר. הצדדים במקרה זה לא קיבלו את האישור, הם אפילו לא פנו לשר האוצר, הם כרתו את ההסכם ביניהם. מה דין החוזה? אם הוא בלתי חוקי, מהן התוצאות הנובעות מכך? ביהמ"ש בחן את החוזה על שתי אפשרויות – חוזה על תני מתלה (ניסה לחלץ את החוזה מאי-חוקיות ומחוזה פסול) וחוזה בלתי חוקי. אם החוזה הינו על תנאי מתלה, הוא איננו פסול, שכן הוא אינו נוגד את ההוראות לקבל היתר משר האוצר, אלא להיפך. אלא **שביהמ"ש לא הצליח למצוא שום דרך לבסס קיומו של תנאי מתלה**, הצדדים לא התייחסו כלל לעניין. כיוון שכך **ביהמ"ש נאלץ לשים את החוזה במשבצת של חוזה בלתי חוקי – חוזה פסול**, **חוזה שנכרת בניגוד להוראת חוק** (שקובעת את הצורך באישור שר האוצר). ביהמ"ש ניסה שלא להגיע למצב זה, ניסה לפרש את החוזה באופן שיראה כחוזה על תנאי מתלה. אולם במקרה דנן לא היה מנוס מלקבוע שהחוזה הוא חוזה בלתי חוקי, דהיינו חוזה פסול. התוצאה לא הייתה נכונה לביהמ"ש ולא מתחייבת מהסעיף, כיוון שזגורי בכל מקרה יקבל איזשהו חלק ביניהם מוגדל, לא 200, אל 170.

התוצאות של השילוב של סעיפים 30 ו31:

1. בטלות יחסית – מעין מנגנון החרגה, מפרידים את החוזה לחלקים, מפרידים את החלק "החולה" והחלק שניתן לקיים, **לא גוררים את בטלות כל החוזה**. מבחינת חופש החוזים, ההתערבות חלקית בלבד, לכן זה עדיף. **ביהמ"ש מצמצם את התערבותו באוטונומית הרצון של הצדדים**, הוא יתערב אך ורק לחיוני ביותר. אולם, לא כל חוזה ניתן להפרדה, חוזה ניתן להפרדה, ע"ס המבחן – האם לאחר שנפריד את החלק החולה מהבריא, עדיין יישאר חוזה, הסכם, שמגשים את תכליתו של ההסכם המקורי?
2. חובת ההשבה – רישא סעיף 31, מפנה לסעיף 21 לחוה"ח, שנוגע לחובת ההשבה לאחר ביטול החוזה.
3. צו לקיום חיוב חוזי – זוהי התוצאה הקיצונית ביותר. בנסיבות שביהמ"ש רואה לנכון, נוכח נסיבות קיצוניות, הוא רשאי לקבוע, שלמרות שהחוזה פסול, עדין הוא קובע על צד אחד לחוזה לקיים את חיוביו מכוח החוזה.

**סעיף 30 קובע את העיקרון (הכלל הדקלרטיבי), סעיף 31 (הכלל האופרטיבי) קובע את התוצאה. הגישה שלנו משקפת איזון והגשמת שיקולי צדק בדיעבד.**

שלושה פסולים קבועים בסעיף 30 –

1. חוזה בלתי מוסרי – כמעט ולא קיים בישראל, שאריות מהמשפט האנגלי. בשיטת המשפט בישראל אין התייחסות אובססיבית לענייני מין, לכן לא הכניסו את הנושאים לחוזה בלתי מוסרי.
2. חוזה בלתי חוקי – מצב בו מתעורר מתח בין כריתת החוזה, תוכן החוזה או ביצוע החוזה, ובין דבר חקיקה כלשהו. כשיש מתח שכזה, החוזה הינו בלתי חוקי.
3. חוזה הנוגד את תקנת הציבור –ענייננו **במושג שסתום.** זהו מושג אמורפי, רחב וערטילאי. מושג מופשט, שנעדר ערך או תוכן כשלעצמו, הוא מהווה רק **שסתום להחדרת ערכים דרכו לתוך הדין**. **בכך תקנת הציבור דומה לחובת תוה"ל.** יסודה של תקנת הציבור היא **בקביעת אמת מידה בדבר הראוי והנוהג.** התנהלות חברתית תקינה, זה יסוד ההוראה.

**תקנת הציבור משקפת את ההבחנה בין כללים וסטנדרטים**. **כללים** – נורמה חוקית, משפטית, שמתנה תוצאה מסוימת בהתקיימותן של נסיבות. דיני העונשין כוללים מס' רב של נורמות שכאלה. **סטנדרט** – נורמה משפטי המתנה תוצאה מסוימת בהתקיימות קריטריון, ולא נסיבות, זוהי נורמה פתוחה, שיישום התוכן בה נמסר לשופט, יש צורך בשיקול דעת לשם הפעלתה.

**תקנת הציבור נחשבת כנורמה מסוג סטנדרט**: תקנת הציבור איננה מושג סטאטי, היא משתנה בין חברה לחברה. תקנת הציבור מהווה מושג שסתום, **אין רשימה סגורה** של מקרים. היא מאפשרת **גמישות פסיקתית ושיקול דעת רחב לשופט**. מדובר באמת מידה שיפוטית כללית, שהתוכן מסור לשופט, והיקף הפעלתה מסור אף הוא לשופט. אין חולק על כך שתקנת הציבור הוא **מושג דינמי** שמשתנה מעת לעת, נורמה רחבה שמאפשרת שיקול דעת לשופט, מדובר באמת מידה כללית שמילוייה בתוכן מסור לביהמ"ש. מכאן ואילך, **נחלקות הדעות בביהמ"ש, בקשר לתוכן שיחלחל לתקנה, להיקפה של תקנת הציבור ואינטנסיביות השימוש בתקנת הציבור**.

במשפט האנגלי וגם אצלנו, התחילה תקנת הציבור כמושג יחסית שולי. היא נתפסה כסוג של כוח בלתי מבוקר שיש לשופט, שיש להפעילו במתינות. לא סתם היא כונתה "סוס הפרא". במציאות הישראלית בתחילה, השימוש בתקנת הציבור היה מאוד נדיר ומדיד. המבחנים היו מבחנים מאוד קיצוניים ומאוד צרים להפעלת תקנת הציבור. עם הזמן, הרתיעה מתקנת הציבור פגה.

המתנגדים לשימוש בתקנת הציבור - **השופט זמיר** **בפ"ד רקאנט** – "תקנת הציבור כמכביש לביטול חוזים...". גם **השופט עציני** אמר- "סוס פרוא שאין לרכוב עליו". מוביל המכנה הוא **השופט אלון**. מבחינתו יש להגשים את עקרון הציבור. לגישתו, **כל דבר שסותר את עקרון חופש החוזים, הוא הסותר את תקנת הציבור**. הוא נותן ערך אדיר לעקרון חופש החוזים. הטעמים להתנגדות של השופט אלון-

1. פגיעה ביציבות ובוודאות של המשפט.
2. פגיעה בעקרון השוויון ובכבוד האדם.
3. אופי תקנת הציבור, היא מושג מאוד מעורפל, התוכן לא ברור, הכללים עמומים והפעלתו תלויה בנטיות של כל שופט ושופט. בנסיבות אלו לדעת אלון, **אין לאפשר הרחבה של השימוש בכלי זה, דווקא בשל אופיו.**

**המכנה התומך** – ביהמ"ש נוטה לבטל ביתר קלות חוזים מחמת היותם נוגדים לתקנת הציבור. המכנה התומך תומך בשלושה טיעונים של **השופט ברק**:

1. יש סמכות מכוח ס' 30 לרכב על סוס הפרא, זהו **בבקשה ואף ציווי** על ביהמ"ש להשתמש ולרכב על סוס פרא זה. **השופט חייב להשתמש בתקנת הציבור ולהחדיר דרכו את העקרונות הרצויים**. אם לא עושים זאת, **מתפרקים מהאחריות השיפוטית** הרובצת על השופטים – **השופט ברק** **בפ"ד קסטנבאום**.
2. טיעון מושגי – תקנת הציבור היא מדיניות, **אין הבדל בין הפעלת מדיניות להפעלת דין**. אין בעיה שהשופט יפעיל ויישם מדיניות, כפי שהוא עושה לדין.
3. טיעון נורמטיבי-רציונלי- לפי השופט ברק, בכל מקרה ובכל פסיקה חוזית, אנו תמיד מפעילים את תקנת הציבור, לחיוב או לשלילה, **תקנת הציבור נדונה בין השיטין בכל סכסוך חוזי**. ברמה הנורמטיבית, ניתן לומר **שתקנת הציבור לא סותרת את חופש החוזים, אלא מגנה עליו**. מקום שהבחירות פוגעות בחופש החוזים שלהם, בחירות, בכבוד, מכוח חופש החוזים עצמו, יש לפסול את הדבר הזה. **תקנת הציבור משקפת בעצמה את עקרון חופש החוזים. זהו כלי שמגשים את חופש החוזים, ולא סותר אותו.**

ישנם 4 ערוצי זרימה של ערכים חיצוניים לתוך דיני החוזים:

1. תוה"ל – **פ"ד בית יולס** – נדון השאלה של הזרמת **ערך השוויון** לתוך מערכת היחסים החוזית בין הצדדים. בפ"ד זה, הגישה של השופט ברק נדחתה, אך בפ"ד מאוחרים כמו **קל בניין**, רואים כי הפרת חובת תוה"ל נוכח אי-שוויון, גררה פיצוי קיום. פ"ד קל בניין חיזק את עקרון הזרמת הערכים.
2. פרשנות – לאור **פ"ד אפרופים** – ערכים חיצוניים יכולים לחלחל דרך התכלית האובייקטיבית, שכוחה להזרים כל מיני ערכים לתוך החוזה שסוכם בין הצדדים.
3. סעיף 3(4) לחוה"ח תרופות – סייג הצדק- לאור **פ"ד לוין** – ביהמ"ש לא יאכוף חוזה המתנגש בעקרונות צדק ציבוריים.
4. תקנת הציבור – הזרימה היא רב כיווני. אין שום ערך ציבורי שקשור לערוץ זרימה מסום. עם זאת, **תקנת הציבור, היא צינור הזרימה המרכזי של ערכים לתוך דיני החוזים, היא הרבה יותר לגיטימית, שכן אין לגביה חקיקה שיפוטית, במסגרתה ניתן לשופט כוח להכריע**. תקנת הציבור היא הכלי המרכזי והדומיננטי להחדרת ערכים לדיני החוזים.

הערכים שזרמו דרך תקנת הציבור-

**פ"ד קסטנבאום** - הזרמת ערך **כבוד האדם** ותפיסות מוסר לתוך החוזה.

**פ"ד סער ופ"ד טבעול** – החדרת **ערך התחרות** בשוק החופשי (חופש העיסוק), דרך תקנת הציבור.

**פ"ד לוין נ' לוין** – החדרת ערך **הגישה החופשית לערכאות**.

**פ"ד רקנאט** – החדרת **ערך השוויון**.

**פ"ד פלונית** - תקנת הציבור **ותפיסות מוסר משתנות**.

**תקנת הציבור כמגנה על ערך חופש העיסוק – ערך התחרות –**

בפסיקה הסתמנה מגמה ברורה המגנה על חופש העיסוק לחלוטין, לא ניתן לפגוע בחופש העיסוק של אדם. העמדה השולטת היא **שהסכמה חוזית להגבלת חופש העיסוק היא פסולה**. הרציונל להתגברות חופש העיסוק העל חופש החוזים הינו ברור – חופש העיסוק נתפס כחלק הינהרנטי מחופש הפרט לביטוי, לקיום וכו'. חופש העיסוק מייצג אלמנט של הפרט, וככזה קל מאוד להגן עליו גם במסגרת דיני החוזים, לכן **ביהמ"ש מוכן לתפס על סוס הפרא, שנקרא תקנת הציבור, ככל שמדובר בהגנת על חופש העיסוק.**

כתוצאה מכך התגבשה פרקטיקה מיוחד – **תניית אי-תחרות, סוג של תקופת צינון**. **לא הגבילו באופן מפורש את חופש העיסוק**. ביהמ"ש לא התמודד עם תניות אי-התחרות בכלל ברמות הערכיות של תקנת הציבור, הוא בחן אותן באספקלריה אחרת לגמרי- הוא בחן את הנסיבות וקבע האם הדבר **סביר** בעינו או לא. מקום שהוא חשב שההתניה לא סבירה, הוא התערב לצמצם אותה. הפרקטיקה הייתה מאוד שונה מהשיח הכללי של תקנת הציבור ומהמסגרת הנורמטיבית של תקנת הציבור, השיח היה אחר – האם סביר או לא. **אם ההתניה לא הייתה סבירה, ביהמ"ש לא היה מבטלה, אלא משנה אותה.** לא היה שיח ציבורי ערכי, אלא **ביהמ"ש בחן את סבירות התניה**, הוא היה נוקט בדרך פרשנית. השיח היה בנוגע לאיזון היה בין שני הצדדים לחוזה, בניגוד לתקנת הציבור, בו יש גם ערך חיצוני.

לימים ניסו לשוות לתניות אי-התחרות מראה סביר של מקח וממכר, פרי של מו"מ, והם הפכו לחזות הכול בחוזים מסוג אלה.

**בפ"ד סער** – התפנית החשובה בעניין. **כשהשופט ברק** מקבל את נסיבות העניין, לעניין תקנת הציבור, אין יותר מידי מה לעשות. על רקע מציאות זו, השופט ברק מקבל את פ"ד. בעקבות פ"ד זה, השיח הופך להיות ערכי יותר, יותר ציבורי. לפי ברק – **אם חופש העיסוק הוא ערך כה גדול, מדוע אנו מלכתחילה מאפשרים תניות כאלו, גם אם הן סבירות?** הוא עונה לזה- אם נגיד לאדם לא לכתוב משהו בחוזה, זאת פגיעה חמורה בעקרון חופש החוזים. בנוסף, ההגבלה על אי-התחרותיות טומנת אינטרס אישי – של המעסיק, הגנה על זכות הקניין שלו, וכן גם אינטרס ציבורי – אם לא יהיו תניות אי-תחרות, האנשים לא היו משקיעים בעבודתם.

לפיכך, נק' המוצא היא כי קיים צורך בקיומן של תניות אי תחרות. ביהמ"ש נכנס ואמר לראשונה - לא מדובר בדין פרטי בין שני צדדים, אלא מתחיל לחלחל ערך ציבורי חיצוני לצדדים – **ערך התחרות**. לא מדובר בתניות חריגות או סבירות, אלא בערך חיצוני, שלא נוגע לצדדים בחוזה.

בשלב הראשון (עד לפ"ד סער) – בחינת תניות אי-התחרות – **האם הן סבירות או לא, אין ערך חיצוני**.

בשלב השני (פ"ד סער) – **ברגע שמתחיל לחלחל ערך התחרות, יוצאים מהשיח הפרטי**. השופט ברק אומר – **ישנם שני אינטרסים לגיטימיים של המעביד, שבגינם ניתן לכלול תניית אי תחרות** – **רשימת לקוחות וסודות מסחריים**. **כשהתניה באה להגן על סודות מסחריים או רשימת הלקוחות, תקופת הצינון לגיטימית על פניה.** **לעומת זאת, כשיש תניית אי תחרות ערומה, שלא מגנה על אף אחד מהאינטרסים הנ"ל, לא מעניין ולא רלוונטי אם היא סבירה, היא בטלה.**

השיח משתנה ע"י ברק – כעת יש לבחון **האם תניית אי התחרות מגנה על אינטרס לגיטימי?** אם כן – בוחנים אם היא סבירה או לא. אם אין אינטרס לגיטימי, התניה בטלה. מתחיל לחלחל ערך חדש – **מחפשים אינטרס לגיטימי, כי יש ערך ציבורי חיצוני – ערך התחרות**, את הערך מאזנים עם קיומו, או לא, של אינטרס לגיטימי של המעביד.

**הגבלת תחרות כשלעצמה נוגדת את תקנת הציבור, ולכן תימצא בטלה**. **לעומת זאת, הגבלת תחרות שמגנה על אחד האינטרסים, היא זאת שתבחן במבחן הסבירות והמידתיות.**

שני השלבים דומים- עדיין מדברים על שני הצדדים. ברק לא מדבר על ערך התחרות, אולם בין השיטין הוא מתחיל לחלחל ערך חיצוני – ערך התחרות. תחת האינטרסים מתחיל לצמוח ערך חצוני.

השלב השלישי **– השופט חשין** **בפ"ד טבעול** – הערך יוצא החוצא ונכנס כתקנת הציבור, החלוקה הרבה יותר צלולה מפ"ד סער. **השופט חשין קובע את המודל המשולש**, **לפיו כל חוזה הוא משולש** – **הציבור, צד א וצד ב**. האיזון הוא בין הצדדים לעצמם ובין הצדדים לציבור. לכן, **כל תניית אי-תחרות יש לעמיד בשני מבחנים**: **מבחן הסבירות בין הצדדים והסבירות מול הציבור**. **לערך התחרות יש חשיבות ציבורית**, הציבור מעוניין בתחרות בהיקף גדול, אין בכוחם של שני צדדים להוריד את רמת התחרות במשק, והסכמה כזו נוגדת את תקנת הציבור. **השופט מכניס בצורה מפורשת את ערך התחרות.**

**חלחלו ערכי היסוד של המשפט הציבורי לדיני המשפט הפרטי (לדיני החוזים) -**

תקנת הציבור הולכת והופכת לרחבה בצורה כמעט קיצונית, כל מיני ערכים מתחילים לחלחל ולזרום דרכה לתוככי הדין הפרטי בין הצדדים. התפיסה השמרנית והמקובלת היא שזכויות היסוד של האדם חלות במישור הציבורי, בין השלטון לפרט, ולא בין הפרט לפרט. בהקשר דין החוזים, ישנם שתי דעות קיצון:

העמדה הקלאסית – אין דריסת רגל למשפט הציבורי בדיני החוזים, **דיני החוזים הם כל כולם משפט פרטי קלאסי**, ערכים ציבוריים יחלחלו פנימה למשפט הפרטי רק במקרים קיצוניים ממש.

השקפת הריאליזם המשפטי – אין דבר כזה אי של פרטיות, **הכול ציבורי**, ערכי היסוד של המשפט הציבורי מחלחלים פנימה גם לדין המשפט הפרטי – עמדת פרופ' בוריס כהן. זוהי הסדרה ציבורית של יחסים בין שני צדדים, רגולציה ציבורית.

התפיסה הישראלית נמצאת בתווך, בין שתי גישות הקיצון.

**פ"ד קסטנבאום** – **יש וויכוח נוקב בין השופטים ברק ואילון**- **עד כמה נכון ובאיזה תדירות והיקף ובאילו תכנים, יש להכניס ערכים ציבוריים לדין הפרטי?**

ברור כי הדיון הרחב חורג מד' אמותיו של המקרה הקונקרטי. מדובר בדיון שנוגע לשאלות הרבה יותר רחבות – אקטיביזם שיפוטי בדיני החוזים, קו האבחנה בין המשט הפרטי והציבורי. האבחנה בין פרטי וציבורי היא שאלה מאוד בוערת ורגישה, כי בסופו של דבר היא נוגעת בתחימת הסמכויות של ביהמ"ש אל מול הצדדים לחוזה. במישור של תקנת הציבור, **פ"ד זה נוגע להחדרת ערך כבוד האדם**. **השופט אילון**, כאדם דתי, חושב שברמה הפשוטה ביותר, **אין פגיעה בכובד האדם**. **הוא נכנס לתוך הדיון עם השופט ברק, בכל מקרה, כדי להגן על קו החיץ הברור בין המשפט הפרטי לציבורי**. עמדתו של השופט אילון קובעת מבחן מאוד מחמיר - **מבחן של פגיעה קשה וחמורה אושיות היסוד של הסדר החברתי**. לגישתו, גם חופש החוזים הוא תקנת הציבור, לכן נידרש מבחן צר ומאוד מצמצמת כשעוסקים בתקנת הציבור. מישור הייחוס של השופט אילון הוא **פ"ד בית יולס**, בו נדחתה עמדת השופט ברק והנשיא שמגר, ערך השוויון לא הצליח לחלחל לתוככי החוזה ונשאר בעמדת מיעוט. גם ערך כבוד האדם צריך להיחסם ולא להיכנס לתוך החוזה.

**גישת ברק** היא הרחבה ניכרת מהותית ומסוכנת, של הגדרת תקנת הציבור. מבחינה מהותית, מדובר בהרחבה מסוכנת, כי הכנסת ערכים ציבוריים לחוזה זה פטרניאליזם לא מוצדק, פגיעה לא מוצדקת בחופש החוזה ופגיעה בעקרון היציבות והוודאות. לפי ברק, **לחופש החוזים אין בכורה, הוא ערך חשוב מאוד וגם עקרון הודאות והיציבות, אך מדובר בערכים בודדים שיש לאזנם מול ערכים אחרים.** במלאכת האיזון הספציפית, אין שתהא בכורה לחופש החוזים. **לתקנת הציבור יש תפקיד ספציפי, היא משקפת את ההוגן ואת ערכי היסוד של השיטה, והם צריכים להיכנס בבחינת כל חוזה וחוזה**. העמדה של השופט **אילון היא התפרקות מהתפקיד השיפו**טי, השופט צריך להכווין התנהגות ראויה, והשופט אילון נמנע מכך במפגיע. **תקנת הציבור היא שסתום דרכו צריכים וחייבים להחדיר ערכים.**

השופט ברק זכה לדעת הרוב, **ערך כבוד האדם חלחל לתוך החוזה דרך תקנת הציבור**. הפחד המרכזי של המבקרים – בעתיד אדם פרטי לא יוכל להפלות בין אנשים, למשל.

ההשפעה של **פ"ד קסטנבאום** על פ"ד **בית יולס** – ערך כבוד האדם הוכנס לתוככי החוזה. בקסטנבאום, ההשקה המקובלת היא שערך השוויון מתחבא בערך הכללי של כבוד האדם, לכן רואים השלכה ישירה של קסטנבאום על בית יולס, למרות שניתן להסתייג מזה, ע"י אמירה שאין קשר בין הדברים, שכן יש הבדלים בין ההלכות:

1. בית יולס לא עסק בתקנת הציבור, אלא בתום הלב.
2. בית יולס דן בשלב הטרום חוזי.

**החדרת הערך של חופש הגישה לערכאות (פיתח גם את סייג הצדק) - פ"ד לוין נ' לוין**

בחוזה נקבע "אני לא חוזה", הוראה נוספת – המסמך לא יכול להיות מוצג כראיה בבימה"ש. ביהמ"ש דן בשתי השאלות. **לעניין כריתת החוזה – המבחן הוא מהותי ולא פורמלי, לכן מדובר בחוזה**. **השופט זמיר** בוחן את מכלול נסיבות העניין, לשון החוזה, ומגיע למסקנה כי מדובר בחוזה.

לגבי התיינה השנייה, ביהמ"ש קבע שבאופן כללי, **סעיף שמונע את הגישה לערכאות הוא ככלל נוגד את תקנת הציבור**. מה האינטרס החשוב המשחק פה תפקיד? **האינטרס של המערכת המשפטית לשמור על מעמדה ועל כוחה, שני פרטים לא יכולים להגביל את המערכת המשפטית**. לכאורה, נקבע מבחן מרחיב בפ"ד זה, אך לא ברור לעניין תקנת הציבור אם השופט זמיר מאמץ את גישת ברק או אילון. מצד אחד, כשהוא מדבר על תקנת הציבור הוא משתמש **במבחן של פגיעה באושיות ערכי היסוד**, המבחן של אילון. אולם, מצד שני, הוא **טוען שתקנת הציבור באה להגן על עקרונות היוסד של השיטה המשפטית ולא של החברה**, גישה יותר מצומצמת מאשר ברק. השופט זמיר מניח **שערך הגישה לערכאות הוא הינהנרטי מתקנת הציבור**, **זהו ערך שתקנת הציבור מגנה עליו**. יש לנקוט משנה זהירות בשימוש בתקנת הציבור, שימוש מצומצם ורגוע. הוא לא ביטל מכוח תקנת הציבור, הוא מיחס משקל רב לחופש החוזים ויש לנקוט משנה זהירות, למרות שאין ספק שהניסיון להגביל נוגד את תקנת הציבור, כל עוד ניתן לפרש את התניה בצורה אחרת, ככזו שבמקרה הקונקרטי לא נוגדת את תקנת הציבור, זה מה שנעשה.

**השופט יוצר אבחנה מלאכותית** – בענייננו אין סתירה של תקנת הציבור, כי החוזה לא אוסר עליה לתבוע ע"פ דין את מזונותיה, אלא רק להציג את הראיה. הוא יוצר את האבחנה ועל יסוד זה, אין סתירה וניגוד לתקנת הציבור. ואז, הוא נכנס **לסייג הצדק**, שהיה בעבר מצומצם ועסק אך בצדק פרטי (**ורטהיימר נ' הרריה**), הוא מרחיב את סייג הצדק לצדק במובן הרחב, כשבוחנים האם צודק או לא לאכוף את החוזה, לא עוצרים את הבחינה בצדדים בלבד, אלא **יש לבחון גם שיקולים ציבוריים**, מהלך דומה של חשין בפ"ד טבעול. אכיפה ופיצויי קיום נותנים אותו דבר. ניתן לראות את פסק הדין כמרחיב יותר וכפוגע יותר בחופש החוזים מפסקי הדין האחרים.

מבחינת התוצאה **בפ"ד בקסטנבאום** – יש הסכמה בין שני צדדים שביהמ"ש לא אכף אותה, כאן יש הסכמה בין שני הצדדים שאין חוזה ביניהם וביהמ"ש הכפיף אותם לחוזה. ביהמ"ש אוכף על הצדדים חוזה, שהם החליטו ביניהם שהוא לא יהיה אכיף, הוא כובל יותר את חופש החוזים של הצדדים, שכן הוא גם החופש של אדם לא להתקשר בחוזה. בקסטנבאום – פגעו בחופש כן להתקשר בחוזה.

**תהליך הפוך – הוצאת ערך מתקנת הציבור –**

תקנת הציבור לאו דווקא מחדירה ערכים ספציפיים, אלא לפעמים משקפת הלכי רוח בחברה/תפיסות מוסר. דוג' – **פ"ד פלונית נ' פלוני**, בו נדונה הפרת הבטחת נישואין. היה צריך לענות על השאלה – **האם הסכם בין שני צדדים, הבטחת נישואין מצד גבר נשוי, האם עצם ההבטחה בטלה בשל היותה נוגדת את תקנת הציבור?** ההלכה הנוהגת עד פ"ד זה הייתה הלכה רחבה, זה נוגד את תקנת הציבור, אלא אם כן מוכח שהנישואים היו מעורערים, ואז מתוך רצון להגן על ערך המשפחה, זה לא. ביהמ"ש המחוזי תמך את החלטתו בכך שההסכמה נוגדת את תקנת הציבור. בביהמ"ש העליון, **השופט ברק** קובע **שתקנת הציבור היא מושג משתנה מעת לעת שמשקף תפיסות מוסר משתנות**, "הבטחת נישואין ע"י אדם נשוי בשנות ה-90 אינו דבר גדול," זה לא מנוגד לתקנת הציבור, **תפיסות המוסר השתנו.** במהלך השנים וחרף החשיבות שאין מי המערער על קדושת המשפחה, **גירושין הפכה להיות תופעה רווחת**, **הסכמה כזו אינה נוגדת בימנו את תקנת הציבור.** **תקנת הציבור היא בבועה של תפיסת המוסר בעת הנוכחית**. נימוקים נוספים – חשוב לתמוך בקיום הבטחות, ערך חופש החוזים. זוהי פסיקה מכוונת תוצאה, יש **להגן על אינטרס ההסתמכות של האישה המסכנה שספגה הבטחות ומהלומות**. בנוסף, ההבטחה שניתנה היא פועל יוצא של נישואים מעורערים, הדבר משקף נישואים מעורערים, אכיפת ההבטחה לא תערער את הנישואים.

**החדרת ערך השוויון דרך תקנת הציבור– פ"ד רקאנט**

ההתלבטות הייתה קשה, התעוררה בהרבה מאוד פסיקות חוזיות, ועמדה על סדר היום של דיני החוזים מאז **פ"ד בית יולס**, בו מכנה השוויון נהדף. מפ"ד קסטנבאום, בו הוכנס כבוד האדם, שאלת השוויון התעצמה.

**המכנה המתנגד** להחדרת ערך השוויון - **השופט ויתקון**, לפיו ברור שאדם פרטי רשאי להפלות. השוויון לא נכנס למשוואה, **במשפט פרטי האדם רשאי להפלות ולא לנהוג בשוויון בין מתקשרים.**

אל-על החליטה שדיילי האוויר יפרשו בגיל 60, ודיילי הקרקע בגיל 65. באו ועתרו כנגד אי-השוויון. החברה ניסתה להעמיד פרמטרים המוכחים אבחנה בין הדיילים. דיילי האוויר טוענים כי זה סותר את תקנת הציבור, מסתכמים על קסטנבאום, יש להכניס את השוויון. **השופט ברק** – **אחד מעקרונות היסוד של השיטה הוא השוויון, הוא כן נכנס דרך תקנת הציבור, השוויון לא מוגבל למשפט הציבור, ופ"ד קסטנבאום מעמם בצורה חזקה את קו החיץ בין המשפט הפרטי והציבור.**

ברק מסייג את דבריו – ברור שלא כל הוראה חוזית המפרה שוויון יש לבטלה מחמת סתירה לתקנת הציבור. הוא מבצע את **מבחן האיזונים**- **חופש השוויון מול חופש הקניין של המעביד**. נוכח האיזון לעיל, קובע ברק, שהתניה המדוברת בטלה.

**השופט זמיר** טוען שיש לצמצמם את השימוש בתקנת הציבור ולא להכניס את ערך השוויון, לבטח לא במקרה הזה, אלא רק כשהחוזה סותר ערכי יסוד של השיטה. ברמה הפרקטית, כולם עושים איזון בין הערכים. ההבדל - **ברק מייחס משקל נמוך יותר לעקרון חופש החוזים מול הערכים האחרים, לעומת השופט זמיר שמעניק משקל רב יותר לעקרון חופש החוזים.**

עמדת ברק התקבלה. **בעקבות פ"ד ערך השוויון מוכנס לתוככי דיני החוזים**.

מה ההשפעה של קסטנבאום ורקאנט על בית יולס?

**מאז פסקי הדין של קסטנבאום ורקאנט, התחזק המכנה שתומך בהחדרת ערכים ציבוריים לתוך חוזה בין שני צדדים**. **בפ"ד בית יולס** המכנה של אי-שוויון ניצח, **בפ"ד קסטנבאום** נפתח הפתח של כבוד האדם **ופ"ד ברקאנט נכנס** ערך השוויון לדיני החוזים.

**פרופ' שלו** מציעה גישה מצמצמת לפ"ד רקאנט, היא **מתחברת יותר לעמדת זמיר**, מפרשת את עובדות פ"ד בצורה יותר צרה – לא נכון לבוא ולפרש את פ"ד באופן כללי ורחב, כאילו באופן כללי הוכנס ערך השוויון לדיני החוזים. **בפ"ד רקאנט וקסטנבאום**, השופטים מייחסים משקל גדול למאפיינים הספציפיים של החברות (הסכם עבודה קיבוצי, סוג של גוף דו-מהותי בעל מונופול), לכן ניתן להגיד שהמאפיינים של אל-על וקדישא שונה מהמקרה דנן, על מנת שלא להחיל את השוויון.

טרם הייתה פסיקה לגבי גוף חד-מהותי טהור. סביר להניח שערך השוויון לא יחלחל במקרה כזה, אך **פ"ד רקאנט** מספק אפשרות כזו.

תרומת **פ"ד רקאנט** מוגבלת בכל מקרה, עדין אין בכוחה להשפיע על העוולה, משום **שתקנת הציבור עומדת בשלב התוך חוזי, וההפליות האמתיות (הטעיה/עושק וכו') מתרחשות בשלב הטרום חוזי.** **הטיפול החזק יותר בעקרון השוויון הוא דרך סעיף 12** **לחוה"ח, תוה"ל**, מה שטרם נעשה במשפטנו. למה? **פ"ד בית יולס**.