

תוכן עניינים מפורט

א	 תוכן עניינים מקוצר
יט	 שלמי תודה
כא	רשימת הקיצורים

פרק ראשון: להסביר למשפט הבלתי פורמלי את כבודו: הדרכן המקובלת והנוהג	
1	בדיני החזויים
1	1.1 נושא הספר
11	1.2 מבנה הספר
www.bursi.co.il	
פרק שני: נתונים היסטוריים וטרמינולוגיים.....	
23.....	2.1 שורשי הנוהג במשפט הישראלי
26.....	2.1.1 מקומו של הנוהג במקורות המשפט הארץ-ישראלי
26.....	2.1.2 פסילתו של המנהג במשפט הישראלי
33.....	2.1.3 מקור החיוב לנוהג ב"דרכן המקובלות" ו"בתום לב"
39.....	2.1.4 התפתחותו של "עיקרונות תום הלב" וירידתו של הנוהג למחרת
41.....	2.1.4.1 על שיטת הפרשנות של החוזה ועל שיטת השלמתו
41.....	בדיני החזויים הישראלים מאו פרשת אפלופים
44.....	הנוהג ו"תום לב"
47.....	2.1.4.2 ממידת תום הלב ל"עיקרונות תום הלב"
47.....	2.1.4.3

48.....	2.1.4.4	אמת המידה שקבע חוק דיני החזויים משלבת את "הדרך המקובלת" עם "תום הלב".	
51.....	2.1.4.5	"הפרדוקס הישראלי": הפרשנות במובן הרחב של החזזה מאפשרת התעלומות מן הנוהג לטובותם של שיקולי מדיניות מופשטים בכיסותיו של "עיקרון תום לב".	
56.....	2.2	הקשישים בזיהוי הנוהג בדיני החזויים הישראלים.....	
56.....	2.2.1	2.2.1.1 2.2.1.2 2.2.1.3	הטרמינולוגיה המצוייה
57.....	2.2.2	המונחים "הנהג", "הנהג העובדתי האובייקטיבי" ו"המנהג שמתחזוה לנוהג".	
63.....	2.2.2.1	63..... 2.2.2.2	הנתוג החוזי..... הקטגוריות של "הנהג".
67.....	2.2.2.2	67..... 2.2.2.3	נוהג שאינו חזוי..... הקשישים הטרמינולוגיים משקפים את הקשישים הקונספטוואליים
71.....	2.2.3	71..... 2.2.3.1	מושגים נפוצים בדיני החזויים הישראלים וויקתם לנוהג על פי הפסיקה ועל פי הספרות.....
72.....	2.2.3.2	72..... 2.2.3.3	נסיבות ונוהג..... סבירות ונוהג.....
75.....	2.2.3.3	76..... 2.2.3.4	76..... ציפיות מוצדקות ונוהג
78.....	2.2.3.5	78..... 2.2.3.6	"היגיון מסחררי" ונוהג
86.....	2.2.3.6	86..... 2.2.4	"השכל הישר" ונוהג..... הבעייתיות באמת המידה של "הציבור הנאור".
91.....	2.2.4	91..... 2.2.5	97..... דרישת הטרמינולוגיה המוחודדת.....

תוכן עניינים מפורט

הסכנות המאיימות על דיני החזויים הישראליים בשל שימוש מועט בנוהג בדיני החזויים הישראלים.....	2.3
100.....	
2.3.1 הגמונייה שיפוטית.....	2.3.1
100.....	
2.3.2 ניתוק בין המשפט לבין נתיניו: חוסר רלוונטיות של המשפט ואיבוד אמון בבית המשפט.....	2.3.2
101.....	
2.3.3 קיפאון דיני החזויים הישראלים	2.3.3
102.....	
2.3.4 סופו של חופש החווה	2.3.4
103.....	
2.4 סיכום	2.4
106.....	
 פרק שלישי: מקומו של המשפט הנוהג בחקיקה ובפסיקת ישראל.....	
109.....	
3.1 כללי	3.1
109....	
3.2 הנוהג בחקיקה	3.2
110....	
3.2.1 פניות המשפט לנוהג בתהליך של כריתת החווה.....	3.2.1
112.....	
3.2.2 מהות התהליך של כריתת החווה: סעיפים 1 ו-12 לחוק החזויים	3.2.2
113.....	
3.2.3 תהליכי כריתת החווה: קביעתה של גמירות הדעת של הצדדים, מסויימות ההצעה ופענוח הקיבול	3.2.3
115.....	
3.2.3.1 סעיף 2 לחוק החזויים: הצעה	3.2.3.1
115.....	
3.2.3.2 סעיף 5 לחוק החזויים: קובל	3.2.3.2
119.....	
3.2.4 פגמים בכיריתתו של חוות: הפרת הנוהג כפגם בכיריתת חוות הצדיק את ביטולו.....	3.2.4
121.....	
3.2.4.1 סעיף 15 לחוק החזויים: הטעה	3.2.4.1
122.....	
3.2.4.2 סעיף 18 לחוק החזויים: עוشك	3.2.4.2
124.....	

3.2.5	פנית החקיקה לנוהג בקיום החוזה: סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973: קיом בתום לב	130
3.2.5.1	תפקיד הנוהג בפרשנותו של החוזה ובהשלמתו	131
3.2.5.2	פירוש של החוזה: סעיף 25 לחוק החוזים לפני תיקון מס' 2 לחוק ולאחריו	134
3.2.5.3	סעיף 26 לחוק החוזים: השלמת החוזה	134
3.2.5.4	סעיף 5 לחוק המכרי: הסכם ונוהג	136
3.2.6	התפיסה הישראלית לדיני החוזים תלולה בפניות לנוהג	140
3.2.6.1	עקרון ההסתמכות	140
3.2.6.2	חשיבותו של עקרון ההסתמכות בדיני חוזים הישראלים	143
3.2.6.3	היחס בין הסתמכות והנוהג	144
3.2.6.4	הסתמכות, ציפיות מוצדקות והנוהג	145
3.2.7	סעיפים 3 ו-4 לחוק החוזים האחדים – הוראות יסוד	147
3.2.7.1	הקשר ההדוק בין חוזה אחד לבין הנוהג	148
3.2.7.2	הנוהג כמידת הקיפוח	149
3.2.7.3	נוהג פרטי, כללי או שיפוטי	154
3.2.8	היחס בין נוהג וחקיקה בספרות	156
3.2.8.1	הצורך בפנייה מפורשת לנוהג בחקיקה	156
3.2.8.2	הנוהג הכללי כדין מרשה	159
3.2.8.3	היחס בין נוהג ובין חקיקה	162
3.2.9	הנוהג כבסיס לחקיקה	164

תוכן עניינים מפורט

169.....	3.3	הנוגג בפסקיקה.....
170.....	3.3.1	פרשנות במובן הרחב, תכלית החוזה והשלמתו על פי הנוגג.....
177.....	3.3.2	"הפירמידה ההיפוכת"
181.....	3.3.3	מקומו של הנוגג ותפקידו בפסקיקה.....
181.....	3.3.3.1	פסקיקת בית המשפט העליון.....
185.....	3.3.3.2	פסקיקתן של הערכאות הנמוכות.....
187.....	3.3.4	הגדרת הנוגג ומהותו
188.....	3.3.4.1	פסקיקת בית המשפט העליון.....
191.....	3.3.4.2	פסקיקתן של הערכאות הנמוכות.....
192.....	3.3.5	דרישות קדם לתוכפו של הנוגג
192.....	3.3.5.1	פסקיקת בית המשפט העליון.....
193.....	3.3.5.2	הערכאות הנמוכות.....
195.....	3.3.6	הוכחת הנוגג.....
195.....	3.3.6.1	נטל שכנווע בבד
196.....	3.3.6.2	ההוכחות הקבילות.....
198.....	3.3.6.3	על הצדדים לעלות טענת קיומו של הנוגג
198.....	3.3.6.4	הסכםים כתובים קודמים
	3.3.6.5	הרגלים של שנים, ריבוי פעולות דומות וחזרה
199.....		בנסיבות
199.....	3.3.6.6	עדות מומחים
	3.3.6.7	קללה בדרישות וראיות או הכרה במידעויות שיפוטיות
203.....		בלבד?

3.3.7 204..... 3.3.7.1 204..... 3.3.7.2 206..... 3.3.7.3 207..... 3.3.8 209..... 3.3.9 211..... 3.3.10 213..... 3.3.10.1 214..... 3.3.10.2 216..... 3.4 235..... 3.4.1 236..... 3.5 239..... פרק רביעי: הנוגג בדיני חוזים – מבט השוואתי..... 4.1 243..... 4.1.1 243..... 4.1.1.1 243..... 4.1.1.2 251.....
--

תוכן עניינים מפורט

4.1.2	אי-התאמה של תורת החווה הקלסית לסוגיות האופייניות לחווה-העכשווי.....	252.....
4.1.3	הסקת מסקנות: חשיבותו של הנוהג בהתקשרות החווית העכשווית.....	256.....
4.1.4	התפיסות השונות לתפקידו של הנוהג בחווה-העכשווי.....	257.....
4.1.4.1	הסתמכות על הנוהג כתחליף למפגש רצונת בהתהוות של ההתקשרות החווית	258.....
4.1.4.2	אפקט הסטנדרטיזציה: אינטגרציה של חוות ב מוצר	259.....
4.1.4.3	הנוהג להצלתו של חוות	261.....
4.1.4.4	אפקט המורכבות והдинמיות של עסקה ושל ההקשר החברתי.....	268.....
4.1.4.5	תוכן חוות: הנוהג מונה ביסודות של החיוויים בחווה.....	289.....
4.1.5	החוק האחדי הקיים.....	298.....
4.1.6	הצעת החוק האחד בתחום דיני חוות	300.....
4.1.6.1	תכלית הצעת החוק האחד	301.....
4.1.6.2	התמודדות עם תופעות חוות חדשות ומושגי יסוד	303.....
4.1.6.3	הסתמכות המערכתית על הנוהג, על נורמת הגדירות ועל נורמת התכנון	310.....
4.2	ביקורת על חשיבותו של הנוהג בהתקשרות חוות העכשווית.....	317.....
4.2.1	עצם הביקורת.....	317.....
4.2.2	מהו "הפורמליזם החדש"?.....	318.....
4.2.2.1	קריאה "הפורמליזם החדש".....	318.....

4.2.2.2	הפורמליזם החדש ממקד את ביקורתו על "מדיניות האינטרציה" של הנוהג בחוזה.....	321.....
4.2.2.3	השפעתה השלילית של מדיניות האינטרציה על תפקודם של בתי המשפט.....	335.....
4.3	אופורטוניזם ו"הפורמליזם החדש".....	339.....
4.4	ביקורת נספת על הפניה לנוהג.....	343.....
4.4.1	קיימות סכנה שהנוהג מפר את ערכי השיטה ומוביל לחוסר קוהרנטיות בשיטה.....	343.....
4.4.1.1	האם הנוהג הוא שריורתי?.....	343.....
4.4.1.2	האם הנוהג אינו דמוקרטי?.....	344.....
4.4.2	הסתמכות על הנוהג נוגדת את חפש החוזה.....	349.....
פרק חמישי: תפיסה מוחדרת לנוהג		359
5.1	תפיסות מלומדות חיוביות לנוהג	359
5.1.1	הכרה בנוהג בספרות המשפטית בארץ-הברית	359
5.1.2	"המשפט המשתמע": הנוהג העולה מן המוסכמות החברתיות	362
5.1.3	הארט ו"הטקסטורה הפתוחה של הכלל"	362
5.1.4	פולר ו"הקול הבלתי נשמע" של המשפט ואנושיות המשפט	362
5.1.5	פוסטמא והכרחיותם של תיאומים חברתיים ושל מוסכמות חברתיות	367
5.1.5.1	תיאום אסטרטגי ומוסכמות חברתיות	368
5.1.5.2	כוחן הנורמיובי של המוסכמות החברתיות	371

www.bursi.co.il

תוכן עניינים מפורט

373	5.1.3 הקיים הבלתי נמנע של הנוהג והכרחיותו לשיטת המשפט
377	5.2 הנוהג בשיטות משפט קונטיננטליות ובתפיסות ורב-תחומיות למשפט
377	5.2.1 האסכולה הזרפתית
383	5.2.2 תפיסות בין-תחומיות בספרות המשפט האמריקנית והישראלית
384	5.2.2.1 התרבויות כמקור לנורמה
385	5.2.2.2 משפט ומדעי המדינה
387	5.2.2.3 משפט וכלכלה
390	5.3 מקור הנוהג כנורמה
390	5.3.1 מה היא נורמה?
391	5.3.2 מה מקורו של כוח המחייב של הנוהג?
393	5.4 אם קיים הנוהג והנורמטיביות שלו תלויים בקיום חזזה?
394	5.4.1 פיקציית הרצון בהיווצרות הנוהג
398	5.4.2 חזזה ונוהג הם "דודניים"
399	5.4.3 "קונטראטריאניזם" ("Contractarianism") וחזזה
405	5.4.4 החזזה כמכשיר לתיאומים חברתיים
407	5.4.5 דוחית המקור ההסכמי של הנוהג
411	5.4.6 סיכום
412	5.5 שלוש הגישות לנורמה הבלתי פורמלית והשתלבותן בתפיסה המוחודשת לנוהג
413	5.6 פוזיטיביות הנוהג
414	5.6.1 סוגיות המעבר מעובדות למשפט

415	5.6.2 התגברות על הפורמליזם ועל המוניות
417	5.6.3 הפוזיטיביות החדשה: היוצרותו של הנוגג
417	5.6.3.1 רקע עיוני
418	5.6.3.2 תורת המשפט הספונטני
421	5.6.3.3 היוצרות הנוגג
425	5.6.3.4 מהרgel אינדיידואלי לנוגג בעל כוח נורמטיבי
431	5.6.3.5 המשכיות
433	5.6.3.6 "אפקטיביות"
435	5.7 אכיפה כתנאי לפוזיטיביות הנורמה
435	5.7.1 העמדה הקלסית והסתיגיות ממנה
445	5.7.2 נורמטיביות הנוגג – ההבנה המחדשת של הנורמה
445	5.7.2.1 מקור עובדתי ונורמטיביות
449	5.7.2.2 הנוגג הוא עובדתי בצורתו והוא נשא נורמה משפטית בתוכנו
449	5.7.2.3 מההנורמטיביות של הנורמה ומה כוחה הנורמטיבי?
450	5.7.2.4 בסיס הכוח הנורמטיבי וגורמי
451	5.7.2.5 ההסבר הפסיכולוגי והסוציאולוגי למקור הנורמטיביות של הנוגג
453	5.7.2.6 הנוגג והדרך המקובלת: כלל או אמת מידה?
455	5.7.3 תנאי לנורמטיביות הנוגג
457	5.8 לגיטימיות הנוגג ופלורליזם משפטי: תורת ה-ISCT ולגיטימיות הנוגג
458	5.8.1 תפיסת ה-ISCT (ISCT) Integrative Social Contracts Theory

תוכן עניינים מפורט

460	5.8.2 מושגי-יסוד תורה ISCT
460	5.8.2.1 קהילה
463	5.8.2.2 תמיינות-דעות
463	5.8.2.3 "מרחב מוסרי חופשי"
464	5.8.2.4 מוסכמוות חברתיות ונורמות
465	5.8.2.5 מוסכמוות מקרו ונורמות-על
466	5.8.2.6 מוסכמוות מיקרו ונורמות קהילתיות
469	5.8.3 ביקורת וסיכום
470	5.9 הנוהג רחוב יותר מהמשפט "הספונטני"
473	5.10 המשפט הפורמלי והמשפט הבלתי פורמלי משלימים זה את זה
476	5.11 שפה ונוהג
	5.11.1 חשיבות השפה לאופי הנורמה והחשיבות הבלשנית של הנוהג למשפט
476	5.11.1.1 מעט על שפה ועל פרשנות
478	5.11.1.2 תלותם של דיני החזום בשפה
479	5.11.1.3 הקשר בין הלשון, ההקשר והנוהג
480	5.11.2 היחס בין השפה, לבין התנהגות ונוהג
481	5.12 נוהג וחקיקה
485	5.12.1 הצלחת החקיקה העכשווית תלויות בקידום מערכתי של האינטראקטיב בין חקיקה ובין נוהג
486	5.12.2 השתלבות של החקיקה ושל הנוהג
494	5.12.2.1 פניות ישירות של החקיקה לנוהג

495	5.12.2.2	השתלבות החוקיקה והנוהג דרך מושגי שסתום
498	5.12.3	שפט הנוהג מאפשרת פרשנות נכונה של החוקיקה
499	5.13	סיכום
505	פרק שישי: תפיסה מוחודשת לנוהג במשפט הישראלי	
505	6.1	מבוא
507	6.2	טרמינולוגיה איחודית: העורות והצעות
507	6.2.1	חשיבותה של האחדות הבלשנית: ודאות במשפט
508	6.2.2	<i>ex ante</i> פתרונות
508	6.2.2.1	האחריות לניסוח החוזה
511	6.2.2.2	חידוד קטגוריות הנוהג
512	6.2.3	השימוש במונח "מנעה" בפסקה בישראל
513	6.2.4	"פרקטיקה", "מקובל", "דרך מקובלות" ונוהג
516	6.2.5	היחס בין הנוהג, הידע והעמדת פרשנות השיפוטית
523	6.2.6	<i>ex post</i> : תפיסת הפרשנות
523	6.2.6.1	פרשנות המכבדת את התכלית הסובייקטיבית של
523		הצדדים בהכרתא את לשון החוזה ואת הקשו
527	6.2.7	הצורך בתיאום בין שפט המשפט ושפט הציבור
528	6.2.7.1	אין נוהג שיפוטי
529	6.2.7.2	תפקידו של הנוהג בפרשנות מושגי השסתום וביישומים

תוכן עניינים מפורט

531	6.3	דיני החזום בישראל – תועלת הנוהג לטיפול בקשיים
531	6.3.1	סוגיות ביישום של סעיפים 12 ו-39 לחוק החזום – על עיקרון תום הלב בפסקתו של בית המשפט העליון כוון
532	6.3.2	הקשר בין תום הלב ובין "הדרך המקובלת"
539	6.3.3	הפלמוס בעניין עיקרון תום הלב בדיוני החזום הישראליים
539	6.3.3.1	דחיפתה של הדרך המקובלת הצדעה
547	6.3.3.2	המלומדים והשופטים של בית המשפט העליון בישראל אינם מדברים "בקול-אחד" על מעמדה של "הדרך המקובלת"
552	6.3.4	פרשנות נוכחית של המודל הגרמני ותפיסות הורות לתום הלב ולדרך המקובלת ותמיינן בתפיסה דיני החזום בישראל
555	6.3.5	חישבות הנוהג בשיפור מעמדם של בתים המשפט בישראל
555	6.3.5.1	הדרך המקובלת כגבול טبוי ורצוי להתרבות שיפוטית בתוכן החווה
559	6.3.5.2	ניתוק בין המשפט ונתיניו: בריחת הציבור העסקי מבתי המשפט וכיפון בהתקפות המשפט
563	6.3.5.3	הבעיה בקייאון דיני החזום הישראליים
565	6.3.5.4	חישבות הנוהג בפרטונו של סוגיות ספציפיות בדיוני חזום ובהתמודדות עם החווה-העכשווי
565	6.3.6	מבנה התקשרות
568	6.3.7	סעיף 11 לחוק החזום
574	6.3.8	חוואה חסר

576	המתודולוגיה החדש והפעלה	6.4
576	6.4.1 עקרונות אופרטיביים	
576	6.4.2 התשתיות בחוק החזויים (חלק כללי), התשל"ג-1973 להפעלה	
578	של התפיסה המוחדשת	
582	6.4.3 התשתיות העיונית בספרות הישראלית להפעלת התפיסה המוחדשת	
590	6.4.4 התשתיות להפעלת התפיסה המוחדשת הקיימת בדיני החזויים בישראל: עקרון ההסתמכות ועקרון החדדיות	
591	6.4.5 התשתיות להפעלה מחדש של התפיסה בפסקה בישראל	
592	6.4.6 הפסקה הישראלית אינה פולשת את הכללים הארגניים	
593	6.4.7 הנוגג משקף את "הנורמליות"	
593	6.4.8 דעות מוטעות בפסקה לגבי הנוגג והדרך המקובלת	
595	6.4.9 הפסקה הישראלית מזהה את מרכיבי התפיסה המוחדשת	
596	6.5 מושגים מרכזיים	
596	6.5.1 הקהילה	
597	6.5.1.1 מאפייני הקהילה	
600	6.5.1.2 זיהוי הקהילה הנכונה	
600	6.5.1.3 קהילות משפטיות שונות, תפיסות שונות לנוגג בinati המשפט בישראל	
606	6.5.2 קיום הנוגג הרלוונטי	
606	6.5.2.1 הצורך	
606	6.5.2.2 אפקטיביות	

תוכן עניינים מפורט

606	6.5.2.3	חיקוי
607	6.5.3	הנוגג הרואי הוא אוטנטי ולגייטימי
608	6.5.3.1	אוטנטיות
609	6.5.3.2	לגייטימיות
619	6.5.3.3	נורמטיביות
621	6.6	מקרי מב奸 (case studies)
622	6.6.1	ענין מכל
625	6.6.2	ענין וילך
627	6.7	פיקוח
627	6.7.1	יעילת הפיקוח
630	6.7.2	קונפליקט בין הנוגג, החוק והדין הפסיכולוגי
643	6.7.3	המוסדות המשפחים על הנוגג
644	6.7.3.1	הפיקוח הנוגג בבית המשפט ה"הריגלים"
	6.7.3.2	סמכויות שיפוטיות ומומחיות – התמקדויות בנושאים
649		מסחריים
651	6.7.3.3	בית משפט מומחה: בית הדין לחזום האחדים
	6.7.3.4	ארגוני מקצועיים ומוסדות מומחים ליישוב
655		סכסוכים
	6.8	יישוב קונפליקטים בין נָגִים רלוונטיים – סוגיות התנגשות בין סוגי נוגג
658		שוניים
659	6.9	כיצד פותרים קונפליקטים בין נָגִים שונים ומתחרים?
659	6.9.1	קונפליקט

661	כלי עדיפות	6.9.2
663	הנוגג "תנעדר"	6.9.3
664	הערכתה וביקורת של ההכרה הרחבה בנוגג ושל התפיסה המתחדשת	6.10
664	הנוגג מפלג את החברה	6.10.1
665	שמרנות או הסתגלות יתרה?	6.10.2
667	הסתמכות על הנוגג אינה מעלה את אי-יותו המשפט	6.10.3
671	הנוגג לא מיים על חופש החווה	6.10.4
677	אין סכנה של אקלקטיות יתרה	6.10.5
679	לקחים באשר לניסוחה של החקיקה בדיני חוזים	6.11
682	סיכום	6.12

www.bursi.co.il

מפתחות

687	מפתח חקיקה
687	חקיקה ישראלית
693	חקיקה זורה
697	מפתח פסיקה
697	פסיקה ישראלית
721	פסיקה זורה
723	מפתח ספרות
723	ספרות ישראלית
736	ספרות זורה

תוכן עניינים מפורט

781

מפתחות שונות

www.bursi.co.il