

פרופ' דניאל פרידמן: סוגיות בתחום החוזים האחידים*

הפרדוקס

בראשית שנות ה-60 ארעו בישראל שתי התפתחויות מרשימות בתחום החוזים האחידים. האחת, באמצעות הפסיקה והאחרת, באמצעות חקיקה. כוונתי לפסק הדין בע"א 461/62 ציפ נ' מויאר¹, אשר ניתן בשנת 1963, ולחוק החוזים האחידים, תשכ"ד—1964².

בפסק הדין בעניין „ציפ" נתגלתה גבולות לסטות מהלכות אנגליות ולנקוט עמדה עצמאית במגמה להגן על הלקוח בפני תנאי פטור מרחיק לכת, ואילו חוק החוזים האחידים היווה, בשעתו, חידוש משפטי בעל חשיבות בקנה מידה עולמי. בעוד שהחקיקה הישראלית המכונה „קודיפיקטיבית" מנסה לפסוע, בשינויים שונים, בתלם שנקבע באירופה במאה ה-19, היה חוק החוזים האחידים חוק מקורי שלא נמצא דוגמתו באותה עת בגרמניה³ או בצרפת ואף לא באנגליה⁴ או בארה"ב⁵. אין תימה שחוק זה עורר, בשעתו, התעניינות מרובה מחוץ לגבולות ישראל, וכמעט ניתן לומר שהספרות המשפטית הדגה בחוק בשפות ורות עולה בהיקפה על הספרות שהוקדשה לו בשפה העברית⁶.

* רשימה זו מבוססת בעיקרה על החומר שהכנתי להרצאה בכנס לזכרו של פרופ' ז. צלטנר, ואשר מפאת קוצר הזמן לא ניתנה.

¹ פ"ד יז 1319.

² ס"ח 418.

³ בגרמניה נתקבל רק בשלהי שנת 1976 החוק בעניין „תנאי העסק הכלליים" (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) העוסק בנושא זה.

⁴ באנגליה נתקבל בינתיים ה-Fair Trading Act, 1973, ה-Supply of Goods (implied Terms) Act, 1977 וכן The Unfair Contract Terms Act, 1977. לדין בחקיקה האנגלית בתחום זה ראה G.H. Treitel, *The Law of Contract* (London, 4th ed., 1975) 162-164.

⁵ אולם סעיף 302-2 של ה-Uniform Commercial Code האמריקאי (שניסוחו הרשמי פורסם כבר בראשית שנות החמישים ונתקבל מאו במדינות רבות בארה"ב) מאפשר לבית המשפט שלא לבצע הוראה „לא מצפונית" (unconscionable) בחוזה או להגביל תחולתה כדי למנוע תוצאה „לא מצפונית". לשון הסעיף כללית ביותר, ולפחות מבהיגה זו לא ניתן להשוותו לחוק החוזים האחידים. כמו כן, אין הסעיף עוסק, לפחות לפי לשונו, במיוחד בחוזים אחידים, אם כי יש הרואים בכך את עיקר תפקידו. ראה S. Deutch, *Unfair Contracts* (Massachusetts, Lexinston Books, 1977).

⁶ ראה, למשל, A.L. Diamond, "The Israeli Standard Contracts Law" (1965) 14 *Int. Comp. L.Q.* 1410; Comment "Administrative Regulation of Adhesion Contracts in Israel" (1966) 66 *Col. L. Rev.* 1340.

וראה ריכוז רשימות בנושא במאמרו של Eike von Hippel "Der Schutz Des Ver-

אלה היו, כאמור, פני הדברים בראשית שנות ה-60, אך חוששני כי נראה שבתקופה שחלפה מאז, חלה דריכה במקום ואולי אף נסיגה. הלכת „צייט“ נדונה, אמנם, לא אחת ותחומיה נקבעו — אם כי לאו דווקא על דרך ההרחבה. אך ההתפתחות המפתיעה ביותר ארעה לגבי חוק החוזים האחידים. אם לשפוט לפי הפסיקה מאז תקינתו ועד היום נראה כי רישומו של החוק קטן ביותר. לאמיתו של דבר, עלה בידי למצוא רק פסק-דין אחד של בית המשפט העליון שבו נפסלה הוראה בהסתמך על חוק זה, ואף זהו פסק-דין שלא עסק בנושא כלכלי אלא בניסוח כתובת על מצבה של נפטר.⁶

גורלו של החוק לא שפר עליו. יש והתעלמו ממנו ולאחרונה פורש על ידי הרוב, בע"א 764/76 שמעוני נ' מטעלי רכב אשרור⁷ על דרך הצמצום, עד שכמעט רוקן מכל תוכן. הפרדוקס בעיני הוא כיצד אירע שחוק, דוגמת חוק החוזים האחידים, הרוני בנושא מרכזי של הכלכלה המודרנית, נדחק אצלנו לקרן זווית. והשאלה היא כיצד אירע שמדינת ישראל, שהיתה בראשית שנות ה-60 חלוצה בתחום זה, מפגרת כיום אחרי רבות ממדינות המערב,⁸ וכיצד הגענו מחוק החוזים האחידים בשנת 1964 ועד לדעת הרוב בענין שמעוני בשנת 1977?

התפתחות הפסיקה בעניין שלילת תוקפם של תנאים הציידריים בחוזים אחידים

השאלה של תנאי פטור בחוזה אחיד נדונה אצלנו, בתקופה שקדמה לחוק החוזים האחידים, בע"א 99/59 שהם נ' פיינר⁹ ובע"א 461/62 צים נ' מויאר¹⁰. במקרה הראשון הוגשה תביעה נגד מוביל ימי בגין אבדן מוודעה. ההגנה התבססה על תנאי פטור בחוזה ההובלה. השופט כהן פסק כי נוכח תנאי החוזה אין בידי בית המשפט להושיע לתובע, באמרו:

brauchers Vor Unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Den EG-Staaten" (1977) 41 *Rabels'Z* 237, 239 n. 4.

⁶ פסק הדין הוא ע"א 280/71 נדעון נ' חברה קדישא, פ"ד כו (1) 10. פסק דין נוסף שבו נשלל בחלקו תוקפו של תנאי פטור הוא ע"א 508/71 חלאוי נ' מפעל הפיס, פ"ד כו (1) 38 (שלילת התוקף התייחסה לתנאי בחלקו המשחרר את סוכני מפעל הפיס מאחריות), אלא שרק השופט ויתקון הסתמך בעניין זה על חוק החוזים האחידים (שם, בע' 48), ואילו השופט ברנזון ביסס את שלילת התוקף על תקנת הציבור, אך זאת מבלי להסתמך במפורש על הלכת צים (שם, בע' 47). בע"א 285/73 לניל טרמפולין בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט (1) 63, נשלל תוקפו של תנאי פטור, אך התוצאה הושגה, למעשה, מבלי להסתמך על חוק החוזים האחידים (אם כי השופט קיסטר צירף אף את הוראות חוק זה לשאר נימוקיו (שם, בע' 89), ובנושא זה גידן להלן. ראה גם ס' דויטש, „שמרנות בפירוש חוק החוזים האחידים תשכ"ד—1964" הפרקליט לב (תשל"ח) 28.

⁷ פ"ד לא (3) 113. לביקורת על פסק דין זה ראה גם דויטש לעיל הערה 6.

⁸ לסקירה כללית בסוגיית התנאים האחידים במדינות השוק המשותף ראה von Hippel לעיל הערה 5.

⁹ פ"ד יד 1451.

¹⁰ פ"ד יז 1319.

...כרוב החווים המודפסים באותיות זעירות, גם חוזה נסיעה זה מראה חניות קשות ובלתי סבירות, ואין להשתחרר מהרושם ששני בעלי-חוזה שדעתם מיושבת עליהם, מעולם לא היו מסכימים מרצונם הטוב על חניות אלה, אילו ידעו תוצאותיהן מראש. אך כפי שטען לפנינו בא-כוח המערערת בצדק, עניין הוא למחוקק לענות בו, שיטמיר את בתי המשפט לכוא בצורה זו או אחרת לעזרת אנשים אשר נכנסו לחיזים שכאלה, אם בהיסח הדעת ואם בחוסר ברירה; אך כל זמן שהמחוקק לא ראה להיזקק לבעיה כאובה זו, אין לאל ידי בתי-המשפט לשחרר בעל חוזה מתניה זו או אחרת המחייבת אותו כחלק מהחוזה שקיבל על עצמו. ...¹⁰ (ההדגשות שלי – ד.פ.).

זכה בית המשפט ופנייתו למחוקק נענתה. הכנסת קיבלה את חוק חוזים אחידים ובדברי ההסבר להצעת החוק נכללו דברי השופט כהן בין הנימוקים להגשת ההצעה.

אולם קודם שנתקבל חוק זה, ולמעשה שעה שהחוק היה בדמות הצעה בלבד, ניתן פסק הדין הנודע בעניין צים. הדמיון בין מקרה זה לשהם בולט לעין. בשני המקרים היה מדובר בהובלה ימית, בשניהם היו אלה יחסי ספק-לקוח ובשניהם ביקש הנתבע להשתחרר מאחריות על יסוד תנאי פטור בחוזה אחיד. בדרך מקרה היו אף סכומי הנזק דומים (אף שלעובדה זו לא היתה, כמובן, נפקות לצורך ההלכה). בשהם הוערך הנזק בכ-730 ל"י ובצים ב-720 ל"י. ההבדל היחיד היה געוץ בכך שבצים סבלה התובעת נזק גוף בעוד שבשהם היה מדובר בנזקי רכוש. הקושי שניצב בפני בית המשפט בעניין צים בולט לעין. לנגד עיניו היו לא רק תקדימים אנגליים המכירים, עקרונית, בתוקפו של תנאי פטור כזה, אלא אף הלכה ישראלית שנקבעה שנים אחדות קודם לכן. אמנם בשהם היה מדובר בנזקי רכוש, אך בית המשפט באותו ענין התייחס במיוחד לנקודה זו ונקט לשון כללית המכירה בתוקפו של תנאי פטור. לכך הצטרף הקושי שביצירת הלכה חדשה, בקביעת תחומים ובחשש מפני אי הבהירות העלולה לנבוע מהתפתחות שיפוטית זו. השופט ויתקון אף ציין כי, "אם תבוצע ההתערבות בחופש החוזה לא בדרך החקיקה אלא בדרך השפיטה יתערער הבטחון בדין"¹¹. למרות זאת, נקבעה בצים הלכה חדשה. בית המשפט שלל את תוקפו של תנאי הפטור והתובעת זכתה בדמי הפיצויים.

שוב נדמה שלפנינו פרדוקס נוסף. יתכן הדבר שדווקא הלכה זו, שהיתה חשובה וחדשנית בראשיתה, סופה שגרמה לעיכוב בהתפתחות הדין. וזה הטעם לכך: התפתחות שיפוטית מטבעה הינה, בדרך כלל, זehירה ומאופקת. בעניין צים היה מדובר בהתפתחות שיפוטית שהיוותה חידוש גדול לעומת הדין הקודם, כאשר בית המשפט נדרש לזהירות יתר כדי שלא ימצא נוטל לעצמו כוח מופרז להתערב בתנאי החוזה. ואכן, בית המשפט הקפיד היטב לקבוע שורה של מגבלות על כוחו לפסול תנאי מסוג זה. השופט זילברג הסתפק, אמנם, בכך שמדובר בפטור מנזק

¹⁰ פ"ד יד 1451, 1454.

¹¹ פ"ד יז 1319, 1337-1338. אלא שאי בהירות בסוגיה זו עלולה להישאר בעינה אם ההתערבות החקיקתית תיעשה (כפי שאכן נעשתה, ובמקרים לא-מעטים אין, לאמיתו של דבר, מנוס מכך) על דרך של מתן שיקול דעת לבית המשפט.

גוף באמרו כי קדושת החיים, מקודשת הרבה יותר" מן העקרון של חופש החושים, וכי, "אין לך דבר שמוסר היהדות כה מתעב אותו, כמו גטילת חיים"¹⁰. אך השופט לנדוי, ובעיקר השופט ויתקון, לא היו מוכנים להסתפק בכך. השופט לנדוי ציין שמדובר בחוזה סטנדרטי, והשופט ויתקון אמר כי אפילו הצירוף של שני השיקולים (תנאי, בלתי-רצוי מבחינה מוסרית או סוציאלית, אשר, הותנה במסגרת של חוזה שהצד בו, הגמצא מקופח, לא הית חופשי להתנגד לו)¹¹ איננו עונה על כל ספקותיו. בסופו של דבר הצטרף — „אם כי לא בלי היסוסים" — לדעה המהייבאת את המוביל בתשלום פיצוי, למרות תנאי הפטור, „מתוך השיקול שהמדובר בשירות חיוני המוגי, שבדרך כלל ניתן לבצעו ללא תקלה"¹².

כאמור, שיקולים אלה (דוגמת נזק גוף או „שירות חיוני"), אשר היו מובנים בשעתם ואשר נדרשו כדי להתגבר על הלכת שהם, סופם שגרמו לצמצום ההגנה על הצרכן. שכן שיקולים אלה מועלים כיום, בתקופת חוק החוזים האחדים, ומשמשים להגבלת תחולתו ולצמצום התגנת על הלקוח. זאת שעה שלאור קיומו של חוק זה אין כבר צורך, „להתגבר" על הלכת שהם.

פסק הדין הבא הוא ע"א 493/69 מדינת ישראל נ' חדר¹³. המדובר היה בגרוטאות שקנו סוחרים מהמדינה, אחד מעובדיהם נפגע כאשר עבד בפירוק אחת הגרוטאות, ונתעוררה שאלת חלוקת אחריות בין המדינה לבין רוכשי הגרוטאות. המדינה הסתמכה על סעיף בהסכם בינה לבינם הפוטר אותה מכל אחריות ומטילה על הקונים את האחריות. ואילו הקונים ביקשו לפסול את התנאי. פסק הדין ניתן בתקופה שלאחר כניסתו של חוק החוזים האחדים לתוקף, אולם בית המשפט פסק כי אין הקונים יכולים להסתמך על הוראות החוק מכיוון שלא הסתמכו בכתב ההגנה על ס' 14 שבו, הואיל ולא פרטו נתונים המראים על קיפוח הלקוחות כאמור באותו סעיף. בית המשפט אף הוסיף כי „הטוען לקיפוח והמבקש לראות את ההתחייבות כבטלה, עליו הראייה — ובהעדר ראייה מספקת יעמיד בית המשפט גם התחייבות זו, ככל הוות, בחזקת כשרות ויכפה על ביצועו"¹⁴. בית המשפט העליון לא היה מוכן לקבל את עמדתו של השופט המחוזי לפיה תוכן ההוראה ושאר תנאי החוזה יכולים, כשלעצמם, ללמד על קיפוח. נטל הטיעון והראייה הוטל על הלקוח.

משנדחתה הטענה המסתמכת על חוק החוזים האחדים נבחנה הוראת החוזה לאור הלכת צים. מדובר היה, אמנם, בנוק גוף אך בית המשפט ציין כי בעניין צים מדובר היה „באמצעי התחבורה הציבורי והמונופוליסטי אשר חברת צים שלטה בו", ואילו בענייננו נאמר כי „איש איננו כופה על הקונה לקנות גרוטאות, ואין הגרוטאות בבחינת מצרך חיוני ועממי אשר אין לעשות כלעדיהן. קוני הגרוטאות הם סוחרים מנוסים אשר עיניהם פקוחות לכל מה שכתוב בחוזים שהם חותמים עליהם..."¹⁵.

¹³ שם, בע' 1333.

¹⁴ שם, בע' 1338.

¹⁵ שם, בע' 1339.

¹⁶ פ"ד כד (1) 7.

¹⁷ שם, בע' 11.

¹⁸ שם, בע' 12.

בית המשפט הכיר, איפוא, בתוקפו של התנאי, והובהר כי העובדה שמדובר בזקי גוף¹⁸ איננה גוררת מאליה את פסלות התנאי. בכך זכתה הגישה המצמצמת את הלכת צים לגושפנקא, ואולי אף נוספו לה יסודות מצומצמים, דוגמת היסוד „הציבורי מונופוליסטי” של הספק, או הדרישה שהמצרך יהיה „חיוני ועממי”. הטלת בטל הראיה על הלקוח בדבר היות התנאי מקפת, מחמירה עמו, ולדעתי אי הבאת ראיות בעניין זה איננה צריכה להכשיר מאליה את טענתו, ואין מגיעה בעיני לבחון את התנאי לגופו, לפי תוכנו ולאור שאר נסיבות החוזה. עם זאת, סבורני כי הושגה במקרה זה תוצאה נכונה וזאת מן הטעם הנעוץ באופי הממכר. מדובר היה במכירת גרוטאות, ומי שקונה נכס כזה יודע בוודאי כי עשויים להמצא בו פגמים, בין גלויים בין נסתרים, וחזקה עליו שהוא יודע כיצד לטפל בו. תנאי הפוטר מוכר גרוטאות מאחריות עשוי, איפוא, להיות סביר בתכלית ביחסים בין הצדדים לעיסקה כזו¹⁹.

שאלת תנאי פטור שבה ועלתה בע”א 285/73 לגיל טרמפולין נ’ נהמייא²⁰, שבו נפגעו שני המשיבים כאשר התעמלו במכשיר המכונה „טרמפולינה”. הנתבעת התגוננה בהסתמך על תנאי פטור, ולמרבה הפליאה לא הסתמכו ב”כ הצדדים על חוק החוזים האחידים. אלא שהדבר לא העלה ולא הוריד²¹. בית המשפט נהג לפי הלכת צים (אם כי השופט קיסטר הסתמך גם על חוק החוזים האחידים). השופטים ברנזון וקיסטר סברו כי תנאי הפטור אין בו כדי להגן על הנתבעת, זאת למרות שאין מדובר ב”שירות חיוני”, מושג שהשופט ברנזון הציע להמירו ב”שירות לציבור”. השופט ויתקון היה מוכן, אמנם, להרחיב את המושג „שירות חיוני” גם על „שירותים שיש בהם מן ההנאה וחדוות החיים”²², אך בהתחשב באופי הספורט שמדובר בו סבר שאין לשלול את תוקפו של תנאי הפטור בהסתמך על הלכת צים²³. פסק דין חדיש המבליט, ביתר שאת, את הנטייה להמשיך להחיל את הלכת

¹⁸ ניתן לטעון כי במקרה זה מדובר היה רק בנזק הכלכלי הנובע מנזק גוף, שאיננו שוגה מבחינת הצדדים מכל נזק אחר. לאמיתו של דבר, בכל מקרה של נזק גוף מדובר בעיקר בנזק הכלכלי הנגרם עקב כך, ועל נקודה זו ידובר להלן. אולם אף אם נוטים להתעלם מכך כאשר מוגשת התביעה על ידי הנפגע או החלויים במנוח, הרי בעניין שבפנינו מדובר בנתבעים שנדרשו לשאת בדמי הפיצויים לנפגע ולא בנפגע עצמו.

¹⁹ בית המשפט הצביע גם על העובדה שהקונים היו סוחרים. ואכן, יש הסוברים שיש להגביל את ההגנה על הלקוח למי שקונה נכס (או מקבל שירות) כצרכן, היינו לצריכה אישית או לצריכה של האדם שעבורו רכש את הנכס, וכי כללי ההגנה על הלקוח אינם צריכים לחול על מי שקנה את הנכס לצורך עסקו או לשם מכירה נוספת. בעיני זו גישה צרה מדי. בעל עסק קטן, הרוכש נכס לצרכי עבודתו, מספק גדול, המוכר באמצעות חוזה אחיד, זקוק לעתים להגנה לא פחות ממי שקונה לצריכה אישית. ואכן, חוק החוזים האחידים הוא כללי וחל בשני המקרים.

²⁰ פ”ד כט (1) 63.

²¹ בלשונו של השופט ברנזון: „משום מה לא הסתמכו הצדדים על חוק החוזים האחידים, השכ”ד—1964. אך אין בכך כלום. גם בלאו הכי אנו מגיעים לתוצאה המתבקשת, לכאורה, לפי חוק זה” (שם, בע’ 73).

²² שם, בע’ 79.

²³ אולם הוא הצטרף לתוצאה מן הטעם שתנאי הפטור לא נכלל בחוזה בין הצדדים.

צ"מ הוא ע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשרוד (מיל.) בע"מ²⁴. במקרה זה תבע המערער פיצויים על עיכוב במסירת משאית חדשה שרכש מן הנתבעת במחיר —245,000 ל"י, כאשר לטענתו מכר את משאיתו הקודמת ונטל הלוואות כדי לממן את הרכישה. הנתבעת הסתמכה על תנאי בהסכם המורה כי:

"תאריך ההספקה המשוער המופיע מעבר לדף איננו אלא בבחינת תחזית בלתי מחייבת ואינו מהווה תנאי מתנאי הזמנה זו. המזמין לא יוכל לטעון בנסיבות כלשהן שהחברה ספקה לו את הציוד באחור או במועד בלתי סביר או שנגרמו לו נזקים והפסדים עקב פיגור בהספקה. ככל שהחברה קובעת עדיפות או תור או סדר להספקת ציוד ללקוחותיה לא תהא למזמין כל זכות לקבל או לדרוש הסברים לקביעה כזו או לטעון נגדה או לערער עליה".

בית המשפט העליון פסק ברוב דעות כי התנאי איננו תנאי מקפח במוכן חוק החוזים האחידים וכי אין יסוד לפסלו. גימוקי הרוב התבססו הן על רעיון חופש החווה והן על העקרונות שפותחו במסגרת הלכת צ"מ. אשר לחופש החווה הובאה עמדת בית המשפט המחוזי ש"איש לא כפה על המערער לרכוש את המשאית אצל המשיבה דווקא או לרכוש משאית חדשה בכלל"²⁵ (כך ז), וכי "כשרותו של אדם איננה רק לזכויות אלא גם לחובות"²⁶. השופט שמגר אף הוסיף כי "המערער בחר מרצונו הוא להמיר את רכבו באחר, וכמי שעיסקו בנהיגה, חזקה עליו שידע לכלכל ענייניו בכל הנוגע לצורת המרת הרכב, מחירו, תנאי השוק ורצף ההחזקה במשאית, הדושה לו לצרכי עבודתו"²⁷.

לעניין קביעת תחומי של סעיף 14 לחוק החוזים האחידים ציין השופט שמגר כי מקובלות עליו, "אמות המידה שהותו על ידי השופט ויתקון בע"א 461/62 (צ"מ נ' מויאר ...) בטרם הוחק החוק"²⁸. ומכאן שיש להבחין, "בין תנאים מגבילים שעניינם פגיעה בחיי אדם או נזק לגופו או לבריאותו, מחד גיסא, לבין תנאים שעניינם עסקות ממון גרידא...". התערבות בית המשפט בעיסקה כלכלית גרידא לא נשללה, אמנם, להלוטין אך נאמר כי בעניין זה, "תקטן הנטייה למעורבות בית המשפט, אלא אם מדובר בשירותים ציבוריים חיוניים או אחרים"²⁹. במקרה הנוכחי, כך נאמר, לא הוכח כי הנתבעת, "היתה בעלת מונופולין או זכות יתר אחרת...". גם לא מדובר על שירות חיוני או שירות ציבורי"³⁰. ומכאן שאין לדעת הרוב, עילה לפסילת התנאי המגביל.

קשה להסכים עם דעת הרוב בעניין זה ויש להעדיף את דעת המיעוט (השופטת בן פורת), לפיה אין מקום להבחנה, לעניין חוק החוזים האחידים בין נזקי גוף לפגיעה ברכוש, וכי מטרתו העיקרית של חוק החוזים האחידים היא כלכלית. לגופו של עניין ציינה השופטת בן-פורת כי, "תנאי בחווה הפוטר את הספק מכל

²⁴ פ"ד לא (3) 113.

²⁵ שם, בע' 117.

²⁶ שם, בע' 118.

²⁷ שם, בע' 120.

²⁸ שם, בע' 119.

²⁹ שם, בע' 120.

³⁰ שם, שם.

התחייבות באשר למועד ההספקה מעניק, לדעתו, לספק, יתרון לא הוגן, ועל כן מקפה" 81.

אוסף כי בעיני, לפחות, כל הוראה בחוזה אחיד המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות באופן חד-צדדי לפי שיקול דעתו המוחלט⁸² את תנאי החוזה, ומבלי שניתן ללקוח, במקרה כזה, פיצוי נאות על השינוי היא, לכאורה, הוראה שאין להכיר בתוקפה. כך הדבר, למשל, אם ניתנת לספק אפשרות לשנות, לפי שיקול דעתו וללא הגבלה, את המחיר, הכמות, האיכות, מועד האספקה וכו'⁸³ (כגון שקובעים בחוזה, "מחיר ומני" או "מחיר משוער", שהספק יכול לשנותו לפי שיקול דעתו, וכך הדבר אם הנושא נשאר, "פהוח" על מגת שהספק יוכל לקבועו בעתיד). לעניין דעת הרוב אצביע על הנקודות הבאות:

(1) איז מקום להסתמכות על עקרון חופש החוזה בהקשר הנוכחי. עיקרו של חוק החוזים האחידים (ואף של הלכת צים) הוא כי חופש זה כפוף למגבלות. במקרים מסויימים יש לפסול תנאי למרות שהוסכם בין הצדדים. שלילת ההסתמכות על חוק החוזים האחידים בנימוק שהלקוח חתם על החוזה או הסכים לו — מרוקנת את החוק מתוכנו.

(2) במרכזה של הלכת צים עומדת ההבחנה בין נזקי גוף לנזקי רכוש⁸⁴ (בצירוף יסודות אחדים נוספים שאוזכרו לעיל). עיון בתולדותיו של חוק החוזים האחידים ובהוראות החוק עצמו מלמד כי מטרתו לא היתה להתרכז בפטור מאחריות לנזקי גוף אלא, כפי שציינה השופטת בן-פורת, "מטרתו העיקרית של החוק היא כלכלית". החוק נתקבל בעקבות דו"ח של ועדה שהתמנתה על ידי שר המשפטים לדון בנושא⁸⁵. עיון בדו"ח מלמד בבירור כי לא הבעיה של פטור מנזקי גוף עמדה לנגד עיני הועדה, אלא היתרונות הכלכליים שיש לבעל התנאים האחידים לעומת הלקוח, שהמציאות הכלכלית מחייבת אותו לקבלם⁸⁶. דבר זה עולה בבירור גם מדברי ההסבר להצעת חוק החוזים האחידים. לאמיתו של דבר, אין הבעיה של פטור מנזקי גוף נזכרת, אפילו במילה אחת, בדברי הסבר אלה, אך נזכרים בהם דברי השופט כהן במשפט שהם שהנושא הוא, "עניין... למחוקק לענות בו". וענין שהם עסק, כידוע, בנזקי רכוש ולא בנזקי גוף⁸⁷.

⁸¹ שם, בע' 123.

⁸² לגבי הוראות מסוג זה השווה גם לדו"ח הוועדה לעניין חוזים אחידים, הפרקליט טז (תשי"ט) 132, 136.

⁸³ זאת להבדיל משינויים הנקבעים לפי שיקולים ענייניים הניתנים לביקורת או מדידה (דוגמת הצמדת מחיר לאינדקס או דחיית מועד אספקה מחמת שביחה). הוראות כאלה עשויות להיות סבירות לאור הנסיבות. השווה דו"ח הועדה לעיל הערה 32.

⁸⁴ אם כי אף לגבי פסילה מחמת תקנת הציבור ניתן למצוא דעה של שופט אחד ששלל תוקף הוראת פטור בעניין שאיננו נוגע לנזקי גוף. ראה את דעת השופט ברנזון בעניין הלאוי, לעיל הערה 6.

⁸⁵ לעיל הערה 32.

⁸⁶ הועדה אף בחגה חוזים דוגמת אלה המקובלים בענף הבנקאות, שלגביהם קשה בכלל להעלות על הדעת שהתעורר שאלה של נזקי גוף או פטור מנזקים כאלה, לעיל הערה 32, בע' 134, 137—138.

⁸⁷ ר' גם דויטש לעיל הערה 6.

יתרה מזאת, עיון בחוק החוזים האחידים מלמד שלא היתה זו דווקא הבעיה של פטור מנזקי גוף שהעסיקה את המחוקק. אף שהחוק מפורט למדי — אין בו כל הוראה מיוחדת לסוגיה זו, ומילים דוגמת „מוות“ או „פגיעה גופנית“ אינן נזכרות בו כלל. החוק דן, אמנם, בתנאי פטור מאחריות (ס' 15 (1) לחוק) אך אין הוא מוגבל לפטור מאחריות לנזקי גוף. יתרה מזאת, ס' 15 לחוק מפרט רשימה של תנאים מגבילים, אשר ברור כי לרבים מהם אין חשיבות רבה בהקשר לנזקי גוף והם עוסקים בנושאים שונים לחלוטין. כך הדבר, למשל, לגבי ס' 15 (2) (זכות הספק לבטל את החוזה או לשנות את תנאיו), ס' 15 (4) לחוק (חייב הלקוח להיזקק לספק בעניין שאיננו קשור ישירות בנושא החוזה) או ס' 15 (7) לחוק. (3) אין מקום לצמצם את תחולת חוק החוזים האחידים על יסוד הלכת ציפ שקדמה לו, ובעניין זה אפנה לדברי השופט זוסמן בע"פ 78/62 דרשני נ' ה"מ⁸⁸:

„כבר לפני למעלה מ-70 שנה נפסק בעניין *Bank of England v. Vagliano* כי אין זו דרך פרשנות נאותה לפרש חוק חרות לאור הדין שהיה נוהג קודם לכן. פרשנות כזאת עלולה לסכל את מטרת המחוקק. לפעמים יוצא חוק חדש דווקא כדי לשנות מן הדין הקודם, וכיצד יבוצע השינוי אם השופט ישאל את עצמו תחילה מה דין היה נוהג קודם לצאת החוק וירכיב דין זה, בדרך של מתן פירוש כביכול על החוק החדש?⁸⁹“

אך זוהי, למעשה, דרך הפרשנות שבחר בה הרוב בפרשת שמעוני. מטרתו הברורה של חוק החוזים האחידים לא היתה לאמץ את הלכת ציפ (שאו היה החוק, למעשה, מיותר), אלא להעניק לבית המשפט סמכויות אשר לפי הלכת שהם לא היו בידי. וניתן אף לומר כי כוונתו של חוק החוזים האחידים היתה לבטל את הלכת שהם. דבר זה עולה הן מלשונם הרחבה של סעיפים 14 ו-15 לחוק והן מן האמור בהצעת החוק. ההסתמכות על הלכת שהם (כפי שנעשה על ידי הרוב בשמעוני⁴⁰) איננה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, כאמור בדברי השופט זוסמן שהובאו לעיל. כך נוצר הפרדוקס שלפיו פנה בית המשפט העליון בשהם למחוקק בבקשה שיתקן את החוק כדי לפתור את הבעיה שהתעוררה במשפט זה ואשר בית המשפט סבר שללא עזרת המחוקק אין בידי לפתרה. המחוקק נעתר לבקשה, חוקק את חוק החוזים האחידים והעניק לבית המשפט סמכויות שקודם לא היו בידי. אולם בית המשפט נמנע מלהשתמש בסמכויות אלה והוא חוזר — לאתר תקיקת החוק — ומפנה לשהם.

מבחני הלכת ציפ לאור חוק החוזים האחידים — סיכום

במרכזה של הלכת ציפ עומדת ההבחנה בין נזקי גוף לנזקי רכוש. אפשר להבין את ערכו הרגשי של מושג „קדושת החיים“ ואת הרקע ההיסטורי להתפתחות הבחנה זו בפסיקה, אלא שכדאי לזכור כי בית המשפט איננו עוסק במקרים אלה בהצלת חיי אדם או בריאותו אלא בעיקר בהערכת הנזק הכלכלי שנגרם עקב

³⁸ פ"ד טז 1814, 1817.

³⁹ אפשרות שימוש בדין קודם קיימת, אמנם, כשקיים ספק סביר בדבר כוונת המחוקק או במקרה של לאקונה. אך ברור כי המקרה הנוכחי איננו נמנה על קטגוריה זו.

⁴⁰ פ"ד לא (3) 113, 120.

פגיעה גופנית⁴¹. בשהם (נוקי רכוש) נדחתה תביעה בגין נזק שהוערך בסך של כ-730 ל"י ובציב (נוקי גוף) נתקבלה תביעה על סך של 720 ל"י. גכון הוא שהנוק אשר נגרם עקב פגיעה גופנית חמורה עלול להיות גבוה מאוד, אך כך הדבר לעתים גם לגבי נוקי רכוש, ואינני יודע אם אדם שרכש משאית, שעליה פרנסתו, במחיר של קרוב ל-245,000 ל"י ראוי להגנה פחותה מזו של תובעת שקלקלה קיבתה בנסיעה על הים.

כפי שראינו צורפו להלכת ציב, במהלך התפתחותה, סייגים שונים שלגביהם לא היתה הסכמה כללית. ההלכה חלה על תנאי פטור לגבי נוקי גוף, אך בנוסף לכך יש ונאמר כי תנאי לתחולת ההלכה הוא כי יהא זה „שירות חיוני“ או „שירות לציבור“ ופעמים אף שהתנאי נקבע על ידי גוף מונופוליסטי.

לגבי המושג „חיוני“ אציין כי בנוסף לקשי הגדרתו אפשר להטיל ספק אם נסיעה באניה (עניין צים עצמו) או התעמלות על טרמפולינה (עניין לגיל טרמפוליין) הם בגדר שירות חיוני, אלא אם מעניקים למושג זה משמעות רחבה ביותר. בעיני, לפחות, דווקא בעניין מדינת ישראל נ"הדר (רכישת גרוטאות) ומפעלי רכב אשדוד (רכישת משאית) מדובר היה בנכס חיוני. גכון ש„איש אינו כופה על הקונה לקנות גרוטאות“ (עניין חדר) ו„איש לא כפה על המערער לרכוש את המשאית אצל המשיכה דווקא או לרכוש משאית חדשה בכלל“ (עניין מפעלי רכב אשדוד), ובכל זאת היו אלה נכסים שהקונה נזקק להם לשם פרנסתו. ומן הראוי, לדעתי, לראות בכלי עבודה וחמרי גלם שאדם זקוק להם לעבודתו נכסים חיוניים.

דרישת המונופולין, בדומה לדרישת החיוניות, נזכרה הן בעניין מדינת ישראל נ"הדר והן בעניין מפעלי רכב אשדוד, אולם אין היא נתמכת, למעשה, על ידי אותם פסקי הדין בהם נשללה, ככוח הלכת ציב, האפשרות להסתמך על תנאי פטור. כך, בעניין לגיל טרמפוליין לא היה מדובר במונופול ואף בעניין צים עצמו לא נראה כי חברה זו היתה היחידה בענף וכי לא היו חברות אחרות שעסקו בהובלה ימית. תשובה מוחצת לדרישה לשירות המונופול ניתנה הן על ידי השופטת בן-פורת בע"א 764/76 שמהוני נ"ה מפעלי רכב אשדוד⁴² (בהקשר לחוק חוזים אחדים) והן על ידי ד"ר שלו באמרה:

„מקום בו שולטים בכיפה חוזים אחדים אין כל משמעות לבחירה בין בעל חוזה זה או אחר. חוזהים של כל הגופים והחברות העוסקים בענף משקי מסויים זהים או לפחות דומים מאוד והאמירה כי הפרט יכול לבחור עם מי מביניהם יתקשר אינה אלא לעג לרש...“

ואשר למהות הקשר: גם כאן ניתן לומר כי הפרט אינו חייב לערוך עיסקה שאין לבו הפץ בה. איש אינו כופה עליו נסיעה בין-עירונית או בין-ארצית... גם הבחירה בין סוגי חוזים וסוגי עסקאות חוזיות התברר עד מהרה כבחירה ריקה מתוכן... לעניין תוכנו ומהותו של החוזה הנערך אין משמעות להחלטה לרכוש כיריים חשמליות במקום כיריים של גז⁴³.

⁴¹ מפצים אמנם גם עבור נזקים לא כלכליים דוגמת כאב וסבל, אך מסופקני אם ניתן לראות בכך ריפוי הנזק, ומכל מקום אין זה אלא תשלום כלכלי עבור נזק שאיננו כלכלי.

⁴² פ"ד לא (3) 113, 122-123.

⁴³ ג' שלו, תניות פטור בחוזים (ירושלים, תשל"ד) 38. דברים אלה הובאו בחלקם גם

אולם אפילו קיימים הבדלים בין החוזים האחידים השונים סבורני כי אין זה מעשי ואין זה מתקבל על הדעת לדרוש מן הלקוחות לחקור את כל החוזים האחידים שבענף מסויים (ולשאת בהוצאות היעוץ המשפטי הכרוך בכך). וכי ספק אשר יקבע בחוזה אחיד תנאי המקפח את לקוחותיו, איננו צריך להשמע בטענה כי אלה יכלו לפנות לספק אחר שתנאיו נוהים יותר.

לכל היסודות הללו של הלכת ציפ (נוק גוף, שירות חיוני או שירות לציבור ומוגופול) יש גורם אחד משותף: אף לאחר מהם אין מל זכר בחוק החוזים האחידים, ואין להניח שעניין זה הוא מקרי, אלא גיכרת כוונה ברורה שלא להגביל את כוחו של בית המשפט להתערב בתנאי מגביל על יסוד שיקול משיקולים אלה.

החקיקה הקודיפיקטיבית האזרחית, חוזים אחידים והגנת הצרכן

בפתח נושא זה אצביע, פעם נוספת, על מה שנראה בעיני כחסרון מרכזי של החקיקה הישראלית בתחום האזרחי, אשר זכתה לכינוי „קודיפיקטיבית“⁴⁴. חקיקה זו איננה מבחינה בין הסכמים בין ספק-לקוח לבין הסכמים בין צדדים במעמד שווה, ולאמיתו של דבר מתעלמת כליל מן הבעיות המתעוררות בהקשר ליחסי ספק-לקוח בהקשר לחוזים אחידים.⁴⁵ במרכז החקיקה הקודיפיקטיבית בתחום דיני חיובים עומד רעיון חופש החוזה. „תכנו של החוזה יכול שיהיה ככל שהסכימו הצדדים“ — כך מורה ס' 24 לחוק החוזים. בעניין פירוש החוזה מורה ס' 25 (א) כי „חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה...“ ואילו העקרון החשוב, שהתפתח בעיקר בהקשר לחוזים אחידים, לפיו במקרה של ספק יש לפרש את החוזה כנגד המנסח, איננו נזכר בחוק החוזים אפילו ברמז.⁴⁶

סעיף 4 (ב) לחוק המכר, תשי"ח—1968⁴⁷, מבהיר, אף הוא, שהוראות החוק הן דיספוזיטיביות ויחולו, „באין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים“⁴⁸. החוק עצמו מושתת על איזון בין חיובי המוכר לחיובי הקונה, איזון המתאים אולי למקרה שבו נמצאים הצדדים במעמד שווה, אך קשה להשלים עמו כאשר מדובר ביחסי ספק-לקוח. החוק מטיל שורה של חובות על המוכר אולם אלה הן ברובן דיספוזיטיביות, ולעומת זאת הוטלו על הקונה שורה של חובות הכוללות בדיקת הממכר מיד לאחר קבלתו והודעה למוכר על אי ההתאמה מיד לאחר הבדיקה או מיד לאחר שגילה אותה, „הכל לפי המועד המוקדם יותר“⁴⁸. לא הודיע הקונה

בפסק דינה של השופטת בן-מורת בע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשרוד (מיל). בע"מ, פ"ד לא (3) 113.

⁴⁴ ד' פרידמן, „על היחס בין ברירת הביטול לסעד של אכיפת החוזה“ קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים (תשל"ב), 87, 89—91; ד' פרידמן / נ' ולצמן, תקנת השוק והשפעתה על יחסי מוכר-קונה עיוני משפט ה (1976) 122, 123—124.

⁴⁵ לגבי חוזים אחידים קיים, אמנם, חוק נפרד שאליו אתייחס בהמשך.

⁴⁶ מובן כי אין להעלות על הדעת ששתיקה זו של המחוקק מהווה הסדר שלילי וכי עקרון זה חדל להוות חלק מן הדין המקומי.

⁴⁷ ס"ח 529.

⁴⁸ למרות זאת, יש בחוק גם הוראות מחייבות. ראה ס' 16 לחוק המכר.

⁴⁸ ס' 14(א) לחוק המכר.

על אי ההתאמה כאמור – „אין הוא זכאי להסתמך עליה“⁴⁹. הוראות אלה הינן סבירות אולי כאשר אדם פרטי מוכר נכס לחברו, אך, לדעתי, אין הן מתאימות כלל למקרה של לקוח הקונה מוצר תעשייתי חדש (דוגמת טלוויזיה או מקרר) מיצרן בעל שם.

מבחינה זו מהווה הקודיפיקציה הישראלית מעין המשך לקודקסים של המאה ה-19. חקיקה זו נולדה כשהיא מיושנת בכמאה שנה וכאשר הבעיה המרכזית של המאה ה-20 בתחום דיני החוזים נעלמה ממנה. מיחד אותה הרצון לשחרר את הדין הישראלי מכבלי חוקים זרים ולשונות זרות. אך בעיקרו של דבר היא פוסעת בתלם המאה ה-19, בכפוף לכך שלא עלה בידה להשיג דרגת שלמות דומה לזו של הקודים הקונטיננטליים הגדולים. כך אירע שחלק ניכר מהדיון סביב החקיקה הישראלית החדשה התרכז סביב נושאים דוגמת האם היא בגדר קוד (במובנו הקונטיננטלי) אם לאו, האם הצלחנו להינתק מכבלי סימן 46 לדבר המלך ולהשתחרר מהשפעת המשפט המקובל. אלא שמאבק זה בסימן 46 הוא במידה רבה בגדר מלחמה בטחנות רוח. זהו מאבק ביריב מדומה, אשר לאור הרקע המשפטי תרבותי שלנו קשה לנצחו ואף אילו היה הדבר בידנו מסופקני אם היה בכך כדי לזכותנו ביתרון של ממש.

כך נוצר פרדוקס נוסף. ישראל היתה מן המדינות הראשונות בעולם שביקשה להסדיר באמצעות חקיקה את סוגיית החוזים האחידים, ובהדרגה צרפה לכך מספר חוקים נוספים. מאידך, הנושא כולו נעלם מן החקיקה הקודיפיקטיבית ומתקיים, כביכול, לצידה⁵⁰.

אפשר לגרוס שאין רע בכך. ראשית, גם במדינות דוגמת גרמניה (ומי לנו כמדינה זו מופת חקיקתי) קיים קוד מן המאה ה-19 שהושלם במאה ה-20 באמצעות דבר חקיקתי מודרני בעניין חוזים אחידים. שנית, אין הדבר מעלה או מוריד (אלא, אולי, „מבחינה אסתטית“) אם דבר חקיקה פלוני נמצא בתוך הקוד או בנפרד, מתוצה לו. על השיקול הראשון אין צורך להרחיב את הדיבור. אין דומה מי שמבקש להסדיר כיום את התחום האזרחי, למי שנושא עמו קוד מקיף מן המאה הקודמת. אשר לשיקול השני, הרי נכון הדבר שתוקפו המחייב של דבר חקיקה איננו מותנה בכך אם הוא נחשב חלק מן הקוד או נמצא מחוצה לו. למרות זאת עשויה להיות לכך השפעה לא מבוטלת. יש הרואים בקוד דבר חקיקה „נעלה“, אמנם לא מבחינה פורמלית אך לפחות מבחינת היחס כלפיו. הקוד משקף, לא אחת, מאמץ חקיקתי העולה על זה המוקדש לדבר חקיקה „רגיל“. מצפים כי יהיה בתוקפו תקופה ממושכת והוא נחשב לבריה התיכון של הדין בתחום המכוסה על ידיו. על רקע זה ניתן להבין את הגישה לפיה חופש החוזים הוא הכללי, וכי בדרך כלל (היינו, בין אם מדובר ביחסי ספק-לקוח ובין אם לאו) יש להחיל את העקרונות אשר נקבעו בחוק החוזים (חלק כללי), חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) וחוק המכר. הפעלת הוראות חוק החוזים האחידים, לשם הגנה על הלקוח, היא

⁴⁹ ס' 14(ב) לחוק המכר.

⁵⁰ חוק החוזים האחידים איננו נחשב כחלק מן החקיקה הקודיפיקטיבית. ראה א' ברק „לקראת קודיפיקציה של המשפט הישראלי“ עיוני משפט ג (תשל"ג) 5. המחבר מונה בהערה 4 את החוקים הקודיפיקטיביים שנתקבלו ואיננו כולל את חוק החוזים האחידים ברשימה זו.

בגדר חריג שבדרך כלל יש להמנע ממנו, ומי שמבקש להסתמך על חריג שכזה יש להטיל עליו כל גטל שבעולם קודם שיעתרו לבקשתו. גישה כזו ניכרת לא אחת בפסיקה הישראלית.

בעיני ראוי היה לאמץ גישה שונה לחלוטין. בימינו הסכמי ספק-לקוח אינם היוצא מן הכלל, אלא הכלל. מערכת המושגים שפותחה במאה ה-19 ונקלטה בחקיקה הישראלית הקודיפיקטיבית, מתאימה למקרה שבו גמצאים שני הצדדים במעמד שווה, אך איננה מתאימה ליחסי ספק-לקוח. והמדובר איננו בסוגיה אחת ספציפית (דוגמת זו של „תנאים מקפחים” שבחוק החוזים האחידים) אלא בדיני חיובים מן המסד ועד הטפחות.

המצב הנוכחי, שבו מתעלמת החקיקה הקודיפיקטיבית מבעיה כה מרכזית הביא לכך שבהדרגה נוצרות שתי מערכות חוקים, וכי בצד המערכת הקודיפיקטיבית החלה להתפתח מערכת שניה שראשיתה, כאמור, בחוק החוזים האחידים. לחוק זה הצטרפו במשך הזמן חוקים נוספים המבקשים להגן על הצרכן דוגמת חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973⁸⁰, חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ד-1974⁸¹, חוק המסחר ברכב משומש, תשל"ז-1977⁸², ונראה כי קיימת כוונה להמשיך, ואולי אף ביתר שאת, בחקיקה זו⁸³. תוצאותיה של חקיקה זו עדיין אינן בולטות בפסיקה, אולם אני סבור כי השפעתה תלך ותגבר ומי יודע אם לא תאפיל בסופו של דבר על החקיקה הקודיפיקטיבית. אך זהו, כאמור, חזון לעתיד. בינתיים שולטת עדיין בכיפה הגישה המושתתת על חופש החוזה והמתעלמת כמעט לחלוטין מהשאלות הכרוכות ביחסי ספק-לקוח.

עקרונות כלליים של דיני חוזים והחלתם למעשה ביחסי ספק-לקוח
ציינו לעיל כי דיני החוזים הכלליים, כפי שהם משתקפים בחקיקה הקודי-פיקטיבית הישראלית, אינם מתייחסים כלל לסוגיה של יחסי ספק-לקוח. עם זאת, קיימת אפשרות שבתי המשפט יחילו אותם תוך התחשבות בנסיבות דוגמת קיום חוזה אחיד ויחסי ספק-לקוח. ודוגמאות לגישה זו אפשר למצוא, לא אחת, בפסיקה של מדינות אחרות⁸⁴. אפשרות זו קיימת בעיקר לגבי אותם סעיפים כלליים

⁸⁰ ס"ח 706.

⁸¹ ס"ח 749.

⁸² ס"ח 863.

⁸³ ראה, למשל, הצעת חוק הליכות מסחר, תשל"ב-1972, ה"ח 991, ובין היתר ס' 11 בו.

⁸⁴ הקוד האורחי הצרפתי מחייב את המוכר בגין פגם נסתר (vice caché) בממכר (ס' 1643 לקוד). אחריות זו מורחבת במקרה שהמוכר ידע על הפגם (ס' 1645 לקוד). סעיפים אלה אינם מבחינים בין מוכר מקצועי למוכר סחם, אולם הבתנה כזו פותחה על ידי הפסיקה, שקבעה כי בכל מקרה רואים את המוכר המקצועי כיודע על הפגם. כתוצאה מכך מוטלת על המוכר המקצועי אחריות מורחבת כאמור בס' 1645 לקוד, ממנה אין הוא יכול להשתחרר באמצעות תנאי פטור. ר' von-Hippel, *supra* note 5, 259. וכן Starck, *Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitative de responsabilité* D. Chronique, 1924 p. 157, 163-164 (בעיקר סעיפים 68-70). המחבר אף מציג את השאלה אם יש מקום להבחין בין

המותירים שיקול דעת רחב בידי בית המשפט, דוגמת סעיף 39 לחוק החוזים הדרן בחובת תום הלב, בכל הנוגע לקיום חיוב הנובע מחוזה ובשימוש בזכות הנובעת מחוזה.⁵³ כך גם לגבי הסיפא של ס' 15 לחוק החוזים הדגה בחובת גילוי המגדירה „הטעיה” במילים „לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן”. מובן כי קיימת אפשרות שאם הנסיבות הן של מכר על ידי סוחר ללקוח יקבע בית המשפט שחובת הגילוי רחבה יותר מזו שהיתה קיימת במקרה של מכר כזה מאדם פרטי לחברו.⁵⁴

קיום אפשרות בדבר התפתחות משפטית כזו איננו גורע מן הביקורת שהועלתה לעיל בדבר התעלמות החקיקה הקודפיקטיבית מבעיית יחסי ספק-לקוח וחוזים אחידים, שכן אין הצדקה להתעלמות המחוקק, המבקש להסדיר תחום מסוים, מבעיה רחבה כזו הקיימת מזה שנים רבות והשארתה להתפתחות משפטית. יתרה מזאת, אין כל ודאות שהתפתחות כזו תתרחש ואף אם תתרחש, כפי שיש לקוות, היא תהיה ודאי איטית והדרגתית.

ניצגיה של התפתחות כזו ניכרים לפחות בתחום אחד, כוונתי לדיני ביטוח. התגנה על המבוטח בתחום זה לא נוצרה תוך הסתמכות על חוק החוזים האחידים,⁵⁵ ואף לא תוך פסילת תוקפן של הוראות שונות המקובלות בפוליסות הביטוח, אלא בראש ובראשונה באמצעות הכלל לפיו יש לפרש את הפוליסה, במקרה של ספק, נגד המנסח. השימוש הרחב שנעשה בכלל זה בדיני ביטוח על ידי בתי המשפט בישראל וההגנה שהוענקה בדרך זו למבוטחים ידועים היטב.⁵⁶ ולאחרונה עדים אנו להתפתחות נוספת, היינו לשימוש בהוראת ס' 12 לחוק החוזים באופן שהיה בו כדי להגן על המבוטח.⁵⁷

ניתן לעיתים למצוא דוגמאות להגנה על הלקוח באמצעות פרשנות גם בעניינים נוספים שאינם בגדר דיני ביטוח.⁵⁸ מאידך, קיימים תחומים לא מעטים

מוכר „מקצועי” לבין פעולה מקצועית בתחום אחר, שאיננו בגדר מכר (עמ' 164–165 שם).

⁵³ השווה ג' שלו, תניות פגור בחוזים (ירושלים, תשל"ד), 172.

⁵⁴ השווה לס' 11 להצעת החוק להליכות מסחר, תשל"ב–1972, ה"ח 991, וכן להלכה הצרפתית לעיל הערה 51.

⁵⁵ התעוררה אף השאלה אם חוזה ביטוח הינו בגדר חוזה „למתן שירות” במובן חוק החוזים האחידים, שאם לא כן – לא היה חוק זה חל על הסכמי ביטוח כלל. בע"א 39/71 צור ג' ופונג, פ"ד כו (1) 190 השיב בית המשפט העליון מפי השופט י. כהן לשאלה זו בחיוב.

⁵⁶ ראה, למשל, את פסק דינו של השופט עציוני בע"א 732/72 דינרי ג' חתמי לודם, פ"ד כח (1) 589, 595. השווה גם לפסק דינו של השופט ח. כהן בע"א 185/75 אוהיון ג' חיון ואחי, פ"ד לא (3) 890 (גישתו העיונית של השופט זוסמן היתה שונה. ר' שם, בע' 829).

⁵⁷ ע"א 846/76 עטיה ג' אררט, פ"ד לא (2) 780.

⁵⁸ ראה, למשל, ע"א 357/56 „ר"ן ג' יצחק יחיאל, פ"ד יב 517. פסק דין חדיש, הפעם בתחום הבניה הוא ע"א 653/77 שורוקרת ג' קרים (עדיין לא פורסם – פסק הדין הומצא לי באדיבותו של עו"ד אלדור). במקרה זה הוגשו תביעות נגד קבלן בגין ליקויים בדירות שנמכרו על ידיו. הנתבע הסתמך, בין היתר, על סעיף 8 בהסכם

בהם לא ניתן כל ביטוי לצורך בהגנה על הלקוח ואשר בהם ממשיכה הדוקטרינה (ואולי הפיקציה) בדבר חופש החוזה לשלוט בכיפה תוך התעלמות כמעט מוחלטת מקיומם של יחסי ספק-לקוח, או מהסדרים שמקורם בחוזה אחיד⁶⁰. דוגמא בולטת לכך יוכל לשמש פסק הדין הנודע ע"א 278/56 סופרנו בע"מ נ' מורחי⁶⁰, שבחן את השאלה שבפניו כאילו התעוררה בין צדדים במעמד שווה ואשר קבע הלכה שלא קל להשלים עמה⁶¹.

דוגמא נוספת, הפעם מתחום הבנקאות, יוכל לשמש פסק הדין בע"א 618/75 טננבאום נ' בנק לאומי לישראל⁶². במקרה זה ניהלה המנוחה עסק קטן והיה לה

שנאמר בו כי, פרט לאחריותו של המוכר לפי סעיף 5 של חוזה זה קבלת הדירה על ידי הקונה תיחשב כאישור מצידו שהוא קיבל את הדירה לשביעות רצונו הגמורה וכוותור על טענת כל ברירה בקשר עם הדירה או הבית המשותף". השופט י. כהן (שלדעתו הצטרף השופט אשר) פסק שלפי הלשון הפשוטה של החוזה יש לדחות טענות הקבלן וזה מבלי שיש צורך להיוקק לפירוש נגד המנסה. זאת משום שאחריות הקבלן לפי ס' 5 להסכם בשארה בעינה וכי ס' 8 חל רק על ויתור על ברירה ולא על ליקויים בבניה. עם זאת ציין שס' 16 לחוק המכר, אשר נועד להרחיב את הגנת הקונה במקרה של אי התאמה שהיתה ידועה למוכר, חל רק כאשר אי התאמה נובעת מעובדות שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליהן בעת גמירת החוזה. אולם במקרה הנוכחי נבנו הדירות לאחר חתימת החוזה (אולם האין מסירת נכס בידיעה על אי התאמה וללא גילוייה מנוגד לחובת תום הלב? — ד.פ.). השופט עציוני נקט גישה שונה, בצינו שבמקרה של ספק יש לפרש תניית פטור באופן דווקני נגד מי שהכלילה בחוזה והוסיף כי, התגיה שעצם קבלת הדירה מאשרת שפגמים כאלה אינם קיימים היא תניה בלתי סבירה לחלוטין, והייתי אומר גם תניה עושקת. יצוין כי החוזה היה בין ספק מקצועי (קבלן) ללקוח, אך לא צוין אם החוזה הינו חוזה אחיד, ומכל מקום חוק החוזים האחרים אינו מוזכר כלל.

⁶⁰ בשאלה מדוע הוענקה ללקוח הגנה רחבה בחוזה דיני ביטוח בעוד שבתחומים אחרים לא זכו הלקוחות להגנה דומה אפשר להעלות השערות שונות. גורמים אפשריים הם כי בחוזה דיני ביטוח קיימת התדיינות רבה יחסית מחמת הסכומים הגבוהים (במקרה שנגרם נזק), בעוד שבתחומים אחרים האינטרס של הלקוח הוא לרוב יותר צנוע. (בע"א 278/56 סופרנו בע"מ נ' מורחי, פ"ד יב 394 שיידון להלן היה הסכום השנוי במחלוקת — 35 ל"י, ובע"א 357/56 "רן" נ' יצחק יחיאל, פ"ד יב 517 — 360 פרוטה). התדיינות זו והסכומים המעורבים בה יצרו, אולי, יתר מודעות לצורך בהגנה על הלקוח. גורם אפשרי נוסף נעוץ בשיטת ביטוח חובה לגבי השימוש ברכב מנועי שהונהגה אצלנו. במסגרת זו התבררו תביעות רבות שהוגשו נגד מכטחים על ידי נפגעי תאונות דרכים כשזכויותיהם היו מותנות, לא אהת, בפירוש הפוליסה ובהיקף הכיסוי לפיה. הנטייה להגן על נפגעים אלה (והמדובר הוא במוות או חבלה גופנית) תרמה, אולי, אף היא, להתפתחות בדיני ביטוח שצויינה לעיל.

⁶¹ פ"ד יב 394.

⁶² לביקורת על פסק דין זה ראה גם ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (אבוקה, תל-אביב, תש"ל) 175.

⁶³ פ"ד לא (3) 141. לניתוח מקיף ויסודי של הבעיה שהתעוררה במשפט זה ראה א' ברק, "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוח" משפטים א

השבון בבנק הנתבע. עובדת של המנוחה זייפה במשך כשנה וחצי את חתימותיה על 29 צ'קים ובדרך זו נמשכו מן החשבון למעלה מ-47,000 ל"י. מסתבר כי חיקוי החתימה של המנוחה נעשה בצורה בלתי מוצלחת וגם בעין רגילה ניתן היה להבחין בינה לבין החתימה האמיתית. תביעת העזבון של המנוחה כנגד הבנק גדתה, בהסתמך על עקרון ההשתק מחמת רשלנות כפי שנקבע בע"א 550/66 שטאובר בע"מ נ' בנק מזרחי בע"מ⁶³. המנוחה קיבלה מן הבנק העתקי חשבונה ובהם תיובים בגין השיקים המזוייפים. משלא הגיבה על חשבונות אלה — הרי היא „מושקת“. זאת אף אם היא עצמה לא עמדה על שאירע ושתיקתה נבעה מכך שהיא עצמה לא ידעה את העובדות, שכן, כך נאמר:

„השתק על ידי התנהגות יכול להיווצר לא רק כאשר הצד המושק יודע את העובדות לאמיתן אלא גם כאשר היה יכול לגלותן אילו נהג בזהירות סבירה“⁶⁴. הלכה זו, כך גפסק, חלה „אף כאשר הבנק לא היה נקי מרשלנות בשלמו שיקים שניתן היה לגלות בהם שחתימת בעל החשבון היא מזוייפת“⁶⁵.

נמצא שבמקרה כזה, אם היה חוסר זהירות הן מצד הלקוח והן מצד הבנק — הלקוח נושא במלוא הנזק. אפילו האפשרות של חלוקת הנזק בין הצדדים, כפי שניתן היה לעשות אילו התעוררה השאלה בגדר דיני נזיקין⁶⁶, לא הובאה בחשבון, זאת משום שהנושא לא התעורר בתחום דיני נזיקין אלא בגדר דיני חוזים כאשר צד „הושק“ מלהעלות טענה מסויימת. תוצאת ההשתק היא הטלת מלוא הנזק על אותו צד (הלקוח) כאשר חוסר זהירותו של הצד האחר איננה מעלה או מורידה. קשה להסכים לתוצאה זו, וסבורני כי מקום שהיה חוסר זהירות מצד הבנק, אין זה מוצדק לאפשר לו להסתמך, כלפי הלקוח, על הלכת ההשתק מחמת רשלנות. בולט הדבר כי גם הלכה זו התפתחה תוך אי התחשבות ביחסי ספק-לקוח הקיימים במקרים אלה. הנושא נדון כאילו שני הצדדים נמצאים במעמד שווה, הלקוח הבודד העלול לאבד חלק נכבד מרכושו והבנק, שניהול חשבונות ובדיקת שיקים מהווים יסוד מרכזי בעסקיו. יתרה מזאת, שיקולים דוגמת יכולת הבנק להנהיג מערכת פיקוח וביקורת שתצמצם סיכון של אירוע מסוג זה⁶⁸ וכן כוחו

(תשכ"ו) 134. (מאמרו של פרופ' ברק נכתב לאחר פסק הדין בעניין שטאובר (להלן הערה 63) אך לפני פסק הדין בעניין טננבאום).

⁶³ פ"ד כב (1) 240.

⁶⁴ דברי השופט לנדוי ט"ם, בע' 246. הדברים צוטטו בע"א 618/75 טננבאום נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד לא (3) 141, 144.

⁶⁵ דברי השופט בכור בע"א 618/75 טננבאום נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד לא (3) 141, 144.

⁶⁶ השווה לברק לעיל הערה 62, בע' 148 ואילך ובעיקר ע' 155.

⁶⁷ ור' ברק לעיל הערה 62, בע' 141-144, המציין בין היתר, בע' 143 כי „נראית לנו הגישה האמריקאית, ומהטעמים הבאים: ראשית, כלל הוא בדיני המניעות, כי זו אינה עומדת לניצג היודע כי נשוא המצג אינו קיים. ידיעה לענין זה, בין ידיעה בפועל ובין ידיעה מיוחסת. ניתן לומר כי בנק שהתחיל בגילוי הוויף, כמוהו כמי שידע על הוויף, ועל כן לא מתקיימים כלפיו תנאי המניעות...“.

⁶⁸ ברור שכל לקוח יכול לבדוק היטב את העתקי החשבונות שלו הגשלהים אליו. אך אפשר להניח שמבין עשרות אלפי הלקוחות של הבנק ימצאו לא מעטים שהלכות שטאובר וטננבאום לא תעננה לידיעתם ואשר לא יקפידו בעריכת הבדיקה. לעומת זאת,

של הבנק להביא לפיזור הנוק⁶⁹ מחייבים היו הטלת אחריות על הבנק דווקא. אך שיקולים אלה לא הועלו ולא נבחנו כלל. הנושא כולו נדון כסוגיה בתחום המשפט הפרטי הקלאסי, וכאילו היו שני הצדדים במעמד שווה. בעניין שכפנינו ביקש הבנק להסתמך על תנאים אחרים שהוא משתמש בהם ביחסיו עם הלקוחות, דוגמת ההערה בהעתקי החשבונות הנשלחים ללקוח, לפיה אם אין הלקוח מגיב תוך 15 יום מיום קבלת החשבון הוא ייחשב כמאשר את אותו חשבון, וכן ההוראה המופיעה בתנאים לפתיחת חשבון, לפיה הלקוח „אחראי לשימוש בלתי נכון באיזה מטפסי השיקים שהבנק ימסור לו“. אך מסתבר שלא היה כל צורך בכך, ושאלת כוחן המחייב או תחולתן של הוראות אלה לא נדונה כלל⁷⁰. די היה לבנק בהגנה שזכה לה באמצעות הדוקטרינה של השתק מתוך רשלנות שפותחה על ידי בתי המשפט והוא היה פטור אף מלחסות בצל התנאים שנוסחו על ידיו.

יש לבנק מערכת שבכוחה לטפל בחשבונותיהם של כל הלקוחות. הרחבת אחריותו של הבנק תגדיל את העניין שיש לו להפעיל מערכת זו לביקורת קפדנית ולמניעת חיוב בלתי מוצדק של חשבון הלקוח.

⁶⁹ ר' ברק לעיל הערה 62, בעיקר ע' 134–136.

⁷⁰ ר' גם ע"א 618/75 טננבאום נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד לא (3) 141, 145.