
עוד הערה לעניין ההוראות בדבר "עצמאות החוק" אשר בחקיקה הישראלית החדשה

מאת
פרופ' דניאל פרידמן

במסגרת זו אין בדעתו לדון בהשגותיו של פרופ' ברק¹ על רשייתי בעניין הוראות בדבר "עצמאות החוק".² אולם, בעניין אחד שהועלה בראשותו של פרופ' ברק רואה אני להעמיד את הדברים על תיקון. בראשיתו הצבתי על הקושי במילוי שאלות משפטיות לקטגוריות שונות, ובכינעת שאלת מסוימת כנכנסת, למשל, בוגדר "ענני ירושה" או "ענני מקרקעין". ציינתי כי שאלת כזו איננה צריכה, לדעתי, להיות נידונה על יסוד מיאוריות מופשיות בלבד (עמ' 93), אלא על יסוד בחינת הוראות החוק הנוגע בדבר" (עמ' 94).

מכאן הסיק, נראה, פרופ' ברק כי אינני מוכן לבער פועלות מיוון, ואם היא מבוצעת על ידי, משמע הדבר נעשה שלא במקרה. משיחס לי פרופ' ברק גישה שמעולם לא אימצתי לעצמי, מתוך עילה ביקורת וצין:

"פרופ' פרידמן עצמו מבצע ללא הרף פעולות מיוון בראשיתו. הוא קובע, למשל, שגראת כי לדעת המחוקק הסוגיה על השתפות בין ערבים איננה שייכת לדיני ערבות דזוקא, אלא היא מהוות חלק מבעיטה כללית של השתפות בין חיבטים יוזם ולהוו... בהישלו למסקנה זה התבפס... על מספר פעולות מיוון סמיות... פועלות מיוון אלה אינן קשות במיוחד, ונראה שפרופ' פרידמן אף אינו עיר לכך שהוא ביצע אותן. אך דבר זה איננו סולל את קיומו. הוא רק מוכיח כי אין זאת נכוון לומר כי בעיות מיוון הן תמיד בעיות קשות".

דא עקא שלא היה שום דבר "סמוני" בפועל מיוון זו, ובודאי שלא היה זו פעולה אשר נעשתה שלא במקרה. הדבר נאמר במשפט על ידי בעמ' 97 לרשייתי, בה צוין כי "נשאלת השאלה אם הסוגיה של השתפות בין ערבים היא סוגיה שבידיינו ערבות. זהה שאלת כל סיפיקציה...". העובדה שהשתמשתי באומרה אקשר במונח הלוואי "קלסיפיקציה" ולא במונח העברי "מיון", עדין איננה הופכת את התהילה מגליו ל"סמוני".

השאלת אם מיוון סוגית ההשתפות בין ערבים כשייכת לדיני ערבות או לסוגיה נפרדת, הינה שאלת ש"אינה קשה במיוחד" היא עניין של הערכה. עובדה היא כי השאלה גוררת והתדיינות בבית המשפט העליון בתקופה שדייני הערובות הוסדרו לפי

1. ברק, "הוראות בדבר 'עצמאות החוק' ובוועית הלائוגיה בחקיקה הישראלית החדשה: תשובה לפרופ' פרידמן", *מצחיקים ח'*, עמ' 99.

2. *מצחיקים ח'*, עמ' 91.

המגילה³. אך ניתנן, כמובן, לגיטם — כפי שניתן לעשות בכל מקרה שבו הוכראה שאלה מסוימת באמצעות פסיקה — כי לאחר שבית המשפט העליון צייד אותו בפרטו, אין זו יותר שאלה קשה. מכל מקום, לאחר שניתנה ההחלטה האמורה נדונה השאלה פעם נוספת בהרבה במאמרו של פרופ' צלטנר, "הסימן 46 לדבר המליך בנסיבותיו כהוראת משפט בינו-שבתיי"⁴, ויזן זה מלמד כי אין סום דבר הטבעי (Inherent) בנושא המחייב לכלול או שלא לכלול את סוגיות ההשתתפות בין ערבים בגדר דמי העברות.

כך גם לגבי סוגיות רבות אחרות. האם תרミニת היא סוגיה משפטית נפרדת או שמא היא מהוות חלק אינטגרלי מן הדין הנוגע לפעולות המשפט הנוגעת בדבר? השאלה מתעוררת, למשל, לגבי תרミニת בתנאי, האם היא מהוות חלק מדין המתנה או שמא זו סוגיה נפרדת של תרミニת. שאלה דומה מתעוררת בדייני ירושה, כגון האם תרミニת רקsur לזוגאה מהוות חלק מעונייני ירושה או שמא שייך הנושא לסוגיה נפרדת של תרミニת. כאמור, עמדתי תיא כי שאלה זו איננה יכולה להפטר על יסוד תיאוריות מופשיות בלבד, שכן אין שום דבר הטבעי בנושא והמחיב דווקא פתרון זה ולא אחר. מסומן אך ראוי שהשאלה תבחן לאור הוראות החוק הרלנדיות, תשכ"ה-1968, איינו מכיל כל הוראות בוגוע לטעות או תרミニות במונע מתנה. אין כל תימה שכאשר התעוררה השאלה בע"א 173/72 גנאים נ' גנאים⁵, הינו שופטי הרוב כי שאלת תרミニת אינה סוגיה נפרדת מסוגיות המתנה, ובכך נפתחה דרך להחלת הדין האנגלי בסוגיות התרミニת לגבי מתנה⁶. לעומת זאת נדונה השאלה של תרミニת לגבי צוואה בסעיפים 30 ו-31 לחוק היירושה, תשכ"ה-1965. מכאן יש יסוד לטענה כי השאלה של תרミニת לגבי צוואה, לפחות לגבי אותן סוגיות הנכללות בתחום הוראות אלו, אינה בגדר "עונייני ירושה" במובן סעיף 150 לחוק היירושה. יתרו, אפילו, כי תרミニת לגבי מתנה איננה בגדר "עוני מתנה", אך מכך ניתן לומר צוואה הנגה בגדר "עוני". פירוש זה אינו מבוסס על קיומו של סעיף "עצמות החוק" בחוק היירושה או על העדרו של סעיף כו"ה בחוק המתנה, אלא על בחינת ההוראות הСПציטיות של כל אחד מתחוקים אלו.

בכן כי פירוש זה הופך את סעיף "עצמות החוק" לדקלטיבי. זה יתרונו. הפסיק ההפוך מניח קיום של עניינים, שהם בגדר החקקים העצמאיים, אף שלא נכללו כלל

3. ע"א 206/47 ליפשין נ' ארנולד, פד"ז ב' 421 וע"א 294/55 פוקשנר נ' אנרון, פ"ע ב'ז 244.

4. הפרק ליט ס"ז (1960), עמ' 300.

5. פד"ז ב'ז (1) 414.

6. ראה עמ' 420 לפסחה. ביום נראה כי יחולו בעניין הוראות חוק התווים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ראה סעיף 6(ב) לחוק. תיאוריתנית ניתן היה לטען כי שתיקת המשפט בחוק המתנה, לגבי הבעייה של פגמים ברצין, מהוות הסדר שלילי. פתרון זה איננו בא, לדעת, בחשבון. דיון בשיקולים התשולים פתרונו זה הוריגים מן המסתירה הנוכחית בשם שאரנו ממסורה רשיימי הקודמת.

7. לעומת זאת, לא זו חוק היירושה בנושא של מרמה זו טעונה בחסילקות ירוש מחלוקת בירושה (סעיף 6 לחוק). אך כאן לא בראה לי כי זהו הסדר שלילי ולגוטני אין השאלה בגדר "עוניINI ירושה" במובנו חוק היירושה. לפי גישתנו לא ניתן מנעה להחלת הדין האנגלי בסוגיה זו, בתקופה שקדמה לקבלה חוק החוזים (חלק כללי). התוודה לע"א 570/70 חי נ' פdag, פד"ז ב'ז (2) 339 ו-350 ו-353, בו נדונה השאלה לאור המגב המשפטית בתקופה שקדמה לחוק היירושה.

עד הערה לעניין ההוראות בדבר "עכמאות החוק" אשר בחקיקה הישראלית החדשה

בחקיקות אלו, כגון "עניני ירושה" שאונם נזכרים בחוק היורשה או "עניני מקרקעין" שלא נזכרו בחוק המקרקעין. מדובר, איפוא, בקטגוריה שלימה של אקנות שלגביהן נאסרה הפניה לדין האנגלי. הרazon לאמץ פירוש זה מבוסס כמובן, על אמונה כי הוא יתרום להתחפות יצירה משפטית עצמאית. אולם חוששנו כי בשלב הנוכחי של החוקה הישראלית, כאשר עקרונות כללים רבים נקבעו בה וכאשר אין היא מכילה כל הוראה המדריכה את השופט לגבי מילוי אקונה מעין זו, תהיה התוצאה שוגת וחלולות.⁸ השימוש בחיקש, כפי שמצויך פروف' ברק, הוא פרובлемטי, ובודאי שאין בו כדי לפטור את מכלול הבעיות העשויות להתחזרה. במקרה זאת, עלול הדבר לגרום לשילוח סעיף, גם בנסיבות שקשה להסכים לתחזאה זו, ופסח"ד בעניין ע"א 726/71 גראבן אט ק.ב.ק. נ' בידרמן⁹, יוכל לשמש דוגמא לכך. גם הדברים שנאמרו בפסח"ד זה, לפיהם "בבטלו את הזיקה לסייען סימן לנו סימן 46 והחזיר אותנו לתקופה העותומנית", ממחישים היטב את 'הଉשרה' שהעניק לנו סימן 46 והחזיר אותנו לתקופה העותומנית.

התוצאה העוללה לנבוע מפרשיב של סעיף "עכמאות החוק".

8 בהערה 16 לרישומו, מעלה פروف' ברק את השאלה מה היה הניסוח הדרוש, לדעתו, כדי שהחוק יbia ל'עכמאות' של חוק פלוני באותו מוכן שייחסו לו פروف' ברק. איננו חושב שיש קושי במציאת ניסוח המבhorר כונגה כזו. ניתן, למשל, לומר ב"חוק עצמאי" כי בעניינים מסוימים (וכאן אין להסתפק בנוסח דוגמת "בunningים שחוק זה זו בהם"), כפי שנעשה בחוק החוים ובחוק התרופות בשל הפרת חווה, אלא יש לומר מהו העניין, דוגמת "עניני ירושה") לא יחול סימן 46 לדבר המליך במשמעותו "אף אם עניינים אלה לא גודנו בחוק זה". זה, כאמורו של דבר, הרעיון שפروف' ברק מבקש להסביר מסעיף העכמאות החקיק בנסיבות פרשנות. אך לගירוטי, אילו היה זה כוונת המחוקק, היה עליון לומר זאת בלשון ברורה. הדבר לא נאמר משום שספק עניין אם המחוקק העלה בדיוחו דבר קיומה של אפשרות כזו. בולט הדבר כי ניתוח דוגמת זה שנטה בו עליל היה מרוכז מוד את תשומת הלב לשאלת כיצד על הטעפת לנוהג לגבי אקונה, כאשר נאסרה עליון ההסתמכות על סימן 46. משום כך, מותר לתנאי כי אילו נקט המחוקק בנסיבות דוגמת זה שהועלה לעיל, היה מצוף לכך הדרכת לשופט כיצד עליון לנוהג במקרים מסוימים כאמור, דוגמת ההורכה שבסעיף 1 לקודקס האזרחי השווייצרי משנת 1907 או בסעיף 12 לקודקס האיטלקי משנת 1942. העדר כל גדרכה בזקודה זו מוגן, לדעתו, כי המחוקק לא ראה לנגד עניין את הפירוש המרחיב.

9 פ"ז ב"ו (2) 781.

התחייבותו של צרכן על-פי מסמך סחר וויתרו כלפי הנמהה — לקרה דין מיוחד

מאת
בנימין גבע (גרינברג)*

א. הציגת הבעיה

במרכז הדין שלහלן עומדת שאלת מעמדו של אדם הרוכס סחרה או מקבל שירות לשימוש עצמי (להלן — צרכן¹) כלפי קונה בתום לב של זכויות הסוחר הנובעות מהתיקת עמו.² במיוחד יעסיק אותנו ויתור הצרכן על כוחו להעלות כלפי קונה זה טענות שעילתו היא הפרת חוויה המכבר על-ידי הסוחר. ויתור זה עשוי לנבוע מהתיקות מפורשת בחוויה המכבר או מעצם העובדה החיב הצרכן על-פי מסמך סחר³, ועלול הוא

* תלמיד לתואר דוקטור למשפטים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.
1 הגדרה זו של "צרכן" זהה בrough להגדרות המופיעות בסעיף (1) ל' 9-109 Uniform Commercial Code (ראאה להלן, הערת שולדים 5) ובסעיף 2.104 ל' 86 (86) אשר הצעו בארכ"ב על-ידי National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (ראאה להלן, ה"ש 1957) להצעת נציבות המסחר הפדרלית בארכ"ב לעניין שמירה על תביעה והגנות של צרכנים (130).
2 ווי אף נישטו העקרונות של סעיף 1 לחוק הפיקוח על מצריכים שירותים, תש"ח-1957, פ"ח חס"ח, עמ' 24, המגדיר "צרכן" על דרך השלילה, דהיינו כמו שרשץ מצרך לכל מטרה שהיא פרט לייצור או למלאה. ראה בכיוון זה גם את סעיף 188 לחוק השטרות הקנדי (ראאה להלן, ה"ש 1114). אך השווה הגדרות אלו להגדרה והעילה מסעיף (8) ל' 1.301 National Consumer Act (Consumer Act Boston College Law School's 98).
3 G. Gilmore, "The Commercial Doctrine of Good : ופייה אף איש העסקים הקמן הרוכס ציד לעצמו ל"צרכן" יחשב. והוא עוד לנוין זה : J. S. Ziegel, "Faith Purchase," 63 (1954) Yale L.J. 1057, 1101-1102 .וכן : "Comments — Consumer Notes-Bill c-208 — Bills of Exchange Amendment Act," 49 (1971) Can. Bar. Rev. 121, 127-128

2 עיסקה בה לפחות אחד הצדדים והוא "צרכן" — ל"עיסקה צרכנית" הוחשב. ראה למשל הגדרה בסעיף (d) ל' 1 להצעת נציבות המסחר הפדרלית הנ"ל ובסעיף (13) ל' 1.301(13) National Consumer Act .Consumer Act

3 דתוינו מסמך שהעבorthן על-ידי חתימת היסב ומסירה (ואם הוא למוכן) על-ידי מסירה בלבד) מקנה לנער את הזכות בו ועל-פיו וועשו היא להקנות לו בתנאים מסוימים, שעיקרם הם חתום לב וערף, וכוח טובנה מכוחה המעביר.

להגדרת מסמך סחר (negotiable instrument) וסחרות (negotiability) ראה : Black's Law Dictionary, Revised fourth edition, 1968, St. Paul Minn. West Publishing Co., וכן : א' ברק, מהווט של שער [איון תאריך], בוגצת הדפוס האקדמי בירושלים, עמ' 24-23, וכן : י' ווסמן, דיני שירות, מהדורה רביעית, תשכ"ז-1967, תל-אביב, עמ' 6, 250-249.

התחייבותו של צרכן על-פי מסמך סחיר וויתרוו כלפי הנמהה

להביא לידי כך שהצרכן יחויב לשולם בגין תמורה שלא ניתנה לו. הדיוון יבחן את הבעיטה בכללותה ואת התגבשותו של דין מיוחד באלה"ב ובקנדה לפתרונה.⁴

ב. דין הכללי – היחסות הזכות בידי האוחז בשורה והנמהה כלפיו פועל הווייטור

דין הוא כי העברת זכויות הסוחר על-פי חזות המכר אינה עשויה להגנות לנבער מעמד עדיף משל הסוחר כלפי הצרכן. הרוכש את זכויותיו של גבס בעוליו ואינו רוכש יותר זכויות מה שהיו לו, לחיב (הוא הקונה במקרה של פפניו) יעמדו כלפי הנמהה (רוכש הזכיות) כל הטענות, בין אם הגנות ובין אם חביבות, שהיו לו כלפי המאהה (הסוחר) מכוח העiska העמו.⁵ למעשה לעומת דין מיוחד ידעתו אודות הפרטה חזות המכר על-ידי המאהה אין כל רלוונטיות.

על מנת לשחרר את רוכש הזכיות מכפיפתו למלוי התחייבויות הסוחר דרוש הדין הכללי אחת מהשתיים – או שהתחייבויות הכספיות של הצרכן גלומות היו בשטרות⁶ אשר סותרו דין לידי רוכשם, או שהחותם המכר בין הצרכן לטוחה כלל תניה מפורשת לפיה ויתר הצרכן על כפיפות הנמהה חם הלב לטענותו כלפי הסוחר.

4. מבחינה מעשית מתעוררת השאלה אך ורק בשוק בו מתבצע מימון עסקות האשראי הזר-כניות באופן המתוואר לעיל – הצרכן מסלם עבור הכספיות בהשלומים לשיעוריין והסומר פונה לצד שלישי, מוסד מימון, הרוכש ממנו במונחים את זכויותיו כלפי הצרכן. מוסד המימון, מקפיד מן הסתם על ריבשת וכות "גניטה" שאינה עשויה להגוע מנוח טענות הצרכן כלפי הסוחר. זהו המצב בקנדה ובאלה"ב.

הבעיה אינה מתעוררת באנגליה בה מפנה הסוחר את הצרכן לחברת מימון, מוכר לה את הסוחרה, וו מצידה מבצעת עסקה נפרדת, בדרך כלל מוקה שמח אגוב שכירות, עם הקונה. הדני מזכיר שם בחברת המימון כמקורת לעניין אחריות על-פי עיסוק המכר ולפי סעיף 16 ל- "השמורה לקונה בניין מגן האזרח". ראה: I. S. Ziegel, "Consumer Credit Regulation: A Canadian Consumer Oriented Viewpoint," 48 (1968) *Colum. L. Rev.* 488, 498. וכן: R. Goods, J. S. Ziegel, *Hire Purchase and Conditional Sale*, 1965, London, pp. 11, 88-90. The British Institute of International and Comparative Law, pp. 11, 88-90. כמו כן אין הבעיה מתעוררת בשוק בו אין הצרכן זוק לסוחר לסט מימון רכישתו.

5. וזה דין אנגלי לפי: Law of Property Act [1925], *Statutes Law Reports* Ch. 20 ((Sec. 136(1)). במדיניות אורה"ב לפי: Uniform Commercial Code, edited by the American Law Institute, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 1962 Official Text with Comments (sec. 9-318(1)). בישראל לפי חוק המאתת חובבים, תשכ"ט-1969, ס"ח תשכ"ט, עמ' 250 (סעיף 2(א)) (להלן: "חוק המאתת חובבים") וכן היה דין בארץ קדום לשנת תשכ"ט לפי סעיף 2(א) לפקודת מתוב (הבראה), 1928, ח"י, מרך א', פרק מ'. ראה: מ' בונפורט, פירוש לחוקי החווים – חוק המאתת חובבים, תשכ"ט-1969, תשל"ב, ירושלים, בהוצאת המכון למחקרי תקינה ומשפט השוואתי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים (עורך: ג' טדקין), עמ' 17, 19.

6. בהתאם לפקודת השטרות [נוסחה חדשה], דיני ישראל מס' 2, עמ' 12 (להלן: "פקודת השטרות") שלושה הם המسمכים הקיימים: שטר חליפין (סעיף 3), שטר חוב (סעיף 84) ושיק שהוא עצמו שטר חליפין (סעיף 73).

נדון אחת לאחת באפשרויות אילו ובתחולתו במשפט ארצנו:

(א) כאשר יסוחר אחד השטרות עליהם חתום הרצבן בדרכן הנכונה בסימן ד' לפרק שני לפקדות השטרות, יהיה האוחז בו וכאי לטעום על-פי בשם עצמו⁷; נטל האוחז את השטר כשהוא שלם ותקין, לפני שעבר זמנו, ללא דעתה שהולל, בתום לב ובعد ערך ולא דעתה על פגס בוכות הקניין של המסתור, היה הוא לאוחז כשרה⁸. האוחז בשטר כשהוא נקי מכל פגס בוכות קניינים של צדדים קדומים לו⁹. ומכל טענות הגנה אישיות גרידא שהיה להם בנים בין עצם¹⁰ יוכל הוא לאכוף תשולם על כל צד החייב על-פי השטר¹¹.

המפתח לרכישת מעמד האווז-כיבוריה טמון איפוא בנטילת השטר بعد ערך¹², בתום לב ובהעד דעתה על פגס בוכות הקניין¹³. תום לב בהקשר זה, פירושו יושר. על הנוטל מסמך סחזר לא מוטלת כל חובת והירות או חובת קירור ודרישת לגבי קורות המסמכר שכן "המסמכר חייב לעבור מיד לא עיבוב והשניה וצורך המיסוחור אינם מתישבים עם קירור ודרישת שכאות"¹⁴. הוואיל, דעת קיומו של החווה בין הסוחור והרצבן, אין משמעה דעת הפרתו; ואף אין בכוחה על דעתה הצעת השטר על-פי החווה לחיב את האוחז, או להטיל עלייו נטל, לבדוק ולחזור בנסיבות ביצוע החווה על-ידי הסוחר¹⁵. גם רשלנות לא תשלול מהאוחז את תום הלב הוא איפוא סובייקטיבי¹⁶.

7 סעיף 37(1) לפקדות השטרות.

8 סעיף 28(א) לפקדות השטרות.

9 זוסמן סבירו, כי פגס בוכות קבון הוא כל אשר היה משמש הגנה לנוחבע לו לא הוועבר השטר (זוסמן, שם, ה"ש, 3, 268). לביבורת הדירה זו ולביבות המשוג ראה א' ברק, שם, ה"ש, 3, עמ' 53, ואילך. מכל מקום, לענייננו די בהגדתו של זוסמן שכן עוסקים אלו בפוגמים שבחווב ראה ברק, שם, עמ' 55).

10 טענות הגנה אישיות גרידא הן הגנות קולטראליות החיצונית לשטר והקשרו באישיותו של האוחז, בגין קיומו. ראה אצל ברק, שם, ה"ש, 3, עמ' 52-53.

11 סעיף 37(2) לפקדות השטרות.

12 במקרה שלנו אוחז השטר הוא מוסך המיכון הרוכש את זכויות הסוחר בכיסו מלא (ראה ה"ש 4 לעיל). אין יסוד זה של נטילה עד ערך מעורר כאן איפוא כל קושי ואנו לא נעמוד עליו.

13 במשפט המקובל, מלכתחילה ד' היה לאוחז כשרה לזראות כי קיבל את השטר בתום לב ובعد ערך. מנוסחה פשוטה זו התפתחה הנוסחה המזוכנחת שנקלטה בחיקת השטרות של אנגליה, דרום אפריקה, אוסטרליה, קנדה וישראל. סעיף 3-302 ל-U.C.C. החזיר את הכלל אחוריות בדרשו מהאוחז כשרה להובלה ערך, תום לב והעד דעתה. למעשה כל התנאים, מלבד עניין הערך וגעים לתום הלב, בנקודה זו ראה: A. Barak, "The Uniform Commercial Code — Commercial Paper — An Outsider's View, Part I," 3 (1968)

Isr.L.Rev. 7, 26-27

14 ראה למשל: ע"א 120/64 חשמונאי שבת נ' יוסוף אברהם לוי, פד"י י"ט (1) 255, 253.

15 זוסמן, שם, ה"ש, 3, 280.

16 סעיף 91 לפקדות השטרות: —

17 ו' כל שנעשה, למעשה, בישר לב, רואים כאלו נעשה בתום לב, כמשמעותה בפקודת זו, בין שנעשה ברשנות ובין שלא ברשנות.

ראאה זוסמן, שם, ה"ש, 3, 277.

18 לאחרונה חור ביהם"ש הגליון ואישר הלכה זו בד"ג 15/70 קיד בעיתם נ' תל-הנן בעיתם, פד"י

התחייבותו של צרכן על-פי מסמך טהור ויתורו כלפי הנמהה

הוא הדין באשר להעדר ידיעה אודות גם בזכות קניינו של המסרף¹⁸ — מצבו הנפשי של ה"יודע" נع בין ידיעה ממשית לבין פזיות¹⁹ כאשר המבחן לעניין ידיעתו הוא סובייקטיבי²⁰. יסוד זה של העדר ידיעת האוחז אינו מהו אם כן דרישת העומדת בפני עצמה והוא בכלל בעצם במוגרת יסוד תום הלב²¹.

(ב) אפשרות שהוכרה על-ידיינו היא כלילת חניה בחוזה המכיר לפיה מותר הצרכן על העלתת טענותיו כלפי הנמהה תם הלב.

כ"ז (1), כאשר בנקודה זו מאוחדים שופטי זרוב (מפני השופט י' כהו) והמעוט (מפני השופט לנדי). עם זאת עשויה רשותה כבודה להציג בעקבות מסויימות על חוסר תום לב אך בשום פנים ואופן אין היא זהה עמו. רשלנותו הכבודה של האוחז היה לו רועץ במובן זה שיקשה עליו לשכנע את בית המשפט כי המודבר הוא אך בראשנות ולא בתוסר יושר. لقد ראה: Chalmers, *Bills of Exchange*, thirteenth edition, 1964, London, Stevens & Sons, Falconbridge, *On Banking and Bills of Exchange*, Seventh ed., p. 283-284. וכן: Chalmers, *op. cit.*, p. 442-443 edition, 1969, Toronto, Canada Law Book Limited, p. 442-443

17 באנגליה נעה המוטולת מבחן אובייקטיבי (ב-1801) לאחר התלבטות מסוימת, בכרו את המבחן סובייקטיבי Barak, *op. cit.*, f.n. 13, pp. 33-36. לעניין תום הלב. ראה: U.C.C. (ראה ח"ש 5 לעיל), לאחר התלבטות מסוימת.

18 ראה: Chalmers, *op. cit.*, f.n. 16, p. 96. מלומד זה גוסס כי "ידיעה" הינה ידיעה ממשית, לאו דוקא ורמלה, שפירושה הן ידיעת דוחות או חד שמשו אנו כשותה, השם אליו נלווה אי-התיחסות מופרשת אמצעי ידיעה.

וזה אף דעתו של השופט וסמן, היבור כי "ידיעת פום פירוטה — ידיעה ממש ואין די באפשרות לדעת". ראה: ווסמן, שב, ח"ש, 3, 278. וראה דעתות דומות גם אצל Byles, *On Bills of Exchange*, twenty second edition, 1965, London, Sweet & Maxwell, p. 200 Cowen, *On the Law of Negotiable Instruments in South Africa*, Fourth edition, 1966, Cape-Town, Wynberg, Johannesburg, Juta & Company, L.T.D., 9-10 בע"א 170/66, פ"ד פ"א ר' (האפרטוף לבעל נפקה), פ"ד י' (4) 437, שאתי כי נאמרו לעניין תום הלב, חלים במלוא תקפו על העדר ידיעה.

19 לעניין המבחן הנפשי של פזיות בהקשר אחר, ראה: ג' טסקי ואחר, דיני גזוקין — תורת הניויקו הבלתי, תש"ל, רשותם, הוצאת סקרים ע"ש ל' מאגנס, האוניברסיטה העברית, עמ' 26 ובעמוד הלאכט הפמן לה'ש 8 באותו מקום.

20 ראה אצל: Cowen, *op. cit.*, f.n. 18, pp. 9-10: "...the question is not whether the transferee ought to have suspected... but whether did in fact suspect. The criterion is subjective one." אך ראה ע"א 352/71 הרבורה המרכזית לנירות ערך בע"מ נ' י' אAngelard ובנק ישראל, פ"ד י' (2) 681, 678, שם לא הטילו השופט לנדי את מלאכתם בשללו את תום לבה של המעררת בחסתפהו בלבעה כי "סיבות העניין היו חיבות להעלות חד בלבנה שהעתק ומוציא לה אינו עסק תחרור". היה עליו לעשות את הצד הנוסף ולקובע כי חד זה אכן תעורר (הדברים nämנים בקשר למשמעות המונח "תום לב" לעניין סעיף 34 לחוק המכיר, משכ"ה-1965, אך חלים במלוא תקפו גם לענייננו).

21 ראה לעניין זה: ווסמן, שב, ח"ש, 3, עמ' 227, וכן: Barak, *op. cit.*, f.n. 13, pp. 26-27. אך ראה סעיף (c)(25)-ל' U.C.C. (201-2) לפיו אדם נחשב כ"יודע" עובדה פלוגית, בין השאר, כאשר מכל העבודות והניביות שהו ידועות לו, הרתה לו סיבה להאמין, כי עובדה זו התקיימה.

לביקורת שיטה זו בה נקבע תום הלב על-פי מבחן סובייקטיבי והעדר ידיעה עשוי להקבע על-פי מבחן אובייקטיבי, ראה: Barak, *op. cit.*, f.n. 35, p. 35.

בארה"ב מעניק סעיף (1) ל-206(9) ^{ל"}uniform Commercial Code (U.C.C.)²² את מלאו ופקותו לויתרו של קונה כלפי נמהת תם לב, אך זאת בנتون לכל חיקוק או החלטה אחרת בשטח הארץ²³. לעניין העדר כפיפות לטענות החייב הנובעות מהתיקת המקורית היישוה איפוא הדין הכללי את מעמד הנמהת כלפיו פועל הויתור למעמד האותן כשרה, דבר האמור אף בסעיף עצמו.²⁴

מהו המצב בשיטת משפט בה אין הוראות חוק מעין זו, כגון במשפט הישראלי?

האמנים יעדמו לחיבב כוחו לשחרר את הנמהת מכל כפיפות להזונה המכבר? במשפט האנגלאי כלל הוא כי הוראה השוללת את זכותו של צד להזונה אינה מקיפה את המקרה של הפרה יסודית²⁵, כאשר דוגמה להפרה מעין זו הינה כשלון תמורה מוחלט, כגון אי-הספקת הסחורות²⁶. בדומה לכך לא היסטו בתוי המשפט בארה"ב להכרוי, מטעמים של טבות הציבור, על בטלותן של הוראות חוזיות שהתיימרו להחסן צד להזונה מפני מרמה או אונס.²⁷

הואיל וויתור הרצבן אינו מתיימר להעניק חסינות כלשהי לפוחר עצמו, ואיןתו מתיימר לפעול כלפי נמהת שאינו ראוי למעמד אוthonיכורה, וכל עוד אין בויתור זה כדי להעמיד את הנמהת שרכש את זכויותיו בחומר לב ובعد ערך במצב טוב יותר מזה של האותן כשרה, אין שיקולים אלה חלים לעניינו²⁸, ואני לומר כי ויתור הרצבן כלפי הנמהת בטל בהיותו בלתי חוקי, בלתי מוסרי או סותר

22 ראה ה"ש 5 לעיל. קודס זה אומץ על ידי כל מדינות ארה"ב למעט לאיזיאנה. לעובדה זו ראה: R. P. Hartmann & H.W. Walker, "The Holder-In-Due-Course Doctrine and the Consumer," 77 (1972) *Com. L. J.* 116, 119, f.n. 33

23 על משמעות סייג זה ראה להלן, במחילת פרק ה'.

24 סעיף (1) ל-206(9) U.C.C. קובע:

(1) Subject to any statute or decision which establishes a different rule for buyers or lessees of consumer goods, an agreement by a buyer or lessee that he will not assert against an assignee any claim or defense which he may have against the seller or lessor is enforceable by an assignee who takes his assignment for value, in good faith and without notice of a claim or defense, except as to defenses of a type which may be asserted against a holder in due course of a negotiable instrument under the Article on Commercial Paper (Article 3). A buyer who as part of one transaction signs both a negotiable instrument and a security agreement makes such an agreement."

25 ראה לעניין זה, ג' שלו, *הנויות פטור במשפט האנגלי ובמשפט הישראלי*, חיבור לשם קבלת דוקטור למשפטים, הוגש לכינס האוניברסיטה העברית בירושלים בחודש אב תשל"ב, עמ' 122; וראה דיון מפורט לעניין ההברה הייסודית ותנויות פטור בחומר בעמ' 122-207 לאותנו חיבור.

26 שלו, שם, עמ' 157.

27 לעניין זה ראה: F. K. Beutel, "Negotiability by Contract," 28 (1933/4) *Ill.L.Rev.* 205, 214-215

28 אך ראה רביים לדעת אחרת: J. S. Ziegel, "Canada Regulates Consumer Notes," 26 (1971) *Bus. Law* 1455, 1457, f.n. 12

התחייבותו של צרכן על-פי מסמך صالح ויתורו כלפי הנמהה

אם התקנת הציבור²⁹. בנסיבות רגילה אין אף לדאות בהכנות תנית הויתור לחויה המכיר ובנסיבות עליה משומע עושק החיבור, דהיינו נristol מצוקתו או חסר נסיגנו, המוכחו בביטול הווה³⁰. בסופו של דבר הרי אין פירושה של תניה זו אלא ויתור מפורש על כוונת שחדין מכיר באפשרות שלילוחן מכללא עליידי עצם החתימה על שטר.

דיני תחויות לכטצטם אינם מעמידים איפוא כל קושי בפני יצירתה ומוקפת של התחויות זו, ומה גם שסמכות הפיקוח הנומנה לבית המשפט מכוח חוק והחותם האחדים, השכ"ד-1964³¹, אינה הלה אלא לעניין הליך משפטי בין ספק ולquia³², ומכאן שלפחות על פניו הדברים לא תהיה מכשול בפני תביעה הנמהה של הספק³³.

שאלת אחרת היא יכולתה של התחויות זו להעניק לנמהה זכות עצמאית. במקרים בו ניתן להכיר בהנימית הזכות לנמהה באמצעות מוסד הווה לטובות צד שלישי³⁴, או עליידי ראיית ויתור החיבור שהועלה על הכתב בהוויה עם המוכר כהצעה שהופנתה לציבור³⁵, שנשורה להווה מהיב עם קבלתה עליידי הנמהה³⁶.

29 ראה סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח, תשל"ג, עמ' 118 (להלן: "חוק החוזים") —

"חויה שכירותה, תכנו או מתרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסרים או סותרים את התקנת הציבור — בטלן".

מצין כי ממילא ניתן בימי המשפט בישראל פרישוט מצטצטם בגין מונחים "מוסר ציבורי" ו"סדר כללי" שהגבילו את חופש החוזים עליIFI סעיף 64(1) לספר החוקים לפיזיצדרה האורתוגונית העותמאנית (בועל עליידי סעיף 62(2) לחוק החוזים); ראה שלו, שם, ה"ש, עמ' 317-316.

30 ראה סעיף 17(ג) לחוק החוזים.

31 ס"ח תשכ"ז, עמ' 58.

32 סעיף 14 לחוק החוזים האחדים, השכ"ד-1964.

33 לדעת ד"ר שלו עשו ותודה קימת סמכות פיקוח כללית לבוט המשפט על התוהה מכוח עקרון חום הלב במשפט ונתן ובקיים החיבור (סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים) — דא ע"א שאינו סבירים כי בהגנטת תוניית הויתור לחויה המכיר ובנסיבות עליה יש כדי להפר סעיפים אלה וזאת מהסבירות שפרטנו לעיל לעניין סעיפים 17(1) ו-30 לחוק החוזים.

ראתה שלו, שם, ה"ש, עמ' 319-328.

34 ראה סעיף 34 לחוק החוזים. ובבדר שמוסד המוהה לצד שלישי איננו מצטצטם בהנימית זכות תביעה למוסף אלא כולל הוא הקנייה כל "זכות" במבנה הרחב, לרבות חסינות בפני טענות של אחד הצדדים להווה (לדעתנו זו ראה: שלו, שם, ה"ש, עמ' 259-260), וכן כי אין הכרה שבעת הקנייה הזאת יאה המוטב אדם מסוים דואא. העובדה כי זכותו העצמאית של הור מותניתה בכוונות הצדדים להווה (סעיף 34 עצמו) מרומות על חשיבותו לפחות לפחות לקושיה השניה.

35 ראה סעיף 2 לחוק החוזים.

36 השווא: *in re Agre and Masterman's Bank; ex parte Asiatic Banking Corporation* (1867) L.R. 2 Ch. 391, 397 (בובון סעיף 1(ג) לחוק המנתנה, השכ"ח-1968-1968) (ולאזכור דעה זו ראה אצל ג' סדסקי, "על חוק המנתנה, השכ"ח-1968", משפטים, ברך א' (תשכ"ח/ב'ט), עמ' 639, 640), הרי אין לומר שהמילה הוקנה לנמהה "שלא בתמורה" כאמור בסעיף 1(a) לחוק המנתנה, ואין לגרוס איפוא כי חוק זה חל ודוחק את רגלי חוק החוזים במלואה הנזון עליידיונו.

נקודות מבט נספת הינה ראיית הזכות הנובעת מוויתור החיבר כלפי הנמהה כמקנית בראשיתה לנושה המקורי ואשר בהוותה "זכותו של נושא"³⁷ הומחתה ל gambha יחד עם שער הזכות על-פי חוזה המכבר.³⁸

שימוש באחת משתי דרכיהם אל, דהיינו חתימה על שטר או ויתור ממורש כלפי הנמהה, מביא אם כן לאפשרות כי רוכסן זכויות הסוחר יקבל זכויות טוביה יותר מזו שהייתה לבעל. וזהו תכונת הסחרות המטראלית³⁹ או היחסות⁴⁰ של החוב על-פי השטר ואשר מכוח התיחסות ממורשת נתן להשיגה אף במקרה החוב רגיל. חתימת הצרכן על שטר או החיחסות מעין זו עלולה להביאו למצב בו ייאלץ לשלט עבור תמורה שלא סופקה לו.

ג. הגנת הצרכן מפני היחסות הזכאות לפניו, על שום מה?

הרמן וויקר פותחים את רישימות העוסקת בתורת האוחז כשרה והצרכן בסיפור אודות הקטור גרציה, טבח חסר עבודה, שרכץ כסוחר מכוניות מלומשת כנגד שטרות שהוציאו תחת ידו. המכונית נמצאה בלתי דואיה לשימוש והבנק אליו סוחרו השטרות בנסיבות שעשוו לאוחז כשרהتابع את מלאו סכוםם. הבנק זכה בתביעתו וכאשר באו פקידי הוצאה לפעול לבתו של הקטור גרציה, הוא ירת והרג שניהם מהם. לבסוף גורה אף הוא.⁴¹

מקרה זה וודאי שאיננו טיפוסי ולא נלהוק לכך ולומר, כי שפיכות דמים היוותה את העילה לפעולה שבמרכזו צעמדה הגנת הצרכן מפני התוצאות הקבועות בדיון להעברת זכויות הסוחר הנבעות מהתעסוקה עצמה. עם זאת, יש במרקחה זה ביטוי קיזוני לנסיבות המיחוזות של העיטה הצרכנית הרגילה ובעודם הבלמי כזו של המעורבים בה. כפי שנראה, נסיבות מינוות אלו הן שהיוו את הרקע ואת העילה להתקפה מוחצת על השימוש במסמכים סחרים וכחесכמים הכלולים וייתור על העלאה טעונה כלפי הנמהה בעיטקאות זרכנות.

ניתן להצביע על מספר טעמים שהביאו את בית המשפט בארה"ב ובעקבותיהם אף מספר מוחקים לנקוט בעמדה אוחצת כלפי הצרכן החיבר למלא אחר התיחסותינו חרף העבודה, שלא קיבל את התמורה בגין:

37. שהיה הזכות הבינת להמיחה על-פי סעיף 1(א) לחוק המחתת חובים. פירושה הינו זכויות לנכס שאיננה ניתנת לሚוט בלא משפטי. ראה: בונפרת, שם, ה"ש 5, עמ' 7-8.

38. השווה: *in re Goy & Co. Ltd.*; *Supra*, f.n. 36 (1867) L.R. 2 Ch. 391, 399. רדיomin בין הגדות "זכותו של נושא" (ראה לעיל, ה"ש 37) לבין האובייקט נשיא ההכשרה ואוקטביבליות מכל על-ימצאה של דרך זו בישראל (ראה: בונפרת, שם, ה"ש 5, עמ' 8, ה"ש 8).

39. באקייטי נתונים לתعبירה Choses in action שום: "all personal rights of property which can only be claimed or enforced by action, and not by taking physical Handbury. Modern Equity, ninth edition, (ההוגשה לילו). ראה: (ההוגשה לילו). 1969. London, Stevens & Sons Ltd., p. 636

40. ראה: זוטמן, שם, ה"ש 3, עמ' 249-250.

41. ראה: בוק, שם, ה"ש 3, עמ' 23.

42. ראה ה"ש 22 לעיל.

התיחסותו של צרכן על-פי מסמך صالح ויתורו כלפי הנמהה

(1) דיני שטרות בכלל והדינם המסדרים את מעמד האוחז כשרה בפרט וזאת להסדר יחסים בין סוחרים ואף שרשיהם ההיסטוריים נועצים בעולם המסחר. סוחר החותם על שטר ער ומהדעת חבאות המוטלת עליו מכוח מעשונו ומכאן אף לאפשרות, כי לא יוכל להעלות את טענותיו בגין התמורה שקיבל כלפי מי שיتابע אותו על-פי השטר. זאת אין לומר על הרכנן הפטש, שאינו מעלה על דעתו, כי ממשותה של התמורה הינה התהווות לסלק את מחיר הסחורה, אף אם לא יקבלנה לידי.⁴²

כמו כן עצם היות העiska עסקה צרכנית מחייב את המסקנת, כי הסחורה שנימנתה בגין הוצאה מצולם המטהר.⁴³ ואף השטר שבא לעולם בעקבותיה לא יזרום במסחר אלא יעוצר בבנק או במוסד המימון אליו הועבר על-ידי הסוחר.⁴⁴ דברי גilmoro :

“...the holder in due course is, always and everywhere, a commercial privilege. It attaches to commercial property and to transactions between merchants. But from the consumer's point of view the transaction is not mercantile for *the goods are no longer in commerce, they have come to rest and become mere possessions.*”⁴⁵

העסקה הצרכנית אינה איפוא עסקה מסחרית ולдинי המשפט המסתורי אין בה חלק או נחה.⁴⁶

(2) אי-הבנת הרכנן את מלאו נפקותה של התמורה על השטר אינה רק אינדיקציה להיות העסקה בלתי מסחרית אלא שהיא עומדת כנימוק בפני עצמו לתיקון הכספי המשפט. המדובר הינו בחותמה על שטר או על יתרו על הזכות להעלאת טענות נגד הנמהה שוחות אדם מבלי שבדרך כלל יהיה מודע למלא משמעותה של התמורה וזאת, כאשר החותם הוא בדרך כלל מן החוזמים היחידים, שמעולם אינו נקרא ביסודות או אינו מובן על-ידי הרכנן.⁴⁷ יש אף המרחיקים כת

E. J. Murphy, "Another 'Assault Upon the Citadel' Limiting the Use of Negotiable Notes and Waiver-of-Defenses Clauses in Consumer Sales," 42 K. T. Eldridge, "The Holder-In- : 29 (1968) *Ohio St. L.J.* 667, 671, f.n. 16 Due-Course Concept and the Installment Buyer of Consumer Goods," 36 (1968) *UMKC. L. Rev.* 368, 376

.Gilmore, *op. cit.*, f.n. 1, p. 1101 ראה: 43

.Murphy, *op. cit.*, f.n. 42, p. 672 f.n. 18 ראה: 44

.Gilmore, *op. cit.*, f.n. 1, p. 1101 ההדגשה — שלנו. ראה: 45

H. Kripke, "Consumer Credit Regulation: A Creditor Oriented: View-Point," 68 (1968) *Colum. L. Rev.* 445, 471 אף ראה דעה אחרת: רואה בעסקה שביצע עסקה מסחרית אך הוא משל ספק בנסיבות ובתנאי זה — באשר לבנק או הסוחר זו עסקה מסחרית רגילה וחומר זוק לאשרוי ביחס אליה בדיק כמו לגבי כל עסקה אחרת.

.Murphy, *op. cit.*, f.n. 42, pp. 670-671 ראה: 47

והואמרם, כי חתימתה, בין על שטר ובין על הסכם בו כולל סעיף ויתור, איננה תופסת אלא אם הובחרו להוותם מלאה מסמעויתית, שכן עצם החתימה על מסמך מעין זה מהו ויתור על הזכות להתגוננו, זכות הקבוצה בחקות, ובתו שכוון, אין יותר עליה חופש, אלא אם נעשה בידיען.⁴⁶

(3) קיימן חסר שיווין מוחלט בין הזכרן הקטן לבין מוסד המימון והסוחר⁴⁷ עד כי ניתן לומר על כל החזומים הנחתמים על-ידי הזכרן, שאיןם אלא דברי "חוקה פרטית" ("private legislation") הנכנית עליי מלמעלה.⁴⁸

דברים אלה טוענים בהדרה. זרוכן איינו מעמד קבוצי בחיים ואף איש העסקים ואיש הציבור מלא פונקציה של זרוכן. כאשר מדברים על הזכרן הקטן והחלש הכוונה היא בדרך כלל לאדם בעל הכנסה גמורה (או בינוייה) אשר עמדוונו דנתנות מול הסוחר היא מהויה הוגנה ההוגה הא, כי רבו של הציבור בור נמנה על קבוצה זו ומכאן ויתרי כל ציבור הזכרנים עמה.⁴⁹ כאשר מדברים על הוגה הזכרן, הכוונה היא בעצם לאחיהם זרוכן טיפוסי הניצב חסר אוניות בפני עולם המסחר.

(4) פורמלית, לפניו שלשה צדדים לשתי עסקאות נפרדות — הזכרן, הסוחר עמו בוצעו עסקת המכבר ומוסד המימון שרכש מהסוחר את זכויותיו. מוסד מימון שרכש את הזכויות, רוחץ בנקיוןapiro ומתיימר למטעם המוצה אותו באיךיפוטה להפרות ההסכם של הסוחר.

כנגד מעך זה ניטען, שעיננו אלא מסיכה, מאחריה נחבאת המרומה⁵⁰ וכי המגע והקשרים המסחריים בין מוסד המימון לבין הסוחר הינם יותר מדי הדוקים, אינטנסיביים ויומיומיים, מכדי שנימן יהיה לוכות אותו במעטם אחדו כשרה על כל הקשור בכך.⁵¹ ואכן, בכל אותן המקרים, בהם מעביר הסוחר את השטרות שקיבל לידי מוסד מימון קבוצה, העומד כאחורי וממן את פעילותו, קשה לראות באותו מוסד, כמו שור לעיסוקאותיו על אותו סוחר⁵², והוא שלא לדבר על מקרים, בהם מוסד המימון והסוחר חד המה לבוש מיטפטי שונה או שם פועלם כישות כלכלית אחת.⁵³

J. C. Reed, "Assignment and Negotiation: A Violation of Due Process,"	ראאה: 48	
	.10 (1971) <i>Duquens L. Rev.</i> 92	
Gilmore, <i>op. cit.</i> , f.n. 1, p. 1101; Kripke, <i>op. cit.</i> , f.n. 46, p. 472; H. Kripke,	ראאה: 49	
"Chattel Paper as Negotiable Specialty Under the Uniform Commercial Code,"		
	.59 (1950) <i>Yale L. J.</i> 1209, 1219	
	.Kripke, <i>op. cit.</i> , f.n. 46, p. 472	50
G. Schriker, "Unfair Competition and Consumer Protection in Western Europe,"	השוואה: 51	
I (1970) <i>I.I.C.</i> 415, 434		
Comment, "Translating Sympathy for Deceived Consumer into Effective Programs for Protection," 114 (1966) <i>U.Pen.L.Rev.</i> 395, 414	ראאה: 52	
C. L. James, "Holders-In-Due-Course and Other Prohibitions on Agreements," 26 (1971) <i>Bus. Law</i> 881, 882	ראאה: 53	
	.Eldridge, <i>op. cit.</i> , f.n. 42, p. 357	54
I. R. Feltham, K. Feltham, "Retail Installment Sales Financing — Rights	ראאה: 55	

התחייבותו של צרכן על-פי מסמך صالح ויתורו כלפי הנמהה

(5) משנgrams נזק וייש להטילו על אחד משננים, מוסד המימון או הרכן, מן הרואין להטילו על מוסד המימון, שהוא נושא סיכון — risk bearer — טוב יותר, ואשר בודאי, ימצא את הדרך להתגבר עליו.⁵⁵ יש אף לזכור, שבדי מוסד המימון הקשיים, הנטיון, הידע והיכולת לעמוד על טיבם של הסוחרים, עםם הוא מנהל את עסקיו, והטלת הסיכון עליו תביא בסופו של דבר השבון ליתר ברנותות במתן אשראי.⁵⁶ הדין אינו מאפשר חלוקת נזק בין שני צדדים תמי לב בנסיבות העניין,⁵⁷ ומאהר שאין מנוס אלא מתעלמו על אחד מהם, טובת הציבור מחייבת, שייתר את מוסד המימון.

כנגד נימוקים אלה נטען, כי למוסדות המימון הגדולים והמכובדים אין כל עניין בסחרות ואין הם שותפים לכל יתרון הנובע מקיומת. על אף העדר כפיפותם לטענות הרכן הנובעות מהעיסקה עם הסוחר, אין תביעתם נגדו תביעה טובה, בשל הקשי הכספי במימושה. ממילא, אין למוסדות המימון עניין מעשי בתביעת הסחרות שקנה הרכן, שכן הפגמים שהבן הם המשמשים יסוד לטענותוי. דעה זו מסכמת, כי די לו לצרכן בהגנה המוצנחת לו על-ידי המשפט הציבורי.⁵⁸

אין לשולחן מן היסוד דעתה זו. מוסד המימון והגדלן מן הסתה מעדיף לחזור אל הסותר במקרה של אי-יפרעון חוב הרכן והוא ישකד על ניטוח הסכם המימון עמו בהתאם לכך. אך אין דעתה זו ממשبة כלל לשאלת, מה יקרה, כאשר הסוחר יעלם מהאפקט, או במקרה יותר נפוץ, כאשר הסוחר ומוסד המימון פועלם בעזה אחת. בעל הדעת אמונה כי גע עצמו והגביל את דבוריו ביחס למוסדות מימון גדולים ומוכובדים, אך בכך המיעט בערכה ובחשיבותה של דעתו. בפני אנשים מכובדים אין צורך בהגנה מיוחדת והבעיה היא בעיקר של הגנה מפני הנוהגים באופן בלתי מכובד. ובאשר לזכות החזרה של הרכן לסוחר, תהא ממסית אסר תהא, זו אינה מהווה פיצוי מלא על אי-הנחות והסביר הנגרמים לצרכן הנתבע קודם לכן על-ידי מוסד המימון, ומה גם שלעתים מזמנות זו לא תשיג בכל מקרה את האמצעים הכספיים בהם כורע מימוש זכותו. ניתוחו של קרייפקי, כי קיומה של הזכורה של הרכן הופכת את

of the Assignee-Endorsee — Identification of the Finance Company with the Dealer to Protect the Buyer," 40 (1962) *Can. Bar Rev.* 461 זה, דהיינו, ראיית הסוחרים כסוכנים של מוסדות המימון בכל מקרה אינה מקובלת על קרייפקי; אך אף מعلوم זה מודה כי באוון נסיבות בזו קיים קשר הדוק בין מוסד המימון והסוחר, יש וגלים לנימוק זה. השאלה היא איפוא שאלת עובדיות ואין לדעתו מוקט להכללות. ראה: Kripke, *op. cit.*, f.n. 46, p. 471.

Note, A Case Study of the Impact of Consumer Legislation: "The Elimination of Negotiability and the Cooling-Off Period," 78 (1969) *Yale L. J.* 618, 632 ראה: .Comment, *op. cit.*, f.n. 52, 415.

A. J. Rosenthal, "Negotiability — Who Needs It?" 71 (1971) *Colum.L.Rev.* :58 ראה: .375, 376 Note, "Negotiability of Conditional Sales Contracts, The Consumer and Article III of the Commercial Code," 57 (1948) *Yale L. J.* 1414 ראה: .375, 376

שאלת הופיות בין הצרכן, הסוחר והמן לשאלת פרוצידורליות⁶⁰, נראה לנו, אם כן, כגישה חיינית למדי. הדעה שתקבלה בסופו של דבר הינה זו הדוגלת ביצירתם מבסימלי מכל מקום, הדעה שתקבלה בסופו של דבר הינה זו הדוגלת ביצירתם מבסימלי של הסחרות בעיסוקאות צרכנית ולהלן נראה כיצד הדבר הולך למעשה.

ד. הגנת הצרכן בפני הנסיבות היזומות כלפי עלידי בתים המשפט

ענינו של הצרכן הנדרש לעסוק בהתחייבותו שנותן בגין תמורה אותה לא קיבל, מטעב הדברים שיעורו אהאה בדעת הקהל ובלב השופט בפניו מתבקש אכיפתו של התהיה-בויות אלו. נדבר חשוב לאלה זה ספקה העובדה שבדרך כלל נתבע הצרכן בקנדת ובראה"ב על-ידי מוסד המימון העומד דרך קבע מאחוי הסוחר, ממן את עיסוקותיו ופועל בקשר הדוק עמו עד כדי פיקוח ושליטה על מכלול פעילותו העיסוקית. אל מוסד מימון זה העביר הסוחר את זכויותיו כלפי הצרכן כענן בשירותו ואךطبع הדבר שסבירנו להתחכמת באיכותה שלओוי-כשורתה, דהיינו כמו שהינו ור' לעיסוקה המקורי. עורר התנגדות ורצון לסיטואציה ביד הצרכן הנתבע.⁶¹

אך תהא דעת הקהל או אף דעתו של השופט אחודה לצרכן ככל שתהה, אין בכך מערכת השפט להוישט לו סعد אלא מתוך ד' אמותיו של הדין הקיים. ביד בית המשפט לנוקט באחת מעותי דרכם — יכול הוא למצוא את הפטול ביצירת התהיה-בויות הצרכן, בין אם זו על-פי שטר ובין אם זו התהיה-מפורשת לויתור על טענותיו, או להעביר תחת שbat ביקורתו את החקלא רכישת הזכיות על-ידי הנעבר ולמצוא בו פגום כלשהו.

לענין ויתורו המפורש של הצרכן כלפי הנמהה המכרא נקטו בתים המשפט באלה"ב בדרך הריאוניה. בפרשנות *Unico v. Owen*⁶², למשל, קבע בית המשפט העליון של מדינת ניו-ג'רזי כי מעתו תוקף לתניה זו יעדמו בסתייה למדיניות הגנת הצרכן המקובלות במשפט.mania וו נוגדת את טיבת הציבור והיא בטלה איפואו. שיקולי המדיניות שהנחו את בתים המשפט בחיפוש אחר דרך להגנת הצרכן קרמו עוז וגדים בדמותו של כל משפטי מגובש, לפיו עצם היה ויתור הקונה מנוגד למדיניות של הגנת הצרכן הוא העומד בסוד היותו משלל כל תוקף.⁶³

בכותו של בית המשפט היה להחיל כל זה אף ביחס להתחייבותו הצרכן על-פי שטר שלעיננו מהויה ויתור כוכו הדין על זכות להעלות טענות נגד אדם אליו יסוחר השטר בדרך העוצה אותו לבסוף כבורה.⁶⁴ לו עשו כן בתים המשפט, כי או עצם ידיעת הנעבר

60 ראה: .Kripke, *op. cit.*, f.n. 56, p. 1215.

61 השווה לאמור בה"ש 4 לעיל.

62 ראה: *Unico v. Owen* 232 A. 2d 405, 417-418 (S.Ct. New Jersey, 1967).
 63 להגנת הצרכן מפני ויתורו החויי המבורש ראה בהרחבה: (39 A.L.R. 3d 518 (1971) וLEGAL FENNESSAY, "Commercial Law—Consumer Protection—Holder-In-Due-Course Status Denied to the Assignee of a Retail Installment Contract," 23 (1972) *Mercer Law Rev.* 673, 676, f.n. 22.

64 מתקרבת לכך הדעה שהובעה בספרוות לפיה חתימה על שטר ללא הבנת מלא משמעויתיה

התיחסותו של צרכן עלי-פי מסמך סחיר ויתורו כלפי הנמה

כי השטר מוצאו בעסקת צרכנית שקופה נגד ידיעה על פגם שבחיוב, שפירושה הינו ידיעה על פגם ביכולת הקניין של המוחר השוללת מכנו את מעמדו כאוחז כשרה.⁶⁵ ואולם לא זו הייתה הוריך שנבחרה על-ידי בית המשפט — לעניין התיחסות הצרכן עלי-פי שטר נקטו בתא המשפט בדרך השניה והתרכו בחיפוש פירצה במשפט רכישת הזכיות על-ידי האוחז.

ברור כי כאשר ניתן היה להציג על קשר כלשהו בין מוסד המימון האוחז בשטר לבין העיסקה הפטצינית עצמה, להבדיל מהקשר הקבוע בין לבין הסוחר, לא היה כל קושי בשילוח מעמדו כאוחז כשרה.⁶⁶ הקשי התעורר באותם המקרים בהם לא גחותת כל דרישת וgel של מוסד המימון בעיסקה, אך ברור היה לעין הקשר העסקי ובריהקיימה שבינו לבין הסוחר. קשר זה התבטא בסידור מוקדם וקבוע של מימון עסקאי, בהסכמה כל הטעמים הדורשים להחתמת הקונה כגון חוזה המכר והשטרות, כאשר הלו מנוסחים בדרך כלל על-ידי מוסד המימון ומואכרים את שמו כנסב או נמה, בפיקוח מסוים על מהלך עסקיו של הסוחר, ובמחאה זכויותיו למוסד המימון בעניין שבשיגורה.⁶⁷ משנשלל מעמד האוחז-כCarthy מוסד המימון בסביבות אל, בא לעולם אליבא דאתה הדעתות, כלל דין מהותי, לפיו מוסד המימון הקשור בקשר עסקי קבוע והזוק עם המוכר איינו יכול לטען למעמד אוחז כשרה.⁶⁸

לדעתי אין בכלל דין זה אלא ישומו של האמצעי המקובל לשם מניעת שימוש בלבוש משפטי והקרוי "הרמת מסך"⁶⁹ — בית המשפט מתעלם מקיים המשפט העצמאי של מוסד המימון ומהותה אותו לזרוך עניין מסוים (הזכיות על-פי השטר) עם המוכר

65. משולשת כל תוקף בשל הפגיעה ביכולתו אקונסטיטוטיביתן של עותה השטר — ראה לעיל, ה"ש

66. השווה ה"ש 9 לעיל והטכטט המכור לה. ראה למשל את פסק הדין הקנדי טניון בפרשת *Traders Finance Corp. Ltd. v. Vanroboys* [1955] 4 D.L.R. 337 שם ניחנה לקונה הלואה מהסוחר בהתאם לתנויות מוסד המימון.

67. ראה: *Commercial Credit Co. v. Childs*, 137 S.W. 2d 260 (S.Ct. Arkansas 1940); *Federal Discount Corp. v. St. Pirre* 32 (1962) D.L.R. 2d, 86; *Unico v. Owen* 232 A. 2d 405 (S.Ct. New Jersey, 1967); *American Plan Corp. v. Wood*, 240 Feltham, *op. cit.*, f.n. 55, p. 476. וכן: את נקודת המוצא של הגישה המעדיפה את הצרכן בנסיבות אלו רואה הספרות בפרק'ן ה'יל; ראה בין השאר *Childs* in the Law, Finance Companies and Banks as Holders-In-Due-Course of Consumer Installment Credit Paper," 55 (1960/61) Nw U.L Rev. 389, 390 et seq.

68. ראה: *Feltham, op. cit.*, f.n. 55, p. 474. Canfield, "The Scope and Limits of the Corporate Entity Theory," 17 (1917) Colum. L. Rev. 128; Latty, "The Corporate Entity as Solvent of Legal Problems," 34 (1936) Mich. 344 L. Rev. 597. ובישראל — ת"א י"ט 124/61 האזטראז'וט הבלתי נ' היזמן, פ"מ ל"ח (מפני השופטת בז'יפורת).

עמו הוא מהוות ישות עסקית אחת.⁷⁰ דא עקא שבתי המשפט⁷¹ ומספר מלומדים⁷² העדיפו להסתהר אחרי המונחים המקובלים של "תומ לב" ו"ידיעה" כיסודות להלכות שוגנסקו בשטח הכספי כאשר בפועל הם יצקו תוכן חדש למונחים אלה והביאו אותם לדרגת אובייקטיביזציה חסורת כל תקדים וסבירון.⁷³

ואולם בכך לא נעצרה ההחלטה — גם באוטם מקרים בהם ענה מוסך המימון על הקרייטוריונים המחייבים ביותר לענין תום לבו ולא היה כל בסיס להעתלמות מאישיותו המשפטית הנפרדת, לא היהת כל וידאות כי הלה רכש את מעמד האוחז כשרה. כך נפסק כי "שטר" שהודפס על אותו מסמך בו הודפס חווה המכבר, אף כי ניתן להפרדה ממנה, אינו שטר כלל ועicker אם נטילתו היתה מלאה בהמחאת תוכניות על-פי אותן חוות לידיו הנער. זכויות הנער כפופיות אם כן לכל טענה השמורה לחיבב מכוח חוות.⁷⁴ מאחד מפסיקי הדיון אף מבחןם כי עצם ידיעת הוצאה השטר על-פי חוות מסוימת עשו את האוחז בשטר כנתן לתנאיה חוות זה.⁷⁵

הליך העומד ביסוד נקיטת הדוך של מציאות דופי בתהילך רכישת הזכיות על-ידי האוחז ניכר איפוא לעין — הונת הצרכן מותנית בעובדותו המיזוהה של כל מקורה ומקרה והוא מתבטאת בישוםו של עקרונות כליליים, כגון דרמת מסך, במקרה הדוגמה, או בעיוותו ובשינויו של הדיון הריגל לענין מתחם העיסוקאות הכספיות במקורה הרע.⁷⁶

70. במיוחד בולט הדבר בפסק הדיון הקנדיאני שנותן בפרשת *Pierre* 32 (1962) D.L.R. 2d 86 את כיחידה משפטיית אחת ושימוש בטכנית של הרמת מסך למטרה זו: Berle, "The

Theory of Enterprise Entity," 47 (1947) *Colum. L. Rev.*, 342.

71. ראה למשל: *Unico v. Owen* 232 A. 2d 405 (S.Ct. New Jersey, 1967), מהם משתמע כי עצם הקירבה לעתקה היסוד שלמה את תום הלב (עמ' 410).

Recent Cases, "Bills and Notes, Holders-In-Due-Course — Finance Company Held Bound to Inquire into Possible Fraud in Transaction between Auto Dealer and Purchaser," 53 (1940) *Harv. L. Rev.* 1200 (ראה ח' 67 לעיל) בא לא לישם את הכלל, כי עצמת עיניהם בנסיבות, או חשב דבר מה איינו כשרה, חשל אליו מתחילה ניסיון מודע להונע ולחותעל ממנה, כמו ה-Falconbridge, *op. cit.*, f.n. 16, p. 629, 632, וכן את דעתו של גילמור לפיה אין בדיון האוחז כשרה בעיסוקאות צרכניות אלא הרחבת המונח מרמה: *Feltham*, *op. cit.*, f.n. 55, p. 481; *Gilmore*, *op. cit.*, f.n. 1, p. 1100.

72. ראה לעיל ח' 17 והतבסט הסמוך להן.

Range v. Belvédère Finance Corp. ראה למשל את פסק הדיון הקנדיאני שנותן בפרשת *Killoran* 5, (1969) D.L.R. (3d) 257 אשר ביטל הלכה קדמת ונוגדה שורה שם מאן v. Monticello State Bank 57 (1921) D.L.R. 359; Canadian Consolidated Six Year J. S. Ziegel, "Comment — Range זה: Digest, 1920 to 1925, p. 358 v. Corporation De Finance Belvédère-Consumer Notes Status of Subsequent Holders-Need for Legislative Intervention," 48 (1970) *Can. Bar. Rev.* 309 *Unico v. Owen*: 44 *ALR* 2d 8, § 10 (1955); ראה: *Unico v. Owen* 232 A. 2d, 405, 416 (S.Ct. New Jersey, 1967); *Geiger Finance Co. v. Graham* 182 S.E. 2d 521, 527 (Ct. of Ap. Georgia, 1971).

73. ראה לעיל ח' 21 והतבסט הסמוך להן.

74. *Kripke*, *op. cit.*, f.n. 49, p. 1220: "...and some bad law is made when these statutory rules are judicially nullified in one class of situations"

התחייבותו של צרכן על-פי מסמך סחיר ויתורו כלפי הנמהה

ניתן אם כן לסכם ולומר כי כלל הדין הפטול את יתוורו המפורש של הצרכן מעצם היותו ויתורו של צרכן הוא כלל מתובל על הדעת ושלם עם עצמו — השיקולים שהיבאו לקביעתו הם המוחמים את גבולותיו — אין הוא חל מעבר לעיסקות צרכניות, ובתחוםן של אלו תחולחו היא בבלתי מוגבלת. ואת אין לומר על הדינים שהתקהנו להגנת הצרכן מפני ויתורו מכוחו חתימתו על השטר — הויתור נמצא תקף אך קשיים ניכרים והזבו בפני מי שהתיימר למזויא בו מצענת כלשהן. מחד גיסא יסוד זה הודהות בתהום העיסקות הצרכניות עצמן ומצדך גיסא נוצרה חוסר בהירות לעניין גבולות ההלכות הקוואיסטיות שנוצרו ותחולתן אף מעבר לתהום הגנת הצרכן⁷⁷. התערבותה המחוקק היפה לחיוניות.

ה. פתרונות חוקתיים להגנת הצרכן מפני הייתירות הזכויות כלפיו

1. הקדמה

העובדת, כי דיני המסחר הכלליים אינם הולמים בהכרח את שוק העיסקות הצרכניות עד מה לנגד עניינינו מנסחי ה- U.C.C. כך נקבע ב-1949 בטיזטה הראשונה של קודס זה, כי אוחנו כשרה של שטר שהוזע בפסקה צרכנית כפוף להזוה שביסודו הוצתה המסמד⁷⁸, לימים נישאה לבנייה והוא מנשאי ה- U.C.C. הסתפקו בעצם הכרתם ביחסו של שוק האשראי הצרכני ובאייתותם כענין שבשיגורה של דיני המסחר הרגילים על שוק זה הדבר מצא את ביטויו המפורש בסעיף (1) 9-206 ל.-U.C.C. הגורם, כי ההלכה המכירה בתוקפו של ויתורי הקונה לעניין הגנותו ותכויותיו כלפי הנמהה כפופה לכל חיקוק או חזלה ביחס לעיסקות צרכניות⁷⁹. אמנם קביעה מעמדו של אוחנו נשורה ב- U.C.C. הינה כללית⁸⁰ ובתוור שכו משטרתא אף על עיסקות אלו, אך בכח, כפי שראינו, לא נסגרה הדלת בפניו בת המשפט לשיער לצרכן.

שאלת היקפה ומשמעותה של הרכנת ראשו על ההסדר הכללי העולה מפעיף (1) 9-206 ל.-U.C.C. בפני כל חיקוק או חזלה בשיטה הצרכני אינה נקייה מספיקות. נראה, כי יש מקום לשולשה פירושים לעמדת קוחסו זה ביחס למעמד הנמהה הטעון לזכותו לאכיפת ויתור הצרכן⁸¹:

- (1) בעיקרו חל הדין אף על עיסקות צרכניות ועל הטוען אחרת להריאות דבר חוק או תקדים מחייב החומכים בעמודתו;
- (2) סעיף (1) 9-206(1) ל.-U.C.C. אינו עוסק בעיסקות צרכניות ואין אוכל עליה בכל דרך שהיא. בקביעת הדין לגביהן, יש איפוא להתעלם כליל מהאמור בו;

77 כך למשל ישים בית-משפט נמור בקדנה את ההלכה שנפסקה בפס"ד St. Pierre (ראה לעיל, ה'ש, 67, 70)ليلא כל הנסיבות אינטלקטואלית על עיסקה שאינה צרכנית ואשר החובע בה לא היה נמהה אוஇחו אלא המלווה הישיר שנמצא על-ידי בית המשפט קשור בזופן הדוק עם הסוחר: (*Beneficial Finance Co. of Canada v. Kulig* 13 (1971) D.L.R. 3d 134

78 Murphy, *op. cit.*, f.n. 42, p. 678-680

79 ראה לעיל ה'ש 24 והטפסת הסמור לה'ש 23.

80 סעיף 3-305 ל.-U.C.C.

81 ראה: 39 A.L.R. 3d 518, 523-524 (1971)

(3) תחולתו של ההסדר הכללי על עסקאות צרכניות מוגבלת לא רק על-ידי דברי חוק או תקדים מפורשים, אלא אף על-ידי כוחו היוצר של בית המשפט לפסק הלוות חדשות בתחום זה.⁸²

גדר הספיקות מצטמצם לשאלת עצמאותם של בתים המשפט בפסקת דין העסקאות הצרכניות, אך אין חולק על גישתו העקרונית של ה-C.C.U. לפיה שוק האשראי הצרכני הוא שוק מיוחד, בו חלים טיקולים ספציפיים ולגביהם יש מקום להתקפה נפרדת. ואכן רבות היו המדיניות ביבשת צפון אמריקה שהתקיימו⁸³ נתנו את הדעת לצורך במצבה הדרדר מפרש ומיוחד בנושא.

הקשה במשימה זו נועז בעיקר בעובדה כי על ההסדר להביא בחשבון לא רק את האינטראס של הגנת הצרכן, אלא אף את המיציאות הכלכליות בשוק שיתנו ועשויה להשפיע בנסיבות מסוימות מתן הגנה למי שרכש בתום לב ובعد ערך את זכויות הסוחר.

ניתן לתרاء שני שיטות עיקריות להגנת הצרכן מפני התוצאות אותן מיתח הדיין הכללי לעבירות הוכחות בלבד: שיטה אחת חותרת להגבלה או לאיסור השימוש במסמכים صحירים בעסקאות צרכניות בעוד שהשיטה השנייה אמנת השימוש במסמכים אלה אך מגבילה או מבטלת את סחרותם. על כל אחת משתי השיטות לתת דעתה לאפשרות שמסמך כלשהו יסchor על אף האיסור שיוטל על פעולתה ולקבוע את דיין מעמדו של מי שרכש בו זכויות בתום לב ובعد ערך מוקהה על חזותו הסחרית. שאלות נוספות נספות המשותפות לשתי השיטות כאחת נוגעות למקומם של סעיפים הוויתור כלפי הנמהה בחוזה המכרכ, לאופיים המיזוג של שיקום ולמנוע עקיפת הוראותיהם על-ידי מתן הלואה לצרכן בכיכול על-ידי צד שלישי, שלמעשה קשור עם הסוחר, והמתימר לתוכע את פרעון חובו של הצרכן מכוח זכותו העצמאית לכauraה.⁸⁴ בסופה של דבר, מן הרואין לחת את הדעת להשלכות שיש לביטול הסחרות על שוק האשראי לצרכן.

להלן נדון איזוא בפתרונות החקיקתיים הטענים,עהוצעו לפרטן הסוגיה.⁸⁵

82 כך, למשל, המি�וסה הספורות לפסק הדיין שנិיח בפרשת *Unico v. Owen* עליו עדנו לעיל, כהלה שנטפה מכוח סמכותו של בית המשפט לסתות מהסדר הכללי. ראה: James, *op. cit.*, f.n. 53, p. 884.

83 המזכיר הינו במחוקק הראשי של קנדה ובמחוקקיהם של מדינות רבות בארה"ב. לעידכו רשיימת מדינות אריה"ב בהן בוצעו חקיקה בנוסח עד להחילתה בשנת 1972 וSTIT החקקים שהוא כללה, ראה: E. G. Goins, "Consumer Protection, Proposed FTC Rule-Preservation of Buyers Claims and Defenses in Consumer Installment Sales," 1971 21 *J. of Pub. Law* 169, 175-176, f.n. 39-41 בלבד בארה"ב, הקייה שהקייה 12 מדינות, ראה: *State Consumer Action, Summary* 71, Office of Consumer Affairs, Executive Office of the President, p. 52-55 لكنיה — ראה ה"ש 114 להלן.

84 שאלת אחרונה זו תורגת כמשמעותה הרווחי הוגחי המתקדם בשינוי מעמד הצרכן בעקבות העברת הוכחות כלפיו, ואנו לאណון בה איפוא (ראה להלן, ה"ש 144).

85 תקצר היריעה מלתתייחס באופן נפרד לכל חיקוק בدرج של מדינה ממדינות אריה"ב העוסק בעניין. להלן בדשิตה זו נתרכז במגוון המרכזיות בהסדרת הנושא כפי שבאו לידי ביטוי בחוקים ובהצעות חוקים כלל-לאומיים.

2. הגבלת או איסור השימוש בממכבים פחיריים

שיטה זו נקוטה בדי מנסחים של ה-Uniform Commercial Credit Code (להלן – U.C.C.C. 2.403). דין השימוש בשטרות בעסקאות צרכניות הינו האמור בסעיף :

”ב עסקת א-שראי צרכנית או בשכירות צרכנית, למעט מכיר או שכירות בעיקר למטרה חקלאית, אסור למוכר או למשכיר לקחת מסמך סחר ולמעט שיק כראיה להתחייבות הקונה או השוכר. אוחז לא יהיה אוחזו בתום לב אם הואלקח ממסמך סחר בידיעה שהוזא תוך הפרת סעיף זה...”⁸⁷.

הקודס אוסר את השימוש בממכבים סחריים בעסקאות צרכניות⁸⁸ וחושף את הסותר המפר הוראותיו להבעיה אורהית של ה-U.C.C.C. 2.403.⁸⁹

במקומו לא כלל סעיף ל-U.C.C.C. 2.403 את ההוראה לפיה דיעת מוצאו של המסמכ מעiska צרכנית שלולית לכשעצמה את תום הלב, דבר שהביא לפירושו שננתן אף למועד היימון אליו הוסבו השטרות מידי הסוחר את האפשרות לטעון למעמד של אוחזו כשרה.⁹⁰ על-פי ניסוחו הנוכחי של הסעיף, עצם ידעת העתקה (או בלשונו הצעיף – עצם ידעת הוצאת המסמכ תוך הפרת הסעיף) שוללת את האפשרות של רכישת מעמד אוחזו כשרה ומכך עבונסיבות הרגילהות לא יכול מוסד המימון להגיע למעמד המitol.

עם זאת, מסמך שהוזא תוך הפרת סעיף זה, הוא מסמך סחר ללא רבב וכשייגיע לידי מאן דהוא שאינוי יזדע על מוצאו הצרכני, אף אם יהיה זה האוחזו הראשון לאחר הנפרע, עשוי הלה לרבות את מעמד האוחזו כשרה.

במקרה של התנגשות בין האדם חם הלב לבין הצרכן מעדיף איפוא ה-U.C.C.C. האינטראס של הראשון על פני זה של האחורי, אך בצד מציגו הקומנטר לקדבש זה כי היסכמיים להתנגשות מעין זו גדרוים⁹¹ בغالל הפרקטיקה הנפוצה של הסבת שטרות למוסד מימון קבוע.

ראאה: Uniform Consumer Credit Code, Official Text of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 1969, Commerce Clearing House, Inc. Chicago, Illinois עד חודש אפריל 1972 אומץ קורסוס זה בחמש מדינות בלבד. ראה: Hartmann & Walker, *op. cit.*, f.n. 22, p. 120, f.n. 56

התרגומים וההדגשות שלנו. נושא של סעיף 2.403 בשפט המקור: ”2.403. In a consumer credit sale or consumer lease, other than a sale or a lease primarily for an agricultural purpose, the seller or lessor may not take a negotiable instrument other than a check as evidence of the obligation of the buyer or lessee. A holder is not in good faith if he takes a negotiable instrument with notice that it is issued in violation of this section. A holder in due course is not subject to the liabilities set forth in the provisions on the effect of violations on rights of parties (Section 5.202) and the provisions on civil actions by administrator (Section 6.113)” .U.C.C.C. 5.202 סעיף 88 .U.C.C.C. 6.113 סעיף 89

ראאה: A. L. Colvis, Consumer :Murphy Bailey ו- Protection Symposium Foreword 29 (1968) Ohio St. L.J. 593, 594-595 .U.C.C.C. (Comments), *op. cit.*, f.n. 86, p. 330 90 91

הקו של מתן הגנה מסוימת ומצומצת למי שטעונה על הקרייטוריונים המקיימים תום לב, ננקט עלי-ידי ה-*C.C.C.U.* אף ביחס לתקופה של התחייבות הצרך שלא להעלות כל תכויות והגנות נגד הנמהה. הוראת סעיף 2.404 קובעת שתי אלטרנטיבות:

(א) ביחס לעיסקת אשלאי צרכנית, נתון הנמהה של המוכר לכל תכויות והגנות הקונה כנגד המוכר הנבעות מהתהכם וזאת על אף כל הסכם נגד, ואולם חובות הנמהה לא תעללה על הסכם המגיע לו בעקבות העלאת הטענה נגדו. זכויות הקונה על-פי סעיף זה ניתן להעלותן בדרך של הגנה או קיומו בלבד.

(ב) 1. ביחס לעיסקת אשלאי צרכנית יכול ונימן היה לאכוף את התחייבות החייב שלא להעלות טענות נגד הנמהה, אך זאת בתנאי שאין הנמהה קשורה עם המוכר ⁹², והוא רוכש את הזכות בתום לב ובعد ערך. על הנמהה להודיע על ההמחאה לחיבב ⁹³ והכם הויתור יתפס רק אם תוך שלושה חודשים לא ידיע הקונה לנמהה על הגנותיו או תביעותיו. הסכם הויתור מופס רק ביחס לטענות הנולדות תוך שלושה חודשים הב"ל.

2. דעתה הנמהה או הפניות תשומת לבו לתלונות מהותיות של קונים אחרים ביחס למוכר שלולות את תום לבן.

3. לעומת אין הנמהה חב על-פי סעיף זה בגין מהසום לו וכי הנמהה בעת העלאת הטענה, ולעתם אין להעלות טענות נגד הנמהה על-פי סעיף זה אלא בדרך של הגנה ⁹⁴.

⁹² להגדרת המונח "to" — ראה סעיף (14) ל"י. *U.C.C.C.* 1.301.

⁹³ על ההודעה להורות מפורשת ולהסביר לcona בפרוטרוט את זכויותיו. לעניין ההודעה — ראה גם סעיפים 2.412 ו-3.406 ל"י.

⁹⁴ *Alternative A: Sec. 2.404.* With respect to a consumer credit sale or consumer lease, other than a sale or lease primarily for an agricultural purpose, an assignee of the rights of the seller or lessor is subject to all claims and defenses of the buyer or lessee against the seller or lessor arising out of the sale or lease notwithstanding an agreement to the contrary, but the assignee's liability under this section may not exceed the amount owing to the assignee at the time the claim or defense is asserted against the assignee. Rights of the buyer or lessee under this section can only be asserted as a matter of defense to or set off against a claim by the assignee.

Alternative B: Sec. 2.404. (1) With respect to a consumer credit sale or consumer lease, other than a sale or lease primarily for an agricultural purpose, an agreement by the buyer or lessee not to assert against an assignee a claim or defense arising out of the sale or lease is enforceable only by an assignee not related to the seller or lessor who acquires the buyer's or lessee's contract in good faith and for value, who gives the buyer or lessee notice of the assignment as provided in this section and who, within 3 months after the mailing of the notice of assignment, receives no written notice of the facts giving rise to the buyer's or lessee's claim or defense. This agreement is enforceable only with respect to claims or defenses which have arisen before the end of the 3-month period after notice was mailed. The notice of assignment shall be in writing and addressed to the buyer or lessee at his address

התחיכובתו של צרך על-פי מסמך סחיר וויתורו כלפי הנמהה

סעיף 2.404 ל.-U.C.C.C. מכיר אם כן בתקופו של ויתור הרכן אף אם ידע הנמהה על מהותה הרכנית של העiska, ובבגד שאין הוא קשור לסוחר ושרכישת זכויותיו הייתה בתום לב ובعد Urk. הויתור פועל בתחום מצומצם ביותר ותקופו מוגבל לטענות שהעובדות העומדות בסודן נוצרו תוך שלושה חודשיים ממשלו ההודעה על ההמתאה לחיבר ואשר לא הודיעו לנמהה בפרק זמן זה.

חשיבותה הוראה השוללת את תום הלב במקרה של ידיעה על הਪירות קודמות מצד המוכר, הוראה המעלה את הקሪיטרוניים לקביעת תום הלב לפיסים אובייקטיביים מובהקים.⁹⁵

בעיקרו של דבר הולכת האלטרנטיבה השנייה לסעיף 2.404 ל.-U.C.C.C. בעקבות חקיקה קיימת במספר מדינות אריה⁹⁶ אך היא מארכיה את התקופה להעלאת הטענות לפני הנמהה.⁹⁷ בספרות קיימת מחלוקת מהו משך הזמן האידיאלי לצורך זה, אך אין להלך על כי מעל ומעבר לשאלת אורך הזמן מעيبة הסכמה, שלא בכלל מקרה בין הquina הפשט את מלאה המשמעות המשפטית של מחדלו להפנות את טענותיו לנמהה במועד. מבחינה זו שוב ימצא הquina בעל ההכנות הנמוכה ביותר במעמד הנחות ביותר.⁹⁸

מכילו הוראותיו של הד'-U.C.C.C. לענינו מצביות איפוא על הגבלת הסחרות ולא

as stated in the contract, identify the contract, describe the goods or services, state the names of the seller or lessor and buyer or lessee, the name and address of the assignee, the amount payable by the buyer or lessee and the number, amounts and due dates of the installments, and contain a conspicuous notice to the buyer or lessee that he has 3-months within which to notify the assignee in writing of any complaints, claims or defenses he may have against the seller or lessor and that if written notification of the complaints, claims or defenses is not received by the assignee within the 3-month period, the assignee will have the right to enforce the contract free of any claims or defenses the buyer or lessee may have against the seller or lessor which have arisen

.before the end of the 3-month period after notice was mailed

(2) An assignee does not acquire a buyer's or lessee's contract in good faith within the meaning of subsection (1) if the assignee has knowledge or from his course of dealing with the seller or lessor or his records, notice of substantial complaints by other buyers or lessees of the seller's or lessor's failure or refusal to perform his contracts with them and of the seller's or lessor's failure to remedy his defaults within a reasonable time after the assignee notifies him of the complaints

(3) To the extent that under this section an assignee is subject to claims or defenses of the buyer or lessee against the seller or lessor, the assignee's liability under this section may not exceed the amount owing to the assignee at the time the claim or defense is asserted against the assignee and rights of the buyer or lessee under this section can only be asserted as a matter of defense .to or set-off against a claim by the assignee"

95 השווה לטכט הטמוד לה"ש 73 לעיל.

96 U.C.C.C. (Comments), *op. cit.*, f.n. 86, p. 332

97 Eldridge, *op. cit.*, f.n. 42, p. 383

על שלילתה לא כן הדבר ביחס ל-N.C.A. (להלן: ⁹⁸ National Consumer Act) עלי נאמר, כי נוקט בקו קשוח יותר בכל הנוגע למסמכים סחריים ⁹⁹. מטרתו היה ביטול כל אפשרות של כפיפות הלקוח לווכוות היתר של אותו כושא ¹⁰⁰ או הנמהה והתיימר להשען על סעיף ויתור זהבדר מצא את ביטויו הבורר והחד-משמעות בסעיפים 2.405 ו-2.406:

- להלן ההוראה המרכזית לעניין זה הבאה בסעיף ל- N.C.A.:
- 1. סוחר לא יטול מcrcn מסמך המשתלם לפוקודת או למוכ"ז ולא יארון בכל דרך אחרת שהcrcn יחוות על מסמך מעין זה כראיה להתחייבות לאישראי של crcn בעסקת אישראי CRCNI.
 - 2. כל אוחז מסמך, חווה או כתב אחר המידע על התחייבותו של crcn נוטלו ביחסו לכל התביעות וההגנות של crcn עד לסכום העיטה, בין שהוא משתלם לפוקודת או למוכ"ז בין אם לאן.
 - 3. נסילת מסמך מהcrcn או הדרת התיבתו עליו בכל דרך תוך הפרת סעיף זה יהיה נתוני למורת סעיף "5.304" ¹⁰¹, ¹⁰².
- החוק להוראה זו קיים בסעיף ל- N.C.A. לפיו "על אף האמור בכל הסכם גמחה של זכות נושא כפוף לכל התביעות וההגנות של crcn העולות בעסקת אישראי CRCNI עד למלאו סכום העיטה" ¹⁰³.

National Consumer Act, First Final Draft, Official Text with Comments, ⁹⁸ ראה: National Consumer Law Center, Boston College Law School Brighton, Massachusetts. עד לחודש אפריל 1972 טרם אומץ קודס זה באף אחת מדינות ארה"ב; ראה: .Hartmann & Walker, *op. cit.*, f.n. 22, p. 127

James, *op. cit.*, f.n. 53, p. 884 ⁹⁹

.N.C.A. (Comments), *op. cit.*, f.n. 98, p. 49 ¹⁰⁰

סעיף ל- N.C.A. קבע לאמר:

"5.304. A Consumer may recover from the person violating this Act actual and punitive damages, thirty percent of the transaction total, if applicable, or \$ 300, whichever is greater, for violations to which this Section applies"

:N.C.A. ל- 2.405 התרגומים וההדגשות — שלנו. להלן נוסחו הרשמי של סעיף ל-

"Section 2.405: (1) No merchant shall take or otherwise arrange for the consumer to sign an instrument payable 'to order' or 'to bearer' as evidence of the

.credit obligation of the consumer in a consumer credit transaction

(2) Any holder of an instrument, contract or other writing evidencing an obligation of the consumer takes it subject to all claims and defenses of the consumer up to the amount of the transaction total arising out of the transac

.tion whether or not it is payable 'to order' or 'to bearer'

(3) Taking or otherwise arranging for the consumer to sign an instrument in violation of this Section shall be subject to the provisions of section 5.304"

:N.C.A. ל- 2.406 התרגומים וההדגשות — שלנו. להלן נוסחו הרשמי של סעיף ל-

"2.406. Notwithstanding any term or agreement to the contrary, an assignee of the rights of the creditor is subject to all claims and defenses of the consumer, up to the amount of the transaction total, arising out of a consumer credit

.transaction"

התחייבותו של צרכן על-פי מסמך סחיר וויתרוו כלפי הנמהה

במרכזו סעיף 2.405 עומדת האיסור לקחת מהצרכן שטר, ואולם אף אם הופרו הוראותיו לא דבכה כל סחרות במסמך וולעלם יעדך האינטראס כל הצרכן על פניו וזה של צד שלישי הם לב. אך לא זו בלבד שאין הצרכן צפוי לאפשרות בה יסועו זכויותיו בפני אוחזו כשרה אלא שמי שמחותים אותו על מסמך הגוזה להיות סחיר צפוי למסקצתו החರיפה של סעיף 5.304.

מן הסתם אין ניטחם של סעיף 2.403 ל.-¹⁰⁴ U.C.C.C. וסעיף 2.405 ל.-¹⁰⁵ N.C.A. מניח את הדעת כלל וכלל, כך מדובר ב- N.C.A. על "מסמך סחיר ... כראיה להתחייבות...". או "מסמך ... המעיד על התחייבותו של צרכן" וב- U.C.C.C. על "מסמך סחיר ... כראיה להתחייבות הידועות הוא, כי השטר מגלה את החיבור ולא מעיד עליו"¹⁰⁶, מabitio מעיד על התחייבות של צרכן" המופיע בסעיף 2.405 ל.- N.C.A. ניתן אולי להסביר כי מגוף המסמך הסחיר יש למדוד על מוצאו מעיסקה צרכנית. דא עקא שפירוש זה היה מרוקן כל משמעות מהסעיף ואין הוא מקובל כלל וכלל. נראה, כי כוונת מנגחי הסעיף הייתה לדבר על "כל אוחזו מסמך ... שהחייב על-פי הינו צרכן", ובכל אופן זה הפירוש המקובל.

יש הרואים ליקוי חמור בכך שהקדושים הסתפקו בשילות תוקפו של ויתור הצרכן על זכותו להעלאת טענות כלפי הנמהה ולא אסרו את הנסותם של סעיפים מעין אלה מלכתחילה להסכם העומדים בסוד העיסוקות הרציניות. עצם קיומו של הנימוח אליהם בסכם מקנה יתרון פסיקולוגי לסוחר ולנמהה בחום לצרכן ההדיוט העולול שלא לדעת על זכויותיו ועל העדר כל תוקף לתנויות אלו¹⁰⁷. ואולם חסוב לציין, כי מבחינה הדין האזרחי המהוותי, להבדיל מהשאלה הפסיכולוגית, אין כל משמעות לכך שלילת תוקף הויתר מהא מלות באיסור אייזורו.

השוואת הוראות ה- N.C.A. וה- U.C.C.C. בעמד הצרכן ביחס לנמהה, ככליו התחייב שלא להעלות את טענותיו, תגלתה את התמונה הבאה:¹⁰⁸

(א) בהתאם ובממשן לקו הנקט על ידי השולל את אפשרות היוזמות מעמד אוחזו כשרה, שולל ה- N.C.A. החלטית את תוקפו של ויתור הצרכן. לעומת ה- U.C.C.C. התייר מרבב מחייב מצומצם בו יהיה תוקף לויתור זה (אלטרנטיבה B ל- 2.404).

(ב) חבווח של הנמהה על-פי ה- U.C.C.C. משתרעת עד לגובה הסכום שהוא וכאי לו בעת העלאת הטענה כלפי ההגבלה המוטלת בהתאם ל.- N.C.A. היא גובה סכום העיסקה כולה. יצוין, כי שני הקודסים כאחד משתמשים בביטויים מהם נובעת כפיפות הנמהה לצרכן אך ביחס לזכויות הנבעות מהסכם (כלשון ה- U.C.C.C.) או העיטה (כלשון ה- N.C.A.) הספציפיים ולא מוחזקה להם. מכאן שעדותם

104 ראה לעיל ה"ש .87.

105 ראה לעיל ה"ש 102.

106 לעניין זה ראה, ברק, שם, ה"ש, 3, עמ' 30-31.

107 הדעה נאמרה ביחס להוראות ה- U.C.C.C. בלבד. ראה: Eldridge, *op. cit.*, f.n. 42, p. 383. אך בשואה מילולית בין הוראות ה- U.C.C.C. לבין הוראות ה- N.C.A. מגללה כי הדברים חלים אף על הוראות ה- N.C.A.

108 ככלית ראה לעניין השוואת זו: James, *op. cit.*, f.n. 53, p. 884-885.

המשותפת היא שהחבות בגין טענות חיצונית לחוב הספציפי שהווחת, ממשיכה לחול על המתה.¹⁰⁹

(ג) זכיות החיב עלי-פי ה.י. U.C.C.C. הינה מוגן בלבד ולא הרבה לאור הקביעה המפורשת בסעיף 2.404 שבו. ה.י. N.C.A. מעניק לחיב-הונגה הרב, שכן אין בו כל הגבלה על דרך העלתה הטענות כלפי הנמה.

מבין הדריכים שהותו על-ידי ה.י. U.C.C.C. וה.י. N.C.A.—איוזהי הדרך הנונה יותר? —אין ספק, שבכל הנוגע לטוויה הקצר מספק ה.י. N.C.A. הגנה יתירה לצרכן. אך יתכן ובطוחה הארוך הפגעה הוראות ה.י. N.C.A. בזוק האשראי הצרכני, פגעה שאם תוצאה מהיספוג הצרכן עצמו כבומרanga. תשובה מלאה לשאלת זו טרם סיפקה המציאות.

3. גבלה או ביטול מחרוזת של המבמלים

ביסודה של שיטה זו עומדת שמירה על כמה מקווי האופי המיחדים לשטרות תוקן שלילית סחרותם. כך, למשל, ימשמעות המסתור שטר לפקודת להיזות צד למסמך ולא יפנה את מקומו לנמה כבהתה חוב¹¹⁰, כמו כן יכול והמסמך יהיה למסמך סחיר, שלא נגנד עשושו אלא נגד צד אחר לו. מכל מקום, ביחס לצרכן לא ניתן לדוש מעמד הגבולה ממעמדו של אותו.

במקורה תוחלה שיטה זו בשנת 1884 בחוק השטרות הקנדי לעניין שטרות שתוכנאו בתמורה למכירת פטנטים. מטרת החוקה הייתה למנוע מרמה בעסקאות אלו וגו'. יש הסוברים, כי בשתח זה אין מקום לדין מיוחד וכי יש לבטלו.¹¹¹ אך דומה, כי קיומן של ההוראות היזוהה מקור הרשאה למחוקק הקנדי בכווא להסדיר את נושא השטרות המוצאים בעסקאות צרכניות.¹¹²

להלן דוחאותיו העיקריים של התיקון לחוק השטרות הקנדי¹¹³ שנכנס לתוקפו בנובמבר 1970 והוסיף לחוק השטרות הכללי פרק מיוחד הדן בעסקאות צרכניות¹¹⁴:

(1) כל שטר המוצע בעסקה צרכני צריך להיות מסומן בצוותה ברורה ובולטת בסימן המעד על אופיה הצרכני על עיסוקה הימוד בה הוצאה. שטר שלא סומן כאמור יחשב כבטל, פרט אם הגיע לידי אותו כשרה שאינו יודע על מוצאו הצרכני (סעיף 190).¹¹⁵

¹⁰⁹ שאלת זו נתקפה, מהוון ווונן של טענות 'חיצונית' אלו חרג כמשמעותה היוון הנוכחית. ראה לענן זה: צלטנר, דיני הוויים – חלק ב'ל', נך ראשון, תשכ"ג-1963, תל-אביב, "אפקה" בע"מ, עמ' 389-386. וכן: בוניפורט, שם, ה"ש, 5, עמ' 19-18. וכן: G. Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, 1965, Boston & Toronto, Little Brown and Company, Vol. 2, pp. 1089-1090.

¹¹⁰ השווא: בוניפורט, שם, ה"ש, 5, עמ' 35.

¹¹¹ Ziegel, *op. cit.*, f.n. 74, p. 320 f.n. 54.

¹¹² ראה: Falconbridge, *op. cit.*, f.n. 16, p. 459.

¹¹³ Ziegel, *op. cit.*, f.n. 121. וכן: *ibid.*, f.n. 111.

¹¹⁴ An Act to Amend the Bills of Exchange Act, Ch. 4 (1st Supp.) Revised Statutes of Canada 1970.

¹¹⁵ סקירה על תיקון זה, ראה אצל: Ziegel, *supra*, f.n. 1, *supra*, f.n. 28.

¹¹⁶ סעיף 190 לחוק השטרות הקנדי קבוע כאמור:

"190. (1) Every consumer bill or consumer note shall be prominently and

התחייבותו של צרך על-פי מסמך סחיר וויתרו כלפי הנמהה

(2) האוחז בשטר שהוצאה בעסקה צרכנית נתן לכל הגנה או זכות לكيיזון, לפחות

תביעה שכגדה השמורה לחיבב נגד המוכר (סעיף 191)¹¹⁷.

(3) המוציא שטר בעסקה צרכנית ולא יסמננו כדروس או המסרר שטר לא מסמן כאמור צפי לעונשים (סעיף 192).

נעיר גם לגבי הוראות אלו כדלקמן:

(א) במקרה של רכישת זכויות בתום לב ובعد ערף, ובלא דעתה העסקה מעדיין המחוקק הקניי את האינטנס של האוחז כשרה על-פני אינטנס הצרכן. עם זאת יזמין, כי הגנה הננתנה לאוות כשרה משורת על תורם מצומצם ביוור ואין אפשרות לרכוש את המעמד המKENת הגנה זו אלא אם הייתה הוצאה השטר כרוכחה בעבירה לפי סעיף 192.

(ב) שטר המוציא בעסקה צרכנית יחשב כבטל — אך בכך אין להשဖע על זכויות הצדדים על-פי עסקת היוסד¹¹⁸, עם זאת אותו שקייל שטר בלתי מוסמן תוך קיימה על מוצאו עסקה צרכנית יהיה משולל כל זכות תביעה כלפי הצרכן עשוה השטר.

(ג) מן הרואוי לשים לב כי ההסדר הקניי מגן על הצרכן ביעילות במקרה של כשלון תמורה מלא, אך דומה, כי נכשל בהגנותו של זה במקרה של כשלון תמורה חלקי; למסקנה זו ניתן להציג בעקבות הכלל הקיים בקנדיה¹¹⁹ ואשר מוצאו באנגליה¹²⁰ לפיו אין בכשלון תמורה חלקי בלתי קצוב כדי לסתור את עוזה השטר מוחבותו לפירוש את מלוא הסכום אף לנפרע, אלא שוכאי הוא להעלות את טענותיו בתביעה נפרדת¹²¹. הטעם לכל זה הוגה אף בישראל¹²² אך אין גווג

legibly marked on its face with the words 'Consumer Purchase' before or at the time when the instrument is signed by the purchaser or by any one signing to accommodate the purchaser

(2) A consumer bill or consumer note that is not marked as required by this section is void, except in the hands of a holder in due course without notice that the bill or note is a consumer bill or consumer note or except as against a drawee without such notice"

¹¹⁷ סעיף 191 לחוק השיטרות הקניי קובע לאמר:

"191. Notwithstanding any agreement to the contrary, the right of a holder of a consumer bill or consumer note that is marked as required by section 190, to have the whole or any part thereof paid by the purchaser or any party signing to accommodate the purchaser is subject to any defence or right of set-off, other than counter-claim, that the purchaser would have had in an action by the seller on the consumer bill or consumer note"

¹¹⁸ ראה: Ziegel, *op. cit.*, f.n. 1, p. 129

¹¹⁹ ראה: Falconbridge, *op. cit.*, f.n. 16, p. 620-621

¹²⁰ Chalmers, *op. cit.*, f.n. 16, p. 104-105

¹²¹ התביעה הנפרדת יכול והוגשת בתביעה שכגדה ויש הATORSים כי אין הבדל מעשי בין העלאה הטענה על-ידי הנתבע בגין תביעה שכגדה. ראה: Chalmers, *op. cit.*, f.n. 16, p. 621; ובעקבותיו: Falconbridge, *op. cit.*, f.n. 16, p. 621; ראה: Chalmers, *op. cit.*, f.n. 16, p. 105. המשפט העליון בישראל בע"א 70/202 ירדן נ' גרי, פ"ד"י כ"ה (2), 441, לפיה ייחס בית המשפט להשותה תביעה שטר על-ידי צירוף תביעה שכגדה. זאת שלא לדבר על המקרה הנפוץ בישראל בו מוגשת התביעה על-פי שטר בסדר דין מקוצר (או על-פי סעיף 18)

בארה"ב¹²³ הוא ראיית התשלום בשטר כתשלום בכספי מזומן. התוצאה העולה מהצטברות כלל זה ולא כפיפות האווח לתייעות שנגדר שבידי החיבר כאמור בסעיף 191 היא, שבמקרה של כלון הلكי בלבד על הצרכן לשלם את מלאו סכום השטר לידי האוחז ולהגשים תביעה נפרדת נגד הסוחר. מבחינה זו החטא החקוק במידה רבה את מטרתו.

(ד) יצוין, כי אין חוק זה ואין כל חוק פדרלי אחר בקנדה מסדר את עניין ויתרו המפורש של הצרכן להעלות טענותיו נגד הנחה שכן, הנושא מסור לבתי המשפטים של הפרובינציות.¹²⁴

בכיוון זה של הטלת הגבלות על סחרותם של המוסכים הולכת אף הצעת נציגות המשחר הפדרלית (The Federal Trade Commission) או בשמה המקוצר – FTC – בארה"ב שהיא רשות סטטוטורית¹²⁵ המוסמכת בין השאר לפעול למיניתת תחרות באמר' צעים לא הוגנים וכן מעשי מרמה או מעשי הוגנים במסחר הבינלאומית.¹²⁶ מעשה הנאסר על ידי הנציגות היוו בלתי חוקי.¹²⁷

לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, כפי שתוקן בתשכ"ט – ס"ח תשכ"ט, עמ' 16) בו כלל לא ניתן לנתח רשות להגוננו על יסוד תביעתו הנגדית – ראה זוסמן, שם, ח"ש 3,¹²⁸

ראתה זוסמן, שם, ח"ש 3, עמ' 281–282, וכן את פסק הרון שניון לאחרונה על ידי הנשיא אגרונט בע"א 70/638 טבניות הריבט בע"מ נ' אלר, פ"ד כ"ה (2) 695, 679.¹²⁹

ראאה סעיף 3-408 ל"י U.C.C. 123
"3.408. Want or failure of consideration is a defense against any person not having the right of a holder in due course... Partial failure or consideration is a defense pro tanto whether or not the failure is in ascertained or liquidated amount". וראה גם: Falconbridge, *op. cit.*, f.n. 16, p. 621

Ziegel, *op. cit.*, f.n. 1, p. 130. Ziegel, *op. cit.*, f.n. 28, pp. 1457, 1462¹²⁴
ונציגות המשחר הפדרלית בארה"ב הוקמה מכוח The Federal Trade Commission Act, 1914¹²⁵
Goins, *op. cit.*, f.n. 83, p. 169, ¹²⁶R. Callman, *The Federal Trade Commission Act* f.n. 9
The Law of Unfair Competition Trademarks and Monopolies, third edition Vol. 5, 1971, Cumulative Supplement for Appendices, Chicago, Illinois, Appendix IV, p. 49¹²⁷

סעיף קובלן Federal Trade Commission Act 5(a)(6)¹²⁸
"Sec. 5(a)(6) The Commission is empowered and directed to prevent persons... from using unfair methods of competition in commerce and unfair or deceptive acts or practices in commerce"¹²⁹

להגדרת "commerce" – ראה להלן בה"ש 127
סעיף 5(a)(1) Federal Trade Commission Act 5(a)(1) קובלן¹³⁰

"Sec. 5(a)(1) Unfair methods of competition and unfair or deceptive acts or practices in commerce, are hereby declared unlawful"¹³¹

סעיף 4 לאותו חוק מגירר את המוגדר כ"commerce" – "commerce" means commerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation"
Goins, *op. cit.*, לתנין סמכיות נציגות המשחר הפדרלית על פי סעיף זה ותולדותיה ראה:

התחייבותו של צרכן על-פי מסמך סחיר וויתורו כלפי הנמהה

לאור השימוש לעת שונשת במעמד האוחז כשרה בעיסוקאות צרכניות החלטת הנזיות להכנס לעובי הקורה ולחזור את המצב בשוק.¹²⁸ לאחר ששמעה עדויות ובדקה את החומר שהוצע בפניה פירסמה הנזיות ב-5 בינואר 1973 את נוסח ההוראה שהיא עומדת לקבוע¹²⁹ הונית את השימוש לין דענו עליה.¹³⁰

בהתאם להוראה המוצעת היה זה מעשה מרמה ומעשה בלתי הוגן (an unfair and deceptive practice), ובתווך שכזה בלתי חוקי, לקבל מצריכן שטר שלא יצויין עליי בצוואה בולטת, כי הוצאות בעיסוקה צרכנית וכי האוחז בשטר לפופך לכל תביעותיו של הלקוח עד מלאו סכום העיסוקה. הוא הדין באשר להחמתה הזכרנו על הסכם בו הוא מותר על העלתת תביעותיו והגנותיו כלפי הנמהה: אף זאת יהיה מעשה מרמה ומעשה בלתי הוגן.¹³¹

"Developments in the Law, Deceptive Advertising," וכן ,f.n. 83, p. 169

G. J. Thain, "Consumer Protection, וכו' ,80 (1967) *Harv. L. Rev.* 1005, 1019

D. Boies, וכו' ,Advertising — The F T C Response," 27 (1972) *Bus. Law* 891, 897

and P. R. Verkuil, "Regulation of Supermarket Advertising Practices," 60 (1972)

.*Geo L. J.* 1195, 1201

128 ראה : Hartmann & Walker, *op. cit.*, f.n. 22, p. 122

129 בנסיבות זו לא נבסם לשאלת השינויים בנסיבות בדבר עצם סמכותה של נזיות המטה

הפרדרלית לקבוע הוראות כליליות בנות פועל תחיקתי. לנוינו זה ראה :

Goins, *op. cit.*, f.n. 83, p. 178; Boies & Verkuil, *op. cit.*, f.n. 127, p. 1213; Development, *op. cit.*,

f.n. 127, p. 1088

Federal Trade Commission, Notice of Public Hearing and Opportunity to : 130

Submit Data, Views or Arguments Regarding A Revised Proposed Trade

Regulation Rule, January 5, 1973

131 להלן נוסח סעיף 2(a)-(b)-הציג הנזיות בלשון המקור :

"Section II. In any consumer transaction it constitutes an unfair and deceptive act or practice for a seller to:

(a) Obtain a consumer note and fail to have inscribed upon the face of such note, in ten point bold face type, the following statement:

NOTICE
CONSUMER NOTE

It is agreed that any holder of this instrument takes this instrument subject to all claims and defenses which would be available to the maker in an action arising out of the contract which gave rise to the execution of this instrument, notwithstanding any agreement to the contrary. Recovery by the maker under this provision shall not exceed the full amount of this instrument.

(b) Take or receive from a consumer any agreement, contract of other obligation which contains:

(1) Any waiver of rights or remedies with respect to any assignee of such agreement, contract or other obligation, which would accord to such assignee rights and remedies superior to those possessed by the seller with whom the consumer dealt.

(2) Any provision by which the consumer agrees not to assert against any assignee of the seller a claim or defense arising out of the consumer transaction, which claim or defense could be asserted against the seller."

ההצעה מוציאה את הסחרות אל מחוץ לחקק בכל הנוגע לעיסקות צרכניות ובתי המשפט לא יתאפשרו למנוע את אכיפתן של זכויות הנובעות מהתחייבויות שהתקבלו מהתרכן תוך הפרת איסור הגזירות. עם זאת אין בהסדרה הענין מכוח סמכויות נזירות המשחרר הפדרלית כדי לכנסות את הדין המהותי החל על טטרות וחויזים¹³² ו מבחינה אודחית מוגבלת מטעמות ההצעה לממן גושפנקא לכלל לפי החתמת הארכן על יתוור (בין מפורש בהסכם ובין הנובע מעצם התחיימה על שטר) מוגדת לטבות הציגו ולכל בטלה. אמונם כוכור, ככל והגיעה הפסיקה בכוחות עצמה, לפחות ביחס לווייתו מפורש, אך בגיןו הפטוטוטורי יש כדי להסיר ספק בקייםו, ובהכלתו כאיסור מטעם נזירות המשחרר הפדרלית כדי להקטין את שכיחות הפרתו.

4. דין שיקום המוציאים בעקבות ארכניות

השיק הינו שטר חליפון המשור על בנקיי והעומד לרפיעון עם דרישת¹³³. חלים עליו דיני הנסיבות הרגילים אלא אם נקבעו הוראות מיוחדות ומפורשות לבגויו. לעניין סחרותו ותוכזאתו מהו הdish "שטר" ו מבחינה זו עניין לנו בו. ואולם, בוגודו לטוגי השטרות האהרים, אין השיק צפוף בחובו התחייבות לשלם בעתיד. הוא נמשך נגד סכום המופקד בחזבון המשור בבנק¹³⁴, כשהכוונו הטיפוסית של מושך השיק אינה濂ות באשראי אלא לשלם במקומות, ורק מעתמי נוחות ובטחון מסתמש הוא בשיק. דא עקא שאין הדין נזון לכונתו את מלוא נפקותה ו מבחינה מסוימת הוא אף הופך אותה — ויחוי השיק עם מזומנים באידי ביטוי אך בעקבות סיחומו לצד רוחוק בעוד שביחסים בין צדדים קרובים אין התחייבות על-פי שיק מהו התחייבות מוחלטת וכי לראתה כנתונה לדיני החזיות הכלליים. זהו הדין הרגיל האל על שטרוי חליפין¹³⁵ ובתור שכזה היל הוא אף על שיקים. כה, למשל, עשו כשלון תמורה מלא לשמש הגנה למושך בתביעת הנפרע נגדו מה שאינו כן בתביעת צד רוחוק האוזו כשרה.

עם זאת מביאת העובדה שдинי הנסיבות חלים על שיקים, לשימוש בהם כבשתנות

132 הפרת איסור נזירות המשחרר הפדרלית אינה מקנה לנוגע זכות תביעה אזרחית; ראה לעניין זה Chalmers, *op. cit.*, f.n. 83, p. 182-186. שם: Goins, *op. cit.*, f.n. 347. וכן: 133 ראה: סוף 73 לפקيدة הנסיבות, זטבן, שם, ה"ט, 3, עמ' 347, וכן: Chalmers, *op. cit.* f.n. 16, p. 247; Falconbridge, *op. cit.* f.n. 164, p. 856; U.C.C. sec. 3-104(2)(b).

134 שיק ההוראות מיוחדות נוגע ל"טריטוט" ואין להט כל השלה על ענייננו. ראה אצל זטמן, שם, עמ' 347 (אך ראה גם את הוראת סעיף 74 לפקודה הشرطית בהשווה להוראות סעיף (44)(ב) — אף לכדי אין נייעת עניינינו).

135 L. B. Howard, *Business Law, An Introduction*, 1965, Woodbury, New-York, Baron's Educational Series, Inc. at p. 252 ראה: "...a check is drawn against funds deposited by the drawer with the drawee bank in a checking account."

136 ראה ברק, שם, ה"ט, 3, עמ' 32-33; זטמן, שם, ה"ט, 3, עמ' 280.

התחוינותו של צורן על-פי מסמך סחיר וויתומו כלפי הנמהה

ممמש, וזאת באמצעות הוצאה שיק נושא תאריך מאוחר תוך כוונה שיוציא לפרעון רק בתאריך אותו הוא נושא.¹³⁷

נראה לנו, כי ה.-U.C.C.C. וה.-N.C.A. אחד חטא באית העמדת השיק על מקומו הנקוון — ה.-U.C.C.C. שהTier את השימוש בשיקים בעסקאות ארכניות¹³⁸ תוך אימוץ עקרון זיהוי השיק בכיסוף התעלם מכך, עדני השתירות מיישמים עקרון זה רק על היהדים בין צדדים רוחקים, ואילו ה.-N.C.A. אשר התקווון למנוע את גילגול השיק לשווה כף ביחסים בין צדדים רוחקים ולכך אסר את השימוש בו בעסקאות צרכניות¹³⁹, התעלם מכוננותו הביטחית של המשלים בשיק, כוונה המבוססת על הדמיון בין שיקים ומומנים. הפער בין אופיו של השיק הנבדל במוחתו משטרות אחרות לבין חלות דיני השתירות הכלליים עליינו איינו בלתי ניתן לגיטו — התירת השימוש בשיק והכחלה בסחרותו אינטהיינו הר או אין השני פועל יוצא של הראשון. אין מניעה לראות בוכות הנפער להציג את השיק לפרעון בפני הבנק-המנשך כזכות מספקת ואין כל הכרה לכך וכיוזו אף בכך לשרר את השיק על כל המשתחמע מכך. הפתרון הרצוי עשוי להיות התירת השימוש בשיקים תוך ביטול סחרותם, דהיינו, על-ידי הוקקתו לשיטה הנוגה בקנדת והמצעת על-ידי נזיבות המשפט הפלורלי באלה".¹⁴⁰

ואמנם חסדי השיטה המגבילה את סחרות המסמכים אימצהה אף לעניין שיקים. אך הויאל ותללו לא רוא כל סכנה של שימוש לרעה בשיקים הנושאים את תאריך יום הוצאתם או מועד הסמוד לו וחשו מפני הטלת גזירה שהציגו לא יכול לעמוד בה,¹⁴¹ הוחלה חובה הסmeno על כל המשתחמע ממנה אך ורק ביחס לשיקים מאוחרים¹⁴². השיק

137 בישראל יש לנו אמג'ן את סעיף 73א' לפקודת השטרות הקובלע, כי "שיק שהוצע לפני היום הרשם בו בתאריך השיק, או שהוצע ללא תאריך, יהיה בר פרעון עם הצעאה, והוא אט חאריך יום הצעאה, לכל דבר ונני בתאריך השיק". אך לא היה בכוחו של סעיף זה לעזרו את הפרטיקה של הוצאת שיקים דחוים המלווה בהסכם בין המטור לפרט לפיה לא יוציא השטר לפרעון אלא בתאריך הבוקוב בו. ההכמה זו קיבלה את מלוא תוקפה מהחיב בבית המשפט העליון. ראה ע"א 397/68 לויוש זיוס נ' פיביאנו, פד"י כ"ג (1) 402, 406, וע"א 228/69 שם טוב נ' בנק מרבלטאל בע"מ, פד"י כ"ג (2) 784, 786 (מפני השפט קיסטר), כהן וקיסטר). ככלות לעניין הפרטיקה של מונט שיקים דחוים, ראה: זוסמן, ז'ז, ח"ש, 3, עמ' 348–350.

138 ראה: U.C.C.C. sec. 2.403, *supra*, f.n. 87.

139 N.C.A. Sec. 2.405, *supra*, f.n. 102.

140 Ziegel, *op. cit.*, f.n. 1, p. 122.

141 סעיף 189(1) לחוק השטרות הקני קובלע לאמר:

- "189. (1) A consumer bill is a bill of exchange
(a) issued in respect of a consumer purchase, and
(b) on which the purchaser or any one signing to accommodate him is liable
as a party.
but does not include
(c) a cheque that is dated the date of its issue or prior thereto, or at the time
it is issued is post-dated not more than thirty days, or
(d) a bill of exchange that
(i) would be a cheque within the meaning of section 165 but for the fact
that the party on which it is drawn is a financial institution, other than
a bank, that as part of its business accepts money on deposit from

הנושא את תאריך יומם הוצאתו או מועד הס摹ך לו אין חובה לסמננו והוא ממשיק להיות מסמך סביר — הפקודו על-ידי הנפרע (הסוחר) בבנק שלו לשם גבייה עשווה את הבנק לאחיזו בו¹⁴² וממן אישריא ללקחו (הנפרע) כנגד הפקודת השיק עשווה בנק זה לאחיזו בשיק بعد ערך¹⁴³. הרעיון של זיהוי השיק בכיס מזומנים מצא כאן את ביטוחו המלא והזרכן עלול למצוא עצמו בגל התשופ להיביעתו של אוחז כבורה. ימס יגידו אם מגני הצרכן לא יצרו כאן במו ידיהם דרך לעקיפת מטרותם¹⁴⁴.

5. השפעת ביטול הפתורות על שוק האשראי

הגנת הצרכן הבודד מחייבת מן הסתם את ציידיו במלאי גדול ככל האפשר של הגנות ותביעות שיוכל להציג בפני כל מי שרכשת את זכויות הסוחר הנובעות מהתיקת עמו.

members of the public and honours any such bill of exchange directed to be paid out of any such deposit to the extent of the amount of such deposit, and

- (ii) is dated the date of its issue or prior thereto, or at the time it is issued is post-dated not more than thirty days" (ההדגשה — שלגונ).

הוראת סעיף (e) להצעת נציגות המסדר הפדרלי היא כדלקמן:

"(e) *Consumer note*. Any negotiable promissory note or other negotiable instrument of indebtedness, or any retail installment contract whether negotiable or nonnegotiable, executed by a consumer in connection with a consumer transaction. '*Consumer note*' shall not include a check given in current payment of a presently due consumer obligation, if the check is dated at or before the date of its issuance, or at the time of its issuance is post-dated not more than ten days, and collection thereof through banking channels is initiated by the payee within seven days of the date of the check" (ההדגשה — שלגונ).

142 לדין זה בפסיקת הירושלמית. ראה: ע"א 704/69 בנק מרגנטאל לשראל בע"מ נ' ארמל ב' פט'ן.

143 הלכה זו מקורה בפסקה האנגלית, ראה: Chalmers, *op. cit.*, f.n. 16, pp. 311-312.

והיא מזאה את ביטויו הפטוטוטורי בעיטפים 4-5 ו-209-216 U.C.C. וכן בסעיף (3)

לחוק השטרות הקנדי כפי שתוקן ב-1966, לפיו, עצם מתן האשראי ללקוח תמורה השיק עשווה את הבנק לאחיזו כבורה בו (לענין זה, ראה: Falconbridge, *op. cit.*, f.n. 16, p. 856, 860;

ראאה: Ch. B-5 An Act Relating to Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes, *Revised Statutes of Canada* 1970, Vol. I, sec. 165(3). נניתה הלכה זו ולביבו Rosenthal, *op. cit.*, f.n. 58, p. 381-394.

144 ציינו (בטכסת הסמן לה"ש) כי חקיקה הכתה להגנו על האשרכן מפני מיפויו היחסורות הוכוויות כלפיו צריכה להביא בחשבון אף את אפשרות עקיפתת עליידי שינוי צורני בדפוס העילקה —

הרצבו התפקיד ללקוח באשראי יפונה על-ידי כסוחר למזוזה. המימון שלו אשר ילווה לו במישרין. ראה לענין זה: Recent Legislation, "Sales-Rights and Remedies of Buyer—Massachusetts Statute Makes Consumer Notes Nonnegotiable, Mass. Act 1961,"

N.C.A.-L. 2.407 Ch. 595; 75 (1961) *Harv.L.Rev.* 437, 440

ושעיף (n) להצעת נציגות המסדר הפדרלי באה"ב שיעירם הוא הטלת פפיות על המלווה הקשור עם הסוחר לכל טענות הצרכן הנובעות מחוואה המוכר — והשותה הוראות אלו להוראות חוק השטרות הקנדי המתווך הרואה בהלוואה ללקוח צעiska צרכנית

(סעיף (189(d)) אך איןנו דעתו להשיפת המלווה הקשור עם המוכר בפני טענות הצרכן-הלוואה הנובעות מעסקת המוכר. וזאת זה הורוג ממשגנת הדין הנוכחי ולא נהיה עליו את הדיון.

התחייבותו של צרכן על-פי מסמך סחיר וויתרו כלפי הנמהה

עם זאת מן הרואי לזכור, כי גקודת המוצא של מושג הסחרות, לרבות מאפיינו העיקרי שהוא התיקות, היא כי יש לקרב את המוסכים המוגלים את התחייבויות הרכש סחרות באשראי עד כמה שהדבר ניחן למונחים מסוים.¹⁴⁵ עצם האפשרות והניתנת לצרכן לרכוש סחורות בתשלימים לשיעורין באה להיטיב עמו ולאפשר לו קנית סחרות שידן לא תשיגן לו גדרש היה לשאת בתשלום מהרין לאלהר. על חיקקה הבאה להבטיח את אינטראצ'ן הצרכן להביא איפוא בחשבון את תוצאותיה והשלכותיה האפשריות על שוק האשראי לצרכן לבל תסתומות את מקורותיו ותמנע רכישת סחורות דוקא מהרצן הקטן עמו היה באה להיטיב.

כנגד זאת ניתן לטעון, כי חוסר יכולתו של הצרכן המומוצע לרכוש סחורות מסוימות אלא בחשלומים לשיעורין היא נתון כה יסודי בשוק, עד כדי כך, שלא היה מתנהל בו כל מסחר ללא מתן האפשרות לרכישה באשראי. שוק האשראי הצרכני מושחת איפוא על אפשרויות זו וממילא מבוססים על כך החשיבי הסוחרים ומוסדות המימון, בהתאם לגישה זו, אין הסחרות מלאכת כל תפקיד חיובי וונגוטוקטיבי בשוק האשראי לצרכן אלא מהויה היא מכשיר לניצול הצרכן החלש בידי הסוחר ומוסד המימון החולקים.¹⁴⁶ עובדה היא, כי באנגליה בה מתבצעת עסקת המכירה במישרין בין החברה המימון (שרכשת לשם כך את הסחרות מהסוחר) והרצן, כי קיים שוק האשראי לצרכן הגם שאין חברה המימון ביחסית עם הקונה הינו דין מוכרת והוא כפופה לכל תביעותיו והגנוויה.¹⁴⁷

ראינו, כי מדיניות הפסיקה ובקבותיה מדיניות המחוקקים העדיפה את הנגישה השנייה ויד מבטלי הסחרות הייתה על העילוינה. אך תחא האחדה לצרכן הקטן אשר תחא, אין להשריש גישה זו ללא בדיקה מעשית בשוק כלשהו בו בוצע ביטול הסחרות הלאה למשתת. מן הרואי לבדוק את השפעת ביטולה של זו על שוק האשראי לצרכן בכלל, ובמיוחד את המהיר שעיל הצרכן לשלם בגין כך ואת ממד הפגיעה בסוחרים ובמוסדות המימון.¹⁴⁸

להלן נתיחס למחקר אמפירי שנערך בארה"ב¹⁴⁹, ואשר התיחס להוראת חוק מדינית קונקט שארה את השימוש במסמכים סחרירים בעיסוקאות צרכניות המובילות עזות ע"י רוכלים מבית אל בית (home solicitation sale).¹⁵⁰ בין השאר בדק מחקר זה את השפעת הוראת החוק האמורה על מוסדות המימון¹⁵¹, הסוחרים¹⁵² והרצכנים¹⁵³:

(1) ביטול הסחרות הטיל הוצאות גדולות על מוסדות המימון, אשר הקטינו את

145 ראה: זוטמן, שם, ה"ש, 3, עמ' 5.

146 לדעה זו ראה: James, *op. cit.*, f.n. 53, p. 881, Kripke, *op. cit.*, f.n. 46, p. 472, וכן: Note, *op. cit.*, f.n. 59, p. 632, f.n. 53.

147 Ziegel, *op. cit.*, f.n. 4, p. 498.

148 Murphy, *op. cit.*, f.n. 42, p. 687.

149 P. Shuchman, *et al.*, נ"ז ראה ליבורט על שיטת המחקר וביצועו אצל, "Empirical Studies in Commercial Law," 23 (1970/71) *J.Leg.Ed.* 181, 183-184.

150 Note, *op. cit.*, f.n. 56, p. 619, f.n. 7-8.

151 Ibid., p. 637.

152 Ibid., p. 642.

153 Ibid., p. 650.

מmedi מימון העיסוקות הכספיות, הגבירו את המעקב ואת הפקוח על לקוחותיהם. ולבסוף בידי מוסדות אלה נפרק מzychם את עיקר המעמסה של ההוצאות שהוטלו עליהם ולהעבירות לזרות¹⁶⁴.

(2) חלק ניכר מההוצאות הוטל על הסוחרים שבקהלם נפגו קשות. אך בראש

ובראשונה חלה הפגיעה על הסוחרים היוצרים כרמים הויל ומוסדות המימון סייבו לקבל מידם שירות. במובן זה היתה השפעה חיובית להוראות החוק, השפעה אשר התבטאה בכך בהרחיקם של סוחרים אלה מהហוקם, וזאת בגין הקטנות מכלול ההוצאות וההפסדים הנגרמים כתוצאה בעיטה של המרמה¹⁶⁵. עם זאת אין ספק, שהקטנת מדי האשראי והגדול בהוצאות להשות פגעו גם באגשי עסקים הוגנים¹⁶⁶.

(3) אף ציבור הכספיים, שהגנוו באה ההוראה, נאלץ לשאת חלק ניכר מההוצאות שנגרמו עקב ביטול הסחרות, בעיקר בזורת הعلاמת מחרים¹⁶⁷.

(4) אומדן החלקו הסופית של הנטל טרם ניתן להיעשות ורק עם ה证实ות נוספת נסיוון היה הדבר ניתן לביצוע. מכל מקום, מסקנת המחקר היא, כי מן הרואי לעזאזל את ביטול הסחרות, ולוי מעצם המגמה של פיזור ההוצאות שהיא צפונה בחובה. בעוד שבמקרה של חyb על-פי מסמך סחר מושלים מלאו הסיכון והחו צאות על הכספי וועלוי בלבד, הרי שבמקרה של חyb על-פי מסמך שאין סחר מושל העול על מוסד המימון, אשר בידו כוחו לפזרו בין כל הצדדים המעורבים. זאת שלא לדבר על המגמה הברוכה של הרחיקת הסוחרים הרמאים מהשוק¹⁶⁸.

החשש, שמא יביא ביטול הסחרות לסתימת מקורות האשראי לצרכן לא אומה איפוא¹⁶⁹. השאלה שנותרה פתוחה הינה בחרת תמודל החקיקתי המדויק להסדרה הנושא. שני במלוקת במיוחד, כזכור, הוא מעמדו של צד שלישי חם לב הרוכש מסמך הנזהה להיות סחר ללא דעתה על מוצאו מעiska כספית צרכנית. להכרעה בנסיבות זו ובנסיבות מיוחדות אחרות טרם הצביעו נסיוון ומידע מספיקים ובכלל שאלה גדולה היא, אם אין כאן אלא עניין של טעם.

154 ראה: *Ibid.*, p. 655.

155 שלושה סוגים של הוצאות נגרמים בעיטה של מרמה, ואלה הם:

(א) הנזק בו נושא קרבן המרמה באוטם מקרים בהם אין הוא יכול להפריע מהרמאי;

(ב) ההוצאות הנגרמות לקרבן בגין התדיינותו עם הרמאי, כאשר בידו להפרע ממונו;

(ג) הוצאות המתגונן בNEGATIV אמצעים שונים נגד הרמאי.

לענין זה ראה: *Ibid.*, p. 655, f.n. 142.

156 ראה: *Ibid.*, p. 655.

157 ראה: *Ibid.*, p. 655. אך מן הרואי לשים לב, כי המחקר גערך בשוק המכירות מבית לבית בו אין חירות משכלה ואין איפוא להתנגד לענין הعلاמת מחרים בשוק הרגיל. ראה:

Ibid., p. 653-654.

158 ראה: *Ibid.*, p. 655-656.

159 גם במדינת מרילנד ומטס'טס לא נתממשו התשומות של פגיעה קשה בשוק האשראי כתוצאה מביטול הסחרות בעיסוקות כספיות. ראה: Hartmann & Walker, *op. cit.*, f.n. 22, p. 124.

ה. הדין בישראל – לאן?

עד כאן סקרו את עיקרי ההתפקידים שהלו באלה¹⁶⁰ ובקנדה לעניין הגנת הצרכן מפני תיתירות הזכיות כלפי.

ישראל אין לנו דין מיוחד בסוגיה זו. הדין הכללי נותן תוקף לויתור החיבר כלפי הנעابر, בין מכות תניה חוות מפורשת ובין מכות התניתה על שטר¹⁶¹. אך נראה לנו כי בידם המשפט בארץ לסייע לצרכן ולנקוט בהתאם/amendments שנקבעו עלי ידי בית המשפט בארה"ב ובקנדה להגנתו מפני תיתירות הזכיות כלפי¹⁶². מסגרת של מושגים כגון "חקנת הציבור"¹⁶³, "עושק"¹⁶⁴ ו"חותם לב"¹⁶⁵ איננה נזקחה והזבדה כי לעתנו אין בכוחם לפול את יותור החיבר בנסיבות רגילות¹⁶⁶ וזאת שאין ממשמעה שלילת כוחם לעשות כן בנסיבות חריגות בהן יגרם עיון דין לולא יעשנו ואחר. הפירוש המוצמצם שניתן עד כה ל"תקנת הציבור"¹⁶⁷, למשל, אינו גזירה ממשמים, והלא יחודו של מושג זה חזמיו הוא היכולת לצקת להוכו תכנים שעוניים עם שינוי הנسبות והנסיבות.

בקשר זה מן הרואין אף להתייחס להצעת חוק הליקות המסתור, חל"ב-1972¹⁶⁸. הצעת חוק זו מטילה את חובת המסתור ההוגן¹⁶⁹ ואוסרת עשיית כל מעשה שיש בו משומות תחרות או משומות הונאת הציבור¹⁷⁰. האמנם ניתן לראות בהתחמת הצרכן על שטר או על יותור מפורש על זכויותיו כמעשה הנכון למסגרת זו?

לעתינו, יש להסביר על שאלה זו בשילוב. חלקו הראצון של המונח, דהיינו, "מעשה שיש בו משומות תחרות לא הגנת" אנו רלוונטי וחלקו השני המתייחס ל"מעשה שיש בו משותם הונאת הציבור" מנוסח בצורה חריפה מדי על מנת שניתן היה לכלול בו את החימת הצרכן על שטרות או על יותור על זכויות. טיעון זה מתחזק, אם נשווה את מינוח הצעת החוק לשונו ולתולדותיו של סעיף 5 לחוק נציגות המסתור הפדרלית בארה"ב¹⁷¹, שאנו מוגבל לـ "*deceptive act or practice*" אלא חל אף על

160 ראה לעיל את הדיוון בפרק ב'.

161 ראה לעיל, הדין בפרק ד'.

162 ראה לעיל, ה"ש 29 והטכסט שם.

163 ראה לעיל, ה"ש 30 והטכסט שם.

164 ראה לעיל, ה"ש 33.

165 ראה לעיל, הדיוון בפרק ב', ה"ש 28 ואילך והטכסט שם.

166 ראה לעיל, ה"ש 29 ומראה מקום שם.

167 ה"ח חל"ב, עמ' 202 (להלן – הצעת חוק הליקות המסתור).

168 סעיף 2 להצעת חוק הליקות המסתור: "2. לא יעשה אדם מעשה הוטה את מידות המסתור ההוגן".

169 סעיף (7) להצעת חוק הליקות המסתור:
"3. ואלה מעשים הטעמים את מידות המסתור ההוגן:

....

(7) כל מעשה אחר שיש בו משותם תחרות לא הגנת או משותם הונאת הציבור".

170 ראה: *supra*, f.n. 126, f.n. 127

171 לעניין זה ולסקירתו היי "Unfairness Doctrine" ולסמכויות שהוספו לנציגות המסתור Thain, *op. cit.*, f.n. 127, p. 897 et seq.

הצעת החוק¹⁷² מחייבת איפוא את שינוי המונח "מעשה שיש בו... משום הוגנות הציבור" ל"מעשה... ש אינו הוגן כלפי הציבור, כלו או מקצתו"¹⁷³. עם זאת נציין, כי עצם הסדרת העניין באמצעות חוק העוסק במסחר הוגן ולא מכוח שינוי דיני החזיות והשטרות עצמן אינו נראה לנו, ולכד התייחסנו כבר אגב ניתוח הצעת נזיבות המסחר הפדרלית בארה"ב¹⁷⁴.

עקרונית קיים איפוא הכוח ביד מערכת השיפיטה בישראל להעניק הגנה לצרכן מפני היתירות הוכחות כלפיו. אך ראיינו כי דרך זו היא דרך התחרות שפרישת הוגן תלוות בהשפטו האישי האישיות של השופט וגריעתו מודאות ומיציבות הדינם. כמו כן יש לזכור כי מציאות של ניצול צרכנים אינה באה בהכרח לידי ביטוי בתביעות משפטיות, לא כל שכן בתביעות המגיעות לדין בבית-משפט גבויים.

חקיקה להסדרת הנושא מחייבת בדיקה אמפירית מוקדמת של שוק האשראי לצרכן¹⁷⁵ ודפוסי העיסוקאות המבוצעות בו¹⁷⁶. ללא מידע ברור על הנעשה בשוק זה ועל המלכודות הטموנות בו לצרכן אין לדעתנו לנוקט בכל צעד לשינוי הדין הקיים¹⁷⁷. יש רק לקוות כי אם חלה בדיקה זו כי הטעינה של העברת הוכחות כלפי הצרכן אכן משמשת להשתתת יתרונות לא הוגנים כלפיו, עמדו נגד עיני המחוקק הישראלי המgomות שהתפתחו ביבשת צפון אמריקה להסדרת הנושא ו מבחינה זו יכול הוא להנתן מפרי עמלם של אחרים.

172 ראה במכוא לדברי הבסבר להצעת החוק, י"ב, ה"ש 167.

173 המשפט "כלו או מקצתו" באה לתגונש כי ההגנה מכוח חוק הליקות המסחר תינתן לא רק לציבור כלו אלא אף לחלקים מסוימים ממנו, במועד החלקים הנחשיים שבו שם זיקרים להגנה באופן מיוחד. בארה"ב העונקה הגנה אף לחלקי ציבור לא בעלי הطلبות. H. T. Austern, "What is 'Unfair Advertising?," 27 (1972) ראה אצל : Thain, *op. cit.*, f.n. 127, p. 896; *Bus. Law* 883

174 ראה לעיל את הטענת הטעון לה"ש 132 והטענת שלחווי.

175 כפי שהדבר בוצע בארה"ב ובקנדה. לנחותים בייחוס שוק האשראי בארה"ב ראה: Hartmann and Walker, *op. cit.*, f.n. 22, p. 122 .Ziegel, *op. cit.*, f.n. 28, p. 1455

176 הדבר לאמור בה"ש 4 לעיל.

177 רואת כי הוועדה המייעצת לפני סעיף 53(א) להצעת חוק הליקות המסחר עשויה להיות גוף מתאים לביצוע בדיקה זו בלבד שנוטח סעיף 3(7) ישנה כמשמעות על ידינו.