

## ס פ ר י ם

### גבריאלה שלו : תניות פטור בחוזים

ירושלים, תשל"ד — 1974. 178+28 עמ'

בדברי תודה קצרים שבראש ספר זה מציינת המחברת שחיבורה זה הקנה לה תואר דוקטור למשפטים של האוניברסיטה העברית. אינה מזכירה שהוא קיבל את הציון "מעולה".

הספר מחולק לארבעה שערים: הראשון דן במהותה של תניות-פטור, השני, בתניות-פטור בחוזים אחדים, השלישי, בפטור מחבות חוץ-חוזיות, והרביעי, בפיקוח על תניות-פטור.

השער הראשון כולל ניתוח מושגי של המונח "תניות-פטור". בפרק זה מוגדרת תניות-פטור כשלילה או הגבלה של חבות, העשויה לנבוע מהסכמה מפורשת של צדדים לחוזה, או מכלל דיספוזיטיבי של הדין, אשר — מנקודת ראות ריאליסטית — אינו מושתת על הסכמה אילמת של הצדדים אלא על דרישת הצדק הנובעת ממהות העניינים (עמ' 22). כבר כאן מתגלית השקפתה של המחברת כי פיקוח על תניות-פטור אינו צריך להיות שווה לגבי שלילה או הגבלה של חבות המושתתת על רצון הצדדים — כמו בחוזה רגיל — מצד אחד, ולגבי שלילה או הגבלה של חבות המגלמת את דרישת הצדק, מצד שני. מקרה שני זה היגו טיפוסי לחוזה אחד. בין כה וכה משפיעה תניות-פטור על התגבשות החיובים החוזיים יחד עם יתר תניות החוזה כשוות-ערך, ומשום כך אין לפרשה כמנותקת מן החוזה, אלא כחלק בלתי-נפרד ממנו. גישה זו מהווה הסתייגות מדעותיו של השופט דנינג כפי שהתבטאה בתקדימים *Karsales v. Wallis* [1956] 1 W.L.R. 936, 940 ו-*Farnworth v. Attryde* [1970] 1 W.L.R. 1053, 1058. הפטור, לשם פירושם, מיתר הלקי החוזה. מצד שני: תניות-פטור קיימת לא רק במקרה שמבחינה טכנית נקבעה תחילה החבות ולאחר מכן צומצמה, אלא גם כשקיים צימצום או ביטול החבות מעיקרא. מבחינה זו יש להבין את המונח תניות-פטור כמונח מהותי ולא טכני-ניסוחי.

מהי תוצאה של תניות-פטור גורפת, ז.א. תניות-פטור המגבילה או שוללת את עצם החבות — מקרה נדיר ביותר — או את זכויות הסעד או כוח מימושן? האם חוזה הכולל תניה כזו הינו חוזה מיומר (אילוזורי) בלבד? לואת מוכנה המחברת להשיב בחיוב רק מקום שתניות-הפטור מוסבת על כל חיובי החוזה (עמ' 25). אם לא כן הדבר יש להבחין בין חוזים דו-צדדיים בהם מהנה תניות-הפטור רק צד אחד (או חוזים חד-צדדיים בהם תניות-הפטור מטבע הדברים מהנה רק צד אחד), מחד, לבין חוזה דו-צדדי בו התנייה מהנה את שני הצדדים, מאידך. גם במקרה זה אין לראות לפי דעתה של המחברת חוזה מיומר, כי עדיין קיימת בלבם של הצדדים התקווה שתניות-הפטור תפורש על-ידי

בית-המשפט על דרך הצמצום, או משום שהצדדים מקווים שהחווה יבוצע למרות הפטור. מה שאין כן במקרה ששני הצדדים גם יחד פרקו מעליהם את עול קיום חיוביהם. בחווה כזו ניתן לראות, לכל היותר, פעולה חברתית, אך לא משפטית. חווה כזו הינו הסכם ג'נטלמני בלבד, דוגמת הפרשה הנודעת *Rose v. Crampton* [1925] A.C. 445.

באשר לתניות פטור בחוזים אחידים – נושא השער השני של הספר – הרי נקודת המוצא של המחברת הוא עקרון חופש החוזים. היא רואה בו עקרון חוץ-חזוי (עמ' 33). חווה משמש כלי ביטוי לרצונם של הצדדים אשר קיבל גושפנקא מאת המחוקק. רצון הצדדים שתי פנים לו: חופש להתקשר בכלל בחווה – חופש להתקשרות מצד אחד, וחופש לעצב את תנאיו – חופש העיצוב, מצד שני. חופש עיצוב ניתן לצדדים כי הרי ע"פ רוב הוראות החוק בנדון הן דין מרשה להבדיל מדין כופה. חופש זה זקוק להשלמה ע"י מתן כוח לכל צד לאכוף את קיומו של החווה. והנה בין חוזים כאלה, חוזים במובן הרגיל של המלה לבין החווה המודרני בתפעולו ותפקידו, קיים "ניגוד פתיטי" (עמ' 36). אין לצד אחד עמדת מיקוח ואפשרות של עיצוב תנאים לפי רצונו ואפילו לא השפעה על עיצובם באותם המצבים בהם שמים בפניו חווה אחיד. על חוזים כאלה אין להתיל – כך סוברת המחברת – את דיני החוזים הקלטיים. היא סוברת – בעקבות האסכולה ה"ריאליסטית" האמריקאית (*Llewellyn in 52 (1939) Harvard Law Review 700*), שיש להתיל עליהם אמות-מידה שונות. ברם, הפרופ' טדסקי שהקדים לספר הקדמה בלהבת, סובר כי המושג של "חווה" כפי שהוא הותאם לצרכים המודרניים עשוי לספק גם את דרישות המשפטן לגבי חוזים אחידים. די לומר, בפלוגתא זו, כי המחברת ערה לכך שהדין הפוזיטיבי אינו תומך בהשקפתה, ופניה צופים יותר לעתיד מאשר להווה. אבל אפילו בהווה ניתן לומר שהחווה אחיד הינו דומה יותר למעמד מאשר לחווה רגיל, למעמד שהניצוץ יכול להצטרף אליו או לא להצטרף, אך אינו יכול להשפיע על מהותו.

מבחינת הדין הישראלי הפוזיטיבי סוברת המחברת שהמחוקק בחר בדרך ביניים, בכך שחוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964, אמנם הכיר בחווה אחיד כחווה, אך המתיק את החלת הכללים הרגילים על-ידי המצאת המושג של תנאי מגביל ותנאי מכביד. המחברת רואה בחוק מקורי ונועז זה נסיון נפל. כותב שורות אלה חולק על דעה זו: חוק זה המנהיג פיקוח שיפוטי על חוזים אחידים אינו לוקה בפגם המלווה בדרך כלל צורה זו של פיקוח – להבדיל מפיקוח על-פי חוק – בכך שהוא מאפשר למנסח של חווה אחיד כזה לחסן אותו נגד התערבות של בית-המשפט במקרה שיפרוץ סכסוך בין הצדדים, וזאת על-ידי פניה מוקדמת למועצת ההגבלים העסקיים, אפילו שעה שהחווה טרם נכרת אלא קיים בצורת טיוטא בלבד. אם נכונה ביקורתה של המחברת, כי ההגדרה של חווה אחיד בחוק אינה כוללת את כל הפעילות הכלכלית שהיה רצוי כי תכלול, הרי בעינינו אנו זהו פגם קל-ערך, הניתן לתיקון על-ידי הרחבת ההגדרה. יותר משקל להערת המחברת כי תניית-פטור ותנאי מגביל אינם היינו הך, ובייחוד כאשר סעיף 15(1) של החוק אינו מונע בעד התחמקותה של תניית-פטור מרשתו על-ידי ניסוח חיובי של התנייה, כי החוק רואה תנאי מגביל רק בהגבלה או שלילה של זכות שהיתה לצד שכנגד לולא התנאי המגביל. אבל למעשה יש להניח כי בתי-המשפט יהיו ערים לסכנה זו ולא יפרשו את סעיף 15 על-פי צורת ההגבלה או השלילה, אלא יפסקו על-פי עצם העניין. הוא הדין לגבי פירוש המלה "קיפוח" ההופכת את התנאי המגביל

לתנאי מכביד. אין להניח שבתי-המשפט יראו בה דבר פורמלי-שילי בלבד. אין כותב שורות אלה שותף לחששה של המחברת כי ספק יוכל להתחמק מהוראות החוק ע"י הוספת פיסקה לפיה תנאי מגביל זה או אחר נכלל "במיוחד לצורך אותו חוזה" – דבר שהיה מוציאו ממסגרת חוזים אחידים – כי אם מלים אלה מהוות מס שפתיים בלבד, אין ספק רב כי בתי-המשפט יתעלמו מנוסחא זו שאין עמה קסם מיוחד. חשובה הערתה של המחברת כי חוק החוזים האחידים רק מוסיף עילה להתקפה על תניות-פטור, אך אינו מחסן אותן נגד התקפות בשל עילות אחרות (סעיף 20), וכי משום כך אין לראות בו מכשול להתפתחות הפסיקה, שתתערב בתניות-פטור הן בחוזים אחידים והן בחוזים רגילים בשל סיבות שחוק החוזים האחידים אינו דן בהן.

השער השלישי של הספר דן בתוקפה של תניית-פטור ומסיק את המסקנות מהניתוח המיאורטי של השערים הראשונים. הוא מחולק לשלושה חלקים שכל אחד מהם דן בבעיה נפרדת. החלק הראשון דן במבחני התוקף של תניות-פטור, דהיינו בהודעה המקנה לצד ה"חלש" ידיעה על קיום התנייה, בעילות ביטול כלליות (מצג שוא, תרמית וחווה נספת) ובפרשנות. הפרק הדן בהודעה הוא, בעיקרו, תיאור מדויק וממצה של הדין האנגלי, כפי שנתקבל בארץ על-ידי הפסיקה. גם כאן חזרת המחברת על דרישתה שלא לבודד את תניית הפטור מיתר תניות החווה, פן יוכל ספק על-ידי ניסוח פוזיטיבי של ההגבלה להתחמק מביקורת שיפוטית, חשש שאין המבקר שותף לו. אך הוא מצטרף לדעת המחברת הרואה בנסיון להמתיק את רוע הגזירה של תניית-פטור בלתי-הוגנת "דרך עקיפין, בלתי אמיצה, להשגת תוצאה רצויה כשלעצמה" (עמ' 63). הוא גם מצטרף לדעתה כי אין הצדקה פנימית להבחנה בין הדעה שניתנה לצרכן במסמך חתום לבין הדעה במסמך בלתי-חתום, ושוב הוא עמה כשהיא מצביעה על הלכת המגיעים הקודמים בין הצדדים, שמהם יש ללמוד על ידיעת הצד במקרה מאוחר יותר.

הפרק הדן בעילות ביטול כלליות לגבי תניות-פטור מצביע תחילה על כך שחווה שיש בו תנייה כזאת ייתכן ויכלול מצג שוא, שנסב כלפי תוקפה והיקפה של תניית-פטור. אם כן הדבר, אין הספק יכול להיבנות מהתנייה. אין דעתה של המחברת נוחה מהכלל הזה כי לפי דעתה, הוא מבוסס על אפשרות גיתוק תניית-הפטור מיתר חלקי החווה. באשר להתקפה על תניית-פטור בשל תרמית מסתפקת המחברת בהערה קצרה שתנייה כזאת אינה משחררת את מי שחפץ להסתמך עליה מחבות בשל תרמית (עמ' 67). המבקר אינו יכול להתגבר על ההרגשה שהיבט זה שיכולה להיות לו חשיבות רבה, לא הודגש די הצורך על-ידי המחברת, בייחוד כשיתכנו מקרים בהם התרמית בוצעה על-ידי מורשה אך תיוקף לחשבונו של המרשה. בנוגע להתקפה על תניות-פטור על-ידי פירוש, מדגישה המחברת בצדק, שפיצול העיסקה לחווה עיקרי ולחווה נספת, הנה "דרך פרימיטיבית לעשיית משפט צדק", אך היא גם ערה לכך שבמשפט המצוי יש כאן דרך מועילה, הגם שיש למעט ללכת בה. בחלק המסיים את הפרק – הדן בפרשנות תניות-פטור – כוללת המחברת ניתוח יפה של הדין האנגלי, ומעירה כי קשה להצדיק את הפלייה בין הצדדים בפירוש החווה, וכן כי הכלל של פירוש הוראה "נגד המנסח" מבוסס על הנחה בדבר רצון הצדדים, ומכוסם כך עליו לסגת בפני רצון הצדדים אם בא זה על ביטוי בצורה ברורה וחד-משמעית. חולשתו של אמצעי זה הביא לעיצוב תורת ההפרה היסודית לה מוקדש החלק הבא של השער.

חלק זה מוקדש בעיקרו לניתוח הפסיקה האנגלית והיווצרות המושג של ההפרה היסודית ותמורותיה החל מפרשת *Smeaton v. Sassoon* [1968] 1 W.L.R. 1468, שם הוגדרה הפרה יסודית כהפרה של חוות, אשר כתוצאה ממנה הופך ביצוע החווה לשונה בתכלית ממה שנועד לו בחוזה, דרך התקדים הנודע של בית-הלורדים בפרשת *Swiss Atlantique v. Rotterdamsche Kolen Centrale* [1962] 2 All. E. R. 61, בה פנו חמשת השופטים עורף להלכה זו והעמידו במקומה — הגם לא בלי היסוסים — את תורת פירוש החוזה תוך שאיפה להתגבר על הקשיים שנוצרו על-ידי תניות-פטור, וכלה בניסיונו של לורד דנינג להחזיר ליושנה את עטרת הלכת ההפרה היסודית. לבה של המחברת, בנדון זה, עם הלורד דנינג, ובהסתמכות על מבחן שנוצר בסוגיה אחרת — סוגיית הסיכול — מגדירה היא הפרה יסודית כהפרה היוצרת מצב עניינים השונה באורח יסודי מכל מה שיכלו הצדדים להתכוון לו בעת כריתת החוזה (עמ' 79, 85). את הקו המפריד בין הפרה יסודית לבין סיכול יש לראות בכך שיסוד "האשם" נמצא בהפרה כזו, מה שאין כן בסיכול, ועוד בכך שההפרה האמורה אינה מאיינת את החוזה אלא רק מקנה זכות ביטול לנפגע, בעוד שסיכול מביא לסיום החוזה באורח אוטומטי. זו השקפה הנכונה לגבי הדין האנגלי, — אך לגבי הדין הישראלי — שאני (ראה סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970). "מבחן תוצאות ההפרה" — כביטוייה של המחברת — שנתקבל על-ידי בית-המשפט לערעורים האנגלי בפרשת *Harbutt's Plasticine v. Wayne Tank* [1970] 1 All. E. R. 225, הוחל על-ידי כל שלוש השופטים על מקרה בו התרחש, באשמת צד אחד לחוזה, אירוע השולל מהצד האחר את ההגאה המהותית שהיה אמור להפיק מהחוזה, היינו אירוע מסכל. נטל הוכחת ההפרה היסודית הוא על התובע.

בחלק השלישי של סער זה, בו דנה המחברת בפטור מחבות חוץ-חוזית דנה המחברת בפרק ראשון בחבות גזיקית ובפרק שני בחבות של זר לחוזה. בשאלה מה היא אבן הבוחן לתקפות תניית-פטור מחבות גזיקית אין המחברת מוצאת בדין האנגלי מגבלה מהותית להתנאה חוזית על חבות כזאת (עמ' 128), אך ערה לפרשנות מצמצמת. כאן קיימת הבחנה בין תניית-פטור לטובת אדם שלישי, מצד אחד, ותניית-פטור השואפת לכבול אותו, מצד שני. במקרה הראשון חל בדין האנגלי העקרון שאדם שלישי אינו יכול להיבנות מחוזה שאין הוא צד לו, דהיינו עקרון היריבות. מכאן ביקורתה המפורטת על התקדים *Elder, Dempster* [1923] 1 K.B. 420, *on appeal* [1924] A.C. 222 (H.L.), עליו אבד למעשה הכלח עד כדי כך שאיזכורו נדחק אצל *Cheshire-Fifoot*, 8th. 434. להערת שוליים. לבסוף מביאה המחברת את הדין האנגלי כפי שהוא משתקף בפרשות *Scruttons v. Midland* ו-*Cosgrove v. Horsfall* (1945) 62 T.L.R. 140 (H.L.) ו-*Silicones* [1962] A.C. 446 (H.L.). הסיכום הוא שבדין האנגלי אין להתגבר על אי-הכרה ב-"*ius quaesitum tertio*", וכן על הכלל שאין להקנות זכות חוזית למי שאין תמורה נובעת ממנו. תניית-פטור לרעת אדם שלישי אינה מתקבלת לא על-ידי הדין האנגלי ולא על דעת המחברת. לפי הדין, הנוהג כעת בארץ, ניתנת לצדדים האפשרות להקנות מעמד ועילת תביעה לזר לחוזה, אבל תניית-פטור התופשת בין הצדדים, פועלת גם כלפיו. בהקשר זה מעלה המחברת בעייה שאין היא רואה לה פתרון ישיר בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, והיא — מה דינה של תניית-פטור המנסה לפטור את האדם

השלישי מחבות נגד הצד האחר לחוזה? היא סוברת שגם דבר כזה אפשרי וכלול במסגרת סעיף 34 של החוק. בסוף שער זה בוחנת המחברת את היחס בין יריבות לבין הסתכנות מרצון בקשר למעמדו של זר לחוזה.

השער הרביעי והאחרון של הספר דן בעיקר הבעייה: פיקוח על תניות-פטור. כאן מבחינה המחברת בין המצב הרצוי לבין המצב המצוי ופותחת את המחקר במצב הרצוי דווקא. למרות קדושת חופש החוזים מכירה היא בהכרח לפקח על תניות-פטור וכשהיא עומדת בפני הברירה בין פיקוח חקיקתי לבין פיקוח שיפוטי מעדיפה היא את החלופה השניה. את הפיקוח הזה מחפשת היא בקנה מידה גמיש המתחשב, בין היתר, בעמדות המיקוח של הצדדים, בניסוח הניות-פטור, מתן הודעה, ונסיונות אחרות המהוות רשימה מרשימה של שיקולים נוספים (עמ' 155-158).

מהמשפט הרצוי עובר הספר לבדיקת המצב באנגליה (עמ' 158), בארצות הברית (עמ' 164), במשפט הגרמני (עמ' 169) ובצרפתי (עמ' 170). אחרי סקירה קצרה על המצב בארץ לפני חקיקת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 — שבמרכזה עומד התקדים צים נ' מוזיאר (ע"א 461/62, פד"י י"ז 1319) מנתחת המחברת את בעיית הפיקוח על תניות-פטור על-פי חוק זה.

את מוקד החוק יש לראות בסעיף 12 (אשם בכריתת חוזה) וסעיף 39 (קיום חוזה בתום לב) ששינו את "האקלים המשפטי-הציבורי" (עמ' 173). הרעיון השולט הוא רעיון תום הלב, כפי שפותח בדין הגרמני (הוצרפתי) והועבר משם לארצות הברית (Uniform Commercial Code) אבל נשאר בסך הכל נטע זר במשפט האנגלי. את המושג יש לפרש בסמיכות למושג אחר של הדין שלנו, הוא "דרך מקובלת". בסך הכל שואפים מושגים אלה להשלטת הגינות והתחשבות בזולת. במבחנים אלה יש להשתמש גם לגבי חוזים רגילים, וגם לגבי חוזים אחרים, וזאת בנוסף למבחנים של סעיף 14 לחוק החוזים האחרים, תשכ"ד-1964. המחברת מעדיפה הישענות על סעיף 12 על היזקקות לסעיף 39 כשיש לבחון תניות-פטור, וזאת משום שלפי דעתה הכללית מעצבות תניות-הפטור את היקף החיובים החוזיים ואת תוכנם ומהוות חלק בלתי-נפרד של החוזה כמו כל תניה אחרת. סעיף 12 פועל לא רק במקרים בהם לא נקשר, לבסוף, חוזה אלא גם מקום שהוא נכרת. להבחנה בין שני הסעיפים יש משמעות פרקטית, כי סעיף 12(ב) מקנה לנפגע זכות לפיצויים שליליים בלבד, מה שאין כן לפי סעיף 39. בהחלה זו של סעיף 12 על תניות-פטור רואה הפרופ' טדסקי רעיון שאותו לא העלה אפילו Jhering, אביה של תורת האשם בכריתת חוזה (הקדמה, עמ' 10). לכך יש להשיב שחשיבותן של תניות-הפטור, בתקופתו של ירינג היתה כאין וכאפס בהשוואה עם חשיבותן היום.

ספר זה מלא וגדוש מחשבות, ואינו קל לקריאה. הוא דורש התעמקות והרהור, ואין לכותב שורות אלה ספק שניתן היה זעיר פה זעיר שם, להביע דעות בצורה המקילה יותר על הקורא, ולפשט פה ושם את התיאור. אך איש איש וסגנונו ואין הערות אלו באות כדי להמעיט מערכה של יצירה חשובה זו.

מבחינת המשפטן הישראלי שייך חלק של הניתוחים לדברי הימים של המשפט הישראלי, אחרי שחוקי החוזים של מדינת ישראל פנו עורף לדין האנגלי. אין זה גורע מחשיבותם העיונית ומסגולתם להראות בצורה פלסטית יותר את ההסדר של היום. אבל אין להתעלם מכך שאין יחס בין הדגש שהושם על בעיית תניות-פטור מראות עיניו

ספרים

של הדין האנגלי, והטיפול הקצר באופן יחסי בשאלה זו מראות עיניהם של הדינים הקונטיננטליים. כאן מתגלית סכנה הרת-אסון לדין שלנו: השקפות של דין קונטיננטלי מיסודו, ייבדקו ויופעלו במשקפיים אנגליות. בזמן המנדט גברה המגמה להחיל על הבסיס האיסלמי-עותומני את הדין האנגלי, והתוצאה היו נישואין בלתי-קדושים נוסת לבנט. אבל הבסיס האיסלמי-עותומני היה צר יחסית. הבסיס הקונטיננטלי של הדין החדש שלנו רחב פי כמה, החלת השקפות אנגליות עליו יביא לשעטנו סמיך יותר ובלתי-רצוי יותר. על המשפטן הישראלי לעמוד על המשמר מול סכנה זו.

זאב צלטנר

---

MISHPATIM appears with the generous help of the following:

the Endowment found in memory of the great lawyer

**Prof. Hans Kelsen**

the Endowment fund in memory of the distinguished teacher of the  
Faculty of Law, Hebrew University of Jerusalem,

**Dr. Avraham Rosenthal**

MISHPATIM gratefully acknowledges the financial assistance of the following institutions: The Faculty of Law, Hebrew University of Jerusalem; The Ministry of Justice of Israel; The Foreign Ministry of Israel; The Ministry of Absorption; The Jewish Agency; The Israel Bar Association; The Municipality of Jerusalem; The Students Organization of Jerusalem; The Association of Law Students.

Alpha Press, Jerusalem

**EDITORIAL BOARD**

M. Bas, R. Bar-Hayim, A. Levine, B. Lifshitz, U. Messer, E. Montag,  
M. Raphael, N. Vilensky

*Editor:* M. Gur-Arye

*Associate Editors:*  
D. Cheshin Y. Ribak

*Secretary:* Nili Vilensky

*Faculty Adviser:* Prof. I. England

Manuscripts should be submitted to the Editor, MISHPATIM,  
Faculty of Law, Hebrew University, Mt. Scopus,  
P.O.B. 24100, Jerusalem

The office is open Sunday, Monday & Wednesday  
from 8.00-10.00 a.m.  
Tuesday & Thursday 13.00-15.00 p.m.  
Tel. (02)882550

Manuscripts which are not accepted for publishing will not be returned