

תוקפה והיקפה של תניית פטור בתכנית ההגרלות של מפעל הפיס

(ע"א 508/71 חלאוי נ. מפעל הפיס, פד"י כ"ז (1), 38)

א. מבוא

מעשה באדם שרכש כרטיס פיס וסימן בספח ה"ניחושון", המצורף לכרטיס, את המספרים אשר לפי ניחוש עמדו לעלות בגורל בהגרלה הקרובה. על-פי עותק ה"ניחושון" שנשאר בידו וכה בפרס הראשון בהגרלה שנערכה, אולם שני העותקים האחרים, אשר הימצאותם בידי מפעל הפיס, במועד הנכון ובצורה התקינה, מהווה על-פי תכנית ההגרלה תנאי לזכייה, לא הגיעו לידי מפעל הפיס¹. משסירב מפעל הפיס לשלם את סכום הפרס, הועבר העניין לערכאות. התביעה הוגשה נגד מפעל הפיס, הסוכנות הראשית להפצת כרטיסי מפעל הפיס וסוכני המשנה להפצת הכרטיסים.

בדונו באחריות הגתבעים פרש בית המשפט העליון² יריעה רחבה של בעיות ונידונים מתחום דיני החוזים והנזיקין³.

ציר הדיון המשפטי בפסק הדין הינו תניית הפטור⁴ הגלומה בסעיף 22(ד) לתכנית ההגרלות של מפעל הפיס⁵. תנייה זו פוטרת מחבות את מפעל הפיס, עובדיו וסוכניו, כאשר העותקים של ספח הניחושון אינם מגיעים, מאיזו סיבה שהיא, לידי מפעל הפיס תוך המועד הקבוע וכשהם נתונים בתיבה המיועדת לכך. תניית הפטור האמורה היא הגיבית, לכאורה, בין רוכש הכרטיס, הוא התובע (והמעורר) בענייננו, ובין הזכייה המיוחלת. התגברות עליה מסירה את המחסום הניצב בפני תביעת תשלום הפרס, חושפת את מפעל הפיס וסוכניו לתביעה זו.

לא ייפלא על כך, כי מירב טענותיו של רוכש הכרטיס נועדו לקעקע תוקפה ולצמצם היקף תחולתה של תנייה זו. בחינת פסק הדין, נשוא רשימתנו, באספקלריה של תוקף

- 1 הסבר לסדרי ה"ניחושון", תנאיו ותוצאותיו, ניתן למצוא בפסק-דינו של השופט ברנזון בע"א 604/69, 627, 632 גרין נ. מפעל הפיס, פד"י כ"ה (1), 401, 405.
- 2 בע"א 508/71 חלאוי נ. מפעל הפיס, פד"י כ"ז (1), 38.
- 3 כך נוגע פסק הדין בשאלות מהתחומים הבאים: אחריות ישירה ואחריות שילוחית, סוכנות ושליחות, תניות פטור והיקף תחולתן, הפרה יסודית של חוזה, יריבות, תמורה, סדר ציבורי, חוזים אחידים, הגנת ההסתכנות מרצון, הודעה על תניות חוזה, פירוש חוזה נגד מנסחו.
- 4 סעיף 22(ד) לתכנית ההגרלות הינו בודאי גם "תנאי מגביל" כמשמעו בסעיפים 15(1) ו-15(3) לחוק החוזים האחדים, תשכ"ד-1964: ע"א 604/69, 627, 632 גרין נ. מפעל הפיס, פד"י כ"ה (1), 401, 408. אולם תחום החוזים האחדים אינו גבול דיוננו, ועל כן נדון בסעיף זה כמגלם תניית פטור, הוזה אומר, הוראה חוזית השוללת או מגבילה חבותו של צד לחוזה.
- 5 פורסמה בילקופ פירסומים, 1347, מיום 16.3.67.

תניית הפטור הנסענת מעלה, כי שופטי בית המשפט העליון מעמתים תנייה זו עם עקרון היריבות, דוקטרינת ההפרה היסודית, ודרישת ההודעה. במסכת העובדתית, שלרעה ניתן פסק הדין הנדון, לא היה מקום לדון במבחני תוקף נוספים, אולם ברור, כי העימות הנזכר אינו ממצה את בחינת תוקפה של תניית פטור. ברשימה זו נצמגם נוספות את גיורת הדיון ונעביר את תניית הפטור הנדונה בכור ההיתוך של שניים מבין מבחני התוקף הנזכרים בפסק הדין. את עיקר דברינו נייחד לשאלה ה"נכבדה"*, אם יכול מי שלא היה צד לחוזה להסתמך על תניית פטור בחוזה. כן ניגע בשאלת תחולתה של תניית פטור נוכח הפרה יסודית. בדרישת ההודעה (או ההפנייה) כתנאי לתוקפה של תניית פטור לא נדון כאן, באשר בפסק הדין המעסיקנו עתה נדחקה שאלה זו לשולי הדיון המישפטי, כנימוק אחד, חלופי, בחוות דעתו של שופט יחיד, שנשאר בעניין זה במיעוט, לעניין חבותו של אחד הנתבעים, ועל-ידי הפנייה לפסק-דין קודם.⁶

ב. יריבות

(1) ברין הקיים. השאלה, אם יכול מי שלא היה צד לחוזה להסתמך על תניית פטור בחוזה, התעוררה מלכתחילה בקשר לחבותם של הסוכנת הראשית וסוכני המשנה למכירת כרטיסי מפעל הפיס. אך למעשה נדונה השאלה רק לגבי חבות האחרונים, לאחר שנקבע, כי הסוכנת הראשית כלל אינה זקוקה לתניית הפטור, באשר מראש לא ניתן היה לייחס לה אחריות מסוג כלשהו, ישירה או שילוחית*. לסוכני המשנה, לעומת זאת, יוחסה, על-ידי המערער, התנהגות רשלנית, שהתבטאה באי העברת עותקי ה"ניחושון" ליעדם, ואשר מנעה מרוכש הכרטיס את מימוש זכיותו. על כן נזקקו סוכני המשנה למגן המוספק על-ידי תניית הפטור בתכנית ההגרלות. בהקשר זה נדונה, אם כן, השאלה שהוצבה לעיל, ובה הגיעו השופטים ברנזון וויתקון לתוצאה אחת, אם גם מנימוקים שונים: בעוד השופט ברנזון דוחה את הפטור החוזי מטעמים המעוגנים בסדר הציבורי*, משיג השופט ויתקון אותה מטרה במסגרת חוק החוזים האחרים.¹⁰ שופטי בית המשפט העליון מניחים בחוות דעתם, כי הכלל השולל, במשפט האנגלי, תחולתה של תניית פטור על מי שאינו צד לחוזה, נובע מתורת התמורה.¹¹ תפיסה עקרונית זו, הרואה את תורת התמורה בשרשי ההלכה הקובעת את גבול תחולתן של תניות פטור, חשובה לביקורת.

- 6 כהגדרת השופט ברנזון בע"א 508/71 הג"ל, בעמ' 45.
- 7 ר' דברי השופט ח' כהן, שם, בעמ' 49, וההפנייה לפסק-דינו החולק בע"א 251/64 גונשיורוביץ נ. מפעל הפיס, פד"י י"ט (3), 286, 294.
- 8 השופט ברנזון, שם, בעמ' 46. השופטים ויתקון (בעמ' 48) וח' כהן (בעמ' 50) מסכימים עמו בנקודה זו.
- 9 שם, בעמ' 46. השופט ח' כהן הסכים בעניין זה עם נימוקי השופט ברנזון, שם, בעמ' 50.
- 10 שם, בעמ' 48.
- 11 "יוצא אפוא", אומר השופט ברנזון בעמ' 45 לפסק הדין, "כי זכות תביעה של צד שלישי לחוזה תלויה בשאלה אם גם בארץ קיים עקרון התמורה" (נעיר כאן, כי כשהמדובר בשיחרור מאחריות שמקנה תניית הפטור, אין הכוונה יכולה להיות אלא ל"זכות הגבה", לא ל"זכות תביעה", כדברי השופט). יחד עם כך משאיר השופט ברנזון את שאלת התחולה של תורת התמורה במשפט ארצנו בצריך עיון, באשר לדעתו, הכרה בפטור לטובת סוכני

תוקפה והיקפה של תניית פטור בתכנית ההגדרות של מפעל הפיס

עניינו כאן, ללא ספק, בעקרון היריבות (privity) על הסתעפויותיו. עקרון זה, הקובע, כי חוזה אינו עוצר כוח לזכות או להחייב את מי שאינו צד לו, גובע מעקרון ההסכמה, ולא, כפי שיש סוברים, מעקרון התמורה.¹² אם כי תיתכן חפיפה מקרית בין העקרונות,¹³ אין ביניהם קשר של נביעה או זהות. נכון הדבר, בסיסה של תורת התמורה במשפטנו הוא רעוע, ועל כן לא ניתן היה מראש לסמוך עליה עקרון כבד-משקל כעקרון היריבות. אך הדבר גם אינו גדרש. עקרון היריבות נשען על עקרון יסודי ועיקרי בדיני החוזים, עקרון ההסכמה: הור לא נתן הסכמתו לעיסקה ועל כן אין הוא קשור בחוזה המגלם אותה.¹⁴

נבהיר, כי אין אנו יוצאים כאן נגד מסקנת בית המשפט העליון בעניין חבותרם של סוכני המטבח, אלא נגד הדרך המוליכה למסקנה זו. לדעתנו, ניתן היה לפתור את הבעיה תוך התאמת דין תגיות הפטור לעקרון היריבות, כפי תחולתו בשיטה המשפטית הנוהגת. הדין שלדקעו ניתן פסק הדין, הוזה אומר, דין החוזים שנהג ערב קבלת חוק החוזים (חלק כללי), קיים באדיקות את עקרון היריבות, ולא הכיר בחוזה לטובת זר (או לרעתו).¹⁵ במסגרת שיטה משפטית כזו אין צורך במאמץ מיוחד כדי לשלול תחולתה של תניית פטור המתיימרת להרחיב גבולה מעבר לחוזה. משסירב המחוקק להכיר בחוזה לטובת זר, גילה בכך דעתו להתעלם מתניית פטור בחוזה לטובת זר. הקושי היחיד המתעורר בהקשר זה נובע מניסוחיו השונים של עקרון היריבות, אשר,

המשנה מנוגדת, מכל מקום, לסדר הציבורי (שם, בעמ' 46). גם השופט ויתקון אינו חורץ את הדין על-פי הלכת המשפט האנגלי הגלומה בפסק הדין *Scruttons v. Midland Silicones* [1962] 1 All E.R. 1, באשר קשה לו לקבל את השקפתה העקרונית של הלכה זו, כאילו אין צד לחוזה יכול "להגביל גם את אחריותם של אלה שהוא משתמש בהם לשם עשיית החוזה וביצועו" (שם, בעמ' 48). בכך מרמז אולי השופט ויתקון לדוקטרינת ייחוס החסינות (vicarious immunity), שנקבעה על-ידי בית הלורדים בפרשת *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson Zochonis Co. Ltd.* [1924] A.C. 522, 547 (בעמ' 534), ונוסחה כך (בעמ' 534): "כאשר אדם מעסיק אדם אחר לביצוע חוזה, זכאי מבצע החוזה לכל פטור מחבות שמקנה החוזה למעסיק. אולם פסק הדין בעניין *Scruttons v. Midland Silicones* הנ"ל סתם את הגולל על דוקטרינת ייחוס החסינות, והחזיר לישנה את עטרת היריבות החוזית. אשר לקושי שמעלה השופט ויתקון, ניתן להעיר, כי אולי יימצא לו פתרון כלשהו במסגרת החריגים – שאינם, לדעתנו, אלא חריגים מדומים – לעקרון היריבות, דהיינו: שליחות וחובה מכללא. בנסיבות מתאימות ניתן לראות צד לחוזה כשלוחו של הור, או להסיק חוזה מכללא בין הור ובין צד לחוזה.

מכל מקום, גם בדברי השופט ויתקון טמונה התפיסה הרואה את ההלכה האמורה כנובעת מתורת התמורה.

12 ראה גם ע"א 78+307/59 כדנית ישראל נ. היינה, פד"י י"ז, 326. ולביקורת סברה זו: צלטנר, "ביטול התמורה והלאה", הפרקליט, י"ז, 39.

13 אייכולתו של זר לתבוע זכות המוקנית לו, כביכול, בחוזה, מתבארת הן על רקע עקרון היריבות, קרי – העדר יריבות חוזית בינו ובין הנחבע, שהוא צד לחוזה, הן על רקע תורת התמורה, קרי – לא נעה תמורה מכמו כלפי המבטית.

14 השווה: צלטנר, "ביטול התמורה והלאה", הפרקליט, י"ז, 39.

15 אלה הם שני פגיו של עקרון היריבות: חוזה אינו יכול לזכות זר, חוזה אינו יכול להחייב זר. מבין שני פגים אלה, האחרון חמור ודווקא יותר. השיטות הסוטות מעקרון היריבות – כמו המשפט הסקוטי, המשפט האמריקני והדין העברי – מכירות בכוחו של חוזה לזכות זר, אך לעולם לא להחייבו.

לכאורה, אינם צופים תניות פטור, בנקטם לשון חיוב (של זר או כלפיו), זכות תביעה (המוקנית לזר או כלפיו), יצירת זכות (לטובת זר או לרעתו) או העברתה (מן הזר או אליו). תניית פטור אינה יוצרת חבות אלא פוטרת מחבות קיימת, ולכאורה, אין עקרון היריבות, שעניינו במניעת זר מתביעת הנאה המוקנית לו בחוזה, יכול להתייחס לתנייה כזו, אשר, בפני עצמה, אינה בגדר הנאה¹⁶ או נטל, אף לא הבטחה שניתן לאכפת או לתבוע בגינה, אלא שלילה או הגבלה של חבות, מקום בו הוקמה חבות כזו בין הצדדים לחוזה.

ניתוח מושגי קצר יסייע לנו בהתגברות על הקושי האמור, הטמון בהתאמת דין תניות הפטור לעקרון היריבות, על ניסוחיו המקובלים במונחים של זכות וחוב. תניית פטור בחוזה שפניה לפטור זר מחבות (חיצונית לאותו חוזה¹⁷) חושפת, לכאורה, צד לחוזה לטענת הגנה הנובעת מהסתמכות על תנייה כזו, ושוללת ממנו את כוח התביעה האפקטיבי. בכך מוגבלת זכותו החוזית של אותו צד לחוזה, ובמקביל מוגבלת חבותו של הזר, באשר תניית הפטור מקנה לו, או מתיימרת להקנות לו, חסינות בפני תביעת הצד לחוזה¹⁸.

הכלל המונע מזר השענות על תניית פטור בחוזה שאין הוא צד לו הינו, אם כן, פרוייקציה של עקרון היריבות. בשיטת משפט האמונה על עקרון היריבות בטהרתו, יחרוץ עקרון זה לשבט דיגן של תניות פטור לטובת זר (ובדאי גם לרעתו). מהקביעה, כי חוזה אינו עוצר כוח להחייב או לזכות זר, צריכה להשתמע הקביעה הנוספת, כי תניית פטור, ככל תנייה אחרת בחוזה, תחום פעולתה הינו בין הצדדים לחוזה לבין עצמם, ואין כוחה עמה להשתרע מעבר לתחום המוקצה לה בדין: תחום החוזה. לעניות דעתנו, די היה בקביעה זו, כדי לסתום את הגולל על גסיונם של סוכני המשנה דגן להסתתר מאחורי תניית הפטור בתכנית ההגדרות. מהיותם צד זר לחוזה שבין מפעל הפיס ורוכש הכרטיס, במסגרת שיטה משפטית שאינה חורגת מעקרון היריבות, גדון נסיונם האמור לכשלון.

(2) **בדין החדש.** אם אכן ניכל תקפת של תניית פטור האוצלת על מערך חבויותיו וחזיותיו של זר מכות עקרון היריבות, הרי עם השמטת בסיס דוקטרינרי זה בחלקו הפוזיטיבי, כלומר, עם ההכרה בחוזה לטובת זר, ניטל גם העוקץ מן האיסור על התניית פטור לטובת זר. סבורים אנו, כי עתה, משנתקבל חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973¹⁹, התחוללה בתחומנו מהפכה-זוטא. עם ביטול צד אחד של עקרון היריבות, והכרה עקרונית בחוזה לטובת זר, לא יהא עוד צידוק, הגיני ומשפטי, לשלול תקפן של תניות פטור לטובת זר, מקום בו עברו תניות אלו את כור ההיתוך של מבחני התוקף. מבחינה זו הקדימו, אולי, השופטים ברנזון וויתקון את תקופתם, והדיון שערכו בתוקף תניית

16 אם כי ניתן אולי לראות משום "הנאה" בשימוש במגן שמקנה תניית הפטור.

17 החבות הנשללת או מוגבלת אינה יכולה לנבוע מאותו חוזה, באשר על-פי כל גישה קיימת לעקרון היריבות, לא ניתן להחייב זר באמצעות חוזה שהוא אינו צד לו. ראה ה"ש 15 לעיל.

18 חסינות כזו נכללת, על-פי טבלתו הנודעת של הכלומר הוהפלר, בגדר הזכות במובנה הרחב: W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (editor: Cook), pp. 35-64; וראה גם: 231 p. at, *Salmond, On Jurisprudence*, 12th ed., at p. 231.

19 מ"ח השל"ג, 694.

הפטור מבחינת הסדר הציבורי או באספקלריה של חוק החוזים האחרים, רוכש לגיטימיות רק עתה, במסגרת פרק ד' של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

יש להעיר כאן, כי שיטות משפט — כמו השיטה הסקוטית²⁰ או האמריקנית²¹ — החורגות מעקרון היריבות ומכירות בחוזה לטובת זר, אינן עוסקות בשאלת דינו של תניות פטור בחוזה המתיימרות לאצול על חבותו של זר. הדיון בשיטות אלו נעדר לרקע מצב בו תובע הור מימוש חוזה, ולא מצב בו מנסה הור להתגונן בפני תביעה המובאת נגדו מכוח חוזה שהוא אינו צד לו. שיטות אלו דנות רק ביצירת זכות לטובת זר, ואינן נותנות דעתן לשאלת דינה של הוראה חוזית, שנועדה אמנם לטובת זר, אך אין היא בגדר הבטחה הטעונה ביצוע, אלא פטור מהבטחה הטעונה, דווקא, מחלל.

גם החוק החדש שלנו אינו ער לקושי זה. סעיף 34, הוא הסעיף הקרדינלי בפרק ד' של החוק, קובע, כי "חייב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן — המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו". תניית פטור איננה, על-פי פירוש דווקני, חיוב אלא פטור הימנו. אולם אם נשווה לנגד עינינו את רוח החוק ומגמת המחוקק לממש את כוונת הצדדים להקנות זכות לזר, אין לראות סיבה שלא לפרש את המונח "חייב" בריש סעיף 34 ככולל גם תניית פטור לטובת זר, מקום בו משתמעת מן החוזה הכוונה להקנות לזר פטור כזה מחבותו. בהעדר נכונות לפירוש מרחיב אשר כזה, ניתן אולי להשיג אותה תוצאה באמצעות שימוש באנלוגיה. סעיף העצמאות שבחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (סעיף 63), מאפשר את השימוש באנלוגיה כאמצעי לגיטימי למילוי ליקויים בחוק²². כוונה של הצדדים לחוזה, לאפשר לזר לטעון לפטור מחבות כטענת הגנה בתביעה המוגשת נגדו על-ידי צד לחוזה, מוגבלת ומצומצמת יותר מן הכוונה להקנות לזר זכות תביעה²³, ובדרך של קל וחומר ניתן להכיר בה וליתן לה תוקף²⁴.

(3) ההסתכנות מרצון. החבות הנטענת של סוכני המשנה דכאן הינה חבות נזיקית (רשלנות), ומתעוררת, על כן, שאלה נוספת, והיא: האם ניתן לקיים את תניית הפטור הנדונה, לא באורח עצמאי, אלא כמגלמת הסכמה למעשה הגורם נזק, מכוח כללי ההסתכנות מרצון (volenti)²⁵? במישור דיון זה, לרקע חבות נזיקית של הור, אין רלבנטיות לעקרון היריבות, באשר השפעתה ההיפותטית של תניית הפטור על מערך זכויותיו וחביותיו של הור אינה גובעת מדיני החוזים אלא מעקרונות דיני הנזיקין. מהיות בסיס

Erskine, *Principles of the Law of Scotland*, 21st ed., (1911), p. 300; T. B. 20
Smith, *A Short Commentary on the Law of Scotland*, (1962), p. 780

Williston, *On Contracts*, 3rd ed., Vol. 11, p. 347; *Restatement, Contracts*, Ch. 6, 21
§133, p. 153

השווה: ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט, ג', עמ' 5. 22
השווה: דברי השופט קיסטר בע"א 297/66 שרעבי נ. מנהל מרקקטי ישראל, פד"י כ' (4), 23
821, בעמ' 831: "אם את זכות התביעה אין להגביל, על אחת כמה וכמה שאין להגביל את זכות ההגנה על סמך תנאי בחוזה שנעשה לטובתם של הנתבעים".

ראה גם ה"ש 18 דלעיל, והטקסט הסמוך אליה. 24

השופט ברנזון, בעמ' 47 לפסק הדין, מזכיר גם הוא את עקרון ההסתכנות מרצון. אולם דומה, כי עקרון זה מובא על ידיו כאילווסטרציה גרידא, בעוד אנו מקשים כאן אם ניתן להפעילו, הלכה למעשה, בנסיבות המקרה. 25

העקרון של הסתכנות מרצון הסכמה, לא חוזה²⁶, אין נפקות לעקרון היריבות בסי-טואציה בה טוען הזור טענת הסתכנות מרצון, אם גם כלפי צד לחוזה. הזור אינו רוצה לאכוף את החוזה, ולכן אין משמעות בהקשר זה לקביעה, כי אינו יכול לאכפו. השימוש הנעשה על ידיו בתניית הפטור אינו אלא כאינדיקציה להסכמת הנפגע, שהוא במקרה גם צד לחוזה.

טענת ההסתכנות מרצון הינה יציר הדין ממנו נובעים החיובים הנוזיקיים, ובמסגרת דין זה, דין הנוזיקין, יש לברר יסודותיה. מקום בו אין קיום עובדתי ליסודות אלה, לא תקום טענת ההסתכנות מרצון. במקרים רבים, ושלגו הוא אחד מהם, אין די בתניית הפטור, כדי להצביע על נטילת סיכון על-ידי הנפגע²⁷. הרף קיומו של התנאי המגביל בתכנית ההגדרות של מפעל הפיס, לא ניתן לומר, כי רוכש הכרטיס בענייניו הסכים מראש, הסכמה כמשמעה בדין הנוזיקין, לנטילת הסיכון המשפטי של כשלון תביעתו נגד סוכני המשנה.

ג. הפרה יסודית

הנסיון להתגבר על תניית הפטור שבתכנית ההגדרות ולהחייב את מפעל הפיס באורח ישיר, קדם – מבחינה לוגית אם לא כרונולוגית – לטענה שנמשכה מעקרון היריבות ונועדה לצמצם את היקף תחולתה של תניית הפטור. נסיון זה מעוגן בדיני ההפרה היסודית, שמקורם במשפט האנגלי.

את טיעונו של רוכש הכרטיס לעניין ההפרה היסודית ניתן לפרק לגורמים (משפטיים ועובדתיים) כדלהלן:

א. הפרה יסודית של חוזה שוללת מן המפר את ההסתמכות על תניית פטור הכלולה בחוזה²⁸;

ב. מפעל הפיס חייב, על-פי תנאי תכנית ההגדרות, לספק תיבות ניחושון בכל מקומות המכירה;

ג. אי-אספקתן של תיבות ניחושון, כאמור, הינו הפרה יסודית של החוזה על-ידי מפעל הפיס;

ד. מסקנה: מפעל הפיס אינו רשאי להישען להגנתו על תניית הפטור.

שופטי בית המשפט העליון נחלקו בשאלת פירוש תכנית ההגדרה, מחלוקת שנסבה סביב התנחות ב' ו-ג' דלעיל, דהיינו: חובת מפעל הפיס והפרתה על ידיו²⁹.

26 ראה סדסקי (עורך) ואח', דיני הנוזיקין, עמ' 312; G. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), p. 312.

27 השווה: סדסקי (עורך) ואח', שם, בעמ' 313. דומה, כי בענייניו לא התקיים אף לא אחד מן התנאים המצטברים לתחולת סעיף 5 לפקודת הנוזיקין, המגלם את עקרון ההסתכנות מרצון.

28 טענתו זו של רוכש הכרטיס נוסחה, בענייניו, כך: "ההגנה העומדת למפעל הפיס... במסגרת תנאי התכנית לא תעמוד לו... כאשר מפעל הפיס הפר עצמו את תנאי התכנית" (שם, בעמ' 43). למרות שמדובר באופן סתמי על "תנאי התכנית" ו"הפרה", אין ספק, שכדי לתת מובן משפטי לטענה, יש לייחסה לתניות פטור ולהפרה יסודית.

29 שופט המיעוט, השופט ח. כהן, קיבל את טיעונו הנזכר של רוכש הכרטיס. לדעתו, יש לפרש את תכנית ההגדרות נגד מנסחה, ועל-פי פירוש זה להכיר בקיום חובה של אספקת תיבות

תוקפה והיקפה של תניית פטור בתכנית ההגרלות של מפעל הפיס

מחלוקת זו היא בודאי לגיטימית. באשר לשאלת קיום – או העדר – חובה מצד מפעל הפיס יש לגשת על-פי אמות מידה פרשניות, כדרך השופטים בענייננו. שאלת משמעותה של תכנית ההגרלות שאלת פירוש היא, ולבית המשפט היא צריכה.

אך לא נדיר עצמנו משאלה אחרת, היא השאלה שמקורה בהנחה א' דלעיל, של רוכש הכרטיס, אשר על פיה שוללת הפרה יסודית של חוזה את ההסתמכות על תניית פטור הכלולה בו. הנחה זו מקובלת בודאי על שופט המיעוט, השופט ח. כהן, המוכן לאמצה כדי להחייב את מפעל הפיס, אך גם שופט הרוב, השופט ברנזון, מקבל אותה כמוכחת, תוך סתירת הטענות הנמשכות ממנה.

מקור ההנחה בדבר ההפרה היסודית הינו הדין האנגלי³⁰. ואכן, בעבר היה ניסוחה דומה בעיקרו לניסוח המובא בפסק הדין. אולם מאז שיצא מלפני בית הלורדים, בשנת 1966, פסק הדין בעניין *Suisse Atlantique*³¹ נזנח ניסוחה המהותי של הטענה והיא "הורדה בדרגה" והפכה מכלל דין מהותי לכלל פרשנות. לאמור: מי שמפר חוזה באורח יסודי, ומנסה לחמוק מחבותו באמצעות תניית פטור, מקים עליו את ההנחה, כי לא היה בכוונת הצדדים לאפשר הישענות על תניית פטור, כדי להימלט מחבות בגין הפרה יסודית. אך ההנחה האמורה אינה מגלמת אלא כלל פרשנות, אשר ככל כלל פרשנות אחר צפוי להידחות בפני לשון ברורה וחד משמעית הנקטת בתווה.

אמור מעתה: תניית פטור, שניסוחה ברור³², יכול ותהול גם על הפרה יסודית.

עד כאן הדין האנגלי, כפי התגבשותו היום.

גיתן, כמובן, להקשות מה הצידוק לקליטת חידושי המשפט האנגלי, שלאחר שנת 1948. אכן, טענה נכבדה, וברור היא צריכה. במסגרת זו נצטמצם בתשובה הלקונית הבאה: דין ההפרה היסודית החל להתפתח במשפט האנגלי בשנות החמישים והגיע לשיא פריחתו בשנות הששים. פסק-דין ישראלי, המחיל את הלכת ההפרה היסודית, אינו יכול להעצר במחצית הדרך, אלא אם כן גיתן ביסוס רציונלי ומוצדק להעצרות כזו. כל עוד

ניחושון בכל מקומות המכירה (ש"ב, בעמ' 49-50). 'שונה היתה השקפתם של שופטי הרוב. עלי-פירוש תכנית ההגרלה מגיע השופט ברנזון (ש"ב, בעמ' 43-44) למסקנה, כי החוזה לא הטיל על מפעל הפיס חובה להתקין תיבות ניחושון בכל מקומות המכירה של כרטיסי מפעל הפיס, ובהעדר חובה – הפרה מניין? יתר על כן: אפילו בהנחה קיומה של חובה – שהופרה – אין לדבר, אליבא דשופט ברנזון, על הפרה יסודית "במובן המקובל של המונח הנה בדין האנגלי" (ש"ב, בעמ' 44).

השופט ויתקון מביע (ש"ב, בעמ' 47-48) הסכמתו "לכל מה שאמר חברי הנכבד השופט ברנזון ביחס לתביעה נגד מפעל הפיס". והוא מוסיף ומסביר, כי "בכל מה שעשה או לא עשה (מפעל הפיס) אין למצוא רשלנות". יש להניח, אם כן, כי השופט ויתקון מסכים גם להעדר חובה, גם להעדר הפרה מצד מפעל הפיס.

30 יש להבחין בין ההפרה היסודית (Fundamental Breach) כמשמעה בדין האנגלי, ובין "ההפרה היסודית" כמשמעה בפי המחוקק שלנו בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), חשל"א-1970. בעוד שהמונח הפרה יסודית ננקט בדין האנגלי בהקשר תוקפן של תניות פטור, מוגבל המונח הפרה יסודית בחוק הנזכר לזכות ביסול החוזה. מובן אחרון זה לא יידון כאן.

31 2 All E.R. 61 [1966].

32 ואולי זה מוקד השאלה: מהו ניסוח ברור? בפרשת *Suisse Atlantique* הנ"ל מציבים כל שופטי בית הלורדים הנחיות מהנחיות שונות, אשר מגבות כולן אינה אלא צמצום תחולתן של תניות פטור. גיתן להבין למיכוחו של נסח חוזים המנסה להלך על האבל הדק שנמתח

לא יבהירו שופטי בית המשפט העליון, כי התפיסה המהותית של דין ההפרה היסודית מקובלת עליהם, לאחר בחינת התפיסה המנוגדת, לא יהא מנוס מהערות ביקורת על החלת דין אנגלי שאינו קיים עוד באנגליה.

ראיית הכלל הקובע את היחס בין ההפרה היסודית וחניית פטור כהלכת פרשנות, משנה את פני הדיון. שומה עלינו לרכז עתה את "מאמצי הפרשנות המשפטית"³³ בתניית הפטור, הלא היא בענייננו סעיף 22(ד) לתכנית ההגדרות, ולהקשות, אם נועדה תנייה זו לחול גם בעימות עם הפרה יסודית. תשובה חיובית, והיא המסתברת על-פי ניסוחה הרחב של תניית הפטור הנדונה, מדגימה את ההבדל בין האסכולות המתחרות בדין האנגלי, באשר האסכולה השלטת מוכנה להכיר במצב בו נסוג כלל הפרשנות בפני ניסוח מדויק של תניית הפטור, כך שזו האחרונה תחול גם לפטור מתוצאות של הפרה יסודית. אילו הלכו שופטי בית המשפט העליון בדרך זו, המתחייבת, לדעתנו, ממצב הדינים הקיים, היה עדיין נותר מרחב לדיון בהנחות ב' וג' דלעיל, אולם דיון זה חייב היה להערך לרקע הנחה עיקרית של תחולת תניית הפטור נוכח הפרה יסודית, לא לרקע הנחה מנוגדת.

ד"ר גבריאלה שלו

בפסק-דין זה. הרי מעשה לוליינות הוא ניסוח תנייה שלא תהא רחבה מדי (באשר או יימתח גבולות אצל הפרות יסודיות), אך גם לא תהא צרה מדי (באשר או לא תוחל מעיקרא לגבי הפרות יסודיות); תנייה שלא תהא דו-משמעית, ושפירושה לא יוליך לאבסורד, אף לא יסכל מטרת החוזה. ראה: 61, 67, 71, 89, 92 A.I.E.R. 2 [1966] *Suisse Atlantique*. וכבר נמצא "לץ משפטי", אשר ניסח את "תניית הפטור המושלמת" המשתרעת על כתצי עמוד בדפוס צפוף: 261, 270 *Aust. L.J.* 41.

33 כביטוי של השופט ח. כהן בפסק הדין המעסיקנו כאן, בעמ' 49.