

מה נותר מחופש החוזים

מאת

גבריאלה שלו

עקרון חופש החוזים קובע את חירותם של פרטים להתקשר בחוזים ואת חירותם לעצב את תוכנם של חוזים אלה. אולם בכך לא מתמצה עיקרון זה. פירושו של עקרון חופש החוזים הוא גם, ואולי בעיקר, כי חוזים שנעשו מתוך הגשמת חופש החיים ייחשבו מחייבים¹.

על-פי תפיסה זו של עקרון חופש החוזים, כעיקרון שבמרכזו מושג החוזה המחייב, מוענקים לפרטים כוחות נרחבים להסדיר את ענייניהם על-ידי חוזים. באמצעות החוזה יוצרים הצדדים לו מערכת אכיפה של זכויות וחובות הדדיות, מעין "דין פרטי" לעצמם². דין פרטי זה, המבטא את רצונותיהם החופשיים של הצדדים לחוזה, ייאכף על-ידי בתי-המשפט, בדומה לאכיפת דין המדינה הכללי.

על-פי העיקרון הצרוף של חופש החוזים, מוקנה אפוא לאנשים בגירים, החופש לעשות הסכמים כאוות נפשם, הסכמים שבת-המשפט יאכפו, בלא התערבות בתוכם. המחלוקת הראשונה (אם כי לא האחרונה) שנתגלעה בין מורי רבי, חתן הארוע, פרופ' גד טרסקי, וביני, נסכה על משמעותו של עקרון חופש החוזים ועל השלכותיו של עיקרון זה.

הדבר היה לפני כחמש-עשרה שנים, עת בה כתבתי, בהדרכתו של פרופסור טרסקי, את עבודת הדוקטור שלי על "תניות-פטור במשפט האנגלי ובמשפט הישראלי". מחקר במהותן של תניות-פטור הובילני אז לדיון במשמעותם העיונית של החוזים האחירים, הם החוזים המוכנים באופן סטנדרטי מראש והכוללים תניות פטור רבות. ועיון זה, במהותם של החוזים האחירים, הביאני לבדיקת משמעותו של עקרון חופש החוזים, הן מבחינת תוכנו והן מבחינת תוצאותיו. מן המחקר שערכתי נבעו שלוש מסקנות, והן שלובות זו בזו:

- 1 עוד להגדרת עקרון חופש החוזים ראה Farnsworth, *Contracts* (Boston and Toronto, 1982) p. 325; Anson, *Law of Contract* 25th ed., (Oxford, 1975) p. 3; Treitel, *The Law of Contract*, 6th ed., (London, 1983) p. 2. וראה גם את הצרתו הקלסית של עקרון חופש החוזים בפסק-דין *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson*, L. R. 19 Eq. 462 (1875).
- 2 השווה: Anson, *op. cit.*, p. 1.

האחת, אין תחולה לעקרון חופש החוזים לגבי חוזים אחידים; לכן – וזו המסקנה השנייה – חוזה אחיד אינו חוזה; ומכאן – מסקנה שלישית: על חוזה אחיד יש להחיל כללי דין השונים מדיני החוזים הקלטיים, ובעיקר לאפשר יתרה-תערבות בתוכנו.³

דעתו של פרופסור טרסקי היתה שונה; פחות תיאורטית, יותר קרובה למשפט הפוזיטיבי-הנהוג. בביקורת נדיבה שכתב על ספרי "תניות פטור בחוזים", הבחין פרופסור טרסקי בין מושג החוזה ה"טהור", כפי שהוא נובע מתורת חופש ההתקשרות, ובין המושג הפוזיטיבי של החוזה, כאשר זה האחרון מקיף לדעתו גם חוזים אחידים.⁴

אמנם, זו גם השקפתו של המחוקק הישראלי, אשר מתייחס לחוזה אחיד כאל חוזה, אם גם חוזה מסוג מיוחד שעליו חלות, לצד ההוראות הכלליות של דיני החוזים, הוראות מיוחדות הכלולות בחוק המיוחד המסדיר חוזים אחידים.⁵

עמדתו של פרופסור טרסקי מופיעה גם עלי-ספר.

עיון במאמרו של פרופסור טרסקי:

"Some Aspects of the Concept of Contract",⁷ אשר אף תורגם לעברית בספר

בו קובצו כמה ממסותיו,⁸ מבהיר נוספות את השקפתו ברבר מהות החוזה.

לדעתו של פרופסור טרסקי גם הסכם שאיננו מגשים את ההיבט של חופש העיצוב, שהוא אחד מן ההיבטים של חופש החוזים, הוא בגדר חוזה: שלילת החופש לקבוע את תוכן העיסקה, ואפילו שלילה מוחלטת כמו במקרה שבו קובע החוק את כל תנאי העיסקה, אין בה לדעתו משום שלילת אופיה של העיסקה כחוזה.⁹

במאמרו הנשכר מצביע פרופסור טרסקי על "מבוכת המשפטים" בעידן המודרני,

נוכח ירידתו התלולה של חופש העיצוב, יחד עם היבטים אחרים של חופש החוזים.¹⁰

ואכן, ירידת עקרון חופש החוזים כיום בולטת בהשוואה למצב ששרר במאה הקודמת,

אשר כונתה "תור הזהב של החוזים".¹¹

3 ראה "תניות פטור במשפט האנגלי ובמשפט הישראלי", חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, הוגש לסינטי האוניברסיטה העברית בירושלים באב, תשל"ב, עמ' 33-59.

4 ראה התקדמה לספר תניות פטור בחוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם הארי סאקר, תשל"ד).

5 ראה הגדרת "חוזה אחיד" בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, הפותחת במלים "נוסח של חוזה...".

6 ראה סעיף 24 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, שלפיו "הוראות חוק זה לא יגרעו מהוראות כל דין שעל-פיו עשוי חוזה או תנאי שכתוזה להיות בטל או ניתן לביטול, ולא ימנעו טענה נגד חוזה או תנאי שכתוזה".

7 פורסם ב-Is. L. Rev. 223 (1966) 1.

8 "היבטים למושג חוזה", בספר מבנות במשפט (ירושלים, תשל"ה) 54.

9 שם, בעמ' 69. וראה גם בעמ' 70: "בצדק אמר פסח שאילו קבע החוק כל התנאים שלפיהם יסופק חשמל לצרכן, ההסכם בין ספק לצרכן לא היה חדל מלהיות חוזה". וכן: "החוזה שבו קיים חופש עיצוב – פחות או יותר גדול – הוא רק סוג אחד מהקטגוריה ששמה חוזה".

10 שם, בעמ' 70, 79.

11 ראה גם G. Gilmore, *The Death of Contract* (Columbus, 1974). בארצות-הברית הגיע היסטוריון של המשפט למסקנה כי המאה הי"ט היתה "מעל הכל, עידן J. Hurst, Law and the

בתקופה זו הגיע לשיאו עקרון חופש החוזים¹². עיקרון זה התפתח לצד תורות פוליטיות, חברתיות וכלכליות. כל התורות האלו חברו יחד לתאר, לבאר, ואף לקדם פעילות אנושית אינדיבידואליסטית, יוזמת וחופשית.

עקרון חופש החוזים נולד כחלק מתורתו הכלכלית-חברתית של אדם סמית. על-פי תורה זו מביאה פעילות בשוק חופשי, באמצעות "יד נעלמה", למצב של רווחה כלכלית מירבית¹³. לפיכך שוללת תורה זו כל הגבלה המוטלת על פעילות אנושית. תורתו של אדם סמית אומצה על-ידי ג'ון סטיוארט מיל ועל-ידי ג'רמי בנטהאם. ממנה התפתחה גם התורה האינדיבידואליסטית, שדגלה בריסון תפקידי הממשל ובמתן יתר חריות לפרט.

עקרון חופש החוזים התפתח אפוא לצד התיאוריה הכלכלית-קפיטליסטית ולצד התיאוריה התועלתנית-האינדיבידואליסטית.

חופש החוזים כחופש להתקשר בתנאים הטובים ביותר לפרט יהיה לאבן פינה לכלכלה החופשית במאה הי"ט ולרעיונות של *laissez faire*. תפיסת החוזה כמפגש רצונותיהם של הצדדים לו וכביטוי לאינטרסים האישיים שלהם, התאימה למוסר החברתי של יומה חופשית-קפיטליסטית ולרעיונות של צדק חברתי ואינדיבידואליזם.

לבד מהשתלבותו בתורות כלכליות וחברתיות נתמך עקרון חופש החוזים בעקרונות מוסריים, בבטאו את הערכים המוסריים של כיבוד הבטחות ושל אחריות האדם למעשיו¹⁴. על-פי האידיאולוגיה הפוליטית שכתשתיתו, היקנה עקרון חופש החוזים לפרט כוחות נרחבים לנהל את ענייניו, ובכך יצר עבורו מעין "מתחם אוטונומי"; מתחם זה מגן על הפרט מפני התערבות השלטון ובמסגרתו גם מועבר אל הפרט חלק מכוח החקיקה השמור בדרך-כלל לשלטון¹⁵.

במאה העשרים, עם נטיית הקפיטליזם אל עבר המונופוליות, והמרת עקרונות היוזמה החופשית והכלכלה החופשית בעקרונות של פיקוח ממשלתי וביטחון סוציאלי, חל פיתוח ניכר במעמדו של עקרון חופש החוזים.

גם מגמה מודרנית זו, של התרחקות מחופש-חוזים, בדומה למגמה היסטורית של עליית קרנו של עיקרון זה, נובעת מנתונים כלכליים וחברתיים, העברת השליטה בנכסים ובמשאבים התומריים מן הפרטים אל הציבור, הגבילה את האפשרויות העומדות בפני

Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States (1956) p. 18, mentioned in: Farnsworth, *op. cit.*, f.n. 5 at p. 21

12 לתיאור נרחב של תולדותיו והתפתחותו של עקרון חופש החוזים, ראה ספרו המונומנטלי של P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979).

13 Note, "Efficiency and a Rule of 'Free Contract'", *Harv. L. Rev.* 978

14 עקרון היסוד המוסרי של אחריות האדם למעשיו הוטעם על-ידי המחברים Kessler and Fine במאמרם "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study", 77 *Harv. L. Rev.* 401, 449 (1963-64). דבריהם אלה הובאו בהסכמה על-ידי השופט לנרוי בע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 244.

15 ראה והשווה: Kessler, "Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract", 43 *Colum. L. Rev.* 629, 640-641 (1943); Mench, "Freedom of Contract as Ideology", 33 *Stan. L. Rev.* 753 (1981).

הפרט להיות בעל רכוש והביאה לבעלות המדינה במירב מקורות העושר הציבורי. פעילותה של המדינה בתחומים רבים של המסחר והשירותים וכתוצאה מכך הופעתה התדירה כצד לחוזים מסחריים, חברו יחד עם התערבויות מגוונות של החקיקה בתחום החוזים¹⁶, והביאו לידי מצב בו ננטש כמעט לחלוטין עקרון חופש החוזים. ואמנם, ישנם מחברים שלדעתם קיים כיום חופש חוזים רק כאשר הצדדים לחוזה שווים במובן חברתי וכלכלי. כלומר: בין גופים גדולים העושים חוזים בינם לבין עצמם, ואולי גם בתחום ההסכמים הקיבוציים הנערכים בין ארגונים יציגים של עובדים ומעבידים¹⁷.

לפיכך מציעים מחברים אלה לנטוש את עקרון חופש החוזים, ולפנות אל עבר עיקרון חדש, הוא עקרון הצדק החוזי¹⁸.

חרף התריגים הרבים לעקרון חופש החוזים נראה לי כי גם היום יכול וראוי עיקרון זה להיחשב כעיקרון ארגוני ומבאר של דיני החוזים במשפט ישראל. לא תש כוחו של עקרון חופש החוזים, אם כי יש להתאימו, ככל עיקרון ותיק, לסדר החברתי החדש והמתחדש, בחיי מסחר וכלכלה דינמיים, כאלה השוררים במדינת ישראל. נפנה עתה לתיאור מעמרו של עקרון חופש החוזים במשפטנו. וראשית: בזירת החקיקה.

סעיף 64 לספר החוקים לפרוצדורה האזרחית העות'מנית העניק, לראשונה במשפט הארץ, בסיס סטטוטורי לעקרון חופש החוזים. תוך נטישת המסגרות הנוקשות של סוגי החוזים במג'לה הכיר המשפט העות'מני, ולאחריו גם המשפט המנדטורי, בכל סוגי החוזים כפי שעיצבו אותם הצדדים (ובלבד שתוכנם לא יהא מנוגד לחוק, למוסר או לסדר הציבורי).

סעיף 64 האמור בוטל בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973¹⁹. בחוק זה המהווה את תשתית החקיקה האזרחית במשפטנו, בא עקרון חופש החוזים לידי ביטוי בהצהרה הטמונה בסעיף 24, ולפיה "תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". האם ניתן לראות סעיף זה כמבטא במשפטנו את עקרון חופש החוזים? דומה כי סעיף 24 אינו אלא ביטוי חלקי לעיקרון זה.

בעקבות התיאוריה המשפטית הגרמנית נוטים גם אנו לחלק את עקרון חופש החוזים לשטחי פעולה, והם: ההתקשרות וחופש העיצוב²⁰. חופש ההתקשרות²¹ הוא החופש לבחור את סוג החוזה הרצוי לצד המתקשר והחופש להחליט אם בכלל להתקשר בחוזה, ועם מי להתקשר. חופש העיצוב²² הוא החופש של כל צד לעצב את תנאי הבטחתו, כפוף להסכמת הצד האחר.

16 ראה והשווה: ז' צלטנר, "תורת החיובים לאן: ממעמד לחוזה ומחווה שוב למעמד", הפרקליט י' 30.

17 8-9, p. Zweigert & Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, vol. II.

18 Zweigert & Kötz, *op. cit.*, p. 7, 9.

19 סעיף 2(2) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 694.

20 השווה: Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* 692 (14th ed. 1955).

21 בגרמנית: Abschlussfreiheit.

22 בגרמנית: Gestaltungsfreiheit.

אמת, נכון הדבר. במקרים רבים מתמזגים שני ההיבטים של חופש החוזים. בעיקר על שום שהשאלה אם להתקשר תלויה, בדרך-כלל בתנאי ההתקשרות הפתוחים בפני כל צד לחוזה.

אולם באורח עקרוני, חלוקה זו של עקרון חופש החוזים לחופש התקשרות ולחופש עיצוב, נכונה מבחינה אנליטית ונוחה מבחינה מתודית.

בקובעו כי "תכנון של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים" מבטא אפוא סעיף 24 לחוק החוזים הכללי רק חלק העקרון חופש החוזים, והוא ההיבט של חופש העיצוב. לעומת זאת, ההיבט האחר, החשוב יותר, של חופש החוזים, הוא חופש ההתקשרות, יבוא בעתיד לידי ביטוי בחוקה העתידית של מדינת ישראל. סעיף 8 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח²³, יקבע כי "כל אדם זכאי להתקשר בחוזים ולרכוש נכסים; אין מגבילים זכות זו אלא על פי חוק".

ובלאו הכי, הן הוראה חוקתית זו, והן הוראותיו הטכניות יותר של חוק החוזים, אינן אלא הצהרה על מה שידענו זה מכבר, והוא הנחת היסוד של דין החוזים: שבהעדר הוראה מפורשת אחרת, יכולים צדדים להתקשר בכל חוזה שיאנו, ולצקת בתוכו כל תוכן שיחפצו.

לבד מן ההצהרות הרחבות על היבטיו השונים של חופש החוזים, זו הקיימת בספר החוקים חזו שתתווסף אליו, ניתן למצוא בחקיקה האזרחית שלנו סימנים וראיות למכביר למגמת ההכרה העקרונית בחופש החוזים.

אחד מחידושי הגדולים של חוק החוזים הכללי, משנת תשל"ג, הוא במה שאין בו. חוק זה ביטל את הניקה אל המשפט האנגלי, שהתקיימה באמצעות הצינור המפורסם של סימן 46 לדבר המלך במועצתו, ויחד עם ביטול זה נתבטלה הררישה לתמורה כתנאי מעמיד של חוזה במשפטנו. הוויתור על ררישת התמורה, בלא שנקבע לה תחליף פורמלי-טכני כלשהו, והעמדת החוזה על בסיס ההסכמה לבדו, נובעת בוודאי מתפיסה עקרונית רחבה של חופש החוזים והאוטונומיה של הצדדים לחוזה. לפי תפיסה זו רואה המחוקק את הצדדים כאדונוי הבלעדיים של החוזה, וכשופטים טובים ביותר של האינטרסים שלהם.

ניתן אפוא לומר, כי גזרה נכבדה של דין החוזים, היא הגזרה של יצירת החוזה, מתבארת במשפטנו המודרני על-פי עקרון חופש החוזים.

הוא הדין לגבי גזרה חשובה לא פחות, תחום האכיפה. תחום זה מוסדר במשפטנו בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970²⁴. בחוק זה הוכרה בעליל אכיפתן של עסקאות חוזיות ותרופת האכיפה הועלתה למדרגה של התרופה העיקרית בגין הפרת חוזה²⁵. בכך ניתנה גושפנקא לחופש החוזים במובנו התפקודי, לאמור: הכוח

23 הי"ח 1085, עמ' 448.

24 סי"ח 160.

25 לדעה אחרת, שלפיה תרופת האכיפה אינה עדיפה על-פני התרופות האחרות שלפי חוק התרופות, ראה א' ידיו, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, כמסגרת הסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"ט) 49.

שניתן לצדדים ליצור, באמצעות החוזה, ריז מחייב לעצמם²⁶. ביטוי מובהק לחופש החוזים ניתן למצוא גם בהוראות החוק הפוזרות עליפני שדה החקיקה האזרחית, והמתירות לצדדים לחוזה התנאה על הוראות החוק²⁷. ברור הדבר כי השימוש שעושים צדדים בהוראות אלו מרחיב את המתחם האוטונומי של החוזה. עם כל אלה, אין להתעלם מהגבלות משמעותיות שמטיל המחוקק על חופש החוזים. פרק שלם בחוק החוזים הכללי, הוא פרק ב, דן בעילות ביטול של חוזה מחמת פגמים בכריתתו. אמת, נכון הדבר. פרק זה מתבאר לרקע השאיפה להסכמה אמיתית של הצדדים לחוזה ויש בו אף התחשבות בחופש החוזים. אולם הגבלה מסוימת על עיקרון זה בוודאי שיש בו. הוא הדין לגבי הוראות החוק הדורשות צורה מסוימת, כתנאי לתוקף החוזה²⁸ או לשם הוכחה גרידא²⁹. הוראות אלו מגבילות בעליל את אכיפותם של הסכמים שלא בוטאו בכתב.

ובכך טרם הזכרנו את ההגבלות החשובות ביותר על עיקרון חופש החוזים. ההגבלה האחת טמונה בשורה של הוראות קוגנטיות, כלומר הוראות חוק שלא ניתן להתפשר עמן באמצעות התנאה נוגדת³⁰. הוראות כאלה מצויות בתחומים שונים של החקיקה האזרחית, ובעיקר בחוקי העבודה, הצרכנות, הביטוח והדיירות המוגנת, והן מיועדות – מטעמים חברתיים ראויים – להגנתם של צדדים חלשים. עם זאת, באותם תחומים בהם אין הוראות אלה מאפשרות התנאה חופשית נוגדת של צדדים לחוזה, הריהן מונעות – או לפחות מגבילות – את חופש החוזים.

הגבלה אחרת על חופש החוזים טמונה ב"הוראות על" של דיני החוזים, הקובעות בטלותו של חוזה המנוגד לתקנת הציבור³¹, והדורשות במפגיע התנהגות תמתילב של הצדדים למשא ומתן ולחוזה³².

בראיה כוללת ומאוזנת, דומה כי הוראות אחרונות אלה, הדנות בתקנת הציבור ובתום לב, מיועדות להגשים מטרת חשובות יותר מחופש חוזים בעלמא, לאמור: הגינות, מוסר, סדר חברתי וצדק (יחסי) בין הצדדים לחוזה.

העיון בהוראות חוק אלה ובהפעלתן, מעתיק את מוקד דיוגנו מזירת המחוקק אל זירת השופט. שכן ההוראות בדבר תקנת הציבור ותום לב, מעוגנות ב"סעיפי שסתום"

26 לאפיון חופש החוזים באמצעות תתך מהותי (משמעות המושג) ותתך תפקודי (תוצאותיו של חוזה), ראה ג' שלו, תניית סטור בחוזים, 34.

27 הוראה כללית שלפיה יחול החוק "באין כוונה אחרת משמעת מן ההסכם בין הצדדים", מצויה בחוק השומרים, תשכ"ז-1967, סעיף 14; בחוק המכר, תשכ"ח-1968, סעיף 4(ב); בחוק חוזה קבלנות תשל"ד-1984, סעיף 8(א); ובחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, סעיף 2(ג), וכן בסעיפים מסוימים של חוקים אחרים. למשל: בחוק השליחות, תשכ"ה-1965 (סעיפים 5(א) ו-8), בחוק המשכון, תשכ"ז-1967 (סעיפים 6(א), 7(א), 8, 13(א), 20, 22), בחוק הערבות, תשכ"ז-1967 (סעיף 4(ב)) ובחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 (סעיף 9(א)).

28 כמו סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, וסעיף 5(א) לחוק המתנה, תשכ"ח-1968.

29 כמו סעיף 80 לספר החוקים לפרוצדורה האזרחית העות'מנית.

30 לדוגמא: סעיף 16 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 13(ג) לחוק המשכון, תשכ"ט-1969.

31 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

32 סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

כלליים, והן מהוות "מכשירים רבי-עצמה"³³ להפעלת ביקורת בית-המשפט על חוזים והוראותיהם ולפיקוח שיפוטי על אופן קיומם של חוזים בשטח. ביקורת זו ופיקוח זה אינן משמעם אלא: הגבלת חופש החוזים.

באורח כללי ניתן לומר כי בית-המשפט הישראלי, בדומה לבית המחוקקים הישראלי, מכיר בעקרון חופש החוזים, ולא רק מן השפה ולחוץ. בשורה ארוכה של פסקי-דין הצהיר בית-המשפט העליון על עקרון חופש החוזים כעל עיקרון מנחה, ויישם אותו הלכה למעשה, בהכירו בהרחבה בחוזים שנכרתו מתוך רצון חופשי, ובאכפו התחייבויות הכלולות בהם.³⁴

עם זאת ראה בית-המשפט לסטות מעקרון חופש החוזים ולהתערב בחוזים שערכו צדדים מתוך חופש התקשרות וחופש עיצוב. התערבות זו נעשתה תמיד בזהירות מירבית, תוך מגמה לשמור על עקרון חופש החוזים, כמו גם על היציבות המשפטית. "פלישת" בית-המשפט אל תוך הטריטוריה החוזית, והתערבות שיפוטית באוטונומיה של הצדדים לחוזה, נעשית בארבעה ראשי-חץ עיקריים:³⁵

הראשון שבהם, התערבות בחוזים אחידים;
השני, התערבות לשם שיערוך התמורה הכספית הנקובה בחוזה;
השלישי, התערבות באמצעות המושג "תקנת הציבור";
הרביעי, התערבות באמצעות מושג תוס-לב.

נדון בקצרה בכל אחת מדרכי ההתערבות השיפוטית הנזכרות.

חוזים אחידים

בתחום זה נעשית התערבות בית-המשפט מכוח הסמכת המחוקק כפי שבאה על ביטויה בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, ועוד קודם לכן בחוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964. חוק זה מוסיף את עילת הקיפוח לרשימה הקיימת של עילות לביטול חוזה, ובכך הוא מאפשר לכית-המשפט (וגם לבית-הדין) להתערב בחוזה אחיד ולבטל או לשנות תנאים מקפחים אשר בו.

אחת הסיבות להחלפת חוק החוזים האחידים הישן בחוק חדש, משופר ומשופץ, נעוצה

- 33 כהגדרתם על-ידי השופט אלון בע"א 148/77 ריב"ב נ' ישופה, פ"ד (1) 617, 628.
- 34 ראה ע"א 682/74 יקתיאל נ' ברגמן, פ"ד (2) 757, 765; ע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד (2) 141, 146; ע"א 260/80 נובי נ' ליבוריץ, פ"ד (1) 537, 542. ולאחרונה; ע"א 618/85 מעיינות הגליל המערבי נ' תבורי, פ"ד (4) 343, 349.
- 35 התערבות רבה במיתחם האוטונומי של הצדדים – עד כדי "פטרנליזם שיפוטי" – ניתן לראות גם בפסק דינו של השופט ברק בע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד (1) 533. בפסקי-דין זה מחיל השופט ברק (בדעת יחיד, אם כי לא בדעת מיעוט) על צדדים לחחה פרטי, את עקרונות המכרז שפותחו בבג"צ לגבי רשויות שלטוניות. ניתן לראות פסקי-דין זה כמניח אבן פינה ל"דין מכרזים פרטיים" בישראל, וכמרחיב במידה רבה את ההתערבות השיפוטית בחוזים פרטיים. במגמה זו, שרק ניצניה נחשפו עד כה, לא נדון כאן.

בשאיפת המחוקק להרחיב את תחום ההתערבות השיפוטית בחוזים אחידים ואת עומקה של התערבות זו.

מבחן ההתערבות השיפוטית על פי חוק החוזים האחידים הוא כאמור מבחן הקיפות. מבחן זה אינו אלא מבחן של הגינות וסבירות³⁶ אשר באמצעותו מרכיב בית-המשפט את השקפותיו החברתיות על גבי החוזה האחיד שלפניו. בכך מגביל מבחן הקיפות, כאשר הוא מופעל על-ידי בית-המשפט, את חופש החוזים של הצדדים.

שיערוך חיובים כספיים

הכותרת "שיערוך חיובים חוזיים" אינה אלא תיאור עדין למה שעושה בית-המשפט בתקופות של ירידת ערך הכסף ואינפלציה גואה, כאשר נוצר פער בין התמורה הכספית הנקובה בחוזה ובין ערכה האמיתי. ראייה ריאליסטית של פעולת בית-המשפט כאשר הוא משערך תמורה כספית, מחיר או סכום כסף הנקובים בחוזה, חייבת להוליך למסקנה כי פעולה זו היא התערבות שיפוטית בתוכן החוזה³⁷. אמנם, סטייה זו מעקרון חופש החוזים נעשית תוך שיקלול והעדפה של עקרונות הנראים בהקשר זה כחשובים מעקרון חופש החוזים, והם בעיקר: מניעת עוול, עשיית צדק ותוס-לב³⁸. אולם אין ספק כי כאשר מונחה השיערוך על-ידי עקרונות הייצוגיים לחוזה³⁹ הוא מהווה התערבות בחוזה, ואולי אף ברצונם האמיתי של הצדדים.

אשר על כן, המגמה המשתקפת בפסיקה החדשה של בית-המשפט העליון, והיא: להתנות את השיערוך בפירוש החוזה, על-פי אומד דעתם של הצדדים⁴⁰, היא מגמה בריאה ורצויה באספקלריה של שימור מה שנותר מחופש החוזים.

תקנת הציבור

הגבלה חשובה, אם לא החשובה ביותר, לעקרון חופש החוזים, היא זו המעוגנת במשפטנו בסעיף 30 לחוק החוזים הכללי, אשר קובע בטלות חוזה המנוגד לחוק למוסר או לתקנת הציבור.

המושג העמום-קמעא "תקנת הציבור", ממלא בכל דיון על חופש החוזים תפקיד כפול. מצד אחד, כיבוד רצונם החופשי של הצדדים לחוזה אף הוא "עיקרון גדול שבתקנת

36 כדברי השופטת בר-פורת בע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשרוד, פ"ד לא(3) 113, 122.

37 השווה: דברי השופט ברק בע"א 265/80, 260 נוביץ נ' ליובוביץ, פ"ד לו(1) 573, 549.

38 השווה: דברי השופט ר' לוינ בע"א 627/84 נודל נ' פינטו, פ"ד מ(4) 477, 483.

39 כמו תוס-לב או צדק. עקרון תום הלב שימש כבסיס אפשרי לשיערוך בע"א 627/84 נודל נ' פינטו,

פ"ד מ(4) 477. ואילו סעיפים 43(4) ר' לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, שימשו

עוגן לסמכות השיערוך בע"א 158/77 רבינאי נ' מן שקד, פ"ד לג(2) 281, בע"א 206/79 רוטברג

נ' נסים, פ"ד לד(3) 314, בע"א 265/80, 260 נוביץ נ' ליובוביץ, פ"ד לו(1) 537, ובעוד פסקי-דין.

40 ראה ע"א 544/83 אתא נ' עזובון זולטוב (שרם פורסם) ובעקבותיו, אם כי למסקנה שונה: בג"ץ 306/86

מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (שרם פורסם).

הציבור⁴¹, ועל כן מתקנת הציבור הוא שייאכפו החוזים כפי שקבעו הצדדים וכביטוי לרצונם⁴². מנגד, יש ותקנת הציבור תובעת דווקא ביטול חוזה המנוגד לה, אף אם נכרת מתוך חופש חוזים מלא⁴³.

ברור הדבר שסעיף 30 הנזכר, ככל שהוא קובע בטלות חוזה הנוגד את תקנת הציבור, פוגע ברצונם החופשי של הצדדים שהסכימו ביניהם, בעת כריתת החוזה, על ההתחייבויות החוזיות. ואין בכך כל רבותא, באשר – כפי שנאמר לעיל – עקרון חופש החוזים איננו עיקרון אבסולוטי שאין לו תחומים או גבולות⁴⁴.

תוס'לב

גם עקרון תוס'הלב, שחוק החוזים הכללי השליט במשפטנו, מהווה כלי אפשרי להתערבות בתייהמשפט בחוזים שנערכו מתוך רצון חופשי⁴⁵. בכך דומה עקרון תוס'הלב לעקרון תקנת הציבור, באשר שניהם מהווים אמצעי פיקוח ובקרה על חופש הצדדים לעשות חוזה תקף ואכיף. עם זאת המבחנים להחלת כל עיקרון, ותוצאותיו של העיקרון כראשון הוא מופעל, שונים⁴⁶. ולא זה המקום להרחיב.

- 41 כדברי השופט אלון בע"א 148/77 ריט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 617, 629.
- 42 שומר המגילות ג'סל כי עיקרון עליון שנתקנת הציבור הוא שחוזים שנכרתו מתוך חופש, ייחשבו כמקודשים (sacred) וייאכפו על-ידי בתייהמשפט. ואצלנו, בע"א 682/74 יקותיאל נ' בריגמן, פ"ד כט(2) 765, 767, אומר השופט ח' כהן: "תקנת הציבור היא בהרחבת חופש החוזים, ולא בהגדלתו; כשמירה על קיום הבטחות והתחייבויות ולא בפתיחת פתח להפרכתן". וראה גם הערה 34 לעיל.
- 43 גישת הפסיקה לתקנת הציבור היא צרה ודווקנית. אמנם, בע"א 207/79 רביב נ' בית יולם, פ"ד לו(1) 533, 535, מדגיש השופט ברק כי באמצעות פירוש מושגי שסתום כמו "תקנת הציבור" או "תוס'לב" יקבע בתייהמשפט סטנדרטים ראויים להתנהגות הצדדים, אולם בתייהמשפט העליון הפעיל את תקנת הציבור לכיטול התחייבויות רק במקרים נדירים, כמו תנאים מגבילים שעניינם פגיעה כחיי אדם או נזק לגופו (ע"א 461/62 ציב נ' מזיאר, פ"ד יז 2319); תניית פטור בחוזים שעניינם שירות ציבורי (ע"א 285/75 לגיל פרמסולין נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63, 72); חוזים של הגבלת עיסוק (ע"א 369/74 טרומאסבסט נ' זכאי, פ"ד לו(1) 793); וחוזים בתחום דיני האישות והמשפחה (ע"א 151/85 רדון נ' רדון, פ"ד לט(3) 186; ע"א 32/81 צונן נ' שטל, פ"ד לו(2) 761, 771). בכל המקרים האלה ניצב כנגד עקרון חופש החוזים ערך חשוב ממנו כחשבון הסופי, כמו: קדושת החיים, שירות חיוני לציבור, חירות העיסוק, רווחת הילד וטוהר חיי המשפחה.
- 44 ראה ד' פרידמן, "חוזים אחדים, תוס'לב ותקנת הציבור", עיוני משפט יז (תשמ"ט) 431, 435. ברשימה זו מבקר פרוץ פרידמן את השימוש הכפול שעושה השופט אלון (בע"א 148/77) ריט נ' ישופה הנ"ל במושג תקנת הציבור.
- 45 ראה לדוגמא: חוות דעתי של השופט אלון בע"א 148/77 ריט נ' ישופה הנ"ל. השופט אלון הכיר כאותו עניין בתוקפה של תניית פטור בחוזה אחיד למכר דירה, אולם הורה על החזרת התיק אל בתייהמשפט המחוזי, על מנת שיברר אם אין בהתנהגות המוכרים משום ניצול לרעה של זכותם החוזיות, לשון אחר: משום חוסר תוס'לב. ברשימתו הנ"ל בהערה 44 מביע הפרופסור פרידמן את הדעה כי שימוש כזה בעקרון תוס'לב מהווה התערבות בחוזה שערכו הצדדים מתוך רצון חופשי והסכמה מלאה.
- 46 דוגמא יפה לפעולתם השונה של העקרונות הנדונים מצויה בע"א 148/77 ריט נ' ישופה הנ"ל. בעוד השופט שמגר בוזן את תניית הפטור בחוזה באספקלריה של תקנת הציבור, ומגיע למסקנה כי התניה

עקרון תום-הלב חל, כידוע, במשפטנו בכל שלבי עריכתו וקיומו של חוזה. תחולתו ההיקפית הרחבה מאפשרת הפעלתו והתערבות באמצעותו בחוזה שערכו הצדדים מתוך רצון חופשי והסכמה מלאה, הן בשלב המשא ומתן, הוא השלב בו מתגבשים רצונות הצדדים ומתנסחות תניות החוזה⁴⁷, והן בשלב קיום החוזה וההתנהגות על פיו. בכל גזרות ההתערבות השיפוטית הנזכרות (למעט אולי תחום החוזים האיחידים בו מתלבטת ההגנה על הצרכן), ביטא בית-המשפט העליון גישה והירה של ריסון שיפוט⁴⁸. גישה זאת נובעת בוודאי מראיית עקרון חופש החוזים כעיקרון חולש במשפטנו, עיקרון שמתן תוקף לו מגשים גם כיום רעיונות של ליברליזם, חופש ויוזמה פרטית מבורכת בחיי המסחר והכלכלה.

מה נותר אפוא מחופש החוזים?
 נותר העיקרון, שלא כורסם על-ידי חריגיו.
 נותר הרעיון, שלפיו יש לפרטים חופש – אם גם מוגבל – לערוך חוזים כאוות נפשם, חוזים שיוכרו ויאכפו על-ידי השיטה המשפטית.
 ונותרת גם ההרגשה של "טעם החופש" – החופש להתקשר, החופש לעצב, החופש לעשות חוזה והחופש שלא לעשותו.

- בסלה באשר היא פוגעת בתקנת הציבור, נוחן השופט אלון את תביית הפסור לאור סעיף תום הלב בחוק החוזים, ומגיע לתוצאה כי התניה אינה בסלה מעיקרא, אלא יש לבחון את התנהגות הצדדים על-פיה. לביקורת פסק-הדין ראה רשימתו הנ"ל בהערה 44 של הפרופסור ד' פרידמן.
- 47 שאלה קשה היא אם ניתן לפסול תניה חוזית מכוח עקרון תום הלב. וזהו גדר הספקות: מקור פסולות של תניה כזו היא בדרך כלל סעיף 12, החולש על שלב המשא ומתן בו מתנסחות תניות החוזה, ולא סעיף 39, המניח כריתתו של חוזה תקף. סעיף 12 מצוייד ב"שיניים" משלו, והן תרופות הפיצויים המנויות בסעיף 12(ב), לאמור: פיצויים שליליים. והספק: האם נועל סעיף 12(ב) את הדלת בפני סעדים אחרים, מסוג הסעדים העומדים כנגד מי שמפר את חובתו על פי סעיף 39. אמנם, בע"א 829/80 שבון עובדים נ' זסניק, פ"ד (1) 579, 583, הביעה השופטת בן פורת את השקפתה כי סעיף 12 אינו בגדר רשימה סגורה ודעה זו התקבלה במסיקה מאוחרת: ע"א 651/82 מזינת ישראל נ' החברה האילתית לשירותים באנית, פ"ד (2) 785. לביקורת דעת השופטת בן פורת בפסק-הדין בע"א 829/80 הנ"ל ראה: ס' דריטש, "סעיף 12 לחוק החוזים: האמנם תרופה לכל מכאוב", מחקרי משפט ד' (תשמ"ו) 39. אך ראה לעומת זאת, השקפתו של הפרופסור פרידמן, בדשימתו הנ"ל בהערה 43, כעמ' 436, לפיה אם רואים את סעיף 12 לחוק כביטוי לרעיון רחב של תום לב "נפתחות אפשרויות אחרות", כמו פיקוח על חוזים אחרים ותניות פסור שבהן.
- 48 בגזרת השיערוך ראה: ע"א 414/74, 411 מכונניות הדד נ' סימן טוב, פ"ד (1) 561, 569 (השופט לנדוי); ע"א 260/80, 265 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד (1) 537, 549 (השופט ברק). ולאחרונה: ע"א 554/83 אתא נ' עזבון זולוטוב (טרם פורסם) (השופט ברק). בגזרת תקנת הציבור ראה: ע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד (2) 141, 148, ואילך (השופט אשר); ע"א 148/77 רוש נ' ישיפה, פ"ד (1) 617, 630-631 (השופט אלון). ובגזרת תום הלב ראה: ע"א 800/75 קום נ' ארינן הדיירים, פ"ד (3) 814, 818 (השופט ש' לוי). ע"א 230/80 סנידך נ' קסטרו, פ"ד (2) 713, 725 (השופט ברק).