

בחוזה המכרכר, כמו בחוזה אחר, תפקידו של הנוהג הוא לפרש או להשלים את הסכם שבכתב או שבעל פה. הצדדים בעסקת סחר עלולים להשתמש בכתבויים ובתניות סחר שכדי להבינם יש להכיר את הנוהג המסחרי הרלוונטי ולהבינו. לא רק שהנוהג המסחרי נותן לפירושו את הפיוש המקובל בחוזה, אלא שהוא אף מאייר לפירושו את ההקשר לשימוש ובכך מאפשר לו להזות את כוונת הצדדים ולכבהה.<sup>96</sup> נמצא שישנם יחס גומלין בין שפה ובין נוהג.

### 3.2.6 התפיסה הישראלית לדיני החוזים תלולה בפניות לנוהג

התפיסה האובייקטיבית לחוזה ועקרון ההסתמכות מכוונים את כריתת החוזה על פי חוק החוזים. תהליך כריתתו של החוזה מתבסס על תקשורת שפטורתייה הן התקשרות בעועלות חברותיות ותיאומן, כמו כל תקשורת אחרת, הצלחתה של התקשרות החוזית תלולה בהבנה התקינה של המוצרים שימושיים המציע והניתן זה לזה. למוסכמות חברותיות, להרגלים התנהוגתיים בשוק הרלוונטי, ככל מר הנוהג, תפקיד חשוב גם בהבנתם של הצעה ושל הקיבול וגם בהכוונתם והעברתם. במקרים אחרים, הציפייה המקובלת של כל המעורבים בכריתת החוזה ובפרשנותו, אם הצדדים לו או השופט, היא שבשלב זה או אחר של כריתת החוזה הסתמן אחד הצדדים על נסיבות ועל נתוני אובייקטיביים. אכן, עקרון ההסתמכות הוא אחד היסודות של דיני החוזים הישראלים.

#### 3.2.6.1 עקרון ההסתמכות

כפי שפורף' מקניל מביר, כריתת החוזה בימינו מתבצעת לרוב מתוך יחסים מורכבים המתפתחים בשלבים ומתוך הסתמכות מוצדקת על התנהוגות הולמת ועל קיומם של

בכל זאת יש להוכיח את המשמעות המיוחדת אם מדובר בהוראות או במונחים בסחר מסויים המתאפיין בשפה מיוחדת. אפשר להוכיח את המשמעות על פי ראיות חיצונית ולפרש את המונחים והתניות לפי משמעותם זו אף על פי שלכאורה המילים הכתובות בעועלות פירוש וגיל, חד-משמעות וברור המנוגד למשמעותה המיוחדת. זמיר חוק המכרכר, לעיל ה"ש 83, בעמ' 156, ס' 150. על פי רוב על חוזים שנערכו בכתב יהול סעיף 5 לחוק המכרכר, אך אין מניעה להחילו גם על חוזים בעל פה שבהם נזקקו הצדדים לביטויים מקטזועיים או מסחריים.

96

**נתונים אובייקטיביים מסוימים בשלבים הראשונים של ההתקשרות בין הצדדים, כגון המשא ומתן שהפך לשלב של ההתקשרות החווית הנושא בהשלכות משפטיות.<sup>97</sup>**

ברובד הפורמלי קיים יחס גומלין הדוק בין עקרון ההסתמכות ובין עיקרונות תומך הלב וגס בין רוב אמות המידה המשמשות ממד לקיום העקרונות האלה ולהפרותם. יתרה מזו, התקינות של חיי החברה והמסחר דורשת ייעילות: החזים היומיומיים הרובים חייכים להircrat באופן יעיל לצורכי החברה ולהועיל להם. כאמור, על כוריתת החווה להיות מהירה, לשקף נאמנה את ציפיות הצדדים ולהוביל לעסקאות מוצלחות ללא ויכוחים מיוחדים. לשם כך נדרשים קודים וסימנים מוסכמים וידועים היבטים שעלייהם יכולים להסתמך כל המעורבים. הסתמכות על קודים מוסכמים מגבירה את הוודאות העסקית ואת מהירות העסקאות ומפחיתה את ההוצאות הנלוות. אף על פי שתהליכי המשא ומתן לכוריתת החווה מרכיב מhilof מסרים מפורשים המנוסחים בהירות והוא מתאפיין בשיתוף פעולה, הצדדים זוקים ליכולת הסתמכות על פירוש הגליי לעין של פעולות הזולת ועל מוסכמוות חברותיות. כמו בכל תקשורת והתקשרות חברתית, הסתמכות הדנית מונחת בתשתיית של תהליכי כוריתת החווה. כדי שתתকים הסתמכות יעילה חייכים להתקיים גם אמינות גס ודו-אות במסרים הנשלחים ובסימנים המוצגים.<sup>98</sup> הצורך באמינות ולודאות מושתrelu וחדר לכל שלבי ההתקשרות החווית: האפשרות לצפייה לעתיד עומדת לבב ליבו של החווה – אמצעי תכנון עסקי.

במילים אחרות, ברוב המקרים היוצרים החווה נובעת מהסתמכות על פעולות ועל מצגיהם במהלך המשא ומתן: צד אחד מפרש פעולה של הצד الآخر במהלך וכיסמן למגרירת דעתו להתקשר עמו ביחסים משפטיים ולפעול בתום לב. סעיף 12 להוק החזים אוסר על אחד הצדדים לנטוות לבב חברו את האמונה שהחווה בינהם תופס ולטעון לאחר לכך שלא נערך ביניהם כלל חוות (ענין זונשטיין לעיל ה"ש 17, בעמ' 291). כתוצאה מיישום סעיף 12, על כל צד למשא ומתן להתחשב בציפיותו ובהסתמכותו המעשית והמופתנאילית של הצד الآخر שנוצרו בשל התנהגו של צד אחד או בשל דבריו ולשאת באחריות על כן. היחסים בין הצדדים נעשים יחסים נושאים אחריות ואמון הדדי. ניל' כהן "דפוסי החוזים ותום לב המשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט ל' 13, 16 (התשמ"ז) (להלן: כהן "דפוסי חוזים ותום הלב").

97 החשיבות הולכת והגוברת של עקרון ההסתמכות נובעת חלקיית הן מן התהוכום של העסקאות העכשוויות ומהיקף הזמן הנדרש לביצוען, הן מהפער בין ה"תמיימות" היחסית של הלקוח ובין המרכיבות הטכנולוגית והפיננסית המאפיינים את המסחר ההמוני. ראו להלן, הדיון בחווה האחד בפרק שלישי, חלק 3.2.7. התפתחותם של

הצלחות של החוזה כאמור חברתי-מסחרי תלויות בשני תנאים:

- (1) על החוזה לשקף נאמנה את אופי העסקה בהתאם לכללים המוסכמים בין הצדדים והמקובלים במשפט;
- (2) על היחסים המועגנים בחוזה להתקיים באופן ודאי ובאופן שניין לצפיה על פי המוסכמות הציבור הנוגע בדבר בין אם הן מוסכמו אישיות או חברתיות.

בתי המשפט הגנו על ההסתמכות מפני שהם ראו בה דרך להבטיח את הוודאות ואת הייציבות ביחסים המסחריים וכמו כן להבטיח את החוזה המסחרי ואת קידומו.<sup>99</sup>

עם התפתחותן של תפיסות חברתיות למשפט נעשה אינטראס ההסתמכות ממשת-מידה שתכליתה אומדן הפיצויים בגין הפרת חוזה למקור לאחריות החוזה ולעיקרונו המלאו את עיקרונו תום הלב.<sup>100</sup> בדייני החוזים הישראליים, הפעלתו של

התעשייה ושל הסחר מתחשת בדייבט עם התפתחותן של עסקאות מתחככות ועם התפשטותו של השימוש במכשור החוזי. החוזה משמש תיאור העסקה, ראייה לקיומה ועוד לביצוע שלה; כמו כן החוזה אף עוזר ליישב ויכוחים העולמים ביצוע העסקה.

בשל שאיפתם של בתי המשפט להגן על אינטראס ההסתמכות הם נוטים להכיר בחוזה חסר כחזה בעל תוקף ולהשלים אותו. פרידמן וכהן, בעמ' 23, 29. הויל וולרוב בתחום המסחר הזריזות היא חיונית לעליות העסקית ולהצלחת העסקה, חשוב אפוא להגן על המסתמך מפני הנזקים הנובעים מהסתמכות מוצדקת שהיתה מועילה לו הצד השני היה פולר על פי המציגים שלו. המלומדים פולר פרדיי במאמרם Fuller & Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52 and 373 (1937) פולר ופרדיי, הבחינו בין שלושה אינטראסים שימושיים יסוד לسعد הגינתן במקרה של הפרת חוזה. אחד מהם הוא אינטראס ההסתמכות שנבעה חליקת מן המדייניות השיפוטית לקיים את החוזה; מלומדים ישראלים מסכימים עם פולר ופרדיי, ראו שלו לקרהת הקודיפיקציה – מכאן נובע שעיקרונו תום הלב הוא עיקרונו גלווה לעיקרונו ההסתמכות.

יש להבדיל בין אינטראס ההסתמכות לבין עקרונו ההסתמכות. המונח "אינטראס ההסתמכות" בא לבטא את הרעיון שלסתמך שאוכזב מגיעים פיצויים בשל הנזק שנגרם לו בשל ההסתמכותו שאוכזבה. עקרון ההסתמכות בא לבטא שצד להתקשרות החוזית יכול להסתמך על הפעולות ואמרות של הצד الآخر בנסיבות מסוימות. מטרתו של אינטראס ההסתמכות היא לשים את הצד החף מasmaה במקום שבו היה לפני המעשים שהצדiko את ההסתמכות. מלבת הילה הוכר מקורו של עקרונו ההסתמכות במושגים של אחריות ומוסר בסוגרתם של יחסים חברתיים.

99

100

עיקרונו תומם הלב בכך הגורפת חיזקה את אינטראס הסתמכות והפכה אותו לעקרון הסתמכות.

### 3.2.6.2 חיבורו של עקרון הסתמכות בדיני חוזים הישראלים

מקומו של סעיף 12 לחוק החוזים בסוף פרק א' לחוק ותוכנו מדגישים את המרכזיות של תקינות התקשרות בתהליך כריתת החוזה ואת השיבות ההגנה על שלמותו של התהילן זהה. החוק מחייב גם לשמר על השלמות של מהות הסכמה של הצדדים (הסכם "הסובסטנטיבית") וגם להבטיח את תהילן השגתה של הסכמה זו (הסכם "הפרוצדורלית"). לכן מוצדק מיكونו של סעיף 12 בסוף פרק א' לחוק החוזים שכורתו, "כריתת החוזה". בהתקשרות החווית העכשווית שאינה פורמליסטית אלא דינמית, יכולת להשגיח על תהילן כריתת החוזה שמניק סעיף 12 היא אמצעי חיוני שמגן על איוון האינטראסים של הצדדים. סעיף 12 לחוק החוזים מגדם את אינטראס הסתמכות של הצדדים. הדבר נעשה מתוך "הפשטה מן המקורה המיחודה אל האינטראסים האופייניים לקבוצות שאלהן משתיכים הצדדים".<sup>101</sup>

כפי שכבר נאמר, התפיסה הישראלית לדיני החוזים היא אובייקטיבית. ההצדקה ל מבחן האובייקטיביות היא: הכרה בעובדה שאיאפשר לדעת את הכוונה הסובייקטיבית הפנימית של צד כלשהו; והרצון להבטיח אפשרות של הסתמכות מוצדקת. ככלمر מעשו של הצד האחד לא הטעו ולא יטעו את הצד الآخر.<sup>102</sup> בחוק

<sup>101</sup> שלו כריתת חוזה, בעמ' 78.

<sup>102</sup> המדיניות המשפטית בישראל היא שבominator תהליך כריתת החוזה וכאי כל צד להסתמך על הבבעות ועל המעשים של הצד الآخر להליך ההתקשרות. זו תפיסה הצהרתית: ההצהה היא הצהרה ו"פניה" לולת והזמנה להתקשרות וכן בקשה להסכם מפורשת להתקשרות זו. לכן לגיטימי הוא הצד ששמע את הפניה ושממנו נצפית תשובה יסמור על הבעת הרצון שבהצהרה בעל פה ובמעשה ויסטמן עליה. באופן הדדי, הקיבול הוא הצהרת רצונו של ניצע להשתתף בהתקשרות החווית ורשאי המציג להסתמך על G. Tedeschi, *Some Aspects of the Concept of Contract*, 1 ISR. L. REV. (להלן: טדסקי "החוזה"). להבדיל מהסתמכות ממשית על הבטחה שניתנה שהיא הבסיס לאינטראס הסתמכות במאמרם של פולר ופרדו, לעיל ה"ש 99. פרידמן וכahn, בפרק 12, אחריותם בשביי המשא ומותן. ביטוי אובייקטיבי של גמירות דעת נדרש לא רק כהוכחה לגמירות הדעת של הצדדים אלא גם כדי להגן על הצד המסתמך על

ה חוזים אין שום הפניה מפורשת להסתמכות הן כעיקרון פרשני הן כאינטראס מוכר ולגיטימי. לאמיתו של דבר, אין צורך להפניה מפורשת לעקרון ההסתמכות: מכורח מהותו התקשורתי של החוזה ושל רידת הפורמליזם בדיני החוזים, עקרון ההסתמכות מכוען את פרשנותו של חוק החוזים.<sup>103</sup>

### 3.2.6.3 היחס בין הסתמכות והנוגה

יש לשים לב שקיים קשרי גומלין הדוקים בין הנוגה ובין ההסתמכות: כדי שתתקיימנה כל אחת משתי התופעות המשפטיות האלו נדרש: קיומה של מערכת חברתית של פרשנויות ופיירושים משותפים מקובלים; וכיומה של "דרך מקובלת". ככלומר, הרגלים התנהגותיים בקרוב הציבור בעניינים דומים. בambilים אחרות, כדי שהסתמכות ונוגה יתאפשרו חיבר להיות יסוד להבנה ולאמן הדדיים. אכן, אובייקטיביות והסתמכות אינן מבוססות על פעולות ואמיירות גרידא: לכל פעולה ולכל אמרה ישנה מטה-משמעות שנגרסת מהנחה מסווגות חברתיות רבות, ובهن השפה, ומורכבים פסיכולוגיים אישים הקובעים את הפרשנות שכז' נוטן לפעולות ולאמירות האלו.<sup>104</sup> נמצא שימוש ההסתמכות נשען רבות על הנוגה על כל צורותיו.

ה חוזה. כאשר קיימת סתירה בין כוונות למשלים, בשל עקרון האובייקטיביות, תהיה היד העליונה למשלים.

<sup>103</sup> לדעתם של פרופ' פרידמן ופרופ' כהן, ההגנה על ההסתמכות נובעת ממהותו של התהיליך הנקבע בפרק א לחוק החוזים.

<sup>104</sup> במחקרים רבים בתחום מדעי החברה, הסוציולוגיה והפסיכולוגיה במאה העשורים התגבשה הדעה המקובלת כיום שטחים תקשורתיים יכולים להתקבל באמצעות אמרות ובמעשים ושכל תקשורת נשענת על הנחות יסוד ועל פירושים בלשניים או תרבותיים המקובלים על הכלל.  
P. BOURDIEU, *ESQUISSE D'UNE THÉORIE DE LA PRATIQUE*.  
L. PINTO, *PIERRE BOURDIEU ET*; (להלן: בורדייה "תיאורית הפעקטיקה") (1972, 2000)  
D. S.; LA *THÉORIE DU MONDE SOCIAL* (2002)  
CAUDILL, *LACAN AND THE SUBJECT OF LAW – TOWARD A PSYCHOANALYTIC*  
C. Didry, *Emmanuel Lévy et le CRITICAL LEGAL THEORY* (1997)  
*Contrat, la Sociologie dans le Droit des Obligations*, 56–57 DROIT ET SOCIÉTÉ  
B. Karsenti, *La vision d'Emmanuel Lévy: responsabilité, confiance et croyances collectives*, n° 56–57 DROIT ET SOCIÉTÉ  
J. Bouveresse, *Rules, Dispositions, and the Rules*; (להלן: קרנסטי) (2004) 167–195 (2004)

תופעת ההסתמכות שאליה מתיחס פרק א' לחוק החווים מובוסט, בראש ובראשונה, על עובדות קשיות: דרישתו של חוק החווים היא להצהרות מפורשות וברורות. העבודות, האמירות והפעולות המוחלotas את תהליך כריתה החווה והנחות מוסרים תקשורתיים מכוננים (כגון הצעה וקיבול), נובעות מן השיח המפורש בין הצדדים ולכנן אין קשרות לכארה כל וכל לנוהג. אבל בפועל אין כמעט אמרה או פעולה שאינה בעלת פרשנות, ולעיתים תכופות הפרשנות זו מתבססת על הנהוג. כפי שראינו לעיל, קיבול בהתנגדות מציג דוגמאות יפות לכך. כמו כן במהלך עסקיו כלשהו ישנן פעולות והתנגדויות רבות שמקורן במודלים המבוססים על פעולות מוצלחות מה עבר והן מוכחות היטב בקרבת הציבור הרולונטי: הפעולות הללו הן מקורה של הנהוג בענף ושל תוכנו.

#### 3.2.6.4 הסתמכות, ציפיות מוצדקות והנהוג

יש קשר הדוק בין ציפיות ובין הסתמכות: הציפיות גורמות להסתמכות והסתמכות בניה על ציפיות. קיים קשר של גומלין בין הסתמכות, נהוג וציפיות. אכן, "ההנחה הכלולמה בהעלאת הנהגים [בסעיפים 25 ו-26 – אמ"פ] על-פני הוראות החוק המרשות, היא כי הנהגים קרובים לכוונות הצדדים המשוערת ומגישים את ציפויותיהם, יותר מאשר החוק הדיספוזיטיבי".<sup>105</sup>

לא מדובר בציפיות אישיות של ממש, אלא בציפיות אופייניות וסבירות. הציפיות משקפות תכליות מוכرات וחזרות ואת השאייפה לתוצאות מזוהות מראש ושכיחות. הציפיות ותופעת הסתמכות, שהן מוצדקות, נובעות ממידע כללי על הליקות הסחר ועל הנהוג בעסקאות מאותו הסוג, הוביל והליך האלה והנהוג זהם שקובעים בפועל את מסגרת הפעולה ואת הנורמות הרולונטיות בקרבת ציבור הנוגעים בדבר. ציפיות הצדדים מוצדקות כשהן מובוססות בשגורת המציאות, והסתמכות היא פעולה מובוססת על ציפיות מוצדקות.

105 להלן: *Habitus, in Bourdieu: A CRITICAL READER* (R. Shusterman ed., 2000) בוברס). על מקור משמעות המילה, קשי הפרשנות, מרכיבות היחסים בין שפה וטקסט לפעולה והנתגנות, ראו וראו פרק חמישי בחלק 5.11 ופרק שישי, חלק 6.2.

שלו לקראת הקודיפיקציה, בעמ' 448.

הפניה לציפיות הצדדים נעשית בעיקר, אם לא באופן בלבד, בפסקה המתיחסת לחוזה ביטוח. תורה הציפיות לא התקבלה יפה בקרב המשפטנים בתחוםים אחרים. יש הטוענים שאין צורך ב"תורת הציפיות" ודי בעקרון הסתמכות. טענה נוספת נסافت היא שההשלכות השיפוטיות הפנווות לTORAH הוו מtabstot על נסיבות ועל נתונים משתנים, הפסקה המבוססת על תורה הציפיות מסקפת את הדעות השירותיות של השופט והיא חסרת ודאות משפטית. חולשתה של תורה הציפיות היא במורכבותה; לעומת זאת חזקה של TORAH הוא במשמעותה ובקשר ההדוק שלה עם המציאות.<sup>106</sup>

אולם, תורה הציפיות הסבירות אינה מעניקה, ואיןיה יכולה להעניק, לשופט ולמשפטן הכוונה ברורה ואמות מידה ודו-אות בנסיבות לשקלול את הצדקת הציפיות של הצדדים.<sup>107</sup> בשל כך עולמים השופטים להרים ידים נגד מרכיבותה של תורה הציפיות ולפנות לתאוריות נוספות כדי להשלים את "ARGO הכלים" האנליטי שלהם – כגון פניה לנition הכלכלי של המשפט או לסטודנטים מוסריים מהותיים. ובכל זאת, פרופ' זמיר רואה היבטים חיוביים בתורת הציפיות ומציין לקבל את חסר ה"קשיות" של תורה הציפיות כמאפיין בלתי נמנע של כל אגלוילטי פורה. קבלתה של התיאוריה הוו מובילה לדחינתן של תאוריות אחרות כמו TORAH הרצון, אבל אפשרות שימוש

<sup>106</sup> אבל, למורות הכרתו בביקורת, פרופ' זמיר מנק על "תורת הציפיות" ומסכם ואת היבט את "התאמאה בביטוי" (זמיר "התאמאה בביטוי", עמ' 67). בתחום המאפשר להוות את הציפיות הסבירות של הצדדים, להעניק ולשקול אותם, על השופט להתחשב באינטנסים של הצדדים, בסיכון שטבוועים בעסקה ובחולוקם הסבירה ולקבוע אלו מהן ראיות להגנה על ידי המשפט. לכן שיטה זו דורשת, במידה רבה, קביעה ערכית: לא די בזיהוי של הציפיות הסבירות שעובדות היה עלולות להיווצר מן הניסיות; יש גם לקבוע איזו ציפייה רואיה להגנה מכל הציפיות, על פי סדר העדיפויות החברתי שקבע השופט. "תורת הציפיות" אינה תולה את כריטת החוזה בקיים הרצון של הצדדים, אלא באחריותם זה זהה. אחריות זו מבוססת על הגנת אינטנס הסתמכות של הצד השני ועל הציפיות שנגמרו לו ועוד גם את הקשר בין תום הלב, הנהוג "תורת האשם בחוזה" (culpa in contrahendo) : ראו M.A. Rabello, *The Culpa in Contrahendo Theory and the Israeli Contracts Law (General Part)* 5733–1973 – Pre-Contractual Liability, in: 245 ISRAELI LAW IN ESSAYS ON EUROPEAN LAW AND ISRAEL (1996) להלן: ראבלו, "האשם בחוזה"). TORAH זו נמנעת מלבסס את החוזה על רצון שאינו קיים או שאינו גלוי ונוננת מקום למרכיבים הסובייקטיביים הגלויים ולציפיות הרואיות להגנתו של המשפט על פי מידת הסבירות. ראו זמיר "התאמאה בביטוי", עמ' 66.

<sup>107</sup> זמיר, שם, שם.

בשיקולים מגוונים אחרים הכלולים ייעילות והגינות. לדעתו של פרופ' זמיר גמישותה של תורה הציפיות נותנת מקום למורכבותם של הנתונים ושל הערכיהם הרלוונטיים.<sup>108</sup> בהמשך, נראה שטיעונו של פרופ' זמיר לטובתה של "תורת הציפיות" רלוונטיים לפנייה לנוהג ככלי לקבלת החלטות בדיני החזויים.

רוב פסקי הדין שבמהם בתי המשפט פונים לתורת הציפיות הם מקרים שבמוכרום עומדת שאלת קיומו של חוזה אחד ושאלת פרשנותו. התבוננות בפסקים דין אלה מלמדת רבות על הקשר בין נוהג להליכות סחר ולציפיותו של ציבור הנוגעים בדבר.

### 3.2.7 סעיפים 3 ו-4 לחוק החזויים האחדים – הוראות יסוד

חוק החזויים האחדים ותיקוני<sup>109</sup> מתיחסים לחוזה להתקשרות המונית.<sup>110</sup> חוזים חדדים הם סוג החזויים הנפוצים ביותר בימינו, וביחד בתוכם של מכור טובין ושל רישון זכויות הפעלה שכוללות בקנויותם של מוצרים רבים כגון מוציאיALKTRONIKA. נראה בהמשך שהחקיר הנוהג יש חשיבות רבה בהבנת החוזה האחד. על פי סעיף 2 לחוק החזויים האחדים "חוזה אחד" הוא נוסח של חוזה שתנאיו, כולל ומיקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שיישמו תנאים לחזויים רבים ביניהם ובין אנשים בלתי מסויימים במספר או בוחרם.<sup>111</sup> נראה בהמשך שהיווצרות הנוהג היא תהליך של חיקוי אונני והמוני של פעולה יעה העונה לצורך שאינו מוצה מענה במשפט.<sup>112</sup> בכך אפשר להסיק את

<sup>108</sup> זמיר "התאמה ביצוע", בעמ' 67.

<sup>109</sup> חוק החזויים האחדים, התשמ"ג-1982, ס"ח 1068, עמ' 8 (להלן: חוק החזויים האחדים). מטרתו של החוק היא לעkor כל תנאי שיש בו (בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות) משום קיומו של מקבל החוזה או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העולם לזכה את מקבל החוזה. לחוק החזויים האחדים כמה תיקונים תחיקתיים.

<sup>110</sup> א' בנין חוק החזויים האחדים – התשמ"ג-1982 – פירוש לחוקי החזויים (ג' טסקי עורך, תשמ"ז-1987) (להלן: בנין, חוזים חדדים). שם, פס' 8: רובות מן התקשרותיות ארכות הטוחה נעשות אגב שימוש בחזויים סטנדרטיים שהם מעין תחליף לדין דיספוזיטיבי (כך למשל הדבר בענף הבניה) או בהתאם לנוהגים המקובלים באותו תחום.

<sup>111</sup> סעיף 2 לחוק החזויים האחדים.

<sup>112</sup> ראו להלן בפרק החמישי, חלק 5.6.3.3.

המסקנה שהחוזים מאותו הסוג שאליים פונה סעיף 26 לחוק החוזים ובهم חוזים אחידים משמשים מקור לנוגה.

### 3.2.7.1 הקשר ההדוק בין חוזה אחיד לבין הנוגה

לעתים קרובות מאוד, בשל הסימביוזה של הנוגה והחוזים האחידים כගון חוות מכר אחידים, קשה לקבוע אם תנאי של החוזה נובעים מן הנוגה בענף או אם שם מקורו של הנוגה זהה.

על פי סעיף 2 לחוק החוזים האחידים, תנאי אחד הוא תנאי בחוזה אחיד, לרבות תנאי המאוצרת בו וכן כל תנאי אחרות שהוא חלק מן ההתקשרות.<sup>113</sup> יתרה מזאת, במספר רב של חוזים אחידים ישנן תנויות שאין מופיעות בחוזה גוף ואף אין מאוצרות בו על דרך הפניה, ובכל זאת הוחלט בפסקה שהן חלק מההתקשרות. דוגמה לכך היא תנאי המכירה הסטנדרטיים בענף מסויים, הידועים בכינוי "תנאים כלליים", המאוצרים בחוזים באופן שיגורתי.<sup>114</sup> התנאים הכלליים אלה המקובלים בענף מסוים שבמסגרתו נקבעת החוזה משקפים תהליכיים מסוימים בשוק הרלוונטי ואנם משתנים שינוי ניכר בין הצעה להצעה – אף אם המציגים שונים – ומשקפים את הנוגה בענף. נמצא שתנאי החל מכוח הנוגה יכול להיות בה-בעת גם תנאי מכללא בחוזה אחיד, גם מדר לkipoh (קיומו והיקפו) וגם תוכאה מצטברת של שימוש בחוזים אחידים דומים בענף מסוים. אם כך, במקרים מסוימים נעשה הנוגה חלק אינטגרלי מן החוזה. התנויות העוננות לדרישות המשפטיות והתחורתיות גם יחד כגן הגדרת אחריות למוצר נעשות

<sup>113</sup> סעיף 2 לחוק החוזים האחידים; בניגון, חוותים אחידים, לעיל ה''ש 110, עמ' 21–22; שלו דיני חוות, עמ' 635; שלו תנויות פטור בחויזים, להלן ה''ש 115, עמ' 59.

<sup>114</sup> "בענפים לא מעטים של עסקים נהוגים תנאים כלליים שעליהם הספק מצהיר בשעת עשייתו של החוזה, כעל בסיס העסקה וכעל חלק בלתי-נפרד של החוזה. [...] עניינים של אותם תנאים הוא להסדר דברים שהם זהים בכל העסקות, או ברובן, ושהספק מציע לקהל לקוחותיו. [...] התנאים הכלליים משלימים את מה שהצדדים הסכמו עליו במפורש. לעיתים [...] רבות מן ההתקשרות העסקית הנשלטת על ידי תנאים כלליים מבלי שני הצדדים חתמו עליהם ומבלי שהוכח כי הלוקה ידע את כל התנאים שעל פיהם התחייב". בניגון, חוותים אחידים, לעיל ה''ש 110, פס' 9 בעמ' 19–20.

בדרך עקיפה לנוהג בענף. התקבלותו של הנוהג בענף הופך את תוכן התנין ממוסכמתה פרטית לנורמה ואת הכללתה בחוזים אחידים לצפוייה.<sup>115</sup>

### 3.2.7.2 הנוהג כמידת הקיפוח

על פי סעיף 2 לחוק החוזים האחידים תנאי בחוזה אחיד שמקפח צד לחוזה הוא תנאי פסול ונhton לביטול ולשינוי על ידי בית המשפט.<sup>116</sup> מבחן הקיפוח מזוהה את הפרטו של האיזון הרואי בין האינטראסים של הצדדים ובין ציפיותיהם, בין שיקולים כלכליים ובין שיקולים מוסריים וחברתיים.<sup>117</sup> משמעות המושג "קיפוח" היא חוסר סבירות וחוסר הגינות שנבחנים על פני הרקע התרבותי, החברתי והכלכלי בישראל של היום.

מנשי חוק החוזים האחידים שколо לבסס את הגדרת הקיפוח על סטייה מן המקביל אבל הצעה נדחתה לטובת סטנדרט הסבירות:

ההצעה זו נדחתה מן הטעם ש"סביר" משקף קנה-ימידה אובייקטיבי כלל, בעוד "מקובל" מעורר שאלות כגון מקובל על מי, באיזה אורה, לגבי איזה מוצר וכדומה.

<sup>115</sup> שם, בעמ' 40, 42. גבריאלה שלו *תנויות פטור בחוזים*, 156 (1974) (להלן: שלו *תנויות פטור*).

<sup>116</sup> ורדה לוסטהויז וטנה שפנץ' *חוזים אחידים 68-69* (התשנ"ד) (להלן: לוסטהויז ושפנץ'). כל השיקולים האלה נבחנים על רקע כלל נסיבות החוזה, שnodעת לנין חשיבות מוגבה בהקשר של מבחן הקיפוח. אכן, הנסיבות החיצונית לחוזה משמשות אף הן יסוד לקביעת הסטנדרטים שיש להפעיל כדי לקבוע אם תנאי הוא מפקח.

<sup>117</sup> עניין *קסטנגבאום*, בעמ' 527-526: "תנאי הקיפוח" לא מבטא חזון כלכלי זה או אחר, הוא מבטא תפיסה חברתית אשר להגן ולראוי ביחסים חוזים אחידים. השופט (כתוארו אז) בורק פסק שם שבחן הקיפוח הוא מבחן של ההגינות ושל הסבירות. תנאי נחשב תנאי מקפח אם יש בו הגנה על אינטרס (כלכלי או אחר) של הספק מעבר לנתקפס כראוי בסוג זה של התקשרות. לעומת זאת תנאי לא נחשב תנאי מקפח אם הוא נועד לשמר על האינטרס הלגיטימי והסביר של הספק. גם במקרה כזה ניתן שיקול דעת שיפוטי נרחב באשר לפרשנותו של מושג הקיפוח; בית המשפט חייב לקבוע על פי הבנתו את טבע ההתקשרות בין הצדדים ואת טבעם של ערכי החברה הישראלית.

יתרה מכך: העובה שתנאי מסוים הוא מקובל במובן של "תדייר" ו"נוגג", עדין אינה מבטיחה כי הוא גם "סביר".<sup>118</sup>

המונח "סביר" מוכר כmenoּן הכלול נורמות משפטיות מופשטות, ואילו "הנוגג" נתפס כמתאר עובדות ברוב המקרים ונורמות במקרים מסוימים בלבד. חברותה של ועדת החקיקה של חוק החוזם האחדים סברו ש"סביר" או "סבירות" הם מונחים משפטיים מוכרים ואילו "נוגג" ו"נוגג מסחרי" מתייחסים למצב עובדתי שמקבל מעמד של אמת מידה ורק אם הוכח כסביר. אכן, בקרב המלומדים הישראלים קיים החשד שכתחזאה ממוסכמוֹת חברותיות בלתי מפוקחות, הנוגג הוא כפיטי וכבלתי סביר. אם כך הדבר, אין הנוגג יכול להיות אמת מידה לקומו של קיפות. אנו נטען שההפר הוא, שכן: הנוגג נובע ממוסכמוֹת חברותיות העומדות בתשתיות תיאומיים חברותיים מוצלחים; ואפשר פסק על הנוגג ועל החלטתו בחוזם.<sup>119</sup>

יש לציין את שני התפקידים הסותרים של הנוגג בסוגיית הקיפות: מחד גיסא תנאי מכללא בחוזה האחד אסור שהנוגג יקפח צד לחוזה (הנוגג כתנאי מפקח); ומماין גיסא כביטוי של מוסכמוֹת ושל נורמות חברותיות הנוגג הוא אחד המודדים של היקף הקיפה (הנוגג כמידת הקיפה). מצד אחד כאשר נקבע שהנוגג הוא תנאי בחוזה האחד יש לבדוק תחילת אם הנוגג, כמו כל תנאי אחר, נכנס בוגדר אחת מהזקות הקיפה הנקבעות בחוק החוזם האחדים.<sup>120</sup> אף אם הבדיקה מבהירה שה坦אי הנוגג לא נכנס בוגדר אחת מהזקות הקיפה, יש לבדוק בכל מקרה וمرة אם התנאי הנוגג מעניק יתרון בלתי הוגן לאחד הצדדים ולבסוף אם אפשר להפעיל לגבי התנאי זהה את המבחן הכללי של הקיפות.<sup>121</sup> על הנוגג בענף לשקף מוסכמוֹת חברותיות ותיאומיים

<sup>118</sup> לוסטהויז ושפנץ, לעיל ה"ש 116, בעמ' 84.

<sup>119</sup> ראו להלן בפרק חמישי ובפרק שישי, בחלק 6.7.

<sup>120</sup> סעיף 4 לחוק החוזם האחדים. השוואות במיוחד וצריכות בדיקה קפדיות הן התנויות שישיות לארבעה תחומיים: תנויות פטור, מגבלות לחופש התקשרות, הגבלת חיבומים חיוניים והגבילת סעדים.

<sup>121</sup> בחוק החוזם האחדים קיימת חזקה שלפייה תנויות מסוימות הן תנויות מפקחות. אחד מתפקידיה של החזקה הוא להציג על חלקו של החוזג מהנורמה המקובלת. חלק ניכר מן התנויות נחשות כmekphot בשל היוטן בלתי סבירות ומשום כך הן נידונו לביטול. לוסטהויז ושפנץ, לעיל ה"ש 116, בעמ' 63.

חברתיים מוצלחים ולהלום את הערcis של החברה הישראלית כולה ושל השיטה המשפטית שלה. מצד שני הנוגג הוא אחד השיקולים בערכות רמת הקיפוח של תנאי זה או אחר. כדי למנוע את ביטול תניה שכוח הקיפוח שלה במחן, חיב הצד המנשא להוכיח שהתניה הוא סבירה ונינה בלתי סבירה ב"חס למלול החוזה ולנסיבות אחרות".<sup>122</sup> יש לציין שההחלטה לבטל תניה בהזוה אחד שימושים בה שימוש רחב בענף היא החלטה להפריך את הנוגג בענף וקיים סכנה שמהקביעה התנדותית שתניה מסוימת אינה סבירה יבואו לידי מסקנה שגם הנוגג מוטעה ואין סביר. היתכן שתניה אינה סבירה במקרה ספציפי אבל היא מתකלת ברוב המקרים האחרים? על השופט להבין את השפעתה הכללית של החלטתו ולהיזהר; אם השופט מתחשב רק בתניה בתפקידה הספציפי במקרה שלפניו ואני מכיר ביחסה עם הנוגג, במקומו של הנוגג ובחשיבותו עלול השופט לקבל החלטה חפואה שלא השלכות וחבותיה ייקף.

תנאי בהזוה אחד דומה לתנאי המופיע בחוים האחדים האחרים ולנוגג נלווה בתחום, דהיינו שאין משך את הנוגג, עלול להיות תנאי מקופה כשהוא מופיע את צד להזוה ואין עומד בנסיבות המוצדקות שלו. הנחת היסוד היא שאיש העסקים הסביר הוא בעל הבנה וידע כליל לגבי עסקאות מן הסוג המוסדר בהזוה שלו, לגבי מהותם ולגבי מבנייהם. סביר להניח שיש לראות את הלכי המסחר התקין ואת הנוגג בתחום כידועים וכחלק מן הנסיבות המוצדקות של הצדדים להתקשרות. בפסק דין עיטה נ' "ארטט" חברה לביטוח בע"<sup>123</sup> הצדיק בית המשפט את השערתו של המבוטח שהפולישה שלו דומה או זהה לפוליסות של מボטים במעמד דומה; لكن הוחלט שהמボטח ישוחרר מהדרישות "היפותיות" בפולישה. בדומה לכל תנאי שנחשב תנאי מקופה כאשר הוא מופיע את אחד הצדדים, תנאי בהזוה אחד נחשב מקופה כשהוא נשען על נוגג שאין ידוע לשני הצדדים להזוה. נמצא שההשערה שתנאי ההזוה המוצע יהיו הולמים לתנאים מקובלים בחוים מאותו הסוג, ככלומר לנוגג הכללי. ההשערה היא הסתמכות מוצדקת. הסתמכות על הנוגג בענף היא תופעה צפוייה ומוקובלת. לנ

<sup>122</sup> סעיף 3 לחוק החוים האחדים; לוסטהויז ושפנץ, לעיל ה"ש 116, בעמ' 67.

<sup>123</sup> ע"א 846/76 עיטה נ' "ארטט" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לא(2) 780 (1977) (להלן: "ענין עיטה").

באי-גילוין של התניות היוצאות דופן יש משום הפתעה וקיפוח. הציפיות של הצדדים  
לחוזה הן אחת מאמות המדינה לזייהו של הקיפוח ולממהה.<sup>124</sup>

ד"ר בנין מסביר שאל השופט להביא תחליף משול ל廷אי שמתבטא מכוחם של  
הוראות חוק החוזים האחידים, אלא יש לפנות "לдинים החורוטים או המנהיגים החליטים  
על אותו סוג של חיבורים שבתחומו התקשרו הצדדים; ואם לא די באלה, כליל הפסיקה,  
וכמו צא אחרון – העקרונות ההלכתיים של מושתת ישראל".<sup>125</sup> מושג המנהג הוא מושג  
נדף למושג הנוגה, והנוגה מוכר כחלק של הדין המרשה: לפיכך, על השופט לפנות  
לנוגה ככל מהלך בחילוץ התנאי המקפת.

כיוון שהנוגה שייך לדין המרשה הדיספוזיטיבי,<sup>126</sup> אין הסטייה מהנורמה שבנוגה  
מפירה בהכרח את הנורמה זו – כל עוד הסטייה סבירה או מוצדקת.<sup>127</sup> מכיוון שהנוגה  
מסמל לרוב "נורמלי" ו"מקובל", סטייה מהנוגה תהישב תנאי מקפת.<sup>128</sup> ברוח זו, ד"ר

שם, לפיכך בחויז ביחסו דרוש בתיקון המשפט את תיקון הפלישה כדי שהפלישה תשיקף  
את ציפיות המבוקחת.<sup>124</sup>

בנין, חוות אחים, לעיל ה"ש 110, בעמ' 34 המפנה לסעיף 1 לחוק יסודות המשפט,  
התש"ם-1980.<sup>125</sup>

פרופ' זמיר מחלף בין הביטויים "המשפט הנוגג" ו"המשפט הדיספוזיטיבי" ופעמים  
רבות משווה במפורש בין "המשפט הנוגג" ו"המשפט הדיספוזיטיבי" או הדין  
הדיםפוזיטיבי" ו"הנוגג". لكن יש להניח שהנוגג בכלל ב"הוראות המשפט  
הדיםפוזיטיביות".<sup>126</sup>

לדוגמה, סעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים מגביל את זכותו של צד לחוזה להתנות על  
האפשרות לעלות טענות שנובעות מאיקיומו של הסכם בוררוות מקובל. "הסכם בוררוות  
מקובל" הוא הסכם לפי הדרישות שבחוק הבוררוות, התשכ"ח-1968 או לפי הנוגה  
בתוחום המיקצועי או המסחרי שהחוזה מתקיים. אם הסכם הבוררוות אינו לפי המקובל,  
הוא חשוף לביקורת על פי החוק ואך חלות עליו חוזות שבסעיף 4 לחוק החוזים  
האחידים. אך אם הסכם הבוררוות הוא הסכם מיוחד ויוצא מכלל הנוגג והמקובל בתחום  
העסקי הנדון, הוא אינו הסכם מקפת כל עוד הוא הוגן ו מבטיח יחס שווה וסיכוי שווה  
לשני הצדדים. בנין, חוות אחים, לעיל ה"ש 110, בעמ' 46.<sup>127</sup>

לדעתו של ד"ר בנין, כאשר חוק החוזים האחידים פונה לדין, "את המלה 'דין' יש  
להבין במשמעותה הרחבה ביותר הכוללת, מלבד המשפט והחוורות, את ההלכה הפסוקה  
ו את המנהיגים". בנין, חוות אחים, לעיל ה"ש 110, בעמ' 39. לפי סעיף 4(1) לחוק  
החויזים האחידים תנאי הפוטר את הצד המנסח ("הספק") מאחריות שהיתה מוטלת

בנ"ן כותב שקיופו מתבטא בהסדר שונה מזו שהוראות המשפט הדיספויטיביות (שהנוהג חלק מהן) היו מחייבות על אותו חווה ושתיהן מ"המשפט הנוהג" היא קיופו בעל משמעות משפטית.<sup>129</sup> כיצד מיישבים את הטענה שאפשר לסתות מן הנוהג ביותו דין דיספויטיבי עם הטענה שתיה ממן הנוהג היא סימן של קיופו? התשובה היא שכדי להוכיח קיופו במקרה של סטייה מן הנוהג ראיית יש להוכיח את קיום הנוהג השיך לעניין, ושנית יש לשכנע את השופט שהסטייה מהנוהג זהה היא בלתי סבירה.<sup>130</sup> ניתן מקרה שבו הנוהג עצמו נחשב בלתי סביר ומוגדר לתקנת הציבור והסטייה מהנוהג תתקבל בהבנה. כיצד מיישבים את האפשרות שנוהג בלתי סביר יזחר כפסול כתנאי בחוזה אחד שכפיפות תנאים נהוגים גרוועים אינה נחשבת כעושק?<sup>131</sup> התשובות הללו מבליות את חוסר הקוהרנטיות שיש בתפיסה של הנוהג בדיוני החזום בישראל.

הפסיקה הישראלית מaira את ההשתמשות המשנית בנוהג בסוגיות המתייחסות לחוזים אחידים. קשה למצוא פסק דין שבמפורש ובכיוון מבסס את החלטת בית המשפט לפסול או לקבל תניה בחוזה אחד על הנוהג המסחרי. כשהשופטים משתמשים בביטויים "לפי דין והנוהג" ו"בדרך מקובלת" נראה שכוננותם היא להתייחס לנסיבות האירוע ולתאר את רקע העניין. בהמשך מסענו נטען שבמצבי הנוכחות בישראל הנוהג המסחרי נשאר אמת המידה המתאימה ביותר לאומדן של רמת הקיופו: הרי הנוהג המסחרי מש夸 את הפתרונות לסוגיות הנפוצות במסחר ואף את הנורמות המקובלות בחברה הישראלית; הנוהג המסחרי הוא קנה מידת ייעיל ואמין לאומדן הקיופו, שכן שינויים או הפתוחיות בדרכי הקיופו מקבלים להתחפות הנוהג. הנוהג הוא קנה מידת מגוון המבוסס על תמיימות-דעות וחברה, ובשל כך הוא משמש נורמה שמתאימה לחיי המעשה. הפרשנות השיפוטית של חוזים מקפנים

עליו "על פי דין", נחשב כתנאי מקפה. עם זאת "הוראות החוק [החוויים האחידים – אמר"] לא יגרעו מההוראות כל דין שעיל פיז עשו חוות או תנאי שבחוויה להיות בטיל".<sup>129</sup> לסתהויז ושפנץ, לעיל ה"ש 116, בעמ' 240. ראו ע"א 431/82 חסיד נ' פרוזות חברה ממשתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ, פ"ד לט(4) 451 (1985) (להלן: עניין חסיד).

<sup>129</sup> בנ"ן, חוזים אחידים, לעיל ה"ש 110, בעמ' 28.

<sup>130</sup> שם, בעמ' 22: בקשר לתוקף הודעה.

<sup>131</sup> ראו לעיל בפרק זה, חלק 3.2.4.2.