

החוזה כמוצר: לקראת תאוריה חומרית של עסקאות צרכניות

לפני למעלה מחמישים שנה טען ארתור לף כי חוזים צרכניים אחידים אינם חוזים במובן הרגיל, הנוצרים על בסיס משא ומתן והסכמה על התנאים, אלא מוצרים הנרכשים כפי שהם (as is). מאז התפתחו כללים משפטיים ייחודיים עבור עסקאות צרכניות, אולם החוזה האחיד עדיין נתפס במידה רבה ככזה השואב את כוחו המחייב מהסכמת הצדדים. בהתאם לכך, צרכנים מוחזקים כמי שמכירים את תנאיהם של חוזים אחידים, באופן שמקשה עליהם לתקוף תנאים מקפחים בהתדיינות מול ספקים. מאמר זה מציע כי מקור הבעיה הוא בהיעדר תאוריה נורמטיבית עצמאית של החוזה האחיד, הנבדלת מהתאוריה של חוזה הרגיל. בחלקו הראשון של המאמר אני סוקרת כמה מן "התאוריות הגדולות" של דיני החוזים. אני טוענת שהן אינן מתאימות לחוזים צרכניים אחידים משום שהן נשענות על הסכמת הצדדים או על היחסים ביניהם – יסודות שאינם רלוונטיים לחוזים אחידים. בהמשך לכך, ועל בסיס הטענה שהעסקה הצרכנית דומה למוצר, אני מציעה לשאוב את התשתית לתאוריה עצמאית של עסקאות צרכניות מתוך התאוריה החומרית. חלקו השני של המאמר מצביע על ההתאמה בין עקרונות התאוריה החומרית לבין מאפייניהם הייחודיים של חוזים צרכניים אחידים. בפרט, הוא מראה כי התאוריה החומרית מערערת את המושגים המקובלים של סיבתיות ואחריות אישית, ואינה מגבילה את רעיון הסוכנות לבני אדם בלבד. משכך, היא מאפשרת לנו לאמץ תפיסה מורכבת יותר של הסכמת הצרכן בהקשר החוזי, ולראות את העסקה הצרכנית כהתאגדות רבת-משתתפים הכוללת גם את המדינה והחוזה עצמו.

מבוא

חלפו למעלה מחמישים שנה מאז פורסם מאמרו הידוע של ארתור לף, "חוזה כדבר" (Contract as Thing)¹. במאמר טען לף שעסקאות צרכניות אינן צריכות להיחשב לחוזים, שכן הן חסרות מאפיין מרכזי של החוזה: תהליך של משא ומתן המוביל לעסקה. על פי התפיסה המקובלת, טען לף, חוזה הוא "תוצר של מאמץ יצירתי משותף" המוביל להרמוניזציה של

* ד"ר למשפטים; עמיתת מחקר באקדמיה ע"ש פולונסקי, מכון ון-ליר בירושלים. אני מודה לקוראים החיצוניים ולחברי מערכת "משפט חברה ותרבות" על הערותיהם המועילות לטייטה קודמת של המאמר.

1. Arthur Allen Leff, *Contract as Thing*, 19 Am. U. L. Rev. 131 (1970)

רצונות הצדדים,² בעוד שבעסקאות צרכניות הצרכן נדרש לקבל את החוזה כפי שהוא, ומבלי שקדם לכך משא ומתן על התנאים.³

לף הכיר, כמובן, את הכללים המשפטיים הייחודיים שהתפתחו לגבי עסקאות צרכניות. אולם הוא טען שאין בנמצא תאוריה ראויה של התופעה,⁴ ושהקטגוריה המשפטית של "חוזה אחיד" (contract of adhesion) גורמת יותר נזק מתועלת, שכן היא מנציחה את תפיסת העסקה הצרכנית כסוג של חוזה.⁵ לדידו של לף, עסקה צרכנית היא כזו שבה גם המוצר הנרכש וגם המסמך המפרט את תנאי הרכישה מעוצבים על ידי הספק באופן חד-צדדי. לפיכך, הצרכן רוכש את החוזה בדיוק כפי שהוא רוכש את המוצר. המסמך שמלווה את הרכישה אומנם נראה כלפי חוץ כמו חוזה רגיל, טען לף, אולם בהיעדר תהליך כלשהו של משא ומתן אין כל סיבה לחשוב עליו כשייך לקטגוריה משפטית שונה מזו של המוצר הפיזי.⁶

לף סבר שהמשגה של עסקאות צרכניות כמוצרים ולא כחוזים תוביל מאליה להתמקדות באיכותו של החוזה האחיד, במקום בתקינות תהליך הכריתה שלו. כך למשל, טען לף, תפיסת העסקה הצרכנית כמוצר מאפשרת להחיל עליה את דוקטרינת התניה המשתמעת (implied warranty) אשר התפתחה במשפט המקובל לגבי מכירת טובין, ולפיה הקונה רשאי להגיה שהמוצר הנרכש תואם את תיאורו בחוזה והוא בעל איכות סבירה.⁷ כמו כן, תפיסת העסקה הצרכנית כמוצר מאפשרת חשיבה מחדשת על מהותן של חובות גילוי בהקשר של עסקאות צרכניות. לדידו של לף, במקום לצפות מהצרכן לקרוא ולהבין את תנאי העסקה כפי שמקובל בהקשר מסחרי, על החוזה האחיד להכיל "תוויות אזהרה" ברורות לגבי תנאים "מסוכנים" לצרכן, בדיוק כמו אלה שנדרשות עבור מוצר שעלול לגרום להרעלה או להתחשמלות.⁸

הטיעון של לף בדבר הדמיון בין עסקה צרכנית למוצר קנה אחיזה בחשיבה המשפטית, והוא מהווה נקודת פתיחה מקובלת להצעות רפורמה בתחום החוזים האחידים.⁹ אולם

2 שם, בעמ' 138 (התרגום שלי, א"פ).

3 שם, בעמ' 141.

4 שם, בעמ' 143.

5 שם, בעמ' 142-144.

6 שם, בעמ' 145-147.

7 שם, בעמ' 151. על דוקטרינת התניה המשתמעת, ראו: William L. Prosser, *The Implied Warranty of Merchantable Quality*, 27 Minn. L. Rev. 117 (1943).

8 Leff, לעיל ה"ש 1, בעמ' 153-155.

9 לפי המאגר Heinonline, מאמרו של לף אוזכר למעלה מ-250 פעמים בספרות המשפטית. מאמר ידוע במיוחד של אליזבת' וורן ואורן בר-גיל שנכתב בשלהי משבר הסאב-פריים ושבעקבותיו, בין היתר, הוקמה ה־Consumer Financial Protection Bureau בארה"ב, התבסס כולו על האנלוגיה בין הלוואות צרכניות מסוכנות לבין מוצרים פגומים: Elizabeth Warren & Oren Bar-Gill, *Making Credit Safer*, 157 U. PA. L. REV. 1 (2008) ללף, ראו לרוגמה Susan Block-Lieb & Edward J. Janger, *Fit for its Ordinary Purpose: Implied Warranties and Common Law Duties for Consumer Finance Contracts*, 59 Hous. L. Rev. 551, 555 (2021); Yehuda Adar & Shmuel I. Becher, *Ending the License to Exploit: Administrative Oversight of Consumer Contracts*, 62 B.C. L. Rev. 2405, 2441-2442 (2021).

דומה שהביקורת שלו בדבר היעדר תאוריה עצמאית של עסקאות צרכניות עודנה תקפה. הכתיבה האקדמית על חוזים צרכניים אחידים אומנם פרוחה בעשורים האחרונים, בין היתר בעקבות גשוגו המחקר האמפירי של המשפט, ובפרט המחקר בתחום הכלכלה ההתנהגותית. ניסויים אמפיריים שבחנו (היעדר) קריאה של חוזים אחידים¹⁰ והזיהוי השיטתי של ההטיות הקוגניטיביות שצרכנים חשופים להן בעת קבלת החלטות,¹¹ העמיקו את ההבנה של חוקרים וקובעי מדיניות בדבר השוני בין חוזים אחידים לחוזים רגילים וחיזקו את המסקנה של לפי בדבר הדמיון בין עסקה צרכנית למוצר. עם זאת, גם כיום "הגישה הרווחת היא לראות בחוזים [אחידים] חוזים לכל דבר".¹² דיני החוזים האחידים עדיין נתפסים כענף של דיני החוזים הכלליים, והתפיסה שלפיה הסכמת הצדדים היא מקור החבות החוזית מוסיפה ללוות את החשיבה המשפטית על החווה הצרכני האחיד.

בהקשר הישראלי, דוגמה טובה לכך היא פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת בנק לאומי, אשר בו התקבל חלקית ערעור הבנק על הכרעת בית הדין לחוזים אחידים.¹³ בעניין זה נדונה השאלה האם סעיפים שונים בטופס "התנאים הכלליים לניהול חשבונות/ פיקדונות" של בנק לאומי הם תנאים מקפחים בחווה אחיד. לצד זאת נדונה ההצהרה במכתב הנלווה לטופס שלפיה הלקוחות מאשרים שקראו את התנאים והם מסכימים עם האמור בהם.¹⁴ בית הדין לחוזים אחידים סבר שהצהרה זו היא מקפחת ויש לבטלה, שכן "בהתחשב בטיבו של החווה, מורכבותו ובכך שהלקוח הרגיל ממילא אינו יכול להשפיע על תוכנו, סביר להניח שחלק גדול של החותמים על החווה לא יקראו את החווה".¹⁵ בית הדין אף קבע כי ההגנה של חוק החוזים האחידים "מבוססת, למעשה, על ההנחה שהלקוח הרגיל אינו קורא את החווה או אינו מבינו, ועל כל פנים אין לראותו כמי שמסכים הסכמה אמיתית לתוכנו".¹⁶ אולם במסגרת ערעור הבנק, הפך בית המשפט העליון את הכרעתו של בית הדין והבהיר שעמדתו בדבר מטרת חוק החוזים האחידים "אינה מקובלת עלינו, שכן

10 ראו לדוגמה, Uri Benoliel & Shmuel I. Becher, *The Duty to Read the Unreadable*, 60 B.C. L. REV. 2255 (2019); Yanis Bakos et.al, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, 43 J. LEGAL STUD. 1, 19–22 (2014).

11 ראו לדוגמה Eyal Zamir & Doron Teichman, *Behavioral Law and Economics* 281–324 (2018); Shmuel I. Becher, *Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts*, 68 LA. L. REV. 117 (2007).

12 שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים צרכניים" עיוני משפט לג 277, 284 (2010) (להלן: בכר, ניתוח התנהגותי).

13 ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפט לממשלה (נבו 18.2.2010). בית הדין הוא טריבונל ייחודי שהוקם על פי חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, על מנת לדון בבקשות של היועץ המשפטי לממשלה (או גופים אחרים המפורטים בסעיף 16 לחוק) לביטול או שינוי של תנאי מקפח בחווה אחיד. על החלטות בית הדין ניתן לערער ישירות לבית המשפט העליון (ס' 10 לחוק).

14 עניין בנק לאומי, לעיל ה"ש 13, פס' 5.

15 ע"ש (מחוזי י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, פ"ד התשס"ג(1) 481, 669 (2004).

16 שם, בעמ' 670.

בניסוחה הגורף שומטת היא למעשה את הבסיס מעצם קיומם ה'חוזי' של החוזים האחידים".¹⁷ תחת זאת קבע בית המשפט כי "אדם החותם על הסכם... לא יישמע בדרך כלל בטענה כי חתם מבלי להבין את תוכן המסמך או כי אין די בחתימתו לבטא את הסכמתו לתנאיו", וכי "אין מקום או הצדקה להבחין לעניין זה בין חתימה על חוזה 'רגיל' לבין חתימה על חוזה 'אחיד'".¹⁸ בית המשפט הסכים, אומנם, ש"ההצהרה הנוספת של הלקוחות כי 'קראנו את התנאים הכלליים' מעוררת אי נוחות מסוימת... נוכח הפער הגדול שבין אותה הצהרה לבין המציאות המוכרת כפי שבוארו הדברים בפסק הדין קמא", אולם הכריע כי "אי נוחות זו אינה עולה כדי תנאי מקפח".¹⁹

בעקבות פסק הדין שינה המחוקק את חוק החוזים האחידים וקבע במפורש כי תנאי שלפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר כי קרא את החוזה, חזקה עליו שהוא מקפח.²⁰ אולם השינוי בחוק פתר בעיה נקודתית, בעוד שהקושי העקרוני – זיהוי הבסיס הנורמטיבי הראוי לאכיפה של חוזים צרכניים אחידים – נותר בעינו. גם עשרות שנים אחרי מאמרו של לף סירב בית המשפט העליון לשלול את "האופי החוזי" של חוזים אחידים, וקבע כי חתימה על חוזה אחיד מעידה על הסכמה לתנאיו.

בהקשר האמריקני, ניתן לזהות קושי מסוג דומה בדיונים סביב ה"Restatement of Consumer Contracts", שאושרה לאחרונה על ידי ה"American Law Institute".²¹ בריסטייטמנט נקבע כי תנאי בחוזה אחיד הופך למחייב אם הצרכן מראה הסכמה לעסקה (manifests assent to the transaction), לאחר שנתינו לו (1) הודעה סבירה (reasonable notice) על אודות התנאי והכוונה לכלול אותו בעסקה, ו-(2) הזדמנות סבירה לבחון (reasonable

17 עניין בנק לאומי, לעיל ה"ש 13, בפס' 7.

18 שם.

19 שם, בפס' 8.

20 ס' 4(12) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982. בדברי ההסבר להצעת החוק צוין, בנוגע לפס"ד בעניין בנק לאומי, כי "קיים חשש שהחלטה זו של בית המשפט העליון תגרור הכשלתם של לקוחות ותביא לפגיעה בהם, באופן שאינו עומד בקנה אחד עם מטרת חוק החוזים האחידים" (דברי הסבר להצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 5), התשע"א-2010, ה"ח 547, 295). לדיון בסוגיה זו, ראו גם משה גלברד ויהודה אדר "הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4): עיון ביקורתי" חוקים ה 99, 115-121 (2013).

21 המליאה של ה-ALI הצביעה על אישור הריסטייטמנט במאי 2022. ראו: RESTATEMENT OF THE LAW – CONSUMER CONTRACTS, (AM. L. INST. 2022) ה"ח American Law Institute הוא ארגון עצמאי של שופטים, עורכי דין ואנשי אקדמיה הפועל למען הבהרה ושיפור של החוק, בין היתר באמצעות ייצור Restatements of the Law בתחומי משפט שונים. ריסטייטמנט הוא חיבור שמתיימר לארגן ולסכם את עקרונות החוק הנוהג בתחום מסוים על פי החקיקה והפסיקה, אך למעשה הוא "מהלך על הגבול הדק שבין הפוזיטיבי והנורמטיבי", ומשקף פעמים רבות את גישת עורכיו בסוגיות שנויות במחלוקת (ראו: Adam J. Levitin et.al, *The Faulty Foundation of the Draft Restatement of Consumer Contracts*, 36 YALE J. ON REG. 447, (2019) 448-449). לריסטייטמנט עצמם אין תוקף משפטי מחייב, אולם בתי משפט נעזרים בהם תדיר כמקור פרשני ועל כן הם נחשבים לבעלי השפעה רבה על התפתחות המשפט.

המסורתית, ורק מחזק אותה על ידי דרישה נוספת להודעה סבירה על התנאים והזדמנות סבירה לעיין בהם. אולם כפי שטען מלווין אייזנברג, בפועל דרישות ההודעה הסבירה וההזדמנות הסבירה מהוות תחליף לדרישת ההסכמה. אילו הייתה הבעת הסכמה לעסקה תנאי לאכיפת החווה, היה זה מיותר לדרוש מהמוכר שיספק גם הודעה סבירה והזדמנות סבירה לבחינת התנאים; ואם בפועל המוכר יעמוד בדרישות ההודעה הסבירה וההזדמנות הסבירה, נראה כי הוא יוכל לבקש אכיפה של החווה מבלי שיידרש לספק הוכחה נפרדת להבעת הסכמה.²³ כלומר, ברמה ההצהרתית עורכי הריסטייטמנט לא ויתרו על יסוד ההסכמה כתנאי לאכיפת החווה האחיד, בדיוק כפי שהסכמה היא תנאי לאכיפת חוזה רגיל;²⁴ אולם בפועל הם הסתפקו ברף נמוך יותר של הודעה מראש והזדמנות לבחון את תנאי החווה, כנראה מפני שגם הם מבינים שצרכנים אינם קוראים באמת חוזים אחידים ומסכימים עם האמור בהם.²⁵ התוצאה היא ניסוח משפטי מעורפל, שאוחז בדרישת ההסכמה ומותר עליה בו בזמן.

אם כן, למרות ההבנה הגורפת בקרב הקהילה המשפטית שהמציאות של חוזים צרכניים אחידים רחוקה שנות אור מהמציאות של חוזים מסחריים רגילים, ולמרות הניסיון לייצר הסדרים מיוחדים המותאמים לאופי החד-צדדי של החווה האחיד, דיני החוזים האחידים מתקשים להשתחרר באופן מלא מהתפיסה המקובלת של הסכמת הצדדים כבסיס לחבות החווה. בשתי הדוגמאות שהובאו לעיל, התוצאה המעשית היא שצרכנים עלולים שלא לזכות להגנה המשפטית שהם זקוקים לה במערכת היחסים עם ספקים.

במאמר זה אטען שהיחס האמביוולנטי להסכמה בדיני החוזים האחידים נובע מהיעדר תאוריה נורמטיבית עצמאית של החווה הצרכני האחיד, הנבדלת מזו של החווה המסחרי ה"רגיל". התאוריות המקובלות של דיני חוזים נשענות, רובן ככולן, על הסכמת הצדדים או על היחסים האישיים ביניהם כהצדקה לאכיפת החווה. אולם מאחר שיסודות אלה אינם מתקיימים בעסקה צרכנית, התאוריות הללו אינן מסבירות מדוע ראוי לאכוף חוזים אחידים.²⁶ בהמשך לכך אציע שאם העסקה הצרכנית דומה יותר למוצר מאשר לחווה, כפי שטען לך, הרי שאת היסודות לתאוריה נורמטיבית הולמת שלה יש לחפש בתאוריות העוסקות ביחסים בין אנשים וישויות לא-אנושיות, ולא רק בתאוריות של יחסים בין בני אנוש לבין עצמם.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE, RESTATEMENT OF THE LAW – CONSUMER CONTRACTS §2 22
(Tentative drft., April 18, 2019), https://www.ali.org/media/finder_public/05/30/053007a1-2b37-4142-b9c3-7a881e847d50/consumer_contracts_-_td_-_online.pdf

Melvin Eisenberg, *The Proposed Restatement of Consumer Contracts, if Adopted, Would Drive a Dagger Through Consumers' Rights*, NOTICE & COMMENT (March 20, 2019), <https://www.yalejreg.com/nc/the-proposed-restatement-of-consumer-contracts-if-adopted-would-drive-a-dagger-through-consumers-rights-by-melvin-eisenberg> 23
ראו גם: Dee Pridgen, *ALI's Restatement of the Law of Consumer Contracts: Perpetuating a Legal Fiction?* 32 LOY. CONSUMER L. REV. 540 (2020)

ראו לדוגמה) §17 (AM.L.INST. 1981) RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS 24

Eisenberg, לעיל ה"ש 23, שם. 25

השוו: Rakoff, להלן ה"ש 78, בעמ' 1180, 1284-1283; NATHAN B. OMAN, THE DIGNITY OF COMMERCE: MARKETS AND THE MORAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW 134 (2016) 26

המחשבה התאורטית שהתפתחה במסגרת "המפנה החומרי" במדעי החברה והרוח, כך אטען, מציעה תוכנות רלוונטיות במיוחד בהקשר זה.

מכלול הכתיבה והמחקר העוסק בחומר ובחומריות בעשורים האחרונים הוא מורכב ורב־תחומי, ומאמר זה לא יתיימר, כמובן, להציגו במלואו. תחת זאת, אתמקד בכמה תמות מרכזיות בכתיבה החומרית, ובפרט בתוכנות שהיא מציעה לנו בנוגע למושג הסוכנות (agency). בכך שהיא מייחסת סוכנות לא רק לבני אדם אלא גם לישויות לא־אנושיות, התאוריה החומרית מאפשרת לנו לחפש את ההצדקה לאכיפת חוזים אחידים ביחסי הצדדים עם החוזה/מוצר עצמו, ואף להכיר בתפקידה הפעיל של המדינה במסגרת החוזה האחיד. כמו כן, מאחר שהיא מערערת את מושג הסיבתיות ומשנה את התפיסה המקובלת של סוכנות, התאוריה החומרית מאפשרת לנו לגבש תפיסה מורכבת יותר של הסכמת הצרכן ותפקידה במסגרת החוזה. אומנם, התוכנות שניתן לחלץ מהתאוריה החומרית אינן מולידות מסקנות נורמטיביות חד־משמעיות. כך למשל, עצם ההכרה בתפקידה של המדינה במסגרת החוזה האחיד אינה משמיעה לנו, בפני עצמה, מה צריכה להיות מידת הפיקוח של המדינה על חוזים אחידים. אולם תאוריה שלמה ועצמאית של חוזים צרכניים אחידים צריכה בראש ובראשונה לענות על השאלה התיאורית־אנליטית מהו טבעו של החוזה הצרכני האחיד, וכיצד הוא נבדל מהחוזה הרגיל. רק על סמך תשובה טובה לשאלה זו ניתן להמשיך ולענות כראוי על השאלות הנורמטיביות.²⁷ כך למשל, איננו יכולים להגדיר את היקף האחריות החוזית בלי להבין תחילה מי הם בכלל הצדדים השותפים לחוזה. בהקשר התיאורית־אנליטי, כך אטען, החשיבה החומרית מספקת לנו כלים טובים בהרבה מאלה של התאוריות הקיימות כדי לחשוב על החוזה הצרכני האחיד, ועל כן היא יכולה להתוות את הכיוון הנכון להתמודדות עם השאלות הנורמטיביות.

לבסוף יצוין כי לחוזים צרכניים אחידים, כמו לחוזים בכלל, ישנם כמובן גם מאפיינים חומריים של ממש, כגון ניירת או טכנולוגיות דיגיטליות. עם זאת, במאמר זה לא אשתמש בתאוריה החומרית כדי לעסוק במאפיינים הללו. בעקבות לף, וכאמור לעיל, אתייחס לחומריות של החוזה הצרכני האחיד בעיקר כמטאפורה שמאפשרת לנו לגבש אינטואיציות נורמטיביות נכונות יותר.²⁸

המאמר ימשיך כדלהלן: בפרקים א' ו־ב' אציג כמה מן "התאוריות הגדולות" של דיני החוזים, ואסביר מדוע אין הן מתאימות לחשיבה על חוזים צרכניים אחידים. לצורך כך, אעמוד בפרוט על מאפייניו הייחודיים של החוזה האחיד. בפרק ג' של המאמר אפרוש כמה מן העקרונות הבסיסיים של "המפנה החומרי" במדעי החברה והרוח, ואגב כך אשרטט קווי מתאר לתאוריה חומרית של החוזה הצרכני האחיד. לבסוף אסכם את הטענות ואצביע על השלכותיו האפשריות עבור דיני החוזים בכלל.

27 השוו: Stephen A. Smith, *Towards A Theory of Contract*, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE: FOURTH SERIES 107 (Jeremy Horder ed., 2000).

28 Leff, לעיל ה"ש 1, בעמ' 132-133.

א. התאוריות הגדולות של חוזים

החל מאריסטו, דרך ימי הביניים ועד למאה השמונה עשרה, מידת ההוגנות של החווה הייתה שיקול מוכר וחשוב בהכרעה על אכיפתו.²⁹ בהתאם לכך, בתי המשפט נתפסו כבעלי סמכות להעריך את המחיר החוזי ולהכריע האם הוא סוטה מן המקובל בשוק.³⁰ אולם במאה התשע עשרה, במקביל לעליית הליברליזם ואידאולוגיית השוק החופשי, התפתחה במשפט האנגלו-אמריקני התאוריה הקלאסית של החווה אשר כפרה בלגיטימיות של פיקוח שיפוטי על תוכנם של חוזים. על פי תאוריה זו, רצון הצדדים הוא מקור החובה החוזית, ועל כן הצדק החוזי מתבטא בחירות של הצדדים לעצב את החווה כרצונם, ותפקיד המדינה הוא אך ורק לאכוף את מה שהצדדים הסכימו עליו.³¹

סביב אמצע המאה העשרים, עם עליית גישות היסטוריות, סוציולוגיות וביקורתיות למשפט, ירדה קרנה של התאוריה הקלאסית והיא הפכה מטרה לביקורת בקרב מלומדים.³² חלק מהמבקרים טענו שהעיקרון המנחה את בתי המשפט בהכרעות על אכיפה של חוזים אינו רצון הצדדים כלל ועיקר, אלא קיומן של טובת הנאה מצד המבטיח והסתמכות מצד הנבטח.³³ ידועה בהקשר זה הכרזתו של גרנט גילמור על "מותו של החווה", כאשר הכוונה לחווה כפי שהוא מצטייר בתאוריה הקלאסית.³⁴ מבקרים אחרים טענו שהעיקרון של הגנה על רצון הצדדים הוא חסר מובן בשוק שאינו באמת חופשי, ושהיחסים בו מבטאים דרגות שונות של כפייה כלכלית.³⁵ לדירם, אף שבתי המשפט אוחזים ברטוריקה של רצון הצדדים, הכרעותיהם מבטאות מכלול של שיקולי מדיניות חברתית.³⁶ לביקורת אלה הצטרף הניתוח

- 29 ראו: James Gordley, *Equality in Exchange*, 69 CAL. L. REV. 1587, 1588–1590, 1603–1612 (1981); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 20–22 (מהדורה שנייה 2019).
- 30 Gordley, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1588–1589; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 21.
- 31 Gordley, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1600–1601; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 18–20, 34; ענת רוזנברג "הפרט החוזי בין אינדיבידואליזם לקולקטיביזם" משפט ועסקים יג 379, 388 (2010).
- 32 CHARLES FRIED, *CONTRACT AS PROMISE* 2–5 (1981).
- 33 ראו: PATRICK S. ATIYAH, *THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT* (1979); James Gordley, *Enforcing Promises*, 83 CAL. L. REV. 547 (1995).
- 34 GRANT GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT* (1974).
- 35 ראו: Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 POL. SCI. Q. 470, 472–474 (1923). דוגמה מרכזית של הייל היא יחסי עובד-מעביד. אם בעל מפעל מרע את תנאי השכר של הפועל זוהי כפייה כלכלית, שכן ה"ברירה" העומדת בפני הפועל היא לקבל את הרעת התנאים או להתפטר ולאבד לחלוטין את מקור הפרנסה שלו. שם.
- 36 ראו: Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685 (1976); Anthony Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 472 (1980).

הכלכלי של המשפט, שהיה אז בראשית דרכו, והסביר את הכרעות בתי המשפט בדיני החוזים במונחים של השאת היעילות.³⁷

בתגובה לביקורות אלה, ועם הפיכתו של השוק לקטגוריה דומיננטית בחשיבה על ארגון חברתי,³⁸ המפעל התאורטי של הצדקת דיני החוזים תפס תאוצה מחודשת. החל מראשית שנות השמונים של המאה העשרים ניסו הוגים רבים לפתח "תאוריות גדולות" של דיני החוזים, כלומר תאוריות שאינן מנסות להסביר סוגיה משפטית מסוימת (תום לב במשא ומתן, פרשנות, כפייה וכדומה) אלא להתוות תשתית רעיונית ומושגית לדיני החוזים בכללותם.³⁹ אף על פי שתאוריות אלו נבדלות בבירור מהתאוריה הקלאסית של החוזה, כולן סובבות במידה כזו או אחרת סביב הצדדים לחוזה והיחסים ביניהם. אסקור כאן כמה מהבולטות שבהן.

הניסיון הידוע ביותר להעמיד "תאוריה גדולה" של חוזים במחצית השנייה של המאה העשרים הוא, ככל הנראה, ספרו של צ'רלס פריד חוזה כהבטחה.⁴⁰ על פי פריד, החובה לקיים חוזים היא לא יותר ממקרה פרטי של החובה המוסרית לקיים הבטחות.⁴¹ הבטחה היא מוסכמה או מוסד חברתי שנועד לייצר אמון בין אנשים, וכך לאפשר שיתופי פעולה ולהרחיב את טווח האפשרויות העומד בפני הפרט.⁴² מאחר שהמטרה של הבטחה היא לעורר אמון, הפרה של הבטחה היא ניצול לרעה של האמון שאדם אחר נתן בו. זוהי צורה של שימוש באדם אחר למטרותיי שלי, המפרה את הצו הקטגורי של קאנט,⁴³ ולכן היא פסולה מבחינה מוסרית.⁴⁴ כמו כן, לגיטימציה להפרת הבטחות פירושה שאיננו מתייחסים ברצינות למבטיח כסובייקט חופשי ורציונלי שיכול לבחור לכבול את עצמו.⁴⁵ פריד סבור שהחובה

- 37 ראו: RICHARD POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (2nd ed. 1977). לדין בניתוח הכלכלי של המשפט, ראו להלן את הטקסט הסמוך לה"ש 55-60.
- 38 ראו: DANIEL T. RODGERS, *AGE OF FRACTURE* 41-76 (2011).
- 39 את המונח "תאוריה גדולה" (grand theory) טבע הסוציולוג צ'רלס רייט מילס כדי לציין תאוריה מופשטת שמתמקדת בארגון מושגי. ראו: C. WRIGHT MILLS, *THE SOCIOLOGICAL IMAGINATION* (1959).
- 40 Fried, לעיל ה"ש 32. במידה רבה, התאוריה של פריד מהווה נקודת ייחוס לכל הכתיבה התאורטית בדיני חוזים מאז. ראו לדוגמה DORI KIMEL, *FROM PROMISE TO CONTRACT: TOWARDS A LIBERAL THEORY OF CONTRACT* (2003); Seana Valentine Shiffrin, *The Divergence of Contract and Promise*, 120 HARV. L. REV. 708 (2007).
- 41 Fried, לעיל ה"ש 32, בעמ' 17.
- 42 שם, בעמ' 8, 14.
- 43 הצו הקטגורי נחשב ללב תורתו המוסרית של הפילוסוף עמנואל קאנט, והוא מופיע בכמה נוסחים שונים בכתביו. בנוסחו הכללי והידוע ביותר, הצו קובע שעל האדם לפעול רק בהתאם לכללי פעולה שאותם היה מוכן לקבל כחוקים אוניברסליים (עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות 85 (חנן אלשטיין מתרגם 2010)). בנוסח אחר וספציפי יותר, הצו קובע שעל אדם להתייחס לאנשים אחרים כתכלית בפני עצמם, ולא רק כאמצעים להשגת מטרתו שלו (ראו לדוגמה שם, בעמ' 104).
- 44 Fried, לעיל ה"ש 32, בעמ' 17.
- 45 שם, בעמ' 20-21.

(המוסרית) לקיים הבטחות היא העיקרון המאחד של דיני החוזים, והיא באה לידי ביטוי בכל הכללים המרכזיים שלהם.⁴⁶

“תאוריה גדולה” אחרת של דיני החוזים הציע רנדי ברנט.⁴⁷ לפי ברנט, את החובה לקיים חוזים יש להבין בהקשר של מכלול הזכויות המשפטיות שיחידים יכולים לקבל ולהעביר. דיני החוזים הם חלק ממערכת הזכויות החולש על מקרים שבהם זכויות קיימות עוברות בין אנשים על בסיס הסכמה.⁴⁸ דרישת ההסכמה מגינה על החירות של בעל הזכאות שכן היא מבטיחה שהוא לא יאבד את זכאותו בטעות או בכפייה, ובה בעת היא מחייבת קונים פוטנציאליים לכבד אותו ולקחת בחשבון את האינטרסים שלו. לפיכך, הסכמתו של בעל הזכאות להעביר את זכותו היא הרכיב המוסרי שמבחין בין העברת זכאות תקפה להעברה שאינה תקפה.⁴⁹ כמו פריד, גם ברנט מנסה להראות שהתאוריה שלו יכולה לעגן את הכללים הקיימים בדיני החוזים. בפרט, הוא טוען שהיא מצדיקה את הדרישה להבעת הסכמה אובייקטיבית, קרי הסכמה שיש לה עדות חיצונית, שכן מערכת שמטרתה העברת זכויות חייבת לאפשר לאנשים לגלות באופן עצמאי וברור את קיומן או היעדרן של זכויות.⁵⁰

תאוריה נוספת, שפיתח דניאל מרקוביץ, מתמקדת בתפקידו של החווה כמכשיר ליצירת שיתוף פעולה. מרקוביץ טוען שהתאוריות הקודמות לשלו הן אינדיבידואליסטיות בעיקרן, ומצביעות על היתרונות שהחווה נותן לכל אחד מהצדדים בנפרד. לפי מרקוביץ, לעומת זאת, הגרעין המוסרי של החווה טמון ביחסים שהוא יוצר בין הצדדים לו, אשר הופכים אותם למעין קהילה.⁵¹ מוסד החווה מקדם את ערך הקהילה על ידי התווית כללים פורמליים לשיתוף פעולה לשם השגת מטרה משותפת, גם – ולמעשה בעיקר – כאשר האינטרסים של הצדדים לחווה הם אנוכיים לחלוטין, ואף מנוגדים זה לזה.⁵² זאת משום שבמסגרת של חווה, כל צד הופך את הצלחת המטרה של הצד האחר למטרה שלו עצמו, ומאציל לצד האחר סמכות לדרוש ממנו לבצע את החווה.⁵³ באופן זה נוצרת קהילה של שיתוף פעולה, שבה כל צד חייב לכבד את האחר ולהתייחס אליו כמטרה בפני עצמה, ולא רק ככלי להשגת מטרתו שלו.⁵⁴

46 שם, בעמ' ix “At the level of theory I hope to show that the law of contract does have an underlying, unifying structure, and at the level of doctrinal exposition I hope to show that that structure can be referred to moral principles”) הדוקטרינות החוזיות הנדרונות בפירוט בפרקי הספר הן תמורה, הצעה וקיבול, השלמת החווה, תום לב, כפייה ואי-מצפוניות (unconscionability).

47 Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, 86 COLUM. L. REV. 269 (1986)

48 שם, בעמ' 270. זאת בניגוד, למשל, לדיני הנוזיקין, אשר חולשים על זכויות שנוצרות כתוצאה מפגיעה בזכותו של אחר.

49 שם, בעמ' 297-299.

50 שם, בעמ' 302-305.

51 Daniel Markovits, *Contract and Collaboration*, 113 Yale L.J. 1417, 1419-1420 (2004)

52 שם, בעמ' 1420, 1449-1451.

53 שם, בעמ' 1461-1462.

54 שם, בעמ' 1463. זהו שוב ביטוי של הצו הקטגורי של קאנט, ראו לעיל ה"ש 43.

במסגרת התאוריות הגדולות ראוי כמובן לציין גם את הניתוח הכלכלי של דיני חוזים. לפי הניתוח הכלכלי, מטרתם של דיני החוזים היא לאפשר לצדדים להשיא את הרווח המשותף שלהם מהחווה (contractual surplus).⁵⁵ הטענה הכלכלית הבסיסית היא שאכיפה של חוזים היא רצויה מפני שהיא מאפשרת לצדדים להגשים טווח רחב של עסקאות שהן משרות-רווחה. ההנחה היא שבהיעדר כשלי שוק או פערי מידע משמעותיים, הצדדים יגבשו בעצמם את התנאים שיביאו להשאת הרווח החוזי המשותף,⁵⁶ ושבהיעדר מדד אובייקטיבי למידת התועלת שצדדים ספציפיים ישאבו מעסקה כזו או אחרת, "עצם הסכמתם הרצונית של הצדדים לעסקה מעידה כי העסקה משפרת את רווחתם".⁵⁷ לפיכך, אף על פי שהסכמת הצדדים אינה הערך האולטימטיבי שמנחה את הניתוח הכלכלי של חוזים,⁵⁸ קיומה או היעדרה הוא רכיב חשוב ביישום של ניתוח כלכלי לסוגיות של אכיפה. הנחה חשובה נוספת של הניתוח הכלכלי היא שהבחירה של הצדדים האם להיכנס לחווה או לא נעשית על פי העדפות אישיות קבועות.⁵⁹ בשל ההנחה שהצדדים יודעים טוב יותר מהרגולטור מהן ההעדפות האישיות שלהם, חסידי הניתוח הכלכלי הקלאסי נוטים להתנגד להתערבות בתוכן החווה גם בהקשר של עסקאות צרכניות, על אף קיומם של פערי מידע ברורים בעסקאות כאלו.⁶⁰ לבסוף, בעשור האחרון הוצעו חנוך דגן ומייקל הלר את תאוריית הבחירה של דיני החוזים.⁶¹ דגן והלר טוענים שהערך האולטימטיבי בבסיס דיני חוזים ליברליים הוא ערך האוטונומיה – קרי, היכולת של אדם לכתוב בעצמו את סיפור חייו; ושתנאי לאוטונומיה הוא החירות לבחור בין מגוון של אפשרויות בעלות ערך.⁶² לפיכך, הם טוענים, זוהי חובתה של המדינה לא רק לאכוף חוזים, אלא לתמוך באופן אקטיבי ביצירת טיפוסים רבים ומגוונים של

Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 55
113 YALE L.J. 541, 544 (2003); Jody S. Kraus, *Reconciling Autonomy and Efficiency
.in Contract Law: The Vertical Integration Strategy*, 11 PHIL. ISSUES 420, 420 (2001)

Schwartz & Scott, לעיל ה"ש 55, בעמ' 554.

עמרי בן שחר ויובל פרוקצ'יה "חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 153, 154-153 (אוריאל
פרוקצ'יה עורך, 2012). ראו גם: OMAN, לעיל ה"ש 26, בעמ' 142.

למעשה לא ברור מהו הערך האולטימטיבי שבבסיס הניתוח הכלכלי, שכן דומה שהשאת הרווחה
אינה ערך העומד בפני עצמו. ראו Kraus, לעיל ה"ש 55, בעמ' 430-428; HANOCH DAGAN &
MICHAEL HELLER, *THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS* 11-12 (2017).

Oren Bar-Gill, *Choice Theory and the Economic Analysis of Contracts: Comments on
Dagan and Heller's, The Choice Theory of Contracts*, 20 JERUSALEM REV. LEG. STUD.
79, 87-89 (2019).

Richard A. Epstein, *The Neoclassical Economics of Consumer Contracts*, 92 MINN.
L. REV. 803 (2008); דורון טייכמן, איל זמיר ויובל פרקש "ניתוח התנהגותי של דיני החוזים:
ממצאים אמפיריים, תובנות תאורטיות והשלכות משפטיות" ספר גבריאלה שלו – עיונים
בתורת החווה 1, 4-5 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים) (2021). מנגד, כלכלנים של
המשפט המאמצים את גישת הכלכלה ההתנהגותית תומכים בהתערבות רגולטורית בהקשר של
חוזים צרכניים בגלל פערי המידע והרציונליות המוגבלת של צרכנים. ראו לדוגמה שמואל בכר
ואורן בר-גיל "הגנת הצרכן" הגישה הכלכלית למשפט 223 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

DAGAN & HELLER, לעיל ה"ש 58.

שם, בעמ' 69.

חוזים שפרטים יוכלו לבחור ביניהם.⁶³ דגן והלר מדגישים שבעולם המודרני נדיר שצדדים מעצבים בעצמם את תנאי החוזים שלהם מאפס. לפיכך המשמעות החשובה ביותר של "חופש החוזים" אינה החירות לעצב את תנאי החווה הספציפי, אלא היכולת לבחור מבין טווח רחב מספיק של "מוצרי מדף" חוזיים שהם אטרקטיביים מבחינה נורמטיבית.⁶⁴ מכך נגזר גם שדיני החוזים אינם יכולים להיות כלליים לגמרי, ואופן היישום של הכללים המשפטיים צריך להשתנות לפי הטיפוס החוזי הרלוונטי וסוג מערכת היחסים שהוא מבטא.⁶⁵ בהתאם לכך, אף כי הם טוענים שרצוניות (voluntariness) עומדת בבסיס כל טיפוס החוזים,⁶⁶ דגן והלר מכירים בייחוד של החווה הצרכני האחיד. הם טוענים כי בעסקאות צרכניות שבהן התנאים מוכתבים על ידי הספק, הדרך לקיים את דרישת הרצוניות היא להבטיח שתנאי החווה יתאמו את הציפיות הטיפוסיות של הצרכן בעסקה מאתו סוג.⁶⁷ במקרה כזה, הם טוענים, "ייחוס הסכמה לצרכן אינו מעורר התנגדות יותר מייחוס הסכמה לקונה של מכונית שאין לו כל ידע על תכונותיה המכניות".⁶⁸ אשוב להשוואה זו בהמשך.

סקרתי את התאוריות השונות באריכות יחסית כדי להדגיש עד כמה החשיבה המודרנית-ליברלית על חוזים ממוקדת בצדדים לחווה וביחסים ביניהם. כך למשל, פריד מציין שהבטחת קשורות בטווח לייחוסים בין אנשים (relational),⁶⁹ ושראיית עקרון ההבטחה כבסיס לחובה החוזית משמעותה התמקדות ברצון הצדדים.⁷⁰ גם ברנט מאפיין את התאוריה שלו ככזו שמתמקדת ביחסים בין אנשים ומטרתה להגן על האוטונומיה שלהם.⁷¹ מרקוביץ, מצידו, מודה שהתאוריה שלו מתאימה בעיקר לחוזים בין אנשים, להבדיל מחוזים בין אנשים ותאגידים.⁷² הניתוח הכלכלי, כאמור, נשען על ההנחה שחוזים הם תוצר של הסכמה המבטאת את העדפות הצדדים. למעשה, כל התאוריות הגדולות שנמנו לעיל רואות באוטונומיה, ברצון, בהסכמה או בשיתוף הפעולה של הצדדים מאפיין מהותי של החווה.

דומה שאת ההיבטים המשותפים הללו ניתן ללכוד בצורה הטובה ביותר באמצעות מושג הסוכנות (agency). למושג זה אין אומנם הגדרה אוניברסלית מוסכמת,⁷³ אולם ככלל הוא מתייחס ליכולת שיפוט, בחירה, התכוונות (intentionality) ותכליתיות (purposiveness)

- 63 שם, בעמ' 4, 6, 72-74.
- 64 שם, בעמ' 2-3.
- 65 שם, בעמ' 7.
- 66 שם, בעמ' 82-83.
- 67 שם. תפיסה זו דומה לזו שהציע קרל לואלין לגבי המשמעות של הסכמה בהקשר של חוזים אחידים. ראו: KARL LEWELLYN, THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS 370 (1960).
- 68 Dagan & Heller, לעיל ה"ש 58, בעמ' 83 (התרגום שלי, א"פ).
- 69 Fried, לעיל ה"ש 32, בעמ' 45.
- 70 שם, בעמ' 4.
- 71 Barnett, לעיל ה"ש 47, בעמ' 320.
- 72 Markovits, לעיל ה"ש 51, בעמ' 1421, 1467.
- 73 Diana Coole, *Rethinking Agency: A Phenomenological Approach to Embodiment and Agentic Capacities*, 53 POL. STUD. 124, 125 (2005).

של הסובייקט.⁷⁴ הסוכנות האנושית היא כזו המקיימת הליך של התדיינות פנימית, מקבלת החלטות וחותרת באופן מודע להשגת מטרות, ולפיכך סוכנות קשורה באופן עמוק גם לאחריות אישית. כך למשל, בפילוסופיה המוסרית של קאנט, חלק מהמשמעות של סוכנות היא האפשרות לייחס לאדם ביצוע של פעולה מסוימת ולהטיל עליו את האחריות לתוצאותיה.⁷⁵ ואומנם, בכל התאוריות הגדולות הסוכנות של הצדדים היא הכרחית ליצירת החוזה, ועליה מתבססת בצורה כזו או אחרת ההצדקה לאכיפתו.

בסעיף הבא אדון במאפיינים של חוזים צרכניים אחידים ובשוני שלהם מחוזים מסחריים רגילים – בפרט בהיבט קיומה (או אי-קיומה) של סוכנות אנושית. דיון זה יבהיר מדוע התאוריות הגדולות של חוזים אינן מתאימות לחשיבה על החוזה הצרכני האחד.

ב. השוני בין חוזים לחוזים צרכניים אחידים

בניגוד לחוזים, שהם מוסד עתיק יומין, חוזים אחידים הם תופעה חדשה יחסית בהיסטוריה האנושית. חוזים אחידים נכנסו לשימוש בראשית המאה העשרים, עם התפתחות הייצור התעשייתי ושיוק ההמונים.⁷⁶ כפי שתהליך הייצור של מוצרים הפך להיות סטנדרטי ולא מותאם-אישית, כך קרה גם לחוזים המסדירים את רכישתם.⁷⁷ במסגרת של חוזה אחיד, הספק מנסח באופן חד-צדדי תנאים אחידים שיחולו על כל המוצרים והשירותים מאותו סוג, מבלי שתהיה לצרכן יכולת להתמקח עליהם. הרעיון הבסיסי של החוזה האחד הוא "קח או הנח" (take it or leave it): אם התנאים אינם לרוחך, אל תרכוש את המוצר.⁷⁸ הספק יהיה בדרך כלל תאגיד, שמקיים אינספור עסקאות מאותו סוג; ואילו הצרכן יהיה אדם פרטי, שנכנס למספר קטן (יחסית) של עסקאות כאלה.⁷⁹

מנקודת המבט הכלכלית, לשימוש בנוסחים אחידים של חוזים יש הצדקה ברורה: "הוא חוסך הוצאות הכרוכות בניסוח חוזים ובניהול משא ומתן, ובדרך זו מוביל להוזלתם של

-
- .Mustafa Emirbayer & Ann Mische, *What is Agency?*, 103 Am. J. Socio. 962 (1998) 74
- ANDREWS REATH, *AGENCY AND AUTONOMY IN KANT'S MORAL PHILOSOPHY: SELECTED* 75
ESSAYS 252 (2006).
- Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract*, 76
 43 COLUM. L. REV. 629, 631 (1943).
- Karl N. Llewellyn, *Book Review*, 52 HARV. L. REV. 700, 701 (1939) (reviewing O. 77
 PRAUSNITZ, *THE STANDARDIZATION OF COMMERCIAL CONTRACTS IN ENGLISH AND CONTINENTAL*
LAW (1937)).
- Todd D. Rakoff, *Contracts*; 281 בעמ' 12, לעיל ה"ש 78, 79
of Adhesion: An Essay in Reconstruction, 96 HARV. L. REV. 1173, 1177 (1983)
- Rakoff, לעיל ה"ש 78. מאפיין זה משתקף בהגדרה של "חוזה אחיד" בס' 2 לחוק החוזים 79
 האחידים, התשמ"ג-1982: "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד
 אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם".
 הצדדים לחוזה אחיד אינם בהכרח תאגיד גדול וצרכן, אולם בפועל זהו המצב הטיפוסי, בין
 היתר משום שלאדם פרטי או בעל עסק קטן לרוב לא ישתלם להשקיע את העלויות הנדרשות
 לניסוחו של חוזה אחיד, ונפח העסקאות שלו הוא כזה המאפשר לו לנהל משא ומתן ישיר עם
 כל לקוח.

מוצרים ושירותים".⁸⁰ הבעיה שחוזים אחידים מציבים אינה נובעת מעצם אחידות התנאים, אלא מכך שהתנאים נקבעים באופן חד-צדדי על ידי הספקים – הצד החזק והמתוחכם יותר בעסקה – בעוד שמרבית הצרכנים אינם קוראים אותם ואינם מודעים כלל לתוכנם הספציפי.⁸¹ כתוצאה מכך, חוזים אחידים כוללים באופן תדיר תנאים המיטיבים עם הספק על חשבון הצרכן; כאלה שבכירור לא היו מוצאים את דרכם לחווה לו היה מתבסס על משא ומתן בין צדדים בעלי כוח מיקוח שווה. חוק החוזים האחידים מכנה תנאים מסוג זה בשם "תנאים מקפחים", ומקנה לבית הדין לחוזים אחידים או לבית המשפט את הסמכות לבטל או לשנות אותם.⁸² החוק אף מונה שורה של תנאים ספציפיים שחזקה עליהם כי הם מקפחים.⁸³ תנאים מקפחים עלולים לחלוש על כל היבט של העסקה הצרכנית, אולם במקרה השכיח הם לא יהיו התנאים המרכזיים והבולטים ביותר (למשל, המחיר או מועד האספקה), אלא תנאים "משניים" המתייחסים לאירועים שהצרכן תופס את הסתברותם כנמוכה, למשל, הסנקציות שיוטלו על הצרכן במקרה של הפרה, או הפורום שבו יידון סכסוך משפטי בין הצדדים.⁸⁴ כך למשל, באחד מפסקי הדין הידועים במשפט האמריקני, חוזה אחיד לרכישת מוצרי חשמל בתשלומים כלל תניה שלפיה במקרה של כמה רכישות, אי-עמידה בתשלום לגבי אחד מהמוצרים יאפשר לספק לעקל את כל המוצרים שנרכשו.⁸⁵ בערכאת הערעור נקבע כי אין לרדות על הסף טענת קיפוח, והמקרה הוחזר לערכאה הדינית לשם בחינה עובדתית מתאימה.⁸⁶ בישראל, אחד מפסקי הדין המנחים על חוזים אחידים עוסק בסעיף בתנאי השימוש של פייסבוק, אשר חייב משתמשים מכל העולם להתדיין עם החברה בבית המשפט המוסמך במדינת קליפורניה.⁸⁷ בית המשפט העליון קבע כי התנאי הוא מקפח, וביטל אותו.⁸⁸

- 80 אריאל פורת "חוזים אחידים" הניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 729, 732-733 (2003).
- 81 שם, בעמ' 733. על אי-קריאה של חוזים אחידים ראו לדוגמה, Ian Ayers & Allan Schwartz, *The No-Reading Problem in Consumer Contract Law*, 66 STAN. L. REV. 545 (2014).
- 82 ס' 3, 17, 19 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982.
- 83 ס' 4 לחוק החוזים האחידים.
- 84 ראו Rakoff, לעיל ה"ש 78, בעמ' 1183, 1226; BAR-GILL, להלן ה"ש 95, בעמ' 52. כן ראו ס' 4(8), 4(9) לחוק החוזים האחידים, הקובעים חזקת קיפוח לגבי תנאים מסוג זה.
- 85 Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).
- 86 שם. בעקבות פסק הדין התפשרו הנתבעים עם התובעת, ולכן לא ניתן פסק דין לגופו של עניין. ראו: Anne Fleming, *The Rise and Fall of Unconscionability as the Law of the Poor*, 102 GEO. L.J. 1383, 1432 (2014).
- 87 רע"א 5860/16 Facebook Inc. בן-חמו (נבו) 31.5.2018.
- 88 שם, בפס' 32-40. יצוין כי באותו עניין דן בית המשפט גם בתניית ברירת דין, אשר קבעה כי סכסוך בין פייסבוק למשתמשיה יידון על פי דיני מדינת קליפורניה, וקבע כי בנסיבות העניין תניה זו אינה מקפחת. בהמשך, בפסק הדין ברע"א 1901/20 טרוים מילר בע"מ נ' Facebook Ireland Ltd. (נבו) 26.7.2022, נקבע כי גם תניית ברירת הדין בין פייסבוק למשתמשיה היא מקפחת.

אף כי הבעיות של פערי הכוחות ושליטת הספק על ניסוח החוזה היו ידועות מראשית ימי החוזה האחיד,⁸⁹ עדיין ישנה מחלוקת בשאלה מהו סוג האסדרה המדינתית הרצוי בהקשר זה.⁹⁰ כמו כן, הדוקטרינות שבתו המשפט מחילים כדי להצדיק ביטול או שינוי של תנאים מקפחים, כגון דוקטרינת אי-המצפוניות (unconscionability) במשפט האמריקני,⁹¹ סובלות לעיתים קרובות מעמימות.⁹² לצד זאת, הציפייה כי צרכנים יהיו מודעים לתנאים של חוזים אחידים נותרה בעינה.⁹³

המחקר בתחום הכלכלה ההתנהגותית שהחל להתפתח בשנות השבעים של המאה העשרים, כמו גם המחקר האמפירי של המשפט בכלל, קידמו באופן משמעותי הן את ההבנה התאורטית והן את הטיפול המשפטי בבעיות שחוזים צרכניים אחידים מעוררים. מחקרים אמפיריים הבהירו שככלל, צרכנים אינם קוראים חוזים אחידים.⁹⁴ בין היתר הם הצביעו על כך שצרכנים רבים אינם מסוגלים לקרוא חוזים אחידים, בגלל רמת האוריינות הגבוהה הנדרשת כדי לצלוח את ה'זרגון' המשפטי והניסוחים הארכניים והסבוכים שמאפיינים חוזים אלה.⁹⁵ הכלכלה ההתנהגותית, בתורה, הסבירה מדוע צרכנים מעדיפים להימנע מקריאת חוזים אחידים, ומדוע הם נכנסים לחוזים אחידים שיש בהם תנאים מקפחים אפילו אם הם מודעים לתנאים הללו.

הכלכלה ההתנהגותית צמחה מתוך ביקורת על הנחת הרציונליות שבבסיס הכלכלה הנאו-קלאסית, קרי, ההנחה שפרטים תמיד חותרים להשיא את התועלת שלהם על בסיס סט

- 89 ראו לרוגמה Kessler, לעיל ה"ש 76, בעמ' 632.
- 90 ראו לרוגמה את הוויכוח בין ריצ'רד אפשטיין לאורן בר-גיל בשאלה האם די בחובות גילוי לגבי תנאי החוזה הצרכני האחיד, או שנדרשת רגולציה מחמירה יותר: Oren Bar-Gill, *The Behavioral Economics of Consumer Contracts*, 92 MINN. L. REV. 749 (2008); Epstein, לעיל ה"ש 60.
- 91 אי-מצפוניות היא טענת הגנה של הנתבע בתביעה לאכיפת חוזה, המבוססת על שילוב בין פגם פרוצדורלי (חוסר הוגנות בתהליך המשא ומתן) ופגם מהותי (חוסר הוגנות של תנאי החוזה). מקורה בדיני היושר, אך כיום היא מעוגנת בקוד המסחרי האחיד שאומץ על ידי מרבית מדינות ארה"ב. ראו: U.C.C § 2-302 (AM. L. INST. & UNIF. L. COMM'N 2020).
- 92 ראו: בכר, ניתוח התנהגותי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 278, 290-287; Janger & Block-Lieb, לעיל ה"ש 9; Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause*, 115 U. PENN. L. REV. 485 (1967).
- 93 ראו לרוגמה Benoliel & Becher, לעיל ה"ש 10; Michael Simkovic & Meirav Furth, *Proportional Contracts*, 107 IOWA L. REV. 229, 239-242 (2021) **ואומי, לעיל ה"ש 13, בפס' 7.**
- 94 Bakos et al, לעיל ה"ש 10. ראו גם: Rakoff, לעיל ה"ש 78, בעמ' 1179.
- 95 Benoliel & Becher, לעיל ה"ש 10; U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFF., CREDIT CARDS: INCREASED COMPLEXITY IN RATES AND FEES HEIGHTENS NEED FOR MORE EFFECTIVE DISCLOSURE TO CONSUMERS 37 (2006), <https://www.gao.gov/assets/gao-06-929.pdf>; OREN BAR-GILL, SEDUCTION BY CONTRACT: LAW, ECONOMICS AND PSYCHOLOGY IN CONSUMER MARKETS 79-80 (2012).

קבוע של העדפות.⁹⁶ באמצעות אינספור ניסויים הראו חוקרי הכלכלה ההתנהגותית שתהליכי החשיבה וקבלת ההחלטות של בני-אדם כפופים לסוגים רבים של הטיות קוגניטיביות, אשר מובילות אותם לפעול בניגוד למתחייב מהנחת הרציונליות.⁹⁷ כך למשל, הטיות התנהגותיות עלולות לגרום לנו להתעלם ממידע רלוונטי כאשר כמות המידע הזמין גדולה ("הצפה במידע"), להעריך את התועלת מפעילות עתידית בהתאם להשקעות שכבר ביצענו בעבר ("אפקט העלות השקועה"), להעריך-בחסר את החולשות שלנו ואת ההסתברות להתרחשותם של אירועים שליליים ("ביטחון-יתר" ו"אופטימיות-יתר"), ולייחס ערך גדול באופן לא-פרופורציונלי לתועלות שנוכל להשיג בעתיד הקרוב, לעומת תועלות שצפויות בעתיד הרחוק יותר ("הנחה היפרבולית").⁹⁸ זיהוין השיטתי של ההטיות הללו לא רק מסביר דפוסי התנהגות נפוצים של צרכנים בהקשר של חוזים אחידים, אלא גם מספק כלים לגיבוש מדיניות משפטית מושכלת וממוקדת.

דוגמה טובה היא "אפקט העלות השקועה", הטיה אשר מובילה אנשים לדבוק בפעילויות שכבר התחילו בשל המשאבים שכבר השקיעו בהן. כפי שטען שמואל בכר, באופן טיפוסי החווה האחיד מוצג לצרכן רק בתום השלב הטרור-חוזי, לאחר שהצרכן כבר השקיע זמן ומאמץ כדי לגבש את עמדתו בדבר רכישת המוצר או השירות. בשלב זה, הצרכן יתקשה פסיכולוגית לסגת ולזנוח את השקעות העבר, גם אם יגלה שהעסקה כוללת תניות לא-הוגנות.⁹⁹ בכר טוען שדיני החוזים יכולים להתחשב בהטיית העלות השקועה, למשל על ידי הטלת חובה על ספקים להציג את החווה לצרכנים בשלב מוקדם ככל האפשר.¹⁰⁰

אף כי ניתן לחשוב על הכלכלה ההתנהגותית כגישה התאורטית המובילה בתחום החוזים האחידים כיום, היא אינה עונה להגדרה של "תאוריה גדולה". בניגוד לתאוריות הגדולות של חוזים שנדונו לעיל, היא אינה מסבירה מהו העיקרון או הערך שעומד בבסיס החווה האחיד, ואשר מצדיק אכיפה של חוזים אחידים מלכתחילה. הכלכלה ההתנהגותית מציעה לנו בעיקר הבנה טובה יותר של השוני בין חוזים אחידים לחוזים רגילים, ובכך מצדיקה רגולציה מחמירה יותר של החווה האחיד. אולם מסיבה זו ממש היא גם מחדדת את העובדה שהתאוריות המקובלות של חוזים אינן יכולות להצדיק את מוסד החוזים האחידים, ושחוזים כאלה נותרו, למעשה, ללא תאוריה גדולה משל עצמם.

96 על הנחות היסוד של הניתוח הכלכלי של המשפט, ראו לדוגמה STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 1, 4 (2004); Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1051, 1054 (2000).

97 ראו לדוגמה Richard Thaler, *Toward A Positive Theory of Consumer Choice*, 1 J. ECON. BEHAV. & ORG. 39 (1980); Colin F. Camerer & George Lowenstein, *Behavioral Economics: Past, Present, Future*, in ADVANCES IN BEHAVIORAL ECONOMICS 3 (Colin F. Camerer et al. eds., 2004).

98 לסקירה של סוגי הטיות התנהגותיות, ראו לדוגמה Korobkin & Ulen, לעיל ה"ש 96 בעמ' 1119-1122; ZAMIR & TEICHMAN, לעיל ה"ש 11, בעמ' 46-48, 61-66, 88-92, 103, 284-287, 299.

99 בכר, ניתוח התנהגותי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 291-293.

100 שם, בעמ' 293-294.

בראש ובראשונה, התוכנות של הכלכלה ההתנהגותית בדבר הרציונליות המוגבלת של פרטים מבהירות מדוע הניתוח הכלכלי הקלאסי אינו מתאים לשמש כתאוריה גדולה של חוזים אחידים.¹⁰¹ אולם מעבר לכך, כפי שראינו, התאוריות הגדולות מציעות שהעקרונות המכוננים של החוזה הם הבטחה, הסכמה, שיתוף פעולה ואוטונומיה. בכך, הן נשענות במידה רבה על רעיון הסוכנות האנושית, אשר מניח יכולת של הפרט לבחור מטרות ולחתור באופן מודע ומכוון להשגתן. אולם בשל המאפיינים הייחודיים של חוזים אחידים וההטיות ההתנהגותיות שצרכנים חשופים להן בסיטואציה של חוזה אחיד, עקרונות אלה כמעט אינם רלוונטיים לחוזים צרכניים אחידים.

נתחיל עם הבטחה. רעיון ההבטחה מניח, כמעט כמובן מאליו, אינטראקציה בין-אישית. כפי שכותב פריד, הרעיון של הבטחה הוא לעורר אמון בין אנשים.¹⁰² אולם כאשר החוזה נכרת בין צרכן לתאגיד, ובפרט כאשר מדובר בחוזה אינטרנטי – כך שהצרכן יושב לבדו מול המחשב או אוזן במכשיר הסלולרי – עקרון ההבטחה נראה נטול-משמעות. העובדה שתוכן החוזה מוכתב באופן חד-צדדי על ידי הספק, ללא מעורבות פעילה כלשהי של הצרכן, אף היא מערערת את רעיון ההבטחה בהקשר של חוזים אחידים. משא ומתן פרטני יוצר תחושה של מחויבות להסכמות שהתגבשו; ואילו בהקשר של חוזים אחידים, לעומת זאת, "איי-הכרתם של הלקוחות את תוכן החוזה עלולה להחליש את תחושת המחויבות שלהם לחוזה. הם יכולים למשל לשכנע את עצמם בתהליך של 'חשיבה מונעת' (motivated reasoning) כי אי-קיום החוזה אינו עולה כדי הפרת הבטחה מכיוון שלמעשה הם מעולם לא הסכימו לתנאים הרלבנטיים בחוזה".¹⁰³

הניכור הכרוך בחוזה האחיד גם מערער את התאוריה של החוזה כמכשיר לשיתוף פעולה, שבמסגרתו כל צד מתייחס למטרה של האחר כמטרה שלו-עצמו. ואומנם כאמור גם מרקוביץ, שפיתח תאוריה זו, מודה שהיא רלוונטית בעיקר לחוזים בין אנשים פרטיים.¹⁰⁴ כמו רעיון ההבטחה, גם רעיון ההסכמה נראה רלוונטי במידה מועטה לחוזה הצרכני האחיד. הצרכן מסכים כמובן להיכנס לחוזה – הוא רוצה לרכוש את המוצר או את השירות. הוא ככל הנראה גם מבין את אופן השימוש בהם. אולם קשה עד בלתי אפשרי לייחס לצרכן הסכמה במובן החוזי הרגיל – קרי הסכמה למכלול תנאי הרכישה. הבחנה מועילה בהקשר זה היא ההבחנה בין הסכמה לבין נטילת סיכון. כפי שמסביר ארתור ריפשטיין, "אדם שהולך בשכונה מסוכנת בלילה לוקח סיכון, אולם אינו מסכים לפשעים או לעוולות שיבוצעו נגדו... לקיחת סיכון מצד אדם אינה נותנת לאחרים זכות לעשות דבר שלא היו זכאים לעשות לפני כן".¹⁰⁵ ואומנם, במובנים רבים, כניסה לחוזה אחיד דומה יותר לנטילת סיכון מאשר להסכמה. הצרכן רוצה לרכוש את המוצר או השירות כפי שהאדם שהולך בשכונה המסוכנת בלילה רוצה להגיע הביתה; אין זה אומר שהוא מסכים מיניה וביה לביצוע עוולות נגדו

101 שוורץ וסקוט אכן מציעים להתייחס רק לחוזים בין צדדים מסחריים מתוחכמים: Schwartz & Scott, לעיל ה"ש 55, בעמ' 544.
 102 Fried, לעיל ה"ש 32, בעמ' 16-17.
 103 טייכמן, זמיר ופרקש, לעיל ה"ש 60, בעמ' 10.
 104 Markovits, לעיל ה"ש 51, בעמ' 1421.
 105 ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 124 (2009) (התרגום שלי, א"פ).

בדרך להשגת מטרתו. ואם הצרכן אינו מסכים באמת לתנאי החווה, מתערערת בכירור גם ההנחה של הניתוח הכלכלי בדבר השאת הרווח המשותף.

לבסוף, ברצוני לטעון שגם תאוריית הבחירה אינה מתאימה לשמש כתאוריה גדולה של חוזים אחידים. כזכור, דגן והלר סבורים שבהקשר של החווה הצרכני האחיד, התאמה של החווה לציפיות הטיפוסיות של הצרכן ממלאת את דרישת הרצוניות.¹⁰⁶ לטענתם, ככל שמדובר בעסקאות צרכניות שעניינן רכישת פריטים לשימוש אישי ושערכן הכספי אינו משמעותי ("סידורים"), הצרכן אינו מעוניין ביצירת מערכת יחסים אישית או בהתמקקות בתנאי החווה. הטיפוס של החווה הצרכני האחיד מחזק את האוטונומיה של צרכנים בכך שהוא מאפשר להם לבצע עסקאות כאלה באופן מהיר, אנונימי ובטוח, ולפנות זמן לפרויקטים אחרים וחשובים יותר בחייהם.¹⁰⁷

אני סבורה שניתוח זה בעייתי בכמה מובנים. ראשית כול, חוזים אחידים חולשים על סוגים רבים של עסקאות, שחלק לא מבוטל מהן אינו מתאים כלל לפרופיל של "סידורים". חווה לדירור בבית אבות, חווה לפתיחת חשבון בנק, תנאי שימוש ברשת חברתית, או אפילו חווה עם חברת נסיעות להזמנת חופשה שתוכננה זה זמן רב¹⁰⁸ – כולם חוזים צרכניים אחידים שעוסקים בהיבטי חיים משמעותיים, וערכם הכספי לא דווקא זניח. בחוזים כאלה, גם אם הצרכן אינו מעוניין ביצירת מערכת יחסים אישית עם הספק, ודאי שיש לו עניין מסוים בתנאי החווה.

שנית, התרגום של הסכמה לציפיות טיפוסיות נראה מלאכותי, שהרי כמה מן התנאים הבעייתיים ביותר בהקשר של חוזים צרכניים אחידים – כגון אלה שמתייחסים לסנקציות במקרה של הפרה ולמגבלות על ניהול הליכים משפטיים – הם תנאים שלצרכנים טיפוסיים אין כל ציפייה לגביהם¹⁰⁹ (בריוק כפי שלרוב בני הזוג העומדים בפני חתונה אין כל ציפייה לגבי תנאי הגירושים שלהם). לפיכך, את תנאי החווה ניתן להעריך באופן אובייקטיבי בלבד, והשימוש במושגים של "רצוניות" או "הסכמה" הוא מאולץ. אם הסכמה לחווה אחיד אכן דומה לייחוס הסכמה לרוכש של מכונית, כפי שמציעים דגן והלר,¹¹⁰ אזי לפחות בהקשר של חוזים צרכניים תאוריית הבחירה קורסת לתוך התפיסה של החווה כמוצר שהציע לה. באופן כללי יותר, דגן והלר עצמם מדגישים שעיקרה של תאוריית הבחירה אינו באפשרות לבחור בין טיפוסים חוזים שמתקיימים בתוך ספרות חיים שונות (למשל עבודה ומשפחה), אלא באפשרות לבחור בין טיפוסים חוזים שונים בתוך אותה ספרה. אבל בספרה של חיי הצרכנות, שבה מתקיימים חוזים אחידים, לרוב אין לצרכן אפשרות בחירה בין טיפוסים חוזים. כך, למשל, לא ניתן לפתוח חשבון בנק או לרכוש פוליסת ביטוח באמצעות חווה

106 Dagan & Heller, לעיל ה"ש 58, בעמ' 83.

107 שם, בעמ' 81.

108 כל אלה הן דוגמאות מהפסיקה הישראלית על חוזים אחידים: עניין מילגרום, להלן ה"ש 149 (חווה לדירור בבית אבות); עניין בנק לאומי, לעיל ה"ש 13 (חווה לפתיחת חשבון עו"ש); ע"א 430/79 בנישתי נ' ששון, פ"ד ל"ה (2) 400 (1981) (חווה עם חברת נסיעות); עניין בן-חמו, לעיל ה"ש 87 (תנאי השימוש בפייסבוק). דוגמה חשובה נוספת היא, כמובן, חווה המשכנתא.

109 השוו: Rakoff, לעיל ה"ש 78, בעמ' 1228.

110 ראו לעיל ה"ש 68 והטקסט הסמוך.

לא־אחיד. זהו הטיפוס החוזי היחיד האפשרי, גם אם הצרכן היה מעוניין בטיפוס אחר שכן כולל משא ומתן פרטני.

יתרה מכך, ההטיות הקוגניטיביות שצרכנים חשופים להן בהקשר של חוזים אחידים, והאופן שבו ספקים מנצלים הטיות אלה, מובילים לכך שהיכולת שלהם לבחור באופן מושכל האם להיכנס לחוזה אחיד או לא מתערערת במידה רבה, ולא ברור שבחירה זו אכן מבטאת באופן אותנטי את סיפור החיים שהם רוצים לספר. כלומר, ניתן לומר שככלל ערך האוטונומיה, במשמעות של בחירה בין אפשרויות בעלות ערך, אינו ערך שזוכה לביטוי משמעותי במסגרת של חוזה אחיד. אדרבה – לעיתים קרובות הוא דווקא הערך המאזן ביותר בהקשר זה.

ואומנם, טוד ראקוף הציע לחשוב על חוזים אחידים כעל זירה שבה הפרט פגיע במיוחד. אם "חופש החוזים" הוא העיקרון הבסיסי של דיני החוזים, טוען ראקוף, הרי שיש לתת את הדעת לא רק על האופן שבו המדינה עלולה לפגוע בחופש זה, אלא גם על האופן שבו ארגונים חזקים (כמו תאגידים) עושים זאת. כאשר ספקים כופים על צרכנים תנאים חד־צדדיים, טוען ראקוף, הדרך להגן על חופש החוזים היא דווקא לקבוע חזקה שלפיה תנאים אלה אינם אכיפים.¹¹¹ אם הספק אינו מצליח לסתור את החזקה, על בית המשפט להשלים את החוזה באמצעות הוראות חוק מתאימות.¹¹²

אף כי מסקנתו של ראקוף עשויה להיראות קיצונית, דומה שזוהי אכן המסקנה המתחייבת כל עוד אנו ממשיכים לחשוב על חוזים אחידים באמצעות אותן קטגוריות נורמטיביות של חוזים רגילים (רצון, הסכמה וכדומה). אם ברצוננו להימנע מהקביעה שחוזים אחידים הם בלתי אכיפים בהגדרה, אנו זקוקים להצדקה אלטרנטיבית לאכיפה שלהם; אלא שאף אחת מהתאוריות שנסקרו לעיל אינה מספקת לנו הצדקה כזו, וגם ראקוף עצמו אינו מציע "תאוריה גדולה" של ממש לחוזים אחידים. כיצד ניתן, אם כן, להבין ולהצדיק את מוסד החוזה הצרכני האחיד לכתחילה?

ג. תאוריה חומרית של החוזה הצרכני האחיד

כדי לגבש כיוון לתשובה, אני מציעה לחרוג ממסורת החשיבה הקאנטיאנית-ליברלית שעומדת בבסיס רוב "התאוריות הגדולות". תאוריות אלה רואות את החוזה כראש ובראשונה כאינטראקציה בין פרטים אנושיים, ולכן מסבירות ומצדיקות את דיני החוזים באמצעות עקרונות החירות והאוטונומיה של הפרט. השימוש בעקרונות אלה מניח במובלע הבחנה קשיחה בין האדם לבין כל שאר הישויות המאכלסות את העולם, ומייחס אחריות מוסרית לראשון בלבד. תחת זאת, אני מציעה לקחת ברצינות את המטאפורה של החוזה הצרכני האחיד כמוצר, ולחשוב על מערכת היחסים החוזית כעל צורה של אינטראקציה בין האנושי ללא־אנושי. פרספקטיבה זו מאפשרת לפנות לצורת חשיבה שאינה אנתרופוצנטרית, ומכירה בחשיבותן של ישויות לא־אנושיות; וכאן אנו מגיעים למפנה החומרי ולהשלכותיו האפשריות לדיני החוזים האחידים.

111 Rakoff, לעיל ה"ש 78, בעמ' 1237-1238.

112 שם, בעמ' 1247.

1. מבוא קצר לתאוריה חומרית

הביטויים "המפנה החומרי" או "המטריאליזם החדש" מציינים מגמה שהתגבשה בארבעים השנים האחרונות במגוון של דיסציפלינות במדעי החברה והרוח, כמו גם בתחומי האומנות והעיצוב. מגמה זו מתבטאת בתשומת לב לאובייקטים חומריים וליחסים בין בני-אנוש וישויות לא-אנושיות, וזאת כתגובת-נגד לגישות האנתרופוצנטריות ששלטו במדעי האדם במאה העשרים.¹¹³ בין היתר, הפנייה לחומריות היא ביקורת על ייצוגיות (representationalism), גישה אפיסטמולוגית שלפיה אין לאדם גישה לדברים עצמם אלא רק לייצוגים המנטליים שלהם;¹¹⁴ ועל קונסטרוקטיביזם חברתי, שלפיו המציאות היא תוצר של הבניה על ידי בני אדם.¹¹⁵ עבור הפילוסופית והפזיקאית קארן ברד, החשיבה החומרית מבטאת "פוסט-הומניזם", קרי, התנגדות לתפיסת היחודיות האנושית תוך הכרה בתפקידו של האדם בכינון ההבחנה בינו לבין יצורים אחרים.¹¹⁶

התאוריה הדומיננטית ביותר של ההגות החומרית היא תאוריית השחקן-רשת (Actor-Network Theory, להלן: ANT) שפיתחה קבוצת הוגים מתחום לימודי המדע והטכנולוגיה, ובפרט ברונו לאטור, מישל קאלון וג'ון לאו (Law).¹¹⁷ ANT, שנועדה לשמש חלופה לגישות הסוציולוגיות המקובלות במדעי החברה, עוסקת בתהליכי היצירה וההתפרקות של התאגדויות (associations/assemblages) המורכבות מסוכנים אנושיים ולא-אנושיים.¹¹⁸ בגד, כוס פלסטיק, חיידק, זרם חשמל, או אפילו הטבע כולו – לפי ANT ונגזרותיה, כולם יכולים להיחשב סוכנים ולהשפיע על תוצאותיהם של תהליכים שבני אדם שותפים להם.¹¹⁹ ההרחבה של מושג הסוכנות אפשרית בגלל העמדה האגנוסטית של ANT בשאלה מי יכול להיחשב לשחקן, והוויתור על הדרישה שפעולה תהיה תוצאה של כוונה. לצורך ANT, כל דבר שמשנה מצב עניינים קיים ומשפיע על הפעולה של סוכן אחר כלשהו, הוא עצמו סוכן.¹²⁰ כדי להמחיש את הרעיון, לאטור מבקש מאיתנו לחשוב האם יש הבדל בין הפעילויות הבאות: נעיצת מסמר עם או בלי פטיש; הרתחת מים עם או בלי קומקום; עריכת קניות עם או בלי סל; העברת ערוצים בטלוויזיה עם או בלי שלט, וכן הלאה. בכל הדוגמאות הללו (ורבות

113 ראו לדוגמה Diana Coole & Samantha Frost, *Introducing the New Materialisms, in New MATERIALISMS: ONTOLOGY, AGENCY, AND POLITICS 2* (Diana Coole & Samantha Frost eds., 2010); *THE ROUTLEDGE COMPANION TO ACTOR-NETWORK THEORY XXI* (Anders Blok et al. eds., 2020)

114 KAREN BARAD, MEETING THE UNIVERSE HALFWAY: QUANTUM PHYSICS AND THE ENTANGLEMENT .OF MATTER AND MEANING 132–137 (2006)

115 BRUNO LATOUR, REASSEMBLING THE SOCIAL: AN INTRODUCTION TO ACTOR-NETWORK THEORY 89–93 (2005)

116 BARAD, לעיל ה"ש 114, בעמ' 136.

117 ראו לדוגמה LATOUR, לעיל ה"ש 115, בעמ' 10; *ROUTLEDGE COMPANION TO ACTOR-NETWORK THEORY*, לעיל ה"ש 113, בעמ' xx.

118 LATOUR, לעיל ה"ש 115, בעמ' 1-18.

119 ראו לדוגמה *ROUTLEDGE COMPANION TO ACTOR-NETWORK THEORY*, לעיל ה"ש 113, בעמ' BENNETT; XX, להלן ה"ש 124, בעמ' 3-7.

120 LATOUR, לעיל ה"ש 115, בעמ' 71.

אחרות), טוען לאטור, אנשים חווים את קיומו של הברדל; ולכן כל האובייקטים הנזכרים הם שחקנים/סוכנים.¹²¹ הטענה של ANT בהקשר זה אינה שאובייקטים יכולים לקבוע תוצאות במקום בני אדם, אלא שישנו טווח רחב של אפשרויות בין "לקבוע תוצאות" לבין "לשמש רקע לפעולה אנושית ותו לא".¹²²

אקסיומה בסיסית של התאוריה היא שסוכנים אינם קיימים לפני או מחוץ להתאגדויות שבהן הם לוקחים חלק.¹²³ סוכנים גם אינם פועלים לבד, אלא תמיד מצויים בתוך סבך של תהליכים שאינם בשליטתם ומושפעים מפעולותיהם של סוכנים אחרים.¹²⁴ מאחר שכל פעולה נתונה למעקף (is overtaken) מצד פעולות אחרות, לא ניתן ואף לא ראוי לנסות לייחס פעולה מסוימת לסוכן מסוים.¹²⁵ באותה מידה, אין טעם לחפש את המנהיג של התאגדות מסוימת או את מרכז הכוח שלה, שהרי אין כזה. לכל סוכן יש מידה מסוימת של כוח, אך לא כזה שיכול לקבוע את כיוון ההתקדמות של ההתאגדות כולה.¹²⁶ במקום סוכנות אנושית אינדיבידואלית, ANT מציעה את הרעיון של "סוכנות מבוזרת" (distributive agency), קרי: פיזור של האחריות לתוצאות בין ישויות מרובות, אנושיות ולא-אנושיות, במקום ריכוזה באופן בלעדי בידי האדם.¹²⁷

ל-ANT ישנן השלכות מרחיקות לכת מבחינה נורמטיבית. ג'יינ בנט, אחת התאורטיקניות הבולטות של ההגות החומרית, טוענת שביזור הסוכנות מרופף משמעותית את הקשר בין כוונותיהם של פרטים לתוצאות מעשיהם.¹²⁸ כלומר, אף אם פעלתי באופן מסוים על מנת להשיג תוצאה מסוימת, יהיה זה בלתי אפשרי לייחס את התוצאה אליי באופן ישיר ובלעדי. העובדה שתוצאה מסוימת התממשה היא תולדה של הפעולות (או המחדלים) של סוכנים רבים נוספים, שפעולותיהם קשורות ללא הפרד בפעולותי שלי.

בהקשר זה, בנט עושה שימוש בהבחנה של חנה ארנדט בין סיבה (cause) לבין מקור (origin). בכתיבתה על יסודות הטוטליטריות טענה ארנדט שאיננו יכולים להצביע על הסיבות להתרחשותו של אירוע היסטורי מסוים, אלא רק על המקורות שלו.¹²⁹ לדידה של ארנדט, הסברים סיבתיים מציירים אירועים כתוצאה הכרחית של תהליכים שקדמו להם, ובכך מכחישים את החירות האנושית: היכולת האינסופית להתחדש, להתנתק מהעבר ולפעול באופן בלתי צפוי, שממנה נובע שהמציאות תמיד יכולה להתפתח בכיוונים שונים.¹³⁰ ניתוח

	שם	121
	שם, בעמ' 72.	122
	BARAD, לעיל ה"ש 114, בעמ' 136-137, 140.	123
JANE BENNETT, VIBRANT MATTER: A POLITICAL	לעיל ה"ש 115, בעמ' 44-45;	124
	ECOLOGY OF THINGS 21 (2010).	
	LATOUR, לעיל ה"ש 115, בעמ' 45-46.	125
	BENNETT, לעיל ה"ש 124, בעמ' 27-28.	126
	שם, בעמ' 21-23.	127
	שם, בעמ' 31-33, 36.	128
HANNAH ARENDT, ESSAYS IN UNDERSTANDING, 1930-1954: FORMATION, EXILE AND	TOTALITARIANISM 319 (Jerome Kohn ed. 1994)	129
ראו: עידית זרטל "הקדמה" חנה ארנדט יסודות הטוטליטריות 20 (עידית זרטל מתרגמת ועורכת 2010); Taran Kang, <i>Origin and Essence: The Problem of History in Hannah</i>		130

המקורות של אירועים, לעומת זאת, אינו מתיימר להסביר את התרחשותם, אלא לספק לנו (בדיעבד) הבנה טובה יותר של המהות שלהם.¹³¹

בעקבות ארנדט, בנט טוענת שבהקשר של התאגדויות בין סוכנים לא ניתן לדבר על הסיבות לתוצאות מסוימות, אלא רק לנסות לאתר את המקורות שלהן.¹³² כך למשל, כאשר היא מנתחת את התרחשותה של הפסקת חשמל עצומה בצפון אמריקה ב-2003, בנט מצביעה על ריבוי הסוכנים, אנושיים ולא-אנושיים, שהיו מעורבים בהיווצרותה. אלה כוללים בין היתר את החשמל עצמו, ששינה באופן בלתי צפוי את כיוון הזרימה שלו; את תחנות הכוח שקרסו בזו אחר זו; את הצרכנים שצריכת החשמל שלהם עלתה לאורך זמן והעמיסה על רשת החשמל ואת הרגולטור שהפריט את ייצור החשמל.¹³³ לא ניתן לומר לגבי אף אחד מן הסוכנים הללו שהוא הסיבה להפסקת החשמל, אולם כולם חיוניים בצורה כזו או אחרת להבנת מקורה.

הדחייה של רעיון הסיבתיות מובילה את בנט למסקנה שהרעיונות של אוטונומיה ושל אחריות בלעדית הם שגויים מבחינה אמפירית.¹³⁴ אולם הוויתור על סיבתיות ועל אחריות במובנה החזק אינו ויתור על כל ניסיון לתיקון העולם: אדרבה, טוענת בנט, במקום לטפול את האשמה על סוכן ספציפי, החשיבה החומרית מאפשרת לנו להרחיב את נקודת המבט ולתת את הדעת על מגוון הסוכנים שלקחו חלק ביצירתן של תוצאות מזיקות.¹³⁵

2. התאוריה החומרית והחוזה הצרכני האחד

מהאמור לעיל עולה שהחשיבה החומרית מציירת תמונת עולם שונה מאוד מזו העומדת בבסיס התאוריות הגדולות של חושים. תמונת עולם זו כוללת לא רק בני אדם, אלא גם אובייקטים וישויות לא-אנושיות; היא מניחה ששחקנים מכוננים זה את זה באופן הדדי (mutually constituted) באמצעות היחסים ביניהם ואינם פועלים באופן אוטונומי; והיא דוחה תפיסות מקובלות של סיבתיות ואחריות אישית. בכך היא מאפשרת לשרטט תשתית לתאוריה עצמאית של החוזה הצרכני האחד שאינה נשענת על ההסכמה, הרצון והאוטונומיה של הצדדים, אשר עשויה להצדיק פיקוח משמעותי של המדינה על תוכן החוזה. להלן אדון בקצרה בכמה מן התרומות האפשריות של התאוריה החומרית לחשיבה על החוזה האחד: תפיסת החוזה/מוצר כסוכן; תפיסת המדינה כסוכן; צמצום חשיבות ההסכמה החוזית, וגיבוש הצדקה עצמאית לאכיפת חושים אחידים.

(א) תפיסת החוזה/מוצר כסוכן

בחשיבה המקובלת על שווקים, צרכנים ומוצרים הם נפרדים: הצרכן הוא סובייקט בעל סוכנות שיוזם ומבצע עסקאות, ואילו המוצר הוא המושא של העסקאות ולא משתתף פעיל

Arendt, 74 J. Hist. Ideas 139, 143–145, 153–155 (2013)

Kang 131, לעיל ה"ש 130 בעמ' 142, 156.

Bennett 132, לעיל ה"ש 124, בעמ' 33–34.

שם, בעמ' 26.

שם, בעמ' 37.

שם. 135

בהן.¹³⁶ התאוריה החומרית, לעומת זאת, קוראת לנו לראות את המוצר כסוכן בפני עצמו, וכך לשים לב להשפעתו על התנהגות הצרכן.¹³⁷ כפי שטען לאטור, אובייקטים משנים באופן מהותי את אופי הפעולה של הסובייקט; והדבר נכון במיוחד בהקשר הצרכני-שוקי. ואומנם, מישל קאלון מציע לנו לא לראות ביקוש והיצע כגורמים ליצירת השוק, אלא כתולדה של הפעילות האינסופית של השוק. פעילות זו כוללת תהליכים של חידוש, עיצוב, ייצור ושיווק של מוצרים שמטרתה להפוך כל מוצר לייחודי בעיני הצרכן וכך להביא ליצירתן של כמה שיותר עסקאות.¹³⁸ "מטרתם של מכשירי השוק (market devices) היא ללכוד את תשומת ליבם של צרכנים פוטנציאליים ולגרום להם לסטות ממסלוליהם המקוריים", כותב קאלון.¹³⁹ כדי להשיג זאת, המוצר חייב להיקשר אל (attach to) הצרכן, ולהפך.¹⁴⁰ אם הדברים נשמעים מופשטים, חשבו למשל על הסופרמרקט: הארגון של המוצרים על פני המדפים והמעברים; השלטים הקטנים שמודיעים לנו על הנחות או על מוצרים חדשים; האריזות המפתות של המוצרים, ואפילו הזמינות והגודל של עגלת הקניות – כל אלה משפיעים עלינו ומביאים לכך שהעדפות שלנו אינן בהכרח קודמות לפעולת הרכישה, אלא לעיתים קרובות נוצרות ומתעצבות דרך האינטראקציה עם המוצרים ועם סביבת הקנייה.¹⁴¹ באופן דומה, במרחב האינטרנטי מופעלות עלינו טכנולוגיות של עיצוב ממשק וחווית משתמש על מנת שנרצה לרכוש מוצרים ושירותים שונים ולהמשיך להשתמש בהם לאורך זמן.¹⁴²

זכור, לפי לך, החוזה הצרכני האחיד אינו נפרד מן המוצר או השירות שאותו הוא מסדיר, והצרכן רוכש את שניהם כאחד.¹⁴³ ואכן, לא רק המוצר הפיזי משפיע באופן פעיל על העדפות הצרכן ועל החלטות הרכישה שלו; גם החוזה עצמו יכול לעשות זאת. כפי שהראה אורן בר-גיל, העיצוב של תנאי החוזה הצרכני האחיד מפתה צרכנים לרכוש מוצרים ושירותים על ידי כך שהוא גורם להם להיראות אטרקטיביים יותר מכפי שהם באמת.¹⁴⁴ כך למשל, בהקשר של כרטיסי אשראי, החוזה מעוצב כך שאת ההטבות וההנחות ניתן לקבל באופן מיידי או בטווח זמן קצר, ואילו העלויות המשמעותיות נדחות לעתיד הרחוק והלא-ידוע

-
- MICHEL CALLON, *MARKETS IN THE MAKING: RETHINKING COMPETITION, GOODS AND INNOVATION* 46 (Olivia Custer trans., Martha Poon ed., 2021) 136
- Domen Badje, *Consumer Culture Theory (Re)visits Actor-Network Theory: Flattening Consumption Studies*, 13 MKTG. THEORY 227, 235 (2013) 137
- CALLON, לעיל ה"ש 136, בעמ' 48-53. 138
- שם, בעמ' 59. 139
- שם. 140
- Frank Cochoy, *A Sociology of Market-Things: On Tending the Garden of Choices in Mass Retailing*, 55 SOCIO. REV. 109 (2007); Frank Cochoy, *Calculation, Qualculation, Calculation: Shopping Cart Arithmetic, Equipped Cognition and the Clustered Consumer*, 8 MKTG. THEORY 15 (2008) 141
- Tanty Oktavia et. al, *Analysis of UI/UX Design in E-Commerce Online Loan Service that Affects User's Decision*, 101 J. Theo. & Applied Info. Tech. 4923, 4924 (2023) 142
- ראו את הטקסט הסמוך לה"ש 1-6 לעיל. 143
- BAR-GILL, לעיל ה"ש 95, בעמ' 2. 144

(למשל קנסות במקרה של איחור בתשלום).¹⁴⁵ עיצוב זה מנצל את ההטיות ההתנהגותיות של "קוצר-רואי" (myopia) ו"אופטימיות יתר" (overoptimism), אשר גורמות לצרכנים להמעיט בערכן של עלויות עתידיות ולהאמין שהסבירות של אירועים שליליים נמוכה יותר מכפי שהיא באמת.¹⁴⁶ בכך, הוא משפיע באופן אקטיבי על האופן שבו הצרכן תופס את החווה ועל ההחלטה להיכנס אליו. כלומר, בהקשר של חוזים צרכניים אחידים לא ניתן לחשוב על ההסכמה של הצרכן לחווה כפעולה שמתגבשת באופן אוטונומי, קודם ובלתי תלוי, וככזו שניתן לייחס אותה לצרכן באופן בלעדי. המוצר/חווה פועל על הצרכן, ויש לו תפקיד חיוני ביצירת ההתאגדות החוזית.

כפי שיוסבר בסעיף (ג) להלן, רעיון הסוכנות של המוצר/חווה מאפשר להתמודד עם בעיית ההסכמה של הצרכן בהקשר של החווה הצרכני האחיד. אולם הוא עשוי לתרום לבהירות הרעיונית של דיני החוזים האחידים גם באופנים נוספים. כך, למשל, הסוכנות של המוצר/חווה והשפעתו של הצרכן יכולה לתת פשר לרעיון של "חווה יחס" בהקשר של חווה אחיד. המושג "חווה יחס", שאותו טבע איאן מקגיל, נועד לתאר מערכות יחסים חוזיות מורכבות, ארוכות-טווח ורבות משתתפים, המערבות יחסים פרסונליים בין הצדדים.¹⁴⁷ לעומת חווה רגיל, שבו ייעשה בדרך כלל מאמץ אפשרי לחזות ולתכנן מראש את כל היבטי הביצוע, בחווה יחס צפויים להתקיים שינויי נסיבות, והצורך בגמישות ושיתוף פעולה מתמשך הם חלק מהותי ממערכת היחסים החוזית.¹⁴⁸

בשניים מפסקי הדין המרכזיים בדיני החוזים האחידים בישראל השתמש בית המשפט העליון במושג "חווה יחס" כדי להצדיק את הכרעתו בדבר התערבות בחווה אחיד. בעניין **מילגרם**,¹⁴⁹ בית המשפט דן בחווה אחיד בין חברה המנהלת בית אבות לבין דייריה. החווה באותו עניין הותיר לחברה שיקול דעת בלתי מוגבל לקבוע את תעריף השהות בבית אבות סיעודי במידה שמצבו של הדייר ידרוש העברה לבית אבות כזה.¹⁵⁰ בית המשפט, מפי הנשיא (דאז) ברק, קבע שמדובר בתנאי מקפח, בין היתר משום שמדובר בחווה יחס המתוכנן מעצם טיבו להתקיים לאור שינוי נסיבות. במקרה זה, נקבע, "שינוי הנסיבות שכל צד צופה אותו, ומבקש להסדירו הוא זה שיתרחש, אם חלילה תחול התדרדרות במצבו הבריאותי (הנפשי או הפיזי) של הדייר".¹⁵¹

בעניין **בנק לאומי נדון**, כזכור, חווה לפתיחת חשבון עו"ש. בעניין זה השתמש בית המשפט במושג "חווה יחס" בהקשר של תניה שאפשרה לבנק לשנות את תנאי החווה באופן חד-צדדי על ידי מתן הודעה בכתב ללקוחות לפחות 14 יום מראש.¹⁵² בית המשפט קבע שלא מדובר בתנאי מקפח, וזאת, בין היתר, מאחר ש"מדובר ב'חווה יחס' מתמשך ובמאטריה

145 שם, בעמ' 52.

146 שם, בעמ' 53-54.

147 Ian R. Macneil, *Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, 72 Nw. U. L. Rev. 854 (1978)

148 שם, בעמ' 865-872, 889-899.

149 רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון מילגרם נ' מרכז משען, פד"י נב(4) 145 (1998).

150 שם, בעמ' 154.

151 שם, בעמ' 161.

152 עניין **בנק לאומי**, לעיל ה"ש 13, בפס' 144.

החשופה מטבעה לשינויים תכופים בחקיקה, ברגולציה, בשינויים כלכליים ומסחריים ועוד משתנים רבים ונוספים".¹⁵³

הבעיה עם השימוש במושג "חוזה יחס" בפסיקה על חוזים אחידים היא שעל פניו, חוזה יחס מושתת על מערכת יחסים אישית. לפיכך, הוא נראה זר במהותו להקשר של חוזה צרכני אחיד: חוזה שתנאיו נקבעים באופן חד-צדדי ללא כל משא ומתן ושצד אחד לו הוא תאגיד, ולכן גם לא מעורבת בו מערכת יחסים בין הצדדים.

אולם למעשה, כך ברצוני לטעון, היסודות של אינטראקציה ושיתוף פעולה לאורך זמן, המאפיינים חוזה יחס, אינם מחייבים שכל הצדדים לחוזה יהיו סובייקטים הפועלים באופן מודע ומכוון לשם מטרה משותפת.¹⁵⁴ אם אנו מכירים בסוכנות של המוצר/חוזה עצמו, ורואים בו חלק אינטגרלי מההתאגדות החוזית, ניתן לומר שבחוזה צרכני אחיד ה"יחס" של חוזה היחס הוא לאו דווקא בין הצרכן והספק, אלא בין הצרכן למוצר/חוזה. כך למשל, ניתן לומר שלדייר ישנה מערכת יחסים לא עם חברת משען, אלא עם בית האבות עצמו – המבנה, הצוות, הדיירים האחרים וכו'. באופן דומה, ללקוח ישנה אינטראקציה ישירה עם חשבון הבנק שלו (למשל באמצעות ביצוע פעולות באפליקציה), לא עם "הבנק". האינטראקציה ארוכת הטווח בין הצרכן למוצר/חוזה – ההיקשרות ביניהם, האופן שבו הם משפיעים זה על זה ומכוננים זה את זה לאורך זמן – היא שיכולה להצדיק את יחסו של בית המשפט לתנאים בחוזה אחיד הקשורים בשינויי נסיבות עתידיים, חרף היעדרה של מערכת יחסים אישית בין הצדדים. לפיכך, היא יכולה להסביר בצורה ברורה יותר הן את התוצאה בעניין מילגרם (ביטול תניה שאינה מתחשבת בשינוי נסיבות עתידי), והן את התוצאה בעניין בנק לאומי (אישור תניה המאפשרת להתחשב בשינוי נסיבות עתידי).

(ב) תפיסת המדינה כסוכן

התאוריה החומרית מספקת בסיס עיוני לטענה שלחוזה הצרכני האחיד שותפים לא רק הספק, הצרכן והמוצר/חוזה, אלא גם המדינה. הטענה שהמדינה ממלאת תפקיד מרכזי בכל חוזה אינה חדשה; זהו גרעין הביקורת של הריאליזם המשפטי ושל הניתוח הביקורתי של המשפט על התאוריה הקלאסית של החוזה ועל רעיון "השוק החופשי" בכלל.¹⁵⁵ על פי ביקורת זו, הדרישה לכך שהחוזה או השוק יהיו חסינים מהתערבות המדינה היא מופרכת, שכן המדינה היא זו שמכוננת אותם. מרגע שהצדדים מבקשים לכרות חוזה מחייב משפטי, הם מגייסים, כביכול, את המדינה לצידם, שכן המשמעות של היות החוזה אכיף היא האפשרות של צד לחוזה "לקרוא" למדינה לעזרתו במקרה של הפרה.¹⁵⁶ נוסף לכך, מרגע שהצדדים מבקשים לכרות חוזה מחייב משפטי, הם מקבלים על עצמם כללים קוגנטיים של דיני החוזים המדינתיים; וכמובן – מכיוון שאי-אפשר לצפות לתכנון חוזי אבסולוטי ובגלל העלות הגבוהה של תכנון חוזי מפורט, הם מאמצים כמעט תמיד כללי ברירת מחדל

153 שם, בפס' 147.

154 ראו: Jules Salomone-Sehr, *Cooperation: With or Without Shared Intentions*, 132 *ETHICS* 414 (2022).

155 MARK KELMAN, *A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES* 103–105 (1987).

156 Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 *HARV. L. REV.* 553, 586–587 (1933).

של דיני החוזים המדינתיים.¹⁵⁷ באופן רחב יותר, על מנת שתהיה אפשרות לקיים יחסים "פרטיים" במסגרת השוק, המשפט חייב להגן באופן פעיל על ערכים ואינטרסים כגון הסתמכות, ציפיות סבירות, תום לב וכדומה.¹⁵⁸ ניתן לומר, אם כן, שהמדינה מעורבת בכל חוזה,¹⁵⁹ והשאלה היחידה היא מהו היקף ההתערבות הראוי.¹⁶⁰

עבור התאוריות הגדולות של חוזים, הרעיון של מעורבות המדינה בכל חוזה הוא לכל הפחות אתגר, שכן הן מרמיינות את החווה כאינטראקציה בין (שני) פרטים. הניתוח הכלכלי הקלאסי מכיר בצורך בהתערבות רגולטורית בנסיבות מסוימות, אולם עמדתו הבסיסית היא שרגולציה מדינתית על יחסים פרטיים בשוק מועדת לגרום יותר נזק מתועלת, ויש לצמצמה ככל האפשר.¹⁶¹ אפילו דגן והלר, שנותנים למדינה תפקיד חיוני בתאוריית הבחירה, מצדיקים תפקיד זה על בסיס עקרון האוטונומיה (הצורך לאפשר לפרטים בחירה משמעותית). אולם כפי שראינו, בהקשר של חוזים צרכניים אחידים האוטונומיה ממלאת תפקיד שולי, אם בכלל, ולכן דומה שקשה להצדיק את מעורבות המדינה על בסיס זה בלבד.

התאוריה החומרית, לעומת זאת, מכילה בקלות את הרעיון של מעורבות המדינה בכל חוזה, שכן לפי ANT התאגדויות אינן מוגבלות דווקא לסובייקטים, ומידת האוטונומיה של כל הסוכנים בהתאגדות מוגבלת לכתחילה בשל תלותם ההדדית זה בזה. ראיית המדינה כסוכן בכל התאגדות חוזית אומנם אינה עונה על השאלה מהו היקף הפיקוח המדינתי הראוי, אך היא משנה את נקודת המוצא הנורמטיבית ביחס לעצם הפיקוח. אם המדינה היא ממילא אחד הסוכנים הפועלים במסגרת החווה ולא "פולש חיצוני" ליחסים פרטיים, לא נדרשים טעמים מיוחדים כדי להצדיק את התערבותה בתוכן החווה, ואף אין סיבה אפרורית להגביל אותה לפיקוח בדיעבד בלבד.

(ג) צמצום חשיבות ההסכמה החוזית

בתאוריות הגדולות של חוזים, וכדיני החוזים בכלל, הסכמת הצדדים ברגע כריתת החווה היא בעלת תפקיד מכריע. הסכמת הצדדים דרושה לשם יצירת החווה מלכתחילה, והיא גם ההצדקה לכך שבית המשפט יתערב כדי לאכוף אותו במידת הצורך, ועל כן מושקעים משאבים שיפוטניים רבים בבירור קיומה והיקפה של הסכמה (קרי, האם הצדדים הסכימו ועל מה בדיוק הסכימו). אולם כפי שראינו, בחווה צרכנית אחיד קשה לייחס משקל מכריע להסכמת הצרכן, הן משום שהחווה מנוסח באופן חד-צדדי על ידי הספק והצרכן אינו מודע לרוב תנאיו, והן בשל ההטיות ההתנהגותיות שצרכנים סובלים מהן ואשר עלולות להשפיע

157 ראו: Randy Barnett, *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, 78 VA. L. REV. 821, 822–826 (1992).

158 Robert W. Gordon, *Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law*, 15 FLA. ST. U. L. REV. 195, 211 (1987).

159 Roy Kreitner, *Fault at the Contract-Tort Interface*, 107 MICH. L. REV. 1533, 1549 (2009).

160 Gordon, לעיל ה"ש 158, בעמ' 213–214; Cohen, לעיל ה"ש 156, בעמ' 587.

161 ראו Epstein, לעיל ה"ש 60, בעמ' 809–810.

על הערכתם בדבר כדאיות החוזה. לפיכך, בהקשר של החוזה האחיד, הסכמת הצרכן אינה הצדקה מספקת לאכיפה.

התאוריה החומרית מספקת לנו כלים מושגיים הולמים יותר מאלה של התאוריה הגדולות כדי לחשוב על הסכמה בהקשר של החוזה הצרכני האחיד. כזכור, התאוריה החומרית מטילה ספק ביכולת לייחס תוצאה לסוכן מסוים, שכן פעולותיהם של כל הסוכנים מצטלבות ומשפיעות זו על זו באופנים מורכבים ובלתי צפויים. בפרט, ג'יין בנט (בעקבות ארנדט) מציעה לנו לחשוב על המקורות המרובים והמתמשכים של אירועים במקום על הסיבה היחידה והתחומה-בזמן שלהם. בהמשך לכך אציע כי גם בהקשר של החוזה האחיד ראוי להתמקד במקורות החוזה, ולא בסיבה לו.

כפי שראינו, למוצר/חוזה יש השפעה פעילה על הצרכן. החלטת הצרכן לרכוש מוצר מסוים אינה מתגבשת בחלל ריק ובאופן אוטונומי לחלוטין, אלא היא תוצאה של תהליכים שוקיים מורכבים שכל תכליתם היא לייצר עסקאות. לא רק שהחלטותיהם של צרכנים כפופות להטיות התנהגותיות, אלא שספקים מעצבים את החוזה/מוצר כך שינצל הטיות אלה. לכן, אף על פי שבאופן טכני ניתן לחשוב על הסכמת הצרכן כעל סיבת החוזה, אין מקום לראות בה נקודת אחיזה נורמטיבית שתכריע בדבר אכיפתו, אלא רק איתות לכך שחוזה אכן נוצר. המקורות המורכבים של העסקה הצרכנית – "מכשירי השוק" בלשונו של קאלון – הם שצריכים להנחות את הבחינה הפרטנית של תנאי החוזה ואת ההכרעה האם לאכוף אותם. חשוב לציין כי ההכרה במורכבות של מושג הסיבתיות וצמצום תפקידה הנורמטיבי של ההסכמה אינן מפחיתות באופן גורף מהאחריות האנושית בסיטואציה החוזית. תחת זאת, הן מדגישות את חוסר הסימטריה בין הצרכן לספק – לא רק בנוגע לניסוח תנאי החוזה, אלא גם בנוגע להכרעה להיכנס לחוזה – ובכך מאפשרות לנו לדייק את מידת האחריות שתוטל על כל צד. כמו כן, הן מדגישות שאחריות חוזית אינה בהכרח משחק סכום אפס בין הצרכן והספק, וישנם סוכנים נוספים שניתן לראות בהם אחראים לתוכן החוזה (כגון המדינה).

(ד) הצדקה עצמאית לחוזים צרכניים אחידים

ההבנה שהחוזה הצרכני האחיד צומח בקונטקסט רחב ומורכב בהרבה מזה של הסכמה מובילה אותנו בחזרה לשאלת המוצא: איזו הצדקה עצמאית ניתן להציע לאכיפת חוזים אחידים? התשובה המתבקשת היא התועלת שצרכנים מפיקים מקיומם של חוזים כאלה. כאמור לעיל, בהיעדר הצורך לנהל משא ומתן פרטני על כל עסקה, מוצרים ושירותים הופכים להיות נגישים וזולים יותר,¹⁶² וזהו הרי אינטרס צרכני מובהק. אף על פי כן, בהינתן הסיכון המשמעותי להטיית תנאי החוזה לרעת הצרכן, לא ברור כלל שמדובר בהצדקה מספקת לאכיפה של חוזים אחידים. להבדיל, גם מבנים שיקבלו פטור מעמידה בתקני בטיחות ותרופות שלא יידרשו אישורים עבורן ממשד הבריאות יהיו זולים יותר ויגדילו את הנגישות לדור ולבריאות, אולם איננו מעלים על דעתנו ששיקולי הנגישות והעלות יצדיקו את הפגיעה האפשרית בצרכן. באופן דומה, לא ברור מדוע יש לאפשר לצרכנים להיכנס, מתוך חוסר מודעות או הערכה שגויה, לחוזים שנוסחו באופן חד-צדדי על ידי ספקים ועלולים בסבירות גבוהה

162 ראו לעיל טקסט הסמוך לה"ש 80.

להכיל תניות מזיקות. כזכור, חוזים אחידים עשויים לחלוש על היבטי חיים משמעותיים של הצרכן, ולכן גם הפגיעה שעלולה להיגרם בעטיים היא משמעותית. הפגיעה האפשרית בצרכן מערערת לטעמי גם את "טיעון השוק" שהציע נתן אומן כדי להצדיק חוזים אחידים. אומן מסכים שבשל מאפייניהם הייחודיים של חוזים אחידים, הסכמה במוכנה החוזי הרגיל אינה הצדקה הולמת עבורם.¹⁶³ לדידו ההצדקה לחוזים אחידים נעוצה בכך שהם מאפשרים ומקדמים שווקים,¹⁶⁴ ושווקים מקדמים תוצאות רצויות מבחינה מוסרית כגון שיתוף פעולה יצרני והגדלת הרווחה החברתית.¹⁶⁵ דא עקא שכלל שחוזים אחידים אכן מכילים באופן תדיר ועקבי תניות חד-צדדיות, לא ברור כלל שסוג השווקים שהם מאפשרים אכן מובילים לתוצאות האמורות. לפי אומן, המענה לכך הוא מנגנונים שוקיים שירסנו ספקים בניסוח ובביצוע של חוזים אחידים, כגון תחרות ומוניטין.¹⁶⁶ אולם המשמעות היא ש"טיעון השוק" אינו מצדיק חוזים אחידים בפני עצמו אלא תלוי בקיומם של מנגנונים מרסנים, וגם אומן מודע לכך שמנגנונים כאלה אינם מתקיימים תמיד בפועל.¹⁶⁷ ההצדקה של אומן היא לפיכך קונטינגנטית, וגם לשיטתו הצדקה עקרונית ואולטימטיבית לאכיפה של חוזים צרכניים אחידים קשורה בהבטחת איכות תנאיהם.

מסקנה זו מחזירה אותנו ליתרונותיה של החשיבה החומרית, ובפרט לרעיון של החווה הצרכני האחיד כהתאגדות של סוכנים שונים הכוללת גם את המדינה. כך, חוזים צרכניים אחידים עשויים להיות מוצדקים באופן עקרוני אם המדינה נתפסת כאחד הסוכנים השותפים להם, ולפיכך כאחראית למנוע ניצול לרעה של צרכנים באמצעותם. אם המדינה ממלאת את תפקידה בהקשר זה, צרכנים אכן יכולים ליהנות מהיתרונות הגלומים בחוזים אחידים מבלי להיות חשופים באופן שיטתי לפגיעתן של תניות חד-צדדיות. כנטען לעיל, ראיית המדינה כסוכן עדיין אינה עונה על השאלה מהו בדיוק היקף האחריות שיש להטיל עליה; אולם יש בכוחה לשנות את נקודת המוצא הנורמטיבית ביחס לעצם הפיקוח של המדינה על איכות תנאי החווה. בפרט, היא מזמינה בחינה מחודשת של הרגולציה הקיימת על חוזים אחידים – פיקוח שיפוטי בדעיכה על ידי פסילת תניות מקפחות – וקוראת לשקול ברצינות את האפשרות של פיקוח מדינתי נרחב יותר על תנאיהם של חוזים אלה לכתחילה.¹⁶⁸

163 OMAN, לעיל ה"ש 26, בעמ' 156.

164 שם, בעמ' 134, 142. כזכור, יתרונם של חוזים אחידים הוא בכך שהם מאפשרים לבצע עסקאות מרובות ללא העלויות הכרוכות במשא ומתן וניסוח פרטני. ראו לעיל ה"ש 80 והטקסט הסמוך.

165 OMAN, לעיל ה"ש 26, בעמ' 40-66.

166 שם, בעמ' 148-153.

167 שם, בעמ' 150-153.

168 לביקורת על הרגולציה הקיימת כיום בישראל, ראו לדוגמה לירן מיכאל "מגיעים אל השוקת אך לא שותים: כשלי חוק החוזים האחידים והצעות לשינוי" חוקים ה 59 (2013); גליה מסיקה "בית הדין לחוזים אחידים במבחן המציאות – מהומה רבה על לא מאומה" משפטים לב 95 (התשס"ב). חלופה אפשרית היא, למשל, הצעתם של יהודה אדר ושמואל בכר לפיקוח מנהלי מראש על תוכנם של חוזים אחידים: Adar & Becher, לעיל ה"ש 9.

סיכום

אין חולק שמרבית החוזים הנכרתים כיום הם חוזים צרכניים אחידים, ולא חוזים שהם תוצאה של משא ומתן.¹⁶⁹ אולם "התאוריות הגדולות" של דיני החוזים מתמקדות בחוזים רגילים, ואינן תואמות את המאפיינים הייחודיים של החוזה הצרכני האחיד. בתאוריות הגדולות, החוזה הוא תולדה של הסכמה ושיתוף פעולה בין הצדדים, והצדקת החוזה מחייבת תפיסה חזקה של סוכנות אנושית. אולם במסגרת של חוזים אחידים לא מתקיימת אינטראקציה של ממש בין הצרכן לספק, והצרכן אינו מסכים באמת לתנאים הספציפיים של החוזה. כדי לגבש תאוריה עצמאית של החוזה האחיד, הצעתי לקחת ברצינות את המטאפורה של החוזה הצרכני כמוצר שהציע לך ולפנות להגות שהתפתחה במסגרת "המפנה החומרי" במדעי החברה והרוח. על בסיס כמה מהתמות המרכזיות בחשיבה החומרית – שינוי המשמעות של מושג הסוכנות והחלתו גם על אובייקטים, והוויתור על תפיסה קשיחה של סיבתיות – הצעתי לראות בחוזה הצרכני האחיד התאגדות של סוכנים שונים (ובפרט הצרכן, הספק, החוזה/מוצר והמדינה), ולאמץ תפיסה מורכבת יותר של הסכמת הצרכן.

לבסוף יצוין כי אף שהדיון במאמר הוגבל להקשר של חוזים צרכניים אחידים, יש בו כדי להשליך על דיני החוזים בכללותם. במאמרו על יצירת האומנות בעידן השעתוק הטכני, הסביר וולטר בנימין כי ערכה המסורת של יצירת אומנות טמון באותנטיות שלה, בייחודיות ובחדר-הפעמיות שלה.¹⁷⁰ בנוגע להעתקים של היצירה המקורית, הוא טען, ערך האותנטיות אינו רלוונטי; אולם היכולת הטכנולוגית לשעתק יצירות אינה משפיעה רק על אמת המידה לשיפוט של העתקים. "משעה שאי-אפשר להשתמש עוד באמת המידה של האותנטיות לגבי מוצר האומנות", טוען בנימין, "כל תפקודה של האומנות משתנה מעיקרו".¹⁷¹

באופן דומה, בדיני החוזים הכלליים ישנו עיסוק נרחב באותנטיות של החוזה: האם הצדדים באמת הסכימו, האם החוזה משקף נאמנה את תוכן הסכמתם, וכדומה. אולם בחוזה אחיד – "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם"¹⁷² – קרי, שעתוק של חוזה – שאלת האותנטיות אינה רלוונטית. שוני זה מחייב גיבוש אמות מידה שונות כלפי החוזה הצרכני האחיד, ובכך עסק במידה רבה מאמר זה. אולם השוני הזה גם מזמין אותנו לחשוב בצורה שונה על המהות של חוזים בכלל.

אנו רגילים לחשוב על חוזים כעל תוצר אותנטי וחד-פעמי של הסכמת הצדדים, אולם כמוזכר לעיל, כל החוזים – לא רק חוזים צרכניים אחידים – מכילים באופן משמעות כללים קוגנטיים, ומסתמכים יותר או פחות על כללי ברירת מחדל של דיני החוזים. כלומר, כל החוזים הם במידת מה חוזים אחידים (או מוצרים חוזיים).¹⁷³ ואם כך, ייתכן שעקרונות

169 ראו לדוגמה שמואל בכר ומשה גלברד "חוק החוזים האחידים: עיון מחודש בעקבות תיקוניו" חוקים ה' 19, 22-23 (2013).

170 וולטר בנימין יצירת האומנות בעידן השעתוק הטכני 20-28 (שמעון ברמן מתרגם 1983).

171 שם, בעמ' 29 (ההדגשה שלי, א"פ).

172 ס' 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982.

173 Rakoff, לעיל ה"ש 78, בעמ' 1181-1182.

התאוריה החומרית של החווה האחיד צריכים להשליך גם על האופן שבו אנו תופסים חושים רגילים. אומנם, כפי שטענתי בפתח המאמר, קשה ליישם את התאוריות של דיני החושים הרגילים לחושים צרכניים אחידים; אולם אין זה מופרך כלל לעשות את ההפך.

