

**על לידתן של הלכות שיפוטיות – התלכדות מהותית או נסיבתית –  
האם עניין ביבי כבישים שינה את הלכת אפרופים?**

**חגי ויניצקי\***

במלאות חצי יובל שנים להלכת **אפרופים** הפולמוס סביבה טרם דעך, ומעת לעת מגיע גל חדש שמעורר את הסערה סביבה מחדש. הסערה החדשה נוצרה סביב עניין **ביבי כבישים**, לאור האפשרות שפסק הדין החדש שינה את הלכת אפרופים, שכן הן השופט שטיין והן השופט גרוסקופף קבעו שבאותו מקרה יש להיצמד ללשון החוזה בלבד ואין לפנות לנסיבות כריתת החוזה ולערכים ציבוריים. מייד לאחר פרסום פסק הדין נכתבו מספר מאמרי דעה. בהתאם לדעה הרווחת מאחר שכל אחד מהשופטים ביסס את פסק דינו שיש להתחשב בלשון החוזה בלבד על קריטריון שונה: השופט שטיין - חוזה סגור, השופט גרוסקופף - חוזה עסקי, לא נוצרה הלכה חדשה. מנגד הובעה הדעה שעניין ביבי כבישים ביטל את הלכת אפרופים. מאמר זה בוחן את השאלה איך נולדות הלכות חדשות? המאמר מבחין בין התלכדות מהותית לבין התלכדות נסיבתית, כאשר רק בסוג הראשון נוצרת הלכה חדשה. בהתאם לנטען במאמר בעניין ביבי כבישים נוצרה התלכדות מהותית בין דעות השופטים שטיין וגרוסקופף שצמצמה את הלכת אפרופים כאשר מדובר בחוזה עסקי סגור, כך שבחוזים אלו יש לפנות ללשון החוזה בלבד ואין לפנות לנסיבות כריתת החוזה ולערכים ציבוריים.

**מבוא. א. עיקרי הלכת אפרופים וגלגוליה. ב. דעות השופטים בעניין ביבי כבישים. ג. התלכדות מהותית או נסיבתית. ד. האם שונתה הלכת אפרופים על ידי עניין ביבי כבישים? ה. השלכות ההחלטה בדיון הנוסף בעניין ביבי כבישים. ו. סיכום.**

---

\* ד"ר חגי ויניצקי הוא מרצה בכיר לדיני חוזים ולדיני קניין ומנהל הקליניקות המשפטיות במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, מרצה מן החוץ באוניברסיטה העברית לדיני חוזים וראש מכון בגין למשפט וציונות. אני מודה לגדעון פרומובסקי, למשה גלברד, לאפי צמח, לעורכת כתב העת משפטים על אתר ליהי יעקובי וחברי המערכת על הערותיהם המעולות.

## מבוא

הלכת **אפרופים**<sup>1</sup> נחשבת בצדק להלכה החשובה ביותר בדיני פרשנות חוזים מאז קום המדינה.<sup>2</sup> היא קבעה כללים חדשים בפרשנות חוזים – סוגיה שמתעוררת כמעט בכל פסק דין שעוסק בדיני החוזים. רבות נכתב עליה וברשימה קצרה זו לא אתיימר להתייחס לכל משמעותיה. מטרת רשימה זו היא לבחון האם פסק הדין החדש בעניין **ביבי כבישים נגד רכבת ישראל**<sup>3</sup> ביטל, שינה או לא חידש דבר ביחס להלכת אפרופים, וזאת לאור בחינת השאלה אימתי נוצרת הלכה חדשה כאשר קיימות דעות מנוגדות של שופטי ההרכב. בהקשר זה אעמוד על ההבדל בין התלכדות מהותית של דעות השופטים שיוצרת הלכה חדשה לבין התלכדות נסיבתית בלבד שאינה יוצרת הלכה חדשה.

### א. עיקרי הלכת אפרופים וגלגוליה

שניים מהחידושים המרכזיים של הלכת אפרופים עסקו במתח שבין לשון החוזה לנסיבות כריתתו ובין התכלית הסובייקטיבית לפרשנות חוזה לזו האובייקטיבית. עובר להלכת אפרופים נהגה בישראל הגישה הדו שלבית לפרשנות חוזה. תחילה השופט אמור היה לבחון רק את החוזה עצמו. במקרה שהחוזה היה ברור, דהיינו לא התעוררו לפחות שתי פרשנויות ללשון החוזה, השופט לא אמור היה לתור אחר נסיבות כריתתו. לעומת זאת, במקרה שהחוזה לא היה ברור, דהיינו היו קיימות שתי פרשנויות אפשרויות לפחות, השופט נדרש לצאת לעולם הנסיבות, שכללו, בין היתר, חוזים קודמים או אחרים שקיימים בין שני הצדדים, טיטוט שהוחלפו, מהלך המו"מ, הנוהג המסחרי שהצדדים ידעו או היה עליהם לדעת עליו, נסיבות עובדתיות שהיו ברקע כריתת החוזה וכדו', ומהן להבין מי מבין הפרשנויות הלשוניות האפשריות היא הנכונה.<sup>4</sup> הלכת אפרופים קבעה שיש לעבור למבחן חד שלבי, ועל השופט לנוע בכל חוזה בין הלשון לנסיבות ובין הנסיבות ללשון ולאחר מסע זה להגיע למסקנה מהי הפרשנות הנכונה.<sup>5</sup> בהלכת אפרופים, ובדיון הנוסף בעניין **מגדלי הירקות** שהיה למעשה דיון נוסף בעניין אפרופים הודגש שכאשר אנו דנים בפרשנות טקסט ("פרשנות במובן הצר") הפרשנות של החוזה אינה יכולה לנגוד את לשונו.<sup>6</sup>

על אף שהלכת אפרופים לא התיישבה לגמרי עם הפרשנות שהייתה מקובלת לנוסח סעיף 25 (א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, כפי שהיה תקף בעת נתינתה.<sup>7</sup> הגיונה היה בצידה, שהרי לא ניתן להבין

<sup>1</sup> ע"א 4628/93 מ"י נ' אפרופים בע"מ, פ"ד מט (2) 265 (1995).

<sup>2</sup> גבריאלה שלו ואפי צמח, **דיני חוזים** 516 (מהדורה רביעית, תשע"ט). מעניין לציין שהנשיא ברק מנה הלכה זו במסגרת 11 פסה"ד החשובים שנתן, ראו: זאב סגל אריאל בנדור "עושה הכובעים" 256 (2009).

<sup>3</sup> ע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 2019).

<sup>4</sup> שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 501 – 503.

<sup>5</sup> עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 311, 314.

<sup>6</sup> עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 312, 314, 318; דני"א 2045/05 **ארגון מגדלי ירקות נ' מ"י**, פס' 13 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 2006). ראו גם: רע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר**, 585 - 586, 593 (פורסם בנבו, 2012). עם זאת בעניין אפרופים קבלו פרשנות שנוגדת את הלשון אך לא במסגרת "פרשנות במובן הצר" – פרשנות טקסט אלא במסגרת "פרשנות במובן הרחב" או "פרשנות משלימה" – השלמת לקונה, שכוללת לדעת הרוב גם אפשרות לגרוע מהנוסח, דהיינו לשנותו במקרה של אבסורד, שנגרם כאשר לשון החוזה לא הולמת את התכלית, עניין אפרופים, שם, בעמ' 317 – 331.

<sup>7</sup> הפרשנות המקובלת לסעיף זה הייתה שכלל זה הוא מורה דרך לתחילת תהליך הפירוש. ראשית מתחילים בלשון החוזה ורק אם החוזה לא ברור עוברים לנסיבות (תורת שני השלבים), ראו: ע"א 406/82 **נחמני נ' גלאור**, פ"ד מא(1) 494, 499 (1987); ע"א 650/84 **שטרן נ' זיונץ**, פ"ד מא(1) 380, 384 (1987); ע"א 170/85 **האחים זקן חברה קבלנית בע"מ נ' מזרחי**, פ"ד מג (2) 635, 638 (1989); ע"א 3804/90 **דלתא להשקעות ולמסחר (קרני שומרון) בע"מ נ' סופרגז**, פ"ד מו (5) 209, 213 (1992); עניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 6, פס' 11; מיגל דויטש, "אפרופים וחקיקת 'אנטי אפרופים': תובנות נוספות" **שערי משפט** ו' 101, 105 (תשע"ג). השופט ברק מפרש את הסעיף בצורה שונה. לא מדובר בכלל של תחילת תהליך הפירוש אלא של סופו. בתחילה השופט תר בין הלשון לנסיבות (תורת השלב האחד), ורק לאחר מכן ניגש להפעלת הסעיף. אם אומד דעתם של הצדדים משתמע

טקסט בלי הקונטקסט.<sup>8</sup> יתרה מכך, שיטת ניהול המשפט היא שהצדדים מביאים את ראיותיהם ביחס ללשון החוזה ונסיבותיו במהלך המשפט, וכאשר השופט יושב לכתוב את פסק הדין הוא ממילא כבר מכיר את נסיבות כריתת החוזה, שעשויות להשפיע על מסקנתו אם לשון החוזה ברורה אם לא. ולכן חוזה שיכול היה להיחשב כברור אם השופט לא היה נחשף לנסיבות ייחשב מעתה כלא ברור, ולכן גם בשיטת שני השלבים השופט ממילא היה אמור להתחשב בנסיבות. אם כך, מדוע לא לנהוג לפי שיטת השלב האחד דה יורה. למעשה, שיטת משפט שמעוניינת לנהוג באופן אמיתי על פי שיטת שני השלבים, הייתה צריכה לחלק את הדיון השיפוטי לשני שלבים. שלב ראשון ידונו רק בלשון החוזה מבלי להביא ראיות לנסיבותיו, ורק אם בסוף שלב זה השופט היה מגיע למסקנה שהחוזה אינו ברור יעברו לשלב השני. בשלב השני כל צד היה מביא את ראיותיו לנסיבות כריתת החוזה, שבאמצעותן השופט היה מכריע איזו פרשנות היא הנכונה. באופן מעט אבסורדי כך למעשה התנהל הדיון בהלכת אפרופים. בעקבות הסכמה דיונית, הצדדים דנו רק בפרשנות לשון החוזה ללא התייחסות לשאלות שבעובדה.<sup>9</sup> דהיינו, הלכת אפרופים שמקדשת את הפניה לנסיבות ניתנה בתיק שבו לא הוצגו נסיבות כלל.<sup>10</sup> לאור זאת, מסקנת דעת הרוב שהעדרו של סעיף קנס/פיצוי מוסכם במקרה מסוים (נושא פסק הדין) מהווה חסר (לקונה) ולא "הסדר שלילי" נסמכה על פרשנות תכליתית אובייקטיבית ולא על נסיבות הכריתה.<sup>11</sup> אם הצדדים היו מגישים לבית המשפט את טיוטות החוזה, ככל שהיו כאלו, יתכן שניתן היה להתרשם אם אכן מדובר בלקונה עקב שכחה או על "הסדר שלילי" בשל רצון להטיב עם חברה שבנתה באזורי פיתוח.<sup>12</sup>

המודל החד-שלבי התקבל גם בתזכיר חוק דיני ממונות, תשס"ו – 2006, ולאחר מכן בהצעת חוק דיני ממונות, תשע"א – 2011.<sup>13</sup> עובר לפרסום הצעת החוק הני"ל התקבל באותה השנה תיקון מס' 2 לחוק החוזים ומודל זה השתלב גם ברישא של סעיף 25 (א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973 המתוקן.<sup>14</sup> לפיכך, במישור זה של הלכת אפרופים (לשון ונסיבות), למרות שהתיקון לחוק נועד לבטל את הלכת אפרופים הוא רק עיגן אותה,<sup>15</sup> וכך נקבע בעניין סהר נ' המוסד לביטוח לאומי.<sup>16</sup> פסק הדין מדגיש כי חוזה

מתוך החוזה יש לתת לו עדיפות, ואם לא ניתן מהנסיבות לדלות פרשנות אחרת שיש לה עיגון בחוזה, עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 310 – 314, 318.

<sup>8</sup> אהרון ברק "פרשנות במשפט: פרשנות חוזה" 505 – 506 (2001); שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 510.

<sup>9</sup> עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 279.

<sup>10</sup> על היבט זה עמד פרופ' שחר ליפשיץ בכנס "פרשנות חוזים: הלכת אפרופים – עלייתה ונפילתה? בעקבות התיקון החדש לחוק החוזים", שערי משפט, מרץ 2011.

<sup>11</sup> באזורי פיתוח ניתן היה לדרוש את התמורה מהמדינה כבר בגמר השלד, להבדיל מאזורים מבוקשים שבהם ניתן היה לקבל את התמורה רק בהשלמת המבנה. ולכן, אם באזורים מבוקשים ישנה סנקציה על איחור בבניה, מקל וחומר שהייתה אמורה להיות סנקציה באזורי פיתוח, שהרי הקבלן יכול להשלים את השלד לקבל את התמורה ולהתעכב בהשלמת המבנה, ראו עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 290, 315, 330. עם זאת, בית המשפט ער לכך שגם באזורי פיתוח איחור בבניה הוא הפרה שמזכה בפיצוי אם נגרם נזק שיש לו קשר סיבתי להפרה וניתן היה לצפותו, וזאת גם אם אין סעיף קנס/פיצוי מוסכם, שם, שם.

<sup>12</sup> לטענה שלא ניתנו הסברים משכנעים להעדר הסדר שלילי ראו: ישראל ציגנלאוב, "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים", 263, 285 הפרקליט נ' (תשס"ט).

<sup>13</sup> סעיף 123 (א) לתזכיר חוק דיני ממונות, תשס"ו – 2006: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין". נוסח זה נכלל מאורח יותר גם בסעיף 122 (א) להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א – 2011. הווה אומר שיש לפנות מראש ללשון ולנסיבות גם יחד, ראו דויטש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 105.

<sup>14</sup> סעיף 25 (א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו".

<sup>15</sup> הצעות החוק שקדמו לתיקון לחוק ניסו להשיב את תורת שני השלבים בכמה אופנים. כך למשל: הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – פרשנות החוזה), התשס"ט–2009 הציעה לקבוע במקום סעיף 25 (א) לחוק החוזים שהיה קיים באותה העת כדלקמן: "חוזה יפורש לפי המשמעות המקובלת של מילותיו; מצא בית המשפט כי אין אפשרות לפרש את החוזה כאמור, יפורש החוזה לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך הנסיבות." למעשה מדובר בנוסח דומה מאוד לנוסח שהיה קיים באותה העת, שנועד להבהיר שיש לחזור לתורת שני השלבים, כפי שהתבטאה מהלשון הפשוטה של הסעיף הקיים באותה העת. באופן דומה הוגשה הצעת חוק נוספת – הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – כללי פרשנות חוזה) תשס"ט–2009 שהציעה לקבוע כדלקמן: "היה תוכנו המילולי של החוזה בלתי מספיק לשם פירושו, יפורש החוזה לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות, ובלבד שטענה בדבר תוכנו ותוצאתו של פירוש כאמור נטענה במפורש על ידי צד להליך המשפטי בעניין פרשנות החוזה, במסגרת סיכומי טענותיו". בהתאם לרישא לסעיף

יפורש בהתאם ללשון החוזה ונסיבות העניין, בכפוף לחזקה הניתנת לסתירה שיש להעדיף את הפרשנות התואמת את פשט הלשון - המשמעות הפשוטה, הרגילה והטבעית של הכתוב. החזקה תיסתר במקרים שעולה מהנסיבות, כי הלשון אינה פשוטה וברורה כפי שנחזתה להיות במבט ראשון, וניתן לפרשה בדרכים נוספות. ולכן משקל הלשון הוא משמעותי אך אינו מכריע או בלעדי. אך בכל מקרה לא ניתן לקבל פרשנות הנוגדת את לשון החוזה.<sup>17</sup>

המתח השני שבו עסקה הלכת אפרופים הוא כאמור בין התכלית הסובייקטיבית לפרשנות חוזה לזו האובייקטיבית. בהלכת אפרופים נקבע כי התכלית העדיפה בפרשנות חוזים היא התכלית הסובייקטיבית, דהיינו מה רצו יוצרי החוזה להשיג באמצעותו. ברם, אם לא ניתן לאתר את הרצון המשותף של שני הצדדים יש לפנות לתכלית האובייקטיבית. תכלית זו לא בוחנת את רצון הצדדים לחוזה אלא את השאלה מהן המטרות, האינטרסים והתכליות שחוזה מסוג זה אמור להגשים. מה אנשים הגונים וסבירים היו רוצים להשיג בחוזה כאמור. כאשר במסגרת זו אפשר לכלול גם שיקולי הגינות, צדק שוויון, תום לב,<sup>18</sup> ואף ערכים ציבוריים כגון שמירה על הקופה הציבורית,<sup>19</sup> או ביטחון ויציבות בדיוור למבוגרים.<sup>20</sup> בכך הכלי של הפרשנות התכלית האובייקטיבית משמש למעשה להחדרת שיקולים ערכיים – ציבוריים לחוזה בין שני אנשים פרטיים, בדומה למושגי השסתום האחרים במודל התחולה העקיפה: תקנת הציבור, תום לב, צדק, עילת הקיפוח, סבירות וכד'.<sup>21</sup> כאשר תכלית זו מופעלת ביחס לנושא שהוסדר בחוזה אך רצון הצדדים המשותף אינו ברור או שלא התקיים מדובר בפרשנות במובן הצר - פרשנות טקסט, בעוד שאם פרשנות זו

המוצע ניסו להשיב את תורת שני השלבים כאמור לעיל, ואילו בחלק שבסיפא ניסו לתחום את שיקול הדעת של בית המשפט לפרשנויות שנטענו על ידי הצדדים בהליך המשפטי. ניסיון זה מעורר שאלה לא פשוטה. אם בית המשפט סבור שהפרשנות הנכונה היא לא זו שנטענה על ידי הצדדים הוא יחויב לפסוק שהפרשנות של החוזה היא פרשנות שונה מהפרשנות הנכונה בעיניו. הצעת החוק שהובילה לשינוי בחוק היא הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), התש"ע - 2010 שהציעה לקבוע כדלקמן: "חוזה יפורש באופן שתואם, ככל הניתן, את הפירוש שניתן לו על ידי הצדדים". נוסח עמום זה הוביל בסופו של דבר לנוסח שהתקבל: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו". למקרא הצעת החוק והחוק שהתקבל מתחורר שאין שום קשר ביניהם. יתרה מכך, החלק ברישא של הסעיף שנלקח כאמור מהצעת הקודקס רק מעגן את המודל החד שלבי (ראו לעיל ה"ש 13), ואילו החלק בסיפא לא חידש דבר. מעבר לאוקסימורון במילים "משתמע במפורש" (ראו: איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" 5, 33 משפטים מ"ג (תשע"ג); גבריאלה שלו ואפי צמח "דין פירוש החוזה – על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים" קרית המשפט י' 1, 21 (תשע"ד); דויטש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 106), הרי החלק שבסיפא עוסק בחוזים שלאחר בחינת הלשון והנסיבות הסתבר שהתכלית הולמת את לשון החוזה. במקרים אלו אין שום משמעות בהכרעה שיש לפרש את החוזה בהתאם ללשונו, שהרי לשון זו הולמת גם את התכלית שהתבררה מנסיבות החוזה, ולכן החלק שבסיפא מיותר (דויטש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 106). לאור האמור לעיל, מתברר שהמשמעות היחידה של התיקון לחוק היא שהוא רק עיגן את הלכת אפרופים. ראו בהקשר זה גם שלו וצמח, שם, בעמ' 21; שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" 55, 141 משפטים מ"ג (תשע"ג).

<sup>16</sup> ראו דעת הרוב בעניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 6, פס' 16. פסה"ד נסמך בהכרעה זו על עמדתו של פרופ' איל זמיר "אפרופים עדיין כאן" עורך הדין 11, 98 (2011)) ודחה את העמדה שהתיקון ביטל את הלכת אפרופים והשיב את תורת שני השלבים, שנתמכה על ידי פרופ' נילי כהן "הניסוח בעיית, התכלית ברורה" עורך הדין 11, 102 (2011); דעת היחיד של השופט דנציגר בע"א 11039/07 אליהו חברה לביטוח נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב, פס' 3 (פורסם בנבו, 2011). לתמיכה בדעה שהתיקון לחוק עיגן את הלכת אפרופים ראו גם: עוד על פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 31 - 35. מעניין לציין שהתיקון לחוק התקבל בתאריך 26.1.11, ואילו הצעת הקודקס פורסמה בתאריך 15.6.11, כאשר היא כוללת כאמור רק את הרישא של הסעיף שתוקן. האם הדבר מרמז על שינוי עתידי? לאור העובדה שהחלק שבסיפא מיותר יתכן שהתשובה חיובית. ברם, יתכן שסמיכות הזמנים גרמה לכך שמנסחי הצעת הקודקס לא הספיקו להתייחס לנוסח החדש שתוקן עובר לפרסום הצעת הקודקס (להתייחסות לסמיכות הזמנים ראו גם שלו וצמח, שם, בעמ' 22).

<sup>17</sup> המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 585 - 586, 592, 593. ראו גם שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 510 - 512 שמדגשים שלשון החוזה תוחמת את גבולות הפירוש ואינה מאפשרת ליתן לחוזה פירוש שאינו מתיישב עם לשונו", שם, שם.

<sup>18</sup> עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 313 - 314, 327.

<sup>19</sup> ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (5) 481, 537 (פורסם בנבו, 2005).

<sup>20</sup> רע"א 1185/97 מנהלי עיזבון מילגרוס נ' משען, פ"ד כ"ב (4) 145, 160 (1998). ראו גם: שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 514 - 515.

<sup>21</sup> למודל זה ראו: אהרון ברק פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית 661 - 663 (תשנ"ד); ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מ"ו (2) 464, 532 (1992). לשימוש במודל זה ביחס לאפשרות להתחשב בצדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי ראו חגי ויניצקי ומיכל טמיר "מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי" המשפט יד 469 (תשע"א).

מופעלת ביחס לנושא שלא הוסדר בחוזה מדובר בפרשנות במובן הרחב – השלמת חסר.<sup>22</sup> אחת הביקורות ביחס לגישת הנשיא ברק היא שלמרות הבכורה שניתנה לפרשנות התכליתית הסובייקטיבית, הנשיא ברק מיהר לזנוח אותה ולפנות לתכלית האובייקטיבית שמאפשרת הכנסת שיקולים ערכיים לחוזה.<sup>23</sup> יתרה מכך, כאשר מדובר בחוזים אחידים, חוזי רשות, חוזי יחס וחוזים צרכניים קשה מאוד לאתר את התכלית הסובייקטיבית המשותפת בין הצדדים לחוזה, ולכן הפניה לתכלית האובייקטיבית תהיה מהירה יותר.<sup>24</sup> מעניין לציין שלהיבט זה של הלכת אפרופים (התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית) לא הייתה התייחסות מפורשת בתיקון מס' 2 לחוק החוזים.<sup>25</sup> ברם, עובדה זו לא השפיעה השפעה של ממש על מעמדה של התכלית האובייקטיבית בפסיקת בתי המשפט.<sup>26</sup>

## ב. דעות השופטים בעניין ביבי כבישים

עניין ביבי כבישים עסק בחוזה מפורט וארוך בין חברת ביבי כבישים לבין רכבת ישראל לביצוע עבודות תשתית. המחלוקת בין הצדדים סבה על השאלה האם החוזה ממצה את הזכויות והחובות בין הצדדים או שמדובר בחוזה פתוח ובלתי שלם שלתוכו יש לקרוא הסדרים משלימים המבוססים על עקרונות של תום לב, הגינות וסבירות. השופט שטיין קבע ש"לא כל החוזים נולדו שווים". בהתאם לעמדתו יש לבחון את כל החוזים על ספקטרום שבצדו האחד חוזה פתוח שנוסח בקווים כלליים בלבד. חוזים כאמור מסמיכים את בתי המשפט לקרוא לתוכם חיובים חדשים על פי עקרונות של תום לב, הגינות וסבירות, כאשר אלו מותאמים למטרות החוזה (פרשנות תכלית אובייקטיבית). בצדו השני של הספקטרום נמצא חוזה סגור שכל תנאיו מוגדרים באופן ברור ונהיר והוא אינו נדרש לפרשנות יצירתית. חוזה סגור מכיל בדרך כלל הוראה שהחוזה ממצה את מכלול החיובים והזכויות שבין הצדדים, וכן שאין לשנותו אלא בהסכם בכתב שנחתם על ידי הצדדים. במקרה זה אין לקבל אף טענה להסכמה מאוחרת שאינה כתובה וחתומה. במקרים אלו השופט יפרש את החוזה בהתאם ללשונו בלבד (פרשנות תכליתית סובייקטיבית). במקרה של ספק ביחס לאמור בחוזה יש להפעיל את הכלל של נטל ההוכחה ואת הכלל של פרשנות נגד המנסח. בחוזה סגור אין להכניס שיקולים ערכיים. חובת תום הלב לא תשפיע במקרה זה על קביעת תוכנו של החוזה. גישה זו מבוססת על תכלית מהותית עסקית ועל הרצון ליצור וודאות חוזית, שמפחיתה את עלויות העסקה, יוצרת ביטחון עסקי ומסייעת בגיוס הון. בין שני קצוות אלו חלים חוזים שיש להם חלקים פתוחים וחלקים סגורים. במקרים אלו יחולו על כל חלק הכללים המתאימים לו כאמור לעיל. השופט שטיין מדגיש שהכללים שחלים על פי עמדתו על חוזים סגורים חלים רק כאשר מדובר ביחסים עסקיים רגילים, דוגמת החוזה נושא פסק הדין. כללים אלו לא חלים על חוזים אחידים, הסכמים צרכניים או חוזי עבודה. בחוזים

<sup>22</sup> "על-כן, אם אומד הדעת (הסובייקטיבי) של אחד הצדדים שונה מזה של הצד השני, אין כל אפשרות לגבש אומד דעת סובייקטיבי משותף. החוזה יפורש במקרה זה, כמו גם במקרים אחרים שבהם אומד הדעת הסובייקטיבי המשותף אינו רלוואנטי לפתרון הבעיה הפרשנית הניצבת לפני השופט, על-פי תכליתו האובייקטיבית", עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 313. בהתאם לסיפא של פסקה זו עולה שהתכלית האובייקטיבית רלוונטית גם כאשר הסכמות הצדדים אינן רלוונטיות לסוגיה שבמחלוקת, כפי שהדבר בא לידי ביטוי גם כאשר מתקיים חסר (לקונה). ראו בהקשר זה גם: שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 486 ה.ש. 4.

<sup>23</sup> גבריאלה שלו "פרשנות החוזה – תורת ברק: על "פרשנות במשפט כרך ד': פרשנות חוזה מאחת אהרון ברק" המשפט ח' 675, 684 (תשס"ג).

<sup>24</sup> שלו וצמח, לעיל ה"ש 2, בעמ' 512; לגבי חוזים אחידים ראו גם: משען, לעיל ה"ש 20, בעמ' 158 – 160.

<sup>25</sup> ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 15, 140 – 141.

<sup>26</sup> דעת הרוב בעניין סהר סברה שיש להמשיך להשתמש בכלי של התכלית האובייקטיבית כמוצא אחרון כאשר לא ניתן לאתר את התכלית הסובייקטיבית, שם בעמ' 595, דעת המיעוט של השופט הנדל ציינה שהמחוקק בתיקון מס' 2 בחר שלא להשתמש בכלי של התכלית האובייקטיבית, ולאור האפשרות ששימוש בכלי זה עלול להטעות יש לתחום אותו לכל היותר ל"מנהג הסוחרים", שם בעמ' 620 – 621.

אלו, גם אם הם סגורים יש להפעיל כלים רגולטורים כדי ליצור הגינות, למנוע שליטה בשוק מצד תאגידיים רבי עוצמה, להגן על צדדים חלשים ולהבטיח לציבור אספקה של מוצרים ושירותים חיוניים.<sup>27</sup>

בהקשר זה מתעורר ספק מסוים. השופט שטיין קובע שבחווה סגור השופט צריך רק לקבוע את "עובדות החווה", ומכנה זאת כתכלית הסובייקטיבית.<sup>28</sup> ניתן היה להניח שהמונח "עובדות החווה" כולל לא רק את הלשון אלא גם את נסיבות העניין, במיוחד שבפסקה קודמת השופט שטיין כולל בהגדרה של תכלית סובייקטיבית, כמקובל, הן את לשון החווה והן את נסיבות כריתתו.<sup>29</sup> ברם, השופט שטיין מזכיר בהקשר זה את הכלל מהמשפט המקובל "parol evidence rule". כלל זה מונע מצדדים לחווה להביא ראיות אחרות כגון אמירות בע"פ בעת המו"מ כראיה לכוונה אחרת משתמעת מתנאי החווה. למעשה הכלל קובע שראיות חיצוניות אינן קבילות ביחס לחווה בכתב, ובמילים של השופט שטיין "כלל שפוסל עדות בעל פה אשר באה לסתור את הכתוב בחווה".<sup>30</sup> ולכן מהקשר הדברים ברור שהשופט שטיין מתכוון במונח "עובדות החווה" רק ללשון החווה ולא לנסיבות, והדברים עולים בבירור מפסק דין מאוחר יותר שיצא תחת ידו בעניין **זהבי נ' זהבי**. שם מדגיש השופט שטיין תוך הסתמכות על עניין ביבי כבישים, שכאשר מדובר בהסכם מפורט ומדויק שנוסח בידי גורמים מקצועיים מן הדין להיצמד ללשונם ולמשמעותם המילולית הפשוטה של ביטויים בחווה.<sup>31</sup>

בניגוד לשופט שטיין שהתמקד ברמת הפירוט של החיובים והזכויות (חווה סגור או פתוח), התמקד השופט גרוסקופף במאפיינים של הצדדים שערכו את החווה וסיווגם לשלוש קטגוריות: א. חווה עסקי בין צדדים עסקיים: בחווה מסוג זה התכלית היא יצירת פלטפורמה משפטית יעילה שתסייע לצדדים להשתמש במכשיר החווה, וזאת לאור היותם צדדים רציונליים, המתמודדים באופן שוויוני, ומתוחכמים דיים להשתמש בכלים המשפטיים לעיצוב החווה בהתאם לרצונם. כלל פרשני שיאפשר זאת הוא כלל שיתן משקל מכריע ללשון החווה. הצדדים יידעו שבית המשפט יפרש את החווה רק בהתאם לנוסח שהם קבעו. בכך הם ישיגו יציבות, ודאות חוזית, שליטה מוגברת בחווה ויימנעו מהכנסת פרשנות שלא הייתה מוסכמת עליהם על ידי בית המשפט. מצד שני הם יסתכנו בכך שאם ניסוח החווה לא יתאם לאומד דעתם האמתי לא תהא להם רשת ביטחון של בית המשפט שיתקן זאת. ב. חווה פרטי בין שני אנשים פרטיים. בחווה מסוג זה התכלית המרכזית היא הגשמת רצון הצדדים, שכן הם בדרך כלל במעמד שווה. ברם, היכרותם עם כללי הפרשנות מוגבלת, ובהתאם מוגבלת יכולתם להשתמש בשפה החוזית. בחוזים אלו אין לתת ללשון משקל מכריע שכן הצדדים אינם שולטים ברזי הניסוח. ג. חווה צרכני בין צד עסקי לבין אדם פרטי: בחווה מסוג זה קיים חשש שהצד העסקי ינצל את האדם הפרטי, כצד חלש, לאור היכרות הצד העסקי את כללי הפרשנות החוזיים, ולכן התכלית היא לכבד את ערכי היסוד של השיטה כדי למנוע פגיעה בשוויון. גם בסוג זה של חוזים אין לתת ללשון משקל מכריע, וזאת בשל חוסר האיזון בין הצדדים שיאפשר רק לצד העסקי

<sup>27</sup> עניין ביבי כבישים, לעיל ה"ש 3, פסי' 12 – 17.

<sup>28</sup> שם פסי' 14.

<sup>29</sup> שם פסי' 11.

<sup>30</sup> שם פסי' 13. אמנם השופט שטיין מדגיש שכלל זה מאפשר הבאת עדויות בעל פה בנוגע לחווה כתוב אך ורק למטרת פרשנות, וזאת רק מקום שקיימת עמימות גלויה על פני הכתוב. עם זאת השופט שטיין מציין "על פי רוב, אם כי לא תמיד, חוזים סגורים מכילים בתוכם הוראה כתובה בדבר היותם ממצים את מכלול החיובים והזכויות שהצדדים ביקשו ליצור עבור עצמם, אשר גם מבהירה כי שום תנאי מתנאי החווה לא ישונה אלא בהסכם בכתב החתום בידי הצדדים. הוראה כאמור תחסום כל עדות אשר באה לסתור את תנאי החווה". בהמשך הדברים מציין השופט שטיין "הווה אומר: משקבעו הצדדים את דרישת הכתב כבסיס ליחסיהם החוזיים, רצונם יכובד". כאשר במונח "דרישת הכתב" הוא מתייחס בהקשר זה ל - "parol evidence rule", שם, שם. מסקנה זו נלמדת גם מהתייחסותו של השופט גרוסקופף, בעניין ביבי כבישים, לחוות דעתו של השופט שטיין, לעיל ה"ש 3, פסי' 1 לפסק דינו.

<sup>31</sup> ע"א 7669/18 זהבי נ' גז זהבי פסי' 23 (פורסם בנבו, 2019).

ליהנות מהיתרון של היצמדות ללשון החוזה. אם נסכם את עמדת השופט גרוסקופף אזי בחוזה עסקי יש לפרשו על פי הלשון בלבד. בחוזה פרטי יש לפנות ללשון ולנסיבות וככל הנראה גם לערכים ציבוריים, ואילו בחוזה צרכני יש לפרשו על פי לשונו ונסיבותיו וביתר שאת על פי ערכים ציבוריים.<sup>32</sup>

בהקשר זה מתעורר גם כן ספק מסוים. האם כאשר השופט גרוסקופף משתמש במילה "מכריע" ביחס למעמד לשון החוזה, הכוונה מעמד בלעדי, כך שאין לפנות לנסיבות כלל או רק מעמד עדיף, כמקובל בהלכת אפרופים.<sup>33</sup> אם נבחן היגדים נוספים מפסק דינו נראה שהתשובה ברורה. "הפרשן המוסמך (בית המשפט) יפעל על פי הנחיותיהם הכתובות, ולא ינסה לנחש את העומד מאחוריהם לאחר שהתגלע סכסוך ביניהם. ודוק, הצדדים חשופים במקרה זה לסיכון של טעויות בניסוח, במובן זה שאם הניסוח בו יבחרו לא יתאם את כוונתם לא תוענק להם רשת ביטחון שיפוטית שתתקן טעות זו".<sup>34</sup> המשמעות היא שהשופט גרוסקופף מתייחס רק ל"ניסוח" ורק ל"הנחיות הכתובות", דהיינו ללשון, ושולל אפשרות שבית המשפט יחתור אחר כוונה אחרת שעולה מהנסיבות. בהיגד נוסף קובע השופט גרוסקופף: "כאן מצטלבות דרכיהן של חבריי ודרכי. הן לשיטתם והן לשיטתי יש לקרוא את ההסכם בו עסקינן בצורה צמודה ללשונו, תוך התבססות על ההסדרים שהצדדים בחרו לקבוע בו, והימנעות מלקרוא לתוכו הסדרים שלא בחרו לקבוע בו".<sup>35</sup> אמנם הכוונה כאן היא לשלול גם את ההפניה לערכים הציבוריים, אך ההתייחסות המפורשת ללשון, גם היא תומכת במסקנה שהכוונה היא לפרש את החוזה על פי הלשון בלבד ולא ע"פ הנסיבות.

הדברים עולים בבירור גם מדבריו של השופט גרוסקופף בפרשת מאוחרת יותר בעניין A.T.S Investments Inc, "עסקינן בחוזה עסקי, אשר נערך על ידי אנשי עסקים מנוסים, שחזקה עליהם כי הם בקיאים ברזי הניסוח של מסמכים משפטיים, ולמצער כי באפשרותם להסתייע ביודעי דין. במצב דברים זה יש להעניק ללשון הברורה בה נקטו הצדדים מעמד דומיננטי, מעמד כמעט מכריע, שכן אין הצדקה במקרה הרגיל כי בית המשפט ינסה "לנחש" את כוונתם – ניסיון שפגיעתו בתכלית הצופה פני עתיד של שכלול ההתקשרות החוזית עולה על תועלת שיכולה לצמוח ממנו להגשמת תכליות אחרות של דיני הפרשנות החוזיים", תוך הפניה לחוות דעתו בעניין ביבי כבישים.<sup>36</sup> האם במונח "כמעט מכריע" שניתן למעמדה של הלשון ישנה נסיגה מעמדתו של השופט גרוסקופף בעניין ביבי כבישים שם ניתן ללשון משקל "מכריע"? להבדל זה ישנו הסבר באותה הפסקה. השופט גרוסקופף מסביר שכאשר קיימת טענה לטעות סופר או לחוזה למראית עין, "דהיינו שלשון החוזה אינה תואמת את כוונתם הסובייקטיבית של המתקשרים בו, ממילא לא ניתן לבחון את תוקף הטענה זו לפי לשון ההסכם (שהרי תורף הטענה הוא שיש להתעלם מהלשון, מאחר שאינה משקפת את אומד הדעת הסובייקטיבי), ועל כן אין מנוס מבירורה על פי הנסיבות החיצוניות, וזאת ללא קשר לסוג החוזה בו עסקינן".<sup>37</sup> מכאן ניתן להבין שההבדל בין "כמעט

<sup>32</sup> ביבי כבישים, לעיל ה"ש 3, פס' 1 – 7 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. בהקשר זה ראו גם: שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "חוזה ויחסים – המקרה של שינוי חוזה בהתנהגות", 27-28, 30 – 31 עיונים בתורת החוזה: קובץ מאמרים לכבודה של פרופ' גבריאלה שלו (צפוי להתפרסם בשנת תש"ף).

<sup>33</sup> ראו טקסט ליד ה"ש 17

<sup>34</sup> שם, פס' 6.

<sup>35</sup> שם, פס' 7.

<sup>36</sup> ע"א 9025/17 A.T.S Investments Inc נ' Segal Group (Dresden) GmbH and Co.KG פס' 22 (פורסם בנבו, 2020).

<sup>37</sup> שם, שם.

מכריע" ל"מכריע" נובע מהאפשרות שצד יטען לטעות סופר או לחוזה למראית עין. אך כאשר טענות אלו לא נטענו בחוזה עסקי יש להיצמד ללשון ולא לפנות לנסיבות או לערכים ציבוריים.<sup>38</sup>

השופט פוגלמן בחר לבסס את פסק דינו על העובדה שמדובר בחוזה שנכרת במסגרת מכרז. עובדה זו מחדדת את המחלוקת בין הצדדים בהיבט חשוב נוסף. עקרון השוויון מחייב שפרשנות החוזה לא תסטה מהוראות המכרז ומתכליתן של הוראות אלו שנלמדות מנסיבות העניין.<sup>39</sup>

### ג. התלכדות מהותית או נסיבתית

איך נולדות הלכות? לעתים קיימת מלאכה לא פשוטה להסיק מדעות השופטים האם נוצרה הלכה, ולו בדעת רוב או שכל אחד מהשופטים מהווה דעת יחיד, אף שהם הגיעו לאותה התוצאה. לצורך חידוד סוגיה זו אציע הבחנה בין "התלכדות מהותית" של דעות השופטים לבין "התלכדות נסיבתית". התלכדות נסיבתית מתרחשת ששני שופטים מחילים את אותו כלל משפטי ומגיעים לאותה תוצאה, אך כל אחד על פי קריטריון שונה, אך במקרה נושא פסק הדין מתקיימים שני הקריטריונים. כך למשל, אם שופט א' יחיל את הכלל המשפטי רק על מי שהוא מעל גיל 50, ושופט ב' יחיל את הכלל המשפטי רק על מי שהוא חובש משקפיים, אזי אם האדם נושא פסק הדין הוא בן 55 וחובש משקפיים שני השופטים יחילו את הכלל המשפטי, אך לא נוצרה הלכה, שכן יש כאן רק התלכדות נסיבתית. לעומת זאת, התלכדות מהותית מתרחשת ששני שופטים מגיעים לאותה תוצאה על פי אותו כלל משפטי, אך שופט א' דורש שני קריטריונים מצטברים ואילו שופט ב' דורש רק קריטריון מסוים מבין השניים, ובמקרה נושא פסק הדין מתקיימים שני הקריטריונים. כך למשל, אם שופט א' יחיל את הכלל המשפטי על כל מי שהוא מעל גיל 50 וחובש משקפיים, ושופט ב' יחיל את הכלל המשפטי רק על מי שהוא חובש משקפיים, אזי אם האדם נושא פסק הדין הוא בן 55 וחובש משקפיים שני השופטים יחילו את הכלל המשפטי, וניתן לומר שנוצרה הלכה, שכן שני השופטים מסכימים שאם מתקיימים שני הקריטריונים הכלל המשפטי חל. שופט א' דורש את שני הקריטריונים ואילו שופט ב' מסתפק רק באחד מהם, אך בוודאי סובר שאם גם הקריטריון השני מתקיים ההלכה חלה. במקרה זה יש התלכדות מהותית.

כדוגמא להתלכדות מהותית ניתן להביא את עניין **צים נ' מזיאר**. בית המשפט דן בתניית פטור מנזקי גוף שנכללה בקבלה על תשלום לשיט באנייה של צים. השופט זילברג הביע את העמדה המחמירה בפסק הדין לפיה יש לפסול כל תניה שפוטר מנזקי גוף גם בחוזה רגיל. השופט לנדוי הביע את עמדת האמצע שיש לפסול כל תנאי שפוטר מנזקי גוף רק בחוזה אחיד. ואילו השופט ויתקון הביע את העמדה המקלה לפיה יש

<sup>38</sup> אמנם פרופ' גבריאלה שלו וד"ר אפי צמח טוענים שישנו פער בין הרטוריקה של השופט גרוסקופף בפרשה זו לבין הפרקטיקה, שכן מייד לאחר הדברים דלעיל, השופט גרוסקופף פונה לבחינת הנסיבות, ולכן מה שקובע היא הפרקטיקה ולא הרטוריקה, גבריאלה שלו ואפי צמח "עוד על מעמדה של אפרופים בעקבות פסק דין ע"א 9025/17 A.T.S Investments Inc נ' Segal Group (Dresden) **בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית** (24.2.2020). לטענה זו ניתן להשיב שהשופט גרוסקופף פנה גם לנסיבות בשל הרצון להראות שניתן להגיע לתוצאה דומה גם במסלול זה ("ואכן, גם אם נרחיב את בחינתנו מעבר ללשון ההסכמים, עדיין נגיע לאותה מסקנה" עניין A.T.S לעיל ה"ש 36, פסי' 23) שמתלכד עם דעות השופטות האחרות בהרכב. לדעתי, יש לתת משקל לרטוריקה שהיא קובעת את הכלל. ואכן כך סברו פרופ' גבריאלה שלו וד"ר אפי צמח ביחס לאמירות של השופט דנצינגר, כאשר הם זיהו פער בין הרטוריקה לפרקטיקה, שלו וצמח, לעיל ה"ש 15, בעמ' 16 – 18.

<sup>39</sup> ביבי כבישים, לעיל ה"ש 3, פסק דינו של השופט פוגלמן. בהקשר זה ראוי לציין רעה חולה שהולכת ומתגברת בשנים האחרונות. חברה זוכה במכרז לאור הצעתה הטובה ביותר, ולאחר זכייתה, ולעתים לאחר תחילת ביצוע החוזה היא דורשת לשנות את החוזה להטיב עמה, כאשר מתחם האפשרויות של הצד השני בעייתי ביותר בשלב זה. ראו: עומר דקל "שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז" **משפט ועסקים** ה' 287 (2006).



לפסול כל תנאי שפוטר מנזקי גוף רק בחוזה אחיד ורק בשירות חיוני.<sup>40</sup> לפיכך, ניתן לומר שיש דעת רוב כאשר קיימת תניה שפוטר מנזקי גוף בחוזה אחיד. במקרה זה הן השופט זילברג והן השופט לנדוי מסכימים שאין להכיר בתניה. השופט לנדוי דורש את שני התנאים: תניה שפוטר מנזקי גוף וחוזה אחיד. השופט זילברג מסתפק בקיומה של תניה שפוטר מנזקי גוף כדי שהיא תיפסל, ברם הוא בוודאי מסכים שאם היא קיימת בחוזה אחיד יש לפסול אותה. וזו אכן נחשבת להלכת צים שאף נחקקה ברפורמה האחרונה בחוק החוזים האחידים.<sup>41</sup>

#### ד. האם שונתה הלכת אפרופים על ידי עניין ביבי כבישים?

בעניין **ביבי כבישים** כל אחד מהשופטים ביסס את פסק דינו שיש להתחשב בלשון החוזה בלבד על קריטריון שונה. השופט שטיין – חוזה סגור, השופט גרוסקופף חוזה עסקי, והשופט פוגלמן חוזה במסגרת מכרז (לשון ונסיבות).<sup>42</sup> מכאן עולה שפסה"ד מתבסס על שלושה קריטריונים שונים, ולכן לאור עובדה זו קיימת דעה רווחת כי הלכת אפרופים לא שונתה.<sup>43</sup> אם כי הובעה גם דעה נוגדת לפיה הלכת אפרופים בוטלה.<sup>44</sup> כדי לבחון אם הלכת אפרופים שונתה אם לאו, יש לבחון על פי הצעתי אם קיימת התלכדות מהותית שמהווה שינוי מהלכת אפרופים. אם השופט שטיין לא היה מדגיש שהבחנה שלו בין חוזה סגור לפתוח חלה רק בחוזים עסקיים, ניתן היה לומר שיש כאן התלכדות נסיבתית בחוזה עסקי סגור. השופט שטיין מחייב להיצמד ללשון החוזה בשל היות החוזה סגור והשופט גרוסקופף מחייב להיצמד ללשון החוזה בשל היות החוזה עסקי. ברם, מאחר שהשופט שטיין דורש שני תנאים להיצמד ללשון החוזה: חוזה סגור שהוא גם חוזה עסקי, ישנה כאן התלכדות מהותית עם השופט גרוסקופף. השופט שטיין דורש שני תנאים מצטברים לתחלת הכלל של היצמדות ללשון: חוזה עסקי וחוזה סגור, ואילו השופט גרוסקופף מסתפק בחוזה עסקי בלבד, אך בוודאי יסכים שאם מדובר בחוזה עסקי סגור יש להיצמד ללשון החוזה בלבד, וזו

<sup>40</sup> ע"א 461/62 צים נ' מזיאר פ"ד יז 1319 (1963).

<sup>41</sup> סעיף 5 (ב) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ב - 1982. לתפיסה לפי הדעה של השופט לנדוי היא "הלכת צים", ראו גבריאלה שלו "דיני חוזים" 621 (מהד' שניה, 2003). פרופ' שלו רואה בדעה של השופט לנדוי כהלכה, שכן היא הדעה הממוצעת בין שתי הדעות הקוטביות האחרות, שם, שם. לדעתי הלכת צים היא הדעה של השופט לנדוי, שכן כבר בדעה זו יש לנו שני תומכים כאמור לעיל. הלכה זו זכתה להתפתחויות מאוחרות יותר, שכבר אינן רלוונטיות, לאור הסעיף הני"ל של חוק החוזים האחידים, שנחקק בשנת 2014. אמנם תניות פטור לנזקי גוף יכולות להיות גם בחוזים רגילים, אך לא אעמוד על הפסיקה ביחס אליהן שכן הן נדירות מאוד, והלכת צים הובאה במאמר זה רק לדוגמה ביחס להתלכדות מהותית. בהקשר זה ראוי לציין שניתן לתאר מקרים שבו בעל הדעה המקלה שדורש פרמטר אחד יסבור שההלכה חלה ללא סיוג, ולכן לא יצטרף לדעה שדורשת שני פרמטרים (כולל הפרמטר שלו). ברם, נראה שמדובר במקרים נדירים.

<sup>42</sup> בכך שונה הדעה של השופט פוגלמן מהדעות של השופטים שטיין וגרוסקופף שסבורים שבעניין ביבי כבישים יש להתחשב בלשון בלבד.

<sup>43</sup> לעמדה של פרופ' איל זמיר ראו: מתן ברנר "הלכת אפרופים, גרסת 2019", **גלובס**, 1.12.19. עם זאת, במאמר שכתב הרחיב את דבריו בכל הנוגע לפרשת ביבי כבישים. מדבריו עולה כי לפחות ככל שמדובר בעמדות השופטים שטיין וגרוסקופף ואופן יישומן על עובדות המקרה הספציפי, שיטתן סוטה באורח משמעותי מהלכת אפרופים. לאור זאת קיימת אי בהירות לגבי מידת הסטייה של ביבי כבישים מהלכת אפרופים כעניין שבהלכה שיפוטית, וחשוב שבית המשפט העליון יבהיר את השאלות שהתעוררו בעקבות פסק הדין, איל זמיר "פירוש חוזים: תיאוריה, דין, עובדות וערכים (בשולי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)" [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3576441](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3576441) כן ראו את מאמרם של ד"ר אפי צמח וד"ר עמרי בן צבי שם הם מביעים את העמדה כי פסק הדין בעניין ביבי כבישים אינו סוטה מהלכת אפרופים נוכח הפער בין עמדות השופטים שטיין וגרוסקופף במישור התיאורטי, אפי צמח ועמרי בן-צבי "על הקשר בין תיאוריה לפרקטיקה בידי חוזים" 21 – 27 (טרם פורסם, 2020). ראו גם: אפי צמח ועומרי בן צבי "דעה: פרשת ביבי כבישים, הלכת אפרופים ומותו של האקטיביזם כקטגוריה ציבורית משמעותית", **גלובס**, 26.12.19; שלו וצמח, לעיל ה"ש 38. בהקשר זה ראו גם: עלי בוקשפן "פירושו של חוזה - באילו נסיבות חשובות הנסיבות?" **משפטים על אתר** (2020) שעומד על כך שגם נסיבות הכריתה הן חלק מהנסיבות של החוזה.

<sup>44</sup> גיל ברניגר "דעה העליון מטלטל את דיני החוזים בישראל: ביטל את הלכת אפרופים, **גלובס**, 29.11.19. לדעת הכותב לאור הדעות של השופטים שטיין וגרוסקופף, כאשר מדובר בחוזה עסקי מפורט הוא יפורש רק ע"פ לשונו ולא בהתאם לתפיסות עולם ותכליות חיצוניות. מדבריו אלו עולות מספר תהיות. א. חסרה הבהרה איך ניתן לחבר בין הדעות של השופטים שטיין וגרוסקופף. ב. לא ברור האם הוא מפרש את דעות השופטים שטיין וגרוסקופף, כך שלא ניתן לפנות גם לנסיבות בחוזים אלו. ההתייחסות ללשון החוזה היא בהנדה לתכליות החיצוניות. ג. לא ברור מדוע לדבריו הלכת אפרופים בוטלה, שהרי לא כל החוזים הם חוזים עסקיים ומפורטים.

התלכדות מהותית. יתרה מכך, שני השופטים משתיתים את הקריטריון שקבעו על אותה הצדקה. השופט שטיין כאמור מדגיש שקביעתו נשענת על תכלית מהותית עסקית שמבוססת על הרצון ליצור וודאות חוזית, שמפחיתה את עלויות העסקה, יוצרת ביטחון עסקי ומסייעת בגיוס הון. ואילו השופט גרוסקופף סבור שהתכלית היא השגת יציבות, ודאות חוזית ושליטה מוגברת בחוזה. כאשר ישנה התלכדות גם בהנמקה ולא רק בתוצאה התגבשה למעשה דעת רוב שמצמצמת את הלכת אפרופים. הטבלה להלן תמחיש היכן דעות השופטים שטיין וגרוסקופף מתלכדות והיכן הם חולקים. הטבלה עורכת הבחנה בין מאפייני הצדדים לחוזה: צרכני, פרטי ועסקי, וכן ביחס לכל סוג היא בוחנת את עמדות השופטים ביחס לחוזה פתוח או סגור – הבחנה שרלוונטית רק לשופט שטיין.

סגור	צרכני	פרטי	עסקי
הש' שטיין: כלים רגולטורים ולא תכלית אובייקטיבית. הש' גרוסקופף: הלכת אפרופים בדגש על ערכים ציבוריים.	הש' שטיין: הלכת אפרופים.	הש' שטיין: הלכת אפרופים.	הש' שטיין: לשון בלבד. אם החוזה לא ברור – להסתמך על נטל ההוכחה וכלל הפרשנות נגד המנסח. לא לפנות לנסיבות ולא לתכלית האובייקטיבית (ערכים ציבוריים) הש' גרוסקופף: לשון בלבד. אם הלשון לא משקפת את כוונת הצדדים לא פונים לנסיבות ולא לערכים ציבוריים.
הש' שטיין: כלים רגולטורים ולא תכלית אובייקטיבית. הש' גרוסקופף: הלכת אפרופים בדגש על ערכים ציבוריים.	הש' שטיין: הלכת אפרופים.	הש' שטיין: הלכת אפרופים.	הש' שטיין: בחלקים הפתוחים תכלית אובייקטיבית. הש' גרוסקופף: לשון בלבד. אם הלשון לא משקפת את כוונת הצדדים לא פונים לנסיבות ולא לערכים ציבוריים.

כאמור קיימת התלכדות מהותית רק בחוזים עסקיים סגורים ביחס לשאלה האם ניתן לפנות לנסיבות כריתת החוזה או שיש רק להיצמד ללשון החוזה, וכן האם ניתן להפעיל את התכלית האובייקטיבית ובאמצעותה להכניס לחוזה שיקולים ערכיים ציבוריים. הן השופט שטיין והן השופט גרוסקופף קובעים שבמקרה זה אין לפנות לנסיבות ואין לפנות לערכים ציבוריים. השופט פוגלמן הגיע לתוצאה דומה במסגרת פסק הדין, אך הקריטריון שלו חוזה במסגרת מכרז אינו מתלכד מהותית עם הקריטריונים של השופטים שטיין וגרוסקופף אלא רק מתלכד נסיבתית, שכן מכרז יכול להיות במסגרת עסקית או פרטית, ומכרז יכול להיות עם תנאים סגורים או פתוחים, וכן הוא סבור שיש להתחשב גם בנסיבות.<sup>45</sup> ולכן ההלכה שנוצרה היא רק ביחס להתלכדות המהותית בין השופטים שטיין וגרוסקופף. לפיכך, הלכת אפרופים לא בוטלה בעניין ביבי כבישים, אך ניתן לומר שהיא צומצמה, ולכן שונתה ביחס לשאלה האם ניתן לפנות לנסיבות והאם ניתן לפנות לתכלית האובייקטיבית בחוזים עסקיים סגורים. עובר לעניין ביבי כבישים, גם בחוזים עסקיים סגורים היה צורך לפנות תחילה גם לנסיבות, ואם התכלית הסובייקטיבית המשותפת לא הייתה ברורה היה צורך לפנות לתכלית האובייקטיבית. לאחר עניין ביבי כבישים יש לפנות בחוזים עסקיים סגורים רק ללשון החוזה, ואם היא לא ברורה, אזי לפי השופט שטיין ניתן להתבסס על כלל נטל ההוכחה

<sup>45</sup> במסגרת ההחלטה בדנ"א 8100/19 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (19.4.20) מציינת הנשיאה חיות ביחס לדבריו של השופט פוגלמן, לפיהם "אף אם יש מקום להידרש לתכלית האובייקטיבית של החוזה, המבקשת לא הצביעה על כך שתכלית כזו תוביל לתוצאה שונה". ברם, בפסה"ד דינו הניסוח מעט שונה, "אף אילו הייתי מניח כי בענייננו יש להידרש לתכלית האובייקטיבית איני סבור כי ביבי כבישים הצביעה על תכלית כאמור שתאפשר להגיע לתוצאה שונה". ולכן מהניסוח המקורי, נראה שהוא לא סבור שיש להידרש לתכלית האובייקטיבית.

או על כלל הפרשנות נגד המנסח. השופט גרוסקופף קבע שבית המשפט לא יסייע לצדדים במובן של פניה לנסיבות או לערכים ציבוריים, בדומה לשופט שטיין, ונראה שגם הוא יסכים שהתובע צריך להוכיח את תביעתו, בבחינת המוציא מחברו עליו הראיה, והוא בוודאי שלא יתנגד לכלל הפרשנות נגד המנסח שמופיע במפורש בסעיף 25 (ב1) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973. בהקשר זה מעניין לציין שפסיקת בתי המשפט בערכאות הדיוניות לאחר הלכת ביבי כבישים אכן רואה במקרים רבים בפסה"ד הלכה מחייבת ולא רק דעות יחיד בלתי מחייבות.<sup>46</sup>

### ה. השלכות ההחלטה בדיון הנוסף בעניין ביבי כבישים

לאחר שליחת המאמר לפרסום התפרסמה ההחלטה שדחתה את הבקשה לדיון נוסף בעניין ביבי כבישים. במסגרת החלטה זו קבעה הנשיאה חיות ביחס לפסה"ד בערעור האזרחי: "משיש בפסק הדין הסכמה ביחס לתוצאה אך הנמקות שונות הובילו אליה, לא ניתן לקבוע כי נקבעה בו הלכה, לא כל שכן הלכה גלויה ומפורשת, ומשכך אין מתקיים במקרה דנן התנאי הראשון וההכרחי לקיומו של דיון נוסף".<sup>47</sup> האם מסקנה זו היא למעשה התוצאה ההלכתית העתידית? כמענה לשאלה זו ראוי להיזכר בפסקה הבאה שלקוחה אף היא מהחלטה לדחות בקשה לדיון נוסף: "נראה לי כי אין בניתוח המקיף והמעמיק של השאלות שנדונו בפסק הדין (הן הכלליות והן המיוחדות לנסיבות המקרה), סטיה מהדין או מההלכה. מבלי למעט מחשיבותה של הסוגייה שנדונה בפסק הדין ומעומק ניתוחה על ידי השופטים שישבו בדיון, ותוך נתינת הדעת לתוצאות פסק הדין, אין, לדעתי, מקום לדיון נוסף בה". מדובר למעשה בהחלטה לדחות את הבקשה לדיון נוסף בעניין אפרופים!<sup>48</sup> האם אכן הלכת אפרופים לא היוותה הלכה חדשה? כידוע ההחלטה בדיון הנוסף בעניין אפרופים לא קבעה את עתידה של הלכת אפרופים שנחשבת כאמור להלכה החשובה ביותר בתחום דיני פרשנות חוזים.<sup>49</sup> יתרה מכך, מאוחר יותר הלכה זו נדונה בדיון הנוסף בעניין מגדלי הירקות, שהיה למעשה הדיון הנוסף על הלכת אפרופים.<sup>50</sup> יתכן שבעתיד בית המשפט יידרש לחזור על פרוצדורה נדירה זו.

<sup>46</sup> ראו למשל: ת"א (ת"א) 31364-01-15 **צמרת גני חדרה נ' ניו-פארם פס' 56** (פורסם בנבו, 2019) פסה"ד מנתח את המקרה לפי הקריטריונים של השופט שטיין וקובע שמדובר בחוזה עסקי הנוטה לחוזה סגור, ושל השופט גרוסקופף, שכן מדובר בחוזה עסקי ולכן יש לתת ל"לשון ההסכם משקל רב שמא 'מכריע'. עם זאת בית המשפט מדגיש ש"אין לשלול אפשרות לקיומם של מקרים בהסכמים מסוימים בהם - חרף סעיף חוזי הדורש הסכמה כתובה וחתומה לצרכי שינוי חוזה - יוכח שינוי מוסכם בדרך אחרת", שם בפס' 29. פס"ד נוסף שמיישם את הדעות של השופטים שטיין וגרוסקופף, ומציין שמדובר בגישות דומות אך לא זהות, ת"א (פ"ת) 27542-07-15 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בלסקי עמ' 12 - 16** לפסה"ד (פורסם בנבו, 2019), "העולה, איפוא מן הדברים הוא, שלפי שתי השיטות המצויות בפסה"ד בפרשת ביבי הנ"ל, הן זו בה נקט כבי השופט שטיין, והן זו שננקטה ע"י כבי השופט גרוסקופף, במקרה דנן יש להיצמד ללשונם הכתובה של ההסכמים, ואין מקום לפרשנות מרחיבה. כפי שנאמר לעיל, מדובר במערכת הסכמית מפורטת, שנכרתה בין שני גורמים עסקיים בעניין שהוא עסקי לחלוטין", שם עמ' 16. במקרה זה רואים את ההתלכדות המהותית בחוזה עסקי מפורט, כאשר בית המשפט קובע שיש להיצמד ללשון הכתובה ואין מקום לפרשנות מרחיבה, דהיינו אין מקום לפנות לנסיבות או לערכים חיצוניים. ראו גם: ת"א (ת"א) 7446-02-16 **טאק-אסטרטגיות צמיחה נ' דרוני שלומי פרסומאים בע"מ פס' 6.2** (פורסם בנבו, 2019): "הגם שבפרשת ביבי כבישים הנוכרת לעיל הגיעו כל אחד מהשופטים לתוצאה בנימוקים שאינם זהים - הרי בפועל ברי שכאשר קיים הסכם שמשמעותו עולה ממילותיו וכאשר שני הצדדים להסכם הם אנשי מקצוע, הרי יש מקום לפעול בהתאם להוראות ההסכם ולא לקרוא לתוכו הוראות שלא נרשמו בו". גם כאן רואים את ההתלכדות המהותית כאשר מדובר באנשי מקצוע ומשמעות ההסכם עולה ממילותיו, דהיינו מדובר בחוזה עסקי שהלשון מפורטת דיה, ולכן יש להיצמד ללשון ולא להשלים הוראות שאין בו. ראו גם: ת"א (ת"א) 34146-09-16 **חן מכבי נ' אורבן קופיקס בע"מ פס' 33** (פורסם בנבו, 2019); ת"א 27113-11-16 **ביו דיזל תעשיות מיחזור נ' טל הל יסכה בע"מ פס' 13** (פורסם בנבו, 2019). ת"א 31246-07-18 **בנדיקטה נדל"ן בע"מ נ' פ. גורדי הנדסה בע"מ פס' 56** (פורסם בנבו, 2019); ת"א 5876-11-19 **ת.א. טלקום בע"מ נ' שטיינר** (פורסם בנבו, 2019). מעניין לציין שבת"א 44279-01-18 **יד-אל שו"ת נ' אל-שפ בע"מ**, (פורסם בנבו, 2019) ניתנה החלטה שמבקשת מהצדדים לחוות דעתם באשר להשלכת פסה"ד בעניין ביבי כבישים על התובעה הנדונה. עם זאת בת"א 10580-09-17 **דיין נ' יקותיאל ביזנס סנטר בע"מ פס' 19** (פורסם בנבו, 2019), בית המשפט מפנה לפסיקת השופט שטיין ביחס לחוזה סגור בלי לשים לב שמדובר באותו המקרה בחוזה שחל עליו חוק המכר דירות, תשל"ג – 1973. ביחס לסוג זה של חוזים לא חלים הכללים שקבע השופט שטיין לחוזה עסקי סגור בעניין ביבי כבישים, לעיל הי"ש 3, פס' 17.

<sup>47</sup> דין נוסף בעניין ביבי כבישים, לעיל הי"ש 45, פס' 15.

<sup>48</sup> דנ"א 2485/95 **אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 3 (פורסם בנבו, 1995).

<sup>49</sup> ראו לעיל הי"ש 2.

<sup>50</sup> ראו טקסט ליד הי"ש 6.

## ו. סיכום

פרשת ביבי כבישים זכתה להד תקשורתי רחב ועסקה בשאלה האם הלכת אפרופים, בוטלה, לא שונתה כלל או צומצמה. לאור ההתלכדות המהותית בין דעות השופטים שטיין וגרוסקופף ביחס לחוזים עסקיים סגורים, שלגביהם יש לפרשם רק על פי לשונם בלבד, ואין לפנות לנסיבות כריתתם או לערכים ציבוריים, ניתן לומר שעניין ביבי כבישים אכן צמצם במידת מה את הלכת אפרופים. בהתאם להלכת אפרופים גם בחוזה עסקי סגור היה צורך לפנות תחילה גם לנסיבות, ואם לא ניתן היה לאתר את הפרשנות התכליתית הסובייקטיבית המשותפת לשני הצדדים היה צורך לפנות לתכלית האובייקטיבית. כעת לאור הלכת ביבי כבישים חוזים עסקיים סגורים יפורשו רק בהתאם ללשונם. אם הלשון לא תהא ברורה, אזי לפי השופט שטיין ניתן יהיה להכריע את הדיון בהתאם לנטל ההוכחה הרובץ בדרך כלל על התובע או בהתאם לכלל הפרשנות נגד המנסח. לא נראה כי דעת השופט גרוסקופף תנגוד אפשרות זו. על אף האמור בהחלטה לדחיית הבקשה לדיון הנוסף בעניין זה, נראה כי לא נאמרה המילה האחרונה ביחס לחידושים הפרשניים בעניין ביבי כבישים.