

פירושו של חוזה – באילו נסיבות חשובות הנסיבות?

מאת

עלי בוקשפן*

רשימה זו עיקרה בטענה כי פסק הדין שניתן בעניין **ביבי כבישים** היה מתבקש ואף צפוי, ובכל זאת תרם בשלושה מובנים לפחות: ראשית, בפתרון הקושי הפרשני שנותר לאחר קריאת פסק הדין המחוזי שקדם לערעור; שנית, בהפגת הערפל שנוצר בעקבות ה"מיתולוגיה" סביב הלכת **אפרופים**, כמו גם במסגור מוצלח של ההלכה המפורסמת שלפיה בהליך פירושו של חוזה תמיד יש משמעות לנסיבות, ובכלל זה ביחס לקביעת מעמדה של הלשון הכתובה. בעניין **ביבי כבישים** צועדים כל השופטים בנתיב שנסלל בהלכת **אפרופים**, נותנים עדיפות לנסיבות כבר בבואם להכריע כיצד יפורש חוזה בכל מקרה נתון ומחדדים אילו נסיבות הן הרלוונטיות לשאלה אם אומד דעת הצדדים משתמע במפורש מלשונו של החוזה. בכך ממחישים השופטים בעניין **ביבי כבישים** עד כמה הלכת **אפרופים** היא אחת ההלכות הבסיסיות שניתנו בדיני החוזים, ועד כמה דרכם הפרשנית דומה לזו שהתוו שם שופטי הרוב למרות התוצאות השונות של שני פסקי הדין אשר נובעות מנסיבות כריתה וניסוח שונות של החוזים שנדונו בכל אחד מפסק הדין; שלישית, בהעמקה, גם אם המשתמעת, של ההבחנה בין "נסיבות הלשון", הקשורות בלידתו של החוזה ובמעמדה הפרשני של לשונו, לבין "נסיבות התוכן", הקשורות בקיומו ובתוכנו של החוזה. לסיכום, רשימה זו גורסת כי עניין **ביבי כבישים** אינו מעצים את מעמדה של הלשון כשלעצמה בהליך פירושו של החוזה, ועיקר חשיבותו הוא במיקוד תשומת הלב לנסיבות שמהן ניתן להסיק שאומד דעת הצדדים משתמע במפורש מהלשון, הא ותו לא. יתר על כן, מיקודו של פסק הדין בנסיבות המלוות את לידתם וניסוחם של החוזים מוביל דווקא למסקנה בדבר נחיתותה לרוב של הלשון בהליך פירושה של מרבית החוזים דהאינא.

הקדמה. א. נסיבות לידתו של הערעור. ב. עניין **ביבי כבישים**, נצר למשפחת **אפרופים**. ג. "נסיבות הלשון" ו"נסיבות התוכן" – תאומות לא זהות. ד. סיכום – הלשון בתן של הנסיבות.

הקדמה

חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, אשר מסדיר את הפעולה המשפטית השכיחה ביותר כנראה, הוא חוק ותיק ויציב מאין כמותו. במהלך כמעט יובל השנים מאז חקיקתו תוקן החוק אך פעמיים, וגם זאת רק בסעיף 25 שבו אשר קובע את דין פירושו של חוזה.¹

* פרופסור חבר, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודות למערכת משפטים על אתר ובמיוחד לעורכת לידי יעקובי ולעורכת הטכנית בר גרופי על הערותיהן הטובות.

1 התיקון הראשון התקבל ביום 15.6.1981, ראו חוק הפרשנות התשמ"א–1981, ס"ח 1030, 306 (תיקון עקיף לחוק החוזים), שהפנה, בס' 25(ד) לחוק החוזים, לס' 2, 4, 5, 6, 7, 8 ו-10 לחוק הפרשנות, ולס'

העיסוק החקיקתי בשאלת פירושו של חוזה, שאליו מתלווה כתיבה פסיקתית ואקדמית ענפה, אינו מפתיע. ככלות הכול, סוגיית פירושו של חוזה היא השאלה המעשית ביותר בדיני החוזים – דינים אלו מעניקים לצדדים עצמם את החופש להסכים ולחוקק את זכויותיהם וחובותיהם, והיקפן של זכויות וחובות אלו נקבע, בראש ובראשונה, באמצעות התהליך הפרשני של כוונתם.²

רשימה זו, אשר נכתבת אגב פסק הדין ע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון,³ באה להרהר בשאלה אם פסק הדין שינה את הדין המצוי בשאלת פירושו של חוזה, חידד את הדין או הוסיף עליו, אם בכלל. וביתר ספציפיות, הרשימה בוחנת את השאלה אם פסק הדין האמור חידש דבר מה בשאלת היחס בין "לשון" החוזה לבין "נסיבות העניין" כמקורות לפירוש כוונתם של הצדדים לחוזה. שאלה זו עמדה במוקד אחת ההלכות המפורסמות ביותר שנקבעו עד היום בדיני החוזים בישראל, ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים**,⁴ הלכה אשר עוררה דיון פסיקתי ער⁵ ואף הובילה לתיקון השני, והאחרון עד כה, לחוק החוזים.⁶

תמציתה של רשימה זו היא שפסק הדין שניתן בעניין **ביבי כבישים** היה מתבקש וצפוי, ובכל זאת תרם בשלושה מובנים לפחות: **ראשית**, בפתרון הקושי הפרשני שנותר לאחר קריאת פסק הדין המחוזי שקדם לערעור; **שנית**, במסגור מוצלח של הלכת **אפרופים** שלפיה בהליך פירושו של חוזה תמיד יש משמעות לנסיבות וכן בהפגת הערפל שנוצר בעקבות

- 357 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. התיקון השני, הרלוונטי יותר למאמר זה, התקבל ביום 26.1.2011 ועסק בתיקון נוסחו של ס' 25(א) לחוק החוזים, שעליו מתבססת רשימה זו, ובהוספת ס' 25(ב) לחוק החוזים. ראו חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011, ס"ח 2273, 202.
- 2 ס' 24 לחוק החוזים קובע כי "תכנון של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים", הסדר תתי-חוקתי אשר מעגן את העקרונות העל החוקתי של אוטונומיית רצון המעוגן בס' 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לצורך בהירות הטיעון לא יפותח כאן הדיון השלם בשאלת קביעת תוכן החוזה, המושפע גם ממנגנון ההשלמה, כמו גם מפועלם של עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, הסותרים לעיתים את עקרון חופש החוזים. לדיון בעקרונות אלו ראו עלי בוקשפן "חופש החוזים, תום לב ותקנת הציבור – מבט מחדש על משולש הגבולות של דיני החוזים" **דין ודברים** י 267 (2018) (להלן: בוקשפן "חופש החוזים").
- 3 ראו ע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 20.11.2019) (להלן: עניין **ביבי כבישים**). ביום 19.4.2020 ניתנה החלטתה של הנשיאה חיות בדנ"א 8100/19 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (ניתן ביום 19.4.20) (להלן: עניין **דנ"א ביבי כבישים**) בה היא דחתה בקשה לקיים דיון נוסף על פסק הדין בעניין **ביבי כבישים**. רשימה זו, שנכתבה לפני ההחלטה בבקשה לדיון נוסף, מצטרפת בהסכמה למסקנתה.
- 4 ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ**, פ"ד מט(2) 265 (1995).
- 5 ראו, על קצה קצהו של המזלג, דנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(2) 1 (2006).
- 6 לדיון במשמעותו של תיקון זה, ראו רע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ בשם מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד סה(2) 563 (2012). בפסק דין זה נקבע כי תיקון מס' 2 לחוק החוזים אינו אלא אימוץ של השיטה הפרשנית שהונהגה בעניין **אפרופים** (לעיל ה"ש 4), אגב הדגשת מקומה החשוב של לשון החוזה בתהליך הפרשנות – מקום אשר מעולם לא אבד לה (בתלות בחוזה שבו עסקינן).

ה"מיתולוגיה" סביב ההלכה המפורסמת;⁷ **שלישית**, בהעמקתה, גם אם המשתמעת, של ההבחנה בין "נסיבות הלשון", הקשורות בקביעת מעמדה הפרשני של לשונו, לבין "נסיבות התוכן", הקשורות בקביעת תוכנו של החוזה, בהליך פירוש אומד דעת הצדדים. בשורות הבאות אתייחס לשלושת פעליו אלו של פסק הדין בעניין **ביבי כבישים** לפי סדרם.

א. נסיבות לידתו של הערעור

עניין **ביבי כבישים** דן בפירושו של חוזה עבודות בנייה ותשתית נרחבות, בהיקף של עשרות מיליוני שקלים, לשדרוג מסילות רכבת בין קיבוץ נען לבאר שבע. דיון פרשני זה נדרש לאחר שנתגלעה בין הצדדים (רכבת ישראל בע"מ, יוזמת הפרויקט ומזמינת העבודות, וביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ, קבלן ביצוע שזכה במכרז לעבודות אלו) מחלוקת בקשר להתחשבות סופית על פי החוזה שנכרת ביניהם. בית המשפט המחוזי אומנם ניתח את הסוגיה בפסק דין מפורט אשר מחזיק 71 עמודים,⁸ אך עשה כן ללא התייחסות כלשהי לסעיפי חוק (לרבות לסעיף 25(א) לחוק החוזים) לצורך ביסוס פסק דינו,⁹ וגם ללא התייחסות לפסקי דין אשר עסקו בסוגיית פירושו של חוזה, ובכלל זה לפסק הדין בעניין **אפרופים**. למעשה, ההתייחסות המשפטיות היחידות שהביא השופט קמא לפסיקתו, אשר התערבה בלשון החוזה ובהסדרים החוזיים המפורשים והמפורטים שנוסחו בידי הצדדים, נשמעות בדבריו כי "החוזה משקף התקשרות ספציפית ופרטנית המתייחסת לעבודות נשוא המכרז. ההתקשרות בין הצדדים היא התקשרות מסחרית בין צדדים חזקים, מקצועיים ומנוסים, הבקיאים בהליכי מכרז" מחד גיסא, ובקביעתו "שעל פני הדברים ולאחר עיון בחוזה, יש בחלק מהוראותיו משום יתרון בלתי-הוגן לנתבעת. לפיכך, בחינת טענות הצדדים, על יסוד סעיפי החוזה צריכה להיעשות בזהירות תוך התחקות אחר אומד דעתם של הצדדים ואיזון בין האינטרסים של הצדדים" מאידך גיסא.¹⁰ קביעות לכאורה סותרות אלו – אשר הובאו כאמור ללא כל הסבר ואסמכתה לדין הרלוונטי החל עליהם ולנפקותם המשפטית נראות אפוא חסרות, אינטואיטיביות ונטולות זיקה ללשון החוזה, לחוק ולפסיקה. לפיכך פסק הדין המחוזי שעמד בפני ערכאת הערעור הזמין ואף חייב את בית המשפט העליון להבהיר מהם העקרונות השיטתיים והמשפטיים שעל פיהם הצדדים לאינטראקציה החוזית (ובתי המשפט במקרה של מחלוקת) צריכים להנחות עצמם בבואם

7 ראו דבריו של המשנה לנשיא חשין, בעניין **ארגון מגדלי ירקות** (לעיל ה"ש 5, פס' 52 לפסק דינו): **"בהילכת אפרופים** כשהיא לעצמה לא נפל פגם, הגם שניתן היה למתן את הריטוריקה שקבעה את ההלכה. הקושי הוא ברוח שההלכה משיבה אל כל עבר", או, בלשונו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין **המוסד לביטוח לאומי** (שם, פס' 13 לפסק דינו): "הכינוי 'המיתולוגיה של אפרופים' מתאים יותר, שכן על אף שהלכה ותפחה – כלל לא היה לה על מה שתסמוך [...] מבקרי הלכת אפרופים ייחסו לה דברים שכלל לא נאמרו בה".

8 ת"א (מחוזי ת"א) 23120-01-10 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 3.9.2018).

9 זולת חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, ו"כלל הפירוש כנגד המנסח", שהעלתה התובעת, ושבת המשפט קמא דחה אותם (שם).

10 שם, בעמ' 16–17.

לפרש חוזה, כל חוזה. בדומה לזה נראה שנימוקיו החסרים של בית המשפט המחוזי דרבנו גם את ניסוחו האנליטי, והנחרץ לעיתים, של פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון, ניסוח אשר סולל מחדש את הדרך ועומד כמעין משקל שכנגד לפסק הדין קמא. כפי שאראה בחלקיה הבאים של הרשימה, ניסוחים אלו חשובים ברובד הרטורי והאקספרסיבי, אך ברמה האסטרטגית, העקרונית והמהותית אין בהם שינוי לדין הקיים, ועיקר חשיבותם, חשיבות שאין להקל בה ראש, היא בעיקר באשרור, ביישום ובחידוד של הלכת אפרופים.¹¹

ב. עניין ביבי כבישים, נצור למשפחת אפרופים

ברקע פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **ביבי כבישים** ניצב פירושו של סעיף 25(א) לחוק החוזים. סעיף זה קובע, בנוסחו לאחר תיקונו בשנת 2011, כי "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". כפי שניתן לראות בבירור, לשונו של סעיף 25(א) **רישה** לחוק החוזים קובעת כי לשון החוזה ונסיבות העניין הם – תמיד ובכל חוזה – המקורות הרלוונטיים שמהם משתמעת כוונת הצדדים (אומד דעתם של הצדדים בלשון החוק). מזווית אחרת, החוק משקיף על לשון החוזה ועל נסיבות העניין כעל ה"אמצעים" שמהם משתמעת תמיד כוונת הצדדים, ועל כוונת הצדדים, בתורה, כ"מטרה" וכמי שקובעת את הסכמתם ואת תוכנו של החוזה, כפי שמורה סעיף אחד קודם לכן בחוק החוזים.¹² אכן, סעיף 25(א) **סיפה** לחוק החוזים מוסיף וקובע את עדיפותה של לשון החוזה בשיקוף כוונת הצדדים, אך זאת רק כאשר כוונה זו משתמעת במפורש מהלשון, היינו רק כשמהנסיבות עולה שכוונת הצדדים אכן משתמעת במפורש מלשון החוזה. אמת פשוטה זו בוטאה היטב בעניין **אפרופים**:

בהירותה של הלשון אינה נקבעת על-פי תחושת לשון קדם פרשנית של השופט, אלא היא פרי מסקנה פרשנית הבאה בסיומו של התהליך הפרשני. רק פנייה למקורות חיצוניים עשויה להניח את דעת הפרשן שהלשון אינה ברורה. מה שעל פניו נראה כברור, עשוי להתברר כלא ברור לאור הנסיבות

11 השופט שטיין התייחס בעניין **ביבי כבישים** (לעיל ה"ש 3, פס' 12 לפסק דינו) גם לסוגיית חוזה היחס אף שהשופט בבית המשפט המחוזי לא התייחס למושג זה בפסק דינו. מכיוון שהתייחסות זו לא נדרשה לביסוס פסק הדין ולא נזכרה בחוות דעתם של יתר השופטים שדנו בתיק, כולל כאמור זו של השופט קמא, רשימה זו לא תתייחס לחוזי יחס, להגדרתם ולפירושם. עם זאת לא יהיה מיותר להביא את גישתו המשכנעת של פרופ' מלווין אייזנברג (Eisenberg), ולפיה כל חוזה יוצר או משקף במובנים רבים סוג של יחס, וחוזה שאינו כזה הוא דמיוני כמו חד-קרן. ראו Melvin A. Eisenberg, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, 94 NW. U. L. REV. 805, 816 (2000). "[v]irtually all contracts either create or reflect relationships. Discrete contracts – contracts that are *not* relational – are almost as imaginary as unicorns. A contract to build something as simple as a fence creates a relationship. A contract to sell almost any commercial product is likely to either create or reflect a relationship".

12 ס' 24 לחוק החוזים, קובע כי "תכנו של חוזה יהיה ככל אשר **הסכימו** הצדדים" [ההדגשה הוספה].

[...] אכן, מדע הלשון ומדע המשפט שוללים את הפרופוזיציה כי הלשון היא ברורה "כשלעצמה".¹³

על כן לא מפתיע להיווכח שבעניין **ביבי כבישים** צועדים כל השופטים בנתיב ברור זה,¹⁴ נותנים עדיפות ראשונית לנסיבות בבואם להכריע כיצד יפורש חוזה בכל מקרה נתון ומחדדים אילו נסיבות הן הרלוונטיות לשאלה אם אומד דעת הצדדים משתמע במפורש מלשונו של החוזה. בכך ממחישים השופטים עד כמה הלכת **אפרופים** היא אחת ההלכות הבסיסיות שניתנו בדיני החוזים, בהדגישה את חשיבותן של הנסיבות כבר בראשית ההליך הפרשני לצורך החתירה הבלתי מתפשרת להגשמת אומד דעתם הסובייקטיבי המשותף של הצדדים (ככל שהיה כזה) בעת הכריתה. בהתאמה הלכת **אפרופים** אינה, כפי שטועים רבים לחשוב, מבקשת להתערב בכוונה זו. אדרבה, גישה שונה, הנותנת עדיפות עיוורת ללשון, היינו לצורה, עלולה לחטוא למהות ולמשימתם העיקרית של דיני החוזים להגשמת כוונתם האותנטית של הצדדים, ומגישה כזו ביקשה הלכת **אפרופים** להתרחק.

לפיכך עניין **ביבי כבישים**, אשר מבקש למקד את המבט בפתח ההליך הפרשני בנסיבות ניסוחו ולשונו של החוזה, וארחיב על נסיבות אלה את הדיבור בחלק הבא, אינו שונה ואינו משנה את הלכת **אפרופים** אלא למעשה מתבסס עליה ומבסס אותה.¹⁵ אכן, עניין **אפרופים** לא דן במפורש בסוג הנסיבות ו"המקורות החיצוניים" הרלוונטיים לשאלה הקונקרטית מתי אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, אך מסקנתם המובלעת של שופטי הרוב בעניין **אפרופים** דומה מאוד לזו של השופטים בעניין **ביבי כבישים**. דמיון זה עולה מעמדתם המשתמעת של שופטי הרוב בעניין **אפרופים**, שכשלעצמה נלמדה מהנסיבות שאפפו את מהלך כריתתו של החוזה, כי מלכתחילה לא היה החוזה שם סגור, ועל כן נדרשת פנייה פרשנית לנסיבות רחבות מלשון החוזה לצורך פירושו. במילים אחרות, אם קיים הבדל בין עניין **אפרופים** לעניין **ביבי כבישים**, הוא אינו נעוץ בתפיסת היסוד העקרונית של שני פסקי הדין בנוגע להליך פירושו של החוזה, אלא בשוני עובדתי הקשור למידת הפירוט בחוזים שבהם עסקו שני פסקי הדין. בעניין **ביבי כבישים** הסכימו כל השופטים (כולל

13 המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק, בעניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 298–299.

14 ראו עניין **ביבי כבישים** (לעיל ה"ש 3), פס' 12 לפסק דינו של השופט שטיין: "הלכת **אפרופים** חלה על כל חוזה וחוזה, אבל לא כל החוזים נולדו שווים"; דבריו של השופט פוגלמן (פס' 1 לפסק דינו): "כפי שציין חברי, הלכת **אפרופים** (שאושרה בהרכב מורחב של בית משפט זה בדנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות – אגודה שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(2) 1 (2006)), חלה על כל חוזה וחוזה"; ופסק דינו של השופט גרוסקופף, אשר אומנם אינו מתייחס במישרין להלכת **אפרופים** אבל מסכים שלא כל החוזים נולדו שווים, וממילא לגישה הנותנת בכורה לבחינה נסיבתית של הלשון.

15 לגישה שונה, הגורסת כי בעמדתו של השופט שטיין, וכיצא בזה גם בעמדתו של השופט גרוסקופף, "אין מדובר ביישום או בפיתוח של הלכת **אפרופים**, או בסטייה קלה ממנה, אלא בעמדה הפוכה ממש [...]" ראו: איל זמיר "פירוש חוזים: תיאוריה, דין, עובדות וערכים" (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3576441). גישתו של זמיר היא כי השופטים בעניין **ביבי כבישים** התעלמו מנסיבות חיצוניות האופפות את החוזה שנדרן שם (היותו של החוזה חוזה יחס, אחיד, לא שלם ושל חברה ממשלתית), עם זאת, נראה כי התעלמות השופטים ממאפיינים אלו בעניין **ביבי כבישים**, כמו גם בעניין **אפרופים** (שגם בו דובר בחוזה דומה), נבעה מהתרשמותם כי נסיבות אלו לא השפיעו על אומד דעת הצדדים לאור מעמד המתקשרים ולאור נסיבות הניסוח והלשון של החוזים בהם עסקו שני פסקי הדין.

השופט קמא) כי החוזה שבו דנו היה סגור ומפורט,¹⁶ ואילו בעניין **אפרופים** לא היה החוזה מלא וסגור, וממילא לא היה אפשר להניח כי מלשונו בלבד השתמע במפורש אומד דעת הצדדים. לפי הטענה, שהתקבלה על דעת הרוב בעניין **אפרופים**, נעדר מהחוזה שנדון בו הסדר שלם שהוסכם עליו,¹⁷ ועל כן פנה המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק, בין היתר להגיונו העסקי של החוזה, היינו לנסיבות המשליכות על תוכנו, ולא רק לאלו הקשורות ללשונו ולהליך כריתתו, כדי לפרש את אומד דעת הצדדים. אכן, גם בעניין **אפרופים**, בדומה לעניין **ביבי כבישים**, נוסח החוזה בידי צדדים מתוחכמים ומיודעים, וככל הנראה גם בעזרתם של אנשי מקצוע, אך כאמור בית המשפט לא השתכנע בעניין **אפרופים** כי החוזה היה שלם ומפורט דיו, וכי הלשון החסרה בו מהווה "הסדר שלילי" ושתיקה מדעת, בשל נסיבות כריתתו המעידות שהחוזה נוסח ניסוח לקוי, ככל הנראה בשל החיפזון שבו נוסח ובשל הדחיפות לסיימו לפי צורכי השעה.¹⁸ הלכה למעשה אפוא מהלך פרשני זה שננקט בעניין **אפרופים** אינו סותר את המהלך הפרשני בעניין **ביבי כבישים**, והוא דומה מאוד בהגיונו למהלך פרשני מוכר אחר, זה שנערך בידי "טעות סופר" המוסדרים בסעיף 16 לחוק החוזים, אשר גם בו מלמדות הנסיבות שהלשון אינה כזו אשר ממנה משתמעת במפורש כוונת הצדדים.¹⁹

16 כבר בפסקה הראשונה לפסק דינו (בעניין **ביבי כבישים**) מתאר השופט שטיין את החוזה אשר עומד במוקד הערעור כ"חוזה עב כרס [...] ועניינו עבודות בנייה ותשתית נרחבות בהיקף של עשרות מיליוני שקלים, שמטרתן להרחיב ולשדרג את מסילות הרכבת בין קיבוץ נען לעיר באר שבע". חוזה זה, אשר נחתם בין חברת ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ, בכושרה כקבלן ביצוע האחראי על העבודות, לבין רכבת ישראל בע"מ, בכושרה כיוזם הפרויקט ומוזמין העבודות, הוא "פועל יוצא של מכרז ציבורי שקיימה הרכבת, בהיותה חברה ממשלתית הכפופה לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 [...] שבו נטלו חלק שלושה עשרה חברות". כפי שממשיך ומפרט השופט שטיין (שם, פס' 2 לפסק דינו), "בשל מורכבות הפרויקט והעדר יכולת להעריך מראש את היקפו, מסמכי המכרז והחוזה שבא לעולם בעקבותיו ציינו את הכמויות של יחידות הביצוע כאומדן ראשוני בלבד אשר כפוף לשינויים. תנאי לא-בר-שינוי שעליו הסכימו הצדדים בעקבות המכרז והגדירוהו במפורש הטכני היה מחירה של כל יחידת ביצוע", כאשר התמורה הסופית הייתה אמורה להיות מחושבת כחיבור אריתמטי של מחירי יחידות הביצוע במכפלת כמויותיהן. המחלוקת בין הצדדים נבעה מהפער בין האומדן הראשוני של הפרויקט שנעשה בביבי כבישים, לבין התמורה שהרכבת שילמה לבסוף, שנבע מההבדלים בין הכמויות של יחידות הביצוע השונות שהוגדרו כאמור במכרז ובחוזה שנחתם בעקבותיו. לטענתה של חברת ביבי כבישים, היא זכאית לקבל תשלומים נוספים על המסגרת הקבועה בהסדר החוזה המפורט בין הצדדים, ואילו עמדת רכבת ישראל היא כי מדובר ב"חוזה עסקי מפורט אשר נערך בין שתי חברות בעלות ניסיון בתחום עסקיהן".

17 ראו עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 323: "פירוש מילולי להוראת סעיף 6(ח) (3) מביא לידי כך שהמטרה הבסיסית של החוזה נפגמת. בעוד 'שצד הטבות' של החוזה פועל במלוא היקפו על שני סוגי הדירות, 'צד הסנקציה' נקטע, והוא פועל אך כלפי סוג אחד של דירות. האיזון הפנימי של החוזה מתמוטט. מבנהו הפנימי נכשל. עגלת החוזה מאבדת את אחד מארבעת גלגליה".

18 שם, בעמ' 294.

19 השוו לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק, בעניין **אפרופים** (שם, בעמ' 319). להרחבה בדבר המהלך הפרשני שנערך במסגרת דיני טעות סופר, ראו ע"א 1527/16 **שיבלי נ' מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל**, פס' 2 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 29.3.2018) (שם היא מביעה את דעתה כי ס' 16 לחוק החוזים לא חל רק על טעות כתיב או פיסוק, אלא על כל מקרה שבו הכתב אינו משקף את כוונתם המשותפת של הצדדים). ראו גם עמדתו של השופט גרוסקופף בע"א

על הזיקה בין הלכת אפרופים לבין עניין ביבי כבישים ניתן להשקיף גם מזווית נוספת. מכיוון שבעניין ביבי כבישים לא הייתה כאמור מחלוקת שמדובר בחוזה מפורט וסגור שבו הצדדים, שניהם, קבעו בעצמם – בלוי אנשי מקצוע ומבלי שנשמט דבר מה מהחוזה – נוסחת תמחור ומנגנון הקצאת סיכונים מפורט שנועד להסדיר סיכונים גם במצבים לא צפויים,²⁰ ניתן להניח שגם המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק, שנתן את דעת הרוב בעניין אפרופים, היה מצטרף למסקנת השופטים לו היה עליו לפרש את החוזה שנדון בעניין ביבי כבישים. גישה זו תואמת את הפילוסופיה הפרשנית שהתווה בעניין אפרופים, אשר שואפת להגשים את אומד דעתם של הצדדים בעת כריתת החוזה ומאחורי "מסך הבערות" בנוגע לאיזון הפנימי של הזכויות והחובות ביניהם. בדומה לזה ניתן גם לשער מה היו השופטים בעניין ביבי כבישים, מצידם, קובעים לו היו הם דנים בחוזה שנדון בעניין אפרופים. כך, מקביעתו של השופט שטיין בפתח פסק דינו בעניין ביבי כבישים כי "הלכת אפרופים חלה על חוזה וחווה, אבל לא כל החוזים נולדו שווים. רמת הפירוט של החיובים והזכויות אינה זהה בכל חוזה וחווה", ניתן להסיק שגישתו הפרשנית הייתה דומה לזו של דעת הרוב שניתנה בעניין אפרופים לו היה מגיע לפניו חוזה שאין בו התניה מלאה וסגורה בנוגע לנושא שבמחלוקת. בדומה לזה, גם המשקל שמייחס השופט גרוסקופף בעניין ביבי כבישים לחשיבות הבקיאיות והשליטה ברזי הניסוח של מסמכים משפטיים ולשימוש המושכל והזהיר בלשון ההסכם,²¹ שלפי דעת הרוב בעניין אפרופים לא התקיימה בחוזה שנדון

8243/16 עג"א נ' סיטון, פס' 12 לפסק דינו (פורסם בנבו, 19.3.2019): "[...] עניינה של הדוקטרינה בדבר 'טעות סופר' הוא במצב בו נוצר פער בין הרצון הסובייקטיבי המשותף של הצדדים לבין הנוסח הכתוב של ההסכם. פער זה יכול להתבטא במגוון דרכים: החל משגיאת הקלדה, דרך ניסוח שגוי של סעיף זה או אחר באופן שאינו משקף את אומד דעתם הסובייקטיבי של המתקשרים בחוזה, וכלה בהכללת סעיפים או נספחים שלצדדים לא הייתה כוונה לכלול בהסכם. וכבר נאמר 'לא ממדיה של הטעות יקבעו, אם היא טעות סופר אם לאו, אלא המבחן העקרוני המהותי – האם מה שנתגבש לבסוף להיות המסמך שאמור לשקף את החוזה שנכרת בין הצדדים שונה מן החוזה האמיתי שנכרת, אם לאו. למראית עין מפתה לחשוב, כי 'טעות סופר' או טעות כיוצא בה' היא דווקא טעות קטנה, כגון טעות באות אחת או בפסיק שהושם שלא במקומו; אך למעשה אין כל מניעה, שגם מה שנראה על פניו כטעות גדולה יותר, כגון החלפת מסמך במסמך, יהיה בגדר זה. כל זאת מפני שהמבחן הקובע הוא המבחן המהותי, אשר צוין לעיל, ולא המבחן הכמותי, ולכן קיבלה שם, בדעת יחיד, טענה לטעות סופר ביחס לסעיף סטנדרטי שהושאר בהסכם מחמת טעות הנסח".

20 בצדק קובע השופט שטיין, בעניין ביבי כבישים (לעיל ה"ש 3, פס' 33 לפסק דינו), כי נקודת הראות הנכונה שלפיה צריכה להיבחן הקצאת הסיכונים החוזית שקיבלו עליהם הצדדים היא נקודת הראות שלפני מעשה, ex ante, כאשר הצדדים תמחרו את הסיכונים והסיכויים ביניהם, ובמיוחד כאשר מדובר בצדדים מנוסים ומתוחכמים, וכאשר "ביבי כבישים חתמה על חוזה מסחרי. היא הכירה את תנאי החוזה וידעה, או היתה צריכה לדעת את מה שתנאים אלה אומרים". כן ראו שם, פס' 48 לפסק דינו של השופט שטיין: "החוזה עליו חתמו הצדדים צפה את האפשרות של הגדלת הכמויות הבסיסיות של יחידות הביצוע, אשר פורטו בכתב הכמויות – צפה וגם הסדיר. ההסדרה החוזית של הוספת עבודות התייחסה לא רק להגדלת כמויות של יחידות הביצוע, אלא גם לעבודות שכלל לא תומחרו במסגרת החוזה".

21 ראו שם, פס' 5–6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. גישה זו נשמעת גם בפסק דינו שניתן לאחרונה בע"א 9025/17 A.T.S. Investments Inc. נ' Segal Group (Dresden) GmbH and Co. KG, פס' 22 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 19.2.2020). גישה זו מתחזקת כשמועלית טענה – כפי שהיה בעניין אפרופים אך לא בעניין ביבי כבישים – שלפיה לשון החוזה אינה תואמת את כוונתם הסובייקטיבית של המתקשרים בחוזה (השוו לגישתו בעניין Segal Group (שם) כלפי הטענה בדבר

שם,²² היו מביאים אותו, כך נראה, למסקנה דומה למסקנת עמדת הרוב בעניין **אפרופים**, וכך גם גישתו של השופט פוגלמן אשר מאמץ את פסק הדין בעניין **אפרופים** ומבכר את הלשון בחוזה אשר נדון בעניין **ביבי כבישים** בשל נסיבות כריתה, ניסוח ולשון שלא התקיימו בעניין **אפרופים** (ניסוחו המפורט של מכרז שקדם לחוזה, תכליתו של המכרז ועקרון השוויון האופף אותו).

ג. "נסיבות הלשון" ו"נסיבות התוכן" – תאומות לא זהות

התרומה הגדולה ביותר של פסק הדין שניתן בעניין **ביבי כבישים** נעוצה לדעתי במימרה הקולעת של השופט שטיין "לא כל החוזים נולדו שווים", שעליה הוא מבסס את פנייתו הראשונית לנסיבות כריתתו של החוזה לצורך בחינת מעמדה של הלשון.²³ לאמירה זו, הממסגרת את חשיבותן של הנסיבות בהליך פירושו של החוזה בכלל, ובאשר למעמדה של הלשון הכתובה בפרט, מצטרפים יתר השופטים בהסכמה.²⁴ בכך ממחישים השופטים כולם את נחיצותן תמיד של נסיבות העניין בהליך פירושו של החוזה, גם אם אלו, בשלב הראשון, נסיבות הקשורות ביצירתו ולידתו של החוזה. נסיבות אלו, שאותן נכנה "נסיבות הלשון",²⁵

טעות סופר וחווה למראית עין אשר קוראת להתעלמות מלשון החוזה ללא קשר לסוג החוזה שבו מדובר).

22 ראו ה"ש 18–19 לעיל והטקסט הצמוד להן.

23 עניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 3, פס' 12 לפסק דינו של השופט שטיין. על עמדתו זו, על העובדה שרמת הפירוט אינה אחידה בכל חוזה ועל השפעת הניסוח המקצועי של החוזה על פרשנות צמודת לשון, חזר השופט שטיין כמה שבועות לאחר מתן פסק הדין בעניין **ביבי כבישים**, בפסק דין נוסף שנתן בע"א 7669/18 **זהבי נ' זהבי**, פס' 23 לפסק דינו (פורסם בנבו, 8.12.2019): "בהקשר זה יש לזכור כי הסכם הפשרה שבו עסקינן הוא הסכם מפורט ומדויק אשר נוסח בידי צמד מגשרים מקצועיים במטרה ליישב את כל המחלוקות הקיימות ולשים קץ לסכסוך. בבואנו לפרש הסכמים כאלה, מן הדין להיצמד ללשונם ולמשמעותם המילולית הפשוטה של ביטויים דוגמת 'כל זכויותיו'".

24 ראו דבריו של השופט פוגלמן בפסק דינו בעניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 3: "כפי שציין חברי, הלכת **אפרופים** [...] חלה על כל חוזה וחווה. גם לגישתו, שלפיה 'לא כל החוזים נולדו שווים' אני מסכים". כן ראו שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "חברי, השופט שטיין, מציין בפסקה 12 של פסק דינו כי 'לא כל החוזים נולדו שווים', ולתובנה חשובה זו אני מסכים".

25 בהקשר לבחינת מעמדה הפרשני של הלשון, הביטוי "נסיבות הלשון" עדיף בעיני מהביטוי "נסיבות כריתת החוזה" שהוזכר על ידי השופטת דפנה ברק-ארוז בע"א 2232/12 **הפטריארכיה הלטינית בירושלים נ' פארוואגי** (פורסם בנבו, 11.5.2014), להלן ה"ש 36, וזאת מכיוון ש"נסיבות הכריתה" עשויות להיות רלוואנטיות גם לשאלות הנוגעות לפירוש תוכנו של החוזה, לא רק למעמד הפרשני של לשונו. לעניין זה ראו גם דבריה של הנשיאה חיות, בעניין **דנ"א ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 3, פס' 14, אשר מתייחסת לכך שעקרונות הפרשנות החוזיים עשויים להיות מיושמים באופן שונה בהתאם ל"סוג החוזה ונסיבות כריתתו". כאמור, קריטריונים אחרונים אלו מנוסחים בהרחבה והם עשויים להיות רלוואנטיים גם לפירוש **תוכנו** של החוזה ולא רק לפירוש **מעמדה של הלשון**, נושא בו עסקינן ברשימה זו (ליישום פרשני מרחיב של דברי הנשיאה חיות והשפעתם על תוכנו של החוזה ראו, למשל, בקשר לפירוש הסכם בתחום דיני המשפחה, פסק דינה של השופטת תמר סנונית פורר בתמ"ש (משפחה ת"א) 26489-06-17 **פלונת נ' פלוני** (פורסם בנבו, 3.5.2020) ובקשר לפירוש הסכם בתחום דיני העבודה, פסק דינה של השופטת סיגל דוידוב מוטולה בע"ע (ארצי) 34409-10-18 **הבלט הישראלי, עמותת רשומה – ימפולסקי** (פורסם בנבו, 6.5.2020)).

הן המאפשרות את ההכרעה הראשונית בשאלה אם כוונת הצדדים משתמעת כעניין מובן מאליו ובמפורש מלשון החוזה בלבד,²⁶ או שמא הלשון והטקסט הם קליפה ריקה, או למצער חסרה, המחייבת הסתייעות בנסיבות רחבות יותר שאפפו את כריתת החוזה לצורך קביעת אומד דעת הצדדים. מנסיבות אחרונות אלו, שאותן נכנה "נסיבות התוכן", משתמעת כוונתם הסובייקטיבית והאובייקטיבית של הצדדים לחוזה כאשר זו אינה משתמעת במפורש מלשון החוזה.²⁷

כך, בין הנסיבות הרלוונטיות לשאלה אם כוונת הצדדים משתמעת במפורש מלשון החוזה ואשר נלמדות מטבען ממסכת נסיבתית רחבה האופפת את מהלך כריתתו של החוזה, ניתן למנות את מיהות הצדדים (כולם) לחוזה, את מידת הפירוט בחוזה ואת מעורבותם של אנשי מקצוע, יודעי דת ודין בהליך יצירתו וניסוחו של החוזה.²⁸ "נסיבות לשון" אלו, הקשורות בלידתו ובניסוחו הלשוני של כל חוזה נתון, מאפשרות לקבוע מתי ניתן להניח שלשון החוזה היא המשקפת את ציפיותיהם ורצונם הסובייקטיבי המשותף של הצדדים לחוזה, ועל כן הגשמתה תבסס את אומד דעת הצדדים, כמו גם את הוודאות החוזית, את הביטחון העסקי ואת אינטרס ההסתמכות שגם אותם הביא השופט שטיין כמטרתם המסורתית הנוספת של דיני החוזים.²⁹

בעניין **ביבי כבישים** צועדים שלושת השופטים לפי הבחנה זו ובוחנים, ראשית כול, את נסיבות הלשון לצורך הכרעה בשאלה אם מלשון החוזה משתמע במפורש אומד דעת הצדדים. כך, השופט שטיין קובע כי לא כל החוזים נולדו שווים. אמירה זו מבקשת

26 במקרים מסוימים קיימות נסיבות נוספות על נסיבות הלשון, המצדיקות פנייה לכללי פירוש החורגים מלשון החוזה. כאלו הן הנסיבות הקשורות לממד החברתי והציבורי של החוזה שבו עסקינן, דוגמת חוזים המשיקים לערכים חברתיים (השו"ב: דברי השופט דניציגר בע"א 1966/07 **אריאל נ' קרן הגמלאות של חברי אגוד בע"מ** (פורסם בנבו, 9.8.2010); דברי המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 846/93 **ברק נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נא(1) 3 (1994)), ובכלל זה לערכים חוקתיים (ראו עלי בוקשפן "חופש החוזים", לעיל ה"ש 2). במקרים כאלו גם פרשנותו של החוזה הפורמלי הסגור לא תהיה לדעתי "חסינה מפני הכנסת שיקולים ערכיים, החיצוניים לחוזה", כפי שגורס השופט שטיין בעמדת היחיד שלו בעניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק דינו).

27 עניין זה ראו את המונח הקולע "Matrix of facts" שטבע לורד Wilberforce בפסק הדין בעניין *Prenn v. Simmonds*, [1971] 1 W.L.R 1381, 1383-1384 (HL) ("The time has long passed when agreements, even those under seal, were isolated from the matrix of facts in which they were set and interpreted purely on internal linguistic considerations") להרחבה בדבר השלכת עקרונות של שכל ישר וכלל נסיבות העניין על פרשנותו של החוזה, ראו למשל Adam Kramer, *Common Sense Principles of Contract Interpretation (and how We've Been Using Them All Along)*, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 173 (2003).

28 השופט גרוסקופף מסרטט הצעה מפורטת יותר בנוגע לנסיבות הלשון הרלוונטיות (ראו עניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 3, פס' 2-4 לפסק דינו).

29 פס' 15 לפסק דינו של השופט שטיין: "לחוזה סגור, שתנאיו פורטו לפרטי פרטים במסמך ארוך, אשר על פי רוב מנוסח על ידי עורכי דין המנוסים בכתיבת הסכמים, יש תכלית מהותית-עסקית. לצדה של תכלית זו, יש לו, לחוזה סגור, תכלית נוספת, חשובה לא פחות, ששמה **וודאות חוזית**. ודאות זו מודילה את עלות העסקאות, יוצרת ביטחון עסקי ומסייעת בגיוס הון ממוסדות פיננסיים ומהציבור הכללי (באמצעות הנפקת מניות של חברות אשר נסחרות בבורסה לניירות ערך ובדרכים אחרות). הגישה התכליתית חייבת אפוא להכיר – ואכן מכירה – בוודאות החוזה ובביטחון העסקי כאחת מתכליות החוזה".

להסתייע בקונטקסט לידתו וניסוחו של החוזה לצורך הבנת הטקסט, היינו לשונו של החוזה. לפיכך מייחס השופט שטיין בפסק דינו משקל מיוחד להיותו של החוזה סגור, מפורט וממצה "שנכתב ונבדק על ידי עורכי דין ואנשי מקצוע אחרים כדי לכסות את מכלול העבודות אשר נדרשו לפרויקט ואת מחיריהן",³⁰ היינו חוזה ללא ביטויים חסרים ועמומים, לרבות בנוגע להיווצרותן של התפתחויות עתידיות לא ידועות ולתמחורן העתידי.³¹ בדומה לזה, גם השופט פוגלמן מייחס בפסק דינו הקצר משקל רב לנסיבות יצירתו ולידתו של החוזה, בהכפיפו את לשון החוזה שבו עסקינן, אולי בין היתר בשל ניסיונו הרב במשפט הציבורי,³² לנסיבות עריכתו בצילו של מכרז ציבורי ובצילם של דיני המכרזים הציבוריים. לדידו של השופט פוגלמן, דינים אלו ותכליתם מכפיפים את דיני הפירוש להיצמדות ללשון הוראות החוזה, שלידתו כאמור במכרז ציבורי. כך הוא הדבר גם מחמת היותו של עקרון השוויון ערך חברתי מחייב וגם כנסיבת לשון אשר מקרינה על רצון הצדדים וציפייתם להיעדר סטייה מההסדרים הכתובים ביניהם.³³ לבסוף, גם השופט גרוסקופף מייחס משקל רב לנסיבות יצירתו של החוזה, ובכלל זה בקיאות ברזי הניסוח ושימוש מושכל וזהיר בלשון ההסכם לצורך בחינת נפקותה של הלשון החוזית. השופט גרוסקופף מתבסס על הנחה פרשנית משכנעת ולפיה היותם של הצדדים מתוחכמים ומיוצגים היטב מבחינה משפטית בעת ההתקשרות הביא לבחירת מילות החוזה בקפידה.³⁴ גישות אלו של השופטים כולם

30 שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט שטיין.

31 ראו, בעיקר, שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט שטיין: "החוזה שבו עסקינן נכרת בעקבות מכרז בו השתתפו חברות עסקיות ובמרכזו עמד פרויקט בעל היקף נרחב. חוזה זה מחזיק מאות עמודים של טקסט, מפרטים טכניים ותכניות. מדובר במסמך משפטי ממצה שנכתב ונבדק על ידי עורכי דין ואנשי מקצוע אחרים כדי לכסות את מכלול העבודות אשר נדרשו לפרויקט ואת מחיריהן (לפי יחידות ביצוע). חוזה זה קבע את אשר קבע בין היתר כדי להגן על הרכבת מפני עליית מחירי העבודות והחומרים שנדרשו לביצוען וכן כדי להבטיח לביבי כבישים עבודה ושכר בהיקף נרחב, שכאמור נאמד בעשרות מיליוני שקלים". בהמשך דבריו מעבה השופט שטיין דברים אלו ואף מוסיף להם גם הצדקה נורמטיבית-ציבורית (עקרון השוויון אשר חל בדיני המכרזים הציבוריים) אשר מחזקת את מסקנתו בדבר הצורך בהיצמדות ללשון החוזה: "אין אפוא ספק בכך כי החוזה שבו עסקינן הינו קרוב, לפי כתבו ולפי מהותו, לחוזה סגור עם התניה מלאה, והמרחק שבינו לבין חוזה יחס הוא מרחק שנות-אור. בנסיבות אלו, חייב היה בית משפט קמא לנקוט בגישה פורמלית ולהיצמד ללשונו הכתובה של החוזה, למחירי העבודות שנקבעו בו ולדרכי קביעתם – שכן כל אלו שיקפו את האופן בו בחרו הצדדים – הרכבת, מזה, וביבי כבישים, מזה – לחלק ביניהם את הסיכונים העסקיים שהיו כרוכים בביצוע הפרויקט. כמו כן חייב היה בית המשפט שלא לאפשר לביבי כבישים לעשות מקצי שיפורים ביחס להצעה שהציעה לרכבת במסגרת המכרז כדי לגבור על תריסר מתחרות: כל מקצה שיפורים כזה מנוגד לעיקרון השוויון בין המתחרים, שהוא לב לבם של דיני המכרזים".

32 השופט פוגלמן שימש בעבר מנהל מחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה.

33 העדיפות שהשופט פוגלמן מעניק לנסיבות כריתתו של החוזה בהליך מכרז שפרסמה הרכבת נשמעת גם בדבריו שהחוזה אשר נכרת "ממילא תחום הוא בארבע אמותיו של המכרז", ובדבריו אודות עקרון השוויון הקובע שיש להקפיד שפרשנות החוזה "לא תסטה מההוראות שנקבעו במכרז ומתכליתן שנלמדת מנסיבות העניין", כאשר "גם כאן יש ליתן ללשון החוזה משקל משמעותי ואף אילו הייתי מניח כי בענייננו יש להידרש לתכלית האובייקטיבית איני סבור כי ביבי כבישים הצביעה על תכלית כאמור שתאפשר להגיע לתוצאה שונה" (ראו עניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 3).

34 ובמילותיו של השופט גרוסקופף (שם, פס' 5–6 לפסק דינו): "החוזה בו עסקינן הוא חוזה עסקי, דהיינו חוזה שכל הצדדים לו הם מתקשרים המנהלים עסקים והמיוצגים היטב. בחוזה מסוג זה קיימת כאמור

בנוגע לנסיבות הלשון, המשליכות על ההיצמדות ללשון החוזה במקרה שנדון בעניין **ביבי כבישים**, מסוכמות היטב בדבריו אלה של 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. לשיטת חברי, השופט אלכס שטיין, הדבר מוצדק מאחר שמדובר בחוזה סגור עם התניה מלאה; לשיטת חברי, השופט עוזי פוגלמן, יש לתת משקל לכך שמדובר בחוזה שהשתכלל בעקבות זכייה במכרז ציבורי; לשיטתי דרך הפרשנות האמורה נגזרת מכך שמדובר בחוזה עסקי, אשר ראוי לפרשו על פי כללי פרשנות הנותנים ללשון החוזה מעמד מכריע. בין כך ובין כך, התוצאה במקרה זה היא אותה תוצאה.

ד. סיכום – הלשון בתן של הנסיבות

קביעתו של השופט שטיין שלפיה לא כל החוזים נולדו שווים, ושאליה הצטרפו יתר השופטים בעניין **ביבי כבישים**, ממסגרת היטב את מהותם האינהרנטית של חוזים, המשולים ל"חקיקה פרטית" אשר נועדה להגשים את הסכמתם של הצדדים להם.³⁵ גישה זו נשענת על הגיונה העמוק של הלכת **אפרופים**, והיא מתבקשת לצורך ההכרעה המקדמית בשאלה עד כמה כוונת הצדדים משתמעת במפורש מלשון החוזה, ואם די בה, או שנדרשת פנייה

חשיבות יתרה לכך שכללי הפרשנות שיופעלו יהיו כאלה היוצרים בסיס משפטי יעיל להתקשרויות עתיידות בין עוסקים. הטעם לכך הוא שהמתקשרים בחוזה העסקי הם שחקנים מתוחכמים, אשר משקיעים זמן ומשאבים בניסוח החוזה, ומודעים היטב לכללי הפרשנות החלים. בכך שונה החוזה העסקי, מהחוזה הצרכני (חוזה בין עוסק לבין אדם פרטי שאינו מיוצג) ומהחוזה הפרטי (חוזה שכל הצדדים לו הם אנשים פרטיים בלתי מיוצגים), אשר לפחות צד אחד להם אינו מודע היטב לכללי הפרשנות החוזיים, ועל כן אינם מכלכלים צעדיהם בעת כריתת החוזה בהתאם להם [...]. כאשר עסקינן בהתקשרות שהצדדים לה אינם בעלי שליטה ברזי הניסוח המשפטי (חוזה פרטי), התועלת הצומחת מפרשנות הצמודה ללשון החוזה אינה רבה (שכן ממילא אין הם מומחים בניסוח מסמכים משפטיים) [...]. כאשר לפנינו חוזה עסקי, כדוגמת החוזה בו אנו דנים, מתן מעמד מכריע ללשון החוזה מסייע ליצירת יציבות וודאות חוזית, שכן הוא מאפשר לצדדים מתוחכמים ומיוצגים היטב מבחינה משפטית לעצב את ההתקשרות החוזית שלהם כרצונם, תוך שימוש מושכל וזהיר בלשון ההסכם". כך במיוחד כאשר אין טענה כי עובר לכריתת החוזה היה אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים שונה – השוו לגישתו של השופט גרוסקופף בעניין **Segal Group**, לעיל ה"ש 21, פס' 22 לפסק דינו.

35 ככאלו, חוזים לעולם אינם נולדים שווים, ומהות זו מחייבת תמיד בחינה ראשונית של "נסיבות הלידה" של כל חוזה וחוזה. כך, בשל שכיחותה של האינטראקציה החוזית, מגוון הצדדים המעורבים בחוזים (גופים שלטוניים, גופים עסקיים ופרטים), מעורבותם או אי מעורבותם של אנשי מקצוע בניסוח החוזה ומגוון הנושאים שאותם מסדירים החוזים, החל בעניינים מסחריים וכלה בעניינים רגשיים, אין להיפלא על גישה דיפרנציאלית ונסיבתית כלפי יכולתה של לשון החוזה להשמיע במפורש את אומד דעת הצדדים בכל חוזה וחוזה (השוו לדבריו של השופט גרוסקופף שם, פס' 1 לפסק דינו: "חלף גישה אחידה (יוניטרית) המבקשת לדרוש כל התקשרות חוזית באמצעות אותם כללים פרשניים, יש להעדיף גישה פלורליסטית, המתאימה את כללי הפרשנות לקטגוריות מוגדרות של חוזים").

למסכת נסיבות רחבה יותר, ל"נסיבות התוכן", כדי להתחקות ולהגשים את אומד דעת הצדדים.

עניין **ביבי כבישים** אפוא ממשיך קו ברור בפסיקה שכבר נשמע בבית המשפט העליון, גם לאחר הלכת **אפרופים**,³⁶ ואין בו כדי להעצים את מעמדה של הלשון, כשלעצמה, בהליך פירושו של החוזה. עיקר חשיבותו של פסק הדין בעניין **ביבי כבישים** הוא במיקוד תשומת הלב בנסיבות שמהן ניתן להסיק שאומד דעת הצדדים משתמע במפורש מהלשון בלבד, הא ותו לא. אדרבה, מיקודו של פסק הדין בעניין **ביבי כבישים** בנסיבות המלוות את לידתם של החוזים מוביל דווקא למסקנה בדבר נחיתותה לרוב של הלשון בהליך פירושה של מרבית החוזים דהאינדא. בעידן הנוכחי, שבו מרבית החוזים אינם נערכים בין צדדים מתוחכמים הבקאים ברזי הניסוח החוזי, והם אינם שווי מעמד ובעלי אפשרות להסתייע בעורכי דין ואנשי מקצוע כפי שהיה בעניין **ביבי כבישים**, נחלש מאוד הממד של אוטונומיית הרצון של הצדדים לחוזה ולא בכדי מושרשת כיום התפיסה בדבר "נפילתם" של דיני החוזים הקלאסיים אשר התבססו על רצון הצדדים.³⁷ אך טבעי אפוא שלשון החוזה אינה יכולה עוד להיחשב, במרביתם של החוזים היום-יומיים כיום, למי שממנה משתמעת במפורש כוונת הצדדים.³⁸ ב"נסיבות לשון" שכיחות שכאלו אין מתקיימת החזקה הפרשנית אשר קבועה בסעיף 25(א) סיפה לחוק החוזים, ועל כן "נסיבות התוכן" הן שמהוות מקור שימושי ומדויק יותר בהליך פירושו של החוזה לצורך קביעת תוכנו.

הינה כי כן, מה"יש" שהתקיים בהלכת **ביבי כבישים**, ואשר הוביל למסקנה בדבר עדיפותה של הלשון החוזית בחילוף אומד דעת הצדדים, ניתן להסיק את ה"אין" ושלא רבים הם החוזים כיום שבהם יוכל בית המשפט להסתפק בלשון החוזה לצורך פירושו. כך, לא רק בשל מידת הפירוט הלשוני ונסיבות כריתתו הלא שכיחות של החוזה שנדון בעניין **ביבי**

36 ראו דבריה של השופטת דפנה ברק-ארוז בעניין **הפטריארכיה הלטינית**, לעיל ה"ש 25: "דומה שאין חולק על מקומו החשוב והמרכזי של נוסח החוזה בתהליך הפרשנות. עם זאת, שאלת היחס בינו לבין הנסיבות שאפפו את יצירתו והאופן שבו הן צריכות להשפיע על פרשנות החוזה אינה יכולה להיות תלויה רק בטקסט עצמו, וההכרעה בה כרוכה היא עצמה גם באופיו של החוזה ובנסיבות כריתתו. כך למשל, אני סבורה כי אין דומה חוזה שנוסח על-ידי בקיאים ויודעי דת ודין, אשר שקלו כל מילה ותג, לבין חוזה שנוסח על-ידי אנשי מעשה, שכוחם אינו דווקא בניסוחיהם, וזאת על רקע מערכת יחסים נמשכת ביניהם. לכאורה, משקלן של הנסיבות שאפפו את כריתת החוזה צריך להיות משמעותי יותר במקרה מן הסוג השני, בעוד שבמקרה מן הסוג הראשון אמור להינתן משקל ללשון החוזה, והכול בכפוף לכך שיש לבחון כל מקרה לגופו. אם כן, לדידי, נסיבות כריתת החוזה הן נתון שיש להתחשב בו במסגרת פרשנות החוזה, והתשובה לשאלת היחס שבין המשקל שיוענק ללשון החוזה לבין המשקל שיוענק לנסיבות תהיה מושפעת אף היא מאופיו של החוזה ונסיבות כריתתו".

37 ראו JAMES GORDLEY, THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES 3 (2006). לסקירת מגמה זו, גם במשפט הישראלי, ראו איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" **עלי משפט** יג 7, 11–15 (2016). ברשימה זו לא אכנס לשאלת התאוריה המודרנית המחליפה את התאוריה הקלאסית ואשר לדעת Gordley טרם נמצאה. להצעה כי רעיון האמון הבין-אישי צובע בצבעים מדויקים יותר את הצדקתם ואת תיאורם של דיני החוזים בעת הזו, ראו עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** (התשס"ז).

38 במקרים שכיחים מאוד אלו נראה שדווקא התיקון השני מבין שני התיקונים שהוספו לחוק החוזים במסגרת תיקון מס' 2 לחוק החוזים (ולפיו "חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחר הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו"), יהיה רלוונטי יותר.

כבישים, אלא גם בשל העובדה שדיני החוזים כיום "אינם מגבילים את עצמם להסדרת התקשרויות רצוניות בין יחידים, אלא עוסקים במערכות יחסים נרחבות ומורכבות הרבה יותר של אינטראקציות כלכליות, חברתיות וציבוריות, שקיום רבות מהן כלל אינו מבוסס על חופש הבחירה החוזי במשמעותו הקלאסית".³⁹ השופט שטיין היה ער לאובזרווציה זו כאשר ייחד את פסק דינו בעניין **ביבי כבישים** לחוזים אשר אין מתקיימות בעניינם מערכות דינים מיוחדות,⁴⁰ אך אלו, כך נראה, אינם רבים בעידן המודרני.⁴¹ במילים אחרות, מספרם של החוזים שבהם אומד דעת הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה ייותר מצומצם גם לאחר הלכת **ביבי כבישים**, גם משום שלא כל החוזים נולדים שווים, וגם, ובעיקר, משום שמרבית החוזים כיום נולדים (לצדדים) לא שווים.

39 דברי השופט מצא בע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' **בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד נז(6) 769, 787-788 (2003).

40 עניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 3, פס' 17 לפסק דינו של השופט שטיין: "ברצוני להוסיף ולהעיר כי תיאור זה של הדינים החלים על חוזים סגורים מתייחס כמוכח לחוזים אשר באים להסדיר **יחסים עסקיים רגילים** דוגמת אלו שלפנינו. תיאור זה אינו מתייחס לחוזים מיוחדים אשר נשלטים על ידי מערכות דינים מיוחדות, רגולטוריות בבסיסן, דוגמת חוזים אחידים, הסכמים צרכניים, חוזים שבין מעביד לעובדיו וכיוצא באלה". בדומה לזה קובע גם השופט גרוסקופף (שם, פס' 4-6 לפסק דינו), כי "**בחוזה הצרכני**, כיבוד ערכי השיטה היא התכלית המקבלת מעמד מרכזי, וזאת בשל חוסר השוויון הקיים בין הצדדים, המעורר חשש לניצול לרעה של כללי הפרשנות החוזיים על ידי הצד החזק (העוסק) נגד הצד החלש (האדם הפרטי) [...]. כאשר עסקינן בהתקשרות שהצדדים לה אינם בעלי שליטה ברוי הניסוח המשפטי (חוזה פרטי), התועלת הצומחת מפרשנות הצמודה ללשון החוזה אינה רבה (שכן ממילא אין הם מומחים בניסוח מסמכים משפטיים) ולעומת זאת העלות גבוהה (מאחר שהצדדים צפויים לשגות לעיתים קרובות בשימוש שהם עושים בלשון לצורך העברת המסר לפרשן המוסמך). השימוש בכלל זה מעורר קושי גם כאשר צד אחד להתקשרות הוא מתקשר מתוכם ויודע דין (עוסק), והצד השני הוא אדם פרטי, דהיינו כשמדובר בחוזה צרכני, וזאת בשל חוסר האיוון שבין הצדדים באפשרות ליהנות מהיתרונות שמקנה הכלל הפרשני האמור".

41 לדיון נוסף במערכות הדינים ומוסדות הפיקוח החלים על חוזים כאלו, ראו בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, פ"ד נה(3) 625, 630-632 (2001).