

פירוש חוזים: תיאוריה, דין, עובדות וערכים
(בשולי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)

מאת

איל זמיר*

המאמר שב לנושא של פירוש חוזים, שבעשורים האחרונים העסיק רבות את בית המשפט העליון, את המחוקק ואת האקדמיה המשפטית בישראל. המחלוקות בנושא זה מתייחסות ללגיטימיות של פנייה לנסיבות חיצוניות במקרים שבהם לשונו של החוזה נחזית ברורה, למשקל שיש לייחס לערכים של הוגנות וסבירות, ולתפקידו של בית המשפט. המאמר מנתח את פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **ביבי כבישים נ' רכבת ישראל**, שבו כל אחד מהשופטים – אלכס שטיין, עוזי פוגלמן ועופר גרוסקופף כתב פסק דין נפרד ושונה. המאמר מתמקד בחוות דעתו של השופט שטיין ובגישה הנאו-פורמליסטית שבה הוא דוגל. המאמר חושף קשיים בניתוח התיאורטי ובתיאור הדין הנוהג בפי השופט שטיין; מצביע על אי-התאמה בין כללי הפירוש שאותם הוא מציע לאמץ לבין האופן שבו הוא מיישם כללים אלה במקרה הנדון; מציב סימן שאלה על הקביעה שפירוש חוזים יכול להיעשות בהתעלם משיקולים נורמטיביים; ומבקר את בית המשפט על המבוכה שיצר לגבי המצב המשפטי.

מבוא. א. תקציר הפרקים הקודמים. ב. פסק דין ביבי כבישים – העובדות ופסקי הדין. ג. על חוזים מסחריים, חוזי יחס, חוזים סגורים, חוזים אחידים וחוזי רשות. 1. כללי. 2. חוזי יחס וחוזים סגורים. 3. חוזי יחס והיחס של הצדדים לבית המשפט. 4. כיצד יש לפרש חוזי יחס? 5. חוזים מסחריים וחוזים אחידים. 6. חוזים של גופים ציבוריים ומעין-ציבוריים. 7. מן הכלל אל הפרט: חוזה יחס, אחיד, לא-שלם, של חברה ממשלתית. ד. על תורת השלבים, כלל הראיה בעל פה וכלל המשמעות הברורה. ה. ירידת הערכים ועליית הפורמליזם? ו. בית משפט או בית שופטים? ז. סיכום.

מבוא

ספק אם ישנה מדינה כלשהי, שבה שאלות של פירוש חוזים עוררו בעשורים האחרונים עניין כה רב בקרב שופטים, מלומדים, עורכי-דין, פוליטיקאים, אנשי עסקים והציבור הרחב כמו ישראל. לפני כעשרים וחמש שנה ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין **מדינת ישראל נ' אפרופים**,¹ שנתפס בעיני רבים כמחולל שינוי עמוק בנושא זה, לא רק מבחינת האפשרות להיזקק לראיות חיצוניות גם כאשר לשון החוזה נחזית להיות ברורה, אלא גם ובעיקר מהבחינה של חלוקת התפקידים בין הצדדים לחוזה לבין בית המשפט בקביעת תוכנו של החוזה – או, במלים אחרות, מבחינת האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים. כעבור כעשור, שב בית המשפט העליון ודן בנושא זה בהרכב מורחב בדיון הנוסף בעניין **ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל**, הסתייג מהסברה שפסק דין **אפרופים** פותח פתח לפירוש חוזים בהתעלם מלשון החוזה ומכוונת מנסחיו, אך הותיר את ההלכה על מכוונה.² בשנים שלאחר מכן, הביע השופט יורם דנציגר הסתייגויות חוזרות ונשנות מהלכת

* פרופסור מן המניין, מכהן בקתדרה למשפט מסחרי ע"ש אוגוסטו לוי. המחבר מבקש להודות לשחר ולר, לאורי כץ, לדפנה לוינסון-זמיר, לאפי צמח ולגבריאלה שלו על הערותיהם המועילות לטיוטות מוקדמות של המאמר, ולחגי יעקובי על עזרת מחקר מצוינת.

¹ ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ**, פ"ד מט(2) 265 (1995).

² דנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(2) 1 (2006).

אפרופים,³ ובשנת 2011 תיקנה הכנסת את סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי).⁴ הגם שיוזמי התיקון בקשו להפוך את הלכת אפרופים, הנוסח שהתקבל בכנסת בסופו של דבר שימר במידה רבה את חילוקי הדעות שהתגלעו לפני כן בפסיקה ובספרות; ובפסק דין **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר**, שניתן זמן קצר לאחר מכן,⁵ פסק בית המשפט העליון שהתיקון החדש עולה בקנה אחד עם הלכת **אפרופים**.

בשמונה השנים שחלפו מאז, ניתן היה להתרשם שהסערה שככה. מצד אחד, איש מהצדדים למחלוקת לא ניסה עוד להגן על תורת השלבים במובנה הטכני – התורה שלפיה אל לפרשן לבחון את הנסיבות שמחוץ למסמך החוזה אם לשונו נחזית ברורה. מהצד האחר, בית המשפט העליון הקפיד על רטוריקה מאופקת הרבה יותר מזו של השופט ברק בפסק דין **אפרופים**, נתן משקל גדול יותר ללשון החוזה, ואימץ פרקטיקה מרוסנת הרבה יותר מזו שבאה לידי ביטוי בפסיקות שופטי הרוב בעניין **אפרופים** ובעניין **ארגון מגדלי הירקות**. פסק הדין בעניין **ביבי כבישים נ' רכבת ישראל**, שניתן בסוף שנת 2019,⁶ שב והעלה את הנושא אל סדר היום המשפטי והציבורי. בניגוד לפרשות **אפרופים** ו**ארגון מגדלי הירקות**, בפסק דין זה לא נחלקו השופטים לגבי האופן שבו יש לפרש את החוזה שבפניהם, אך הניתוח העיוני שהציע בסוגיה זו השופט אלכס שטיין סטה במידה ניכרת מהקונצנזוס שהתגבש בנושא זה בפסיקה הקודמת. בפרט, השופט שטיין לא הסתפק בקריאה לאיפוק שיפוטי בפירוש חוזים, אלא ביקש להקים לתחייה את תורת השלבים, שלפיה אם לשון החוזה ברורה, אל לפרשן להתחשב בנסיבות חיצוניות כלשהן – לפחות לגבי חלק מהחוזים.

רשימה זו לא נועדה להכניס תבן לעופריים. כל הטענות האפשריים בנושא הגישה הראויה לפירוש חוזים כבר הועלו, פחות או יותר, בפסקי הדין הרבים שעסקו בסוגיה זו ובספרים ובמאמרים שדנו בה, לרבות ספר ומאמרים אחדים משלי, שבהם הצגתי את עמדתי.⁷ לפיכך, תכליתה של רשימה זו צרה וממוקדת: לבחון את פסק הדין החדש, ובפרט את הדברים שכתב השופט שטיין, בהקשרים התיאורטיים, הדוקטרינריים והעובדתיים הרלוונטיים. כפי שנראה, אחדות מהקביעות של השופט שטיין – שעם חלקן מזדהה השופט גרוסקופף – מעוררות קשיים ניכרים.

³ ראו למשל ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסוך-סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2008), פס' 43 לפסק דינו של השופט דנציגר; ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן (פורסם בנבו, 10.9.2009); ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.10.2009), פס' 21–41 לפסק דינו של השופט דנציגר; ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן (פורסם בנבו, 23.2.2010), פס' 24–27 לפסק דינו של השופט דנציגר; רע"א 1452/10 מפעל הפיס בע"מ נ' טלמור (פורסם בנבו, 11.10.2010), פס' 41–43 לפסק דינו של השופט דנציגר. לניתוח פסיקתו של השופט דנציגר, ראו איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5, 22–30 (2012) (להלן – זמיר, עוד על פירוש והשלמה).
⁴ חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א–2011, ס"ח 202. על התיקון החקיקתי, ראו נילי כהן "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה" עורך הדין 11, 102 (2011); איל זמיר "אפרופים עדיין כאן" עורך הדין 11, 98 (2011); זמיר, עוד על פירוש והשלמה, שם, בעמ' 30–35; שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" משפטים מג 55, 133–142 (2013); גבריאלה שלו ואפי צמח "דין פירוש החוזה – על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים" קרית המשפט י 1, 18–22 (2014); גבריאלה שלו ואפי צמח חוזים 490–501, 521–522 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן – שלו וצמח, חוזים).
⁵ רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2012). לניתוח פסק הדין, ראו זמיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 50–53.

⁶ ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2019).
⁷ נוסף על המקורות שנזכרו עד כה, ראו איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים (1996) (להלן – זמיר, פירוש והשלמה); אהרן ברק פרשנות במשפט, כך רביעי: פרשנות החוזה (2001) (להלן – ברק, פרשנות החוזה); דניאל פרידמן "פרשנות החוזה" חוזים כך ג 231–257 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003) (להלן – פרידמן, פרשנות החוזה); מיגל דויטש "דיני חוזים: סקירה והתפתחות" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 167, 176–180 (אריאל רוזן צבי עורך, 1997) (להלן – דויטש, סקירה והתפתחות); דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 483 (2003) (להלן – פרידמן, הערות לאפרופים); איל זמיר "מגמות בפרשנות חוזים – אשר נ' בירנבאום" משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו 95 (דפנה ברק ארז עורכת, 1999); מנחם מאוטנר, "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17, 48–59 (2005) (להלן – מאוטנר, התערבות שיפוטית); סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" מאזני משפט ו 21, 50–55 (2007) (להלן – דויטש, אקטיביזם); גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" ספר מישאל חשין 645, 661 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009) (להלן – שלו, שליטי החוזה); מערכת משפט ועסקים "מגמות חדשות בפרשנות חוזים" משפט ועסקים יא 431, 434 (2009) (להלן – משפט ועסקים, מגמות); איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 343, 385–387, 399–409 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009) (להלן – זמיר, השופט ברק); יורם דנציגר וצביקה מצקין "האם שבו הצדדים להיות שליטי החוזה לאחר תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973" משפט ועסקים טו 27 (2012).

רשימה זו כוללת שישה חלקים. חלק א מסכם בקצרה את השתלשלות ההלכה והחקיקה בנושא פירוש חוזים במשפטנו. חלק ב מתאר את העובדות והפסיקה בעניין **ביבי כבישים**. חלק ג מנתח את פסק דינו של השופט שטיין, ובפרט את ההבחנות שהוא מציע בין חוזים מסחריים לחוזים אחידים וצרכניים, ובין חוזי יחס לחוזים סגורים. הניתוח מתייחס הן לעצם ההבחנות הללו הן ליישום שלהן בעובדות המקרה, משום שיישום זה שופך אור על תפיסתו של השופט שטיין בנושא פירוש חוזים. הניתוח מצביע על קשיים בדיון התיאורטי ועל אי-התאמה בין המסגרת התיאורטית לבין יישומה בנסיבות המקרה. חלק ד מבקר את ניסיונו של השופט להקים לתחייה את תורת השלבים במובנה הטכני, ללא התמודדות עם הטיעונים שהועלו נגדה. חלק ה מבקר את האמירה שפירוש דווקני של חוזים מסחריים נקי משיקולים ערכיים. הביקורת מצביעה על כך שגישתו הפרשנית של השופט שטיין, לרבות כללי הפרשנות ההולמים לשיטתו חוזים מסחריים סגורים, אינם נקיים משיקולים ערכיים; הם מבטאים ערכים נאו-ליברליים ונאו-פורמליסטיים. לבסוף, חלק ו מצביע על המבוכה שהותיר פסק הדין עקב כך שכל אחד מהשופטים כתב הנמקה נפרדת, כמעט ללא התייחסות של מי מהשופטים להנמקה של רעהו או לפסיקה הקודמת באותו נושא.

א. תקציר הפרקים הקודמים

לפי הגישה המסורתית לפירוש והשלמה של חוזים, שרווחה במשפט הישראלי עד לפסק הדין בעניין **אפרופים נ' מדינת ישראל** משנת 1995, מדובר בתהליך רב-שלבי, שבו נזקקים למקורות ולאמצעים שונים באורח הדרגתי. לפי גישה זו, כלל תהליך הפירוש וההשלמה במשפטנו את השלבים הבאים: ההסכמה המפורשת של הצדדים; פירוש החוזה מתוכו; פירוש החוזה לפי נסיבות עריכתו; השלמת החוזה לפי הנוהג שהתגבש בין הצדדים בעסקאות קודמות; השלמה לפי הנוהג הכללי בחוזים מאותו סוג; השלמה לפי הוראות ההשלמה שבדיני החוזים המיוחדים (חקוקים והלכתיים); השלמה לפי הוראות ההשלמה שבדיני החוזים הכלליים והשלמה מכוחו של עיקרון תום הלב. תפיסה זו, שזכתה לכינוי "פירמידת הפירוש וההשלמה",⁸ משקפת את עיקרון חופש החוזים והאידיאולוגיה האינדיבידואליסטית שבבסיסו. מטרת העל היא לתת תוקף לרצון הצדדים. כאשר הפרשן נתקל בקושי לאתר את כוונות הצדדים, או שנותרו בה פערים, נזקקים לאמצעי הפירוש וההשלמה המתרחקים בהדרגה מהרצון הממשי של הצדדים.

תפיסה זו מניחה שיש היררכיה ברורה בין השלבים השונים, בשני מובנים מצטברים: ראשית, אין פונים למקור כלשהו אם ניתן למצוא תשובה מספקת במקור הקודם לו; שנית, במקרה של סתירה או מתח בין המקורות השונים, לעולם ניתנת עדיפות למקור הקרוב יותר לראש ההיררכיה, המקור הקרוב יותר לרצון האקטואלי של הצדדים. ניתן לתאר את התהליך כמעבר הדרגתי מהמיוחד (הסכמת הצדדים בחוזה המסוים) אל עבר הכללי (כלל החוזים בין אותם צדדים, כלל החוזים מאותו סוג, הוראות ההשלמה בדינים המיוחדים והכלליים, ולבסוף עקרון תום לב); מן הבחינה העובדתית (מה הייתה כוונת הצדדים למעשה) לבחינה הנורמטיבית (הוראות ההשלמה הדיספוזיטיביות, ובוודאי עיקרון תום הלב, משקפים את האופן שבו **ראוי** לנהוג); ומן הפרטי לציבורי (שכן הדין, ובוודאי עקרון תום הלב הנמצא בסוף ההיררכיה, משקפים ערכים חברתיים של התחשבות הדדית והגינות).⁹

ספק גדול אם תפיסה זו שיקפה אי פעם את האופן שבו **בפועל** קבעו בתי המשפט את תוכנם של חוזים; יש בסיס לסברה כי למעשה היה פער גדול בין הרטוריקה לפרקטיקה המשפטית בנושא זה.¹⁰ מכל מקום, בפסק דין **אפרופים** יצא השופט אהרן ברק נגד התפיסה המסורתית, ובמיוחד נגד התפיסה שלפיה אל לבית

⁸ ראו גבריאלה שלו **כריתת חוזה – חוק החוזים (חלק כללי)**, תשל"ג–1973 פרק א', סעיפים 12–12 (בסדרה **פירוש לחוקי החוזים**, ג'ד טדסקי עורך, מהדורה מעודכנת, 1978).

⁹ ראו ביתר פירוט זמיר, **פירוש והשלמה**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 15–19.

¹⁰ שם, בעמ' 21–59. לפיתוח הטענה שזהו המצב גם במשפט האמריקאי, ראו Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, 97 COLUM. L. REV. 1710, 1719–53 (1997).

המשפט להיזקק לראיות חיצוניות בדבר כוונת הצדדים אם לשון החוזה נחזית ברורה. בפסק דין מלומד ופולמוסי, הצביע השופט ברק על כך שהגבול בין פירוש החוזה מתוכו לבין פירוש לפי הנסיבות מטושטש למדי. הוא הסביר שתורת השלבים אינה מתייחסת ברצינות לאומד דעת הצדדים, אינה משתלבת בדיני החוזים הכלליים ואינה עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב. הוא הוסיף שתורת השלבים מבוססת על תפיסה פרשנית שעבר זמנה, וטען שהיא אינה מתבקשת מלשון החוק.¹¹ במקום תורת השלבים, הוא קרא לאמץ את תורת הפרשנות התכליתית, שלפיה על הפרשן להתחשב בכל המידע הזמין, לרבות לגבי מה שהתרחש מחוץ לחוזה, לפני כריתתו ואחריה, כדי להתחקות אחר כוונת הצדדים.¹² הגם שפסק הדין התמקד בשאלת היחס בין השלבים השני והשלישי שבפירמדה המסורתית (פירוש החוזה מתוכו ופירוש החוזה לפי נסיבות עריכתו), והגם שהשופט ברק העמיד את איתור כוונת הצדדים כמטרה העליונה של הליך הפירוש – פסק הדין נתפס כביטוי מובהק לאקטיביזם השיפוטי של השופט ברק. בהקשר הנוכחי, הכוונה למתן משקל רב לערכים החברתיים המשתקפים בנדבכים האחרונים של הפירמדה (כמו התחשבות הדדית, סבירות ותום-לב), לעומת כיבוד הרצון של הצדדים לפי הנדבכים הראשונים; ולהעצמת תפקידו של בית המשפט בקביעת תוכנו של החוזה, בהשוואה לתפקידם של המתקשרים. על כן הוא גרר ביקורת נוקבת מצד הדוגלים באיפוק שיפוטי, בתחום זה ובכלל.¹³

בשנת 2006 שב בית המשפט העליון ונזקק לסוגיה בדיון הנוסף בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, במה שהיה למעשה דיון נוסף על פסק דין **אפרופים**. הגם שאיש משופטי הדיון הנוסף לא סבר שראוי לשוב ולאמץ את תורת השלבים, מקצת השופטים הדגישו שבפירוש החוזה יש לתת מעמד בכורה לטקסט הכתוב לעומת מקורות אחרים שמהם נלמדת התכלית הסובייקטיבית של החוזה, וכי יש להיזהר לבל ייראה בית המשפט כמי שנוטל חלק פעיל בעיצוב החוזה, תוך פגיעה באוטונומיה של הצדדים.¹⁴

אולם גם פסק הדין בעניין **ארגון מגדלי ירקות** לא הוריד את הסוגיה מסדר יומו של בית המשפט העליון, משום שבשורה של פסקי דין מאוחרים יותר יצא השופט יורם דנציגר נגד ההלכה, הגם שנותר בדעת מיעוט.¹⁵ על רקע זה, תקנה הכנסת בשנת 2011 את סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), שעניינו פירוש חוזים. יוזמי התיקון שאפו לבטל את הלכת **אפרופים**, להשיב על כנה את תורת השלבים ולצמצם את תפקידו של בית המשפט בפירוש והשלמה של חוזים.¹⁶ ברם, המחלוקות שנתגלו בבית המשפט העליון ובספרות המשפטית באו לידי ביטוי ברור גם בדיוניה של הכנסת, והנוסח שהתקבל בסופו של דבר היה רחוק מאוד מהנוסח שאותו ניסו לקדם יוזמי התיקון. במובנים חשובים, לא זו בלבד שהוא לא הפך את הלכת **אפרופים**, אלא עיגן אותה בחקיקה.¹⁷ זמן קצר לאחר מכן, בפסק דין **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר** משנת 2012,¹⁸ דן בית המשפט העליון באריכות במשמעותו של התיקון. בפסק הדין נתגלו אומנם חילוקי דעות בין השופטים לגבי משמעותו המדויקת של התיקון, אולם דעת הרוב הייתה שהנוסח החדש עולה בקנה אחד עם הלכת **אפרופים** ואינו הופך אותה.¹⁹

¹¹ פסק דין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297–314.

¹² על הפרשנות התכליתית בדיני חוזים ומעבר להם, ראו באופן כללי ברק, **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 7; אהרן ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** (2003).

¹³ ראו למשל פרידמן, הערות לאפרופים, לעיל ה"ש 7; דויטש, סקירה והתפתחות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 176–180; דויטש, אקטיביזם, לעיל ה"ש 7, בעמ' 50–55; שלו, שליטי החוזה, לעיל ה"ש 7.

¹⁴ פסק דין **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 29 (השופט אליעזר ריבלין), 37–40, 45–53, 55–57, 71–72 (השופט חשין), 91–92 (השופט אשר גרוניס).

¹⁵ ראו המקורות הנזכרים בה"ש 3 לעיל.

¹⁶ ראו הצעת החוק המקורית של חבר הכנסת יריב לוין, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 27 בפברואר 2009, והצעת החוק המתוקנת שלו, הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), התש"ע–2010, ה"ח 198. על הצעות אלה ואחרות, ראו גם זמיר, עוד על פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30; ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 134.

¹⁷ זמיר, עוד על פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30–35. ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 133–142.

¹⁸ פסק דין **המוסד לביטוח לאומי**, לעיל ה"ש 5.

¹⁹ ראו גם זמיר, עוד על פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 50–53; ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 137–138.

כאמור לעיל, במקומות אחרים ניתחתי את הדין והפרקטיקה השיפוטית במשפט הישראלי ובמשפט האמריקאי, וטענתי שגם בזמנים ובמקומות שבהם נדמה היה שבתי המשפט פעלו בהתאם לפירמידת הפירוש וההשלמה המסורתית, בפועל היה פער ניכר בין הרטוריקה לפרקטיקה השיפוטית. בכל אחת משיטות המשפט שאותן בחנתי, הצבעתי על שורה ארוכה של מכשירים משפטיים החותרים תחת התפיסה המקובלת של פירוש והשלמה.²⁰ התוצאה המצטברת של הכללים והדוקטרינות הללו היא שאף אחד משני המובנים של ההיררכיה המסורתית בין מקורות הפירוש וההשלמה – סדר הפנייה אליהם וההכרעה במקרה של סתירה ביניהם – אינו מתקיים במציאות. מבחינת סדר הפנייה למקורות השונים, במקרים רבים פונה בית-המשפט למקורות רבים בבת אחת, או אף מתחיל את הבירור מעקרונות של הגינות ושקילות, מהסדרים שלפי הדין והנוהג מבטאים את ההקצאה המאוזנת והסבירה של הסיכונים והעלויות בין הצדדים. מבחינת העדיפות בין המקורות השונים, אין-ספור מכשירים משפטיים מאפשרים לבית המשפט לקרב את ההסכמה המשתמעת מהטקסט החוזי עצמו לאומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מהנסיבות, את אומד דעתם של הצדדים למה שנהוג ומקובל בחוזים מאותו סוג, ואת כל המקורות הללו לכללי-ההשלמה ולנורמה הכללית של התנהגות בדרך מקובלת ובתום-לב. זאת ועוד, מגוון של דרכים ישירות ועקיפות מאפשרות לבתי-המשפט לאיין את תוקפן של הסכמות שאינן תואמות את הדינים והנוהג, ובכך להפוך את האחרונים לדינים מעין קוגנטיים.²¹

למעשה, כך טענתי, בנושא פירוש והשלמה של חוזים אין מדובר במחלוקת אחת, אלא בשתיים או אף בשלוש מחלוקות. מחלוקת אחת היא בשאלה הטכנית, האם מותר לפרשן להיזקק למקורות שמחוץ לחוזה הפורמלי כאשר האחרון נחזה כברור וחד-משמעי. את העמדות השונות בסוגיה זו ניתן לתאר כנמצאות על פני הספקטרום שבין גישה פורמליסטית (תורת השלבים), לגישה אנטי-פורמליסטית (תורת הפרשנות התכליתית).²² מחלוקת שנייה עניינה חלוקת העבודה הראויה בין הצדדים לבין בית המשפט בקביעת תוכנו של החוזה. את העמדות השונות בסוגיה זו ניתן לתאר כנמצאות על פני הספקטרום שבין איפוק שיפוטי (המטרה העליונה והמכרעת היא להגשים את רצון הצדדים) לבין אקטיביזם שיפוטי (לבית המשפט מסור תפקיד ממשי בקביעת תוכנם של חוזים, שבמסגרתו על בית המשפט לקדם ערכים ראויים של התחשבות הדדית, הגינות וכדומה).

הגם שיש קשר מסוים בין שתי המחלוקות, כך שאלה הנוקטים עמדה פורמליסטית נוטים לעבר פסיביות שיפוטית, ואלה המתנגדים לפורמליזם נוטים לעבר אקטיביזם שיפוטי – קשר זה אינו הכרחי, ולמעשה ישנם ביטויים לא מעטים לכל ארבעת השילובים האפשריים בין העמדות השונות. פסק דין **אפרופים** מבטא עמדה אנטי-פורמליסטית חזקה, ומאחורי מעטה רטורי דק הוא אף נתפס בצדק כמגלם תפיסה שיפוטית אקטיביסטית, המעדיפה שיקולים של הגינות והיגיון כלכלי על פני כיבוד של רצון הצדדים. הוא הדין בדעת הרוב בעניין **ארגון מגדלי ירקות**.²³ פסקי הדין **בלום נ' אנגלו סכסון וג.מ.ח.ל. נ' טהוליאן** הם דוגמאות לשילוב בין גישה פורמליסטית לאקטיביזם שיפוטי. בעניין **בלום** פסק השופט יורם דנציגר כי, בהיעדר תניה מפורשת שתאפשר לרשת תיווך להביא לסיומו חוזה זיכיון שלא נתחם בזמן, אין הרשת יכולה להשתחרר מהחוזה.²⁴ בעניין **ג.מ.ח.ל.** פסקה השופטת מרים נאור (בהסכמת השופטים אסתר חיות ויורם דנציגר) כי, בהיעדר תניה מפורשת המחייבת את רוכשי היחידות בקניון לפתוח את חנויותיהם, לא חלה עליהם חובה כזו.²⁵ כלומר, בשני המקרים פירש בית המשפט את החוזה בצורה מילולית ודווקנית, כדי להיחלץ לעזרתו

²⁰ ראו זמיר, **פירוש והשלמה**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 59–21, Zamir; לעיל ה"ש 10, בעמ' 1719–1753.

²¹ זמיר, **פירוש והשלמה**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 58.

²² השוו Ori Katz, *An Attitude Theory of Contract Law* (Working Paper, 2020).

²³ ראו ביתר פירוט זמיר, עוד על פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 18–19; שלו, שליטי החוזה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 654–656.

²⁴ פסק דין **בלום**, לעיל ה"ש 3, פס' 35–47 לפסק דינו של השופט דנציגר.

²⁵ פסק דין **ג.מ.ח.ל.**, לעיל ה"ש 3, פס' 44 לפסק דינה של השופטת נאור (בהסכמת השופטת חיות והשופט דנציגר).

של הצד החלש ולא דווקא כדי להגשים את כוונת הצדדים.²⁶ דעת המיעוט בפסק דין **ארגון מגדלי ירקות**, שהתבססה על תצהירים שהוגשו לגבי כוונת הצדדים, כדי להגשים את הכוונה האקטואלית של הצדדים (בניגוד לדעת הרוב שהזכירה תצהירים אלה, אך למעשה התעלמה מהם), היא דוגמה לאיפוק שיפוטי תוך דחייתה של תורת השלבים.²⁷ לבסוף, הביטוי המובהק לגישה פורמליסטית הדוגלת באיפוק שיפוטי מצוי בכתיבה של אחדים מאנשי האגף הימני בניתוח הכלכלי של המשפט, גישה המכונה נאו-פורמליזם.²⁸

העובדה שאין קשר הכרחי בין העמדה בשתי המחלוקות, ובפרט העובדה ששופטים המביעים עמדות פורמליסטיות יחסית, יכולים להיות בעת ובעונה אחת אקטיביסטיים בפירוש חוזים, עשויה להעיד כי בצד שתי המחלוקות הנזכרות לעיל קיימת גם מחלוקת שלישית, שעניינה היחס בין רטוריקה לפרקטיקה שיפוטית. ייתכן ששופטים דוגמת השופט דנציגר מעדיפים להסוות אקטיביזם שיפוטי מאחורי רטוריקה צנועה המעמידה את חופש החוזים כאבן היסוד של דיני החוזים ומצניעה את תפקידו של בית המשפט, בעוד ששופטים דוגמת השופט ברק נוטים יותר לדבר גלויות.²⁹

כך או אחרת, למרות שבפסק דין **המוסד לביטוח לאומי**, בכתיבה האקדמית שלוונה אותו ובפסקי דין מאוחרים יותר נותרו עדיין חילוקי דעות מסוימים בדבר המשקל שיש ליחס ללשון החוזה בהשוואה לנסיבות ההתקשרות, למעשה ניכרה התקרבות בין העמדות השונות בכמה מובנים חשובים. **ראשית**, נסתם הגולל על תורת השלבים במובן הטכני שלה. כלומר, התגבשה הסכמה רחבה מאוד (גם אם לא כללית) בקרב המחוקקים, השופטים והמלומדים, שגם כאשר לשון החוזה נחזית כברורה, אין בכך כדי למנוע הבאת ראיות כדי להוכיח שכוונת הצדדים הייתה שונה מזו העולה מפשוטו של החוזה. להסכמה זו שותפים גם שופטים ומלומדים שהסתייגו מהלכת **אפרופים**, כמו השופטים מישאל חשין, יורם דנציגר וניל הנדל,³⁰ המלומדים דניאל פרידמן, גבריאלה שלו, מנחם מאוטנר ומיגל דויטש,³¹ וכנסת ישראל. ככל שמדובר במחוקק, בעוד שלפחות לפי פשוטו, הנוסח המקורי של סעיף 25(א) לחוק החוזים הכללי הורה לפנות למקורות שמחוץ ללשון החוזה רק אם דעת הצדדים לא השתמעה מהחוזה גופו ("חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות"), הסעיף בנוסחו המתוקן מורה לפנות לחוזה ולנסיבות כאחד: "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" (ההדגשה הוספה).³² **שנית**, הגם שרוב השופטים אינם סבורים כי בקביעת תוכנו של החוזה

²⁶ על פרשנות מילולית כמשרתת אקטיביזם שיפוטי, ראו גם חיים זנדברג "עסקה בזכות אובליגטורית או בזכות במקרקעין? תכלית, לשון ואקטיביזם שיפוטי" **משפטים על אתר** יג 79 (2020).

²⁷ פסק דין **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 2, פסי' 37–48 לפסק דינו של השופט חשין.

²⁸ ראו למשל Robert E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 Nw. U. L. Rev. 847 (2000); Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 Yale L.J. 541 (2003) (מפורט של ארבעת השילובים האפשריים בין העמדות בשתי המחלוקות, ראו זמיר, עוד על פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 15–28).

²⁹ על הגישה הנאו-פורמליסטית, ראו גם תת-פרק 4. להלן.

³⁰ זמיר, עוד על פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28–30. לטענה שמבחינה זו דומה פסיקתו של השופט גרוסקופף לפסיקתו של השופט דנציגר, ראו אפי צמח ועמרי בן-צבי "על הקשר בין תיאוריה לפרקטיקה בדיני חוזים" 21–27 (2020, טרם פורסם).

³¹ ראו פסק דין **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 37 (השופט חשין: "אף אנו – כאחרים שהיו לפנינו – אין בדעתנו לבוא בריב לא עם הילכת אפרופים כלשונה לעת שנפסקה ולא עם האבדחת של 'דוקטרינת שני השלבים' שמשלה בכיפה קודם היות פרשת אפרופים"); פסק דין **המוסד לביטוח לאומי**, לעיל ה"ש 5, פסי' 4.ב לפסק דינו של השופט הנדל; דנציגר ומצקין, לעיל ה"ש 7, בעמ' 31 (לפי המודל שמציעים המחברים, "אין מניעה שהצדדים יביאו את ראיותיהם בדבר הנסיבות החיצוניות לחוזה גם אם לשון החוזה ברורה ומפורשת").

³² ראו למשל פרידמן, הערות לאפרופים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 488 ("בפתח הדברים אציין כי מהבחינה העקרונית הלכת **אפרופים** היא נכונה"); פרידמן, פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 245; שלו, שליטי החוזה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 665 (בהתייחס ללשונו המקורית של ס' 25(א) לחוק החוזים, מבהירה שלו כי "מתוך החוזה" – אין פירושו רק מתוך מילולית המפורשת, אלא גם מתוך החוזה בכללותו, לרקעו המסחרי-עובדתי-קונקרטי. ... פירוש חוזה 'מתוכנן' אינו פירוש המתעלם מנסיבות חיצוניות, אלא פירוש המתחשב בעיקר, ובראש ובראשונה, בלשון החוזה אך מביא בחשבון גם את המסכת העובדתית המשתקפת בו"); מאוטנר, התערבות שיפוטית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 48–55; דויטש, סקירה והתפתחות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 176, 178, 179.

³³ החלק הראשון של סעיף 25(א) החדש לקוח מסעיף 122(א) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011 (ה"ח 712), שהכילה ועדת הקודיפיקציה בראשותו של השופט אהרן ברק. ראו גם פסק דין **המוסד לביטוח לאומי**, לעיל ה"ש 5, פסי' 24 לפסק דינו של השופט ריבלין; זמיר, עוד על פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 31.

יש לתת ללשון החוזה "משקל מכריע" (כדעתו של השופט דנציגר, למשל),³³ הכול מסכימים שהן לפי הלכת **אפרופים**, הן לפי הסיפא של סעיף 25(א), נקודת המוצא של ההליך הפרשני היא בלשון החוזה,³⁴ וכי יש לתת ללשון "מעמד של בכורה",³⁵ או משקל "חשוב ומשמעותי".³⁶ **שלישית**, גם שופטים המצדדים בתורת הפרשנות התכליתית משתדלים להצניע את תפקידו של השופט בקביעת תוכנו של החוזה, ובכך הם סוטים מדרכו של השופט ברק.³⁷

ותשקוט הארץ כמעט שמונה שנים, עד לפסק הדין בעניין **ביבי כבישים עפר ופיתוח נ' רכבת ישראל** משנת 2019, אשר שבו וטרף את הקלפים.³⁸ הגם ששלושת השופטים בהרכב זה – אלכס שטיין, עופר גרוסקופף ועוזי פוגלמן – הסכימו לגבי פירושו הנכון של החוזה שבפניהם ולגבי ההכרעה במחלוקות בין הצדדים, הם נחלקו בשאלה העיונית לגבי האופן שבו ראוי לפרש חוזים. שניים מהשופטים – אלכס שטיין ועופר גרוסקופף – לא הסתפקו ביישום הדין על עובדות המקרה, אלא פרשו את משנתם בנושא זה. במיוחד משכה את תשומת הלב חוות דעתו של השופט שטיין, שכללה חידושים משמעותיים.

ב. פסק דין ביבי כבישים – העובדות ופסקי הדין

פסק דין **ביבי כבישים** עסק בחוזה לביצוע עבודות תשתית בהיקף גדול, שנערך בין רכבת ישראל לבין חברת ביבי כבישים בשנת 2004. החוזה נערך בעקבות מכרז פומבי שערכה הרכבת (בהתאם לחובתה כחברה ממשלתית), שבו השתתפו שלוש-עשרה חברות. החוזה כלל כתב כמויות שתיאר את היקף העבודות הצפויות מסוגים שונים והתשלום על כל אחת מהן, כמקובל בחוזים שבהם לא ניתן לחזות מראש את היקף העבודות שתידרשנה.³⁹ בפועל אכן הסכימה הרכבת לשלם לחברה, בהתאם לאמות המידה המוסכמות ובהתחשב בנסיבות ובאירועים שהתרחשו אחרי הכריתה, סכום של כמאה וחמישה מיליון ש"ח, כלומר תוספת של חמישים ושישה אחוז בהשוואה לסכום שהיה אמור להשתלם לפי כתב הכמויות המקורי (כשישים ושבעה מיליון ש"ח).

החברה לא הסתפקה בתשלום זה, והגישה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב תביעה לתשלומים נוספים בסך כולל של שישים מיליון ש"ח. התביעה התבססה על טענות בקשר לעיכובים בהתחלת הביצוע של הפרויקט, שינויים בהיקף העבודות, נזקי שיטפונות, ייצור קורות ב"מפעל שדה" שהוקם לשם כך, כניסת קבלן חיצוני וקיזוז בלתי-מורשה של כספים. החברה טענה שמדובר בחוזה אחיד, אך השופט רחמים כהן דחה טענה זו, והוסיף שמדובר ב"התקשרות מסחרית בין צדדים חזקים, מקצועיים ומנוסים, הבקאים בהליכי מכרז".⁴⁰ יחד עם זאת, הוא קיבל חלק גדול מטענותיה של החברה והורה לרכבת לשלם לה סכומים

³³ ראו, למשל, ע"א 11039/07 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ, פס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 6.7.2011); ע"א 3894/11 דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בן שלום, פ"ד סו(2) 544, 557–559 (2013) (השופט נועם סולברג). על חילוקי הדעות שעדיין נותרו בפסיקה, ראו גם שלו וצמח, **חוזים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 522–523.

³⁴ ראו, למשל, ע"א 87/15 נורדן נ' גרינברג, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ענת ברוך (פורסם בנבו, 16.10.2017); ע"א 8080/16 עמודי שחף בע"מ נ' לברניצ'וק (פורסם בנבו 8.8.2018) פס' 12 לפסק דינו של השופט מנחם מוזז; ע"א 5620/16 אופטיקה הלפרין בע"מ נ' Luxottica Group Spa (פורסם בנבו, 21.1.2020), פס' 20 לפסק דינו של השופט גיורגי קרא.

³⁵ פסק דין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 51 (השופט חשין).
³⁶ ראו, למשל, פסק דין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 5, פס' 23 לפסק דינו של השופט ריבלין. ראו גם פסק דין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 6, פסק דינו של השופט פוגלמן ("משקל משמעותי"); פסק-דין **אופטיקה הלפרין**, לעיל ה"ש 34, שם ("משקל כבד ומשמעותי").

³⁷ ראו, למשל, פסק דין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 2, פס' 11–12 לפסק דינו של השופט ריבלין; פסק דין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 5, פס' 11–16 לפסק דינו של השופט ריבלין; ע"א 8239/06 אברון נ' פלדה (פורסם בנבו, 21.12.2008), פס' 2 לפסק דינה של השופטת אסתר חיות. ראו גם שלו וצמח, **חוזים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 501–525; צמח ובן-צבי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 5–7.

³⁸ פסק דין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 6.
³⁹ על חישוב השכר בחוזי קבלנות לפי יחידות ביצוע, ראו באופן כללי איל זמיר **חוק חוזה קבלנות, תשל"ד–1974** 304–308 (בסדרה **פירוש לחוקי החוזים**, ג'ד טדסקי עורך, 1994) (להלן – זמיר, **חוזה קבלנות**).

⁴⁰ ת"א 23120-01-10 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ**, עמ' 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.9.2018) (להלן – פסק הדין המחוזי).

נוספים על חלק מהפריטים, שהצטברו לסכום כולל של כארבעים ושניים מיליון ש"ח. פסק הדין המחוזי לא דן בשאלות כלליות או עקרוניות של פירוש חוזים. הוא עסק, רובו ככולו, בשאלות עובדתיות שבהן נחלקו הצדדים על סמך העדויות שהוצגו בפניו, בשאלות פרשניות לגבי היחס בין תניות שונות של החוזה ובעניינים שלא הוסדרו מפורשות בחוזה.

שני הצדדים ערערו על פסק הדין לבין המשפט העליון. הגם שבנימוקי הערעור שלה חזרה החברה על טענתה שמדובר בחוזה אחיד,⁴¹ טענה זו כלל לא נדונה בפסק הדין של בית המשפט העליון. השופט אלכס שטיין, שכתב את פסק הדין המרכזי, פתח בדברים כלליים על פירוש חוזים, ואחר כך עבר לבדיקת פרטי המחלוקות בין הצדדים. הוא ציין שעל פירושו של החוזה הנדון חלה הלכת **אפרופים**, המבחינה בין התכלית הסובייקטיבית של החוזה לתכליתו האובייקטיבית. לדידו, במסגרת הלכה זו יש להבחין בין סוגים שונים של חוזים. בפרט, ביסס השופט שטיין את פסיקתו על שתי הבחנות. הבחנה אחת היא בין חוזים אחידים, צרכניים וכדומה, לבין חוזים מסחריים. ביחס לחוזים מהקבוצה הראשונה, הוא הסתמך בין היתר על הדיון של גבריאלה שלו ואפי צמח בנושא "התכלית האובייקטיבית" בפירוש חוזים,⁴² ופסק שבחוזים כאלה על בית המשפט להשתמש בכלים העומדים לרשותו "כדי לכונן הגינות, למנוע שימוש לרעה בשליטה בשוק על ידי תאגידים רבי עוצמה, להגן על הצד החלש מפני ניצול על ידי הצד החזק, ולהבטיח את אינטרס הציבור בהספקה נאותה של מוצרים ושירותים חיוניים."⁴³ ביחס לקבוצה השנייה, נזקק השופט שטיין להבחנה נוספת, בין "חוזה יחס פתוחים" לבין "חוזים סגורים." לדבריו, הראשונים "מסמיכים את בית המשפט לקרוא לתוכם תנאים וחייבים חדשים, שלא הוסכמו מראש, על בסיס עקרונות משפט רחבים כמו תום לב, הגינות וסבירות, כשכל אלו מותאמים למטרות החוזה."⁴⁴ לעומת זאת, כאשר מדובר בחוזה סגור – "חוזה ממצה שכל תנאיו מוגדרים באופן ברור ונהיר, והוא איננו זקוק לפרשנות יצירתית"⁴⁵ – על בית המשפט לבחון אך ורק את השאלה העובדתית: מה הסכימו הצדדים. בהקשר זה הוא הזכיר את כלל הראיה בעל-פה (Parol Evidence Rule), הפוסל עדויות המבקשות לסתור את הכתוב בחוזה.⁴⁶ לדבריו, פרשנות של חוזה סגור "חסינה מפני הכנסת שיקולים ערכיים, החיצוניים לחוזה, על ידי בית המשפט."⁴⁷ כלומר, בחוזים סגורים, מלאכת הפרשן מתחילה ומסתיימת באיתור התכלית הסובייקטיבית של החוזה – ואם נותר ספק לגבי תכלית זו, יש להכריע בו לפי נטלי ההוכחה שקובעים דיני הראיות, לרבות "הכלל העתיק בדבר פירושו של תנאי חוזי בלתי ברור לרעת מנסחו."⁴⁸ הוא הוסיף כי, "חובת תום-הלב תמשיך, כמובן, לחול על יחסי הצדדים, אך תחולתה תהא שיוויונית ושמורה למקרים קיצוניים של מצגי שווא, הטעיה ושימוש לרעה בזכויות; היא לא תשפיע על קביעת תוכנו של החוזה כהוא זה."⁴⁹ עוד הוא ציין שגישה זו עולה בקנה אחד עם הלכת **אפרופים** ומוצדקת נוכח חשיבותם של הוודאות החוזית והביטחון העסקי.⁵⁰ במאמר מוסגר, הוא ציין כי השינוי שחולל תיקון מס' 2 לחוק החוזים הכללי חל רק על חוזים הנמצאים במרכז הספקטרום שבין חוזי יחס לחוזים סגורים, שכן בחוזי יחס אין מנוס מהשלמה ערכית רחבה, ובחוזים סגורים אין מקום אלא לפרשנות עובדתית צרה.⁵¹

⁴¹ ראו ס' 21–29 לכתב הערעור; ס' 9–16, 80, 105–14, 125–126 לסיכומים מטעם החברה (מיום 18.2.2019).

⁴² שלו וצמח, **חוזים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 512–515.

⁴³ פסק דין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 6, פס' 17 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁴⁴ שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט שטיין. ראו גם פס' 55 לפסק הדין.

⁴⁵ שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁴⁶ שם, שם.

⁴⁷ שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁴⁸ שם, שם.

⁴⁹ שם, שם.

⁵⁰ שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁵¹ שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט שטיין.

בעוברה מן הכלל אל הפרט, תיאר השופט שטיין את פסק דינו של בית המשפט המחוזי כמבוסס על שיקולי הגיונות, משמע ככזה שהתייחס לחוזה כאל חוזה יחס, ובכך "טעה טעות יסודית".⁵² לדברי השופט שטיין, "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). ... אין אפוא ספק בכך כי החוזה שבו עסקין הינו קרוב, לפי כתבו ולפי מהותו, לחוזה סגור עם התניה מלאה, והמרחק שבינו לבין חוזה יחס הוא מרחק שנות-אור.⁵³ השופט שטיין אף דחה את ערעורה של חברת ביבי כבישים על סירובו של בית המשפט המחוזי להכיר בקיומן של הסכמות מאוחרות ששינו את החוזה המקורי בין הצדדים.⁵⁴

לאחר מכן דן השופט שטיין בפרטי המחלוקות הכספיות בין הצדדים, תוך התבססות על לשון החוזה ועל הגיונו הכללי. בין היתר, הוא הסביר ש"ביבי כבישים נטלה על עצמה את כל הסיכונים הכלכליים הכרוכים בעיכובים ובהתמשכות העבודות שמעבר לסכום הצנוע של 20,000 ש"ח; בעוד שהרכבת לקחה על עצמה סיכונים אחרים, ובראשם הסיכון שהתמורה הכוללת עבור ביצוע הפרויקט ... תהא, בסופו של יום, גבוהה יותר מהתמורה המוסכמת שהיתה משלמת ... אילו לקחה את עלויות העיכובים על עצמה כנגד הפחתת מחיריהן של יחידות הביצוע השונות." כלומר, יש לפרש את החוזה לפי האופן שבו הקצה החוזה את הסיכונים מראש (ex ante), ולא לפי האופן שבו הם התממשו בדיעבד (ex post).⁵⁵ באחד העניינים – ייצור קורות גשר במפעל שדה שהוקם סמוך לשטח הפרויקט, בשל ליקויים בתכניות המקוריות של הרכבת – קיבל השופט שטיין את עמדת ביבי כבישים, שלפיה הרכבת נושאת באחריות לעלויות נוספות אלה. בכך הוא דחה את עמדת הרכבת, שהסתמכה על הוראה בחוזה שלפיה ביבי כבישים תישא בעלויות התכנון של שיטות ביצוע חלופיות.⁵⁶ בשורה התחתונה, פסק השופט שטיין לביבי כבישים סכום של כשמונה מיליון ש"ח מעבר למה שרכבת ישראל הסכימה לשלם בטרם הוגשה התביעה, שהם כשניים-עשר אחוז מהסכום שאמור היה להשתלם לה לפי כתב הכמויות המקורי (מעבר לתוספת של כשלושים ושמונה מיליון, שלא הייתה שנויה במחלוקת).

גם השופט גרוסקופף סבר שיש לאמץ "גישה פלורליסטית" ולהחיל כללי פרשנות שונים על קטגוריות שונות של חוזים.⁵⁷ אולם בניגוד לשופט שטיין, שהדגיש את הקריטריון של מידת הפירוט של החוזה, הדגיש השופט גרוסקופף את הקריטריון של זהות המתקשרים. לפי קריטריון זה, יש להבחין בין חוזים עסקיים (שני הצדדים עוסקים), פרטיים (שני הצדדים אנשים פרטיים) וצרכניים (צד אחד הוא עוסק והאחר הוא אדם פרטי). לדידו, שלוש התכליות המרכזיות של פירוש חוזים הן (1) הגשמת הרצון של הצדדים, (2) כיבוד ערכיה של שיטת המשפט, לרבות הגיונות התוכן של החוזה ו-(3) יצירת מערכת כללים יעילה שתסייע ותקל על הצדדים להתקשר בחוזים. כל התכליות הללו רלוונטיות בכל חוזה, אך משקלן היחסי משתנה: בחוזים פרטיים יש לתת קדימות להגשמת הרצון; בחוזים צרכניים יש חשיבות יתירה לערכי השיטה; ובחוזים עסקיים יש לתת מעמד בכורה לקידום היעילות ואפשרות התכנון. בחוזים עסקיים "המתקשרים הם לא רק צדדים רציונליים המצויים במישור שווה, אלא גם מתוחכמים דיים לעשות שימוש בכללים המשפטיים

⁵² שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט שטיין. בפס' 7 כתב השופט שטיין שבית המשפט המחוזי קיבל את טענות התובעת "בדבר מהות החוזה כהתקשרות הנשלטת על ידי כלליהם של חוזי יחס פתוחים (מבלי לנקוב במונח 'חוזה יחס'). בהתאם לכך, קיבל בית המשפט את דרישתה של ביבי כבישים להשלמת החוזה על ידי הטלת חובות תשלום עצמאיות ורחבות היקף על הרכבת בהתבסס על חובת תום-הלב ועל העקרונות הרחבים של הגיונות וסבירות." למעשה, לא רק המונח "חוזה יחס", אלא אף הביטויים "תום-לב", "הגיונות" ו"סבירות" אינם נזכרים בנימוקי של השופט כהן (הביטוי "תום-לב" נזכר רק בתיאור של טענות התובעת).

⁵³ שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁵⁴ שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁵⁵ שם, פס' 33 לפסק דינו של השופט שטיין. כיוצא בזה, כשם שירידה במחירי הברזל בתקופת העיכוב שנגרם בעטייה של הרכבת לא הייתה מזכה את הרכבת בהפחתת התשלום, כך עליית מחירי הברזל בתקופה זו אינה מזכה את ביבי כבישים בתוספת תשלום (שם, פס' 40 לפסק הדין).

⁵⁶ בהקשר זה הוא אף דחה את טענת הרכבת, שלפיה החוזה בין ביבי כבישים לקבלן המשנה ששכרה, לא היה האחרון זכאי לתוספת תשלום בעד עבודות אלה. הוא פסק שהדבר אינו מעניינה של רכבת ישראל, וכי מן הסתם שלילת זכאות זו באה לידי ביטוי בתמורה הכספית ששילמה ביבי כבישים לקבלן המשנה. ראו שם, פס' 80–86 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁵⁷ שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

לצורך עיצוב החוזה כרצונם.⁵⁸ במקרה הנוכחי, מדובר בחוזה עסקי, שבו המתקשרים הם "שחקנים מתוחכמים, אשר משקיעים זמן ומשאבים בניסוח החוזה" ומודעים היטב לכללי הפרשנות החלים עליו.⁵⁹ בפירושו של חוזה כזה יש לתת ללשון החוזה "מעמד מכריע," על מנת להגן על הצדדים מפני הסיכון שהפרשן יקרא לתוך החוזה בדיעבד דברים שהצדדים לא ביקשו לכלול בו.⁶⁰ על כן הוא סמך את ידו על האופן שבו פירש השופט שטיין את החוזה.

השופט פוגלמן מצדו הדגיש שהלכת **אפרופים** חלה על פירושו של כל חוזה, הגם שיש להתחשב בהבדלים שבין חוזים שונים כאשר באים לפרשם. הוא הוסיף שלפי פסק דין **המוסד לביטוח לאומי**, התיקון לחוק החוזים הכללי אימץ את הגישה הפרשנית של הלכת **אפרופים**, תוך "הדגשת מקומה המשמעותי של לשון החוזה בהליך הפרשנות," שהיה שמור לה גם לפי ההלכות שקדמו לתיקון החוק. לבסוף, הוא ציין שבמקרה של מכרז, עקרון השוויון מחייב שפירוש החוזה לא יסטה מההוראות שנקבעו במכרז ומתכליתן הנלמדת מנסיבות העניין.

ג. על חוזים מסחריים, חוזי יחס, חוזים סגורים, חוזים אחידים וחוזי רשות

1. כללי

כאמור לעיל, השופטים שטיין וגרוסקופף הדגישו בדבריהם את הצורך להבחין בין סוגים שונים של חוזים. בכך אין חידוש. כך, למשל, בעניין **ארגון מגדלי ירקות** כתב השופט חשין:

אין צורך בדמיון מפליג כדי להבין שלא הרי פירושו של חוזה מסחרי כהרי פירושו של הסכם יחסי ממון בין בני זוג, וכי אף החוזים המסחריים אינם עשויים מיקשה אחת. הוא הדין בהשוואה בין חוזה שערכוהו עורכי-דין והוא מכיל עשרות ואולי מאות סעיפים לבין חוזה קצר-שורות שנכתב בכתב-יד לסיומו של משא ומתן קצר למכירתה או להשכרתה של דירה. ולא הרי חוזה שנכרת בין סוחרים בענף פלוני – שלשונו זר לא יבין – כהרי חוזה שנכרת בין אחד מאותם סוחרים לבין לקוח מזדמן. איזוני הפרשנות בכל אחד מסוגי חוזים אלה – וברבים אחרים זולתם – יהיו שונים ולא לנו המלאכה לגמור.⁶¹

החידוש בפסק דינו של השופט שטיין נעוץ בהבחנות הספציפיות שלהן הוא נזקק בהסתמך על הכתיבה התיאורטית בדיני חוזים, ובאופן שבו הוא יישם אותן במקרה הנדון – יישום השופך אור על גישתו הפרשנית. להלן אבחן את סיווגיו של השופט שטיין ואגב כך אתיחס גם להבחנה שלא נזכרה בפסק הדין: בין חוזים של גופים פרטיים לחוזי-רשות. בתמצית, אבקש לטעון שבהצגת ההבחנות של השופט שטיין וביישומן על עובדות המקרה נפלו כמה אי-דיוקים:

- ההבחנה המוצעת בין חוזי יחס לחוזים סגורים אינה עולה בקנה אחד עם ההמשגה המקובלת, הכוללת שתי הבחנות נבדלות: האחת היא בין חוזי יחס (relational contracts) לחוזים בדידים (discrete contracts) או עסקתיים (transactional contracts), והאחרת היא בין חוזים שאינם שלמים (incomplete contracts) לחוזים סגורים או שלמים (completely contingent contracts).

⁵⁸ שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

⁵⁹ שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

⁶⁰ שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

⁶¹ פסק דין **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 2, פס' 25 לפסק דינו של השופט חשין. להתבטאויות דומות, ראו שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט ריבלין; פסק דין **דלק**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 569–571 (השופט סלים גיוראן); ע"א 453/11 מ.ש. **מוצרי אלומיניום בע"מ** נ' "אריה" **חברה לביטוח בע"מ**, פס' 8 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז (פורסם בנבו, 21.8.2013).

העובדה שהתקשרות נערכת באמצעות חוזה מפורט אינה מעידה בהכרח על כך שאין מדובר בחוזה יחס, וחוזים עסקתיים רבים הם לא-שלמים.

- בניגוד לאמור בפסק הדין, חוזי יחס אינם מתאפיינים בכך שהצדדים מזמינים את בית המשפט להשלים או לנהל אותם, אלא להיפך – מאפיין בולט של חוזי יחס הוא מיעוט ההיזקקות של הצדדים למערכת האכיפה המשפטית.
- מכך שחוזה כלשהו הוא חוזה יחס לא נובע בהכרח מהי הגישה הפרשנית הראויה לגביו. בצד העמדה שלפיה בחוזי יחס יש להתחשב בהתנהגות הצדדים לפני הכריתה ובמהלך קיום החוזה, בנהגים פרטיים וכלליים, ובערכים של סבירות והתחשבות הדדית, ישנה גם עמדה הפוכה, שלפיה על בית המשפט לאמץ בחוזים כאלה גישה פרשנית מילולית ודווקנית.
- בניגוד למשתמע מפסק הדין, ההבחנה בין חוזים מסחריים לחוזים צרכניים אינה חופפת את ההבחנה בין חוזים שהם פרי משא ומתן לבין חוזים אחידים; הרוב הגדול של החוזים המסחריים והצרכניים הם חוזים אחידים. הדין הישראלי מחיל דיני תוקף ופירוש מיוחדים על חוזים אחידים, גם כאשר הם מסחריים.
- הדין הישראלי מבחין בין חוזים הנערכים בין שני גורמים פרטיים לבין חוזים שאחד הצדדים להם הוא רשות ציבורית או גוף מעין-ציבורי. רשויות השלטון וגופים מעין-ציבוריים כפופים לדרישות מחמירות יותר של הגינות וסבירות.
- בניגוד לאמור בפסק הדין, החוזה בין הרכבת לחברת ביבי כבישים היה חוזה יחס מובהק, לא-שלם ואחיד, שנערך בידי חברה ממשלתית הממלאת תפקיד ציבורי. הסיווג הבעייתי של החוזה כחוזה שאינו חוזה יחס וכחוזה שלם וסגור, כמו גם ההתעלמות מכך שמדובר בחוזה אחיד שנערך בידי גוף מעין-ציבורי (ואשר רבות מהוראותיו היו חד-צדדיות ומקפחות), שופכים אור על ההבחנות שעורך השופט שטיין ועל עמדתו העקרונית בנושא פירוש חוזים.

2. חוזי יחס וחוזים שלמים

כמתואר לעיל, השופט שטיין פסק שקיים ספקטרום של חוזים בין חוזי יחס פתוחים לבין חוזים סגורים עם התניה מלאה. בדברו על חוזי יחס, התייחס השופט שטיין למושג relational contracts, ובדברו על חוזים סגורים ל-completely contingent contracts.⁶² אולם ההנגדה בין שתי קטגוריות אלה אינה תואמת במלואה את המושגיות המקובלת בתיאוריה של דיני חוזים, שבה ההבחנות המקובלות הן בין חוזי יחס (relational) לחוזים עסקתיים או בדידים (transactional, discrete), ובין חוזים שלמים (או מושלמים) (completely contingent) לבין חוזים לא-שלמים (incomplete). נפתח בהבחנה הראשונה.

אחד הזרמים המשפיעים בתיאוריה של דיני החוזים בעשרות השנים האחרונות הוא האסכולה של חוזי יחס, שצמחה מתוך מחקרים סוציולוגיים על הפרקטיקה החוזית, ובהמשך שלחה פארות לניתוח הכלכלי של דיני חוזים ולניתוח המשפטי הפוזיטיבי.⁶³ המונח חוזי יחס הוא ביסודו מונח דסקריפטיבי וסוציולוגי.

⁶² פסק דין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 6, פ"ס 6 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁶³ ראו, למשל, Stewart Macaulay, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 691 (1974); Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 SO. CALIF. L. REV. 691 (1974); Charles J. Goetz and Robert E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, 67 VA. L. REV. 1089 (1981); Symposium, *Law, Private Governance and Continuing Relationships*, 1985 WIS. L. REV. 461–756. ראו גם זמיר, **חוזה קבלנות**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 391–394; אריאל פורת **הגנת אשם תורם בדיני חוזים** 78–83 (1997); דוד (פרדי) רונן **התאמת חוזים לנסיבות משתנות** 27–48 (2001); מאוטנר, **התערבות שיפוטית**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 45–48; מנחם מאוטנר **"דיני חוזים בחיי היומ-יום בתעשייה"** משפט, **חברה ותורות: האם המשפט חשוב?** 63 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2001); שחר ליפשיץ **"על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל**

במאמרו המכונן משנת 1963, תיאר Stewart Macaulay את הממצאים של מחקר אמפירי איכותני רחב-היקף שעסק בהתקשרויות בין פירמות מסחריות בארצות הברית.⁶⁴ הוא מצא שהתפקיד שממלא המשפט בהתקשרויות אלה קטן להפתיע. מסתבר שהמשמעות המשפטית של מעשים ומחדלים בשלבי ההתקשרות והביצוע של יחסי חליפין אינה ממלאת תפקיד מרכזי בשיקולי הצדדים. אנשי עסקים מקיימים את התחייבויותיהם גם כאשר אין להן תוקף משפטי; ובד בבד, הם מבטלים הזמנות באורח שגרתי וללא מחאה של הצד השני, גם כאשר מבחינה משפטית מדובר בהפרת חוזה. ההיזקקות למערכת האכיפה המשפטית נדירה ביותר, בין היתר משום שהסעדים השיפוטניים הם כמעט תמיד בבחינת מעט מדי ומאוחר מדי, בעוד שהעלויות הישירות והעקיפות של פנייה לערכאות הן עצומות. לפי ממצאיו של מקאולי, שאוששו במחקרים מאוחרים יותר, היחסים בין הצדדים אינם מוגבלים למישור הממוני והעסקי, אלא מתנהלים במישורים אישיים וחברתיים.⁶⁵ בניגוד לתפיסה הקלאסית של דיני החוזים, מערכת היחסים בין הצדדים אינה מתקבעת ברגע הכריתה. הציפיות, ההסתמכויות והמחויבויות של הצדדים נוצרות, משתנות ומתחלפות באופן רצוף לפני הכריתה הפורמלית ואחריה, כל עוד מתקיימים יחסי החליפין, וגם אחרי סיומם הפורמלי.⁶⁶ יותר משהצדדים פועלים לפי תמריצים משפטיים, הם פועלים ממניעים כלכליים (שיקולי כדאיות ומוניטין של הטווח הקצר והארוך), חברתיים (הרצון לזכות בכבוד ובהכרה, והחשש מסנקציות חברתיות בקהילה הרלוונטית) ומוסריים (בפרט התפיסה שלפיה הבטחות יש לקיים) – שבמקרים רבים אינם תואמים את הכללים המשפטיים.

Ian Macneil, שתרגם יותר מכל מלומד אחר להמשגה של חוזי יחס, תיאר את הספקטרום שבין חוזי יחס לחוזים עסקתיים כמורכב משורה ארוכה של מאפיינים או צירים.⁶⁷ אותו חוזה עשוי להימצא בנקודות שונות על פני הצירים שבין שני הקטבים, אך באורח טיפוסי יש מתאם בין המאפיינים השונים של אותו חוזה. החוזה העסקתי המובהק נערך בין שני צדדים. הוא קצר-טווח, פשוט, והתמורות בו ניתנות לכימות מדויק ומכומתות למעשה. המטלות של הצדדים מוגדרות היטב מראש ואינן ניתנות לשינוי. ביצוע החוזה אינו תלוי בשיתוף-פעולה והתחשבות הדדית בין הצדדים. הקשר בין הצדדים הוא ממוני בעיקרו ושטחי – מה שמאפשר המחאה של זכויות הצדדים וביצוע של מטלותיהם בידי אחרים. הצדדים תופסים את החוזה כמשחק סכום-אפס, שבו רווחיו של האחד באים על חשבונם של האחר. לעומת זאת, בחוזה היחס המובהק מעורבים במקרים רבים יותר משני צדדים. הוא ארוך-טווח, מורכב ודינמי. קשה להגדיר בו מראש את פרטי המטלות של הצדדים. לכן, בצד תיאור החיובים המרכזיים של הצדדים, בחוזי יחס שמים דגש על יצירת מנגנונים להחלטות, להתאמות ולשינויים עתידיים, הדורשים הפעלה של שיקול דעת – ומכאן החשיבות היתירה של שיתוף פעולה והתחשבות הדדיים. הקשר בין הצדדים עמוק ומורכב, המסרים המוחלפים ביניהם אינם רק מילוליים, והתועלות שהם מפיקים מהחוזה חורגות מהמישור הכספי הצר. במהלך קיום החוזה, הצדדים תופסים את עצמם כחלק מפרויקט משותף ושואפים להצלחתו.

מכאן למושג של חוזה שלם, או *completely [or: complete] contingent contract*, הלוקח מהניתוח הכלכלי של חוזים. חוזה שלם הוא חוזה הקובע כיצד יהיה על הצדדים לנהוג בכל אחד ממצבי העולם העשויים להתקיים במהלך ביצועו. בעולם שבו עלויות העסקה הן אפס, הצדדים מסוגלים לחזות את כל

הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד' 627, 711–713 (2005); ע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרומ הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 160–161 (1998).

⁶⁴ Macaulay, שם.

⁶⁵ ראו, למשל, Hugh Beale & Tony Dugdale, *Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, 2 BRIT. J.L. & SOC'Y 45 (1975); Lisa Bernstein, *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions*, 99 MICH. L. REV. 1724 (2001).

⁶⁶ ראו גם, Ian Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854 (1978).

⁶⁷ Macneil, לעיל ה"ש 63, בעמ' 735–805.

ההתרחשויות העשויות להתקיים בעתיד, הרציונליות שלהם מושלמת, וכל אחד מהם יודע (ויכול להוכיח) כיצד רעהו מתנהג – הצדדים יערכו חוזים שלמים.⁶⁸ חוזים כאלה יחייבו את הצדדים לקיים כל חיוב אך ורק אם עלות הקיום נמוכה מתועלתו. כך, למשל, אם עלות הקיום של חיוב כלשהו היא 100, והתועלת שתצמח מקיומו לנושה היא 120 בהסתברות של 90% ו-80 בהסתברות של 10% (בהתאם להתרחשויות עתידיות), חוזה שלם יקבע שעל החייב לבצע את החיוב במצב העולם הראשון ויהיה פטור מקיומו במצב העולם השני (משום שהסדר כזה, כפי שיבוא לידי ביטוי במחיר המוסכם, משתלם לשני הצדדים). חוזה שיקבע כי על החייב לקיים את חיובו בכל מקרה איננו יעיל, ולכן שני צדדים רציונליים לא יבחרו בו.

די בתיאור זה כדי להבין שחוזים שלמים קיימים בעולם המודלים. בעולם האמיתי עלויות העסקה הן משמעותיות, אנשים אינם מסוגלים לחזות את כל ההתרחשויות העתידיות, יכולותיהם הקוגניטיביות אינן בלתי-מוגבלות, הם סובלים לעתים מהטיות פסיכולוגיות, ובמקרים רבים אין הם יכולים לדעת או להוכיח כיצד נהג הצד השני.⁶⁹ באורח לא מפתיע, התיאוריה הכלכלית עוסקת במידה רבה דווקא במקרים של *incomplete contracts*. ככל שמדובר בניתוח הכלכלי של המשפט, הקונסטרוקציה של חוזה שלם משמשת בעיקר כהנחיה כיצד להשלים חוזים שיש בהם פערים וכיצד לפרש אותם במקרים של עמימות: יש לפרש ולהשלים את החוזה בהתאמה למה ששני צדדים רציונליים היו קובעים ביניהם בחוזה שלם.⁷⁰

על רקע זה, נקל להבין מדוע השופט שטיין מתאר ניגוד בין חוזי יחס, המותירים לבית המשפט תפקיד ניכר בפרשנותם, לבין חוזים שלמים (או "סגורים"), שאינם מותירים תפקיד כזה: ככל שבחוזה כלשהו מתקיימים יותר מאפיינים של חוזה יחס, כך האפשרות שהוא יהיה שלם רחוקה יותר מהדעת. אולם תיאור זה אינו מדויק. חוזים עסקתיים אינם בהכרח שלמים. כאשר אדם קונה כריך בקיוסק שבו לא ביקר קודם וספק אם יבקר בעתיד, החוזה קרוב מאוד לקוטב העסקתי (להבדיל מהיחסי), אך זהו גם חוזה לא שלם מובהק – בדרך כלל, הצדדים אינם מסכמים מראש שום פרט מלבד המחיר וסוג הכריך. אם תתעוררנה שאלות לגבי טיב הכריך, טריותו, האם המוכר הוא בעליו החוקי, האם המחיר כולל מע"מ, האם ניתן לשלם בכרטיס אשראי וכיוצא בזה, התשובות להן תימצאנה בנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג ובהוראות ההשלמה החקוקות – ולא בהסכמה המפורשת בין הצדדים. הוא הדין בקניית מברגה בידי חשמלאי ובמילוי דלק בתחנת דלק בידי נהג משאית (חוזהם שבניגוד לקניית הכריך, אינם צרכניים, אלא, לפי הסיווג המקובל, מסחריים). במקרים רבים, אלה הם חוזים עסקתיים מובהקים ולא-שלמים בעליל.

בד בבד, גם כאשר צדדים לחוזה מורכב וארוך-טווח משתמשים בחוזה מפורט או מפורט מאוד, ואפילו אם הם משתדלים לקבוע מראש מה תהיינה התוצאות של נסיבות ותנאים רבים, אין זאת אומרת שמדובר בחוזה עסקתי או בחוזה סגור. ההתקשרות בין הצדדים יכולה בהחלט לקיים את המאפיינים של חוזי יחס. ראשית, גם חוזה ארוך ומפורט עשוי להותיר שאלות חשובות לקביעה עתידית. למשל, הצדדים יכולים לקבוע שמלאכה כלשהי תבוצע "לשביעות רצונו המלאה" של המזמין, ובכך להותיר לו שיקול דעת רחב למדי.⁷¹ הם אף יכולים למנות מפקח שתפקידו להשגיח על איכות המלאכה, להורות על שינויים בה, להתאים את לוחות הזמנים לשינויים בנסיבות, להורות על ביצוע עבודות נוספות שלא נכללו בחוזה המקורי, וכדומה.⁷² שנית,

⁶⁸ Alan Schwartz, *Incomplete contracts*, in 2 THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 277 (Peter Newman ed., 1998).

⁶⁹ Jean Tirole, *Incomplete Contracts: Where Do We Stand?*, 67 *ECONOMETRICA* 741, 741 (1999); Benjamin Klein, *Contracting Costs and Residual Claims: The Separation of Ownership and Control*, 26 *J.L. & ECON.* 367, 367 (1983); Richard Craswell, *Contract Law: General Theories*, in 3 *ENCYCLOPEDIA OF LAW & ECONOMICS* 1, 1–2 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit DeGeest, eds., 2000); Juliet P. Kostritsky, *Introduction to a Symposium on Incomplete Contracts: Judicial Responses, Transactional Planning, and Litigation Strategies*, 56 *CASE W. RES. L. REV.* 135, 135 (2005); Oliver Hart, *Incomplete contracts*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS (3rd ed. 2018).

⁷⁰ Kostritsky, שם, בעמ' 135–136.

⁷¹ ראו זמיר, *חוזה קבלנות*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 459–463.

⁷² שם, בעמ' 463–477.

בחוזי יחס קיים פער טיפוסי בין הטקסט הפורמלי לבין ההתנהלות בפועל של הצדדים, שכמעט תמיד היא הרבה יותר גמישה, מתחשבת ופחות פורמליסטית ממה שנקבע במסמך החוזה. המושג "חוזי יחס" מתאר את מכלול היחסים בין הצדדים, בין אם נערך ביניהם חוזה פורמלי ובין אם לאו, בין אם החוזה הפורמלי ארוך ומסועף ובין אם קצר ולאקונוי. כך, למשל, חוזה בין בית אבות לדייר הוא חוזה יחס מובהק, למרות שבין הצדדים נחתם באורח טיפוסי חוזה מפורט מאוד.⁷³

ההנגדה שמעמיד השופט שטיין בין חוזי יחס לחוזים שלמים סוטה אפוא מהמושגיות המקובלת בתיאוריה של דיני חוזים. ניתן לנסות להגן על הנגדה זו בנימוק שהיא מוצגת גם במאמרם של Charles Goetz ו-Robert Scott, הנזכר בפסק הדין,⁷⁴ אולם מאחר שמדובר במושגים בעלי משמעות מקובלת בספרות ובפסיקה, בעולם ובישראל, קשה להצדיק שימוש אידיאליסטי כזה במונחים מקובלים, גם אם הוא מצוי במאמר כלשהו. יתר על כן, Scott ו-Goetz מטעימים שלצורך הניתוח שלהם, "we here adopt a very specific construction" של המונח חוזה יחס, פירוש המתמקד בקיומם של "agency relationship".⁷⁵ בפסק הדין אין כל אמירה מעין זו.

עד כאן לעניין הקשיים העיוניים שמעוררת ההבחנה המוצעת בפסק הדין, בין חוזי יחס לבין חוזים שלמים או סגורים, כשני קצוות של ספקטרום יחיד. בהמשך נראה שהקשיים הכרוכים בטיפולוגיה זו אינם עיוניים גרידא, אלא יש להם משמעויות אופרטיביות.

3. חוזי יחס והיחס של הצדדים לבית המשפט

ההבחנה או הניגוד שבין חוזי יחס לחוזים סגורים משמשת את השופט שטיין כדי להסביר את ההבדל בכללי הפרשנות ההולמים את כל אחד מסוגי החוזים הללו. חוזה יחס הוא "חוזה שנועד להישאר פתוח להשלמות ולפרשנות שיפוטית רחבה אשר תעצב ותגדיר את זכויותיהם ואת חובותיהם של הצדדים 'תוך כדי תנועה', מכוחה של חובת תום-הלב ועל בסיס אמות המידה של הגינות וסבירות".⁷⁶ "חוזי יחס פתוחים מסמיכים את בית המשפט לקרוא לתוכם תנאים וחובות חדשים, שלא הוסכמו מראש, על בסיס עקרונות משפט רחבים כמו תום לב, הגינות וסבירות, כשכל אלו מותאמים למטרות החוזה. ... חוזי יחס פתוחים נועדו על כן להיות מנוהלים על ידי שופטים מעיקרם, מאחר שהליכה בדרך אחרת – כריתתו של חוזה סגור עם התניה מלאה, או כמעט מלאה – הינה יקרה מדי או בלתי מעשית..."⁷⁷.

דא עקא, שתיאור זה אינו עולה בקנה אחד עם הממצאים האמפיריים של אנשי האסכולה של חוזי יחס. לפי ממצאים אלה, לא זו בלבד שאנשי עסקים אינם מותירים את ניהול החוזה לשופטים מראש, אלא שהגעה של סכסוך להכרעה שיפוטית היא הדבר האחרון שהם מייחלים לו. במקרים רבים, אנשי עסקים מבצעים עסקאות בלי להבטיח מראש שמבחינה מהותית וראייתית אפשר יהיה להוכיח שנכרת ביניהם חוזה.⁷⁸ גם אם הם עורכים חוזה פורמלי, כאשר מתגלעים ביניהם חילוקי דעות, על-פי-רוב הם מיישבים אותם על בסיס הניסיון המקצועי והמסחרי שלהם, מבלי לעיין אפילו בחוזה. לעיתים רחוקות הם מעיינים בחוזה או מבקשים ייעוץ משפטי לגביו; לעיתים עוד יותר רחוקות הם מסתמכים מפורשות על החוזה או מערבים עורכי דין באורח גלוי במחלוקת; איום בנקיטת הליכים משפטיים הוא חריג ביותר; מימוש של איום זה נדיר למדי; וניהול התדיינות עד להכרעה שיפוטית הוא נדיר שבנדירים.⁷⁹

⁷³ ראו פסק דין עיזבון מילגרם, לעיל ה"ש 63.

⁷⁴ Goetz & Scott, לעיל ה"ש 63, בעמ' 1089–1091; פסק דין ביבי כבישים, לעיל ה"ש 6, פס' 12 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁷⁵ שם, בעמ' 1091 (ההדגשה הוספה).

⁷⁶ פסק דין ביבי כבישים, לעיל ה"ש 6, פס' 6 לפסק דינו של השופט שטיין. ההדגשה הוספה.

⁷⁷ שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט שטיין. ראו גם פס' 55 לפסק הדין (חוזי יחס "מקנים לבית המשפט כוחות ניהוליים המאפשרים לו לעצב עבור בעלי החוזה זכויות וחובות חדשות"). כל ההדגשות הוספו.

⁷⁸ Macaulay, לעיל ה"ש 63, בעמ' 56–60.

⁷⁹ שם, בעמ' 60–62.

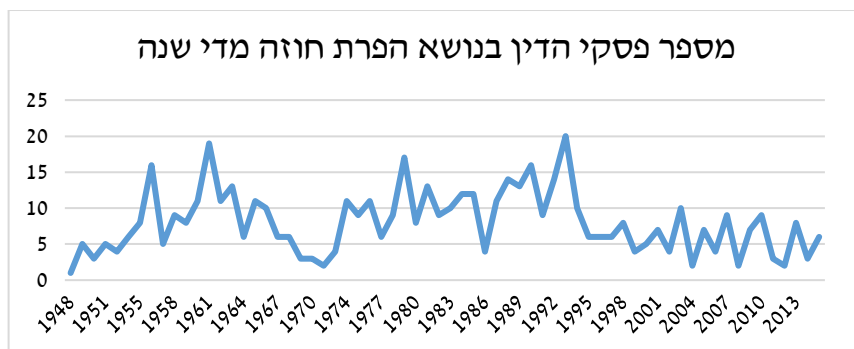
ואכן, בעוד שמשקלם של חוזי יחס בכלכלה עולה עם השנים (בגלל עליית המשקל היחסי של שירותים, לעומת סחורות, בכלכלה המודרנית; משקלם הגובר של תאגידים במשק; התרחבותה של כלכלת-האשראי; הזדקנות האוכלוסייה והיזקקותה לשירותים נמשכים ועוד), מחקרים אמפיריים שנערכו בארצות הברית ובישראל מלמדים ששיעור הסכסוכים החוזיים מכלל הסכסוכים המגיעים להכרעה שיפוטית, בוודאי בערכאות גבוהות, נוטה לרדת עם השנים.⁸⁰ שיעורם של חוזי היחס המסחריים מכלל הסכסוכים הללו קטן למדי (בעוד ששיעורם של חוזים חד-פעמיים, בין אנשים שאין ביניהם מערכת יחסים נמשכת, כמו מכר מקרקעין ותיווך, גדול יחסית).⁸¹ זאת ועוד, ככל שהיכולת לצפות את ההכרעה השיפוטית קטנה יותר, כך עשויה לגבור הרתיעה מפנייה לערכאות – ולפי דעה רווחת בקרב עורכי דין ולקוחותיהם המסחריים (שלא זה המקום לבדוק את נכונותה), ככל שבתי המשפט מפרשים ומשלימים חוזים בהסתמך על סטנדרטים עמומים וכלליים, כך נגרעת האפשרות לחזות כיצד הם יפסקו.⁸² זאת ועוד, נראה שהרתיעה של אנשי עסקים מלהיזקק לבתי-המשפט חזקה במיוחד בישראל, משום שפרק הזמן הטיפוסי של הכרעה שיפוטית בסכסוכים אזרחיים הוא ארוך מאוד.⁸³

במלים אחרות, הקטגוריה של חוזים שבהם צדדים לחוזי יחס מסחריים מותירים לבית המשפט מראש את התפקיד של ניהול והשלמה של החוזה על בסיס סטנדרטים כלליים של הגינות וסבירות היא כמעט קבוצה ריקה. זו בוודאי איננה הטענה התיאורית של אנשי האסכולה של חוזי יחס.

4. כיצד יש לפרש חוזי יחס?

הגם שיש תמימות דעים רחבה למדי לגבי הממצאים האמפיריים שביסוד האסכולה של חוזי יחס, ישנה מחלוקת עזה בשאלה מהן המסקנות הנורמטיביות הנובעות מהממצאים האמפיריים. מצד אחד, יש המסיקים מהניתוח האמור שעל דיני החוזים לפתח כלים עדינים וגמישים ככל האפשר, ולהתחשב במורכבות ובדינמיות של יחסי הצדדים.⁸⁴ לפי עמדה זו, כאשר מפרשים חוזים, יש לקחת בחשבון את מכלול היחסים

⁸⁰ ראו Marc Galanter, *Contract in Courts; Or Almost Everything You May or May Not Want to Know About Contract Litigation*, 2001 WIS. L. REV. 577. בחינה אמפירית של פסיקת בית המשפט העליון בישראל בנושא תרופות בשל הפרת חוזה בשנים 1948–2016, שנערכה לצורך מחקר על תרופת האכיפה (לאון אנידג'ר, איל זמיר ואורי כץ "המהפכה במעמדה של תרופת האכיפה: דין, תיאוריה וממצאים אמפיריים" **משפטים** מט' 5 (2019)).
הראתה שהמספר המוחלט של פסקי-דין בנושא זה מדי שנה נשאר פחות או יותר קבוע לאורך כל התקופה, וזאת למרות שהיקף הפעילות הכלכלית במדינת ישראל וכמות פסקי הדין של בית המשפט העליון בתקופה זו גדלו במידה רבה (כלומר, השכיחות **היחסית** של פסקי דין אלה פחתה באורח משמעותי). התרשים שלהלן מתאר את המספר המוחלט של פסקי הדין בנושא הפרת חוזה במהלך השנים:



⁸¹ ראו מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" **עיוני משפט** לד' 525, 545–547 (2011); אנידג'ר, זמיר וכץ, שם, בעמ' 37–39.

⁸² על הסיבות שביגן נמנעים אנשי עסקים להביא את סכסוכיהם להכרעה שיפוטית, ראו מאוטנר, התערבות שיפוטית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 78–86. לטיעונים תיאורטיים ומחקרים אמפיריים הסותרים את הסברה שהכרעה שיפוטית הנסמכת על סטנדרטים עמומים פחות ודאית וצפויה מהכרעה הנסמכת על מערכת כללים מסועפת, ראו זמיר, עוד על פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 42–49; 49–50 (2004) 429, 446–50 WIS. L. REV. Roy Kreitner, *Fear of Contract*.

⁸³ אנידג'ר, זמיר וכץ, לעיל ה"ש 80, בעמ' 64–65.

⁸⁴ ראו, למשל, Macneil, לעיל ה"ש 63, בעמ' 805–816; רונן, לעיל ה"ש 63, בעמ' 37–42.

שבין הצדדים, את העסקאות שנערכו ביניהם בעבר, את הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, את מכלול המסרים שהוחלפו ביניהם לפני כריתת החוזה ולאחריה, את האופן שבו הם נהגו למעשה במהלך חי החוזה, ואת מכלול השיקולים הכלכליים והאחרים העומדים ברקע של העסקה.⁸⁵ לפי העמדה הנגדית, דווקא משום קיומן של מערכות התמיכה האפקטיביות האחרות בקשר החוזי (שיקולי כדאיות כלכלית, תפיסות מוסריות רווחות ונורמות חברתיות מקובלות), והתפקיד המוגבל של המשפט בהסדרת יחסים כלכליים, מוטב שהמשפט ישמור על רמת הפשטה וודאות גבוהות יחסית, ויותר על ניסיון להתחשב במרכיבים הלב-משפטיים של היחסים.⁸⁶ עמדה זו מצביעה גם על מגבלותיו של בית המשפט באיתור הנורמות המסחריות הרווחות. כפי שכתב בהקשר זה John Kidwell, אם הכלי היחיד העומד לרשותך הוא פטיש, מוטב שתעסוק בסיתות אבנים ולא בתיקון שעונים.⁸⁷

המצדדים בעמדה האחרונה טוענים שלצדדים לחוזים מסחריים יש שתי מערכות ציפיות המתקיימות במקביל: כל עוד היחסים מתנהלים על מי מנוחות, הם נכונים לנהוג בהתחשבות, בשיתוף פעולה ובגמישות כלפי הצד השני, ומצפים ממנו ליחס דומה. אולם כאשר היחסים עולים על שרטון, הצדדים מעוניינים שהמחלוקות ביניהם תוכרענה באורח דווקני ופורמליסטי, לפי החוזה הכתוב ובהתעלם מהגמישות שגילו זה כלפי זה במהלך חי החוזה.⁸⁸ אחדים מהדוגלים בעמדה זו מרחיקים לכת וטוענים שספק אם קיימים בכלל נהגים כלליים שעליהם יכולים בתי המשפט להסתמך,⁸⁹ וכי מוטב שהמחוקק יימנע אפילו מקביעה של הוראות השלמה דיספוזיטביות. בהתחשב במגבלותיו של המשפט, מוטב שהצדדים לחוזים מסחריים יסכמו ביניהם את כל העניינים הכרוכים בקיום החוזה בעצמם, ואם לא עשו כן – על בית המשפט לסרב לתת תוקף מחייב לחוזה.⁹⁰

הגישה הפרשנית של השופט שטיין מתיישבת עם העמדה האחרונה, הנאו-פורמליסטית.⁹¹ מכל מקום, לפי העמדה הנאו-פורמליסטית המקובלת, פרשנות מילולית ודווקנית הולמת לא רק חוזים שלמים או סגורים, אלא גם חוזי יחס. כך או אחרת, אין מקום להנחה, שאם מדובר בחוזי יחס, נדרשת לגביו, מניה וביה, גישה פרשנית רחבה המבוססת על ערכים של הגינות, סבירות ותום-לב.

5. חוזים מסחריים וחוזים אחידים

בצד ההבחנה בין חוזי יחס לחוזים סגורים, מבחין השופט שטיין בין חוזים מסחריים – בין אם חוזי יחס ובין אם סגורים – לבין חוזים "מיוחדים אשר נשלטים על ידי מערכות דינים מיוחדות, רגולטוריות בבסיסן, דוגמת חוזים אחידים, הסכמים צרכניים, חוזים שבין מעביד לעובדיו וכיוצא באלה."⁹² לשיטתו, כאשר מדובר בחוזים מיוחדים כאלה, על בית המשפט להשתמש בכלים שהופקדו בידיו כדי להבטיח הגינות, להגן

⁸⁵ במסקנות מעין אלה דוגלת גם הגישה הפמיניסטית לדיני חוזים. ראו הלה קרן **דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית** 213–266 (2004); הלה קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת: על ערכה של שפיטה שאינה יודעת גבולות (חוזיים) מהם" **ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 411, 451–460 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009).

⁸⁶ John Kidwell, *A Caveat*, 1985 WIS. L. REV. 615; Robert E. Scott, *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts*, CAL. L. REV. 2005, 2042–46 (1987).

⁸⁷ Kidwell, שם, בעמ' 622.

⁸⁸ ראו, למשל, Lisa Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 144 U. PA. L. REV. 1765 (1996); Omri Ben-Shahar, *The Tentative Case Against Flexibility in Commercial Law*, 66 U. CHI. L. REV. 781 (1991).

⁸⁹ Lisa Bernstein, *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, 66 U. CHI. L. REV. 710 (1999).

⁹⁰ Alan Schwartz & Robert E. Scott, *The Common Law of Contract and the Default Rule Project*, 102 VA. L. REV. 1523 (2016); לעיל ה"ש 28.

⁹¹ ראו גם צמח ובן-צבי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 12–17. על נאו-פורמליזם, ראו גם John E. Murray, Jr., *Contract Theories and the Rise of Neo-Formalism*, 71 FORDHAM L. REV. 869 (2002); Symposium, *Formalism in Commercial Law*, 66 U. CHI. L. REV. 710–857 (1999); ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 86–90.

⁹² פסק דין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 6, פסי' 17 לפסק דינו של השופט שטיין.

על הצד החלש ולהבטיח אינטרסים ציבוריים אחרים, גם אם מדובר בחוזים סגורים. בכך צועד השופט שטיין בנתיב שהתוותה פסיקה קודמת, שלפיה בפירוש חוזים יש לקחת בחשבון את פערי המומחיות וכוח-המיקוח בין הצדדים,⁹³ ואת העובדה שהצדדים השתמשו בחוזה אחיד שנוסח בידי אחד מהם ולא בחוזה שנוסח על ידם במיוחד לצורך ההתקשרות הספציפית.⁹⁴

אולם קו הגבול בין חוזים מסחריים לחוזים צרכניים אינו חופף את קו הגבול בין חוזים המנוסחים עבור התקשרות ספציפית לבין חוזים אחידים. חוזים אחידים הם לאו דווקא צרכניים. למעשה, בימינו הרוב המכריע של החוזים המסחריים והצרכניים כאחד הם חוזים אחידים. כאשר חברת בנייה מבטחת את אתר הבנייה, מפעיל של מלון מקבל זיכיון מרשת מלונות, בעל חנות רוכש תוכנה לניהול מלאי, יזם מקבל הלוואה מבנק, מנהל חותם על ערבות לחובותיה של החברה שבראשה הוא עומד, ומרכול מתקשר עם ספק של שירותי תקשורת – כמעט תמיד ההתקשרות נעשית באמצעות חוזה שחברת הביטוח, רשת המלונות, מפתחת התוכנה, הבנק, המלווה וחברת התקשורת ניסחו מראש כדי שישמשו להתקשרויות רבות עם לקוחות בלתי מסוימים במספרם או בזהותם. לפעמים שני הצדדים משתמשים בחוזים אחידים, ואז עלולה להתעורר הבעיה הידועה כ"קרב הטפסים", כאשר כל צד מניח שהחוזה האחד שלו חולש על ההתקשרות.⁹⁵

לכאורה, ניתן להניח שחוזים אחידים בתחום המסחרי יהיו פחות חד-צדדיים ומקפחים מאשר חוזים אחידים צרכניים, משום שבתחום המסחרי הלקוח עשוי להיות מתוחכם יותר, התמריץ שלו לקרוא את החוזה לפני החתימה חזק יותר משום שהעסקה עשויה להיות גדולה יותר, וכוח המיקוח שלו גדול יותר.⁹⁶ אולם במקרים רבים (קרוב לוודאי, ברובם), הנחה זו אינה מבוססת. לדוגמה, בשנת 1990 הגישה התאחדות הקבלנים והבונים בישראל בקשה לבית-הדין לחוזים אחידים לפסילת החוזה האחד ששימש את משרדי הממשלה להתקשרויות קבלניות (הידוע כחוזה מדף 3210) כמקפח. במשא ומתן ממושך שנערך בין הצדדים בצילה של בקשת הביטול הוכנסו לחוזה שינויים מפליגים, שהפכו את הוראותיו החד-צדדיות והמקפחות למאוזנות והוגנות הרבה יותר (אם כי, ככל הידוע לי, בשנים שחלפו מאז, שבה המדינה וערכה שינויים חד-צדדיים בחוזה באופן שהפך את החוזה לפחות הוגן ומאוזן מכפי שהיה). תמונה דומה מצטיירת מהפסיקה ומהספרות על חוזים אחרים, כמו חוזי זיכיון,⁹⁷ חוזי הפצה⁹⁸ וחוזי ערבות.⁹⁹

מעבר לדוגמאות האנקדוטליות הללו, Florencia Marotta-Wurgler ערכה מחקר אמפירי גדול לגבי חוזים אחידים לרכישת תוכנות באמצעות האינטרנט (End-User Licensing Agreements, EULAs).¹⁰⁰ במסגרת המחקר, היא בדקה 647 חוזים אחידים כאלה ויצרה מדד חד-צדדיות לכל אחד מהם. היא בחנה עד כמה יש קשר בין החד-צדדיות של החוזים לבין שורה של משתנים בלתי-תלויים (כגון רמת התחרותיות בכל אחד מתת-השווקים של תוכנות, מחיר התוכנה והקלות שבה הלקוח יכול היה לעיין בחוזה האחד לפני ביצוע הרכישה, אם בכלל). בין היתר, כמחצית מהתוכנות שבמדגם היו מיועדות לשימוש מסחרי וכמחציתן לשימוש אישי או ביתי. המחקר העלה שהחוזים האחידים שנלוו לתוכנות מסחריות היו חד-צדדיים לטובת משווקי התוכנות לא פחות – ומבחינות מסוימות אפילו יותר – מהחוזים האחידים שנלוו לתוכנות שנועדו לשימוש אישי.¹⁰¹

⁹³ ראו, למשל, פסק דין **דלק**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 573–574.

⁹⁴ שם, בעמ' 582–583.

⁹⁵ ראו, למשל, Macaulay, לעיל ה"ש 63, בעמ' 59; Daniel Keating, Exploring the Battle of the Forms in Action, 98 MICH. L. REV. 2678 (2000); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים**, כרך א 228–234 (מהדורה שנייה, 2018).

⁹⁶ ראו, למשל, ע"א 4602/97 **רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד נג(2) 577, 593–594 (1999).

⁹⁷ ראו, למשל, ת"א (מרכז) 23759-07-13 **ברנע נ' פט ביי ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 7.8.2018); איריס סורוקר "רגולציה של סיום הזיכיון" **ספר יורם דנציגר** 673, 684, 686 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים, 2019).

⁹⁸ ראו, למשל, ע"א (ת"א) 38082-04-10 **סעדה נ' שטראוס שווק בע"מ** (פורסם בנבו, 18.2.2013).

⁹⁹ ראו, למשל, פסק דין **דלק**, לעיל ה"ש 33.

¹⁰⁰ Florencia Marotta-Wurgler, What's in a Standard Form Contract? An Empirical Analysis of Software License Agreements, 4 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 677 (2007).

¹⁰¹ שם, בעמ' 710–712.

חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, חל על חוזים צרכניים בלבד.¹⁰² אולם חלק ניכר מהחוקים שמקובל לראותם כנכללים בחקיקה הצרכנית בישראל חלים גם על חוזים מסחריים. עם אלה נמנים ארבעה מתוך ששת החוקים שמזכיר השופט שטיין בהקשר זה: חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981,¹⁰³ חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981,¹⁰⁴ וחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973.¹⁰⁵ בפרט, נקודת המוצא של הדין הישראלי היא שחוזים אחידים ראויים לטיפול מיוחד, בין אם הם מסחריים ובין אם צרכניים. כך הדבר מבחינת תחולתו של חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, השולל את תוקפן של תניות מקפחות בחוזה אחיד, בין אם מדובר בחוזה אחיד צרכני ובין אם בחוזה אחיד מסחרי.¹⁰⁶ כך הדבר גם מבחינת כלל הפרשנות המרכזי החל על חוזים אחידים: כלל הפירוש נגד המנסח – או, כפי שהוא מנוסח כיום בסעיף 25(ב1) לחוק החוזים הכללי, כלל הפירוש נגד הצד שהייתה לו עדיפות בעיצוב תנאיו של החוזה – החל גם על חוזים מסחריים.¹⁰⁷ גישה זו עולה בקנה אחד עם הממצאים האמפיריים שתוארו לעיל ועם התכליות של דיני התוקף והפירוש החלים על חוזים אחידים. כמובן, בהפעילם את מבחן הקיפוח שבחוק החוזים האחידים ואת כלל הפירוש נגד המנסח הקבוע כיום בחוק החוזים הכללי, על בתי המשפט להתחשב במכלול המאפיינים של החוזה,¹⁰⁸ לרבות השאלה אם הלקוח הוא אדם פרטי או גוף מסחרי. אולם נקודת המוצא היא שכללים אלה חלים גם בתחום המסחרי.

לענייננו, אם נכונה ההערכה הרווחת, שלפיה הרוב הגדול של החוזים המסחריים הם חוזים אחידים, הרי שהשאלה באיזה צד של המתנס הם נופלים לפי השיטה הפרשנית של השופט שטיין לאו מילתא זוטרתא היא. לפי החלק העיוני של פסק הדין הם משתייכים לאותה קבוצה ביחד עם החוזים הצרכניים, חוזי העבודה, חוזי הביטוח והחוזים הבנקאיים. אולם כפי שנראה להלן, מהחלק האופרטיבי של פסק הדין עולה מסקנה הפוכה.

6. חוזים של גופים ציבוריים ומעין-ציבוריים

בפסק דינו, מתייחס השופט גרוסקופף למאמר משותף שלו עם יפעת נפתלי בן ציון, על פירוש חוזים, שטרם התפרסם.¹⁰⁹ במאמר זה, אין המחברים מסתפקים בליבון האופן שבו יש לפרש חוזים מסחריים, צרכניים ופרטיים, אלא דנים בהבחנה נוספת: בין חוזים רגילים לחוזים שאחד הצדדים להם הוא רשות שלטונית, חוזי רשות. כפי שכותבים המחברים – וכפי שנאמר קודם לכן בשורה של פסקי דין וחיבורים אקדמיים – לאופי הציבורי (או המעין-ציבורי) של אחד הצדדים יש חשיבות כפולה: מהצד האחד, על רשויות השלטון ועל גופים מעין-ציבוריים חלות דרישות הגינות וסבירות מחמירות יותר מאלה החלות על גופים מסחריים גרידא.¹¹⁰ מהצד האחר, מאחר שחוזי רשות וחוזים של גופים מעין ציבוריים אחרים מיועדים במקרים רבים

¹⁰² ראו הגדרות "עוסק" ו"צרכן" בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

¹⁰³ לתחולתו של החוק על חוזים מסחריים, ראו שחר ולר **חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981**, כרך א 160–162 (בסדרה **פירוש לחוקי החוזים** מיסודו של גד טדסקי, איל זמיר, א"מ ראבילוב וגבריאלה שלו עורכים, 2005).

¹⁰⁴ "לקוח" מוגדר בסעיף 1 לחוק כ"אדם המקבל שירות מתאגיד בנקאי, ו"אדם" מוגדר בסעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ככולל גם חבר-בני-אדם, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד. בהתאם לכך, למשל, כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (עמלות), התשס"ח-2008 (ק"ת 310), כוללים הוראות בדבר עמלות שרשאים הבנקים לגבות מבתי עסק פעילים. ראו גם סיני דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" **עיוני משפט** כג 135, 150, ה"ש 62 (2000).

¹⁰⁵ לתחולתו של החוק על חוזים מסחריים, ראו איל זמיר, **חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973** 135–137 (בסדרה **פירוש לחוקי החוזים** מיסודו של גד טדסקי, איל זמיר, א"מ ראבילוב וגבריאלה שלו עורכים, 2002).

¹⁰⁶ ראו הגדרות "ספק", "לקוח" ו"חוזה אחיד" בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982; אריאל פורת "חוזים אחידים" **חוזים** כרך ג 745, 729 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

¹⁰⁷ ראו, למשל, ע"א 631/83 "המגן" **חברה לבטוח בע"מ נ' "מדינת הילדים" בע"מ**, פ"ד (4) 561 (1985) (תחולת כלל הפירוש נגד המנסח על ביטוח מסחרי).

¹⁰⁸ ראו סעיף 19(ב) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982.

¹⁰⁹ עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כאשר חשוב לנו לאן נגיע?" **ספר שלו – עיונים בתורת החוזה** 523 (2020).

¹¹⁰ שם, בעמ' 560–561. ראו גם גבריאלה שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** 13–14, 21 (1999); דפנה ברק-ארו **האחריות החוזית של רשויות המנהל** 56–62 (1990).

לקדם מטרות ציבוריות, על בית המשפט להתחשב גם במטרות אלה, למשל על ידי התרה של השתחררות חד-צדדית מהחוזה, אם האינטרס הציבורי דורש זאת.¹¹¹

כפי שכתבה גבריאלה שלו, "חוזה רשות הוא יצור משפטי בן-כלאיים: מתכונתו, צורתו ומהותו – חוזית, אולם תוכנו ואופיו מושפעים מהעובדה שרשות ציבורית היא צד לו."¹¹² בשורה של פסקי דין, קבע בית המשפט העליון שחוזים כאלה כפופים ל"דואליות נורמטיבית" – לדיני החוזים הכלליים ול"דין האישי" של הרשויות ציבוריות.¹¹³ דין אישי זה חל על הרשות גם כאשר החוזים שבהם מדובר אינם כרוכים בהפעלה של סמכות שלטונית, לרבות חוזים לרכישת ציוד ושירותים שכמותם עורכים גופים פרטיים ומסחריים למהדרין. כפי שכתב, למשל, השופט שמגר, בפסק דין **קידר נ' מדינת ישראל**, "הניסיון לאבחן בין פעולתו של השלטון בתור שכזה לבין פעולתו כבעל רכוש וכמנהל עסקים כפשוטם, דומה שהולכת ונמוגה; התוית קווי הפרדה כמתואר אינה בת ביצוע ועיקרו של דבר, היא גם נעדרת סבירות כשלעצמה."¹¹⁴ הלכה זו, שחלה במקורה על התקשרויות חוזיות של רשויות השלטון, הורחבה להתקשרויות של חברות ממשלתיות ותאגידים סטטוטוריים שפעילותם נושאת גוון ציבורי, כמו חברת החשמל¹¹⁵ ורכבת ישראל.¹¹⁶ האופי המיוחד של חוזים שעורכות רשויות ציבוריות ומעין ציבוריות, לרבות חברות ממשלתיות שפעילותן היא בעלת מאפיינים ציבוריים, משפיע גם על האופן שבו יש לפרשם. כפי שכתבה שלו:¹¹⁷

ניסיון להחיל את מבחני הפרשנות התכליתית של חוזים על חוזי רשות מראה כי ברוב המקרים שבהם עומד על הפרק חוזה רשות קשה לחשוף את התכלית הסובייקטיבית שלו. את חוזי הרשות עורכים פקידי הרשות הציבורית, אשר מטרותיהם ואינטרסיהם בעריכת חוזי הרשות מזוהים, וצריכים להיות מזוהים, עם האינטרס הציבורי. אשר על כן, בפירוש חוזי רשות מוטל עלינו בדרך כלל לבחון ולשקול את התכלית האובייקטיבית של חוזים אלה, את המטרות האופייניות ואת האינטרסים הציבוריים שחוזי רשות מהסוג הנדון מיועדים להגשים. כאשר מדובר בחוזי רשות יש ליתן משקל מיוחד לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי ולמערכת הערכים שחוזים ככלל, וחוזי רשות בפרט, נועדו להגשים. ... יתר על כן: חזקה על הרשות הציבורית העורכת חוזה שהיא פועלת על פי אמות המידה הראויות לפעולת רשות ציבורית, והן: הגינות וסבירות. הדרשה מהרשות לפעול בהגינות ובסבירות נגזרת מתפקיד הרשות כנאמן הציבור.

יש בסיס לסברה, שבתוך הקטגוריה של חוזי רשות עשויות להידרש הבחנות עדינות יותר בין חוזים שונים לפי אופיים ולפי טיב הגוף הציבורי המתקשר בהם: החובות החלות על רשות כאשר היא מתקשרת בחוזה שעניינו הפעלה של סמכות שלטונית עשויות להיות חמורות יותר מאשר אלה החלות בחוזים בעלי אופי מסחרי,¹¹⁸ וההגבלות החלות על משרד ממשלתי יכולות להיות חמורות יותר מאלה החלות על חברה ממשלתית בעלת גוון ציבורי. אולם נקודת המוצא בדין הישראלי היא ברורה: על חוזים של רשויות, גופים

¹¹¹ על הלכת ההשתחררות, ראו שלו, לעיל ה"ש 110, בעמ' 65–75; ברק-ארז, לעיל ה"ש 110, בעמ' 155–188.

¹¹² שלו, לעיל ה"ש 110, בעמ' 13.

¹¹³ ראו, למשל, בג"צ 492/79 **חברה פלונית נ' משרד הביטחון**, פ"ד לד(3) 706 (1980); בג"צ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(3) 729; בג"צ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421 (1980).

¹¹⁴ בג"צ 295/80 **משה קידר עבודות עפר ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון**, פ"ד לד(4) 468, 474 (1980). ראו גם פסק דין **מרכז הקבלנים**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 746; שלו, לעיל ה"ש 110, בעמ' 14–17.

¹¹⁵ ראו, למשל, בג"צ 731/86 **מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד מא(2) 449, 461–463 (1987); ע"א 700/89 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ**, פ"ד מז(1) 667, 675–676 (1993); שלו, לעיל ה"ש 112, בעמ' 4–5, 17–23.

¹¹⁶ ראו, למשל, ע"מ 687/04 **ינון – תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות – רכבת ישראל**, פס' 12 לפסק דינה של השופטת אילה פרוקציה (פורסם בנבו, 15.6.2006); ת"א (מרכז) 3997-12-07 **טר - ארמה בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ**, פס' 5.5 ב. לפסק דינה של השופטת מיכל נד"ב (פורסם בנבו, 4.1.2009).

¹¹⁷ שלו, לעיל ה"ש 110, בעמ' 31.

¹¹⁸ ברק-ארז, לעיל ה"ש 110, בעמ' 58–62.

סטטוטוריים וחברות ממשלתיות הממלאים תפקידים ציבוריים חל דין מיוחד – לרבות בהקשר של פירוש חוזים.

ביבי כבישים ביססה את טענותיה, בין היתר, על מעמדה של רכבת ישראל כרשות ציבורית,¹¹⁹ ורכבת ישראל עצמה הסתמכה על היותה גוף בעל מאפיינים ציבוריים.¹²⁰ השופט שטיין הזכיר שרכבת ישראל כפופה לחוק חובת מכרזים, בהיותה חברה ממשלתית,¹²¹ וכל שלושת השופטים הדגישו שמדובר בהתקשרות שנערכה באמצעות מכרז ציבורי.¹²² אולם ככל שבית המשפט ייחס משמעות לעובדה זו, היה זה בעיקר בקשר לדרישת השוויון בין המשתתפות במכרז. ההתעלמות מהיבט זה שופכת אור על גישתו הפרשנית של השופט שטיין (ועוד יותר מכך, של השופט גרוסקופף, נוכח הדברים שכתב במאמר המשותף הנזכר בפסק הדין).

7. מן הכלל אל הפרט: חוזה יחס, אחיד, לא-שלם, של חברה ממשלתית

בניגוד לכללים שקובע המחוקק, כאשר בית המשפט מעצב הלכות יש חשיבות לא רק לכללים שהוא קובע, אלא גם לאופן שבו הוא מיישם אותם על המקרה שבפניו, משום שיישום זה עשוי ללמד כיצד בית המשפט עצמו מבין את כלליו. כלומר, ליישום ההלכה בעובדות המקרה יש חשיבות לא רק מבחינת הצדדים להתיינות, אלא גם מבחינתם של שאר נמעני פסק הדין, המבקשים להבין את משמעותו.¹²³ במקרה שבפנינו, האופן שבו יישם השופט שטיין את הסיווגים וההבחנות שהוצגו בחלק העיוני של פסק דינו שופך אור על תפיסתו הפרשנית.

כזכור, השופט שטיין התייחס לחוזה שבפניו כחוזה סגור ושלם; שלל מכול וכול את האפשרות שמדובר בחוזה יחס; דחה במשתמע את האפשרות שמדובר בחוזה אחיד; ולא התייחס כלל לדיני הפרשנות ההולמים חוזים של גופים ציבוריים או מעין-ציבוריים. דומה שבכל אחד מארבעת ההיבטים הללו, הסיווג שהתבקש היה שונה.

כאמור לעיל, בהציגו את ההבחנה בין חוזי יחס לחוזים סגורים, הסתמך השופט שטיין על מאמרם של Goetz ו-Scott בנושא העקרונות של חוזי יחס. מחברי המאמר כותבים כי, "[a] contract is relational to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well-defined obligations"¹²⁴ בחוזי יחס כאלה, במקום הגדרה מדוקדקת של חיובי הצדדים מראש, הצדדים מסמיכים את אחד הצדדים לפקח על הביצוע בידי רעהו,¹²⁵ מעניקים כוח חד-צדדי לסיים את ההתקשרות,¹²⁶ מטילים חובה לנקוט "best efforts" בקיום המטלות החוזיות,¹²⁷ וכדומה. לפי מאפיינים אלה ולפי אמות המידה שתוארו בתת-פרק 2. לעיל, החוזה בין רכבת ישראל לביבי כבישים, שצורף לכתב התביעה, היה חוזה יחס מובהק, ולא-שלם בעליל. כדי להתגבר על אי-היכולת לחזות את היקף העבודות שתידרשנה, חישוב השכר נעשה לפי המחיר ליחידת ביצוע ("כתב כמויות") ולא בסכום קבוע מראש. הרכבת שמרה על זכותה "שלא לבצע כלל סעיף כל שהוא מסעיפי כתב הכמויות, להגדיל או להקטין כמות של סעיף כל שהוא בשיעור כל שהוא בהתאם לתנאי החוזה" (סעיף 48). מועד ההתחלה של העבודות נועד להיקבע בידי סמנכ"ל התשתיות של רכבת ישראל ("המהנדס") (סעיף 43), שבידו הופקדו גם סמכויות נרחבות לקבוע ולשנות את

¹¹⁹ ראו, למשל, ס' 10 ו-86 לכתב הערעור; ס' 2-3, ו-63 לסיכומים מטעם החברה (מיום 18.2.2019).

¹²⁰ ראו פסק דין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 6, פס' 6 לפסק דינו של השופט שטיין.

¹²¹ שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט שטיין.

¹²² שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט שטיין (המסתמך בהקשר זה, בין היתר, על ספרה של גבריאלה שלו, **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** (1999)), פסק דינו של השופט פוגלמן ופס' 7 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

¹²³ ראו אנידג'ר, זמיר וכץ, לעיל ה"ש 80, בעמ' 36.

¹²⁴ Goetz & Scott, לעיל ה"ש 63, בעמ' 1091. ראו גם שם, בעמ' 1090.

¹²⁵ שם, בעמ' 1093, 1130-1131.

¹²⁶ שם, בעמ' 1091-1093, 1129-1149.

¹²⁷ שם, בעמ' 1091, 1093, 1112-1126.

לוח הזמנים של הפרויקט ואת היקפו (סעיפים 45–48, 50, 55–58). החוזה חייב את הקבלן לבצע את חיוביו "לשביעות רצונו המוחלטת של המהנדס", ולמלא לשם כך "אחרי כל הוראותיו של המהנדס, בין שהן מפורטות בחוזה ובין שאינן מפורטות בחוזה" (סעיף 7). בין היתר, המהנדס הוסמך לפסול "חומרים וציוד כלשהם" "בכל זמן שהוא" (סעיף 39(6)), להורות על הריסתו ובנייתו מחדש של כל חלק מהמבנה, אם נבנה בחומרים לא מתאימים או במלאכה בלתי מתאימה או בניגוד לתנאי החוזה (סעיף 42(1)(ג)). הקבלן חויב לאפשר ולסייע למהנדס להיכנס לכל מקום שבו מתבצעות עבודות (סעיף 22), ואף להימנע מכיסוי או הסתרה של חלקים של המבנה שנועדו להיות מכוסים או מוסתרים ללא הסכמתו של בא כוח המהנדס, כדי לאפשר את בדיקתם (סעיף 41). עוד חויב הקבלן להרחיק ממקום העבודה כל אדם המועסק על ידו, אם לדעת המהנדס או המפקח אותו אדם התנהג "שלא כשורה", או שאינו מוכשר למלא תפקידיו" (סעיף 14(1)), ואף להחליף את מנהלי העבודה, אם "לדעת המהנדס אין הם מתאימים לתפקיד" (סעיף 35(2)). כמו כן, הקבלן התחייב לאפשר לכל קבלן אחר שיועסק בידי הרכבת לבצע פעולות באתר העבודה ולשתף עמו פעולה (סעיף 32). קיצורו של דבר, יותר משהחוזה ניסה להגדיר מראש את חיובי הצדדים וזכויותיהם – כפי שהדבר בחוזה עסקתי (transactional) שלם (completely contingent) – הוא שם את הדגש על מנגנונים לקביעה, לשינוי ולהתאמה עתידיים של החיובים והזכויות הללו – כמקובל בחוזי יחס (relational contracts) שאינם שלמים (incomplete). הלכה למעשה, כפי שעולה מפסק הדין, הצדדים אכן היו בקשר נמשך ורצוף לגבי התאמות ושינויים רבים שנערכו במהלך קיום החוזה (והרכבת אף הסכימה, עוד לפני ההתדיינות המשפטית, לשלם שכר שעלה על השכר שנקבע מראש ביותר מחמישים אחוז).

אשר לאופיו של החוזה כחוזה אחיד, למרות שבית המשפט המחוזי דחה טענה זו ולמרות שהיא לא נדונה בבית המשפט העליון, ברור למדי שאכן היה מדובר בחוזה אחיד. לפי האמור בפסק הדין המחוזי, רכבת ישראל לא כיחדה ש"עיקרו של החוזה משמש כפלטפורמה להסכמים דומים (אך לא זהים) בהם מתקשרת הנתבעת, שכל אחד מהם מותאם ספציפית להתקשרות מסוימת." ¹²⁸ לפי סעיף 2 לחוק החוזים האחידים, חוזה אחיד הוא חוזה שתנאיו, **כולם או מקצתם**, נקבעו מראש בידי אחד הצדדים כדי שישמשו בהתקשרויות רבות בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם. כלומר, העובדה שחלק מהתניות בחוזה מותאמות להתקשרויות ספציפיות אינה מוציאה את החוזה בכללותו מגדר חוזה אחיד. יתר על כן, גם אם תנאים כלשהם בחוזה נוסחו בידי הספק לצורך ההתקשרות הספציפית, אין הדבר מוציא אותם מתחולת החוק, שכן הגדרת "תנאי" בסעיף 2 מוציאה מתחולת החוק רק "תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסויים". כלומר, נדרשת מעורבות של שני הצדדים בעיצוב התניה כדי להוציאה מתחולתו של מבחן הקיפוח. ¹²⁹ מעורבות כזו בוודאי לא התקיימה בפרשת **ביבי כבישים** לגבי התניות הכלליות שבחוזה, ולו משום שההתקשרות נעשתה באמצעות מכרז, כך שאותו חוזה הוצע לכל המשתתפות בבחינת כזה ראה וקדש. ¹³⁰ על כן תניות החוזה הסטנדרטי כפופות למבחן הקיפוח, ובוודאי לכלל הפירוש נגד המנסח. בניגוד

¹²⁸ פסק הדין המחוזי, לעיל ה"ש 40, עמ' 10 לפסק הדין.

¹²⁹ פורת, לעיל ה"ש 106, בעמ' 746, 749–752; ורדה לוטטהוויז וטנה שפיץ **חוזים אחידים** 31–33 (1994).

¹³⁰ במאמר מוסגר, עיקרון השוויון במכרזים מונע מהצדדים לשנות את תנאי החוזה בהסכמה אחרי שנבחר הזוכה במכרז. אולם עיקרון זה אינו הופך תניות חוזיות שאין להן תוקף – משום שהן מנוגדות לדין קוגנטי מיוחד, סותרות את תקנת הציבור, או מהוות תנאי מקפח בחוזה אחיד – לבעלות תוקף. אילו זה היה הדין, הרי שאפשר היה לעקוף את הדינים הקוגנטיים, לרבות חוק החוזים האחידים, באמצעות עריכה של מכרזים. עיקרון השוויון אין עניינו לכאן, משום שתניות מקפחות במסמכי המכרז הן בטלות באותה מידה כלפי כל המשתתפים במכרז. אין זה סביר לצפות מהמשתתפים במכרז לתקוף תניות מקפחות בחוזה האחיד לפני שזכו במכרז או לפני שחתמו על החוזה; והטענה שבעצם החתימה על החוזה יש משום ויתור על טענות בדבר בטלותן של תניות, לרבות לפי חוק החוזים האחידים, סותרת את מהותו של הדין הקוגנטי. בפועל, בתי-המשפט בוחנים, ולעיתים אף מקבלים, טענות של קיפוח בחוזים אחידים שההתקשרות בהם נעשתה באמצעות מכרז. ראו, למשל, עת"מ (ת"א) 2016/05 **א' ארנסון בע"מ נ' נתניבי הגז הטבעי לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 8.8.2005), פסי' 1. לפסק דינו של השופט שרה סירוטה (שם) נפסק כי חברה ציבורית "איינה יכולה לקבוע תנאים במכרז שיש בהם משום התנייה על החוק. למי שתוהה מדוע לא פנו המבקשות ותקפו תנאי זה במכרז מלכתחילה, המענה הוא פשוט – כל מי שחפץ להשתתף במכרז לא שש להתווכח עם הרשות עוד בטרם החלה בדיקת ההצעות, וזאת כדי לא לעורר את חמתו של המציע מראש".

לדבריו של השופט כהן,¹³¹ העובדה שבצד התנאים הכלליים כלל החוזה גם נספחים, לרבות הצעת המחיר של ביבי כבישים, מפרטים מיוחדים וכתבי כמויות, אינה מוציאה אותו מגדר חוזה אחיד, אלא, כאמור, רק שוללת את תחולתו של מבחן הקיפוח על התניות ששני הצדדים הסכימו עליהן במיוחד.

על כך שהתנאים הכלליים של החוזה, ולמעשה גם ההוראות הכלליות שנכללו בנספחיו (כגון בנושא התמשכות תקופת הביצוע, הפסקת עבודה והיחס בין הוראות הנספח להוראות שבגוף החוזה) היו חלק מחוזה אחיד, ניתן ללמוד גם מפרשת **טר - ארמה נ' רכבת ישראל**. באותו פסק דין ציטטה השופטת מיכל נד"ב באריכות כמה וכמה הוראות מהחוזה של רכבת ישראל ומהנספח לו.¹³² השוואת התניות שצוטטו שם לנוסח החוזה שנערך בין ביבי כבישים לרכבת ישראל מלמדת שמדובר בנוסח זהה (לרבות אותן טעויות פיסוק ולשון). באותו עניין נפסק שאכן מדובר בחוזה אחיד.¹³³

מאחר שפסק הדין, ובעקבותיו רשימה זו, עוסקים בפירוש חוזים ולא בביטול או שינוי של תנאים מקפחים בחוזה אחיד, לא זה המקום לבחון בפירוט עד כמה היה החוזה האחד שבו השתמשה הרכבת חד-צדדי ומקפח. אולם כידוע, הגבול בין דיני תוקף החוזה לדיני הפירוש וההשלמה הוא לפעמים דק מאוד, ולא פעם מדובר בדרכים שונות להשגת יעדים דומים של הוגנות, יעילות וצדק מחלק.¹³⁴ לפיכך לא מיותר לבחון בקצרה את הוראות החוזה שנערך בין רכבת ישראל לחברת ביבי כבישים. עיון בחוזה מלמד שמדובר בחוזה חד-צדדי, שרבות מההוראות מקפחות לכאורה. כמצוטט לעיל, הקבלן התחייב לבצע את המלאכה "לשביעות רצונו המוחלטת" של סמנכ"ל התשתיות של רכבת ישראל – שלו הוענקו סמכויות בלתי-מוגבלות-לכאורה לקבוע את מועד ההתחלה של העבודות, לשנות את היקפן, להשהות ולהאיץ את לוחות הזמנים וכדומה (סעיפים 48, 46, 43, 50 ו-56 לחוזה; סעיף 9 לנספח א' של החוזה). בכלל זה, סמנכ"ל הרכבת הוסמך "להורות בכל עת שימצא לנכון על כל שינוי במבנה, לרבות: צורתו, אופיו, סגנונו, איכותו, סוגו, גודלו, כמותו, גובהו, מתאריו וממדיו" (סעיף 56). לפי סעיף 10 לחוזה, הקבלן מצהיר שכל התעריפים והמחירים המוסכמים הם תמורה הוגנת להתחייבויותיו, על יסוד הבדיקות המוקדמות שרואים אותו כאילו ביצע, אך לרכבת שמורה הזכות לערוך בדיקה שמא השכר או חלק ממנו מעניק לקבלן "רווח מופרז"; ואם קבע זאת המנהל "לפי שיקול דעתו", יופחת השכר כך שיותיר לקבלן רווח "הוגן ומתקבל על הדעת" בלבד (סעיף 65). לפי סעיף 2, הרישומים ביומן העבודה היומי שמנהל בא כוחו של המהנדס נחשבים כמאושרים בידי הקבלן אם לא הסתייג מהם תוך שלושה ימים מקבלתם, אך אין הם מהווים עילה לדרישת תשלום מצד הקבלן. החוזה הגביל את יכולתו של הקבלן להעביר או לשעבד את זכויותיו (סעיף 3), מבלי להטיל הגבלות דומות על המזמינה; העניק לרכבת זכות קיזוז גורפת (סעיף 8א), שלא הוענקה לקבלן; קבע פיצויים מוסכמים על איחורים של הקבלן (סעיף 49), אך לא של הרכבת; והורה שהימנעות של הרכבת – אך לא של הקבלן – משימוש בזכות חוזית לא תיחשב כוויתור עליה (סעיף 48). הסמכות ליישב סתירות בחוזה ולפרש את הוראותיו במקרה של ספק נמסרה לסמנכ"ל התשתיות של הרכבת, ובכך נקבע למעשה כלל שלפיו במקרה של ספק יפורש החוזה **לטובת המנסח** (סעיף 5). החוזה העניק לרכבת סעד עצמי של ביצוע העבודות המוטלות על הקבלן בידי הרכבת (או מי מטעמה), על חשבון הקבלן, וזאת אם הקבלן לא ביצע אותן תוך פרק הזמן שקצבה הרכבת, תוך מתן פטור גורף לרכבת מכל אחריות לנזקים שייגרמו עקב כך לרכוש או לעובדים של

¹³¹ פסק הדין המחוזי, לעיל ה"ש 40, עמ' 16 לפסק הדין.

¹³² פסק דין **טר - ארמה**, לעיל ה"ש 116, פס' 5 לפסק הדין.

¹³³ שם, פס' 5 א לפסק הדין. על כך שהחוזה הנדון היה חוזה אחיד המשמש להתקשרויות מגוונות ניתן ללמוד גם מן העובדה שהוא הכיל תניות שלא היו רלוונטיות כלל להתקשרות הנוכחית. כך, למשל, נספח הבטיחות שצורף לחוזה (נספח ו) כלל הוראות בדבר בטיחות בעבודות ריסוס וגננות ובהפעלת שירותי מזון ברכבת.

¹³⁴ ראו, למשל, בנימין פורת "תום הלב בפרשנות החוזה – עיון תלמודי בהשוואה למשפט הישראלי" **משפטים** 419 (2010); זמיר, **פירוש והשלמה**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 21–56.

הקבלן (סעיף 7). כלומר, לא זו בלבד שהיה מדובר בחוזה אחיד, אלא שלכאורה רבות מהוראותיו היו חד-צדדיות ומקפחות.

לבסוף, מאחר שרכבת ישראל היא חברה ממשלתית המופקדת על תחום בעל מאפיינים ציבוריים מובהקים, הרי שכפי שנפסק במקרים קודמים, החוזים שלה כפופים לדואליות הנורמטיבית החלה על חוזי רשות. בין היתר, היא כפופה לחובות הגינות ותום לב מוגברות.¹³⁵

ככל שניתן ללמוד מהאופן שבו יישם השופט שטיין את משנתו על החוזה שבפניו, ניתן אפוא להסיק שלשיטתו פירוש של החוזה מתוכו, בהתעלם מנסיבות חיצוניות ומערכים של הגינות וסבירות, הולם גם חוזי יחס, חוזים לא-שלמים המותירים עניינים רבים וחשובים לקביעה עתידית, חוזים אחידים ומקפחים, וחוזים של גופים ציבוריים או מעין-ציבוריים.¹³⁶ אם כך הדבר, הרי שאין מדובר ביישום או בפיתוח של הלכת **אפרופים**, או בסטייה קלה ממנה,¹³⁷ אלא בעמדה הפוכה ממש, המנוגדת לא רק להלכת אפרופים, אלא במידה רבה גם למוסכמות בדבר פירוש והשלמה של חוזים שרווחו במשפטנו לפני פסק דין **אפרופים**.¹³⁸

כנגד מסקנה זו, ניתן לטעון שאין לייחס משקל רב לאי-ההתאמה בין ההלכה שביקש השופט שטיין לקבוע בנושא פירוש חוזים, לבין העובדות שבפניו (או בין האופן שבו הוא תיאר את פסק הדין המחוזי לבין האופן שבו פסק הדין עשוי להצטייר בעיני אחרים).¹³⁹ לפי טענה זו, השופט שטיין תר אחר הזדמנות לשטוח את תפיסתו בנושא פירוש חוזים, וגם אם המקרה הנדון לא ממש התאים ליישומה של תפיסה זו, אין לייחס לכך משמעות רבה. ברוח דומה, הצבעתי במקום אחר על כך שבאחדים מפסקי הדין שבהם ביקש השופט ברק לחדש הלכות – כמו פרשת **זונשטיין נ' אחים גבסו**, לעניין היחס בין דרישת הכתב לעיקרון תום-הלב,¹⁴⁰ ופרשת **רביב נ' בית יולס**, לעניין תחולתו של עיקרון השוויון במשפט הפרטי,¹⁴¹ הוא עשה כן על רקע עובדות שלא ממש התאימו לחידוש המבוקש.¹⁴² כפי שכתבתי ביחס לשופט ברק, זהו מאפיין של שופטים אקטיביסטיים, שמעבר לרצון להכריע הכרעה נכונה וראויה במקרה שבפניהם (ואולי יותר מרצון זה), מבקשים לחדש הלכות; ובמיוחד של אנשי אקדמיה המתמנים לשיפוט ומתקשים להסתגל לכך שכשופטים הם אינם חופשיים לבחור את נושאי הכתיבה שלהם כרצונם.¹⁴³

אולם דומה שמשקלה של הטענה האחרונה מוגבל. ראשית, כמו במקרה של השופט ברק, מדובר ב**הסבר** אפשרי להתנהלות שיפוטית שניתן לבקר, ולא ב**הצדקה** לה. שופטים אמורים להכריע לפי הדין והעובדות שבפניהם, גם אם העובדות אינן תואמות תזה כללית כלשהי שברצונם לקדם. שנית, כפי שעשה השופט ברק במקרים רבים, השופט שטיין יכול היה להציג את תפיסתו הפרשנית באמרת אגב (פרקטיקה שאף היא אינה נקייה מקשיים), ולנתח את החוזה שבפניו בהתאם למאפייניו למעשה, אך הוא בחר שלא לעשות זאת.¹⁴⁴ ניתן אפוא להתרשם, בזהירות הנדרשת, שהקטגוריות של חוזי יחס ושל חוזים מיוחדים, שבפרשנותם יש

¹³⁵ ראו תת-פרק 6. לעיל והאסמכתאות שם.

¹³⁶ כיוצא בזה, ניתן להתרשם שלשיטתו של השופט גרוסקופף, גם בחוזים כאלה יש לתת ללשון החוזה "מעמד מכריע".

¹³⁷ השווה עלי בוקשפן "פירושו של חוזה – באילו נסיבות חשובות הנסיבות" **משפטים על אתר** (2020). (לדעת המחבר, פסק הדין היה "מתבקש ואף צפוי" ותרם ל"מסגור מוצלח" של הלכת **אפרופים**).

¹³⁸ ראו גם חלק ד להלן; זמיר, **פירוש והשלמה**, לעיל הי"ש 7.

¹³⁹ ראו לעיל הי"ש 52 והטקסט הסמוך לה.

¹⁴⁰ ע"א 579/83 **זונשטיין נ' אחים גבסו** בע"מ, פ"ד מב(2) 278 (1988).

¹⁴¹ ע"א 207/79 **רביב נ' בית יולס**, פ"ד לו(1) 533 (1982).

¹⁴² זמיר, השופט ברק, לעיל הי"ש 7, בעמ' 358–360.

¹⁴³ שם, בעמ' 357–364, 383. על האקטיביזם השיפוטי של השופט שטיין, ראו גם אפי צמח ועמרי בר-צבי "מותו של האקטיביזם כקטגוריה ציבורית משמעותית" **גלובס** 26.12.19. יובהר כי, למושג אקטיביזם שיפוטי יש משמעויות אחדות. בהקשר של ביקורת שיפוטית על הממשלה והכנסת, כמו גם בהקשר של תורת השלבים לעומת תורת הפרשנות התכליתית, הכוונה היא לחלוקת העבודה בין בית המשפט לגורמים אחרים: הרשות המבצעת והרשות המחוקקת במקרה הראשון; הצדדים לחוזה במקרה השני. חלק א לעיל וחלק ד להלן עוסקים באקטיביזם שיפוטי במובן זה. משמעות נוספת של אקטיביזם שיפוטי – זו הנדונה כאן – עניינה מידת הנכונות של השופט לקבוע נורמות חדשות, תוך סטייה מהמשמעות הפשוטה של נורמות חקוקות ומההלכה הפסוקה. ראו זמיר, השופט ברק, לעיל הי"ש 7, בעמ' 345–364 (על האקטיביזם השיפוטי של השופט ברק, בשתי המשמעויות הללו); זמיר, עוד על פירוש והשלמה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 22–30 (על האקטיביזם השיפוטי של השופט דנציגר).

¹⁴⁴ השווה שם, בעמ' 359.

להתחשב במכלול הנסיבות ובערכים ציבוריים, הן מצומצמות למדי לשיטתו של השופט שטיין, וניתן אף להרהר עד כמה הוא מחויב להבחנות שאותן הוא מציג בפתח פסק דינו.¹⁴⁵ לפי האופן שבו השופט שטיין יישם את ההבחנות והסיווגים הללו בפרשת **ביבי כבישים**, קרוב לוודאי שגם את החוזים שנדונו בעניין **אפרופים** ובעניין **ארגון מגדלי הירקות** הוא היה מסווג כחוזים סגורים הטעונים גישה פרשנית מילולית ודווקנית.

ד. על תורת השלבים, כלל הראיה בעל פה וכלל המשמעות הברורה

כאשר תיארתי את השתלשלות הפסיקה והחקיקה בנושא פירוש חוזים, עמדתי על כך שחילוקי הדעות התייחסו לשני עניינים: תורת השלבים במובן הטכני (האם מותר לפרשן להיזקק לנסיבות שמחוץ ללשון החוזה גם כאשר הלשון נחזית ברורה), ושאלת האקטיביזם השיפוטי (חלוקת התפקידים בין הצדדים לבין בית המשפט בקביעת תוכנו של החוזה). הצבעתי על כך שמזה זמן רב – ובוודאי מאז התיקון של סעיף 25 לחוק החוזים הכללי – התגבשה הסכמה רחבה סביב זניחתה של תורת השלבים במובן הטכני (וגם הפערים בעניין האקטיביזם השיפוטי הצטמצמו למדי, לפחות ברמה הרטורית).¹⁴⁶ הגם שהדברים לא נאמרו ברחל בתך הקטנה, נראה שבפסק דינו מבקש השופט שטיין להקים לתחייה את תורת השלבים במובן הטכני, לפחות ככל שמדובר בחוזים מסחריים סגורים (אם כי, ככל שניתן ללמוד מהחלק האופרטיבי של פסק דינו, בקבוצה זו הוא כולל למעשה גם חוזי יחס, חוזים לא-שלמים, חוזים אחידים וחוזי רשות). השופט שטיין ביקש לחולל מהפך זה באמצעות הקביעה שחוזים סגורים צריכים להתפרש על פי כללים פורמליים, ובפרט הכלל הפוסל עדות בעל פה אשר באה לסתור את הכתוב בחוזה, ה-*parole evidence rule* (הגם שהכלל אינו פוסל ראיות כאלה אם מטרתן לסייע בפירוש החוזה במקרים שבהם קיימת "עמימות גלויה על פני הכתוב").¹⁴⁷ השופט שטיין ציין כי כלל זה נקלט במשפטנו מהמשפט המקובל האנגלי, ובהקשר זה הסתמך על שני פסקי דין מאמצע שנות החמישים.¹⁴⁸

מדוע בסוגיה זו אין השופט שטיין מסתמך על פסיקה חדשה יותר? התשובה לכך היא, שאין כמעט אסמכתאות מאוחרות (או מוקדמות) יותר ליישומו של כלל הראיה בעל פה בפסיקה של בית המשפט העליון. בפרט, אין אסמכתאות להפעלת הכלל הנדון מהתקופה שאחרי חקיקתו של חוק החוזים הכללי בשנת 1973. ככל שבית המשפט העליון הזכיר את הכלל הדומה הקבוע בסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני משנת 1879, שלפיו אין להעלות טענה בעל פה נגד מסמך בכתב, הוא עשה כן כדי להסביר מדוע הכלל אינו חל בעניין שבפניו, ולמעשה הסתמך על העדויות בעל פה;¹⁴⁹ או ציין ש"אין תחושה נוחה במחסום מסוג סעיף 80" שהוא "הוראה מיושנת ופורמליסטית" ולכן בדק לגופן את הטענות שהועלו נגד המסמך.¹⁵⁰ גם בפסקי הדין של ערכאות נמוכות שהזכירו את כלל הראיה בעל פה, לא מנע הדבר מבית המשפט לבחון ראיות חיצוניות לחוזה כדי לקבוע את משמעותו. כך, למשל, בפרשת **מוסאיוף נ' טל**,¹⁵¹ דן השופט משה גל בטענה שבין הצדדים הייתה הסכמה חיצונית הסותרת את האמור בחוזה הכתוב. לאחר שתיאר את כלל הראיה בעל פה (ואף הזכיר את סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני), ציין השופט שמדובר בכללים "ישנים

¹⁴⁵ לטענה שעמדתו של השופט שטיין בנושא פירוש חוזים אינה פלורליסטית, אלא מוניסטית, ראו צמח ובן-צבי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 12–17.

¹⁴⁶ ראו לעיל ה"ש 30–33 והטקסט הסמוך להן.

¹⁴⁷ פסק דין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 6, פס' 13 לפסק דינו של השופט שטיין.

¹⁴⁸ ע"א 52/53 אל-כירי נ' שפיר, פ"ד ט 1382, 1389 (1955); ע"א 138/56 דוידון נ' חברת בוני חיפה בע"מ, פ"ד יא 1474, 1480 (1957).

¹⁴⁹ ראו, למשל, ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 369, 390–389 (1995).

¹⁵⁰ ע"א 4408/90 בן-חיים נ' גוטמן (פורסם בנבו, 14.11.1994), פס' 4–7 לפסק דינו של השופט שמגר.

¹⁵¹ ה"פ (י-ם) 554/01 מוסאיוף (מיסון) נ' טל (פורסם בנבו, 5.11.2002), פס' 15–18 לפסק דינו של השופט משה גל.

נושנים. "על כן, בהתחשב בשינויי ההלכה שחלו לגבי פירוש חוזים (ובפרט הלכת אפרופים), הוא בחן לגופן את הראיות בדבר קיומה של ההסכמה החיצונית ופסק שלא הוכחה הסכמה כזו.¹⁵² כיוצא בזה, בפרשת **פלונית נ' פלוני**,¹⁵³ ניתח השופט משה דרורי את ההסכם בין הצדדים לפי מגוון רחב של גישות פרשניות (לרבות הגישות של השופטים ברק ודנציגר), שכולן הובילו לאותה מסקנה.¹⁵⁴ את כלל הראיה בעל פה הוא הזכיר שם רק במסגרת ציטוט מתוך דברים שכתבתי,¹⁵⁵ שלפיהם:

שורה ארוכה של כללים ודוקטרינות, כמו גם ההפעלה השיפוטית של הדין הלכה למעשה, הביאו לכך שבפועל מעולם לא קוימה ההיררכיה המוצהרת באף לא אחד משני המובנים. כלומר, בתי המשפט פנו כדבר שבשגרה ליותר ממקור אחד, גם כאשר לכאורה ניתן היה למצוא תשובה לשאלה בנדבך פלוני. דוקטרינות שלכאורה אמורות היו לחסום פנייה כזו, כמו כלל הראיה בעל פה (Parole evidence rule) או כלל המשמעות הפשוטה (Plain meaning rule), הפכו לסיסמאות ריקות, שנבלעו אל תוך חריגה.¹⁵⁶

היעדר הסתמכות ממשית על כלל הראיה בעל פה בפסיקת בית המשפט העליון מזה למעלה משישים שנה אינה מפתיעה אם זוכרים שגם במכירתו, המשמעות המעשית שלו פחתה וכמעט נעלמה כבר לפני עשרות שנים. בפרט, הוועדה (Law Commission), שבדקה באנגליה בשנות השמונים של המאה העשרים את הצורך ברפורמה בנושא כלל הראיה בעל פה, הגיעה למסקנה שאין צורך בביטול חקיקתי של הכלל, משום שהוא כבר התמוטט מעצמו אל תוך סייגיו וחריגיו.¹⁵⁷ ניתן אפוא לטעון שבנושא זה לא דייק השופט שטיין בתיאור המצב המשפטי הנוהג.

למרות שלפי שמו, כלל הראיה בעל פה עוסק בדיני ראיות, למעשה הוא חלק מהדין המהותי.¹⁵⁸ הוא מבוסס על כוונת המתקשרים, המפורשת או המשתמעת, שהחווה הסופי שנערך ביניהם בכתב ימצא את הסכמותיהם. שלילת התוקף של הסכמות קודמות המנוגדות להסכם הכתוב נובעת אפוא מאומד דעתם של הצדדים.¹⁵⁹ לפיכך, למרות שחוק החוזים לא אימץ את כלל הראיה בעל פה, ניתן לשלול ניסיונות לסתור את האמור בחוזה הכתוב על-פי כללי הפירוש וההשלמה הרגילים שבסעיף 25 לחוק החוזים הכללי. כמובן, השאלה אם הייתה הסכמה שהחווה הסופי ימצא את ההסכמות בין הצדדים, מה היקפה של הסכמה זו, האם נפל בה גסם כלשהו (למשל, לפי כללי הפגמים בכריתת חוזה), והאם אין היא מנוגדת לכלל קוגנטי כלשהו (למשל, האם הסכמה כזו, שנכללה בחוזה אחיד, מקפחת את הלקוחות) – כולן שאלות העשויות להתעורר ולדרוש הכרעה לפי הדינים השונים.¹⁶⁰ מכל מקום, תניה כזו לא נכללה בחוזה שנדון בפרשת **ביבי כבישים**, ובית המשפט המחוזי לא ביסס את פסק דינו על הסכמות בין הצדדים הסותרות את החוזה שבכתב.

¹⁵² ראו גם ת"א (י-ם) 1082/99 **נחום נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ** (פורסם בנבו, 24.11.2002), פס' 24 לפסק דינו של השופט משה גל.

¹⁵³ רמ"ש 4044-10 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 18.10.2010).

¹⁵⁴ שם, פס' 87–401 לפסק דינו של השופט משה דרורי.

¹⁵⁵ זמיר, השופט ברק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 403–404.

¹⁵⁶ ראו גם ת"א (מחוזי, ת"א) 1853/03 **רקנאטי נ' בן-ארי** (פורסם בנבו, 30.2012.2004), פס' 10–15 לפסק דינו של השופט אילן שילה (שם דוחה בית המשפט לגופן את הטענות הנסמכות על הסכמות חיצוניות בין הצדדים. בשולי הדברים הוא מזכיר גם את קיומה של תניה בהסכם השוללת באורח נחרץ את תוקפן של הסכמות שמחוץ למסמך בכתב, את ס' 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני ואת כלל הראיה בעל פה); ת"א (מחוזי, י-ם) 2931/98 **חל"פ נ' משרד הבינוי והשיכון** (פורסם בנבו, 12.7.2005), פס' 1. ב. לפסק דינו של השופט ראובן שמייע (שם דחה בית המשפט את הטענה שנשמכה על ראיות בעל פה הן לפי כלל הראיה בעל פה הן משום שבמקרים שבהם הצדדים ביקשו לשנות את המסמך הכתוב, הם עשו זאת בכתב); ע"א (מרכז) 25450-12-10 **פנחס נ' נירסול בע"מ** (פורסם בנבו, 25.7.2011), פס' 19 לפסק דינו של השופט עופר גרוסקופף (שם ציין בית המשפט שהמערער הסכים להבאת ראיות נגד המסמך בכתב ולכן הוא אינו יכול להסתמך על ס' 80 לחוק הפרוצדורה העות'מני או על כלל הראיה בעל-פה).

¹⁵⁷ LAW COMMISSION, LAW OF CONTRACT: THE PAROLE EVIDENCE RULE (Report no. 154, 1986).

¹⁵⁸ ע"א 303/62 **מנדל נ' מפעלי טכסטיל נצרת בע"מ**, פ"ד טז 1977, 1979–1980 (1962); דניאל פרידמן "התניות הכלולות בחוזה" **חוזים** כרך ג 1 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

¹⁵⁹ פרידמן, שם, בעמ' 15.

¹⁶⁰ לדיון בשאלות אלה בהקשר של מצגים והבטחות מוקדמים של חברות בנייה כלפי רוכשי דירות, ראו זמיר, לעיל ה"ש 105, בעמ' 280–275.

לאמתו של דבר, עיקר ענייננו איננו בכלל הראיה בעל פה – השולל הבאה של ראיות חיצוניות כדי **לסתור** את המסמך הכתוב, אך לא לצורך **פרשנותו**¹⁶¹ – אלא בכלל הקרוב אליו, כלל המשמעות הברורה (plain meaning rule), שלפיו אל לבית המשפט להתחשב בראיות על נסיבות שמחוץ למסמך החוזה אם לשון החוזה נחזית ברורה וחד-משמעית. בכלל המשמעות הברורה, סייגיו, חריגיו, הסייגים לסייגיו ולחריגיו (וכן הלאה) – והפער בין הרטוריקה לפרקטיקה השיפוטית לגביו, גם בשיטות משפט שבהן הוא קיים – עסקתי במקומות אחרים.¹⁶² למעשה, כלל המשמעות הברורה הוא כינוי אחר לתורת השלבים, שבה עסקו בפירוט פסק הדין בעניין **אפרופים** ורבים מפסקי הדין והחיבורים האקדמיים שבאו בעקבותיו. כמתואר בחלק א לעיל, לא זו בלבד שבקרב השופטים והמלומדים התגבשה בעשור האחרון הסכמה רחבה שמוטב לזנוח את תורת השלבים במובנה הטכני, אלא שגם הכנסת דחתה אותה למעשה בסעיף 25(א), רישא, לחוק החוזים הכללי, כפי שתוקן בשנת 2011.¹⁶³ אכן, העובדה שהמחוקק, בתי המשפט והמלומדים מסכימים על דבר מה אינה מוכיחה שאותו דבר הוא נכון וראוי. אולם כאשר מבקשים להפוך את הדין בנושא שזכה להתייחסות כה עשירה בפסיקה ובספרות בעשורים האחרונים, מן הראוי להתמודד עם הפסיקה והספרות הקיימות – לרבות שלל הנימוקים נגד תורת השלבים שהעלה השופט ברק בפרשת **אפרופים**.¹⁶⁴

ה. ירידת הערכים ועליית הפורמליזם?

בספר חשוב שפרסם בשנת 1993 טען מנחם מאוטנר כי השינוי העמוק שחולל בית המשפט העליון במשפט הישראלי בשנות השמונים של המאה העשרים לא התמצה בעלייתו של האקטיביזם השיפוטי. עלייתו של האקטיביזם הייתה חלק משינוי עמוק יותר. בעוד שבתקופות קודמות שלטה בכיפה תפיסת עולם פורמליסטית, שלפיה העיסוק במשפט יכול להיעשות תוך "הצנעת המימד הערכי של המשפט ובמידה נמוכה של מודעות לקיומו של מימד זה"; בשנות השמונים משלה בכיפה תפיסת עולם לא-פורמליסטית, המדגישה את הממד הערכי של המשפט.¹⁶⁵ פסק דינו של השופט שטיין בעניין **ביבי כבישים** הוא חלק מתגובת הנגד לתפיסת העולם הלא-פורמליסטית שקידם השופט ברק החל משנות השמונים, שכן הוא מבקש להצניע – ובהקשר של פירוש חוזים מסחריים סגורים, להכחיש ממש – את הממד הערכי של העשייה השיפוטית. גם אם אין מהרהרים אחר התיאור ההיסטורי שמציע מאוטנר,¹⁶⁶ אחת הביקורות האפשריות על התזה שלו – או, לפחות, על הבנה פשטנית שלה – היא שגם פורמליזם מבטא תפיסה ערכית. כלומר, גם אם מקבלים שהחל משנות השמונים של המאה הקודמת קידם בית המשפט העליון בפסיקתו תפיסות קולקטיביסטיות, המרחיבות ומעצימות את החובות שכל אדם חב לזולתו, אין זאת אומרת שהתפיסה השיפוטית של שנות החמישים והשישים הייתה פחות "ערכית". התפיסה השיפוטית הקודמת הייתה ערכית באותה מידה, אלא שהיא נתנה משקל גדול יותר לערכים אחרים.

ביקורת זו יאה גם לפסק דינו של השופט שטיין. השופט שטיין כתב כי פרשנות של חוזה סגור "חסינה מפני הכנסת שיקולים ערכיים, החיצוניים לחוזה, על ידי בית המשפט".¹⁶⁷ כפי שניתן ללמוד מהניגוד שמציב

¹⁶¹ ראו, למשל, ע"א 2032/06 **האגני נ' עזבון המנוח זיאן** (התפרסם בנבו, 1.2.2009), פ"ס 42 לפסק דינו של השופט דנציגר; רע"א 5438/09 **גרוסמן נ' אסלן** (פורסם בנבו, 19.11.2009), עמ' 9–10 להחלטתו של השופט סאלים גיבוראף; פרידמן, שם, בעמ' 22–23. ¹⁶² Zamir, לעיל ה"ש לעיל ה"ש 10, בעמ' 1728–1731; זמיר, עוד על פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 35–50.

¹⁶³ אפשר לטעון שהתיקון לחוק החוזים אינו רלוונטי לדיון הנוכחי, משום שהוא אינו חל על החוזה שנכרת לפני כניסתו לתוקף. אולם, גם אם התיקון אינו חל על החוזה הנדון, אין זה ראוי להתעלם מהעמדה המהותית שביטאה הכנסת בתיקון – עמדה שגם אם נועדה לרסן את האקטיביזם השיפוטי בנושא פירוש חוזים, דחתה כמדומה את תורת השלבים במובנה הטכני.

¹⁶⁴ על (היעדר) ההתייחסות של שופטים לפסיקות של עמיתיהם, ראו גם חלק ו להלן.

¹⁶⁵ מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993). הציטוט לקוח מעמ' 10.

¹⁶⁶ לביקורות אפשריות על ניתוח זה – וביתר דיוק, על גרסה מאוחרת ומשוכללת יותר שלו (מנחם מאוטנר, משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008)) – ראו אסף לחובסקי "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת – הערות על ספרו של מנחם מאוטנר" **המשפט** יד 715 (2008).

¹⁶⁷ פסק דין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 6, פ"ס 14 לפסק דינו של השופט שטיין.

שטיין בין חוזים סגורים לחוזי יחס, כוונתו היא לשיקולים ערכיים של "הגינות, תום לב וסבירות." ¹⁶⁸ אולם דחייתם של ערכים אלה אין משמעותה התעלמות משיקולים ערכיים, אלא מתן העדפה לערכים אחרים, אינדיבידואליסטיים ונאו-ליברליים. השופט שטיין תופס חוזים כמשקפים באורח מלא את רצון הצדדים וכמבטאים הקצאה רציונלית של סיכונים וסיכויים בידי מתקשרים שכל אחד מהם שואף להשיא את רווחיו; וזאת להבדיל מתפיסה של חוזים ככלי לשיתוף פעולה ולקידום מטרות משותפות. בעולם זה, כל אדם (ובפרט כל גוף מסחרי) מסוגל לדאוג לאינטרסים של עצמו, דואג להם למעשה, ונושא באחריות להחלטותיו. בעולם זה אין פערי כוחות, הכתבה חד-צדדית של הסדרים, תלות, פגיעות, או ציפייה להתנהגות הגונה וסבירה. ¹⁶⁹ לעומת זאת, יש חשיבות רבה לערכים של ודאות משפטית וביטחון עסקי – ודאות וביטחון המפחיתים את עלויות העסקאות. ¹⁷⁰ הערך של קידום היעילות הכלכלית (בהינתן הדימוי המתואר לעיל של השחקנים בשוק), אף בא לידי ביטוי מפורש בחלק האופרטיבי של פסק הדין, שבו אין השופט מסתפק בבחינה של לשון החוזה, אלא נותן משקל משמעותי גם להיגיון הכלכלי של העסקה ולחלוקת הסיכונים בין הצדדים, כפי שנקבעה לשיטתו מראש ותומחרה בחוזה. ¹⁷¹ ודוקו – בעוד שלפי ההנמקה של השופט שטיין (ושל השופט גרוסקופף), התפיסה האינדיבידואליסטית והנאו-ליברלית הולמת רק חוזים מפורטים, שהם פרי משא ומתן בין צדדים חזקים, מתוחכמים ומיוצגים, היישום של תפיסה זו על חוזה שלמעשה הוא חוזה יחס מובהק, אחיד, חד-צדדי ומקפח שערך גוף מעין-ציבורי, מלמד כמדומה שמדובר בתפיסה גורפת הרבה יותר. ¹⁷²

לא זו בלבד שהעדפת הרצון של הצדדים על פני ערכים חברתיים (או, לפי פירוש אפשרי, העדפת הוודאות והביטחון המשפטיים על שניהם) היא עמדה נורמטיבית וערכית, אלא שניתן לפקפק אם פירוש חוזה יכול בכלל להיעשות בהתעלם משיקולים של "הגינות, תום לב וסבירות." בראש ובראשונה, במשפטנו הכלל בדיני הכריתה והפירוש הוא, שבמקרה של סתירה בין הכוונה הפנימית של הדובר, שהצד השני לא ידע עליה, לבין הביטוי החיצוני שלה, יש להעדיף את ההעדה החיצונית על פני הכוונה הפנימית. ¹⁷³ יש לפרש את הצהרות הרצון של כל צד כפי שהצד השני יכול היה להבין באורח סביר (או, בניסוח אחר, כפי שאדם סביר בנעליו היה מבין אותן), ולא לפי הכוונה הפנימית הנסתרת. מעבר לקושי לדעת ולהוכיח מה הייתה הכוונה הפנימית, הדין מעדיף – משיקולי הוגנות ויעילות כאחד – את **ההסתמכות הסבירה** של הצד השני על פני הרצון הפנימי. כלומר, הוא מעדיף את חובתו של הדובר כלפי הזולת על פני הגשמת הרצון האקטואלי של הדובר. מרגע שבוחנים את הביטוי החיצוני של הצהרות הרצון, ועושים כן לפי מבחן של סבירות, אין עוד מנוס מהתחשבות בשיקולים ערכיים, שכן סבירות היא לעולם (גם) מושג נורמטיבי, ולא עובדתי גרידא. ¹⁷⁴

שנית, בניגוד לקודקס האזרחי הגרמני, בחוק החוזים הישראלי לא נאמר שיש לפרש חוזים בהתאם לעיקרון תום הלב; אולם מזה עשרות שנים נקבע בפסיקה שגם במשפטנו על הפירוש להיעשות לפי עיקרון

¹⁶⁸ שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט שטיין.

¹⁶⁹ לביקורת על הגישה הנאו-פורמליסטית, ראו, למשל, Kreitner, לעיל ה"ש 82.

¹⁷⁰ להדגשת ערכים אלה, ראו פסק דין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 6, פס' 15 לפסק דינו של השופט שטיין ופס' 6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

¹⁷¹ ראו פסק דין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 6, פס' 33, 40 ו-72 לפסק דינו של השופט שטיין.

¹⁷² אף בהנחה שהמטרה היחידה של דיני הפירוש היא לתת תוקף לכוונת הצדדים למעשה, ניתן לפקפק אם התעלמות מהנסיבות האופפות את ההתקשרות מגשימה מטרה זו, או שמא עלולה דווקא לגרום להחטאתה. ראו זמיר, **פירוש והשלמה**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 82–86; Yair Listokin, Bayesian Contract Interpretation, 39 J. LEGAL STUD. 359 (2010) (המחבר מסביר מדוע דביקות במשמעות הלשונית של תניה הנחזית כסוטה מהציפיות הטיפוסיות של מתקשרים לוקה בהטיה הקוגניטיבית הידועה כ-base rate neglect, ולכן עלולה בהסתברות גבוהה לסכל את כוונתם).

¹⁷³ ראו, למשל, שלו וצמח, **חוזים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 160–169, 493–496; פרידמן, פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 236–237; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 95, בעמ' 166.

¹⁷⁴ ראו, למשל, ע"א 252/86 **יצחק גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מה(4) 45, 51 (1991); דנ"א 1740/91 **בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן**, פ"ד מז(5) 31, 84 (1993); ע"א 1068/05 **עיריית ירושלים נ' עמרם מימוני** (פורסם בנבו, 14.12.2006) פס' 7–6 לפסק דינו של השופט ברק; Alan D. Miller & Ronen Perry, *The Reasonable Person*, 87 N.Y.U. L. Rev. 323 (2012); אבינועם בן זאב ושולמית אלמוג **משפט האדם** 209–219 (1996); אורי ידן **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970** 100–102 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך, מהדורה שנייה, 1979).

זה,¹⁷⁵ ואף הספרות המשפטית מצדדת בכך.¹⁷⁶ אומנם השופט שטיין סבור שכאשר מדובר בחוזים מסחריים סגורים, אין מקום להתחשב בעיקרון תום-הלב בקביעת תוכנו של החוזה,¹⁷⁷ אולם עמדה זו סותרת את העמדה המקובלת במשפטנו, בלי קשר למחלוקות סביב הלכת **אפרופים**. מאחר שעיקרון תום-הלב מבטא ערכים נורמטיביים, לפי העמדה הרווחת במשפטנו אין מנוס מהתחשבות בשיקולים ערכיים בפירוש חוזים. אכן, כמו בעניין תורת השלבים, גם בעניין תפקידו של עיקרון תום הלב בפירוש חוזים, העובדה שעמדתו של השופט שטיין סותרת את העמדה המקובלת בדיון הישראלי, אינה מוכיחה שעמדתו אינה נכונה. לעומת זאת – ובכך אנו מגיעים לקושי השלישי בתיאור של פירוש חוזים מסחריים סגורים כנקי משיקולים ערכיים – בנושא של כלל הפירוש נגד המנסח, דבריו בעייתיים גם כשבוחנים אותם בפני עצמם. כזכור, למרות שהחוזה בין רכבת ישראל לחברת ביבי כבישים היה חוזה אחיד ורבות מהוראותיו חד-צדדיות ומקפחות, איש מהשופטים לא החיל עליו את כלל הפירוש נגד המנסח. אולם למעלה מהצורך, השופט שטיין הזכיר את כלל הפירוש נגד המנסח דווקא בהקשר של חוזים מסחריים סגורים, שבהם קביעת התוכן של החוזה היא לדידו עובדתית גרידא. הוא הסביר כי, אם במסגרת קביעה עובדתית זו מתעורר ספק לגבי כוונת הצדדים, "יהא על השופט להפעיל את נטלי ההוכחה שנקבעו בדיני הראיות ואת הכלל העתיק בדבר פירושו של תנאי חוזי בלתי ברור לרעת מנסחו" (כלל המעגן כעת בסעיף 25(ב1) לחוק החוזים). לדידו, זהו "פתרון יעיל וצודק של חוסר ודאות בגדרו של חוזה פורמלי סגור" משום שהוא ממריץ את המנסח להתנסח בבהירות.¹⁷⁸

ניתוח זה מעורר תהייה. לכלל הפירוש נגד המנסח יש הצדקות אחדות. במישור המוסרי, המנסח נושא באחריות לאי-הבהירות בחוזה, ולכן עליו לשאת בתוצאותיה. במיוחד אין זה הוגן לפרש את החוזה לרעת הצד השני, אשר יכול היה להסתמך באורח סביר על פירוש החוזה לטובתו. במישור היעילות, כפי שכתב השופט שטיין, מאחר שאי-ודאות אינה רצויה (לפחות כאשר הצדדים הם שונאי-סיכון), ראוי להמריץ את הצד שבכוחו למנוע את אי-הודאות בעלות נמוכה יותר, כלומר המנסח, לעשות כן. ניתן אף לראות את כלל הפירוש נגד המנסח כ"כלל השלמה עונשי", שאומנם עוסק בתוכן החוזה, אך תכליתו להתגבר על בעיית המידע של הצד שלא ניסח את החוזה לגבי תוכן החוזה – וזאת כחלק מהכללים שנועדו להבטיח התקשרות חוזית המבוססת על מידע מלא ככל האפשר.¹⁷⁹ לבסוף, מאחר שבאורח טיפוסי הצד המנסח הוא גם הצד החזק והעשיר יותר בהתקשרות, הרי שכלל הפירוש נגד המנסח עשוי להיות מוצדק גם כאמצעי לחלוקה מחדש של כוח בין הצדדים.¹⁸⁰ המשותף לכל התכליות האלה, לרבות התכלית התמריצית שעליה עמד השופט שטיין, הוא שאף אחת מהן אינה מכוונת לאיתור הרצון וההסכמה הסובייקטיביים של הצדדים, אלא כולן מבטאות ערכים חברתיים וציבוריים מובהקים.¹⁸¹ העמדה שכלל הפירוש נגד המנסח יכול להיות חלק מבירור עובדתי גרידא של כוונת הצדדים היא אפוא מוקשית.

לסיכום, התורה הפרשנית של השופט שטיין, בין אם מדובר בחוזי יחס ובין אם בחוזים סגורים, בין לפי תיאורה העיוני ובין לפי האופן שבו היא יושמה בעובדות המקרה, היא עמדה נורמטיבית מובהקת, המבטאת תפיסת עולם אינדיבידואליסטית, נאו-ליברלית ונאו-פורמליסטית. כאלה הם גם כללי הפירוש שהוא מחיל

¹⁷⁵ ראו, למשל, ע"א 5559/91 ק. צ. מפעלי גז ואנרגיה (1982) נ' מקסימה המרכז להפרדת אויר, פ"ד מז(2) 642, 649 (1993); ע"א 5187/91 מקסימוב נ' מקסימוב, פ"ד מז(3) 177, 186 (1993); ע"א 1395/91 וינוגרד נ' ידיד, פ"ד מז(3) 793, 800 (1993).

¹⁷⁶ ראו, למשל, פרידמן וכהן, לעיל ה"ש לעיל ה"ש 95, בעמ' 307; זמיר, פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 23–25; ברק, פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 213–227; שלו וצמח, חוזים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 526–527.

¹⁷⁷ פסק דין ביבי כבישים, לעיל ה"ש 6, פס' 14 לפסק דינו של השופט שטיין.

¹⁷⁸ שם, שם.

¹⁷⁹ ראו Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989).

¹⁸⁰ ראו ביתר פירוט זמיר, פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 30–32. ראו גם ע"א 4651/95 בני סעיד חמודה קבלני עבודות קווי מים נ' המועצה המקומית עראבה, פ"ד נ(5) 81, 86–87 (1997); ע"א 4605/99 אלישרא מערכות אלקטרוניות בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל, פ"ד נה(1) 1, 9–11 (1999); ע"א 8729/07 אירונמטל בע"מ נ' קרן קיימת לישראל, פס' 16 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 12.11.2009).

¹⁸¹ זמיר, פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 32.

על חוזים מסחריים סגורים. דומה שתפיסת עולם זו אינה עולה בקנה אחד עם תפיסות היסוד של דיני החוזים והמשפט הפרטי בכלל בישראל, שבהשראת המשפט הקונטיננטלי מייחסים משקל מרכזי לעיקרון תום-הלב, נוטים להעדיף את המהות על פני הצורה, ודורשים התנהגות סבירה והוגנת בין אדם לחברו.

ו. בית משפט או בית שופטים?

בפסק דינו, הצטרף השופט פוגלמן לתוצאה של פסק הדין של השופט שטיין, תוך שציין כי בכך הוא מתבסס על הלכת **אפרופים**, שלפי דעת הרוב בפסק דין **המוסד לביטוח לאומי**, אומצה בתיקון מס' 2 לחוק החוזים הכללי. עוד הוא ציין, שאפילו היה צורך במקרה הנדון להידרש לתכלית האובייקטיבית של החוזה, לא היה בכך כדי לשנות את מסקנות הניתוח שערך השופט שטיין. דברים אלה מעידים שהשופט פוגלמן היה מודע לכך שחלקים ניכרים בהנמקתו של השופט שטיין אינם מתיישבים עם ההלכות הקודמות בנושא פירוש חוזים. השופט פוגלמן העדיף שלא להתעמת עם השופט שטיין בנושא זה, לפחות לא בפסק הדין הנוכחי. גם השופט גרוסקופף לא התייחס באורח ממשי להנמקתו של השופט שטיין, אלא הציע הנמקה נבדלת משלו – שגם היא תואמת יותר את עמדת המיעוט של השופט דנציגר מאשר את ההלכה הפסוקה.

אפשר לשבח את שלושת השופטים על גישתם התכליתית והחסכנית, שלפיה אין טעם ללבן חילוקי דעות תיאורטיים במקום שכולם מסכימים על התוצאה האופרטיבית. אולם ניתן גם לבקר אותם על כך שהותירו את ציבור המשפטנים במבוכה. בפסק דין **בלן נ' המוציאים-לפועל של צוואת המנוח ליטווינסקי**, כתב השופט משה זילברג שהכלל המאפשר לבית המשפט העליון לשנות את הלכותיו אינו הופך את הדפים שנכתבו עליהם פסקיו הקודמים ל"נייר חלק".¹⁸² אין כוונת הכלל שכל אחד משופטי בית המשפט העליון

יעשה שבת לעצמו בכל אותן אלפי הלכות שנקבעו אחרי מחקר עמל וטורח על-ידי פוסקים ראשונים. חלילה לנו מנהוג כן! שאם נלך בדרך זו, הרי במרוצת הזמן ייהפך מוסד שיפוטי זה מ"בית-משפט" ל"בית שופטים", [...] מטרתה החשובה – אולי העיקרית – של פסיקת בית-המשפט העליון היא: לקבוע **ארוחות חיים**, למנוע על דרך הפרופילפסה התעוררותם של סכסוכים וספקות עתידיים, ומטרה זו לא תושג על-ידה אם לא תהיה בה, לפחות, אותה מידת יציבות מינימלית העומדת בפני רוח מצויה.¹⁸³

כפי שכתב השופט זילברג, תפקידו של בית המשפט העליון אינו רק להכריע בסכסוכים, אלא גם, ובמידה רבה, לשלוח מסרים לערכאות נמוכות, להרכבים עתידיים של בית המשפט, לעורכי דין ולאנשי עסקים.¹⁸⁴ קיומן של שלוש הנמקות נבדלות ואף סותרות בסוגיה שהסעירה את המשפט הישראלי יוצרת מבוכה. מבוכה זו באה לידי ביטוי בהערכות מנוגדות שהושמעו לגבי השאלה עד כמה סוטה פסק דין **ביבי כבישים** מההלכות הקודמות.¹⁸⁵ היא באה לידי ביטוי בעשרות פסקי דין של ערכאות נמוכות שאזכרו את פסק הדין מאז נתינתו, כאשר השופטים בוחרים על איזו מחוות הדעה להסתמך, או נאלצים לנמק את פסיקתם לפי כל אחת

¹⁸² ד"נ 23/60, פ"ד טו 71, 75–76 (1961). הכלל עוגן אז בסעיף 33(ב) לחוק בתי המשפט, תשי"ז–1957, וכיום הוא מעוגן בסעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה.

¹⁸³ שם, בעמ' 75–76. ההדגשה במקור.

¹⁸⁴ ראו גם זמיר, השופט ברק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 395–398.

¹⁸⁵ ראו, למשל, גיל ברינגר "העליון מטלטל את דיני החוזים בישראל: ביטל את הלכת אפרופים" **גלובס** 29.11.2019; מתן ברנר "הלכת אפרופים, גרסת 2019" **גלובס** 1.12.19; גברילה שלו ואפי צמח "עוד על מעמדה של אפרופים בעקבות פסק דין ע"א A.T.S Investments Inc 9025/17 נ' Segal Group (Dresden) **בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית** (24.2.2020); בוקשפן, לעיל ה"ש 137; חגי ויניצקי "על לידתן של הלכות שיפוטיות – התלכדות מהותית או נסיבתית – האם עניין ביבי כבישים שינה את הלכת אפרופים?" **משפטים על אתר** (עתיד להתפרסם, 2020); צמח ובן-צבי, לעיל ה"ש 29.

מהעמדות שהובעו בפסק הדין.¹⁸⁶ היא מועצמת בכך ששופטים ממשיכים לצטט את עצמם בפסיקה מאוחרת יותר, בהתעלם מכך שעמדתם אינה משקפת את העמדה הרווחת בבית המשפט העליון.¹⁸⁷

מבחינה זו, ניתן להשוות בין פסק הדין הנוכחי לבין פסקי הדין בעניין **אפרופים**, **ארגון מגדלי ירקות** והמוסד לביטוח לאומי. בעת שהתקבלה ההחלטה לדחות את הבקשה לדיון נוסף בעניין **אפרופים**,¹⁸⁸ קשה היה מן הסתם לחזות את הפולמוס רב-השנים שהיא תעורר. בדיעבד, הפולמוס לא שכך, וכעבור כעשור נדרש בית המשפט ללבן אותן סוגיות בדיון הנוסף בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**. לעומת זאת, בעניין **המוסד לביטוח לאומי** נקט בית המשפט העליון טקטיקה הפוכה. באותו מקרה, שנדון זמן קצר אחרי חקיקתו של תיקון מס' 2 לחוק החוזים – שאף הוא איים להוליד מבוכה לאורך זמן בשל ניסוחיו העקלקלים והבעייתיים – דנו שלושת שופטי ההרכב באריכות במשמעותו של התיקון – וזאת למרות שתיקון זה כלל לא חל על הסכסוך שבפניהם, משום שהחווה שנדון שם נכרת לפני התיקון. העובדה שמאז שנת 2012 ועד לפסק דינו של השופט שטיין בפרשת **ביבי כבישים** הוסרו המחלוקות בנושא זה במידה רבה מסדר יומו של בית המשפט מעידה שהייתה זו כנראה גישה נכונה באותו מקרה.

אף על פי כן, דחתה נשיאת בית המשפט העליון, השופטת אסתר חיות, בקשה שהגישה **ביבי כבישים** לערוך דיון נוסף על פסק הדין.¹⁸⁹ בין היתר, ציינה הנשיאה שבקשות לדיון נוסף נענות רק במקרים נדירים;¹⁹⁰ שעצם היישום השונה של כללי הפרשנות על חוזים שונים אין בו משום חידוש;¹⁹¹ ושנוכח העובדה ששלושת השופטים הסכימו על התוצאה אך נחלקו בהנמקותיהם, לא ניתן לומר שפסק הדין קבע הלכה חדשה, לא כל שכן הלכה גלויה ומפורשת.¹⁹² ביחס לטענה שפסק הדין יצר אי-ודאות משפטית, חזרה השופטת על האמירות שהתכלית המרכזית של הפירוש היא להתחקות אחר כוונת הצדדים, שעל בית המשפט להישמר מכתובת חוזה חדש עבור הצדדים, ושללשון החוזה שמור תפקיד מרכזי וחשוב בהליך הפרשני.¹⁹³ ספק אם אמירות אלה יפיסו את דעתם של החוששים מאי-הוודאות שיצר פסק הדין בערעור האזרחי. בד בבד, אם קיים חשש שאפילו הכרעה בין העמדות השונות בהרכב מורחב של בית המשפט לא תמנע משופטים החולקים על עמדת הרוב להמשיך לפסוק לפי עמדתם, הרי שאין טעם רב בקיום הדיון הנוסף.

ז. סיכום

רשימה זו הוקדשה לפרק האחרון, לעת עתה, בסאגה המשפטית והציבורית הנמשכת בנושא פירוש והשלמה של חוזים במשפטנו: פסק הדין בעניין **ביבי כבישים**. היא ביקרה את הבסיס העיוני של פסק הדין של השופט שטיין ואת היישום של משנתו העיונית על עובדות המקרה. היא הצביעה על הקושי ליישב את משנתו של

¹⁸⁶ ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 68281-02-19 **בוסאני נ' הכוכב חברה לתעשיות מגופים מתכת (1987) בע"מ** (פורסם בנבו, 23.2.2020), פס' 22–26 לפסק דינה של השופטת חני אופק גנדלר (התייחסות לכל שלושת פסקי הדין ואפיונם של חוזי עבודה כחוזי יחס); פס' 28 לפסק דינה של השופטת תמר אברהמי (התייחסות לכל שלושת פסקי הדין); ת"א (ת"א) 31364-01-15 **צמרת גני חדרה 1989 בע"מ נ' ניו-פארם דראגסטורס בע"מ** (פורסם בנבו, 15.1.2020), פס' 56 לפסק דינה של השופטת תמר אברהמי (התייחסות לכל שלושת פסקי הדין); ת"א (מרכז) 66843-11-16 **אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' מפעלי תחנות בע"מ** (פורסם בנבו, 21.1.2020), פס' 48–80 לפסק דינה של השופטת הדס עובדיה (סיווג הסכם מסגרת להשכרת מקרקעין כחוזה יחס ותיאור פסיקתו של השופט שטיין, ככל שהיא סוטה מהלכת **אפרופים** כדעת יחיד (שם, פס' 60 לפסק הדין)).

¹⁸⁷ ראו, למשל, ע"א 7669/18 **זהבי נ' זהבי** (פורסם בנבו, 8.12.2019), פס' 23 ו-30 לפסק דינו של השופט שטיין; ע"א 9025/17 **A.T.S Investments Inc נ' Segal Group (Dresden) GmbH and Co.KG** (התפרסם בנבו, 19.2.2020), פס' 22 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. ישנם גם פסקי דין מהעת האחרונה, כמו פסק-דין **אופטיקה הלפרין** (לעיל ה"ש 34), הממשיכים להתבסס על הלכות **אפרופים**, **ארגון מגדלי הירקות** והמוסד לביטוח לאומי, ואינם מתייחסים כלל לפסק-הדין בעניין **ביבי כבישים**.

¹⁸⁸ דנ"א 2485/95 **אפרופים נ' מדינת ישראל שיכון ויזום (1991) בע"מ** (התפרסמה בנבו, 4.7.1995) (השופטת טובה שטרסברג-כהן).

¹⁸⁹ דנ"א 8100/19 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (התפרסמה בנבו, 19.4.2020).

¹⁹⁰ שם, פס' 12 להחלטה.

¹⁹¹ שם, פס' 14 להחלטה.

¹⁹² שם, פס' 15 להחלטה.

¹⁹³ שם, פס' 17 להחלטה.

השופט שטיין עם תפיסות היסוד של דיני החוזים בישראל, ועל כך שפסק דינו – ובמידה פחותה, גם פסק הדין של השופט גרוסקופף – אינם מתיישבים עם הפסיקה הקודמת בנושא פירוש חוזים. גבראלה שלו סיימה את מאמרה על הדיון הנוסף בפרשת **ארגון מגדלי הירקות** בפרק שכותרתו "מילות סיום: תם ולא נשלם." מסתבר שמלים אלה מתאימות גם לדיון הנוכחי.