

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

מאת

חגי ויניצקי*

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

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

מבוא

הלכת אפרופים¹ נחשבת, בצדק, להלכה החשובה ביותר בדיני פרשנות חוזים מאז קום המדינה.² היא קבעה כללים חדשים בפרשנות חוזים – סוגיה שמתעוררת כמעט בכל פסק

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

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

2 גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 516 (מהדורה רביעית, 2019). מעניין שהנשיא ברק מנה הלכה זו עם 12 פסקי הדין החשובים שנתן, ראו אריאל בנדור וזאב סגל עושה הכובעים: דין ודברים עם אהרן ברק 256 (2009).

דין שעוסק בדיני החוזים. רבות נכתב עליה, וברשימה קצרה זו לא אתיימר להתייחס לכל משמעויותיה. מטרת רשימה זו היא לבחון אם פסק הדין החדש בעניין **ביבי כבישים נ' רכבת ישראל**³ ביטל, שינה או לא חידש דבר ביחס להלכת **אפרופים**, לאור בחינת השאלה אימתי נוצרת הלכה חדשה כאשר קיימות דעות מנוגדות של שופטי ההרכב. בהקשר זה אעמוד על ההבדל בין התלכדות מהותית של דעות השופטים שיוצרת הלכה חדשה לבין התלכדות נסיבתית בלבד שאינה יוצרת הלכה חדשה.

א. עיקרי הלכת אפרופים וגלוליה

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

אף שהלכת **אפרופים** לא התיישבה לגמרי עם הפרשנות שהייתה מקובלת לנוסח סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, כפי שהיה תקף בעת נתינתה,⁷ הגיונה

3 ע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 20.11.2019).

4 שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 501–503.

5 **עניין אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 311, 314.

6 שם, בעמ' 312, 314, 318; דנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא (2) 1, פס' 11 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2006). כן ראו רע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לחביעות בע"מ**, פ"ד סה (2) 563, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2012). עם זאת, בעניין **אפרופים** (שם) קיבלו פרשנות שנוגדת את הלשון אך לא במסגרת "פרשנות במובן הצר" – פרשנות טקסט – אלא במסגרת "פרשנות במובן הרחב" או "פרשנות משלימה" – השלמת לאקונה, שכוללת לדעת הרוב גם אפשרות לגרוע מהנוסח, דהיינו לשנותו במקרה של אבסורד, שנגרם כאשר לשון החוזה אינה הולמת את התכלית (שם, בעמ' 317–331).

7 ראו ס' 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, ס"ח 694, 118 ("חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות"). הפרשנות המקובלת לסעיף זה הייתה שכלל זה הוא מורה דרך לתחילת תהליך הפירוש. ראשית מתחילים בלשון החוזה, ורק אם החוזה לא ברור עוברים לנסיבות (תורת שני השלבים). ראו ע"א 406/82 **נחמני נ'**

היה בצידה, שהרי לא ניתן להבין טקסט בלי הקונטקסט.⁸ יתרה מזאת, שיטת ניהול המשפט היא שהצדדים מביאים את ראיותיהם בנוגע ללשון החוזה ונסיבותיו במהלך המשפט, וכאשר השופט יושב לכתוב את פסק הדין הוא ממילא כבר מכיר את נסיבות כריתת החוזה, שעשויות להשפיע על מסקנתו אם לשון החוזה ברורה אם לאו. לכן חוזה שהיה יכול להיחשב לברור לולא נחשף השופט לנסיבות, ייחשב מעתה לא ברור, ולכן גם בשיטת שני השלבים היה השופט ממילא אמור להתחשב בנסיבות. אם כך, מדוע לא לנהוג לפי שיטת השלב האחד דה יורה? למעשה, שיטת משפט שמעוניינת לנהוג באמת על פי שיטת שני השלבים, הייתה צריכה לחלק את הדיון השיפוטי לשני שלבים: בשלב הראשון ידונו רק בלשון החוזה מבלי להביא ראיות לנסיבותיו, ורק אם בסוף שלב זה יגיע השופט למסקנה שהחוזה אינו ברור, יעברו לשלב השני. בשלב השני יביא כל צד את ראיותיו לנסיבות כריתת החוזה, ובאמצעותן יכריע השופט איזו פרשנות היא הנכונה. יש אבסורד־מה בעובדה שכך למעשה התנהל הדיון בהלכת **אפרופים**. בעקבות הסכמה דיונית דנו הצדדים רק בפרשנות לשון החוזה ללא התייחסות לשאלות שבעובדה.⁹ דהיינו, הלכת **אפרופים**, שמקדשת את הפנייה לנסיבות, ניתנה בתיק שבו לא הוצגו נסיבות כלל.¹⁰ לפיכך מסקנת דעת הרוב שהיעדרו של סעיף קנס / פיצוי מוסכם במקרה מסוים (נושא פסק הדין) מהווה חסר (לאקונה) ולא "הסדר שלילי" נסמכה על פרשנות תכליתית אובייקטיבית ולא על נסיבות הכריתה.¹¹ לו הגישו הצדדים לבית המשפט את טיוטות החוזה, אם היו כאלו, ייתכן שהיה

8 גלאור, פ"ד מא(1) 494, 499 (1987); ע"א 650/84 שטרן נ' זיוניץ, פ"ד מא(1) 380, 384 (1987); ע"א 170/85 האחים זקן חברה קבלנית בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מג(2) 635, 638 (1989); ע"א 3804/90 דלתא להשקעות ולמסחר (קרני שומרון) בע"מ נ' סופרגו, חברה ישראלית להפצת גז בע"מ, פ"ד מו(5) 209, 213 (1992); עניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 6, פס' 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; מיגל דויטש "אפרופים וחקיקת 'אנטי-אפרופים': תובנות נוספות" **שערי משפט** ו 101, 105 (2013). השופט ברק מפרש את הסעיף אחרת, לפי פרשנותו אין מדובר בכלל של תחילת תהליך הפירוש אלא של סופו: בתחילה השופט תר בין הלשון לנסיבות (תורת השלב האחד), ורק לאחר מכן ניגש להפעלת הסעיף. אם אומד דעתם של הצדדים משתמע מתוך החוזה יש לתת לו עדיפות, ואם לאו ניתן לדלות מהנסיבות פרשנות אחרת שיש לה עיגון בחוזה (עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 310–314, 318).

9 אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך רביעי – פרשנות החוזה 505–506 (2001); שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 510.

10 עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 279.

11 שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" **משפטים** מג 55, 111 (2012). באזורי פיתוח היה אפשר לדרוש את התמורה מהמדינה כבר בגמר השלד, בשונה מאזוריים מבוקשים שבהם היה לקבל את התמורה רק בהשלמת המבנה. לכן אם באזוריים מבוקשים יש סנקצייה על איחור בבנייה, מקל וחומר שהייתה אמורה להיות סנקצייה באזורי פיתוח, שהרי הקבלן יכול להשלים את השלד, לקבל את התמורה ולהתעכב בהשלמת המבנה (ראו עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 290, 315, 330). עם זאת, בית המשפט ער לכך שגם באזורי פיתוח איחור בבנייה הוא הפרה שמזכה בפיצוי אם נגרם נזק שיש לו קשר סיבתי להפרה, והיה אפשר לצפותו, גם אם אין סעיף קנס / פיצוי מוסכם (שם).

אפשר להתרשם אם אכן מדובר בלאקונה בשל שכחה או ב"הסדר שלילי" בשל רצון להיטיב עם חברה שבנתה באזורי פיתוח.¹²

המודל החד-שלבי התקבל גם בתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו–2006 ולאחר מכן בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011.¹³ עובר לפרסום הצעת החוק הזאת התקבל באותה השנה תיקון מס' 2 לחוק החוזים, ומודל זה השתלב גם ברישה של סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 המתוקן.¹⁴ לפיכך במישור זה של הלכת אפרופים (לשון ונסיבות), אף שהתיקון לחוק נועד לבטל את הלכת אפרופים, הוא רק עיגן אותה,¹⁵

12 לטענה שלא ניתנו הסברים משכנעים להיעדר הסדר שלילי, ראו ישראל צינגלאוב "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים" הפרקליט נ 261, 285 (2008).

13 ראו ס' 123(א) לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו–2006 ("חזוה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החזוה ומנסיבות העניין"). נוסח זה נכלל מאוחר יותר גם בס' 122(א) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח הממשלה 595, 712. הוזה אומר שיש לפנות מראש ללשון ולנסיבות גם יחד (ראו דויטש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 105).

14 ראו ס' 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי): "חזוה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החזוה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החזוה, יפורש החזוה בהתאם ללשונו".

15 הצעות החוק שקדמו לתיקון לחוק, ניסו להשיב את תורת שני השלבים בכמה אופנים: כך למשל, הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – פרשנות החזוה), התשס"ט–2009, פ/18/244 הציעה לקבוע במקום נוסח סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי) שהיה קיים באותה העת, כדלקמן: "חזוה יפורש לפי המשמעות המקובלת של מילותיו; מצא בית המשפט כי אין אפשרות לפרש את החזוה כאמור, יפורש החזוה לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך הנסיבות". למעשה, מדובר בנוסח דומה מאוד לנוסח שהיה קיים באותה העת, שנועד להבהיר שיש לחזור לתורת שני השלבים, כפי שהתבטאה מהלשון הפשוטה של הסעיף הקיים באותה העת. בדומה לזה, הוגשה הצעת חוק נוספת – הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – כללי פרשנות חזוה), התשס"ט–2009, פ/18/1471 – שהציעה לקבוע כדלקמן: "היה תוכנו המילולי של החזוה בלתי מספיק לשם פירושו, יפורש החזוה לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החזוה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות, ובלבד שטענה בדבר תוכנו ותוצאתו של פירוש כאמור נטענה במפורש על ידי צד להליך המשפטי בעניין פרשנות החזוה, במסגרת סיכומי טענותיו". לפי הרישה לסעיף המוצע ניסו להשיב את תורת שני השלבים כאמור לעיל, ואילו בחלק שבסיפה ניסו לתחום את שיקול הדעת של בית המשפט לפרשנויות שטענו הצדדים בהליך המשפטי. ניסיון זה מעורר שאלה לא פשוטה. אם בית המשפט סבור שהפרשנות הנכונה היא לא זו שטען אחד הצדדים, הוא יחויב לפסוק שהפרשנות של החזוה שונה מהפרשנות הנכונה בעניין. הצעת החוק שהובילה לשינוי בחוק היא הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חזוה), התש"ע–2010, ה"ח הכנסת 335, 198 שהציעה לקבוע כדלקמן: "חזוה יפורש באופן שתואם, ככל הניתן, את הפירוש שניתן לו על ידי הצדדים". נוסח עמום זה הוביל בסופו של דבר לנוסח שהתקבל: "חזוה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החזוה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החזוה, יפורש החזוה בהתאם ללשונו". למקרא הצעת החוק והחוק שהתקבל מתחוויר שאין שום קשר ביניהם. יתרה מזאת, החלק ברישה של הסעיף, שנלקח כאמור מהצעת הקודקס, רק מעגן את המודל החד-שלבי (ראו ה"ש 13 לעיל), ואילו החלק בסיפה לא חידש דבר. מלבד האוקסימורון במילים "משתמע במפורש" (ראו איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5, 33 (2012) (להלן: זמיר "פירוש והשלמה"); גבריאלה שלו ואפי צמח "דין פירוש החזוה – על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים" קרית המשפט י 1, 21 (התשע"ד) (להלן: שלו וצמח "דין פירוש החזוה"); דויטש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 106), הרי החלק שבסיפה עוסק בחוזים שלאחר בחינת הלשון והנסיבות הסתבר שהתכלית הולמת את לשון החזוה.

וכך נקבע בעניין **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר**.¹⁶ פסק הדין מדגיש כי חוזה יפורש לפי לשון החוזה ולפי נסיבות העניין, בכפוף לחזקה הניתנת לסתירה שיש להעדיף את הפרשנות התואמת את פשט הלשון – המשמעות הפשוטה, הרגילה והטבעית של הכתוב. החזקה תיסתר במקרים שעולה מהנסיבות כי הלשון אינה פשוטה וברורה כפי שנחזתה להיות במבט ראשון, וניתן לפרשה גם בדרכים אחרות. לכן משקל הלשון הוא חשוב אך אינו מכריע או בלעדי. מכל מקום, לא ניתן לקבל פרשנות הנוגדת את לשון החוזה.¹⁷

המתח השני שבו עסקה הלכת **אפרופים** הוא כאמור בין התכלית הסובייקטיבית לפרשנות חוזה לזו האובייקטיבית. בהלכת **אפרופים** נקבע כי התכלית העדיפה בפרשנות חוזים היא התכלית הסובייקטיבית, דהיינו מה רצו יוצרי החוזה להשיג באמצעותו. ברם אם לא ניתן לאתר את הרצון המשותף של שני הצדדים, יש לפנות לתכלית האובייקטיבית. תכלית זו אינה בוחנת את רצון הצדדים לחוזה אלא את השאלה מהם המטרות, האינטרסים והתכליות שחוזה מסוג זה אמור להגשים. מה אנשים הגונים וסבירים היו רוצים להשיג בחוזה כאמור, כאשר במסגרת זו אפשר לכלול גם שיקולי הגינות, צדק, שוויון, תום לב¹⁸ ואף ערכים ציבוריים כגון שמירה על הקופה הציבורית¹⁹ או ביטחון ויציבות בדיוור למבוגרים.²⁰ בכך הכלי של הפרשנות התכלית האובייקטיבית משמש למעשה להחדרת שיקולים ערכיים-ציבוריים לחוזה בין שני אנשים פרטיים, בדומה למושגי השתתוף האחרים

- במקרים אלו אין שום משמעות בהכרעה שיש לפרש את החוזה לפי לשונו, שהרי לשון זו הולמת גם את התכלית שהתבררה מנסיבות החוזה, ולכן החלק שבסיפה מיותר (שם, בעמ' 106). לפי האמור לעיל, מתברר שהמשמעות היחידה של התיקון לחוק היא שהוא רק עיגן את הלכת **אפרופים** (לעיל ה"ש 1). ראו בהקשר זה גם שלו וצמח, שם, בעמ' 21; ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 141.
- 16 ראו את דעת הרוב בעניין **המוסד לביטוח לאומי**, לעיל ה"ש 6, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. פסק הדין נסמך בהכרעה זו על עמדתו של איל זמיר "אפרופים עדיין כאן" **עורך הדין** 11, 98 (2011), ודחה את העמדה שהתיקון ביטל את הלכת **אפרופים** והשיב את תורת **שני השלבים**, שנתמכה בידי נילי כהן "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה" **עורך הדין** 11, 102 (2011), וכן דעת היחיד של השופט דנציגר בע"א 11039/07 **אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ**, פס' 3 (פורסם בנבו, 6.7.2011). לתמיכה בדעה שהתיקון לחוק עיגן את הלכת **אפרופים**, ראו גם שלו וצמח "דין פירוש החוזה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 20–22. לדעה שהתיקון לחוק לא הפך את הלכת **אפרופים**, ראו גם זמיר "פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 31–35. מעניין שהתיקון פורסם ברשומות בתאריך 26.1.2011, ואילו הצעת הקודקס פורסמה ברשומות בתאריך 15.6.2011, כאשר היא כוללת כאמור רק את הרישה של הסעיף שתוקן. האם הדבר מרמז על שינוי עתידי? היות שהחלק שבסיפה מיותר, ייתכן שהתשובה חיובית. ברם ייתכן שסמיכות הזמנים גרמה לכך שמנסחי הצעת הקודקס לא הספיקו להתייחס לנוסח החדש שתוקן עובר לפרסום הצעת הקודקס (להתייחסות לסמיכות הזמנים, ראו גם שלו וצמח "דין פירוש החוזה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 22).
- 17 ראו עניין **המוסד לביטוח לאומי**, לעיל ה"ש 6, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. כן ראו שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 510–512, שמדגישים כי "לשון החוזה תוחמת את גבולות הפירוש ואינה מאפשרת ליתן לחוזה פירוש שאינו מתיישב עם לשונו".
- 18 עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 313–314, 327.
- 19 ע"א 2553/01 **ארגון מגדלי ירקת – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(5) 481, 537 (2005).
- 20 ראו רע"א 1185/97 **עזבון מילגרם נ' מרכז משען**, פ"ד נ"ב(4) 145, 160 (1998). ראו גם שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 514–515.

במודל התחולה העקיפה: תקנת הציבור, תום לב, צדק, עילת הקיפוח, סבירות וכדומה.²¹ כאשר תכלית זו מופעלת בנוגע לנושא שהוסדר בחוזה, אך רצון הצדדים המשותף אינו ברור או שלא התקיים, מדובר בפרשנות במובן הצר – פרשנות טקסט – אך אם פרשנות זו מופעלת בנוגע לנושא שלא הוסדר בחוזה, מדובר בפרשנות במובן הרחב – השלמת חסר.²² אחת הביקורות על גישת הנשיא ברק היא שלמרות הבכורה שניתנה לפרשנות התכליתית הסובייקטיבית, מיהר הנשיא ברק לזנוח אותה ולפנות לתכלית האובייקטיבית שמאפשרת הכנסת שיקולים ערכיים לחוזה.²³ יתרה מזאת, כאשר מדובר בחוזים אחידים, חוזי רשות, חוזי יחס וחוזים צרכניים, קשה מאוד לאתר את התכלית הסובייקטיבית המשותפת בין הצדדים לחוזה, ולכן הפנייה לתכלית האובייקטיבית תהיה מהירה יותר.²⁴ מעניין שלהיבט זה של הלכת אפרופים (התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית) לא הייתה התייחסות מפורשת בתיקון מס' 2 לחוק החוזים.²⁵ ברם עובדה זו לא השפיעה השפעה של ממש על מעמדה של התכלית האובייקטיבית בפסיקת בתי המשפט.²⁶

ב. דעות השופטים בעניין ביבי כבישים

עניין **ביבי כבישים** עסק בחוזה מפורט וארוך בין חברת ביבי כבישים לבין רכבת ישראל לביצוע עבודות תשתית. המחלוקת בין הצדדים נסבה על השאלה אם החוזה ממצה את הזכויות והחובות בין הצדדים או שמדובר בחוזה פתוח ולא שלם שלתוכו יש לקרוא הסדרים משלימים המבוססים על עקרונות של תום לב, הגינות וסבירות. השופט שטיין קבע

- 21 למודל זה, ראו אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות חוקתית 661–663 (1994); ע"א 294/91 **חברה קדישא גחשא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מונ(2) 464, 532 (1992). לשימוש במודל זה, לצורך התחשבות בצדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי, ראו חגי ויניצקי ומיכל טמיר "מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי" **המשפט** יד 469 (התשע"א).
- 22 ראו עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 313: "על-כן, אם אומד הדעת (הסובייקטיבי) של אחד הצדדים שונה מזה של הצד השני, אין כל אפשרות לגבש אומד דעת סובייקטיבי משותף. החוזה יפורש במקרה זה, כמו גם במקרים אחרים שבהם אומד הדעת הסובייקטיבי המשותף אינו רלוואנטי לפתרון הבעיה הפרשנית הניצבת לפני השופט, על-פי תכליתו האובייקטיבית". לפי הסיפה של פסקה זו עולה שהתכלית האובייקטיבית רלוונטית גם כאשר הסכמות הצדדים אינן רלוונטיות לסוגיה שבמחלוקת, כפי שהדבר בא לידי ביטוי גם כאשר מתקיים חסר (לאקונה). ראו בהקשר זה גם שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 486, ה"ש 4.
- 23 ראו גבריאלה שלו "פרשנות החוזה – תורת ברק: על 'פרשנות במשפט' כרך ד: פרשנות החוזה" מאת אהרון ברק **המשפט** ח 675, 684 (התשס"ג).
- 24 שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 512. על חוזים אחידים, ראו גם עניין **משען**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 158–160.
- 25 ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 140–141.
- 26 דעת הרוב בעניין **המוסד לביטוח לאומי** (לעיל ה"ש 6, פס' 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין) סברה שיש להמשיך להשתמש בכלי של התכלית האובייקטיבית כמוצא אחרון כאשר לא ניתן לאתר את התכלית הסובייקטיבית. דעת המיעוט של השופט הנדל (שם, בעמ' 620–621) ציינה שהמחוקק בתיקון מס' 2 בחר שלא להשתמש בכלי של התכלית האובייקטיבית, ובשל האפשרות ששימוש בכלי זה עלול להטעות יש לתחום אותו לכל היותר ל"מנהג הסוחרים".

ש"לא כל החוזים נולדו שווים". לפי עמדתו יש לבחון את כל החוזים על ספקטרום שבצידו האחד חוזה פתוח שנוסח בקווים כלליים בלבד. חוזים כאמור מסמיכים את בתי המשפט לקרוא לתוכם חיובים חדשים על פי עקרונות של תום לב, הגינות וסבירות, כאשר אלו מותאמים למטרות החוזה (פרשנות תכלית אובייקטיבית). בצידו השני של הספקטרום נמצא חוזה סגור שכל תנאיו מוגדרים הגדרה ברורה ונהירה, והוא אינו נדרש לפרשנות יצירתית. חוזה סגור מכיל בדרך כלל הוראה שהחוזה ממצה את מכלול החיובים והזכויות שבין הצדדים, וכן שאין לשנותו אלא בהסכם בכתב שנחתם בידי הצדדים. במקרה זה אין לקבל אף טענה להסכמה מאוחרת שאינה כתובה וחתומה. במקרים אלו השופט יפרש את החוזה לפי לשונו בלבד (פרשנות תכליתית סובייקטיבית). במקרה של ספק באשר לאמור בחוזה יש להפעיל את הכלל של נטל ההוכחה ואת הכלל של פרשנות נגד המנסח. בחוזה סגור אין להכניס שיקולים ערכיים. חובת תום הלב לא תשפיע במקרה זה על קביעת תוכנו של החוזה. גישה זו מבוססת על תכלית מהותית עסקית ועל הרצון ליצור ודאות חוזית שמפחיתה את עלויות העסקה, יוצרת ביטחון עסקי ומסייעת בגיוס הון. בין שני קצוות אלו חלים חוזים שיש להם חלקים פתוחים וחלקים סגורים. במקרים אלו יחולו על כל חלק הכללים המתאימים לו כאמור לעיל. השופט שטיין מדגיש שהכללים שחלים על פי עמדתו על חוזים סגורים, חלים רק כאשר מדובר ביחסים עסקיים רגילים, דוגמת החוזה מושא פסק הדין. כללים אלו אינם חלים על חוזים אחידים, על הסכמים צרכניים או על חוזי עבודה. בחוזים אלו גם אם הם סגורים יש להפעיל כלים רגולטורים כדי ליצור הגינות, למנוע שליטה בשוק מצד תאגידים רבי-עוצמה, להגן על צדדים חלשים ולהבטיח לציבור הספקה של מוצרים ושירותים חיוניים.²⁷

בהקשר זה מתעורר ספק מסוים. השופט שטיין קבע שבחוזה סגור השופט צריך רק לקבוע את "עובדות החוזה" וכינה זאת: התכלית הסובייקטיבית.²⁸ היה אפשר להניח שהמונח "עובדות החוזה" כולל לא רק את הלשון אלא גם את נסיבות העניין, במיוחד כשבפסקה קודמת כלל השופט שטיין בהגדרה של "תכלית סובייקטיבית", כמקובל, הן את לשון החוזה והן את נסיבות כריתתו.²⁹ ברם השופט שטיין הזכיר בהקשר זה את הכלל מהמשפט המקובל "parol evidence rule". כלל זה מונע מצדדים לחוזה להביא ראיות אחרות, כגון אמירות בעל פה בעת המשא ומתן כראיה לכוונה אחרת משתמעת מתנאי החוזה. למעשה הכלל קובע שראיות חיצוניות אינן קבילות כשמדובר בחוזה בכתב, ובמילים של השופט שטיין: "כלל שפוסל עדות בעל פה אשר באה לסתור את הכתוב בחוזה".³⁰ לכן מהקשר הדברים ברור שהשופט שטיין התכוון במונח "עובדות החוזה" רק

27 עניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 3, פס' 12–17 לפסק דינו של השופט שטיין.

28 שם, פס' 14.

29 שם פס' 11.

30 שם פס' 13. אומנם, השופט שטיין הדגיש שכלל זה מאפשר הבאת עדויות בעל פה בנוגע לחוזה כתוב אך ורק למטרות פרשנות רק כשקיימת עמימות גלויה על פני הכתוב. עם זאת, ציין השופט שטיין כי: "על פי רוב, אם כי לא תמיד, חוזים סגורים מכילים בתוכם הוראה כתובה בדבר היותם ממצים את מכלול החיובים והזכויות שהצדדים ביקשו ליצור עבור עצמם, אשר גם מבהירה כי שום תנאי מתנאי החוזה לא ישונה אלא בהסכם בכתב החתום בידי הצדדים. הוראה כאמור תחסום כל עדות אשר באה לסתור את

ללשון החוזה ולא לנסיבות, והדברים עולים בבירור מפסק דין מאוחר יותר שיצא מתחת ידו בעניין זהבי נ' זהבי. שם הדגיש השופט שטיין, בהסתמכו על עניין ביבי כבישים, שכאשר מדובר בהסכם מפורט ומדויק שנוסח בידי אנשי מקצוע, מן הדין להיצמד ללשונם ולמשמעותם המילולית הפשוטה של ביטויים בחוזה.³¹

בניגוד לשופט שטיין, שהתמקד ברמת הפירוט של החיובים והזכויות (חוזה סגור או פתוח), התמקד השופט גרוסקופף במאפייני הצדדים שערכו את החוזה וסיווגם לשלוש קטגוריות: א. חוזה עסקי בין צדדים עסקיים: בחוזה מסוג זה התכלית היא יצירת פלטפורמה משפטית יעילה שתסייע לצדדים להשתמש במכשיר החוזה בשל היותם צדדים רציונליים, המתמודדים התמודדות שוויונית, והם מתוחכמים דיים להשתמש בכלים המשפטיים לעיצוב החוזה לפי רצונם. כלל פרשני שיאפשר זאת הוא כלל שייתן משקל מכריע ללשון החוזה. הצדדים ידעו שבית המשפט יפרש את החוזה רק לפי הנוסח שהם קבעו. בכך הם ישיגו יציבות, ודאות חוזית ושליטה מוגברת בחוזה ויימנעו מהכנסת פרשנות שלא הייתה מוסכמת על ידי בית המשפט. מנגד, הם יסתכנו בכך שאם ניסוח החוזה לא יתאם את אומד דעתם האמיתי, לא תהא להם רשת ביטחון של בית המשפט שיתקן זאת; ב. חוזה פרטי בין שני אנשים פרטיים: בחוזה מסוג זה התכלית המרכזית היא הגשמת רצון הצדדים, שכן הם בדרך כלל במעמד שווה. ברם היכרותם עם כללי הפרשנות מוגבלת, ולפיכך מוגבלת גם יכולתם להשתמש בשפה החוזית. בחוזים אלו אין לתת ללשון משקל מכריע, שכן הצדדים אינם שולטים ברזי הניסוח; ג. חוזה צרכני בין צד עסקי לבין אדם פרטי: בחוזה מסוג זה קיים חשש שהצד העסקי ינצל את האדם הפרטי, כצד חלש, בשל היכרות הצד העסקי את כללי הפרשנות החוזיים, ולכן התכלית היא לכבד את ערכי היסוד של השיטה כדי למנוע פגיעה בשוויון. גם בסוג זה של חוזים אין לתת ללשון משקל מכריע, בשל חוסר האיזון בין הצדדים שיאפשר רק לצד העסקי ליהנות מהיתרון של היצמדות ללשון החוזה. אם נסכם את עמדת השופט גרוסקופף, אזי בחוזה עסקי יש לפרשו על פי הלשון בלבד, בחוזה פרטי יש לפנות ללשון ולנסיבות, וככל הנראה גם לערכים ציבוריים, ואילו בחוזה צרכני יש לפרשו על פי לשונו ונסיבותיו, וביתר שאת על פי ערכים ציבוריים.³² בהקשר זה מתעורר ספק מסוים. האם כאשר השופט גרוסקופף השתמש במילה "מכריע" באשר למעמד לשון החוזה, הייתה הכוונה למעמד בלעדי, ואין אפוא לפנות לנסיבות כלל, או רק למעמד עדיף, כמקובל בהלכת אפרופים?³³ אם נבחן היגדים נוספים מפסק דינו נראה שהתשובה ברורה:

תנאי החוזה. בהמשך הדברים ציין השופט שטיין: "הוזה אומר: משקבעו הצדדים את דרישת הכתב כבסיס ליחסיהם החוזיים, רצונם יכובד". כאשר במונח "דרישת הכתב" הוא התייחס בהקשר זה ל-"parol evidence rule" (שם). מסקנה זו נלמדת גם מהתייחסותו של השופט גרוסקופף (שם, פס' 1 לפסק דינו), לחוות דעתו של השופט שטיין.

31 ע"א 7669/18 זהבי נ' זהבי, פס' 23 לפסק דינו של השופט שטיין (פורסם בנבו, 8.12.2019).

32 עניין ביבי כבישים, לעיל ה"ש 3, פס' 1-7 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. בהקשר זה, ראו גם שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "חוזה ויחסים – המקרה של שינוי חוזה בהתנהגות" עיונים בתורת החוזה: קובץ מאמרים לכבודה של פרופ' גבריאלה שלו 27-28, 30-31 (צפוי להתפרסם ב-2020).

33 ראו לעיל טקסט בסמוך לה"ש 17.

הפרשן המוסמך (בית המשפט) יפעל על פי הנחיותיהם הכתובות, ולא ינסה לנחש את העומד מאחוריהם לאחר שהתגלע סכסוך ביניהם. ודוק, הצדדים חשופים במקרה זה לסיכון של טעויות בניסוח, במובן זה שאם הניסוח בו יבחרו לא יתאם את כוונתם לא תוענק להם רשת ביטחון שיפוטית שתתקן טעות זו.³⁴

המשמעות היא שהשופט גרוסקופף התייחס רק ל"ניסוח" ורק ל"הנחיות הכתובות", דהיינו ללשון, ושלל אפשרות שבית המשפט יחתור אחר כוונה אחרת שעולה מהנסיבות. בהיגד נוסף קבע השופט גרוסקופף:

כאן מצטלבות דרכיהן של חבריי ודרכי. הן לשיטתם והן לשיטתי יש לקרוא את ההסכם בו עסקינן בצורה צמודה ללשונו, תוך התבססות על ההסדרים שהצדדים בחרו לקבוע בו, והימנעות מלקרוא לתוכו הסדרים שלא בחרו לקבוע בו.³⁵

אומנם הכוונה כאן היא לשלול גם את ההפניה לערכים הציבוריים, אך ההתייחסות המפורשת ללשון גם היא תומכת במסקנה שהכוונה היא לפרש את החוזה על פי הלשון בלבד ולא על פי הנסיבות.

הדברים עולים בבירור מדבריו של השופט גרוסקופף גם בפרשת מאוחרת יותר בעניין A.T.S Investments, Inc: "עסקינן בחוזה עסקי, אשר נערך על ידי אנשי עסקים מנוסים, שחזקה עליהם כי הם בקיאים ברזי הניסוח של מסמכים משפטיים, ולמצער כי באפשרותם להסתייע ביועצי דין. במצב דברים זה יש להעניק ללשון הברורה בה נקטו הצדדים מעמד דומיננטי, מעמד כמעט מכריע, שכן אין הצדקה במקרה הרגיל כי בית המשפט ינסה 'לנחש' את כוונתם – ניסיון שפגיעתו בתכלית הצופה פני עתיד של שכלול ההתקשרות החוזית עולה על תועלת שיכולה לצמוח ממנו להגשמת תכליות אחרות של דיני הפרשנות החוזיים", והפנה לחוות דעתו בעניין **ביבי כבישים**.³⁶ האם במונח "כמעט מכריע" שניתן למעמדה של הלשון יש נסיגה מעמדתו של השופט גרוסקופף בעניין **ביבי כבישים**, שם ניתן ללשון משקל "מכריע"? להבדל זה יש הסבר באותה הפסקה. השופט גרוסקופף הסביר שכאשר קיימת טענה לטעות סופר או לחוזה למראית עין, "דהיינו שלשון החוזה אינה תואמת את כוונתם הסובייקטיבית של המתקשרים בו, ממילא לא ניתן לבחון את תוקף הטענה זו לפי לשון ההסכם (שהרי תורף הטענה הוא שיש להתעלם מהלשון, מאחר שאינה משקפת את אומד הדעת הסובייקטיבי), ועל כן אין מנוס מבירורה על פי הנסיבות החיצוניות, וזאת ללא קשר לסוג החוזה בו עסקינן".³⁷ מכאן ניתן להבין שההבדל בין "כמעט מכריע" ל"מכריע" נובע

34 עניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 3, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

35 שם, פס' 7.

36 ע"א 9025/17 A.T.S Investments Inc. נ' Segal Group (Dresden) GmbH & Co.KG, פס' 22

לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 19.2.2020) (להלן: עניין A.T.S).

37 שם.

מהאפשרות שצד יטען לטעות סופר או לחוזה למראית עין. אך אם טענות אלו לא נטענו בחוזה עסקי, יש להיצמד ללשון ולא לפנות לנסיבות או לערכים ציבוריים.³⁸ השופט פוגלמן בחר לבסס את פסק דינו על העובדה שמדובר בחוזה שנכרת במסגרת מכרז. עובדה זו מחדדת את המחלוקת בין הצדדים בהיבט חשוב נוסף. עקרון השוויון מחייב שפרשנות החוזה לא תסטה מהוראות המכרז ומתכליתן של הוראות אלו שנלמדות מנסיבות העניין.³⁹

ג. התלכדות מהותית או נסיבתית

איך נולדות הלכות? לעיתים קיימת מלאכה לא פשוטה, להסיק מדעות השופטים אם נוצרה הלכה, ולו בדעת רוב, או שכל אחד מהשופטים הוא דעת יחיד אף שהם הגיעו לאותה התוצאה. לצורך חידוד סוגיה זו אציע הבחנה בין "התלכדות מהותית" של דעות השופטים לבין "התלכדות נסיבתית". התלכדות נסיבתית מתרחשת כששני שופטים מחילים את אותו כלל משפטי ומגיעים לאותה תוצאה, אך כל אחד החיל את הכלל על פי קריטריון אחר, כשבמקרה מושא פסק הדין מתקיימים שני הקריטריונים. למשל, אם שופט א יחיל את הכלל המשפטי רק על מי שהוא מעל גיל 50, ושופט ב יחיל את הכלל המשפטי רק על מי שהוא מרכיב משקפיים, אזי אם האדם מושא פסק הדין הוא בן 55 ומרכיב משקפיים, שני השופטים יחילו את הכלל המשפטי, אך לא נוצרה הלכה, שכן יש כאן רק התלכדות נסיבתית. לעומת זאת התלכדות מהותית מתרחשת כששני שופטים מגיעים לאותה תוצאה על פי אותו כלל משפטי, אך שופט א דורש שני קריטריונים מצטברים, ואילו שופט ב דורש רק קריטריון אחד מבין השניים, ובמקרה מושא פסק הדין מתקיימים שני הקריטריונים. למשל, אם שופט א יחיל את הכלל המשפטי על כל מי שהוא מעל גיל 50 ומרכיב משקפיים, ושופט ב יחיל את הכלל המשפטי רק על מי שהוא מרכיב משקפיים, אזי אם האדם מושא

38 אומנם פרופ' גבריאלה שלו וד"ר אפי צמח טוענים שיש פער בין הרטוריקה של השופט גרוסקופף בפרשה זו לבין הפרקטיקה, שכן מייד לאחר הדברים דלעיל פנה השופט גרוסקופף לבחינת הנסיבות, ולכן מה שקובע היא הפרקטיקה ולא הרטוריקה. ראו גבריאלה שלו ואפי צמח "עוד על מעמדה של אפרופים בעקבות פסק דין ע"א 9025/17 A.T.S Investments Inc נ' Segal Group (Dresden) **בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית** 24.2.2020 tinyurl.com/y9hsek53 (להלן: שלו וצמח "עוד על מעמדה של אפרופים"). לטענה זו ניתן להשיב כי השופט גרוסקופף פנה גם לנסיבות בשל הרצון להראות שניתן להגיע לתוצאה דומה גם במסלול זה ("ואכן, גם אם נרחיב את בחינתנו מעבר ללשון ההסכמים, עדיין נגיע לאותה מסקנה", ראו עניין A.T.S, לעיל ה"ש 36, פס' 23), שמתלכד עם דעות השופטות האחרות בהרכב. לדעתי, יש לתת משקל לרטוריקה שהיא קובעת את הכלל. ואכן כך סברו פרופ' גבריאלה שלו וד"ר אפי צמח באשר לאמירות של השופט דנצינגר כאשר הם זיהו פער בין הרטוריקה לפרקטיקה, ראו שלו וצמח "דין פירוש החוזה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 16–18.

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

פסק הדין הוא בן 55 ומרכיב משקפיים, שני השופטים יחילו את הכלל המשפטי, וניתן לומר שנוצרה הלכה, שכן שני השופטים מסכימים שאם מתקיימים שני הקריטריונים, הכלל המשפטי חל. שופט א דורש את שני הקריטריונים, ואילו שופט ב מסתפק באחד מהם, אך בוודאי סובר שאם גם הקריטריון השני מתקיים ההלכה חלה. במקרה זה יש התלכדות מהותית.

כדוגמה להתלכדות מהותית ניתן להביא את עניין צים נ' מזיאר. בית המשפט דן בתניית פטור מנזקי גוף שנכללה בקבלה על תשלום לשיט באונייה של צים. השופט זילברג הביע את העמדה המחמירה בפסק הדין שלפיה יש לפסול כל תניה שפוטר מנזקי גוף גם בחוזה רגיל. השופט לנדוי הביע את עמדת האמצע שיש לפסול כל תנאי שפוטר מנזקי גוף רק בחוזה אחיד. ואילו השופט ויתקון הביע את העמדה המקילה שלפיה יש לפסול כל תנאי שפוטר מנזקי גוף רק בחוזה אחיד ורק בשירות חיוני.⁴⁰ לפיכך ניתן לומר שיש דעת רוב כאשר קיימת תניה שפוטר מנזקי גוף בחוזה אחיד. במקרה זה הן השופט זילברג והן השופט לנדוי מסכימים שאין להכיר בתניה. השופט לנדוי דורש את שני התנאים: תניה שפוטר מנזקי גוף וחוזה אחיד. השופט זילברג מסתפק בקיומה של תניה שפוטר מנזקי גוף כדי שהיא תיפסל, ברם הוא בוודאי מסכים שאם היא קיימת בחוזה אחיד יש לפסול אותה. וזו אכן נחשבת להלכת צים, שאף נחקקה ברפורמה האחרונה בחוק החוזים האחידים.⁴¹

ד. האם שונתה הלכת אפרופים בעקבות עניין ביבי כבישים?

בעניין ביבי כבישים ביסס כל אחד מהשופטים את פסק דינו – שיש להתחשב בלשון החוזה בלבד – על קריטריון אחר: השופט שטיין – חוזה סגור, השופט גרוסקופף – חוזה עסקי, והשופט פוגלמן – חוזה במסגרת מכרז (לשון ונסיבות).⁴² מכאן עולה שפסק הדין מתבסס על שלושה קריטריונים שונים, ובשל עובדה זו קיימת דעה רווחת כי הלכת אפרופים לא

40 ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלי בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1333–1334 (השופט זילברג), 1335–1336 (השופט (כתוארו אז) לנדוי), 1338–1339 (השופט ויתקון) (1963).

41 ס' 5(ב) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. לדעה שעמדת השופט לנדוי (שם) היא "הלכת צים", ראו גבריאלה שלו דיני חוזים 621 (מהדורה שנייה, 2003). פרופ' שלו רואה בדעתו של השופט לנדוי הלכה, שכן היא הדעה הממוצעת בין שתי הדעות הקוטביות האחרות. לדעתי הלכת צים היא דעתו של השופט לנדוי, שכן כבר בדעה זו יש לנו שני תומכים כאמור לעיל. הלכה זו זכתה להתפתחויות מאוחרות יותר, שכבר אינן רלוונטיות, בשל ס' 5(ב) לחוק החוזים האחידים, שנחקק בשנת 2014. אומנם, תניות פטור לנזקי גוף יכולות להיות גם בחוזים רגילים, אך לא אעמוד על הפסיקה בעניינן, שכן הן נדירות מאוד, והלכת צים הובאה במאמר זה רק לדוגמה להתלכדות מהותית. בהקשר זה, ראוי לציין שניתן לתאר מקרים שבהם בעל הדעה המקילה שדורש פרמטר אחד יסבור שההלכה חלה ללא סיוג, ולכן לא יצטרף לדעה שדורשת שני פרמטרים (כולל הפרמטר שלו). ברם נראה שמקרים אלה נדירים.

42 בכך שונה דעתו של השופט פוגלמן מדעותיהם של השופטים שטיין וגרוסקופף, שסבורים שבעניין ביבי כבישים (לעיל ה"ש 3) יש להתחשב בלשון בלבד.

שונתה,⁴³ אם כי הובעה גם דעה מנוגדת לזו, ולפיה הלכת אפרופים בוטלה.⁴⁴ כדי לבחון אם הלכת אפרופים שונתה אם לאו, יש לבחון על פי הצעתי אם קיימת התלכדות מהותית שמהווה שינוי מהלכת אפרופים. אילו לא היה השופט שטיין מדגיש שההבחנה שלו בין חוזה סגור לפתוח חלה רק בחוזים עסקיים, היה אפשר לומר שיש כאן התלכדות נסיבתית בחוזה עסקי סגור. השופט שטיין מחייב להיצמד ללשון החוזה בשל היות החוזה סגור, והשופט גרוסקופף מחייב להיצמד ללשון החוזה בשל היות החוזה עסקי. ברם מאחר שהשופט שטיין דורש שני תנאים להיצמדות ללשון החוזה: חוזה סגור שהוא גם חוזה עסקי, יש כאן התלכדות מהותית עם השופט גרוסקופף. השופט שטיין דורש שני תנאים מצטברים לתחולת הכלל של היצמדות ללשון: חוזה עסקי וחוזה סגור, ואילו השופט גרוסקופף מסתפק בחוזה עסקי, אך בוודאי יסכים שאם מדובר בחוזה עסקי סגור, יש להיצמד ללשון החוזה בלבד, וזו התלכדות מהותית. יתרה מזאת, שני השופטים משתיתים את הקריטריון שקבעו על אותה הצדקה. השופט שטיין כאמור מדגיש שקביעתו נשענת על תכלית מהותית עסקית שמבוססת על הרצון ליצור ודאות חוזית, שמפחיתה את עלויות העסקה, יוצרת ביטחון עסקי ומסייעת בגיוס הון, ואילו השופט גרוסקופף סבור שהתכלית היא השגת יציבות, ודאות חוזית ושליטה מוגברת בחוזה. כאשר ההתלכדות הייתה גם בהנמקה ולא רק בתוצאה, התגבשה למעשה דעת רוב שמצמצמת את הלכת אפרופים. הטבלה להלן תמחיש היכן דעות השופטים שטיין וגרוסקופף מתלכדות והיכן הן חלוקות. הטבלה עורכת הבחנה

43 לעמדתו של פרופ' איל זמיר, ראו מתן ברנר "הלכת אפרופים, גרסת 2019" גלובס (1.12.2019) [tinyurl.com/yaadvry4](https://www.globes.co.il/article/574444). עם זאת, במאמר שכתב הרחיב את דבריו בכל הנוגע לפרשת ביבי כבישים. מדבריו עולה כי לפחות כשמדובר בעמדות השופטים שטיין וגרוסקופף ויישומן בעובדות המקרה הספציפי, שיטתן סוטה במידה ניכרת מהלכת אפרופים. לפיכך קיימת אי-בהירות באשר למידת הסטייה של ביבי כבישים מהלכת אפרופים כעניין שבהלכה שיפוטית, וחשוב שבית המשפט העליון יבהיר את השאלות שהתעוררו בעקבות פסק הדין. ראו איל זמיר "פירוש חוזים: תיאוריה, דין, עובדות וערכים (בשולי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)" משפטים נא (צפוי להתפרסם ב-2021). כן ראו את מאמרם של ד"ר אפי צמח וד"ר עמרי בן-צבי, שם הם מביעים את העמדה כי פסק הדין בעניין ביבי כבישים (שם) אינו סוטה מהלכת אפרופים נוכח הפער בין עמדות השופטים שטיין וגרוסקופף במישור התאורטי. ראו אפי צמח ועמרי בן-צבי "על הקשר בין תיאוריה לפרקטיקה בדיני חוזים" משפטים נא, טקסט ליד ה"ש 45–46 (צפוי להתפרסם ב-2021); אפי צמח ועמרי בן-צבי "דעה: פרשת ביבי כבישים, הלכת אפרופים ומותו של האקטיביזם כקטגוריה ציבורית משמעותית" גלובס (26.12.2019) [tinyurl.com/yb3ork83](https://www.globes.co.il/article/574444); שלו וצמח "עוד על מעמדה של אפרופים", לעיל ה"ש 38. בהקשר זה, ראו גם עלי בוקשפן "פירושו של חוזה – באילו נסיבות חשובות הנסיבות?" משפטים על אתר טו (2020), שעומד על כך שגם נסיבות הכריתה הן חלק מנסיבות החוזה.

44 ראו גיל ברינגר "דעה העליון מטלטל את דיני החוזים בישראל: ביטל את הלכת אפרופים" גלובס (29.11.2019) [tinyurl.com/ydewgmwv](https://www.globes.co.il/article/574444). לדעת הכותב, לפי דעות השופטים שטיין וגרוסקופף, כאשר מדובר בחוזה עסקי מפורט הוא יפורש רק על פי לשונו ולא על פי תפיסות עולם ותכליות חיצוניות. מדבריו אלה עולות כמה תהיות: (א) חסרה הבהרה איך ניתן לחבר את דעותיהם של השופטים שטיין וגרוסקופף זו לזו; (ב) לא ברור אם הוא מפרש את דעות השופטים שטיין וגרוסקופף, כך שלא ניתן לפנות גם לנסיבות בחוזים אלו. ההתייחסות ללשון החוזה היא בהנגדה לתכליות החיצוניות; (ג) לא ברור מדוע לדבריו הלכת אפרופים בוטלה, שהרי לא כל החוזים הם חוזים עסקיים ומפורטים.

בין מאפייני הצדדים לחוזה: צרכני, פרטי ועסקי, וכן בכל סוג היא בוחנת את עמדות השופטים כלפי חוזה פתוח או סגור – הבחנה הרלוונטית רק לשופט שטיין.

	צרכני	פרטי	עסקי
סגור	<p>השופט שטיין: כלים רגולטוריים ולא תכלית אובייקטיבית.</p> <p>השופט גרוסקופף: הלכת אפרופים בדגש על ערכים ציבוריים.</p>	<p>השופט שטיין: הלכת אפרופים.</p> <p>השופט גרוסקופף: הלכת אפרופים.</p>	<p>השופט שטיין: לשון בלבד. אם החוזה לא ברור – להסתמך על נטל ההוכחה ועל כלל הפרשנות נגד המנסח. לא לפנות לנסיבות ולא לתכלית האובייקטיבית (ערכים ציבוריים).</p> <p>השופט גרוסקופף: לשון בלבד. אם הלשון אינה משקפת את כוונת הצדדים, אין פונים לנסיבות ולא לערכים ציבוריים.</p>
פתוח	<p>השופט שטיין: כלים רגולטוריים ולא תכלית אובייקטיבית.</p> <p>השופט גרוסקופף: הלכת אפרופים בדגש על ערכים ציבוריים.</p>	<p>השופט שטיין: הלכת אפרופים.</p> <p>השופט גרוסקופף: הלכת אפרופים.</p>	<p>השופט שטיין: בחלקים הפתוחים תכלית אובייקטיבית.</p> <p>השופט גרוסקופף: לשון בלבד. אם הלשון אינה משקפת את כוונת הצדדים, אין פונים לנסיבות ולא לערכים ציבוריים.</p>

כאמור קיימת התלכדות מהותית רק בחוזים עסקיים סגורים באשר לשאלה אם ניתן לפנות לנסיבות כריתת החוזה או שיש רק להיצמד ללשון החוזה, וכן אם ניתן להפעיל את התכלית האובייקטיבית ובאמצעותה להכניס לחוזה שיקולים ערכיים ציבוריים. הן השופט שטיין והן השופט גרוסקופף קובעים שבמקרה זה אין לפנות לנסיבות ואין לפנות לערכים ציבוריים. השופט פוגלמן הגיע לתוצאה דומה בפסק הדין, אך הקריטריון שלו – חוזה במסגרת מכרז – אינו מתלכד מהותית עם הקריטריונים של השופטים שטיין וגרוסקופף אלא מתלכד רק נסיבתית, שכן מכרז יכול להיות במסגרת עסקית או פרטית, ומכרז יכול להיות בתנאים סגורים או פתוחים, וכן הוא סבור שיש להתחשב גם בנסיבות.⁴⁵ לכן ההלכה שנוצרה היא רק בעניין ההתלכדות המהותית בין השופטים שטיין וגרוסקופף. לפיכך הלכת אפרופים לא בוטלה בעניין ביבי כבישים, אך ניתן לומר שהיא צומצמה, ולכן שונתה באשר

45 במסגרת ההחלטה בדנ"א 8100/19 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 19.4.2020) (להלן: **ד"נ ביבי כבישים**) ציינה הנשיאה חיות (שם, פס' 6 לפסק דינה), את דבריו של השופט פוגלמן, שלפיהם: "אף אם יש מקום להידרש לתכלית האובייקטיבית של החוזה, המבקשת לא הצביעה על כך שתכלית כזו תוביל לתוצאה שונה". ברם, בפסק דינו של השופט פוגלמן בערעור הניסוח מעט שונה: "אף אילו הייתי מניח כי בענייננו יש להידרש לתכלית האובייקטיבית איני סבור כי ביבי כבישים הצביעה על תכלית כאמור שתאפשר להגיע לתוצאה שונה". לכן מהניסוח המקורי נראה שהשופט פוגלמן אינו סבור שיש להידרש לתכלית האובייקטיבית.

לשאלה אם ניתן לפנות לנסיבות ואם ניתן לפנות לתכלית האובייקטיבית בחוזים עסקיים סגורים. עובר לעניין **ביבי כבישים**, גם בחוזים עסקיים סגורים היה צורך לפנות תחילה גם לנסיבות, ואם התכלית הסובייקטיבית המשותפת לא הייתה ברורה, היה צורך לפנות לתכלית האובייקטיבית. לאחר עניין **ביבי כבישים** יש לפנות בחוזים עסקיים סגורים רק ללשון החוזה, ואם היא לא ברורה, אזי לפי השופט שטיין ניתן להתבסס על כלל נטל ההוכחה או על כלל הפרשנות נגד המנסח. השופט גרוסקופף קבע שבית המשפט לא יסייע לצדדים במובן של פנייה לנסיבות או לערכים ציבוריים, בדומה לשופט שטיין, ונראה שגם הוא יסכים שהתובע צריך להוכיח את תביעתו, בבחינת המוציא מחברו עליו הראיה, והוא ודאי לא יתנגד לכלל הפרשנות נגד המנסח שמופיע במפורש בסעיף 25 (ב1) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. בהקשר זה מעניין לציין שפסיקת בתי המשפט בערכאות הדיוניות לאחר הלכת **ביבי כבישים** אכן רואה במקרים רבים בפסק הדין הלכה מחייבת ולא רק דעות יחיד לא מחייבות.⁴⁶

46 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 31364-01-15 **צמרת גני חדרה 1989 בע"מ נ' ניו-פארם דראגסטורס בע"מ**, פס' 56 לפסק דינה של השופטת אברהמי (פורסם בנבו, 1.12.2019). פסק הדין מנתח את המקרה לפי הקריטריונים של השופט שטיין וקובע שמדובר בחוזה עסקי הנוטה לחוזה סגור, ושל השופט גרוסקופף, שכן מדובר בחוזה עסקי, ולכן יש לתת ל"לשון ההסכם משקל רב שמא 'מכריע'. עם זאת, בית המשפט מדגיש כי "אין לשלול אפשרות לקיומם של מקרים בהסכמים מסוימים בהם – חרף סעיף חוזי הדורש הסכמה כתובה וחתומה לצרכי שינוי חוזה – יוכח שינוי מוסכם בדרך אחרת" (שם, פס' 29). לפסק דין נוסף שמיישם את דעותיהם של השופטים שטיין וגרוסקופף ומציין שמדובר בגישות דומות אך לא זהות, ראו ת"א (שלום פ"ת) 27542-07-15 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בלסקי**, פס' 12-16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.12.2019): "העולה, איפוא מן הדברים הוא, שלפי שתי השיטות המצויות בפסקה ד' בפרשת ביבי הנ"ל, הן זו בה נקט כב' השופט שטיין, והן זו שננקטה ע"י כב' השופט גרוסקופף, במקרה דנן יש להיצמד ללשונם הכתובה של ההסכמים, ואין מקום לפרשנות מרחיבה. כפי שנאמר לעיל, מדובר במערכת הסכמית מפורטת, שנכרתה בין שני גורמים עסקיים בעניין שהוא עסקי לחלוטין". במקרה זה רואים את ההתלכדות המהותית בחוזה עסקי מפורט, כאשר בית המשפט קובע שיש להיצמד ללשון הכתובה ואין מקום לפרשנות מרחיבה, דהיינו אין מקום לפנות לנסיבות או לערכים חיצוניים. ראו גם ת"א (שלום ת"א) 7446-02-16 **טאק-אסטרטגיות צמיחה בע"מ נ' דרורי שלומי פרסומאים בע"מ**, פס' 6.2 לפסק דינו של השופט ברקאי (פורסם בנבו, 17.12.2019): "הגם שבפרשת ביבי כבישים הנוכחת לעיל הגיעו כל אחד מהשופטים לתוצאה בנימוקים שאינם זהים – הרי בפועל כרי שכאשר קיים הסכם שמשמעותו עולה ממילותיו וכאשר שני הצדדים להסכם הם אנשי מקצוע, הרי יש מקום לפעול בהתאם להוראות ההסכם ולא לקרוא לתוכו הוראות שלא נרשמו בו". גם כאן רואים את ההתלכדות המהותית כאשר מדובר באנשי מקצוע, ומשמעות ההסכם עולה ממילותיו, דהיינו מדובר בחוזה עסקי שהלשון בו מפורטת דייה, יש להיצמד ללשון ולא להשלים הוראות שאין בו. ראו גם ת"א (שלום ת"א) 34146-09-16 **מכבי נ' אורבן קופיקס בע"מ**, פס' 33 לפסק דינה של השופטת פלד (פורסם בנבו, 10.12.2019); ת"א (שלום ים) 27113-11-16 **ביו דיזל תעשיות מיחזור (נכסים) ש.ק. בע"מ נ' טל הל יסכה בע"מ**, פס' 13 לפסק דינו של השופט בורשטיין (פורסם בנבו, 16.12.2019); ת"א (שלום כ"ס) 31246-07-18 **בנדיקטה נדל"ן בע"מ נ' פ. גורדי הנדסה בע"מ**, פס' 56 לפסק דינה של השופטת בולמש (פורסם בנבו, 9.12.2019); ת"א (שלום פ"ת) 5876-11-19 **ת.א. טלקום בע"מ נ' שטיינר**, 3 (פורסם בנבו, 10.12.2019). מעניין שבת"א (שלום ראשל"צ) 44279-01-18 **יד-אל שות' נ' אל-שפ בע"מ** (פורסם בנבו, 10.12.2019), ניתנה החלטה שמבקשת מהצדדים לחוות דעתם באשר להשלכת פסק הדין בעניין **ביבי כבישים** על התובענה הנדונה. עם זאת, בת"א (שלום כ"ס) 10580-09-17 **דיין נ' יקותיאל ביונס ננטר בע"מ**, פס' 19 לפסק דינו של השופט קרשן (פורסם בנבו, 15.12.2019), בית המשפט מפנה

ה. השלכות ההחלטה בדיון הנוסף בעניין ביבי כבישים

לאחר שליחת המאמר לפרסום התפרסמה ההחלטה שדחתה את הבקשה לדיון נוסף בעניין **ביבי כבישים**. בהחלטה זו קבעה הנשיאה חיות בדבר פסק הדין בערעור האזרחי:

משיש בפסק הדין הסכמה ביחס לתוצאה אך הנמקות שונות הובילו אליה, לא ניתן לקבוע כי נקבעה בו הלכה, לא כל שכן הלכה גלויה ומפורשת, ומשכך אין מתקיים במקרה דנן התנאי הראשון וההכרחי לקיומו של דיון נוסף.⁴⁷

האם מסקנה זו היא למעשה התוצאה ההלכתית העתידית? כמענה לשאלה זו ראוי להיזכר בפסקה הבאה שלקוחה אף היא מהחלטה לדחות בקשה לדיון נוסף:

נראה לי כי אין בניתוח המקיף והמעמיק של השאלות שנדונו בפסק הדין (הן הכלליות והן המיוחדות לנסיבות המקרה), סטיה מהדין או מההלכה. מבלי למעט מחשיבותה של הסוגיה שנדונה בפסק הדין ומעומק ניתוחה על ידי השופטים שישבו בדיון, ותוך נתינת הדעת לתוצאות פסק הדין, אין, לדעתי, מקום לדיון נוסף בה.

מדובר למעשה בהחלטה לדחות את הבקשה לדיון נוסף בעניין **אפרופים**!⁴⁸ האם אכן הלכת **אפרופים** לא היוותה הלכה חדשה? כידוע, ההחלטה בדיון הנוסף בעניין **אפרופים** לא קבעה את עתידה של הלכת **אפרופים**, שנחשבת כאמור להלכה החשובה ביותר בתחום דיני פרשנות חוזים.⁴⁹ יתרה מזאת, מאוחר יותר הלכה זו נדונה בדיון הנוסף בעניין מגדלי הירקות, שהיה למעשה הדיון הנוסף על הלכת **אפרופים**.⁵⁰ ייתכן שבעתיד יידרש בית המשפט לחזור על פרוצדורה נדירה זו.

ו. סיכום

פרשת **ביבי כבישים** זכתה להד תקשורתי נרחב ועסקה בשאלה אם הלכת **אפרופים** צומצמה, בוטלה או לא שונתה כלל. לפי ההתלכדות המהותית בין דעות השופטים שטיין וגרוסקופף באשר לחוזים עסקיים סגורים, הסוברים כי יש לפרשם רק על פי לשונם בלבד, ואין לפנות

לפסיקת השופט שטיין בנוגע לחוזה סגור בלי לשים לב שמדובר באותו המקרה בחוזה שחל עליו חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, ובסוג זה של חוזים אין חלים הכללים שקבע השופט שטיין לחוזה עסקי סגור בעניין **ביבי כבישים** (לעיל ה"ש 3, פס' 17).

47 ד"נ **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 45, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

48 דנ"א 2485/95 **אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 3 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (פורסם בנבו, 4.7.1995).

49 ראו לעיל ה"ש 2.

50 ראו לעיל טקסט בסמוך לה"ש 6.

לנסיבות כריתתם או לערכים ציבוריים, ניתן לומר שעניין **ביבי כבישים** אכן צמצם במידת מה את הלכת **אפרופים**. לפי הלכת **אפרופים**, גם בחוזה עסקי סגור היה צורך לפנות תחילה גם לנסיבות, ואם לא היה אפשר לאתר את הפרשנות התכליתית הסובייקטיבית המשותפת לשני הצדדים, היה צורך לפנות לתכלית האובייקטיבית. כעת לאור הלכת **ביבי כבישים** חוזים עסקיים סגורים יפורשו רק על פי לשונם. אם הלשון לא תהא ברורה, אזי לפי השופט שטיין יהיה אפשר להכריע את הדיון לפי נטל ההוכחה הרובץ בדרך כלל על התובע או לפי כלל הפרשנות נגד המנסח. לא נראה כי דעת השופט גרוסקופף תנגוד אפשרות זו. על אף האמור בהחלטה לדחיית הבקשה לדיון הנוסף בעניין זה נראה כי לא נאמרה המילה האחרונה על החידושים הפרשניים בעניין **ביבי כבישים**.