

פרשנות חוזים: תאוריה ופרקטיקה
(בשולי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ'
רכבת ישראל בע"מ)

מאת

אפי צמח ועמרי בן-צבי*

תאוריות של דיני חוזים מציעות הסבר והצדקה לדיני החוזים באמצעות עקרונות נורמטיביים שונים. המאמר מצדד בדעה שלפיה לפחות בתחום דיני החוזים התאוריה לא רק מרתקת מבחינה עיונית אלא גם חשובה מבחינה מעשית; היא משמשת אמצעי מתודולוגי לחשיפת העקרונות שביסוד הדין, ועל כן תורמת להבנה מעמיקה יותר של דיני חוזים ושל הכרעות בתחום זה. לצורך הדגמת גישה זו המאמר משתמש בפסק הדין בעניין **ביבי כבישים**, שבו הציעו שופטי ההרכב עמדות שונות בנושא פירוש חוזים, ושעורר אי-בהירות בנוגע לשאלה אם פסק הדין הוא בגדר חידוש הלכתי הסוטה מהלכת **אפרופים**. לאחר הצגת פסק הדין בוחן המאמר את בסיסו התאורטי, גם לרקע פסיקות אחרות של בית המשפט העליון מן העת האחרונה. הניתוח התאורטי נסמך על תאוריות מגוונות, ובהן תאוריית הרצון, יעילות כלכלית ותאוריות מזרם הכתיבה המכונה נאורפורמליזם, תאוריות המקדמות שיקולי הוגנות ומעודדות ערכים חברתיים וציבוריים ופלורליזם תאורטי. הבחינה התאורטית של פסק הדין נעשית גם לרקע טענות מלומדים שלהערכתם פסק הדין בעניין **ביבי כבישים** מסמן, מן ההיבט הענייני, סטייה מהלכת **אפרופים**. משותף לשיטות אלה הוא הניסיון לבחון את השלכותיו של פסק הדין בדרך של ניתוח פסק הדין מתוכו, תוך התרכזות ברטוריקה המשפטית של השופטים והדגשת תוצאותיו או הכללים המשפטיים שנקבעו בו. משותפת לשיטות אלה גם ההתעלמות הכמעט מוחלטת שלהן מהרלוונטיות של התאוריה שבבסיס כל הנמקה. המחברים טוענים כי המפתח להבנת פסק דין טמון דווקא בהארתו באמצעות התאוריות השונות. לפי הטענה, ניתוח פסק הדין מתוכו, שאינו מאירו גם בורקור תאורטי, תופס רק חלק מן המכלול ומביא להחמצת חלק מרכזי מהתמונה, ובענייננו: להחמצת הסיפור המרכזי הגלום בפסק הדין **ביבי כבישים**.

מבוא. א. תקציר הפרקים הקודמים. ב. ביבי כבישים: העובדות והפסיקה. ג. ניתוח פסק הדין מתוכו. ד. תאוריה. 1. שיטת שטיין: התאוריה הקלאסית, מוניזם תאורטי ופורמליזם משפטי. 2. שיטת גרוסקופף: פלורליזם תאורטי. ה. סיכום.

מבוא

מחקר משפטי יכול להיעשות מנקודות מבט מחקריות מגוונות. ניתן למקד את הבחינה בניתוח של כללי דין, דוקטרינות, הכרעה משפטית או תוצאות של פסיקה מסוימת (ניתוח

* דוקטורים ומרצים למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המחברים מבקשים להודות לאיל זמיר, לאורי כץ, ליובל פרוקצ'יה ולשרון שקרג'י על הערותיהם המועילות לטיטות מוקדמות של המאמר.

המשפט מתוכו). בדרגת הפשטה גבוהה יותר ניתן למקד את הבחינה בתאוריות של ענפי דין ושל המשפט. תאוריות שונות ניתנות אף הן לחלוקה. מקובל למשל להבחין בין תאוריה תיאורית, לתאוריה נורמטיבית ולתאוריה פרשנית. תאוריה תיאורית מציעה תיאור והסבר לדין שאין בצידו בהכרח טיעון נורמטיבי (עם זאת תאוריה כזו עשויה לשמש אמצעי לקידום טענות נורמטיביות או מדריך להחלטות נורמטיביות). תאוריה נורמטיבית מציעה הצדקה לדין ושואפת לבסס הנחיות לעיצובו ללא מחויבות למסגרת דין מסוימת. תאוריה פרשנית נושאת סממנים נורמטיביים ותיאוריים יחד. היא מבקשת הן להצדיק הן לתאר מסגרת דין מסוימת באמצעות עיקרון או עקרונות נורמטיביים. תאוריה פרשנית היא אפוא ניסיון להציע פרשנות של הדין אשר תהלום את כלליו ותשלבם יחד לכדי יחידה נורמטיבית הרמונית, שיטתית והגיונית.¹

תיאור זה הולם גם את התאוריה של דיני החוזים. תאוריות פרשניות של דיני חוזים מציעות הסבר והצדקה לדיני החוזים באמצעות עקרונות נורמטיביים שונים.² לדוגמה: החובה המוסרית לקיים הבטחות, האוטונומיה של הרצון החופשי, הסתמכות, צדק מתקן, יעילות כלכלית, ערכים חברתיים וציבוריים, שיקולי הוגנות ואיזון התמורות, צדק חלוקתי ופולורליזם תאורטי המשלב, בדרכים שונות, כמה עקרונות יחד.³

1. ANTHONY A. D'AMATO, JURISPRUDENCE: לתאוריות דסקריפטיביות ונורמטיביות במבט כללי ראו A DESCRIPTIVE AND NORMATIVE ANALYSIS OF LAW (1984); ROSCOE POUND, JURISPRUDENCE vol. 2, 163–167 (1959).
2. למהותן של תאוריות פרשניות של דיני חוזים ראו למשל STEPHEN A. SMITH, CONTRACT THEORY 4–5 (2004); MELVIN A. EISENBERG, FOUNDATIONAL PRINCIPLES OF CONTRACT LAW ch. 1 (2017). כן ראו Melvin A. Eisenberg, *The Theory of Contracts*, in THE THEORY OF CONTRACT LAW: NEW ESSAYS 206, 213 (Peter Benson ed., 2001); ERIC POSNER, CONTRACT LAW AND THEORY (2011); THE THEORY OF CONTRACT LAW: NEW ESSAYS (Peter Benson ed., 2001); PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW (Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai eds., 2014); BRIAN BIX, CONTRACT LAW: RULES, THEORY AND CONTEXT 132–136 (2012); Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, 97 COLUM. L. REV. 1710–1713 (1997) (להלן: Zamir, *The Inverted Hierarchy*). ראו גם גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** (מהדורה רביעית, 2019).
3. ראו למשל CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE (1981) (תאוריה המבססת את דיני החוזים על החובה המוסרית לקיים הבטחות ועל האוטונומיה של הרצון); Lon L. Fuller & William R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*, 46 YALE L.J. 52 (1936) (ניסיון להסביר את דיני החוזים באמצעות רעיונות של הסתמכות וצדק מתקן); PATRICK S. ATIYAH, PROMISES, MORALS, AND LAW (1981); Patrick S. Atiyah, *Contracts, Promises and the Law of Obligations*, in ESSAYS ON CONTRACT 10 (1986) (תאוריה המושתתת על רעיונות של הסתמכות והתעשרות). כן ראו Anthony T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 472 (1980) (להלן: Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*); Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract Law and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563 (1982) (להלן: Kennedy, *Distributive*); איל זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** 107–100 (1996) (להלן: זמיר **פירוש והשלמה**) (תאוריה של צדק מחלק); שם, בעמ' 89–100 (תאוריה של הוגנות חוזית); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW ch. 4 (9th ed. 2014); STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2004) (להלן: Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*).

תחום דיני החוזים מדגים היטב את ההתלבטות הקיימת בנוגע לתרומתו של הניתוח התאורטי לשאלות מעשיות. מצד אחד רווחת הסברה כי לדיון התאורטי חשיבות מעשית. בלשונו של הפסיכולוג קורט לוין, "There is nothing as practical as a good theory"⁴. מקובל כי תאוריות של דיני חוזים מספקות אמת מידה לתיאור הדין, להערכתו ולביסוס הנחיות ליישומן ולפיתוחו. במידה רבה התאוריה יוצקת בדין משמעות על ידי הכפפתו לרעיונות מארגנים, ובכך היא מעשירה את הניתוח המשפטי ומסייעת בהבהרת תכניו ומגמותיו של הדין. מהצד האחר ניתן לסבור כי הכתיבה התאורטית רחוקה מהעשייה המשפטית, וכי תרומתו של המחקר התאורטי לנושאים המעסיקים את אנשי המעשה מוטלת בספק. פקפוק בתרומתה של התאוריה לעשייה המשפטית ולקידום המשפט ניתן למצוא גם בקרב חוקרים בתחום החוזים. חלקם אינם אוהדים את המפעל התאורטי המופשט ודוגלים בגישה שניתן לכנותה "אנטי-תאורטית". כך היא, כמדומה, עמדתו הפרגמטית של פרופ' אלן פרנסוורת' (Allan Farnsworth), מבכירי החוקרים האמריקנים בתחום דיני החוזים, שלפיה ראוי לזנוח את העיסוק בשאלות תאורטיות ולהתמקד בדוקטרינה המשפטית ובפתרון סוגיות מעשיות.⁵ אחרים דוחים את עצמם האפשרות של תאוריה של חוזים.⁶ עמדה המתנגדת לתאוריה או להיבטים שונים בה עשויה להתבסס על טיעונים מסוגים שונים. ניתן לטעון למשל כי עצם הניסיון להסביר את הדין ולהצדיקו באמצעות רעיונות מופשטים הוא בגדר הכללת יתר או פרופוזיציות כלליות שאין בכוחן להכריע מראש מקרים קונקרטיים.⁷ באופן ספציפי יותר, ניתן לטעון שבמבחן המעשה כל התאוריות הנבדלות זו מזו מוליכות למסקנות דומות באשר לעיצובו של כלל ספציפי, ועל כן מאבדים הדקדוקים התאורטיים מחשיבותם. כיוצא בזה יש הסבורים כי במבחן התוצאה העיון התאורטי, או

- ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW & ECONOMICS* (6th ed. 2011); (FOUNDATIONS ניתוח כלכלי של דיני חוזים). לענפי חשיבה תאורטיים המערערים את הנחות היסוד של הניתוח הכלכלי המסורתי ראו Botond Koszegi, *Behavioral Contract Theory*, 52 J. ECON. LIT. 1075 (2014) (כלכלה התנהגותית של דיני חוזים); EYAL ZAMIR & DORON TEICHMANN, *BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS* 237-279 (2018) (תאוריה התנהגותית של דיני חוזים); Robert A. Hillman, *The Crisis in Modern Contract Theory*, 67 TEX. L. REV. 103 (1988) (להלן: Hillman, *The Crisis*); (1997) ROBERT HILLMAN, *THE RICHNESS OF CONTRACT LAW* (להלן: HILLMAN, RICHNESS); Melvin A. Eisenberg, *The Theory of Contracts*, in *THE THEORY OF CONTRACT LAW: NEW ESSAYS* 206 (Peter Benson ed., 2001); Roy Kreitner, *On the New Pluralism in Contract Theory*, 45 SUFFOLK U. L. REV. 915 (2012) (פלורליזם תיאורטי).
- 4 Kurt Lewin, *Psychology and the Process of Group Living*, 17 J. SOC. PSYCOL. 113, 118 (1943).
- 5 ראו למשל E. Allan Farnsworth, *A Fable and a Quiz on Contracts*, 37 J. LEGAL EDUC. 206, 208-209 (1987). לדיון בגישתו של Farnsworth לתאוריה (ול"אנטי-תאוריה") של דיני חוזים ראו Larry Garvin et al., *Theory and Anti-Theory in the Work of Allan Farnsworth*, 13 TEX. WESLEYAN L. REV. 1 (2006).
- 6 Peter A. Alces, *The Moral Impossibility of Contract*, 48 WM. & MARY L. REV. 1647 (2007).
- 7 ראו למשל Nathan B. Oman, *A Pragmatic Defense of Contract Law*, 98 GEO. L. J. 77, 82 (2010) (להלן: Oman, *A Pragmatic Defense*). בנוגע למגבלותיה של התאוריה, ולרבות תאוריה פלורליסטית, לבסס מראש נוסחות שתכרענה מקרים קונקרטיים ראו גם Kreitner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 923.

לפחות אסכולות מסוימות בו, הם בגדר מפעל שהגיע למבוי סתום,⁸ אף ל"משבר".⁹ דברים אלה מקבלים משנה תוקף בהקשר של ניתוח הבסיס התאורטי של דיני החוזים. לא אחת נטען כי שום תאוריה של דיני חוזים איננה מסוגלת לספק הסבר והצדקה מלאים למכלול דיני החוזים.¹⁰ אכן, גם בחלוף עשורים של מאמץ אינטלקטואלי בתחום התאוריה של החוזה לא נולדה התאוריה ה"מושלמת", ודאי לא המוסכמת, המסוגלת לספק בסיס משותף לדיני החוזים, או שבכוחה להניב מסקנות חד-משמעיות בדבר כללי הדין הנמשכים ממנה. טענות ברוח דומה נטענות גם בנוגע לתאוריות פלורליסטיות שמנסות להסביר ולהצדיק את דיני החוזים על בסיס שילובם יחד של כמה עקרונות נורמטיביים.¹¹

מאמר זה מבקש להגשים שתי מטרות, הקשורות זו בזו: ראשית, המאמר מבקש לצדד בעמדה שלפיה התאוריה של דיני החוזים לא רק מרתקת מבחינה עיונית אלא גם חשובה מבחינה מעשית. לצורך אימוץ הנחה זו אין צורך להכריע בין תאוריות נורמטיביות שונות או להתחבט בשאלת טיבו או מידת הצלחתו של הדיון התאורטי. לענייננו חשובה תוכנה אחת: אף אם התאוריה איננה תכלית לעצמה, היא משמשת אמצעי מתודולוגי לחשיפת העקרונות שביסוד הדין ולהעמקת ההבנה של הסוגיות הנדונות בו. שנית, ובאופן כרוך, המאמר בוחן לעומק ומנקודת מבט תאורטית את פסק הדין שניתן בפרשת **ביבי כבישים**,¹² הנחשב, לעת עתה, להתפתחות החשובה האחרונה בנושא פירוש חוזים. לא מפתיע שפסק הדין עורר עניין רב שחצה את כל שדרות הקהילה המשפטית בישראל; נושא פירוש חוזים מעסיק את המשפט הישראלי זה שנים, בייחוד מאז ניתנה הלכת **אפרופים**, אשר במסגרתה אומצה תורת הפרשנות התכליתית.¹³ הלכה זו נתפסה לא אחת כביטוי לאקטיביזם שיפוטי בתחום החוזים ועוררה על כן ביקורות ומחלוקות בהיקף נרחב. לרקע זה ניתן להבין מדוע גם ההתפתחות השיפוטית הנוכחית בנושא פירוש חוזים הציחה מחדש את העיסוק בסוגיה. להיקף העניין שעורר פסק הדין תרמה גם אי-הבהירות שהוא יצר: אף שכל שופטי ההרכב – השופטים

8 להצבעה על סוג זה של טיעון בהקשר אסכולות תאורטיות מסוימות ראו איל זמיר "על המחקר המשפטי האינטגרטיבי" **דין ודברים** ד 131, 140 (2008) (להלן: זמיר "על המחקר").

9 ראו Jay M. Feinman, *The Significance of Contract Theory*, 58 U. CIN. L. REV. 1283, 1284 (1990) ("The law really is in good shape, but theory is in crisis").

10 ראו למשל Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 133 YALE L.J. 541, 543 (2003) ("Contract law has neither a complete descriptive theory, explaining what the law is, nor a complete normative theory, explaining what the law should be"); איל זמיר "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)" **משפטים** ל 459 (1999) (להלן: זמיר "הבסיס התיאורטי") (בהקשר חוק המכר דירות). כן ראו Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?*, 112 YALE L.J. 829 (2003) (המחבר מפקפק בכוחו של הניתוח הכלכלי לספק הסבר והצדקה מלאים לדיני החוזים או להציע הנחיות קונקלוסיביות לעיצובם); Nathan B. Oman, *The Failure of Economic Interpretations of the Law of Contract Damages*, 64 WASH. & LEE L. REV. 829, 831 (2007) ("Much of the scholarly discussion of contract law implicitly or explicitly assumes that any such [a coherent normative] interpretation is impossible").

11 ראו Schwartz & Scott, לעיל ה"ש 10, בעמ' 543, ה"ש 2; Alces, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1661.

12 ע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (נבו 20.11.2019).

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

שטיין, גרוסקופף ופוגלמן – הסכימו לתוצאתו הסופית של פסק הדין, כל אחד מהם הגיע אליה בהנמקה שונה ואף סותרת, ועל כן קשה להפיק מפסק הדין עמדה עקרונית ברורה. מרבית העמדות שהובעו בעניין השלכותיו של פסק הדין עסקו אפוא בהערכות בדבר השאלה אם הוא משקף סטייה מהלכת אפרופים. חלק מהמלומדים השיבו לשאלה זו בחיוב. שיטותיהם התבססו על תוצאתו הסופית של פסק הדין במבחן המעשה או על ניתוח כללי הדין שנוסחו בו בדרך של ביסוס מכנה משותף בין הנמקותיהם של השופטים שטיין וגרוסקופף, שלפי הטענה חוברות זו לזו למעין קואליציה המחוללת חידוש הלכתי.¹⁴ הצד השווה בין שיטות מלומדים אלה הוא התעלמותן הכמעט מוחלטת מן הממד התאורטי הגלום בעמדות השופטים והתרכזותן בניתוח פסק הדין מתוכו בלבד.

כפי שיוסבר בהמשך, שתי מטרות המאמר שלובות זו בזו: הייחוד של פסק הדין בעניין ביבי כבישים נעוץ בכך שלצד הדיון המוכר בדבר פירוש חוזים הוא מעורר דיון עקרוני על התאוריה שבבסיס דיני החוזים, ולדיון זה השלכה גם על הבנת פסק הדין והשלכותיו. מטרת המאמר היא לבחון את פסק הדין לרקע התפיסות התאורטיות המשתקפות בו ואגב כך לעורר ספקות לגבי שיטותיהם של הסוברים כי פסק הדין משקף סטייה מהלכת אפרופים, ועם זאת לטעון כי חולשתן של שיטות אלה נעוצה גם בהתעלמותן מהיבטיו התאורטיים של פסק הדין. ניתוחו של פסק הדין במאמר זה משמש אפוא גם דוגמה לערכה של התאוריה ולמגבלותיו של ניתוח הדין מתוכו. בדומה לרעיון המובע במשל העתיק של "הפיל והעיוורים",¹⁵ ניתוח פורמלי גרידא של פסק הדין מתוכו, שאינו מאירו גם בזרקור תאורטי, תופס רק חלק מהמכלול וגורם להחמצת חלק מהתמונה בכללותה. לדעתנו, כאשר ניגשים לבחון את משמעותו ואת השלכותיו העקרוניות של פסק הדין, יש לעשות זאת בעיקר – ולכל הפחות גם – לאורן של התאוריות הגלומות בעמדות השונות שנוסחו בפסק הדין. המסקנות העולות מפסק הדין בנוגע לפירוש חוזים נגזרות לא רק מן התוצאה שהושגה בפועל, אף לא מן הכללים המשפטיים שנקבעו בפסק הדין או מן הרטוריקה השיפוטית שננקטה בו, אלא בעיקר מהתאוריה שבבסיס כל הנמקה. במילים אחרות, לא ניתן להבין את פסק הדין לעומקו, אף לא ניתן לחזות את השלכותיו או את דרכי יישומו בעתיד, אלא מתוך עיון בבסיסן התאורטי של עמדות השופטים.

פסק הדין ביבי כבישים הוא אפוא מעניין וחשוב בשל הסיפור שהוא מספר על התנגשות חזיתית בין עמדות ברמת התאוריה, הרבה יותר מהדרך שבה הוא מתייחס לכללי הכרעה פרשניים קונקרטיים. כפי שנראה, אף כי במבט ראשון הנמקות השופטים שטיין וגרוסקופף עשויות, אולי, להיראות כחולקות מכנה משותף ועל כן כמצטרפות זו לזו בהיבטים אחדים, הרי קיים הבדל עמוק ביניהן. ביסודו של ההבדל קיים עימות בסיסי, קשה ליישוב, באשר

14 ראו להלן בעמ' 133 ואילך למאמר זה.

15 ראו זמיר "על המחקר", לעיל ה"ש 8, בעמ' 133, ה"ש 1 ("קבוצה של עיוורים מנסה להבין מהו פיל ולשם כך כל אחד מהם ממשש חלק אחר מגופו של הפיל. העיוור שמישש את רגל הפיל טוען שכמוהו כעץ, רעהו שמישש את החט סבור שהפיל דומה לחנית, זה שמישש את החדק חושב שהפיל דומה לנחש וכן הלאה").

להנחות יסוד מושגיות בדיני חוזים. בצידו מצוי עימות נוסף, בין "משפחות" שונות של תאוריות: בין מוניזם תאורטי לבין פלורליזם תאורטי בדיני חוזים.¹⁶ רשימה זו פותחת, בפרק א, בסקירת הרקע לדיון בפסק דין **ביבי כבישים**. אגב כך נדון בהלכת **אפרופים**, בדין החל על פירושם של חוזים לאורה ובהתפתחויות שבאו לאחריה. בפרק ב נתאר את עובדות המקרה של **ביבי כבישים** וננתח בקצרה את נימוקיו ופסיקתו של בית המשפט העליון, בדגש על עמדותיהם של השופטים שטיין וגרוסקופף. פרק ג יעסוק בהדים שפסק הדין עורר ובעמדות מנוגדות שהושמעו בדבר השאלה אם הוא מבטא סטייה מהלכת **אפרופים**. אגב כך נעמוד על כך ששיטות המלומדים הסוברים כי פסק הדין משקף הכרעה מוסכמת הסוטה מהלכת **אפרופים** אינן נקיות מקשיים לגופן, נוכח פערים בין עמדות השופטים בהיבט המושגי. מלבד זאת, נצביע על העובדה ששיטות אלה אימצו מלכתחילה נקודת מבט חלקית ומוגבלת מטבעה, בהיותן ממוקדות בניתוח פסק הדין מתוכו בלבד. החלק הנותר יוקדש לבחינה תאורטית של פסק הדין מתוך הנחה שהמפתח להבנתו טמון דווקא בהארתו מן הזווית התאורטית. בפרק ד ננתח את הבסיס התאורטי של פסיקות השופטים שטיין וגרוסקופף ונראה שקיים עימות עמוק המסתתר מאחורי הנמקותיהם. שורשיו של עימות זה נעוצים במתח רחב יותר בין מוניזם תאורטי ואף פורמליזם משפטי לבין פלורליזם תאורטי. מתח זה, כפי שנראה, אף מתקשר לתפיסה מהותית שונה בדבר תפקידו של בית המשפט בהכרעות חוזיות. אם הפער בין עמדות השופטים אכן נעוץ באי-הסכמות מושגיות ובתפיסה שונה בתכלית של התאוריה שבבסיס דיני החוזים, קשה לחלץ מפסק הדין תפיסת עולם חוזית מוסכמת.

א. תקציר הפרקים הקודמים

המחלוקת העומדת ברקע פרשת **ביבי כבישים** נמשכת זה למעלה משני עשורים בשיטתנו בנושא פירוש חוזים, ובייחוד בכל הנוגע להלכת **אפרופים**, שבה אומצה תורת הפרשנות התכליתית. במקום אחר דן אחד מאיתנו בהרחבה, עם גבריאלה שלו, בהלכת **אפרופים**, בדין שקדם לה, בשיקולי המדיניות שבבסיסה ובהתפתחויות מאוחרות לה, ולכן לא נרחיב בנושא זה כאן.¹⁷

בתמצית, העימות המרכזי בנושא פירוש חוזים במשפטנו הוא בין "תורת השלבים" לבין "תורת הפרשנות התכליתית". שני ממדים לעימות זה: האמצעים המשמשים לפירוש החוזה והמטרה הבסיסית של הליך הפרשנות.

מקובל לומר כי תורת השלבים הייתה מעוגנת בנוסחו המקורי של חוק החוזים הכללי.¹⁸ סעיף 25(א) לחוק החוזים, העוסק בפירושו של חוזה, כפי שנוסח במקור, נחקק בעת ששלטה בכיפה תורת השלבים המסורתית, הקובעת מסלול דו-שלבי לפירוש חוזים. לפי התפיסה המסורתית, תכליתו של פירוש החוזה היא התחקות אחר כוונתם של הצדדים כדי

16 להבחנה זו ראו להלן בעמ' 146, וכן בעמ' 151 ואילך למאמר זה.

17 בהרחבה ראו שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 501–523 (דברינו להלן בחלק זה הם בגדר חזרה על האמור שם).

18 ראו חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 (להלן: חוק החוזים הכללי או חוק החוזים).

להגשים את רצונם החופשי. ההנחה היא שלשון החוזה, כפי מובנה המילולי הרגיל, היא הביטוי האמין ביותר לרצונם ולכוונתם. על כן, לפי תפיסה זו, כוונת הצדדים נלמדת בראש ובראשונה מלשון החוזה. אם לשון החוזה ברורה, אסור לפרשן להתחשב בנסיבות שמחוץ לטקסט הכתוב. רק כאשר לשון החוזה עמומה או משתמעת לשתי פנים, מותרת הפנייה אל הנסיבות החיצוניות כמקור פרשני. תורת השלבים סימלה מגמה שמרנית בפירוש החוזה. ביסודה גישה פורמליסטית המצדדת בביסוס דין הפירוש על מערכת כללים נוקשה. כללים אלה לא רק נותנים קדימה ועליונות ללשון החוזה ומצמצמים את שיקול דעתו של בית המשפט להתחשב בנסיבות שמחוץ לחוזה, אלא גם מגבילים את שיקולי המדיניות שהוא רשאי להביא בחשבון. במעגלים רחבים יותר תורת השלבים היא חלק ממבנה הייררכי של מקורות הפירוש וההשלמה, שבמסגרתו נתונה עדיפות להסכמה החוזית, וזו גוברת על שיקולי הוגנות, תום לב וסבירות וקודמת להם. אין לפנות לשיקולים חיצוניים אלה כאשר ניתן לפרש את החוזה מתוכו, ובסתירה שבין שיקולים אלה לבין הסכמתם של הצדדים, גוברת הסכמת הצדדים.¹⁹

הלכת **אפרופים** נתפסת כציון דרך המסמל את מותה של תורת השלבים ואת ביסוסה של תורת הפרשנות התכליתית אשר מציבה את תכלית החוזה כאמת המידה העיקרית לפירושו. לפי תורה זו, יש להעניק לטקסט הכתוב – והטקסט החוזי בכלל זה – את המשמעות המגשימה את תכליתו. פסק דינו של השופט ברק בפרשת **אפרופים** נחשב למתקפת מחץ נגד תורת השלבים. לדעתו תורת השלבים מבוססת על תפיסה פרשנית שעבר זמנה. היא נגועה בקשיים אינהרנטיים; קו הגבול בין הלשון לבין נסיבותיו עמום; התורה אינה מתייחסת ברצינות לאומד דעתם של הצדדים, אינה משתלבת בדיני החוזים הכלליים ואינה עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב.

הלכת **אפרופים** הבחינה בין התכלית הסובייקטיבית של החוזה לבין התכלית האובייקטיבית שלו. **התכלית הסובייקטיבית** היא כוונתם המשותפת של הצדדים, כפי שהייתה להם בעת הכריתה. היא מבטאת את האינטרסים, המטרות והיעדים המשותפים אשר הצדדים ביקשו להגשים באמצעות החוזה. העימות המידי והישיר, אך לא בהכרח המרכזי, של תורת הפרשנות התכליתית עם תורת השלבים נעשה בממד זה של הדיון, הוא התכלית הסובייקטיבית. לעומת תורת שני השלבים, לפי הפרשנות התכליתית תיעשה ההתחקות אחר התכלית הסובייקטיבית, כלומר אחר כוונת הצדדים, באמצעות מעבר חופשי מלשון החוזה למכלול הנסיבות. **התכלית האובייקטיבית** היא האינטרסים, המטרות והערכים שחוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים. היא אינה משקפת את רצונם הריאלי של הצדדים אלא את ערכי השיטה. התכלית האובייקטיבית משקפת, ברמת הפשטה גבוהה ועל רקע ההבנות התרבותיות המשותפות לצדדים לחוזה, עקרונות של סבירות, הוגנות, היגיון, יעילות ותום לב. ברמת הפשטה גבוהה אף יותר משקפת התכלית האובייקטיבית את ערכי היסוד של השיטה.

הפרשנות התכליתית מכירה בעליונותה של התכלית הסובייקטיבית. בהתנגשות בין התכליות יד התכלית הסובייקטיבית על העליונה. גם בבסיס תורת הפרשנות התכליתית

¹⁹ למדרג הפירוש וההשלמה, והאידיאולוגיה שבבסיסו, ראו שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 487-490.

עומד רעיון האוטונומיה של הרצון החופשי, וגם לפיה מטרתו המרכזית של דין הפירוש היא חשיפת כוונתם של הצדדים. הפנייה לתכלית האובייקטיבית מיוסדת על שיקול פרגמטי, הוא הקושי המעשי לחשוף את הרצון הסובייקטיבי של הצדדים, ועל חזקה שהצדדים מתכוונים להגשים תכלית שהיא צודקת, סבירה והוגנת. כאשר ניתן לאתר תכלית סובייקטיבית, השיקול הפרגמטי אינו רלוונטי והחזקה שביסוד התכלית האובייקטיבית נסתרת. עם זאת קיימים סוגים של חוזים שבשל מאפייניהם תעבור במרבית המקרים נקודת הכובד של פרשנותם לתכלית האובייקטיבית, בהיעדר יכולת לאתר את תכליתם הסובייקטיבית. כאלה הם למשל חוזי רשות, חוזי יחס, חוזים אחידים וחוזים צרכניים.

אם כן, העימות הישיר בין תורת השלבים לבין הפרשנות התכליתית שהתבססה בהלכת אפרופים ממוקד באמצעים הפרשניים לחשיפת אומד דעת הצדדים, הוא התכלית הסובייקטיבית. תורת הפרשנות התכליתית אינה מערערת לפי פשוטה על נקודת המוצא שלפיה מטרתו של הליך הפירוש היא לחשוף את כוונת הצדדים, וזו גוברת על ערכים אחרים. המחלוקת בינה לבין תורת השלבים היא בשאלת האמצעים המשמשים להגשמת מטרה זו. הלכת אפרופים הסירה את הגדר הפורמליסטית שהפרידה בין לשון החוזה לבין הנסיבות. היא אפשרה מעבר חופשי מהחוזה אל הנסיבות ומהנסיבות אל החוזה, ללא מכשולים ראייתיים ובלא שהמעבר יותנה בהכרעה מוקדמת אם לשון החוזה ברורה או שמא היא עמומה או משתמעת לשתי פנים. עם זאת יש לומר כי גם לאחר הלכת אפרופים, לפי מה שנקבע בה ובפסקי דין שהלכו בעקבותיה, עומדות בעינן הקביעות וההנחות שלפיהן ללשון החוזה משקל כבד וחשוב בגיבוש אומד דעתם של הצדדים; כי חזקה על לשון ברורה שהיא משקפת את דעתם של הצדדים; כי ברוב המקרים אומד הדעת העולה מתוך לשונו של החוזה הוא בטוח ואמין מאומד הדעת הנלמד מתוך הנסיבות. ההבחנה העיקרית בין תורת השלבים לבין הפרשנות התכליתית, בממד זה של הסוגיה, נעוצה במשקל היחסי שיש לתת ללשון החוזה לעומת זה שיש לתת לנסיבותיו החיצוניות. לפי הלכת אפרופים, למרות כובד משקלה של לשון החוזה, אין מעמדה בלעדי או מכריע. הנסיבות עשויות לאשש, אך גם לסתור, את המסקנות המשתמעות מלשון החוזה.

עם זאת עימות זה, הנוגע בשאלת היחס שבין לשון החוזה לבין נסיבותיו, נתפס לא אחת כעימות "טכני"; בין תורת השלבים לבין הפרשנות התכליתית מסתתר עימות עמוק יותר. השילוב בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית מלמד כי הלכת אפרופים סתתה מתורת השלבים לא רק בשאלת האמצעים האפקטיביים ביותר להתחקות אחר כוונת הצדדים אלא גם בשאלות עמוקות הרבה יותר: מהי חלוקת הכוח הראויה בין בית המשפט לבין הצדדים לחוזה, מהם הערכים והמטרות שבבסיס דין הפירוש ומהו תפקידו של בית המשפט בפירוש חוזים. ברור למדי שאמות המידה להגשמת שתי התכליות – הסובייקטיבית והאובייקטיבית – מרחיבות את סמכויות בית המשפט להתערב בתוכנם של חוזים. התכלית הסובייקטיבית, המאפשרת לבית המשפט להתחשב במכלול הנסיבות, מעצימה את שיקול דעתו של בית המשפט בכך שהיא נותנת בידי את הכוח להתחשב בנסיבות מסוימות ולהפחית ממשקלן של אחרות. יתר על כן, היא מאפשרת לבית המשפט לקבוע את משמעותן של הנסיבות. התכלית האובייקטיבית פותחת פתח רחב לבית המשפט לקדם ערכים של הוגנות, תום לב וסבירות. לאמיתו של דבר, יותר ממה שהיא משקפת פתרון

לקושי המעשי לחשוף את רצון הצדדים, התכלית האובייקטיבית היא ביטוי להעדפה מהותית של ערכי הוגנות וסבירות, כפי שהם נראים לבית המשפט, על פני הגשמת רצונם הריאלי של הצדדים. לפיכך לא אחת נתפסה הלכת **אפרופים** כהלכה הדוחקת את כוונת הצדדים, מביאה לפיחות במשקלה של האוטונומיה של הרצון הפרטי ועל כן מערערת את ריבונותם של הצדדים על החוזה שערכו ופוגעת בוודאות החוזית. הלכת **אפרופים** הצטיירה אפוא כהלכה המסיטה את נקודת הכובד של הליך הפירוש מן הצדדים אל בית המשפט, וכביטוי לתהליך מואץ של אקטיביזם שיפוטי בתחום החוזים.

הלכת **אפרופים**, שזכתה לחיזוק בדעת הרוב בדיון הנוסף בעניין **מגדלי הירקות**,²⁰ הפכה לאחת ההלכות המשפיעות בתחום החוזים. למן היום שניתנה זימנה הלכת **אפרופים** סדרה של התפתחויות ועוררה ביקורות ומחלוקות בהיקף נרחב. במקום אחר עמד אחד מאיתנו, עם גבריאלה שלו, בהרחבה על הדברים.²¹ כאן נציין בקצרה גם כי לאחר היקף אדיר של מחלוקות וביקורות בקרב שופטי בית המשפט העליון ואנשי אקדמיה, ובתומה של מסכת קריאות התיגר של השופט דנציגר, שבמספר פסקי דין יצא למתקפה על הלכת **אפרופים** וקרא להחלפתה, ואף לאחר תיקון מספר 2 לחוק החוזים משנת 2011, שיש שראוה בו ניסיון להפוך את הלכת **אפרופים** – היה אפשר לומר כי הלכת **אפרופים** עומדת בעינה. כך הובהר גם בפסק הדין בעניין **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר**,²² שבו אישרו שופטי הרוב את הלכת **אפרופים** וקבעו כי התיקון לחוק אינו משנה את הדין שקדם לו. בכך, לדברי גבריאלה שלו, הלכת **אפרופים** סגרה מעגל וביססה (שוב) את שליטתה.²³ ואז הגיע פסק הדין בעניין **ביבי כבישים**.

ב. ביבי כבישים: העובדות והפסיקה

בפסק הדין בעניין **ביבי כבישים** חזר בית המשפט והתייחס למחלוקת בעניין פירוש חוזים ואף הציע שיטות נוספות בסוגיה זו. בפסק הדין נדון חוזה לביצוע עבודות בנייה ותשתית שנכרת בין חברת ביבי כבישים עפר ופיתוח לבין רכבת ישראל, בעקבות מכרז שפרסמה רכבת ישראל. המחלוקת הפרשנית בין הצדדים נגעה בתמורה שנדרשה רכבת ישראל לשלם בעד העבודות שנעשו. חברת ביבי כבישים העלתה כמה דרישות לתשלומים נוספים על התמורה הסופית ששולמה לה, בין היתר בגין שינויים בעבודות שנדרשה לעשות ושעשתה בפועל ובגין עבודות נוספות שנתבקשה לבצע וביצעה. בית המשפט המחוזי הכריע לטובתה של ביבי כבישים וקבע כי על הרכבת לשלם לה סכום כספי נוסף מעל ומעבר למסגרת הוראותיו המנוסחות של החוזה ובהתבסס על עקרון תום הלב ועל עקרונות של הוגנות

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

21 ראו גבריאלה שלו ואפי צמח "דין פירוש החוזה: על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים" קרית המשפט י 1 (2014); שלו וצמח דיני חוזים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 516–523. להתפתחויות אלה ולשיח הענף שהתפתח סביבן ראו גם איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5, 15–5 (2012) (להלן: זמיר "עוד על פירוש").

22 רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ, פ"ד סה(2) 563 (2012).

23 ראו שלו וצמח דיני חוזים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 523.

חוזית. בית המשפט העליון סטה מקביעת בית המשפט המחוזי, פסק לטובתה של הרכבת והפחית במידה ניכרת את הסכום שזו נדרשת לשלם לבייבי כבישים, לאורך של מילותיו הכתובות של החוזה. שלושת חברי ההרכב – השופטים שטיין, פוגלמן וגרוסקופף – הסכימו לתוצאתו של פסק הדין, אך השתיתו את הכרעותיהם על הנמקות שונות. השופט שטיין קבע כי יש להבחין בין חוזים שונים לפי מידת הפירוט שלהם. לדעתו, כאשר מדובר ב"חוזה יחס פתוח" המיועד לשרת מערכת יחסים ארוכת טווח, ולפיכך מנוסח בקווים כלליים בלבד, ניתן וראוי לפרשו בהתבסס על עקרונות של תום לב, הוגנות וסבירות. חוזים כאלה, לדעתו, מיועדים מלכתחילה להיות מנוהלים על ידי בית המשפט. במקרים כאלה סבור השופט שטיין כי תפקידו של השופט אינו מוגבל לפירוש החוזה לפי כוונתם של הצדדים, והוא רשאי לפרש את החוזה לפי תכליתו האובייקטיבית, בהתבסס על עקרונות חברתיים של הוגנות, סבירות ותום לב.²⁴ באמרת אגב מציין השופט שטיין כי יש מקום לתחולתם של ערכי הוגנות, סבירות ותום לב גם בחוזים הנשלטים בידי מערכות דין מיוחדות דוגמת חוזים צרכניים וחוזים אחידים.²⁵ לעומת זאת כאשר מדובר בחוזה "סגור" – חוזה הנחזה כממצה את הסכמות הצדדים, שכל תנאיו מוגדרים "באופן ברור" – אין הוא, לדעת השופט שטיין, עניין לפרשנות.²⁶ לדעתו, ראוי להכפיף חוזה כזה לכללים פורמליים כגון "כלל הראיה בעל פה" (Parol Evidence Rule). בחוזים הנתפסים כממצים את הקשר החוזי בין הצדדים, סבור השופט שטיין, מטרת הפירוש היא התחקות אחר כוונת הצדדים בלבד; כי חלה החזקה שלפיה לשון ברורה משקפת את כוונת הצדדים; כי החוזה יפורש אפוא תוך היצמדות למילותיו הכתובות בלבד; כי פירוש החוזה יהיה חסין מפני הכנסת שיקולים ערכיים לתוך החוזה. לדעתו, בחוזים הנתפסים כברורים וממצים, עקרון תום הלב לא ישפיע על קביעת תוכנו של החוזה "כהוא זה",²⁷ והשימוש בו יוגבל אך ורק למצבים דוגמת מצגי שווא והטעיה.

לגוף המקרה סבר השופט שטיין כי מדובר בחוזה עסקי "סגור", הממצה ומגדיר בבירור את חובותיהם וזכויותיהם של הצדדים. על כן אין להטיל על הרכבת חיובים כספיים שזכרם לא בא בחוזה הכתוב, ואין לפרשו לאור שיקולי הוגנות. לדעתו, ראוי לנקוט במקרה זה גישה פורמלית ולהיצמד ללשונו הכתובה של החוזה, כלומר: לבטל את כל החיובים שבית המשפט המחוזי הטיל על הרכבת בניגוד להוראות הכתובות של החוזה, ולדחות את טענתה של בייבי כבישים בדבר הסכמות חדשות שנעשו בעל פה לאחר מועד ההתקשרות.²⁸

יתר חברי ההרכב – השופטים פוגלמן וגרוסקופף – הצטרפו לתוצאת פסק דינו של השופט שטיין, אולם השתיתו את מסקנתם על הנמקות משלהם.

השופט פוגלמן הבהיר, בפסק דין קצר, כי הלכת **אפרופים** עודנה בתוקף והזכיר כי פסק הדין בעניין **סחר** קבע כי תיקון מס' 2 לחוק החוזים לא שינה את המצב המשפטי שקדם לו. לפי הכללים שנקבעו בהלכת **אפרופים** עצמה ובהלכות שהלכו בעקבותיה (ובהם הדגשת

24 עניין **בייבי כבישים**, לעיל ה"ש 12, פס' 12 לפסק דינו של השופט שטיין.

25 שם, פס' 17.

26 שם, פס' 13.

27 שם, פס' 14.

28 שם, פס' 19.

מקומה החשוב – אף אם לא מכריע – של לשון החוזה בהליך פרשנותו, סבר השופט פוגלמן כי במקרה הנדון ראוי לתת ללשון החוזה משקל נכבד. נוסף על זה, השופט פוגלמן סבר כי כך גם מתחייב מעקרון השוויון החל על הליכי המכרז הציבורי שהביא לשכלול החוזה הנדון.

לבסוף, השופט גרוסקופף סבר כי דיני הפירוש אינם מקדמים תכלית אחת אלא כמה תכליות והצביע על כך שניתן לחלק את התכליות השונות – ואת כללי הפירוש ההולמים כל אחת מהן – לפי שלוש, ואפילו ארבע,²⁹ קטגוריות שונות של חוזים. במילים אחרות, תכליתו השונה של חוזה נקבעת לפי סוג החוזה: לכל סוג חוזה – תכלית משלו; לכל תכלית – כללי פירוש משלה. בהקשר זה הבחין השופט גרוסקופף בין חוזה עסקי לבין חוזה פרטי וחוזה צרכני, ובהתאמה בין שלוש תכליות של דין פירוש החוזה: תכלית צופה פני עתיד (ההולמת חוזה עסקי), תכלית צופה פני עבר (ההולמת חוזה פרטי) ותכלית צופה פני הווה (ההולמת חוזה צרכני).³⁰ משקלן ומקומן של תכליות אלה משתנים אפוא לפי סוג החוזה הנדון: כאשר מדובר בחוזה עסקי – חוזה שכל הצדדים לו הם עוסקים (כגון התקשרות בין שתי חברות מסחריות בעסקה מסחרית) – תכליתו המרכזית של פירושו היא "צופה פני עתיד": עניינה ביצירת בסיס משפטי יעיל ונוח להתקשרויות עתידיות. בחוזים מסוג זה ההנחה היא כי המתקשרים מיוצגים היטב, והם שחקנים מתוחכמים ושווי מעמד אשר משקיעים זמן ומשאבים בניסוח החוזה ומודעים לכללי הפירוש החלים. השופט גרוסקופף סבור כי לשם מימוש תכליתם של חוזים אלה נכון לאמץ כלל פרשני הדבק בלשון החוזה ומקנה לה משקל עליון ומכריע. בדרך זו תינתן לצדדים שליטה בתוכן החוזה וביטחון בכך שבית המשפט יפעל על פי הוראותיהם הכתובות, ולא יקרא לתוך החוזה הסדרים שהצדדים לא בחרו בהם במפורש. נוסף על כך, לדעת השופט גרוסקופף, בחוזים מסוג זה אין להביא בחשבון כלל ערכים ציבוריים וחברתיים. יש להותיר על כנה את חלוקת הסיכונים בין הצדדים, כפי שנקבעה במפורש בחוזה.³¹

כאשר מדובר בחוזה פרטי – חוזה שכל הצדדים לו הם בני אדם פרטיים (כגון זיכרון דברים למכירת דירת מגורים) – תכליתו המרכזית של פירושו היא "צופה פני עבר": עניינה בהגשמת רצון הצדדים במועד הכריתה. בחוזים מסוג זה ההנחה היא שהצדדים הם אומנם רציונליים, אך אינם מתוחכמים דיים, אינם בקיאים ברזי הניסוח המשפטי ובכללי המשפט ועל פי רוב גם אינם מיוצגים. בהקשר חוזים אלה סבור גרוסקופף כי התועלת הצומחת מפרשנות הדבקה בלשון החוזה איננה רבה, משום שבהתחשב במגבלותיהם של הפרטים המתקשרים, אין כל ביטחון שלשון החוזה משקפת נאמנה את רצון המתקשרים בו. על כן

29 גישתו של גרוסקופף (שם) נדונה בהרחבה במאמר שכתב עם יפעת נפתלי בן-ציון. ראו עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן-ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?" ספר גבריאאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 523 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021) (דברינו להלן במאמר זה יסתמכו גם על דבריו במאמרם). הקטגוריה הרביעית הנזכרת בטקסט נדונה רק במאמר, ולא בפסק דינו הנדון בעניין ביבי כבישים (לעיל ה"ש 12).

30 שם, פס' 2, 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. להרחבה ראו גרוסקופף ובן ציון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 523, 530 ואילך.

31 ראו עניין ביבי כבישים, לעיל ה"ש 12, פס' 5–6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. בכל הנוגע לפירושו של חוזה עסקי ראו גם גרוסקופף ובן ציון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 544, 546–548.

השופט גרוסקופף סבור כי לשם מימוש תכליתם של חוזים אלה, הלא היא הגשמת רצון הצדדים, נכון לאמץ כלל פרשני שאומנם מכיר במעמדה של לשון החוזה, אך בעת ובעונה אחת מעניק משקל נכבד לא פחות לנסיבותיו החיצוניות.³² נוסף על זה, גם בחוזים אלה סבור השופט גרוסקופף כי אין לתת משקל רב לשיקולי הוגנות ולערכים חברתיים.³³ לבסוף: כאשר מדובר בחוזה צרכני – חוזה שמצידו האחד עוסק ומצידו האחר אדם פרטי (דוגמת חוזה להספקת שירותי טלפון סלולרי) – התכלית המרכזית של פירושו היא "צופה פני הווה": עניינה בכיבוד ערכיה של שיטת המשפט, דוגמת הוגנות, צדק ואיזון התמורות. בחוזים מסוג זה ההנחה היא שהצדדים אינם שווים כוח או מעמד; במרבית המקרים האדם הפרטי אינו מודע להוראותיו של החוזה, בוודאי לא מתעמק בהן, ולכן קשה לראות בחוזה כמשקף מלכתחילה את רצון הצדדים. בחוזים מסוג זה האדם הפרטי גם אינו ער לכללי פרשנות החוזה, ולכן גם אין לייחס משמעות רבה לתכלית ה"צופה פני עתיד", שעניינה ביצירת בסיס משפטי יעיל ונוח להתקשרויות עתידיות. התכלית העיקרית של פרשנות חוזים אלה היא אפוא השגת תוצאה הוגנת וראויה בראי ערכי היסוד של השיטה המשפטית ויצירת איזון בין הצד החזק (העוסק) לבין הצד החלש (האדם הפרטי).³⁴ להבחנה משולשת זו נוספת קטגוריה של התקשרות, שעליה הרחיב השופט גרוסקופף במאמר שכתב עם יפעת נפתלי בן ציון, הלא היא חוזה רשות.³⁵ כאשר מדובר בחוזה כזה – הלא הוא חוזה שהמדינה היא צד לו – יש תמיד להביא בחשבון, נוסף על תכליתו של החוזה לפי סוג החוזה (עסקי או צרכני),³⁶ גם את התכלית צופה פני הווה, שעניינה כיבוד ערכי השיטה המשפטית, הלא הם ערכים ציבוריים וחברתיים. אשר לתוצאת המקרה הנדון לפניו, ולפי החלוקה הנדונה, קבע השופט גרוסקופף כי לפנינו חוזה עסקי, ולפיכך ראוי לפרשו פירוש הדבק בלשונו. בחלוף כחמישה חודשים לאחר שניתן פסק הדין דחה בית המשפט העליון, מפי הנשיאה אסתר חיות, בקשה לקיום דיון נוסף בעניינו. במוקד החלטתה של הנשיאה עמדה הקביעה כי פסק הדין בעניין ביבי כבישים לא חולל חידוש הלכתי הסותר פסיקות קודמות בנושא פירוש חוזים. בית המשפט הבהיר, בין היתר, שגם לפי הלכת אפרופים ופסיקות שהלכו בעקבותיה מקובלת התפיסה כי פירוש החוזה עשוי להשתנות ממקרה למקרה לפי סוג החוזה הנדון; כי משקלה היחסי של לשון החוזה לעומת משקל נסיבותיו משתנה לפי גופו של כל מקרה; כי בכל מקרה מקובלת התפיסה שללשון החוזה שמור מקום מרכזי בפירוש החוזה. על כן סבר בית המשפט כי אין כל חידוש בכל אחת מקביעות אלה העולות מפסק הדין. מלבד קביעות עקרוניות אלה, בית המשפט הוסיף כי בפסק הדין יש הסכמה על התוצאה, אך הנמקות שונות הובילו אליה, ועל כן לא ניתן להסיק כי נקבעה בו הלכה חדשה.³⁷

32 ראו שם, בעמ' 543–544, 550–551.

33 ראו שם, בעמ' 550.

34 ראו שם, בעמ' 548–549.

35 ראו שם, בעמ' 523, 557–562.

36 כלומר, חוזה רשות עסקי (Government to Business) הוא התקשרות בין רשות ציבורית לבין עוסק; חוזה רשות צרכני (Government to Person) הוא התקשרות בין רשות ציבורית לבין פרט.

37 דנ"א 8100/19 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (נבו) (19.4.2020).

ג. ניתוח פסק הדין מתוכו

לא מפתיע שפסק הדין בעניין **ביבי כבישים** הניב לא מעט מאמרים, פסקי דין, טורי דעה והתבטאויות שעסקו בהערכות בנוגע לשאלה אם, או עד כמה, פסק הדין סטה מהלכת **אפרופים**.³⁸ לאמיתו של דבר, תופעה זו, של ריבוי הערכות מנוגדות בהקשר מעמדה של הלכת **אפרופים**, אינה חדשה. המחלוקת הציבורית והאקדמית בהקשר הלכת **אפרופים** חוזרת ומתעוררת אחת לכמה זמן ומביאה עימה היקף ניכר של עיסוק. כך אירע למעשה בכל אחת מן ההתפתחויות שבאו לאחר הלכת **אפרופים** שכבר נזכרו. לענייננו, ברור למדי כי עמדותיהם של השופטים שטיין וגרוסקופף הן העומדות במוקד הבחינה. עמדתו של השופט פוגלמן, שלפיה הלכת **אפרופים** עומדת בעינה, איננה מעוררת ספקות פרשניים. נימוקיהם הרחבים, חלקם חדשניים, של השופטים שטיין וגרוסקופף הם שמעוררים ספקות בדבר השאלה אם פסק הדין **ביבי כבישים** סוטה מהלכת **אפרופים**.

יש לומר כי השאלה אם, ועד כמה, סטה פסק הדין מהלכת **אפרופים** לא איבדה מחשיבותה גם לאחר שנדחתה בבית המשפט העליון הבקשה לדיון נוסף על פסק הדין. דומה כי החלטה זו לא הפיגה את העמימות בכל הנוגע להשלכותיו בפועל של פסק הדין ולדרכי יישומו בעתיד. דווקא על רקע החלטה זו סביר להניח שאף אחד מהשופטים לא יסטה מהקו הפרשני שהוא הציע בפסק הדין, וכי השיטות השונות ימשיכו להשפיע על כיווני ההתפתחות של דיני החוזים בישראל. אם אכן יש חידושים או כיוונים מנוגדים בהנמקות השופטים ובמגמות הגלומות בהן, ראויות שיטות השופטים לניתוח ענייני ולהעמקה.

38 באקדמיה ראו עלי בוקשפן "פירושו של חוזה – באילו נסיבות חשובות הנסיבות?" **משפטים על אתר טז** 9 (2020); חגי ויניצקי "על לידתן של הלכות שיפוטיות – התלכדות מהותית או נסיבתית – האם עניין ביבי כבישים שינה את הלכת **אפרופים**?" **משפטים על אתר טז** 40 (2020) (להלן: ויניצקי "הלכות שיפוטיות"). בפסיקה ראו ע"א (מחוזי ת"א) 19387-04-19 **רשת החקלאי פירות ירקות ועוד בע"מ נ' יוחננוב**, פס' 20 לפסק דינה של השופטת רביד (נבו 8.3.2020); ת"א (מחוזי מ"ר) 66843-11-16 **אגד חברה לתחבורה בע"מ נ' מפעלי חנוות בע"מ**, פס' 60 לפסק הדין (נבו 21.1.2020); ת"א (שלום ראשלי"צ) 44279-01-18 **יד-אל שו"ת נ' אל-שפ בע"מ**, פס' 11 לפסק הדין (נבו 6.1.2020); ה"פ (מחוזי ים) 1782-01-19 **קוגל נ' סמימאן**, פס' 30 לפסק הדין (נבו 27.12.2019); ת"א (שלום חד') 12271-02-18 **רוזנבאום נ' מועצה מקומית זכרון יעקב**, פס' 28 לפסק הדין (נבו 19.12.2019); ת"א (שלום פ"ת) 27542-07-15 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בלסקי**, פס' 5.2 לפסק הדין (נבו 2.12.2019). בעיתונות ראו מתן ברנר "הלכת **אפרופים**, גרסת 2019" **גלובס** (1.12.2019) <https://bit.ly/36cTQpH>; אפי צמח ועמרי בן-צבי "פרשת **ביבי כבישים**, הלכת **אפרופים** ומותו של האקטיביזם כקטגוריה ציבורית משמעותית" **גלובס** (26.12.2019) <http://bit.ly/39k8bmb>; גיל ברינגר "פרשת **אפרופים**" – לא מחלוקת פרשנות, מלחמה על הנרטיב" **גלובס** (6.12.2019) <http://bit.ly/3aAK3Me>; גיל ברינגר "העליון מטלטל את דיני החוזים בישראל: ביטל את הלכת **אפרופים**" **גלובס** (29.11.2019) <http://bit.ly/36cm1F0>; אורן תמיר, רשימה בבלוג המשפטי <https://tinyurl.com/y6qoyz4> (29.11.2019). [@legallongmarch](https://legallongmarch) **פייסבוק** (29.11.2019). להתייחסות לריבוי ההערכות המנוגדות בעניין זה ראו גם איל זמיר "פירוש חוזים: תאוריה, דין, עובדות וערכים (בשולי ע"א 7649/18 **ביבי כבישים** עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)" **משפטים** נא 81, 118 (2021) (להלן: זמיר "פירוש חוזים").

לענייננו, בנושא זה נתגלתה קשת רחבה של דעות. חלק מן המלומדים סברו כי פסק הדין בעניין **ביבי כבישים** איננו מבסס סטייה מהלכת **אפרופים**.³⁹ אחרים סברו כי פסק הדין החליש את הלכת **אפרופים**, סייג אותה או הביא להתרופפותה ואף לביטולה. כך היא למשל עמדתו של דניאל פרידמן. הוא סבור כי אמת המבחן הקובעת בשאלה זו היא תוצאתו של פסק הדין בפועל. לדעתו, במבחן המציאות פסק הדין **ביבי כבישים** הוא ביטוי לכך שבניגוד למה שבתי המשפט אולי אומרים שהם עושים, למעשה הם פוסקים בניגוד להלכת **אפרופים**. לדעתו, במבחן המעשה הלכת **אפרופים** בוטלה, ופסק הדין **ביבי כבישים** משמש דוגמה מובהקת לכך.⁴⁰

עמדתו של חגי ויניצקי קרובה אך מתונה יותר. הוא סבור כי פסק הדין בעניין **ביבי כבישים** אומנם אינו ביטוי לביטולה של הלכת **אפרופים**, אך יש בו כדי לסייג אותה. ויניצקי משתית את קביעתו על בחינה אנליטית של כללי הפירוש שקבעו השופטים שטיין וגרוסקופף ומציאת דרך אמצע משותפת ביניהם המלכדת את עמדותיהם למעין דעת רוב, מבחינת ההנמקה. לדעתו, כאשר מדובר בחוזים עסקיים, שהם גם "סגורים" (על פי הגדרתו של שטיין למונח זה), יש "התלכדות" של עמדות השופטים שטיין וגרוסקופף, משום ששניהם מצדדים בכלל פרשני הנותן עליונות ללשון החוזה ואינו מאפשר לפנות לערכים חברתיים וציבוריים. לדבריו, השופט שטיין יצדד בכלל זה מאחר שמדובר בחוזה שהוא **עסקי סגור**, ואילו השופט גרוסקופף יצדד בכלל זה מאחר שמדובר בחוזה **עסקי**. על כן, לדעתו, במצבים שבהם החוזה הנדון הוא חוזה שהוא "גם עסקי וגם סגור" – עמדות השופטים גרוסקופף ושטיין חוברות זו לזו למעין קואליציה רעיונית במישור ההנמקה.⁴¹ לדעתנו, משקלה של עמדה זו מוגבל. ספק בעינינו אם השופט גרוסקופף שותף להנחתו הבסיסית של השופט שטיין, הנחה שנשללה בידי בכירי המלומדים בתחום החוזים,⁴² בדבר עצם קיומם של חוזים "סגורים", שלכאורה אינם טעונים פרשנות, לפחות במובן זה שהלשון יכולה להיות ברורה כשלעצמה. הן בפסיקותיו הן בכתיבתו האקדמית השופט גרוסקופף נמנע מלומר שההנחה בבסיס הכלל שלפיו יש להיצמד ללשון החוזה בחוזים עסקיים נעוצה

39 ראו למשל גבריאלה שלו ואפי צמח "עוד על מעמדה של הלכת אפרופים בעקבות פסק דין ע"א 9025/17 A.T.S. INVESTMENT INC נ' SEGAL GROUP (DRESDEN) בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית (24.2.2020) <https://tinyurl.com/y9hsek53> (העומדים על כך שפסק הדין מושתת על שלוש הנמקות נבדלות זו מזו, שקשה לחלץ מהן הלכה ברורה. לפי הטענה, ההנמקה היחידה שניתן לראות בה ניסיון לשנות את הלכת **אפרופים** היא עמדתו של השופט שטיין בעניין **ביבי כבישים** (לעיל ה"ש 12)). אולם עמדתו היא דעת יחיד. עמדתו של פוגלמן (שם) מצדדת במפורש בהלכת **אפרופים** ומבהירה כי זו ההלכה החלה על פירושם של חוזים, ואילו עמדתו של גרוסקופף (שם) – כפי שהיא מתבררת גם מפסקי דין אחרים שנתן – אינה רחוקה מהלכת **אפרופים** ואף מתיישבת עימה במבחן המעשה). כן ראו בוקשפן "פירושו של חוזה", לעיל ה"ש 38, בעמ' 13 (הסובר כי פסק הדין **ביבי כבישים** (שם) "אינו שונה ואינו משנה את הלכת אפרופים אלא למעשה מתבסס עליה ומבסס אותה").

40 ראו דניאל פרידמן "הלכת דרעי-פנחסי ועקרונות יסוד בדיני פרשנות: בעקבות בג"ץ התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסק הדין מיום 6.5.2020 ומיום 27.5.2020 פורום עיוני משפט מד 1, 21–22 (התש"ף).

41 ראו ויניצקי "הלכות שיפוטיות", לעיל ה"ש 38.

42 להנחה זו בגישתו השיפוטית של שטיין ולגישות השוללות אותה ראו להלן ה"ש 50 ובטקסט הסמוך אליה.

בכך שיש חוזים שאינם טעונים פרשנות, אלא הוא גורס שפרשנות כזו תגשים ערכים שלדעתו ראוי שיקבלו את הבכורה בחוזים מסוג זה.⁴³ ספק גם אם השופט גרוסקופף שותף להנחות המוצא של השופט שטיין בכל הנוגע למובנו של המושג "חווה סגור" (שהוא, לפי השופט שטיין, תרגומו של המושג Completely Contingent Contract). כפי שנראה, השימוש האופרטיבי שעושה השופט שטיין במושג זה, אף כי אין לומר שהוא בהכרח "שגוי", אינו עולה בקנה אחד עם משמעותו העיונית המקובלת, ואין סיבה להניח כי השופט גרוסקופף שותף להבנה זו של המושג.⁴⁴ על רקע זה גם נקל להבין מדוע עיון בפסיקותיו של השופט גרוסקופף מלמד כי הוא עדיין לא פגש חווה שהוא חשב שהוא "סגור", היינו שהוא שלם ומושלם ככתבו וכלשונו. שלא במפתיע, וכפי שנראה בהמשך, הרטוריקה השיפוטית של השופט גרוסקופף מכריזה במקרים מסוימים על מעמדה הדומיננטי של לשון החווה, אולם בפועל הוא תמיד חיפש – ואף מצא – דרכים, לעיתים יצירתיות, לפנות לגורמים שמחוץ ללשון החווה לשם קביעת מובנו.⁴⁵ סביר אפוא בעינינו לומר כי השופט גרוסקופף אינו מקבל כלל את הרעיון של חוזים "סגורים" או "שלמים", לפחות כשמדובר בעולם האמיתי, בשונה מעולם הנוסחות הכלכליות. אם אכן השופטים גרוסקופף ושטיין אינם חולקים הנחות יסוד מושגיות בסיסיות, ניתן לעורר ספקות בשאלה עד כמה ניתן ללכד את עמדתם יחד לכדי תפיסה משותפת.

כך או אחרת, משותף להערכותיהם של פרידמן וויניצקי היא ההתרכזות בניתוח פסק הדין מתוכו. שניהם משקפים ניסיון לבחון את השלכותיו של פסק הדין בדרך של קריאת הכללים המשפטיים שנקבעו בו (עמדת ויניצקי) או בדגש על תוצאתו האופרטיבית (עמדת פרידמן). משותפת להם גם ההתעלמות מהרלוונטיות של התאוריה שבבסיס כל הנמקה. לדעתנו, כדי להבין את סיפור העומק שפסק הדין בעניין **ביבי כבישים** מספר, יש לבחון את פסק הדין דרך משקפיים תאורטיים. בחינה כזו מלמדת על מתח עמוק וקשה ליישוב בין שיטות השופטים גרוסקופף ושטיין. יסודו של עימות זה נעוץ לא רק בהבדלים שבמישור המושגי כנטען לעיל, אלא גם במתח עמוק יותר בין "משפחות" תאורטיות שונות: בין מוניזם תאורטי (שבצידו גם פורמליזם משפטי), שניתן לייחסו לעמדת שטיין, לבין פלורליזם תאורטי, שניתן לייחסו לעמדת גרוסקופף. המתח הבלתי נמנע בין תפיסות תאורטיות אלה – והנובע מהן באשר לתפיסת תפקידו ומעורבותו של בית המשפט בפירוש חוזים – מסכל אפשרות לראות בשופטים שטיין וגרוסקופף כמחזיקים בתפיסת עולם חזונית משותפת. בפסק דין **ביבי כבישים** אנו פוגשים אפוא בשני חזונות שונים לדיני החוזים.

לצורך ביסוס טענה זו נחזור לפסק הדין והפעם נתבונן בו במשקפיים תאורטיים. חשוב להדגיש כי איננו טוענים שהתמונה התאורטית של עמדות השופטים שנציג היא התמונה האפשרית היחידה, ואילו ניתוח תאורטי אחר של אותן העמדות איננו אפשרי. השיח התאורטי בכללותו איננו שיח שבכוחו להפיק אמיתות חד-משמעיות, כאלה שבכוחן להביס כל נקודת מבט אחרת. זוהי מגבלתו – אך גם יתרונו – של ניתוח תאורטי: ככל תהליך אינטלקטואלי הוא מאפשר להרחיב את אופקיה ואת מושגיה של המציאות המתוארת, אך

43 ראו גרוסקופף ובן ציון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 547–548.

44 ראו להלן ה"ש 52–53 ובטקסט הסמוך אליהן.

45 ראו להלן בעמ' 151 ואילך למאמר זה.

אין הוא מציג "עובדות" הקיימות מעבר למושגים אלה. אם כן, הצגת התמונה התאורטית של עמדות השופטים איננה מתימרת להיות "נכונה" מהצגה אחרת. המטרה היא להציע תיאור פרשני משכנע (Plausible) של אותן העמדות ובכך לשפוך אור נוסף על עמדות אלה. ברוח דומה יש להבהיר גם כי איננו סבורים שגישה תאורטית מסוימת הנשקפת מפסק הדין עדיפה על האחרת מן ההיבט הנורמטיבי. כשסקירתנו כוללת דיון ביקורתי, הוא מכוון למהלך ההנמקה או להנחות שבבסיסה, אך לא לגוף אף עמדה נורמטיבית אחת כשהיא לעצמה.

ד. תאוריה

1. שיטת שטיין: התאוריה הקלאסית, מוניזם תאורטי ופורמליזם משפטי

בתת-פרק זה נסביר את פסק דינו של השופט שטיין בפרשת **ביבי כבישים** כנעוץ בשתי נטיות תאורטיות עיקריות: פורמליזם ובצדו מוניזם תאורטי, הדוגל בראיית רצון הצדדים כעומד ביסודם של דיני החוזים.⁴⁶ בפתח הדברים חשוב לציין כי דרך ניסוח פסק דינו של השופט שטיין עלולה לתעתע. פסק דינו, לפי פשוטו, משלב הכרה במגוון תכליות נורמטיביות שבבסיס דיני הפירוש ובהלכת **אפרופים** יחד עם כללי פירוש שמרניים הסוטים מהלכת **אפרופים** ומגמה להגביל את התכליות הנורמטיביות שהשופט רשאי להתחשב בהן במסגרת פירוש חוזים.

אומנם השופט שטיין קבע במפורש כי הלכת **אפרופים** "חלה על כל חוזה וחוזה";⁴⁷ כי הגישה שהוא מציע "עולה בקנה אחד עם הגישה התכליתית שנקבעה בהלכת **אפרופים**";⁴⁸ כי לפחות בחוזים שהוא מגדיר "חוזי יחס" – חוזים שלדבריו נוסחו בקווים כלליים בלבד ושנועדו מלכתחילה להיות מנוהלים על ידי בית המשפט – יש מקום לתחולתם של ערכי הוגנות וסבירות. עם זאת ניתן להתרשם שאין בהכרזות רטוריות אלה כדי לעמעם את עיקר עמדתו של שטיין. מן ההיבט המהותי, גישתו העקרונית של שטיין, בשונה מקביעות ומהבחנות הקיימות בשוליה, נדמית כשמרנית, ונראה שרוב הפער בין גישתו לבין הלכת **אפרופים** וכמעט כל ההנחות שעליה היא מיוסדת.

למשל, נראה לנו כי הוא דוגל בפרופוזיציה שלפיה יש חוזים שאינם טעונים הליך פרשני לקביעת משמעותם, לפחות במובן זה שהלשון עשויה להיות ברורה "כשלעצמה". פרופוזיציה זו מזוהה תדיר עם כללי פירוש פורמליסטיים.⁴⁹ לא מיותר לציין כי פרופוזיציה זו נשללת הן במרבית התאוריות של הלשון, הן בחשיבה התאורטית על המשפט, והיא בוודאי אינה מתיישבת עם הנחת היסוד של תורת הפרשנות התכליתית שלפיה אין בנמצא

46 לניתוח מקיף וביקורתי על שיטתו של שטיין ראו זמיר "פירוש חוזים", לעיל ה"ש 38.

47 עניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 12, פס' 12 לפסק דינו של השופט שטיין.

48 שם, פס' 15.

49 לזיהויה של הנחה זו עם "כלל המשמעות הברורה" (Plain Meaning Rule) מן המשפט האמריקני ראו Zamir, *The Inverted Hierarchy*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1728–1729.

טקסט משפטי, ובכללו חוזה, שאינו טעון פרשנות לשם קביעת מובנו.⁵⁰ בהקשר זה יש להוסיף כי השימוש שעושה השופט שטיין במונח "חוזה סגור" – כתרגום לביטוי Completely Contingent Contract⁵¹ – נראה חורג ממובנו המקובל בתאוריה של דיני חוזים. לפי הניתוח הכלכלי, מושג זה מתייחס לחוזה מושלם המגדיר במדויק את תנאי החוזה בהתבסס על כל מצב אפשרי בעולם.⁵² אלא שמונח זה בא לתאר ברגיל אידיאל תאורטי, חוזה דמיוני.⁵³ אין מטרתו של המושג לתאר חוזה שיכול להתקיים בעולם האמיתי, אלא רק לשמש נקודת קצה על ספקטרום רציף של מידת שלמותם של חוזים ולהתוות אמות מידה להשלמת חוזים (שאינם שלמים).⁵⁴ כמוכך, אין לומר שהשימוש שעושה השופט שטיין במושג זה הוא "שגוי", אלא רק כי יש פער בין המוטיבציה והנחת המוצא שבבסיסו – המניחה קיומם של חוזים המתקרבים לאידיאל הפיקטיבי של החוזה השלם – לבין הנחות המוצא שבבסיס הלכת אפרופים.

כיוצא בזה, השופט שטיין סבור כי פרשנותו של חוזה שנחזה כממצה את הקשר החוזי בין הצדדים מתמצה במילותיו הכתובות, ובכך הוא סוטה מהלכת אפרופים שלפיה יש לפנות לנסיבות בכל הנסיבות; הוא אף סבור כי בחוזים מסוג זה חסום הפרשן מפנייה לערכי הוגנות וסבירות, וכי עקרון תום הלב לא יחול כלל על יחסי הצדדים לעניין פירושם, ובכך

50 ראו הלכת אפרופים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 298–299; אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך רביעי – פרשנות החוזה 57–59 (2001) (להלן: ברק *פרשנות החוזה*). על הנחה זו מושתת כמדומה גם ס' 200 לריסטייטמנט השני (RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT § 200 (1979)), שלפיו פרשנותו של הסכם היא קביעת מובנו. להנחה זו – לפיה אין בנמצא חוזה שאינו טעון פרשנות – ראו גם זמיר *פירוש והשלמה*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 24; שלו וצמח *דיני חוזים*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 491; Zamir, *The Inverted Hierarchy*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1729. לעמדה אחרת ראו דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" *המשפט* ח 483, 485–484 (2003) (הסובר כי ישנם טקסטים, בין בכתב ובין בעל פה, שהם ברורים ועל כן אינם טעונים פרשנות). אין צריך לציין כי הנחתו של שטיין, שלפיה חוזים שלמים וממצים שניסוחם ברור אינם טעונים לכאורה פרשנות, מושתתת על כשל מעגלי: לא ניתן לקבוע כי החוזה הוא שלם וממצה, ואפילו לא ניתן לקבוע שלשונו ברורה כשלעצמה, מבלי לברר את מובנו של החוזה תחילה; בירור זה הוא עצמו בגדר הליך פרשני של הסכמת הצדדים.

51 עניין *ביבי כבישים*, לעיל ה"ש 12, פס' 6 לפסק דינו של השופט שטיין.

52 ראו Gregory Klass, *Efficient Breach*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW (2014) Steven Shavell, 362, 370. כן ראו Gregory Klass, George Letsas & Prince Sapra eds., (2014) *Damage Measures for Breach of Contract*, 11 BELL. J ECON. 466, 468 (1980).

53 ראו George G. Triantis, *The Evolution of Contract Remedies (and Why do Contracts Professors Teach Remedies First?)*, 60 U. TORONTO. L. J. 643, 646 (2010) ("Real-World Contracts, of course, are not complete"). כן ראו Klass, לעיל ה"ש 52, בעמ' 371 ("Although [...] 'complete contingent contracts are theoretical fiction [...]']" Richard Craswell, *Contract Law*: (complete contingent contracts are theoretical fiction [...]']" *General Theories*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW & ECONOMICS vol. 3, 1 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit DeGeest eds., 2000) ("The phrase, 'complete contingent contract' is sometimes used to describe an (imaginary) contract that would spell out in complete detail the exact legal rights and duties of each party under every possible state of affairs [...] no real contract ever achieves this level of completeness [...]"]" לעיל ה"ש 38, בעמ' 96–97.

54 עמרי בן שחר ויובל פרוקציה "חוזים" *הגישה הכלכלית למשפט* 153, 186–200 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

הוא סוטה מהלכת אפרופים, הפותחת פתח רחב לפירוש החוזה בהתחשב בסטנדרטים של תום לב, הוגנות וסבירות.

במובן זה קשה לתת לפסק דינו של שטיין פשר "מתוך עצמו", משום שהטקסט בקריאה פשוטה שלו סותר את עצמו – הוא מאשר את תחולתה של הלכת אפרופים ובעת ובעונה אחת סוטה כמעט מכל עיקריה. אגב כך השופט שטיין דוגל בכללים פורמליסטיים – דוגמת "כלל הראיה בעל פה" (Parol Evidence Rule) שהוא אח ל"כלל המשמעות הברורה" (Plain Meaning Rule)⁵⁵ – שלפיהם בהיעדר עמימות גלויה או דו-משמעות בחוזה, אין מקום לפרשנותו של החוזה או שאין להסתייע בנסיבותיו, ויש ללמוד על כוונת הצדדים תוך דבקות במילותיו של החוזה, על פי משמעותן הלשונית הרגילה. שטיין סבור כי כללים אלה נקלטו במשפט הישראלי וחלים במסגרתו (כאשר לפנינו חוזה הנחזה כהסכם שלם וממצה). ההבחנה שעורך שטיין בהקשר זה – בין חוזים הנתפסים כממצים את הקשר החוזי לבין חוזים שאינם כאלה – אף היא מוכרת במשפט האמריקני אגב שאלת פירוש ההסכם או החלת כלל הראיה בעל פה. כך למשל לפי סעיף 2-202 ל-U.C.C. (Uniform Commercial Code), יישומו של כלל הראיה בעל פה דורש הבחנה בין חוזים הנתפסים כממצים את ההתקשרות בין הצדדים לבין חוזים שאינם כאלה. כך גם, לפי הריסטייטמנט (השני) האמריקני, קיימת הבחנה מקדמית לעניין פירוש ההסכם או לעניין החלת כלל הראיה בעל פה בין חוזה הנחזה כהסכם שלם שהצדדים התכוונו שימצה את הסכמותיהם (Integrated Agreement) לבין חוזה שאינו כזה.⁵⁶

מכל מקום, קשה שלא להבחין בהתעלמותו של השופט שטיין כמעט לחלוטין מן הפסיקה ומן הספרות האדירה שהצטברה בתחום פירוש החוזה בעשורים האחרונים

55 לכללים אלה ראו E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS § 7.12 (4th ed. 2004); James P. McBaine, *The Rule Against Disturbing Plain Meaning of Writing*, 31 CAL. L. REV. 145 (1943). להיחלשותם של כללים אלה במשפט האמריקני ראו למשל Zamir, *The Inverted Hierarchy*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1728 (עומד על כך שאף שבמספר גדול של פסקי דין חוזרים בתי המשפט על "כלל המשמעות הברורה", הרי ההיזקקות לכלל הזה היא במרבית המקרים רטורית גרידא ומשמשת הסוואה למעורבותו האקטיבית של בית המשפט למעשה בפרשנות חוזה. ברוח דומה, מראה זמיר שהחלת הכלל בחלק מן המקרים נעשית כדי לקדם הוגנות וצדק חלוקתי בנסיבות המקרה הנדון); ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 474–477 (עומד על כך שבמשך השנים חלה הגמשה ניכרת של כללים אלה, וכי הגישה הרווחת בארצות הברית, כפי שהיא עולה בין היתר מהקודים המסחריים: ה-U.C.C. ומהריסטייטמנט השני – היא כי הפרשן רשאי לפנות לנסיבות ההתקשרות בכל הנסיבות); זמיר "עוד על פירוש", לעיל ה"ש 21, בעמ' 40 (עומד על כך שהוועדה שבדקה באנגליה בשנות השמונים של המאה העשרים את הצורך בפרורמה בנושא כלל הראיה בעל פה הגיעה למסקנה שאין צורך בביטול חקיקתי של הכלל מאחר שהוא "התמוטט מעצמו אל תוך סייגיו וחריגיו"). שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" **משפטים** מג 55, 83 (2012) (עומדים על כך שלמן המחצית השנייה של המאה העשרים נחלשו בארצות הברית כלל המשמעות הברורה וכלל הראיה בעל פה במידה ניכרת); Alan Schwartz & Robert Scott, *Contract Interpretation Redux*, 199 YALE L.J. 926 (2010) (תיאור דין הפירוש בקליפורניה כמאפשר לסטות מלשונו המפורשת של החוזה).

56 ראו RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §209–218 (1979). לסקירה ראו זמיר "עוד על פירוש", לעיל ה"ש 21, בעמ' 37.

וממגמות מודרניות בדיני החוזים המשלכות שיקולים ערכיים בפירוש החוזה.⁵⁷ גם כאן דווקא מי שמצדד בעמדה שמרנית בנוגע לארגומנטציה משפטית צריך לבקר את השופט שטיין, שכן העמדה השמרנית מבקשת לכבד את פסקי הדין שניתנו בעבר הלא רחוק, ובוודאי לא להתעלם מהם. כך או אחרת, התעלמות זו איננה מקרית, ובוודאי אינה נעוצה בהיעדר בקיאותו של השופט שטיין במגמות מודרניות. היא מצביעה על מקורות השראתו של השופט שטיין: עידן שמרני שבו נשלט דין פירוש החוזה בידי מערכת כללים מפורטת המצמצמים את שיקול דעתו של בית המשפט בכואו לפרש חוזה. במובן זה קרובה עמדתו של שטיין לתורת השלבים המסורתית והשמרנית.

כמובן, אין להתעלם מכך שגישתו הפרשנית הכוללת של שטיין אומנם מאפשרת את פירוש החוזה גם בהפעלת שיקול דעת ובהתחשב בסטנדרטים כגון תום לב ועקרונות של סבירות והוגנות. כאמור, גישתו מושתתת על ההבחנה שהוא מציג בין חוזים "סגורים", הטעונים גישה פרשנית דוקנית ומילולית, לבין "חוזי יחס פתוחים" וחוזים מיוחדים (דוגמת חוזים צרכניים וחוזים אחידים), הניתנים לפירוש בהתחשב בנסיבות ובערכים חברתיים וציבוריים. עם זאת דומה כי המרחק בין עמדתו העקרונית של שטיין בנושא פירוש חוזים לבין הלכת אפרופים ותורת הפרשנות התכליתית שאומצה בה, הוא בכל זאת רב. תורת הפרשנות התכליתית מושתתת על כוחו של הפרשן להסתייע בראיות חיצוניות לחוזה ונותנת לגיטימציה רחבה להגשמת ערכים של הוגנות וסבירות בחוזים. לעומת זאת שיטתו העקרונית של שטיין נדמית כמושתתת על מערכת של כללים הנוגעים במידת מסוימות של המסמך, וניתן להתרשם כי היא נעוצה במגמה עמוקה יותר לתמוך בפירושם של חוזים מתוכם, לצמצם את שיקול דעתו של בית המשפט להתחשב בנסיבות שמחוץ לחוזה ולהגביל את שיקולי המדיניות והתכליות הנורמטיביות שרשאי השופט להתחשב בהן בעת פירושו של חוזה. מגמה זו מסתברת גם מהאופן שבו יישם השופט שטיין את ההבחנות שעליהן הוא נסמך על עובדות המקרה שלפניו. איל זמיר הצביע על כך שלמעשה החוזה בין הרכבת לחברת ביבי כבישים לא רק **שלא** היה חוזה "סגור" או "שלם", מאחר שהוא הותיר עניינים רבים לקביעות עתידיות, אלא גם שדובר בחוזה יחס ואף בחוזה אחיד ומקפח שנערך בידי חברה הממלאת תפקיד ציבורי.⁵⁸ מכאן מסיק זמיר כי האופן שבו יישם שטיין את גישתו הפרשנית בחוזה המסוים שנדון לפניו שופך אור על עמדתו העקרונית. גישתו העקרונית, כפי שהיא מתבררת מיישומה בפסק הדין, מלמדת כי למעשה יש לפרש גם חוזי יחס פתוחים וחוזים מיוחדים פירוש דוקני ומילולי, וכי "ניתן אפוא להתרשם [...] שהקטגוריות של חוזי יחס וחוזים מיוחדים, שבפרשנותם יש 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".⁵⁹ במילים אחרות, אף כי שיטתו הפרשנית של השופט שטיין מביאה בחשבון גם ערכים נוספים, דוגמת סבירות,

57 בין היתר, השופט שטיין בפסק דינו בעניין **ביבי כבישים** (לעיל ה"ש 12, פס' 13) מסתמך על פסקי דין משנות החמישים של המאה הקודמת.

58 זמיר "פירוש חוזים", לעיל ה"ש 38, בעמ' 106–111.

59 שם, בעמ' 111.

הוגנות ותום לב, פסק דינו כמכלול מעורר תחושה של סתירה בין הרטוריקה הפרשנית שלו לבין כללי הפירוש שהוא מצדד בהם למעשה.

כמדומה, בצד עמדתו של שטיין נגד הלכת אפרופים עומדת גם עמדה המצדדת בפורמליזם משפטי. בסיס הפורמליזם המשפטי נעוץ בהנחה שמערכת מפורטת של נורמות מצמצמת את שיקול דעתו של בית המשפט, מגבילה את שיקולי המדיניות שהוא רשאי להביא בחשבון, ובכך מגבירה את הוודאות המשפטית.⁶⁰ עמדה פורמליסטית זו, המבססת את הדין על תשתית "סגורה" של כללים שנועדו להתוות מראש הכרעות משפטיות, היא מעין תזכורת למסורת החשיבה הלנגדליאנית שראתה בדיני החוזים כנשלטים בידי סדרה של כללים פורמליים וקשיחים,⁶¹ ואשר השקיפה על ההכרעה המשפטית כמלאכה של דוקצייה לוגית, כמעט מתמטית, מכללים אלה. זאת, כך נטען לא אחת, תוך הפשטת המשפט מתכניו הערכיים והתעלמות משאלות רחבות יותר של צדק מהותי ושל השלכותיו של המשפט על חיי נמעניו.⁶² תורה משפטית זו, שנתפסה לא פעם כרדוקצייה של עולם החוזים למסגרת כמו-מדעית של כללים וכחזון אידיאליסטי,⁶³ קשורה כמובן קשר הדוק לסיפור התפתחותם ועיצובם של דיני החוזים הקלאסיים, שבמרכזם הרעיון בדבר כיבוד רצון הפרט המתקשר.⁶⁴ יש הסבורים כי לידתם של דיני החוזים הקלאסיים ועלייתם של

60 אך ראו זמיר "עוד על פירוש", לעיל ה"ש 21, בעמ' 38–50 (המערער את הקשר שנתפס כטבוע בין קיומה של מערכת כללים נוקשה ומפורטת לבין הגברת הוודאות המשפטית, לאורן של הארות תאורטיות של ריאליסטים אמריקנים וממצאים אקספרימנטליים ואמפיריים).

61 ראו למשל C.C. LANGDELL, A SELECTION OF CASES ON THE LAW OF CONTRACTS VI (1871). למסורת החשיבה הלנגדליאנית הפורמליסטית במבט כללי ראו Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 U. PITT. L. REV. 1 (1983); Pierre Schlag, *The Aesthetics of American Law*, 115 HARV. L. REV. 1047, 1056 (2002); Lawrence M. Friedman & Stewart Macaulay, *Contract Law and Contract Teaching: Past, Present, and Future*, 1967 WIS. L. REV. 805, 805 (1967). DOUGLAS G. BAIRD, RECONSTRUCTING CONTRACTS 150 (2013) ("There were principles in the great beyond that were fixed and immutable. A court sitting on Mars would apply the same principles. We should not be surprised that such fantasies created trouble") GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT 6, 65 (1974). לביקורת על תיאור קיצוני זה של גישתו של לנגדל ראו למשל Bruce H. Kimball, *The Langdell Problem: Historicizing the Century of Historiography, 1906-2000s*, 22 LAW & HIST. REV. 277 (2004).

62 ראו למשל C.C. LANGDELL, A SUMMARY OF THE LAW OF CONTRACTS 20–21 (2nd ed. 1880) (העומד על כך שבעיצובם של כללים מסוימים, שאלות רחבות יותר של צדק מהותי "אינן רלוונטיות").

63 ראו Oman, *A Pragmatic Defense*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 80–82 ("The push for a single set of rules to govern all voluntary transactions seems to rest on the misguided hope that law can be made into a simple set of abstract premises from which correct results can be deduced").

64 לתאוריה הקלאסית ראו להלן ה"ש 72. כמדומה, יש קשר ענייני בין הסדרה של תחום החוזים במסגרת מאורגנת של כללים פורמליים לבין ראיית הדין כמושגת על רעיון מכנס (דוגמת הגשמת רצון הצדדים). הרעיון שלפיו תחום משפטי מוסדר בסדרת כללים ועקרונות משל עצמה עולה בקנה אחד עם המחשבה שכללים והסדרים ייחודיים אלה ניתנים לארגון באמצעות רעיון תאורטי העומד בבסיסם. וכך מן ההפוך: ראיית הדין כמבוסס על עיקרון מופשט (דוגמת הגשמת רצון הצדדים) מזמנת את ניסוחם של כללים שלכאורה נמשכים מרעיון זה ומשקפים אותו.

תאוריה כללית של חוזה נעוצה בפורמליזם משפטי קשיח שלנגדל הוא גיבורו הראשי.⁶⁵ מכל מקום, רעיונות פורמליסטיים אלה השפיעו, לפחות בחלקם, גם על עיצובו של הריסטייטמנט (הראשון), המזוהה בעיקר עם פרופ' ויליסטון (Williston).⁶⁶ קיים דמיון רב בין כללי הפירוש הנוקשים שנקבעו בו לבין שיטתו של שטיין.⁶⁷ כפי שעולה למשל מהריסטייטמנט הראשון משנת 1932, בהיעדר דו-משמעות בחוזה, יש לעמוד על כוונת הצדדים מתוך לשון החוזה כפי שהיא מובנת לאדם הסביר,⁶⁸ וגם כלל זה, בדומה לדבריו של השופט שטיין בפסק דינו, נועד להגביר את הוודאות באשר לתוכן הסכמתם של הצדדים.⁶⁹

מן ההיבט התאורטי והנורמטיבי – ובדומה לתורת השלבים⁷⁰ – נראה כי האידאולוגיה שבבסיס עמדתו של שטיין קשורה קשר הדוק לתאוריה הקלאסית של החוזה שביסודה ראייה ברצון הצדדים את מקורו העיקרי של החוזה. על פי התיאור הרווח, תאוריה זו היא ששלטה בדיני החוזים בעולם המערבי במאות השמונה-העשרה והתשע-עשרה. ביסוד תאוריה זו עומד עקרון חופש החוזים אשר עלה בקנה אחד עם רעיונות הליברליזם והאינדיווידואליזם שפותחו בפילוסופיה הפוליטית בתקופה זו; האוטונומיה של הפרט ורצונו החופשי הפכו למטרות נעלות בתקופה זו הן מטעמים חברתיים הן בהשפעת תורות מוסריות, פילוסופיות וכלכליות. בעולם המשפט התפתח אפוא בתקופה זו עקרון חופש

65 ראו Gilmore, לעיל ה"ש 61, בעמ' 6. לסקירה של טיעונו של גילמור בהקשר זה ראו Oman, A *Pragmatic Defense*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 80–82.

66 ראו באורה כללי Mark L. Movsesian, *Rediscovering Williston*, 62 WASH. & LEE L. REV. 207 (2005). כתביו של ויליסטון בתחום החוזים, דוגמת SAMUEL W. WILLISTON, *THE LAW OF CONTRACTS* (1st ed., 1920), נתפסו לא אחת כפיתוח של התאוריה הכללית של החוזה שעוצבה, לפי הטענה, בידי לנגדל. ראו בהקשר זה Gilmore, לעיל ה"ש 61, בעמ' 6–9.

67 ראו E. Allan Farnsworth, "Meaning" in the Law of Contracts, 76 YALE L.J. 939, 959 (1967) ("Under the older and more restrictive [view], parol evidence may only be used for the purpose of interpretation where the language in the writing is 'ambiguous' [...] This is the view adopted both by Williston and the Restatement of Contracts")

68 ראו RESTATEMENT (FIRST) OF CONTRACT § 230 (1932), וראו גם שם, הערה b ("They have assented to the writing as the expression of the things to which they agree, therefore the terms of the writing are conclusive [...]"). כן ראו בהקשר זה David G. Epstein, Timothy Archer & Shalayne Davis, *Extrinsic Evidence, Parol Evidence, and the Parol Evidence Rule: a Call for Courts to Use the Reasoning of the Restatements Rather than the Rhetoric of Common Law*, 44 N.M. L. REV. 49, 71 (2014); ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 474 (עומד על כך שלפי סעיף זה "כל עוד לשון החוזה ברורה ואין בה דו (או רב)-משמעות, אין להביא ראיות חיצוניות באשר לכוונתם של הצדדים").

69 לכך שסעיף זה, הממוקד בלשון החוזה, משקף סטנדרט פרשני נוקשה ("rigid standard") המיועד לקדם ודאות ראו JOSEPH M. PERILLO, CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS 132 (6th ed. 2009). והשוו לדברי השופט שטיין בעניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 12, פס' 15: "לצדה של תכלית זו, יש לו, לחוזה סגור, תכלית נוספת [...] ששמה וודאות חזית. ודאות זו [...] יוצרת ביטחון עסקי. הגישה התכליתית חייבת אפוא להכיר – ואכן מכירה – בוודאות החוזה ובביטחון העסקי כאחת מתכליות החוזה."

70 בכל הנוגע לאידאולוגיה שבבסיס תורת השלבים ראו גם זמיר "עוד על פירוש", לעיל ה"ש 21, בעמ' 9; שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 490.

החוזים כשיקוף של מגמות אלה.⁷¹ ברוח זו נתגבשו דיני החוזים הקלאסיים על רקע תאוריית הרצון.⁷² לפי תאוריה זו, חוזים ראויים להגנה משום שהם ביטוי לרצונם של הפרטים, ורצון זה הוא ערך הראוי להגנה. תפקידם של דיני החוזים הוא אפוא לכבד את הרצון החופשי ולהגן על האוטונומיה הפרטית. התאוריה הקלאסית ביקשה להסביר ולהצדיק את דיני החוזים על בסיס רעיון הגשמת הרצון החופשי. דיני החוזים הקלאסיים הושתתו על סדרת כללים ועקרונות התואמים אידאולוגיה זו. ראש וראשון לכללים אלה הוא כלל היסוד שלפיו הצדדים הם שליטיו של החוזה; הם המקור לקביעת תוכנו. בית המשפט ייתן חופש לצדדים להתחייב זה כלפי זה, לא יתערב בתוכנו של החוזה שעשו, לא ישנה אותו ולא יטיל על הצדדים חיובים שלא קיבלו על עצמם במפורש.⁷³ דיני החוזים הקלאסיים התרכזו אפוא יותר בבחינת קיומו של רצון התקשרות ובמתן תוקף להסכמת הצדדים, ופחות בהתערבות בתוכן ההתקשרות החוזית; אין זה מתפקידו של בית המשפט לעשות חוזה עבור הצדדים או להחליף את רצונם ברצונו; בית המשפט לא יבחן את שקילותן של התמורות החוזיות ולא יתחשב בערכים של הוגנות וסבירות. תפקידו של בית המשפט מתמצה במתן תוקף לרצון הצדדים. תפיסה זו היא בראש ובראשונה ביטוי לריבונותם של הצדדים על החוזה.⁷⁴

ברוח רעיונות אלה, גם מטרתה של הפרשנות היא לתת תוקף לכוונת הצדדים, ומכל מקום, אין זה מתפקידו של המשפט להתערב בתוכנו של החוזה במסגרת פירושו או ליצור התחייבויות שהצדדים לא הסכימו להן. נקודת המוצא בפרשנות החוזים במשפט האמריקני של סוף המאה התשע-עשרה התמקדה בפירוש החוזה לפי כוונת הצדדים באמצע את ההנחה שלשונו הברורה של החוזה היא הביטוי הטוב ביותר לכוונת הצדדים, ועל כן ראוי לדבוק בה. בעידן זו רווחה התפיסה שלפיה הדבקות בטקסט החוזי עולה בקנה אחד עם האידיאלים הקלאסיים של האוטונומיה של הפרט וחופש החוזים (הן משום שעל פי רוב

71 לתיאור נרחב של תולדותיו והתפתחותו של עקרון חופש החוזים ראו ספרו המונומנטלי של PATRICK S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979) (להלן: ATIYAH, RISE AND FALL). עוד על התפתחותם ההיסטורית של דיני החוזים בעולם המערבי במאות האחרונות, ראו MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1780-1860 ch. 6 (1977) (להלן: HORWITZ, TRANSFORMATION); Morton J. Horwitz, *The Historical Foundations*; (1974) MICHAEL GRANT, *of Modern Contract Law*, 87 HARV. L. REV. 917 (1974). כן ראו MICHAEL FURMSTON, CHESHIRE, FIFoot & FURMSTONE, LAW OF CONTRACT 13 (15th ed. 2006). בקצרה ראו שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 22-26.

72 לתאוריית הרצון הקלאסית ולאידאולוגיה שבבסיסה ראו Duncan Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form"*, 100 COLUM. L. REV. 94, 115 (2000); Morris Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553, 554-558, Randy (1933); Brian Coote, *The Essence of Contract*, 1 JCL 91, 99 (1988); Barnett, *A Consent Theory of Contract*, 86 COLUM. L. REV. 269, 272 (1986); Patrick S. Atiyah, *The Liberal Theory of Contract*, in ESSAYS ON CONTRACT 121 (1986); Max Radin, *Contract Obligation and the Human Will*, 43 COLUM. L. REV. 575, 575-577 (1943).

73 ראו ATIYAH, RISE AND FALL, לעיל ה"ש 71, בעמ' 398-505; HORWITZ, TRANSFORMATION; ראו לעיל ה"ש 71, בעמ' 173-188.

74 ראו איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" **עלי משפט** יג, 9-10 (2016).

הצהרת רצונם הכתובה של הצדדים נתפסה כשיקוף הנאמן ביותר של כוונתם, הן משום שפירוש הדבק בלשון החוזה נתפס כמגביר את הוודאות באשר לתוכן הסכמתם של הצדדים).⁷⁵

לענייננו, שיטתו העקרונית של השופט שטיין בפסק דינו, כפי שנסקרה, מתיישבת עם אידאולוגיה זו. מסקנה זו עולה גם מהתייחסויות מאוחרות של השופט שטיין לפסק דינו בעניין **ביבי כבישים**; בפסקי דין אחרים שכתב, שבהם התייחס השופט שטיין לפסק דינו בפרשת **ביבי כבישים**, היה זה בעיקר בקשר לעקרון חופש החוזים "שמכוחו מצווים בתי המשפט להימנע מליצור התחייבויות ותנאים חוזיים עבור בעלי החוזה שלא הסכימו להם",⁷⁶ וכתמיכה לרעיון שלפיו ראוי לפרש את החוזה צמוד ללשונו.⁷⁷ ככל שניתן ללמוד על גישתו העקרונית של השופט שטיין גם מעובדה זו, דומה כי השופט שטיין רואה בפסק דינו כמסמל בעיקר היבטים אלה של שיטתו הפרשנית.

כמובן, בצד תפיסה המצדדת בעקרון חופש החוזים על בסיס גישה אינדיווידואליסטית הרואה ברצון החופשי ערך לעצמו, עומדת גם תפיסה המצדיקה עיקרון זה מטעמים של השאת התועלת המצרפית. זהו הרעיון הבסיסי שעליו מושתתת הגישה הכלכלית. לפי גישה זו, לרצון הפרטי יש ערך אינסטרומנטלי, כמכשיר למדידת תועלות שאת ערכן המצרפי ראוי להשיא.⁷⁸ ניתן לטעון כי הגישה הפרשנית של השופט שטיין, ככל שהיא מבקשת לתת תוקף לכוונת הצדדים, מתיישבת דווקא עם תפיסה זו ופחות עם תאוריית הרצון הקלאסית. אך לדעתנו משקלה של טענה זו אינו רב. אף כי הגישה הכלכלית אינה מניבה תשובה אחידה במישור כללי הפירוש הראויים, יש בסיס לסברה כי בראייה כלכלית נכון להעדיף את הפתרון היעיל ולא דווקא את הפתרון התואם את כוונתם של הצדדים כפי שהיא עולה מלשון החוזה.⁷⁹ השאת התועלת החברתית באמצעות מימוש האידיאל של חופש החוזים יפה במצבים שבהם לא נשללת ההנחה בדבר יעילות החוזה ככתבו וכלשונו, אך בהתחשב בעניינם של מכשולים המשליכים על ההסכמה המיועצת והחופשית של הצדדים, דווקא פירוש החוזה בסטייה מ"כוונת הצדדים" עשוי להביא לתוצאה יעילה מזו המתקבלת מפירושו לפי כוונת הצדדים כפי שהיא מתבטאת בלשון החוזה. לענייננו, בהנחה שבמקרה הנדון דובר בחוזה אחיד, חד-צדדי, של חברה ממשלתית, שרבות מהוראותיו מקפחות לכאורה,⁸⁰ החוזה הנדון מעורר לכל הפחות חשד בדבר יעילותו.⁸¹ בראייה כלכלית היה

75 ראו למשל שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 161. ראו גם Wayne Barnes, *The Objective Theory of Contracts*, 76 U. CIN. L. REV. 1119 (2008); Joseph M. Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, 69 FORDHAM L. REV. 427 (2000).

76 רע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רותם**, פס' 2 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 5.5.2020).

77 ע"א 7669/18 **זהבי נ' זהבי**, פס' 23 (בכל הנוגע לפירוש הסדריו הראשוניים של ההסכם) ופס' 30 (בכל הנוגע לפירושה של תניית פיצוי מוסכם הקבועה בהסכם) לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 8.12.2019). כן ראו ע"א 8553/19 **אלכסנדר אורן בע"מ נ' כהן**, פס' 22 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 17.11.2020); ע"א 7202/20 **אופריין תחנות דלק בע"מ נ' צפריה**, פס' 4 לפסק הדין (נבו 23.11.2020).

78 ראו זמיר **פירוש והשלמה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 114 (ובה"ש 100 להלן ובטקסט הסמוך אליה).

79 ראו שם, בעמ' 115 (ודברי ריצ'ארד פוזנר הנזכרים שם).

80 זמיר "פירוש חוזים", לעיל ה"ש 38, בעמ' 109–110.

השופט שטיין יכול לנתח את החוזה בראי מאפיינים אלה כדי לבחון אם ההסבר לתניות החוזה נעוץ בפערי מידע, בניצול יחסי כוחות לא שווים ובכשלים אחרים הנובעים ממעמדה של רכבת ישראל כרשות ציבורית. במקרה כזה ספק אם מתן תוקף לחוזה על פי לשונו אכן מגשים את העדפותיהם של הצדדים, כפי שהיו מבוטאות בשוק משוכלל.⁸² במצב זה ייתכן גם שמנקודת מבט של תמריצים להתנהגות עתידית היה ראוי לפרש את החוזה נגד בעל העדיפות בעיצובו.⁸³ אולם השופט שטיין נמנע מבחינה המתחשבת כאמור במאפייני החוזה.

ניתן אפוא להתרשם כי שיטתו העקרונית של השופט שטיין, המשתקפת גם בהכרעתו האופרטיבית המתעלמת ממאפייני החוזה הנדון, קרובה יותר לחזון האידיאליסטי של הגישה הקלאסית. לפי חזון זה, הדבקות בטקסט הכתוב מתיישבת באופן כמעט מובנה עם כיבוד הרצון החופשי, בהתעלם מהפער האפשרי בין הטקסט החוזי לבין רצונם ה"אמיתי" של הצדדים ובלא התחשבות במאפייניו הקונקרטיים של החוזה הנדון. אכן, כך מתוארים דיני החוזים הקלאסיים שנוצרו על רקע תאוריית הרצון:⁸⁴

"Pure" contract doctrine is blind to details of subject matter and person. It does not ask who buys and who sells, and what is bought and sold. In the law of contract it does not matter whether the subject of contract is a goat, a horse [...] or a shoe. As soon as it matters [...] we are [...] no longer talking pure contract.

אומנם גם לפי תפיסתו של שטיין – ובדומה למדרג המסורתי של פירוש של חוזים והשלמתם⁸⁵ – הליך הפירוש עשוי להתרחק מכוונת הצדדים אל עבר קביעות נורמטיביות בהתחשב בסטנדרטים של תום לב, סבירות והוגנות. ההנחה שבבסיס מדרג מסורתי זה היא שההתרחקות מכוונת הצדדים תתאפשר רק בהיעדר אפשרות למצות את הליך הפירוש מתוך הסכמתם,⁸⁶ וששילובם של סטנדרטים של הוגנות וסבירות נובע אף הוא מרצונם המשוער של הצדדים.⁸⁷ שיטת השופט שטיין מבטאת היגיון זה. כאמור, לפי שיטתו, הפנייה לעקרונות של תום לב, הוגנות וסבירות, כשהיא נעשית בעניינו של "חוזה יחס פתוח", נעוצה בכך שדרגת מסוימותו ממילא נמוכה, ושהצדדים לו החסירו במתכוון פרטים מן

81 ראו Avery Katz, *Standard Form Contracts*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 502 (Peter Newman ed., 1998).

82 במבט כללי ראו זמיר **פירוש והשלמה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 117 (ובהרחבה שם, בעמ' 115–119).

83 ראו למשל Richard Posner, *The Law of Economics of Contract Interpretation*, 83 TEXAS L. REV. 1581, 1607–1608 (2004).

Charles Goetz & (Posner, *Contract Interpretation*: (להלן); REV. 1581, 1607–1608 (2004)

Robert Scott, *The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interactions Between*

Express and Implied Contract Terms, 73 CAL. L. REV. 261, 310 (1985)

לעיל ה"ש 2, בעמ' 537.

84 ראו למשל LAWRENCE M. FRIEDMAN, *CONTRACT LAW IN AMERICA* 20 (1965).

85 למדרג זה ראו שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 490–487.

86 שם, בעמ' 490.

87 שם, בעמ' 490, 487. כן ראו זמיר "עוד על פירוש", לעיל ה"ש 21, בעמ' 9; זמיר **פירוש והשלמה**, לעיל

ה"ש 3, בעמ' 17, 82–86.

החווה והתכוונו מלכתחילה כי הוא ינוהל בידי בית המשפט.⁸⁸ לאמור: לשיטת השופט שטיין, פירוש החווה בהתבסס על ערכים חיצוניים, במקרים שבהם מדובר ב"חווה יחס פתוח", יונק אף הוא את כוחו מרצונם של הצדדים. גם במובן זה קרובה הנמקתו של השופט שטיין לרטוריקה של הגישה הקלאסית שרווחה במאה התשע-עשרה על רקע תאוריית הרצון,⁸⁹ רטוריקה שהצדיקה בעבר אפילו את דיני הסיכול בנימוק של רצונם המשתמע של הצדדים.⁹⁰

לסיכום, עמדתו הפרשנית של השופט שטיין קרובה לדעתנו, בהיבטים רבים, לרטוריקה שרווחה בדיני החוזים הקלאסיים. לפחות כפי שהיא מתבררת במבחן המעשה – ואף שניתן להתרשם אחרת מלשון פסק דינו – שיטתו של השופט שטיין איננה מבוססת על ריבוי עקרונות אלא על תפיסה נורמטיבית מוניסטית, שלפיה כיבוד רצון הצדדים הוא שעומד בבסיס דיני החוזים. בצד זה, כדי להגשים את המטרה האמורה מצדד השופט שטיין באמצעים פורמליסטיים. שטיין דוגל בכללי פירוש שמרניים שבראשם הכלל שלפיו הלשון היא השיקוף הנאמן והחשוב ביותר של כוונת הצדדים; אם לשון החווה ברורה, יש לדבוק בה, ועל הפרשן להימנע מלפנות לנסיבות החיצוניות לחווה הכתוב. במקרים אחרים (כאשר מדובר ב"חוזי יחס פתוחים") שיטתו של שטיין אומנם מאפשרת את פירוש החווה בהתבסס על ערכים חיצוניים, אך כלל זה מוצג אף הוא כנובע מרצונם המשתמע של הצדדים, ובכך גם הוא קרוב לרטוריקה של הגישה הקלאסית. לבסוף, אף ששיטתו הפרשנית של השופט שטיין פותחת פתח לפרש את החווה גם בהתחשב בערכים של הוגנות וסבירות במקרים נוספים (למשל כאשר מדובר בחוזים אחידים), ניתן להתרשם כי פתח זה מתברר כמצומצם למדי במבחן המעשה.⁹¹ היבטים אלה בפסק דינו של השופט שטיין, כמו גם פסקי דין אחרים שכתב,⁹² מלמדים אפוא לא מעט על עמדתו העקרונית בעניין פירוש חוזים. יש מקום לסברה כי בסיס עמדתו מתרכז בהדגשת ריבונותם של הצדדים על החווה ונעוץ במגמה לתעל את בית המשפט למערכת כללים המצמצמת למעשה את כוחו לפנות לראיות שמחוץ לחווה, המגבילה את שיקולי המדיניות שרשאי בית המשפט לשקול ואת מידת התערבותו בתוכן החווה הכתוב, והמגבירה אפוא את הוודאות באשר לתוכן הסכמתם של הצדדים.

88 לביקורת ראו זמיר "פירוש חוזים", לעיל ה"ש 38, בעמ' 98–99 (זמיר מפקפק בהנחה שלפיה יש בנמצא חוזים שהצדדים להם מייחלים להביאם לפתחו של בית המשפט, בוודאי לא להותיר את ניהולם בידי שופטים, ומצביע על כך שהממצאים האמפיריים והטענות התיאוריות של אנשי האסכולה של חוזי יחס אינם תומכים בהנחה זו). לדעה אחרת, שלפיה צדדים לחווה עשויים להחליט החלטה רציונלית על הותרת חסר מכוון בחווה מתוך כוונה שיושלם בעתיד בבית המשפט, ראו Posner, *Contract Interpretation*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 1583.

89 לרטוריקה זו של הגישה הקלאסית ראו זמיר **פירוש והשלמה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 81, ה"ש 182 ובטקסט הסמוך לה.

90 ג' טדסקי "סיכול החווה בהיפסק עניין הנושה בביצוע החייב" **מסות במשפט** 106, 122–129 (התשל"ח).

91 כדברי איל זמיר, לרקע האופן שבו יישם השופט שטיין את ההבחנות שעליהן הוא נסמך על עובדות המקרה בעניין **ביבי כבישים** (לעיל ה"ש 12), ראו דיוגנו לעיל בה"ש 58–59 ובטקסט הסמוך אליהן.

92 פרשות זהבי, **אלכסנדר אורן בע"מ ואופריין תחנות דלק בע"מ**, לעיל ה"ש 77 והטקסט הסמוך לה.

2. שיטת גרוסקופף: פלורליזם תאורטי

בשונה מתאוריות מוניסטיות, שמנסות להסביר ולהצדיק את מכלול דיני החוזים על בסיס עיקרון אחד, תאוריות פלורליסטיות דוגלות בכך שעקרונות מגוונים חוברים יחד כדי להסביר ולהצדיק את מכלול דיני החוזים. התפיסה הפלורליסטית נעוצה ברעיון בסיסי שלפיו שום תאוריה של דיני חוזים, כשהיא לעצמה, איננה מסוגלת לספק הסבר או הצדקה מלאים לדיני החוזים. לפי גישה זו, מי שדוגל במוניזם תאורטי מחמיץ חלק חשוב מהתמונה בכללותה; החוזה הוא תופעה חברתית ומשפטית מורכבת שאינה מתכנסת לרעיון אחד, ודיני החוזים הם עשירים ומורכבים מכדי שיהיה אפשר להסבירם ולהצדיקם באמצעות תכלית יחידה. הדיון בתכלית דיני החוזים הוא אפוא דיון בריבוי תכליות, משלימות – ולעתים מתחרות.⁹³ הפלורליזם דוחה אפוא את הבלעדיות ואת הייחודיות שבהן מתאפיינת כל אחת מן התאוריות המוניסטיות ובמקום זאת מציע שילוב של עקרונות מסבירים ומצדיקים. תפיסה תאורטית זו נשקפת ללא עוררין מגישתו של השופט גרוסקופף בפסק הדין. תפיסתו מושתתת על מגוון תכליות ומנסה ליישב את ההתנגשות בין התכליות באמצעות הכרה בכך שחשיבותן היחסית של התכליות משתנה לפי סוג החוזה הנדון.

(א) חוזה פרטי: אוטונומיית הרצון והגישה הכלכלית

בכל הנוגע לחוזים פרטיים סבור גרוסקופף כאמור כי תכליתו המרכזית של דין הפירוש היא "צופה פני עבר", ועניינה בהגשמת רצונם של הצדדים.⁹⁴ תכלית זו נותנת ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי ולהגנת אמונו של הפרט הנובע מן ההבטחה שניתנה לו.⁹⁵ ברור למדי שתכלית זו נתמכת בתאוריות המעלות על נס את האוטונומיה של הרצון החופשי ואת החובה המוסרית לקיים הבטחות.⁹⁶ השאיפה להגן על אמונו של הפרט מקרבת את גישתו של גרוסקופף גם לתאוריות הנחשבות ביטוי מודרני יותר של תיאוריית הרצון הקלאסית, דוגמת "חוזה כהבטחה". תאוריה זו מושתתת על אוטונומיית הרצון החופשי, על החובה המוסרית לקיים הבטחות ועל הגנת אמונו של מקבל ההבטחה. לפי תאוריה זו, הפרה של אותו האמון ("Abuse of Trust"), היא אסורה על פי הצו הקטגורי המגנה מצב שבו אדם משתמש באחר כאובייקט להגשמת מטרותיו.⁹⁷

בכל הנוגע לאמצעים להגשמתה של תכלית זו, מיוסדת שיטתו של השופט גרוסקופף על ההשקפה שלפיה אין להגביל את כוחו של הפרשן לפנות למכלול הנסיבות. עמדה זו מנוגדת כמוכח לעמדותיהם של מבקריה של הלכת אפרופים, שלפיהן המעבר המהיר מלשון החוזה

93 ראו גם דברי איל זמיר במאמרו "הבסיס התיאורטי", לעיל ה"ש 10, בעמ' 512. כן ראו Zamir, *The Inverted Hierarchy*, לעיל ה"ש 2 (שם מנתח פרופ' זמיר את דיני הפירוש וההשלמה של חוזים באמצעות מגוון רב של תאוריות בעת ובעונה אחת: תיאוריית הרצון, הגינות ושקילות חוזית, צדק מחלק, יעילות כלכלית, פטרנליזם ועוד). לפלורליזם תאורטי בדיני חוזים ראו Hillman, *The Crisis*, לעיל ה"ש 3; Hillman, Richness, לעיל ה"ש 3; Eisenberg, *The Theory of Contracts*, לעיל ה"ש 3; Kreitner, לעיל ה"ש 3.

94 ראו גם גרוסקופף וכן ציון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 550.

95 שם, בעמ' 530–531.

96 לתאוריות אלה ראו דיונונו לעיל בה"ש 72 והטקסט הסמוך לה (אגב הדיון בתאוריה הקלאסית).

97 ראו Fried, לעיל ה"ש 3, בעמ' 16–17.

אל עבר נסיבותיו מעצים למעשה את שיקול דעתו של בית המשפט; נותן בידיו את הכוח להגביר את משקלן של נסיבות מסוימות ולהפחית ממשקלן של אחרות, מרחיקו מבירור כוונתם ומקרבו אל עבר פירוש הסכמתם בהתבסס על שיקולים חיצוניים וערכים. במחלוקת זו, הנוגעת באמצעים האפקטיביים להתחקות על כוונת הצדדים, דוחה השופט גרוסקופף את תורת השלבים הפורמליסטית ומאמץ את הנחתה של הלכת אפרופים, שלפיה אם המטרה היא לתת תוקף לכוונת הצדדים, הרי זו תוגשם טוב יותר אם הפרשן לא יעצום עיניו בפני נסיבות ההתקשרות.⁹⁸

גישתו של השופט גרוסקופף, הן בנוגע לתכלית פירושם של חוזים פרטיים (הגשמת רצון הצדדים), הן בנוגע לאמצעים להגשמת תכלית זו (הסתייעות בנסיבות) נתמכת גם בגישה הכלכלית.⁹⁹ לפי הגישה הכלכלית, הרצון החופשי הוא אמצעי להשאת רווחתם של הצדדים.¹⁰⁰ ההנחה בהקשר זה היא שעצם כריתתו של חוזה מעיד על יעילותו: כריתתו של חוזה מתוך רצון חופשי נעשית משום שכל צד מעריך את החוזה כמשקף את העדפותיו וכמשפר את מצבו. בדרך זו משיא החוזה את רווחתם של הצדדים, וכפועל יוצא – גם את הרווחה החברתית הכוללת. לפי תפיסה זו, החוזה הוא מכשיר המאפשר לצדדים לבצע עסקאות רצוניות, ולפיכך לקדם את רווחתם (כאשר הקריטריון למדידת רווחה זו הוא ברגיל הגשמת העדפותיהם האקטואליות של הצדדים). ההנחה היא כי הצדדים יודעים טוב מכל אדם אחר מהו הסדר שיספק את העדפתם ושישיא אפוא את רווחתם. הנחות בסיסיות אלה הן המסד לתמיכתה של הגישה הכלכלית, לפחות כנקודת מוצא, במתן תוקף לעסקאות רצוניות בין צדדים ולהיעדר התערבות בהקצאת החיובים, הזכויות, הסיכונים והסיכויים שהם קיבלו עליהם מדעת ומרצון (הנחה זו כמובן נשללת כאשר השוק אינו משוכלל מסיבה זו או אחרת). בכל הנוגע לאמצעים להסקתה של כוונת הצדדים – הסתייעות במכלול הנסיבות – גישתו של השופט גרוסקופף משקפת זרם בכתיבה הכלכלית הסטנדרטית הדוגל בפירוש החוזה בהתבסס על מכלול נסיבותיו. לפי הטענה, בחינת המציאות העסקית מגלה כי בני אדם אינם מצפים לפרשנות מילולית נוקשה של הסכמתם, ובוודאי אינם חפצים שטעויות בניסוח יביאו לתוצאות פרשניות בלתי מתקבלות על הדעת. לפי גישה זו, העדפתם של הפרטים, לפחות בחוזים מסחריים, היא כי מחלוקות פרשניות יפתרו כפי שאדם סביר היה מכריע בהן, תוך התחשבות בהיגיון העסקה ובנסיבותיה.¹⁰¹

(ב) חוזה עסקי: הגישה הכלכלית ונאו-פורמליזם

בכל הנוגע לחוזים עסקיים סבור השופט גרוסקופף כאמור כי תכליתו המרכזית של דין הפירוש היא "צופה פני עתיד", ועניינה ביצירת בסיס משפטי יעיל להתקשרויות עתידיות.

98 ראו גם גרוסקופף וכן ציון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 543–544, 550–551. לדיון בשאלת האמצעים האפקטיביים ביותר להגשמת רצון הצדדים ראו זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 82–86.

99 שם, בעמ' 531.

100 לניתוח הכלכלי של דיני החוזים במבט כללי ראו Posner, Economic Analysis of Law, לעיל ה"ש 3; Shavell, Foundations, לעיל ה"ש 3; Cooter & Ulen, לעיל ה"ש 3; בן שחר ופרוקציה "חוזים", לעיל ה"ש 54.

101 ראו Posner, Contract Interpretation, לעיל ה"ש 83, בעמ' 1606–1607.

נראה שגם תכלית זו נתמכת בגישה הכלכלית,¹⁰² שלפיה מטרתם של דיני החוזים היא לתמוך בקיומן של עסקאות רצוניות המקדמות את רווחת הצדדים, ובין היתר להקל את היווצרותן, להפחית את העלויות הכרוכות בהן ולהבטיח את קיומן היעיל. באשר לאמצעים האפקטיביים ביותר להגשמת תכלית זו נתמכת עמדתו של השופט גרוסקופף, המצדדת בכלל הפרשני הנותן משקל עליון ללשון החוזה, הן בניתוח הכלכלי הסטנדרטי הן בזרם הכלכלי המכונה נאו-פורמליזם. כנקודת מוצא, ברורה מאליה הזיקה שבין עמדתו של השופט גרוסקופף לבין הניתוח הכלכלי המסורתי: שיטתו מבוססת במפורש על המגמה לכבד את העדפותיהם האקטואליות של הצדדים המתקשרים. לדעת השופט גרוסקופף, פרשנות צרה המבוססת על לשון החוזה בלבד היא עדיפה בראש ובראשונה משום שהיא משקפת את העדפותיהם של הצדדים לחוזה מסחרי. הנחותיו של השופט גרוסקופף בהקשר זה מתיישבות ומתמזגות עם הנחותיה של הגישה הכלכלית: לדבריו, חוזה עסקי מתאפיין בכך שהצדדים לו הם שחקנים רציונליים ומתוחכמים אשר משקיעים זמן ומשאבים בניסוח החוזה ומודעים לכללי הפירוש החלים עליהם. מכך נובע, לדעתו, שלשון החוזה מבטאת את כוונותיהם של הצדדים, לפחות במרבית המקרים.¹⁰³

ההיגיון התאורטי העולה משיטתו של השופט גרוסקופף אינו מתמצה כאמור בניתוח הכלכלי המסורתי. תימוכין לגישתו אפשר למצוא גם בזרם התאורטי המכונה נאו-פורמליזם.¹⁰⁴ מחברים הנמנים עם זרם זה מגיעים לאותה מסקנה של הפורמליזם הקלאסי בדיני חוזים, המצדדת בפרשנות הדבקה בלשון החוזה. אולם לעומת הגישה הקלאסית (ותפיסות אחרות המבוססות אוטונומיה), שדגלה בפרשנות כזו משיקולים מסדר ראשון (הדבקות בטקסט החוזי היא בגדר הגשמת האידיאל הנורמטיבי של האוטונומיה של הפרט וחופש החוזים),¹⁰⁵ הגישה הנאו-פורמליסטית דוגלת בפרשנות כזו משיקולים מסדר שני (השוואת הכשירויות של הצדדים לכשירויות של בית המשפט).¹⁰⁶ ביסוד גישה זו טענה בסיסית שלפיה יש לפקפק בכישוריו ובמומחיותו של בית המשפט לדעת טוב יותר מן הצדדים לחוזה עצמם מה הייתה כוונתם וכיצד הם ביקשו להשיא את רווחתם. על כן קיים החשש כי בית המשפט, המסתייע בנסיבות החיצוניות להתקשרות ו"מנחש" מהי הכוונה המסתברת מהן, יחטא לכוונת הצדדים. בהנחה שחשיפת כוונת הצדדים והשאת התועלת החברתית הם יעדיו של הליך הפירוש – וזוהי ההנחה גם של תפיסה זו – נכון אפוא לדבוק בפרשנות מילולית של החוזה ולתת תוקף להסכמת הצדדים כפי שהם ניסחו בהיותה הביטוי האמין ביותר לכוונתם.¹⁰⁷

102 ראו גרוסקופף ובן ציון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 532.

103 שם, בעמ' 547–548.

104 במבט כללי ראו John E. Murray, *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 *FORDHAM L. REV.* 869 (2002). ראו גם זמיר "עוד על פירוש", לעיל ה"ש 21, בעמ' 19–20; ליפשיץ

ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 55, בעמ' 86–92.

105 ראו לעיל ה"ש 75 והטקסט הסמוך אליה.

106 ראו מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17, 69 (2005).

107 באופן כללי ראו Eric A. Posner, *A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error*, 94 *NW. U. L. REV.* 749 (2000).

קו החשיבה העולה מדבריו של השופט גרוסקופף משקף היגיון זה ואף את הרעיון שהתגבש בעקבותיו בדבר "Theory of Contract Under Judicial Error". תאוריה זו מעדיפה מצבים שבהם בית המשפט יימנע מליתן תוקף לכוונות של הצדדים שלא קיבלו ביטוי מובהק בלשון החוזה על פני מצבים שבהם יכבול בית המשפט את הצדדים לחיובים שמעולם לא קיבלו עליהם.¹⁰⁸ אומנם השופט גרוסקופף מבהיר במאמר שכתב עם יפעת נפתלי בן ציון כי שיטתו אינה מרמזת על פקפוק בכשירותו של בית המשפט לקבוע את משמעותו של החוזה מתוך נסיבותיו,¹⁰⁹ אלא היא נעוצה בהעדפה מהותית של תכלית צופה פני עתיד על פני בירור כוונת הצדדים. אך לאמיתו של דבר, דבריו של השופט גרוסקופף בפסק הדין עולים בקנה אחד עם ההיגיון בדבר אי-כשירותו של בית המשפט "לנחש ניחושים" שסופם בכבילת הצדדים לחיובים שלא קיבלו עליהם. כדבריו:

יתרונו של כלל זה הוא בכך שהוא מקנה לצדדים במועד הכריתה שליטה מוגברת על תוכן החוזה, באמצעות כלי הניסוח שברשותם, תוך הבטחה כי הפרשן המוסמך (בית המשפט) יפעל על פי הנחיותיהם הכתובות, ולא ינסה לנחש את העומד מאחוריהם [...] 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, ואולם הם מונעים מעצמם את הסיכון שצד שלישי (הפרשן המוסמך) יקרא לתוך החוזה, מתוך חוכמה שבדיעבד, את אשר הצדדים לא ביקשו לכתוב לתוכם.¹¹⁰

קו נוסף המקשר את שיטתו של השופט גרוסקופף בנוגע לחוזים עסקיים עם הגישה הנאו-פורמליסטית הוא הרתיעה מפירוש החוזה בהתבסס על ערכים חברתיים.¹¹¹ בהקשר זה מציין השופט גרוסקופף כי קשה לדעת מהו צדק פרטי וחברתי בין גופים מסחריים, וכי עצם הדיון במונח "הוגן" מהווה פתח לא רצוי לדיון בשיקולים ערכיים וחברתיים. על כן, לדעתו, במסגרת ההליך הפרשני ראוי להותיר על כנה את הקצאת הסיכונים בין הצדדים כפי שזו נקבעה במפורש בחוזה.¹¹²

(ג) חוזה צרכני: חוזה כריבונות, ערכים חברתיים, יעילות כלכלית ורצון חופשי
עמדתו של השופט גרוסקופף בכל הנוגע לחוזים צרכניים ולתכליתם הצופה פני הווה – כלומר הגשמת ערכיה של השיטה המשפטית – היא בראש ובראשונה ביטוי לתפיסה "ציבורית" של דיני החוזים.¹¹³ זוהי תפיסה המנוגדת ניגוד תאורטי עז לתפיסות המעלות על

108 ראו ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 55, בעמ' 87.

109 ראו גרוסקופף ובן ציון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 547–548.

110 עניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 12, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

111 לנקודה זו, בהקשר נאו-פורמליזם, ראו ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 55, בעמ' 90, ואת האסמכתאות שם בה"ש 140–141.

112 ראו גרוסקופף ובן ציון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 546, 548. יש לומר כי גישה דומה מביע גרוסקופף באשר לחוזים פרטיים. גם בסוג חוזים אלה סבור הוא כי אין לתת משקל רב לשיקולי הוגנות במסגרת פירוש החוזה (שם, בעמ' 550).

113 שם, בעמ' 533–534.

נס את אוטונומיית הרצון של הצדדים. ההשקפה המסורתית שאפינה את דיני החוזים הקלאסיים הציבה קו חיץ מובהק בין המשפט הציבורי לבין דיני החוזים. דיני החוזים, לפי השקפה זו, הם סמל לדין הפרטי ונועדו לכבד ולהגשים את רצונות הפרטים המתקשרים. גבול קשיח זה התרופף במאמרו הנודע של מוריס כהן משנת 1933, שבו ערער את נדבכייה של התאוריה הקלאסית וטען כי דיני החוזים אינם אלא ענף של המשפט הציבורי.¹¹⁴ בבסיס תפיסה זו עומדת התובנה שלפיה החוזה אומנם מושתת על רצון הצדדים, אך רצון זה אינו מקורו הבלעדי. החוזה הוא גם, כנראה בעיקר, מכשיר ששיטת המשפט מעניקה לצד לחוזה כלפי הצד האחר.¹¹⁵ לפי תפיסה זו, כאשר הדין מכיר בכוחם המחייב של חוזים הוא למעשה מעמיד את כוחו הריבוני של השלטון, באמצעות כוחו הכופה של הדין, לרשותם של הצדדים לחוזה.¹¹⁶ בראייה זו, דיני החוזים הם הדינים הקובעים את התנאים שבהם תפעיל המדינה את כוחה הריבוני ביחסים בין פרטים שהתקשרו זה עם זה. מתפיסה זו לא רק מתאפשרים אלא אפילו מתבקשים התערבותו של המשפט באוטונומיה של הצדדים וחלחול ערכי היסוד של השיטה לחוזים שעשו הפרטים. מראייה זו עלולות מסקנות ברורות גם באשר לדין הפירוש ותכליתו: אם המערכת המשפטית נכונה להעמיד את כוחה לרשות הפרטים, טבעי שהיא תעשה כן במסגרת עקרונותיה וערכיה, ובהם ערכי הוגנות וסבירות. גישתו של גרוסקופף בנוגע לחוזים צרכניים, הנשענת כולה על ערכים חברתיים וציבוריים, ובהם הוגנות, סבירות ותום לב, מתיישבת עם תפיסה זו, ועם תאוריות של דיני החוזים המעלות על נס ערכים חברתיים אלה.¹¹⁷

נוסף על כך, גם לתכלית זו תמיכה בזרם הגישה הכלכלית. כשלי שוק ורציונליות מוגבלת של הצדדים עשויים לשלול את ההנחה בדבר יעילות העדפותיהם הסובייקטיביות של הצדדים. לפיכך ייתכן שדווקא פרשנות אובייקטיבית, המושתתת על שיקולים החיצוניים לרצון הצדדים, תביא לתוצאה יעילה מזו שתביא פרשנות המעדיפה את כוונתם של הצדדים.¹¹⁸

לבסוף, לא מיותר לציין כי שיטתו של גרוסקופף בכל הנוגע לחוזים צרכניים אינה שוללת בהכרח תאוריות המבכרות את האוטונומיה של הרצון הפרטי ואת חופש החוזים.

114 ראו Cohen, לעיל ה"ש 72.

115 ראו ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 109.

116 ראו Cohen, לעיל ה"ש 72, בעמ' 586. לתיאור תפיסה זו ראו גם שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 7-8; זמיר **פירוש והשלמה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 87.

117 על מקומם הכללי של ערכים חברתיים וציבוריים בדיני החוזים ראו שם, בעמ' 87-89; ברק **פרשנות חוזה**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 99-100. בהקשר צדק מחלק ראו Kronman, *Contract Law*, לעיל ה"ש 3; חווי יחס, המושתתים על יחסי אמון ועל נורמות של סולידריות, שיתוף פעולה והתחשבות הדדית ראו Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contract*, 47 CAL. L. REV. 691 (1974); IAN R. Stewart Macaulay, *Non-Contractual*. כן ראו MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT* (1980). *Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55 (1963). בהקשר הוגנות החוזה ושיקולות התמורות ראו זמיר, שם, בעמ' 89-100. בהקשר פטרנליזם בדיני חוזים ראו Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 YALE L.J. 763 (1983); זמיר **פירוש והשלמה**, שם, בעמ' 107-113.

118 שם, בעמ' 115-127.

ניתן לומר כי פירוש חוזים מסוג זה בהתבסס על ערכים חברתיים וציבוריים אינה פוגעת ברצון החופשי, ואף מחזקת אותו.¹¹⁹ אם אכן נכונה ההנחה שסוגי חוזים אלה מתאפיינים בפערי כוחות ומידע, ואפילו בכך שהפרטים המתקשרים אינם מודעים לתוכנם בכלל,¹²⁰ הרי כלל פרשני המכונן איזון והוגנות במערכת היחסים בין הצדדים הוא שמאפשר חופש חוזים במובנו המהותי וביטוי לרצונם – האמיתי – של המתקשרים.¹²¹ פירוש חוזים כאלה בהתחשב בערכים של הוגנות וסבירות נתפס אפוא לא רק כהגבלה מוצדקת על חופש הרצון של הצדדים (משום שחוזים אלה אינם נתפסים כמשקפים את רצון הצדדים מלכתחילה) אלא גם כאמצעי המבטיח את חיותו והגשמתו. על כך ניתן גם להוסיף כי פרשנות המתחשבת בערכים של הוגנות וסבירות משקפת למעשה את רצונם של הצדדים, שהרי בראש ציפיותיהם של הצדדים עומדת ציפיתם שינהגו זה עם זה בהוגנות ובתום לב לפי המקובל.¹²²

לסיכום, שיטתו הפרשנית של השופט גרוסקופף – בין הקטגוריות השונות ובתוכן – מושתתת על ריבוי תכליות. בדומה לתורת הפרשנות התכליתית, האידאולוגיה שבבסיס שיטתו הפרשנית של השופט גרוסקופף כוללת שילוב של יעדים ועקרונות מגוונים.¹²³ בכך גישתו של גרוסקופף נדמית כקרובה למדי להלכת אפרופים הן מבחינת התפיסה הפלורליסטית הגלומה בה, הן מבחינת הערכים המוגשמים בה בפועל. במידה רבה שיטתו של השופט גרוסקופף אינה משקפת אלא דרך ארגון אחרת של אותן התכליות המוגשמות בפועל מכוח תורת הפרשנות התכליתית: כיבוד האוטונומיה של הרצון הפרטי, יעילות כלכלית והגשמת ערכים חברתיים וציבוריים.

(ד) פלורליזם גמיש או מוניזם שבצידו פורמליזם משפטי?

על אף האמור ניתן לומר כי עמדתו של השופט גרוסקופף אינה קרובה להלכת אפרופים כפי שניתן לסבור במבט ראשון, משום שבבסיס שיטתו של גרוסקופף קיימת גרסה מסוימת של פלורליזם שמאפייניה – וכללי הפירוש הנמשכים ממנה – שונים מהתפיסה הפלורליסטית שבבסיס תורת הפרשנות התכליתית. יתר על כן, ייתכן שבבסיס עמדתו של גרוסקופף סוג מסוים של מוניזם תאורטי שבצידו אף פורמליזם משפטי, ועל כן ניתן לזהות מכנה משותף, לפחות בהיבטים אלה, בין עמדתו לבין עמדתו של השופט שטיין.

119 לטענות קרובות בכל הנוגע לדוקטרינות כגון תקנת הציבור ותום לב, שאינן סותרות בהכרח את הרעיון בדבר הגשמת רצון הצדדים ראו וצמח דיני חוזים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 40, 42.

120 כך הדבר, למשל, בנוגע לחוזים אחידים, שמקובל לומר כי הצדדים אינם קוראים אותם כלל. ראו למשל Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler & David R. Trossen, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts*, 43 J. LEGAL STUD. 1 (2014); Ian Ayres & Alan Schwartz, *The No-Reading Problem in Consumer Contract Law*, 66 STAN. L. REV. 545 (2014).

121 לטענה דומה ראו גרוסקופף ובן ציון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 549.

122 ראו זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 83.

123 לתשתייה התאורטית הפלורליסטית של תורת הפרשנות התכליתית ראו וצמח דיני חוזים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 515. כן ראו להלן ה"ש 129 ובטקסט הסמוך לה.

נסביר טיעון זה: תאוריות פלורליסטיות אינן גזורות מעור אחד, והן מופיעות בגרסאות שונות ומגוונות. סוג אחד של תפיסה פלורליסטית ניתן לתיאור כ"פלורליזם שאינו מובנה". הכוונה היא לשיטה פלורליסטית פרגמטית וגמישה המקבלת את הסתירות והמתחים שבין תאוריות שונות, ואין בה כל יומרה לקבוע מראש סדר או מדרג בין תאוריות שונות. לפי תפיסה כזאת, העקרונות השונים אינם ניתנים לסידור מראש. לא ניתן, כנראה גם לא צריך, לקבוע "מטא-עיקרון" אשר יארגן או יסדר עקרונות נורמטיביים שונים או יקבע א-פריורי איזה מהעקרונות הנורמטיביים גובר על האחרים במקרה של התנגשות ביניהם.¹²⁴ איל זמיר, למשל, דוחה במפורש את הצורך או את האפשרות לכוון "מטא-עיקרון" מארגן שייצר מדרג או סדר בין תאוריות מתנגשות.¹²⁵

לפי תפיסה זו, תאוריה פלורליסטית "טובה" איננה צריכה לספק עקרון-על שבכוחו להתוות מראש הכרעות במקרה נדון. ברגע האמת ההכרעה תהא גמישה ותלויה הקשר ונסיבות.¹²⁶ פלורליזם מסוג זה נעוץ בהנחה שאין "מטא-עיקרון" שבכוחו להכריע א-פריורי בין התאוריות השונות. הבנת דוקטרינה חוזית ספציפית פירושה להבין כיצד ההצדקות השונות, כולן או חלקן, מסבירות ומצדיקות אותה מבלי לשאוף להכריע בין התאוריות השונות או לסלק את המתחים ואת הסתירות שביניהן.¹²⁷ לענייננו, ניתן לומר כי תפיסה פלורליסטית גמישה זו היא העומדת בבסיס תורת הפרשנות התכליתית. לדעת ברק, התפיסה התאורטית שבבסיס הפרשנות התכליתית אין מטרתה לסלק את המתחים בין התאוריות השונות ולכוון סדר מדומה במציאות המורכבת. להפך: מטרתה לשקף את מורכבותה של תופעת החוזה ולתת ביטוי לסבך הגלום בה. זהו פלורליזם מובהק וגמיש שאין בו שאיפה לכוון סדר תאורטי פנימי בין עקרונות.¹²⁸ תאוריה

124 תאוריות כאלה נחשבות לעיתים לשילוב "אד-הוק" (Ad-Hoc Mixture) של עקרונות נורמטיביים. ראו לדוגמה SMITH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 158–159. רוברט הילמן, למשל, טוען כי: "theorists should address how to utilize each principle in particular contexts" (ראו HILLMAN, RICHNESS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 269). לדעתו, שאלת משקלן היחסי של תאוריות שונות לעומת זה של אחרות אינה בת פתרון, ולמעשה יש לפקפק בחשיבותה (ראו Hillman, *The Crisis*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 104). אכן, נראה כי הילמן טוען נגד תאוריה שתארגן עקרונות נורמטיביים בהתבסס על סדר פנימי קשיח (ראו HILLMAN, RICHNESS, שם, בעמ' 2, 4, 268). פרופ' רועי קרייטנר מציע תאוריה פלורליסטית הנעדרת "ליבה" (ראו Kreitner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 923).

125 ראו Eyal Zamir, *Contract Law and Theory: Three Views of the Cathedral*, 81 U. CHI. L. REV. 2077, 2083 (2014).

126 ראו Eisenberg, *The Theory of Contracts*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 244 ("when social propositions conflict, the Legislator must exercise good judgment concerning the weight and role to be given to each proposition in the issue at hand").

127 ראו למשל את גישתו של איל זמיר, הנזכרת במקורות השונים לעיל בה"ש 93. בדומה לזה ראו את דבריו של Trakman בכל הנוגע לפרשנותו של ס' 90 לריסטייטמנט השני על חוזים (RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §90 (1979)). לדעתו, יש לבחון את כל ההיבטים הנורמטיביים הרלוונטיים בהקשר סעיף זה בטרם תיעשה הכרעה קונקרטית במקרה מסוים; לדבריו, יש לזהות, לשקול, לדרג ולהשוות את כל ההיבטים הנורמטיביים הרלוונטיים כדי להכריע אם ראוי שהבטחה תיאכף מכוח סעיף זה במקרה נתון. ראו Leon Trakman, *Pluralism in Contract Law*, 58 BUFF. L. REV. 1031, 1056 (2010).

128 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 50, בעמ' 107–113.

פלורליסטית זו, לפי ברק, גם אינה מביאה לתוצאות חד-משמעיות ולא נועדה להתוות מראש הדרכה להכרעות במקרים קונקרטיים. חשוב לציין אפוא שגישה זו טומנת בחובה גם תפיסה מהותית בכל הנוגע לתפקידו של בית המשפט בהכרעות חוזיות ולהיקף שיקול דעתו בפירושה של חוזים. המשקל שיינתן לכל שיקול מדיניות ולכל עיקרון ייקבע, אגב הפעלת שיקול דעת רחב, בכל מקרה לגופו.

אך גישה פלורליסטית "גמישה" זו – אשר מותקפת לעיתים בטענה שהיא אינה תאוריה אלא למעשה "אנטי-תאוריה"¹²⁹ – איננה ממצה את האפשרויות שבתוך הזרם הפלורליסטי. חלק מהתאוריות הפלורליסטיות הן "מאורגנות" יותר במובן זה שהן שואפות להשליט סדר תאורטי בין התאוריות השונות. חלקן מציעות דרך קונקלוסיבית יותר לאזן בין עקרונות נורמטיביים מתנגשים או לקבוע חלוקת עבודה, סדרי קדימה או מדרג ביניהם.¹³⁰ לענייננו

129 ראו לדוגמה Feinman, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1283–1284 (תיאור העמדה הפלורליסטית של הילמן, הנזכרת לעיל בה"ש 124, כ-"anti-theoretical counter attack"). להצגת דעות דומות ראו Kreitner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 922; SMITH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 158–159; Schwartz & Scott, לעיל ה"ש 10, בעמ' 543, ה"ש 2 (הטוענים כי חסרונו של עיקרון מטא-תאורטי הופך את התאוריות הפלורליסטיות ל-"least helpful when they are most needed"). כן ראו HILLMAN, RICHNESS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 269 (המתייחס לביקורות שלפיהן הפלורליזם יכול להתפס כ-"atheoretical", וכעמדה שאינה מציעה ודאות תאורטית כלשהי).

130 יש דרכים רבות לשלב בין תאוריות שונות או לקבוע חלוקת עבודה ביניהן. ניתן למשל לייחס לכל אחת מן התאוריות תפקיד שונה, תחום שליטה שונה או מעמד שונה. ניתן גם להציע דרך לסידור התאוריות או למיזוגן. כך למשל ניתן לטעון כי יש עליונות או מדרג בין תאוריות שונות, או שלכל תאוריה יש פונקציה אחרת (למשל: תאוריה אחת היא מסבירה ותאוריה אחרת היא נורמטיבית), או כי תאוריה אחת היא היסודית, ואילו אחרת נחשבת לנגזרת ולמשוכה מהתאוריה היסודית, או כי תאוריות שונות שולטות על גזרות דוקטרינריות שונות, על סוגי חוזים נבדלים או על סוגי מתקשרים שונים. ראו למשל Bix, לעיל ה"ש 2, בעמ' 136 (המציע חלוקת עבודה בין תאוריות שונות); Kreitner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 919–921 (הממפה סוגים שונים של פלורליזם בדיני חוזים, ובהם גם חלוקת עבודה בין תאוריות לפי חוזים שונים בהתבסס על המשתנים האלה: הצדדים לחוזה; הקשרים חוזיים; קטגוריזציה של דיני החוזים). לניסיונות לשלב או לאזן בין תאוריות שונות בדרכים מגוונות ראו למשל Jody Kraus, *Reconciling Autonomy and Efficiency in Contract Law: The Vertical Integration Strategy*, 11 PHIL. ISSUES (2001) 420, 422 (המציע שני סוגים של איזון אנכי בין תאוריות, כלומר מדרג בין השיקולים). כן ראו Nathan B. Oman, *Unity and Pluralism in Contract Law*, 103 MICH. L. REV. 1483, 1499–1506 (2005) (המציע חלוקה לקסיקלית בין תאוריות, המתחשבת בשיקולים מוסריים וכלכליים יחד, אך בהתנגשות ביניהם נותנת עדיפות לשיקולים מוסריים); Daniel Farber, *Economic Efficiency and The Ex Ante Perspective*, in THE JURISPRUDENTIAL FOUNDATIONS OF CORPORATE AND COMMERCIAL LAW 54 (Jody S. Kraus & Steven D. Walt eds., 2000) (המציע מודל של תאוריות בסיס לעומת תאוריה נגזרת); Hanoch Dagan, *Autonomy, Pluralism and Contract Law Theory*, 76 LAW & CONTEMP. PROB. 19 (2013) (הטוען כי תאוריות חוזיות מבוססות אוטונומיה צריכות לתת ביטוי לאידיאלים ולעקרונות מגוונים); Jody S. Kraus, *Legal Theory and Contract Law: Groundwork for the Reconciliation of Autonomy and Efficiency*, 1 SOC. POL. & L. PHIL. 385 (2002) (המציע מודל של "horizontal independence"). לבסוף, חלק מהעמדות הפלורליסטיות מבקשות להאיר ולהדגיש דווקא כי ניתן ליישב בין תאוריות נבדלות, שנדמות במבט ראשון כמנוגדות זו לזו (ראו לדוגמה Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, 84 VA. L. REV. 229 (1998) (המיישב בין תאוריות של יעילות לבין פטרנליזם)), או לאחדן לכדי תאוריה משולבת (ראו לדוגמה Eyal Zamir & Barak Medina, *Law, Economics and Morality* ch. 4 (2010) (המציעים

ניתן לטעון כי עמדתו של השופט גרוסקופף אינה משקפת את התפיסה התאורטית שבבסיס הפרשנות התכליתית אלא דווקא אחת מגישות "מאורגנות" אלה של פלורליזם. ספציפית נראה כי שיטתו של אתן לייב (Ethan Leib) קרובה עניינית לתפיסתו של גרוסקופף. לשיטתו של לייב, לכל תאוריה שטחי פעולה משלה, ושטחי פעולה אלה נקבעים לפי סוגי חוזים. במילים אחרות, יש לחלק את סוגי החוזים לפי הצדדים המתקשרים ולהתאים לכל סוג את התאוריה ההולמת אותו. כאשר למשל מדובר בחוזה עסקי (חוזה שכל הצדדים לו הם עוסקים) אין לתת משקל רב לעקרונות של אוטונומיה ורצון חופשי. בחוזים אלה יש לתת משקל מרכזי לעקרון היעילות; כאשר מדובר בחוזה פרטי (חוזה שכל הצדדים לו הם בני אדם פרטיים) יש לתת משקל רב לשיקולים של אוטונומיה ורצון וחופשי.¹³¹ הקרבה בין סוג זה של פלורליזם לבין שיטתו של השופט גרוסקופף היא ברורה: גם גישתו של השופט גרוסקופף מבוססת על מגוון תכליות וערכים, ואף היא מנסה לאזן מראש בין התכליות ולקבוע את המשקל שראוי לתת לכל אחת מהתכליות על פי חלוקה מקדמית לפי סוגי חוזים. ניתן לתקוף גישה "פלורליסטית" זו – ובצדק לדעתנו – ולטעון שאין היא בגדר פלורליזם כלל. גישה העורכת חלוקת עבודה בין תאוריות לפי סוג החוזים לא רק שהיא מסלקת את המתחים שבין התאוריות – בניגוד לפלורליזם "אמיתי" שכולו מושתת על מתחים אלה – אלא שלאמיתו של דבר היא בגדר הצעת תאוריה מוניסטית, לפחות בנוגע לכל אחד מסוגי החוזים הנדונים כשהוא לעצמו.

לענייננו חשובה ההבנה כי ביסוס עמדתו של השופט גרוסקופף על סוג כזה של פלורליזם מאורגן עשוי להניב את המסקנה שעמדתו קרובה דווקא לשיטתו של השופט שטיין, לפחות בשני היבטים: ראשית, היא קרובה יותר לתפיסות מוניסטיות ופחות לתפיסה פלורליסטית גמישה, כפי זו שבבסיס תורת הפרשנות התכליתית, המצדדת באפשרות להתחשב בכל השיקולים יחד ללא מדרג בין העקרונות. לכאורה, גישתו של השופט גרוסקופף אינה אלא אסופת מופעים של תאוריות מוניסטיות: החוזה הפרטי נשלט בידי עיקרון יחיד (אוטונומיה ורצון חופשי), ואף החוזה העסקי נשלט בידי עיקרון יחיד (שיקולי יעילות). אף אם כל המצבים האפשריים משקפים כמכלול מגוון רב של תאוריות, הרי כל אחד מן המצבים, כשהוא לעצמו, אינו אלא ביטוי של עיקרון יחיד, וחשוב מזה: של דחיית העיקרון האחר מפניו. זהו בוודאי סוג מוזר של "פלורליזם".

יתר על כן, אף ניתן לטעון שגישתו של השופט גרוסקופף נושאת סממן פורמליסטי, וגם בהיבט זה היא לכאורה קרובה לגישתו של שטיין. במבט ראשון גישתו של השופט גרוסקופף נשענת על סדרה של כללים מפורטים שנועדו להתוות מראש הכרעות משפטיות במקרה נתון ולא על הכרעה שבשיקול דעת רחב הנעשית בכל מקרה לגופו (המאפיינת את התפיסה שבבסיס תורת הפרשנות התכליתית).¹³² ברור גם שגישה כזו, המושתתת על

לשלב ניתוח כלכלי עם עקרונות דאונטולוגיים ומצדדים באימוצה של דאונטולוגיה מתונה המושתתת על קביעת סיפים שיבטאו הן שיקולי יעילות הן אילוצים דאונטולוגיים).

131 ראו Ethan J. Leib, *On Collaboration, Organizations and Conciliation in the General Theory of Contract*, 24 QUINNIPIAC L. REV. 1, 20–23 (2005).

132 הוא מביע עמדה זו במפורש בגרוסקופף ובן ציון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 544. לכך שהתפיסה בבסיס תורת הפרשנות התכליתית דוגלת בכך שהאיוון בין השיקולים והערכים השונים לא ייעשה מראש אלא בכל מקרה לגופו ראו לעיל ה"ש 128 ובטקסט הסמוך לה.

קטגוריות סדורות הקבועות מראש, על שיקולי מדיניות ההולמים כל אחת מהן ועל כללי פירוש הנמשכים במהלך דדוקטיבי מכל אחד מהם, מתעלת את בית המשפט לכללי פירוש ספציפיים ומצמצמת את שיקול דעתו להתחשב בשיקולי מדיניות שאין הוא מתועל אליהם מראש בידי הכלל המשפטי. כך למשל מסיווג החוזה כחוזה פרטי מתקבלת, במהלך אינטלקטואלי כמעט מדעי, תוצאה שלפיה מנוע הפרשן מלפנות לשיקולי הוגנות, סבירות ותום לב, ומסיווג החוזה כחוזה עסקי מתקבלת תוצאה (הקרובה לשיטתו של שטיין) שלפיה על הפרשן לדבוק בלשון החוזה ולעצום עיניו מפני שיקולים של הוגנות ותום לב.

לדעתנו כוחו של טיעון זה מוגבל. מבט קרוב בקטגוריות שמציע השופט גרוסקופף וגם במה שהוא עושה בהכרעותיו השונות מלמד כי בבסיס שיטתו פלורליזם גמיש, נעדר הייררכייה, לא רק משום שקו הגבול בין ההבחנות שהוא הציע הוא רופף, אלא שהוא עצמו סוטה מהבחנות אלה. במילים אחרות, ניתן להתרשם כי תפיסתו הכללית איננה דוגלת בהבחנות קשיחות המגבילות בפועל את שיקול דעתו של בית המשפט להתחשב בשיקולי מדיניות שונים ובכללי פירוש מגוונים באופן הנבחן בכל מקרה ומקרה.

נפתח בעצם החלוקה בין סוגי חוזים שעליה מושתתת עמדתו של גרוסקופף. נגד תיאור תפיסתו של השופט גרוסקופף כביטוי לפלורליזם המבוסס על ארגון פנימי קבוע מראש ניתן לומר שלמעשה לא תמיד יש הבחנה ברורה בין המצבים השונים שעל פיהם נחתת חלוקת העבודה בין העקרונות ובין כללי הפירוש שמציע גרוסקופף. למשל, הגבול בין חוזה עסקי לבין חוזה פרטי עשוי להיות דק. ייתכן חוזה בין עוסקים מתוחכמים למכירת דירת מגורים פרטית או חוזה בין פרטים שעניינו נכס שתכליתו עסקית. כיוצא בזה, ההבחנה בין חוזה צרכני לבין חוזה עסקי אינה תמיד פשוטה: ייתכן חוזה צרכני בין שני עוסקים או חוזה עסקי אחד הנושא סמנים צרכניים. בקווים כלליים יותר, עצם ביסוס ההבחנה בין סוגי חוזים על קיומם או היעדרם של פערי כוחות או מידע או בין הצדדים הוא בעייתי למדי משום שכל חוזה, מכל סוג שהוא, לרבות חוזה פרטי וחוזה עסקי, עשוי להיכרת בתנאים של פערי מידע או כוח.¹³³ יתר על כן, גם עצם ביסוס החלוקה לסוגי חוזים על שלל הנחות אחרות בכל הנוגע למאפייני ההתקשרות של כל סוג חוזה מזמן את שלילת ההנחות הללו במקרה נדון (וממילא את שלילת החלוקה המושתתת עליהן): יש צדדים פרטיים מתוחכמים ומיוצגים, ויש עוסקים לא מתוחכמים ולא מיוצגים. מבחינה זו, החלוקה שמציע גרוסקופף בין סוגי חוזים אינה אלא תיאור סכמתי כללי בלבד של מציאות מורכבת, שאולי נועד להתמוטט מראש אל קרקע המציאות. לפיכך ברור למדי שקטגוריות אלה, המבחינות בין סוגי חוזים, לא רק שאינן מצמצמות את שיקול דעתו של בית המשפט בפועל, אלא שהן עצמן בגדר הזמנה להפעלת שיקול דעת שיפוטי בכל מקרה ומקרה. במידה רבה מסקנה זו איננה מפתיעה. הדעת נותנת שכלל שעמדה מסוימת מבוססת על קטגוריות וחלוקות רבות יותר, כך גדל כוחו של השופט לבחור בכל מקרה ומקרה מהו הכלל שיחול על מקרה כלשהו.

מכל מקום, עמימות זו בעצם ההבחנה בין סוגי חוזים מלמדת שלפחות במבחן המעשה כל אחת משלוש התכליות – שהופרדו זו מזו מלכתחילה באמצעות ההבחנה – הופכות רלוונטיות בעת ובעונה אחת במקרה נדון. במילים אחרות, בנפול ההבחנה המארגנת בין

133 להערכה שלפיה רוב החוזים המסחריים חוזים אחידים, ועל כן אינם נקיים מחד-צדדיות ומקיפוח ראו זמיר "פירוש חוזים", לעיל ה"ש 38, בעמ' 101–104.

סוגי חוזים נופל הקיר המבחין בין התכליות ההולמות כל סוג חוזה (ובעקבות זאת גם הקיר המבחין בין כללי הפירוש הנמשכים מכל תכלית). לאמיתו של דבר, השופט גרוסקופף עצמו מכיר בהתמוטטות הקטגוריות הקשיחות, בציינו במפורש כי שלוש התכליות רלוונטיות במידה רבה בכל סוג של חוזה.¹³⁴ אם כך הוא, לפנינו תפיסה הדומה לזו הגלומה בתורת הפרשנות התכליתית: תפיסה פלורליסטית גמישה שבה אין כל סדר או הייררכייה קבועים בין תכליות ובין ערכים נורמטיביים ושבמסגרתה אפוא ההכרעה המשפטית אינה מותווית מראש אלא נעשית בכל מקרה לגופו.

נוסף על כך, במבחן המעשה לא רק החלוקה המוצעת בין סוגי חוזים – ועל כן בין התכליות הראויות להגשמתה במקרה נתון – היא עמומה. עיון קרוב בפסיקות אחרות של השופט גרוסקופף מעלה שבפועל גם ההבחנה בין כללי פירוש שונים (ההולמים לכאורה כל תכלית) איננה באמת חדה. במילים אחרות, במבחן המעשה ניתן לפקפק עד כמה השופט גרוסקופף דבק בהבחנות שהוא צידד בהן בפסק דינו. גם המסקנה העולה מכך היא כי כללי הפירוש שיצר גרוסקופף לא נועדו להגביל את שיקול דעתו של השופט לא מפנייה לנסיבות ההתקשרות ולא מהתחשבות בשיקולי מדיניות מגוונים. דוגמה לפער בין כללי הפירוש שבהם מצדד גרוסקופף לבין האופן שבו הוא קובע את תוכנם של חוזים בפועל, ובייחוד לגבול המעומעם בין לשון החוזה לבין נסיבותיו, ניתן למצוא בפסק דינו של השופט גרוסקופף בעניין *A.T.S Investments*.¹³⁵ בפסק הדין, שבו נדון סכסוך עסקי בין חברות העוסקות בתחום הנדל"ן, התעוררה מחלוקת פרשנית בין הצדדים בכל הנוגע לסיווג כספים שהועברו ביניהם במסגרת ההסכמים – אם היו כספים אלה הלוואות או השקעות הון. השופט גרוסקופף סיווג את החוזה הנדון כחוזה עסקי וסבר כי לשון ההסכמים מעידה שמדובר בכספי הלוואה. הוא הוסיף וציין כי מאחר שמדובר בחוזה אשר נערך בידי אנשי עסקים מנוסים, שחזקה עליהם כי הם צדדים מתוחכמים ובקיאיים ברזי הניסוח של מסמכים משפטיים, יש להעניק ללשון הברורה שנקטו הצדדים מעמד דומיננטי. אולם בעוד שהרטוריקה השיפוטית של גרוסקופף מכריזה על מעמדה הדומיננטי, המכריע, של לשון החוזה, בפועל אין הוא נוטה להתעלם ממכלול נסיבות הכריתה. למעשה, חלק ניכר מפסק דינו של השופט גרוסקופף הוקדש לבחינה קפדנית של נסיבות ההתקשרות, ובהן הסכמים נוספים ופרוטוקולים של פגישות וישיבות; עדויות של הצדדים בדבר שיקוליהם ומניעיהם; העובדה כי התייעצו עם יועץ מס ודוחות חשבונאיים – אגב ביסוס מסקנתו הפרשנית על מכלול הנתונים הרלוונטיים, מעל ומעבר ללשון החוזה.¹³⁶ חברות ההרכב האחרות – השופטות ברק-ארז ווילנר – הצטרפו למסקנתו של השופט גרוסקופף בהדגישן כי מסקנתו ממילא נתמכת הן בלשון החוזה הן בנסיבותיו. במבחן המעשה אין אפוא הבדל רב בין גישתו לגבי חוזים פרטיים, המצדדת בבחינת מכלול נסיבות ההתקשרות במסגרת פירושו של חוזה, לבין גישתו לגבי חוזים עסקיים, המכריזה על הדבקות בלשון החוזה ועל משקלן הזניח של הנסיבות. במעגלים רחבים יותר ברור גם כי אין הבדל, או לפחות אין הבדל

134 עניין **כיבי כבישים**, לעיל ה"ש 12, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

135 ע"א 9025/17 *A.T.S Investments Inc* נ' *Segal Group (Dresden)* (נבו 19.2.2020).

136 שם, פס' 23–28 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

דרמטי, בין שיטתו הפרשנית של גרוסקופף לבין הפרשנות התכליתית התובעת התחשבות בנסיבות בכל הנסיבות.¹³⁷

יתר על כן, גם הגבול בין החוזה לבין ערכים של תום לב, סבירות והוגנות הוא רופף במשנתו המעשית של גרוסקופף. כשם שבמבחן המעשה השופט גרוסקופף אינו מתעלם ממכלול הנסיבות אף כי הוא מכריז שבסוג החוזה הנדון (חוזה עסקי) מעמדן זניח, כך אין הוא מחדד שיקולים של הוגנות ותום לב גם בחוזים פרטיים ובחוזים עסקיים – לעיתים בדרכים יצירתיות למדי – אף כי הוא אומר שבחוזים מסוגים אלה אין לתת משקל רב לשיקולים כאלה. דוגמה לכך עשוי לשמש פסק דינו של גרוסקופף בעניין **עג'אם**.¹³⁸ בפרשה זו נדון הסכם מכר מקרקעין שבו נקבע שנוסף על תשלום התמורה יישא הקונה בכל ההוצאות הקשורות לעסקה. במילים אחרות, העסקה הייתה "עסקת נטו", שבה הקונה נושא גם במיסים החלים ברגיל על המוכר. בחלוף זמן הומר החוזה המקורי בחוזה חדש שבו הוחלפו הצדדים לעסקה: רוכש חדש בא בנעלי הקונה המקורי באותם תנאים של החוזה המקורי. אולם מהחוזה החדש נעלמה באופן מסתורי הפסקה הקובעת כי מדובר ב"עסקת נטו", והוחלפה בפסקה המצביעה על "עסקת ברוטו" שבה כל צד נושא במיסים החלים עליו. כלומר, על פי ההסכם החדש המוכר הוא שיישא במיסים החלים ברגיל על המוכר. כעולה מפסק הדין, לשינוי זה בתנאי העסקה לא היה הסבר מניח את הדעת בנסיבות (כך, למשל, התמורה החוזית המקורית לא שונתה בהתאם). מכל מקום, הרוכש שילם גם את המיסים החלים על המוכר, ולימים ביקש החזר בגינם מהמוכר על פי החוזה הסופי המלמד כאמור שנעשתה עסקת ברוטו שבה המוכר הוא מי שחב בתשלומים אלה. בית המשפט המחוזי התעלם מההיסטוריה הרחבה של ההסכמים – ומהמעבר בין עסקת נטו לעסקת ברוטו – וסבר שיש לנהוג על פי ההסכם כפשוטו. לפיכך הורה למוכר לשלם לקונה את התשלומים ששילם במקומו, לפי פשט לשונו של ההסכם החדש. בית המשפט העליון, מפי השופט גרוסקופף, לא ראה לנכון לנתח את מערך ההסכמים ניתוח דומה. לדעתו אין להתעלם מההתגלגלות ההיסטורית של ההסכם, כלומר מהשינוי שנעשה מ"עסקת נטו" ל"עסקת ברוטו". לדבריו, העסקה המקורית, האמיתית, שנעשתה היא עסקת נטו, ואין כל הסבר מניח את הדעת לשינוי העסקה ל"עסקת ברוטו" בלא שהמוכר קיבל תמורה כלשהי עבור שינוי זה. לכן המסקנה המסתברת היא ששינוי זה ל"עסקת ברוטו" אינו בגדר כוונתם האמיתית של הצדדים להסכם. לכן פנה השופט גרוסקופף לכלל בדבר טעות סופר והורה לתקן את ההסכם הכתוב על פי אומד דעתם של הצדדים. במבחן התוצאה סטה השופט גרוסקופף מלשונו המפורשת של ההסכם ופירש אותו כקובע "עסקת נטו" שבה חיובי המס החלים על המוכר אכן מוטלים על הקונה.

אף כי ניתן לומר כי הדוקטרינה של טעות סופר היא בגדר חריג לכללי הפרשנות הרגילים, העובדה שנעשה שימוש דווקא בקונסטרוקציה זו (או אחרת) לצורך סטייה מלשון

137 טענה קרובה למדי טען פרופ' איל זמיר במאמרו בכל הנוגע לשיטתו הפרשנית של השופט דנציגר. ראו זמיר "עוד על פירוש", לעיל ה"ש 21, בעמ' 22–30. לפסקי דין נוספים של השופט גרוסקופף שמהם עולה נטייתו להתחשב גם בנסיבות כריתתו או בהגיונו הכלכלי של חוזה עסקי (למרות הרטוריקה השיפוטית שלו המכריזה על מעמדה המכריע של הלשון בחוזים מסוג זה), ראו למשל ע"א 1805/20 Smart Trike MNF, PTE Ltd נ' ינובסקי, פס' 16 (נבו 1.8.2021); רע"א 3394/20 דנקנר נ' אלרן (ד.ד.) השקעות בע"מ (נבו 30.12.2020).

138 ע"א 8243/16 עג'אם נ' סיטון (נבו 19.3.2019).

ההסכם איננה מעלה או מורידה: במבחן המעשה פסק דינו של השופט גרוסקופף בפרשת **עג'אם** חושף פער בין כללי הפירוש שהוא מצדד בהם ברמת הרטוריקה לבין מה שהוא עושה בפועל. ראשית, אף שמדובר בחוזה פרטי ולא בחוזה עסקי, קשה להתעלם מכך שהחוזה הנדון נוסח לא בידי צדדים שאינם יודעי דין אלא בידי עורך דין. זאת ועוד, שינויי הנוסח המפולפלים שנעשו בו – מ"עסקת נטו" ל"עסקת ברוטו" – מלמדים בבירור כי הצדדים היו מתוחכמים דיים להשתמש בכללים המשפטיים לצורך עיצוב החוזה כרצונם. נזכיר כי ההבחנה שמציע גרוסקופף בין חוזה עסקי לבין חוזה פרטי איננה מושתתת על עצם ההבחנה בין הספרה העסקית לספרה הפרטית אלא על הנחות בדבר מאפייני המתקשרים. אם כן, לפי שיטתו של גרוסקופף, בפירושו של חוזים שהצדדים להם הם שחקנים מתוחכמים ומיוצגים, וכזהו החוזה הנדון בעניין **עג'אם**, על הפרשן לדבוק לכאורה בלשון החוזה ולא להתחשב בנסיבותיו החיצוניות. יתר על כן, בפירושו של חוזים כאלה, לפי גישתו העקרונית, על מנסחי המסמך לשאת בסיכון להתרחשותה של טעות בניסוח החוזה בשם הערך של ודאות והכוונת התנהגות עתידית. כדבריו בפרשת **ביבי כבישים**, בפירושו של חוזה כזה לפי לשונו בלבד הצדדים חשופים לסיכון של טעויות בניסוח, במובן זה שלא תוענק להם "רשת ביטחון שיפוטית" שתתקן טעויות אלה, "ואולם הם מונעים מעצמם את הסיכון שצד שלישי (הפרשן המוסמך) יקרא לתוך החוזה, מתוך חוכמה שבדיעבד, את אשר הצדדים לא ביקשו לכתוב לתוכו".¹³⁹ למרות רטוריקה שיפוטית נחרצת זו, המביאה בחשבון גם מקרים של טעות בניסוח, נראה כי בפועל, בפרשת **עג'אם**, השופט גרוסקופף אינו מהסס לסטות מלשונו המפורשת של החוזה ולהעניק לצדדים רשת ביטחון שיפוטית שתיקנה את לשון החוזה לאור מכלול הנסיבות וכדי להגשים ערכים של הוגנות, סבירות ותום לב.¹⁴⁰ לאמיתו של דבר, זמן לא רב לאחר שניתן פסק הדין בעניין **ביבי כבישים** הבהיר גרוסקופף בפסק דין **A.T.S Investments** הנזכר, ובהערת אגב, כי במצבים טיפוסיים שבהם נטענת הטענה שלשון החוזה אינה תואמת את כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים, יש לברר את כוונת הצדדים על פי מכלול הנסיבות החיצוניות, "וזאת ללא קשר לסוג החוזה בו עסקינן".¹⁴¹ הבהרה אגבית כזו לא ניתנה בפסק הדין בעניין **ביבי כבישים**, והיא מצביעה על הפער ההולך ונחשף בין כללי הפירוש ה"נקיים" שהציע גרוסקופף בתחילה לבין הפרקטיקה שהוא מגבש בפועל, ממקרה למקרה.

יתר על כן, נדמה כי המתח בין הרטוריקה השיפוטית של גרוסקופף לפרקטיקה השיפוטית שלו, כפי שהוא מתבטא בפרשת **עג'אם**, הוא מובהק למדי. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שעצם הסברה שנפלה טעות סופר בהסכמת הצדדים בפרשה זו מעורר קשיים. לרקע העובדה שלא ניתן כל הסבר מניח את הדעת לשינוי העסקה, לא ברור כיצד מסתברת הגרסה שלפיה שינוי זה הוא בגדר פליטת קולמוס תמימה יותר משמסתברת הגרסה שלפיה שינוי זה הוא תוצאה של טכסיס מכוון. לשון אחר: בהיעדר כל הסבר, סביר יותר כי לפנינו

139 עניין **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 12, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

140 לקשר בין הכלל בדבר תיקון טעות סופר לבין פירוש החוזה לפי לשונו ונסיבותיו, ובייחוד בהתבסס על עקרון תום הלב, ראו שלו וצמח **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 292, 367, 370–371.

141 עניין **A.T.S. Investments**, לעיל ה"ש 135, פס' 22 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

חווה למראית עין שמשרת מטרה פסולה.¹⁴² ואכן, שני השופטים האחרים – השופטים עמית ורילנר – שללו בפרשה זו את תחולת דיני הטעות סופר, וללא כל התלבטות. לדעתם, נסיבות העניין מלמדות בבירור שאין מדובר בטעות קולמוס מקרית אלא בהסכם שנועד להונות את רשויות המס, ולכן ראוי שעל הסכם זה, לפי מגמת הפסיקה בסוגיה זו, יחולו דיני החוזה הפסול.¹⁴³ לענייננו, בהתחשב בכך שנסיונות העניין מצביעות בבירור על קיומו של חוזה למראית עין שמשרת מטרה אסורה, פנייתו של גרוסקופף לכלל בדבר טעות סופר אינה בגדר הברור מאליו. חשוב לציין כי השימוש בדוקטרינה של טעות סופר במצבים שעליהם חלים ברגיל דיני החוזה הבלתי חוקי או דיני החוזה למראית עין הוא נדיר למדי בפסיקת בית המשפט העליון. לדעתנו יישום הכלל בדבר טעות סופר – וקביעת תוכן החוזה לאורו – אינו אלא בחירה בדרך, יצירתית למדי, שאינה רק אמצעי להימנע מהחלתם של דיני החוזה הפסול; ההיזקקות לכלל בדבר טעות סופר מצביעה לדעתנו על נכונותו של השופט גרוסקופף להתערב בתוכן החוזה ועל מגמתו לתת תוקף להסדר ההוגן והסביר ביותר למרות כללי הפרשנות שהוא מצדד בהם "על הנייר". דומה אפוא כי במבחן המעשה סוטה השופט גרוסקופף מכללי הפרשנות שהוא מצדד בהם פורמלית, ואחת היא אם הדבר נעשה במפורש או אם הדבר נעשה בעקיפין, באמצעות פנייה לקונסטרוקצייה אחרת, דוגמת טעות סופר. לסיכום, המסקנה העולה מהבחינה בכללותה היא שאף אחד מן הכללים, מן החלוקות ומן ההבחנות שמציע גרוסקופף איננו מתקיים תמיד במציאות. מבחינת סוגי החוזים נראה כי בפועל ההבחנה המוצעת עמומה למדי. מבחינת דיני הפירוש ההולמים כל סוג חוזה – ובעיקר ההבחנה בין לשון החוזה לבין נסיבותיו ובין הסכמתם של הצדדים לבין ערכים של תום לב והוגנות – אין מדובר במערכת כללים נוקשה. במבחן המעשה פועל השופט גרוסקופף על פי דרך הפירוש הסבירה וההוגנת, כפי שהיא נראית לו בנסיבות, ואינו כובל את עצמו לכלל פרשני קשיח, לשיקול מדיניות אחד או לתוצאה הנקבעת מראש. עמדתו הפרשנית של גרוסקופף היא אפוא עמדה פלורליסטית רחבה וגמישה. תפיסתו אינה מקבעת, לפחות במבחן המעשה, אמת מידה קשיחה להכרעה בין תכליות מראש ופותרת פתח רחב לפירוש החוזה בהתחשב במגוון שיקולים, לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. גם במישור כללי הפירוש תפיסתו של גרוסקופף רחוקה מפורמליזם משפטי. אין בה שאיפה לתעל את בית המשפט למערכת כללים קשיחים שבכוחם לצמצם את כוחו לפנות למקורות פרשנות כלשהם או להגביל את שיקולי המדיניות שרשאי בית המשפט לשיקול בבואו לפרש חוזה. לפי שיטה זו לבית המשפט נתון תפקיד נכבד בהכרעות חוזיות.

ה. סיכום

על רקע הבחינה התאורטית של פרשת ביבי כבישים ניתן לחזור ולבחון את חשיבותה של פרשה זו ואת תרומתה לדיני החוזים בישראל. פרשת ביבי כבישים זכתה, ובצדק, לתשומת

142 לדיון בסיווגו ובדינו של חוזה למראית עין שנעשה בכוונה פסולה ראו שלו וצמח דיני חוזים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 308–313.

143 למגמת הפסיקה בנושא זה ראו ע"א 4305/10 אילן נ' לוי (נבו 9.5.2012); ע"א 6634/15 טופ במרחבי השרון ייזום בע"מ נ' קפלן (נבו 24.10.2017); רע"א 1400/15 אילוז נ' י.מ. אמסלם בע"מ (נבו 3.5.2015).

לב רבה בקהילה האקדמית המשפטית בישראל. ואולם, הסערה שחולל פסק הדין איננה נובעת מכך שאכן נוצרו בו כללי הכרעה חדשים בכל הנוגע לפרשנות חוזים או סטייה מהלכת אפרופים. ברור למדי כי מבחינה עניינית אין בפסק הדין, הכולל שלוש הנמקות שונות ואף סותרות, כדי לגרום לשינוי בדין שקדם לו, ודאי שלא ל"הפיכה". מסקנה זו נתמכת לא רק בהחלטת בית המשפט העליון לדחות בקשה לקיום דיון נוסף בעניינו של פסק הדין (בנימוק שלא נקבעה בו הלכה) אלא גם בפסיקת בית המשפט העליון שבאה לאחר פסק דין ביבי כבישים, שבה פורש החוזה בהסתמך על הלכת אפרופים, לעיתים בהתעלם מפסק דין ביבי כבישים.¹⁴⁴

חשיבותו של פסק הדין נעוץ אפוא בהיבט אחר שלו, הלא הוא ההיבט התאורטי שבבסיסו. פרשת ביבי כבישים מעוררת עניין בעיקר משום שהיא מעלה אל פני השטח ויכוח תאורטי ששורשיו נעוצים בחזונות סותרים לגבי דיני החוזים. העימות התאורטי שמציין מבעד לכללי הדין שנוסחו בפסק הדין מציג עולמות שונים של תפיסת החוזה. יתר על כן, פרשת ביבי כבישים היא בעלת משמעות מנקודת מבטו של הניתוח התאורטי במיוחד מאחר שכל השופטים הגיעו בה לאותה התוצאה. בשל ההתכנסות של כל השופטים במישור האופרטיבי, קל יותר להבחין בכך שמה שמצוי בשורשי העימות בין עמדותיהם איננו השקפה נקודתית שונה בנוגע לנסיבות העניין אלא תפיסת עומק נבדלת בכל הנוגע לתכליתם של דיני החוזים.¹⁴⁵ מן הצד האחד שיטתו הפרשנית של השופט שטיין משקפת תפיסה הקשורה קשר הדוק לתאוריה הקלאסית של החוזה שביסודה ראיית רצון הצדדים כמקורו המרכזי של החוזה. בצד זה מבוססת עמדתו על פורמליזם משפטי. מן הצד השני גישתו של השופט גרוסקופף מצדדת בפלורליזם תאורטי. כפי שביקשנו להראות, ובניגוד למה שניתן לסבור במבט ראשון, הפלורליזם המתיישב עם שיטתו הפרשנית של גרוסקופף הוא פלורליזם מובהק, גמיש למדי; אין בו שאיפה לכוון סדר תאורטי קשיח בין עקרונות, ואין בו מגמה להכפיף את בית המשפט למערכת כללים שבכוחם לצמצם את כוחו לפנות למקורות פרשניים כלשהם או להגביל את שיקולי המדיניות שרשאי בית המשפט לשקול בכואו לפרש חוזה.

קשה ליישב בין תפיסה פלורליסטית גמישה שאין בה הייררכייה בין עקרונות, לבין תפיסה מוניסטית. תפיסה מוניסטית מצדדת בעליונותו של עיקרון מסוים, ואילו תפיסה הפלורליסטית מושתתת על תובנה שלפיה שום עיקרון איננו נעלה על עיקרון אחר. מכאן עשוי לנבוע הבדל גדול בין התפיסות לא רק במישור העיוני אלא גם במישור עיצוב כללי הדין ובייחוד בכל הנוגע לתפיסת תפקידו של בית המשפט בהכרעות עתידיות בסכסוכים חוזיים. תפיסה חוזית מוניסטית הדוגלת בעליונותו של עיקרון על מזמנת לא אחת את ההנחה שבכוחו של עיקרון זה גם להפיק סדרה של כללי דין ברורים הנמשכים ממנו,

144 ע"א 5620/16 אופטיקה הלפרין בע"מ נ' Luxottica Group Spa (נבו 21.1.2020).

145 לדיון במחלוקות דומות בפסקי דין ראו לדוגמה Brian Leiter, *Explaining Theoretical Disagreement*, 76 U. CHI. L. REV. 1215 (2009); Dale Smith, *Theoretical Disagreement and the Semantic Sting*, 30 OXF. J. LEG. STUD. 635 (2010).

ושאליהם מתועל בית משפט בדונו בענייני חוזים (אף כי אין קשר הכרחי בין התופעות).¹⁴⁶ לעומת זאת תאוריה פלורליסטית מבוססת על הנחה בדבר קיומו של מתח בלתי נמנע בין עקרונות שונים. מתח זה מסכל את האפשרות לאמץ סדרת כללים חד-משמעיים שיחולו על כל מקרה ומקרה ומוביל לסתירות ולעימותים בין שיקולים שונים המושכים לכיוונים שונים. הכרעות המושגות על פלורליזם תאורטי גמיש נעשות אפוא על בסיס שיקול דעת רחב, בהתחשב במגוון שיקולי מדיניות ותוך קביעת משקלן היחסי בכל מקרה ומקרה. על כן גישה פלורליסטית "גמישה" עשויה להעניק לבית המשפט תפקיד נכבד בהכרעות חוזיות. לא פשוט אפוא לסלק את המתחים והניגודים בין עמדות השופטים או להפיק מהן תפיסת עולם חוזית מוסכמת. ערכו של פסק הדין הוא דווקא בנקודות המבט הסותרות הטמונות בו. פרשת **ביבי כבישים** מאתגרת אותנו לשאול בעיקר שאלות על התאוריה של החוזה. בכך הפרשה מציפה מחדש אל פני השטח את האתגר הבסיסי ביותר בדיני החוזים, הלא הוא הניסיון להציע הסבר והצדקה לדיני החוזים. אתגר זה איננו חדש. הוא מצוי במוקד העיסוק של תאורטיקנים ופרשנים של דיני חוזים – לפחות במפורש – כבר מאז מאמרם הנודע של Fuller & Perdue שפורסם בשנת 1936.¹⁴⁷ במקום אחר הבענו ספק אם עימות תאורטי זה ניתן להכרעה.¹⁴⁸

עם זאת לא ניתן אלא להמשיך ולשאול את השאלות התאורטיות הללו. הניתוח התאורטי אינו אלא הליך אינטלקטואלי של חיפוש וגילוי, וגם כשהוא כושל חלקית, כישלונותיו מלמדים אותנו דבר-מה על אודות המשפט. במידה רבה אין לדיני החוזים פשר אלא זה הניתן להם באמצעות הקלסיפיקציות והתאוריות, היוצקות בהם משמעות.¹⁴⁹ השיח הער שנוצר לאחר מתן פסק הדין בפרשת **ביבי כבישים** התמקד בעיקר בשאלה הדוקטרינרית בדבר היחס של הפסיקה אל דיני פירוש החוזה הנוהגים ולהלכת **אפרופים**. אך ראוי להסיט את תשומת הלב מהדיון הדוקטרינרי אל עבר שדה הדיון התאורטי – שם נמצא סלע המחלוקת האמיתי, וממנו נמשכות מסקנות בדבר כיווני ההתפתחות של דיני החוזים בישראל.

146 לקשר ההיסטורי והענייני בין ביסוס דיני החוזים על תורה רעיונית אחידה ומופשטת לבין קביעת סדרת כללים נוקשים החלים על כל סוגי החוזים ראו למשל Oman, *A Pragmatic Defense*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 82 (בהקשר התאוריה הקלאסית).

147 ראו Lon L. Fuller & William R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 373 (1937). ניתן לדעתנו לראות במאמר זה, הנחשב למשפיע ביותר בתחום דיני החוזים, את יריית הפתיחה לשיח התאורטי הער במאה הקודמת. מאמר זה לא רק שינה לחלוטין את דרך ההשקפה על פיצויים בדיני חוזים, אלא אף שימש מסד והשראה לתאוריות כלליות של האחריות החוזית והיה אבן דרך בחלחול זרם הריאליזם המשפטי (וההתנגדות לפורמליזם המשפטי) לתוך דיני החוזים.

148 ראו Efi Zemach & Omri Ben-Zvi, *Contract Theory and the Limits of Reason*, 52 TULSA L. REV. 167, 212 (2016) ("The battlefield of conflicting contract theories is better celebrated as a continuing discourse in which there is no ultimate victory – perhaps a kind of highly stylized, intellectualized art-form – than a field of absolute rational inquiry, a science of sorts, in which some theory must reign supreme for the entire field to have worth").

149 ראו גם Hanoch Dagan & Roy Kreitner, *The Character of Legal Theory*, 96 CORNELL L. REV. 671 (2011).