

התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל

מאת
מנחם מאוטנר*

תקציר

בעשרים וחמש השנים האחרונות פיתח בית-המשפט העליון והפעיל דוקטרינות המאפשרות לבתי-המשפט התערבות נרחבת בקביעת תוכנם של חוזים. החלק הראשון של המאמר סוקר את הדוקטרינות האלה. לאחר-מכן המאמר מציג את הזרם המוסדי בכתיבה על דיני החוזים. המחברים הנמנים עם זרם זה מעלים שתי טענות: שופטים אינם מצוידים בכישורים הנדרשים כדי לקבוע כהלכה את תוכניהם של חוזים באופן הקשרי; מכיוון שכך, תוכן החוזה צריך להיקבע על-ידי בתי-המשפט על-פי לשון החוזה, ולא על-פי ההקשר העסקי שבו פעלו הצדדים. אם מקבלים את הטענות האלה, אזי ההתערבות הנרחבת של בית-המשפט העליון בקביעת תוכניהם של חוזים צריכה להיחשב בעייתית מהבחינה הנורמטיבית. החלק השלישי של המאמר מראה כי אנשי עסקים ממעטים להביא את סכסוכיהם החוזיים להכרעתם של בתי-המשפט. סיבות רבות עומדות ביסודה של עובדה זו, ואחת מהן היא חוסר האמון של אנשי עסקים במידת יכולתם של שופטים להבין את התרבות שבגדרה אנשי העסקים פועלים ואת העסקות שבהן הם מעורבים. שילוב של קביעות אלה באשר לאנשי העסקים עם הקביעות העולות מהחלק הראשון של המאמר מוביל לבחינה של הטענה כי האקטיביזם של בית-המשפט העליון בתחום דיני החוזים עשוי לשמש גורם מרכזי נוסף שירתיע אנשי עסקים מלהביא את סכסוכיהם להכרעתה של מערכת בתי-המשפט של המדינה. בהמשך לכך המאמר בוחן את הטענה כי אם יקטן מספר המקרים שבהם יביאו אנשי עסקים את סכסוכיהם להכרעתם של בתי-המשפט, הדבר עשוי להשפיע על האופן שבו יתפתחו דיני החוזים של ישראל: דיני החוזים יתאימו פחות ופחות לעסקות חוזיות שמעורבים בהן אנשי עסקים. החלק הרביעי של המאמר מביא תמצית של הטיעונים העיקריים המוצגים במאמר, וכן מתייחס לשאלה אם מעמדם של הטיעונים המובאים במאמר עשוי להשתנות אם המשפט האזרחי של ישראל יוסדר באמצעות הקודקס המוצע בימים אלה.

* פרופסור-מנהל המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. המאמר מבוסס על הרצאה בכנס שהתקיים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב, ב-20 באפריל 2004, לציון פרישתו של פרופסור דניאל פרידמן מהוראה. אני מודה לחנוך דגן ולרועי קרייטנר על הערותיהם. אני מודה לחברי קבוצת-העבודה במשפט הפרטי, בהסות מרכז-על צגלה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, על הערותיהם. כמו-כן אני מודה לחברי מערכת עיוני משפט יונתן רו, שיר אפרון, נעמה ארליך ונועם זמיר על הערותיהם.

מבוא

- חלק ראשון: התערבות שיפוטית בתוכן החוזה
- א. החלת המושג "אקטיביזם שיפוטי" בתחום של דיני החוזים
1. המושג "אקטיביזם שיפוטי"
 2. החלת המושג "אקטיביזם" בתחום של דיני החוזים
 3. אקטיביזם בתחום של דיני החוזים במשפט הישראלי
 - (א) אקטיביזם בהקשר של כריתת החוזה
 - (ב) אקטיביזם בתחום התרופות
- ב. התערבות שיפוטית בתוכן החוזה
1. חובת תום-הלב
 - (א) סעיף 39 כמקור להתערבות בתוכנם של חוזים
 - (ב) "לוגיקה עמוקה", "לוגיקה רדודה" ומידת ההתערבות בתוכניהם של חוזים
 - (ג) הפעלת חובת תום-הלב: החוזה כארגון
 - (1) מאפייני החוזה ומאפייני הארגון
 - (2) דוקטרינת תום-הלב וקירוב החוזה לארגון
 - (ד) הפעלת חובת תום-הלב: "בית-המשפט המגשר"
 2. ריבוי של "נקודות-זמן" לצורך קביעת מצב הזכויות והחובות של הצדדים
 3. המעבר מתפיסת החוזה כמכשיר לחליפין לתפיסתו כמכשיר לשיתוף-פעולה, והתמוטטותו של מבנה הזכויות והחבויות שנקבע על-ידי הצדדים בחוזה
 - (א) החוזה: ממכשיר לחליפין למכשיר לשיתוף-פעולה
 - (ב) ההתמוטטות של מבנה הזכויות והחבויות שנקבע על-ידי הצדדים בחוזה
 4. חוזה יחס: התמוטטות הגישה של הצדדים כמסדירים את היחס שביניהם
 - מראש באמצעות החוזה
 5. פרשנות החוזה
 - (א) היחס בין לשון החוזה לבין הנסיבות
 - (ב) ההכרה ברכיב האובייקטיבי במסגרת הליכי הפרשנות של החוזה
 - (ג) תיקון החוזה על-ידי בית-המשפט
 - (ד) תום-לב כמקור להשלמת חסרים בחוזים
 6. מתן תוקף למצגים טרום-חוזיים
 7. צמצום המסוימות הנדרשת לצורך כריתת חוזה
 8. טשטוש ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי
 9. סיכום

חלק שני: הגישה המוסדית בדיני החוזים

 - א. עלייתה של הגישה המוסדית בדיני החוזים
 - ב. קרל לואלין והדיון המוסדי בדיני החוזים
 - ג. הביקורת של הגישה המוסדית על הקוד המסחרי האחיד של ארצות-הברית ועל דרכי הפעלתו
 - ד. הערכת הגישה המוסדית

חלק שלישי: ספקות ביחס לכישורי השופטים, התערבות שיפוטית נרחבת בתוכן החוזה, ושאלת היווצרות התכנים של דיני החוזים

א. מבוא

ב. הימנעותם של אנשי עסקים מליישב את סכסוכיהם החוזיים בבתי-המשפט

1. נתונים

2. הסברים

(א) מנגנונים המונעים מלכתחילה היווצרות סכסוכים

(ב) רתיעתם של אנשי עסקים מיישוב סכסוכים במערכת בתי-המשפט

(ג) משא-ומתן כחלק מההליך המשפטי: הגעה לפשרה לפני פסק-דין

(ד) משקלו של האקטיביזם השיפוטי בהרתעתם של אנשי עסקים מליישב

את סכסוכיהם בבתי-המשפט

(ה) הערה נורמטיבית

(ו) אנשי עסקים: שני סוגים של התקשרויות חוזיות

ג. שאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל

1. דיני החוזים של ישראל ודגם התבונה המעשית

2. השפעתם של תוכני המשפט על אופן פעולתם של אנשי העסקים

3. כיצד צריך לפתח את דיני החוזים של ישראל? לקראת דיני חוזים פלורליסטיים

חלק רביעי: סיכום

מבוא

מאמר זה מורכב מארבעה חלקים.

בחלק הראשון אבחן את ההתפתחויות שחלו בפסיקתו של בית-המשפט העליון בעשרים וחמש השנים האחרונות בשאלת "חלוקת העבודה" שבין הצדדים המתקשרים בחוזים לבין בית-המשפט באשר לקביעת תוכן החוזה. אטען כי פסיקתו של בית-המשפט מגלה אקטיביזם נרחב, דהיינו, פיתוח והפעלה של דוקטרינות המאפשרות לבתי-המשפט התערבות נרחבת בקביעת תוכנם של חוזים.

אף שחלק זה של המאמר הינו תיאורי, השלכותיו הנורמטיביות ברורות. הגישות הנורמטיביות המקובלות ביחס לדיני החוזים רואות ענף משפטי זה כענף שאמור לאפשר לבני-אדם מימוש של האוטונומיה שלהם או כענף שאמור לאפשר לבני-אדם ולתאגידים העלאה של מצב התועלת שלהם, על-פי שיפוטיהם לגבי מצבי התועלת שלהם קודם לכריתתם של החוזים ולאחריה. ביסוד שתי הגישות עומדת תפיסה של החוזה כביטוי לבחירות של הצדדים המתקשרים בו. אם פסיקתו של בית-המשפט העליון בעשרים וחמש השנים האחרונות אכן מגלה אקטיביזם נרחב, כי-אז לפחות על פני הדברים התפתחות זו צריכה להיחשב בעייתית מהבחינה הנורמטיבית, לנוכח התפיסות שמקובל לראותן – במצב הנוכחי של החשיבה על דיני החוזים – כעומדות ביסודו של ענף משפטי זה.

בחלק השני של המאמר אציג את הזרם המוסדי בכתיבה על דיני החוזים. זרם זה מתמודד עם השאלה באיזו מידה שופטים מצוידים בכישורים הנדרשים כדי לקבוע את

תוכניהם של חוזים. עיסוק בשאלה זו ניתן למצוא עוד בכתיבתו של קרל לואלין (Karl Lewellyn), אולם בשנים האחרונות שבו מחברים שונים לעסוק בשאלה, תוך שהם טוענים שתי טענות: שופטים אינם מצוידים בכישורים הנדרשים כדי לקבוע כהלכה את תוכניהם של חוזים; מכיוון שכך, תוכן החוזה צריך להיקבע על-ידי בתי-המשפט על-פי לשון החוזה, ולא על-פי ההקשר העסקי שבו פעלו הצדדים.

אם מקבלים את הטיעון התיאורי של הגישה המוסדית (ששופטים אינם מצוידים בכישורים הנדרשים כדי לקבוע את תוכניהם של חוזים) ואת הטיעון הנורמטיבי של גישה זו (שתוכן החוזה צריך להיקבע על-ידי בתי-המשפט על-פי לשון החוזה), כ-אז האקטיביזם של בית-המשפט העליון של ישראל בתחום דיני החוזים (כמתואר בחלק הראשון של המאמר) צריך להיחשב בעייתי מהבחינה הנורמטיבית, לפחות לאור השיקולים הנורמטיביים שהגישה המוסדית מציעה.

בחלק השלישי של המאמר אראה כי אנשי עסקים ממעטים להביא את סכסוכיהם החוזיים להכרעתם של בתי-המשפט. אראה כי סיבות רבות עומדות ביסודה של עובדה זו, וכי אחת מהן היא חוסר האמון של אנשי עסקים במידת יכולתם של שופטים להבין את התרבות שאנשי העסקים פועלים בגדרה ואת העסקות שבהן הם מעורבים. אשלב קביעות אלה באשר לאנשי העסקים עם הקביעות העולות מהחלק הראשון של המאמר, ואטען כי על פני הדברים האקטיביזם של בית-המשפט העליון בתחום דיני החוזים עשוי לשמש גורם מרכזי נוסף שירתיע אנשי עסקים מלהביא את סכסוכיהם להכרעתה של מערכת בתי-המשפט של המדינה. בהמשך לכך אטען כי על פני הדברים, אם יקטן מספר המקרים שבהם יביאו אנשי עסקים את סכסוכיהם להכרעתם של בתי-המשפט, הדבר עשוי להשפיע על האופן שבו יתפתחו דיני החוזים של ישראל: דיני החוזים יתאימו פחות ופחות לעסקות חוזיות שמעורבים בהן אנשי עסקים.

אולם אף שעל פני הדברים הטיעונים האמורים צריכים להיחשב נכונים, אטען כי מידת השכנוע שלהם צריכה להיחשב חלקית בלבד.

באשר לרתיעתם של אנשי העסקים מלהביא את סכסוכיהם להכרעתם של בתי-המשפט, אטען כי קיימות לכך סיבות רבות אחרות, מלבד האקטיביזם של בית-המשפט העליון. אקטיביזם שיפוטי בתחום דיני החוזים אינו אמור אפוא לתרום תרומה מכרעת משלו לתופעה זו, שהחלה ממילא לפניו ובלעדיו.

באשר לאי-ההתאמה של דיני החוזים לעסקות חוזיות שמעורבים בהן אנשי עסקים, אטען כי היא חלקית בלבד. דיני החוזים המתפתחים בישראל מתאימים במידה רבה יחסית לצורכיהם של אנשי עסקים שהינם שחקנים חוזרים. אולם אנשי עסקים אלה מתקשרים בחוזים, מבצעים חוזים ומיישבים סכסוכים חוזיים תוך זיקה חלשה יחסית לדיני החוזים של המדינה. מכיוון שכך, לעובדה שדיני החוזים של המדינה מתאימים לצורכיהם של אנשי העסקים שהינם שחקנים חוזרים יש השפעה מועטה יחסית על האופן שבו הם מתפקדים כצדדים לחוזים. לעומת זאת, דיני החוזים המתפתחים בישראל מתאימים במידה מועטה יחסית לצורכיהם של אנשי עסקים שהינם שחקנים של פעם אחת. אטען כי לעובדה זו עלולות להיות כמה השלכות שליליות בכל הנוגע לכריתתם של חוזים על-ידי אנשי עסקים כאלה ובכל הנוגע ליישוב סכסוכים חוזיים על-ידיהם.

עוד אטען בחלק זה של המאמר כי בית-המשפט העליון מפתח את דיני החוזים שלנו

על-פי סדר-יום נורמטיבי משלו, שאותו הוא מחיל על הצדדים שסכסוכיהם מובאים להכרעתו מבלי שיתקיים מתאם הדוק בין הערכים שהוא מבקש לקדם לבין המאפיינים העובדתיים של העסקות המובאות להכרעתו. בחלק הרביעי של המאמר אביא תמצית של הטיעונים העיקריים המוצגים במאמר. כמו-כן אתיחס לשאלה אם מעמדם של הטיעונים המובאים במאמר עשוי להשתנות אם המשפט האזרחי של ישראל יוסדר באמצעות הקודקס המוצע בימים אלה.

חלק ראשון: התערבות שיפוטית בתוכן החוזה

א. החלת המושג "אקטיביזם שיפוטי" בתחום של דיני החוזים

ברצוני להציע את המושג "אקטיביזם שיפוטי" לצורך הבנה והמשגה של האופן שבו פעל בית-המשפט העליון שלנו בעשרים וחמש השנים האחרונות בתחום של דיני החוזים.

1. המושג "אקטיביזם שיפוטי"

מקורו של המושג "אקטיביזם שיפוטי" בספרות העוסקת בפסיקותיו של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית. בית-משפט נחשב אקטיביסטי ככל שהוא נוטל לעצמו תפקיד גדול יותר, בהשוואה לזה של מוסדות שלטון אחרים, בקביעת הערכים שישררו במדינה ובקביעת הדרך שבה יוקצו המשאבים העומדים לחלוקה במדינה.¹

K.M. Holland "Introduction" *Judicial Activism in Comparative Perspective* 1 (London, K.M. Holland ed., 1991) 1; K.M. Holland "Judicial Activism in the United States" *Judicial Activism in Comparative Perspective* (London, K.M. Holland ed., 1991) 12; M. Shapiro "The United States" *The Global Expansion of Judicial Power* (London & New York, C.N. Tate & T. Vallinder eds., 1995) 43; B.C. Canon "A Framework for the Analysis of Judicial Activism" *Supreme Court Activism and Restraint* (Lexington & Toronto, S.C. Halpern & C.M. Lamb eds., 1982) 385, 385–386; L.A. Graglia "In defense of Judicial Restraint" *Supreme Court Activism and Restraint* (Lexington & Toronto, S.C. Halpern & C.M. Lamb eds., 1982) 135; A.S. Miller "In Defense of Judicial Activism" *Supreme Court Activism and Restraint* (Lexington & Toronto, S.C. Halpern & C.M. Lamb eds., 1982) 167; O. Okere "Judicial Activism or Passivity in Interpreting the Nigerian Constitution" 36 *Int'l & Comp. L. Q.* (1987) 788; J.C. Wallace "The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to Moorings" 50 *Geo. Wash. L. Rev.* (1981–1982) 1; P.B. Kurland "Toward a Political Supreme Court" 37 *U. Chi. L. Rev.* (1969) 19; S. Wright "The Role of the Supreme Court in a Democratic Society – Judicial Activism or Restraint?" 54 *Cornell L. Rev.* (1968) 1

פרופסור אהרן ברק מחיל את המושג "אקטיביזם" גם על בתי-המשפט: בית-משפט הינו אקטיביסטי ככל שהוא סוטה מתקדימי העבר שלו ומפתח דין חדש.²

2. החלת המושג "אקטיביזם" בתחום של דיני החוזים

המושג "אקטיביזם" קשור ל"חלוקת העבודה" בין בתי-המשפט לבין גורמים אחרים שיש להם כוח לקבוע קביעות נורמטיביות. לפיכך אין מניעה להחיל את המושג גם בתחום דיני החוזים, דהיינו, על היחסים שבין בתי-המשפט, מצד אחד, לבין צדדים המתקשרים בחוזים, מן הצד האחר. אכן, שורה של מחברים משתמשים במושג "אקטיביזם" בתארום מגמות של התערבות של בתי-המשפט בקביעת תוכנם של חוזים.³

החלת המושג "אקטיביזם שיפוטי" בתחום של דיני החוזים תעסוק בחלוקת העבודה שבין בתי-המשפט לבין צדדים המתקשרים בחוזים בשלושה הקשרים: (א) הכרעה בשאלה מתי נכרת חוזה; (ב) הכרעה באשר לקביעת תוכן החוזה; (ג) הכרעה בשאלת טיבן של התרופות הניתנות לצד הנפגע בעקבות הפרת חוזה.

על-פי דיני החוזים הקלסיים, ילידי המאה התשע-עשרה, בית-המשפט העוסק בחוזים היה אמור להיות מרוסן מאוד:⁴ טיפולו בחוזים היה אמור להיות פרוצדורלי, ולא מהותי.

2 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 213-217; א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (תשס"ד) 398.

3 R.E. Scott "The Uniformity Norm in Commercial Law" *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law* (Cambridge, J.S. Kraus & S.D. Walt eds., 2000) 149, 163, 167 (hereinafter: Scott "The Uniformity Norm"); R.E. Scott "The Case for Formalism in Relational Contract" 94 *Nw. U. L. Rev.* (2000) 847, 847-848, 873-875 (hereinafter: Scott "The Case for Formalism"); A. Schwartz "Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies" 21 *J. Legal Stud.* (1992) 271, 273-274, 313, 316; D. Kennedy "The Political Stakes in 'Merely Technical' Issues of Contract Law" 10 *European Rev. of Private Law* (2002) 7, 22; W.C. Whitford "A Comparison of British and American Attitudes Towards the Exercise of Judicial Discretion in Contract Law" *Implicit Dimensions of Contract – Discrete, Relational and Network Contracts* (Portland, D. Campbell, H. Collins & J. Wightman eds., 2003) 187, 197-199.

4 הדיון הקלסי בצמיחתם של דיני החוזים של המאה התשע-עשרה נמצא אצל: P.S. Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (London, 1979); G. Gilmore *The Death of Contract* (Ohio, 1974); M.J. Horwitz *The Transformation of American Law 1780-1860* (Cambridge & London, 1977) 160-211; L. Friedman *Contract Law in America* (Madison & Milwaukee, 1965); P. Hamburger "The Development of the Nineteenth Century Consensus Theory of Contract" 7 *Law & History Rev.* (1989) 241; D. Kennedy "From the Will

כך, בנוגע לכרייתת החוזה ביקשו דיני החוזים הקלסיים לקבוע מבחנים צורניים שבהם ישתמשו הצדדים כדי "לסמן" אם בחרו להתקשר בחוזה אם לאו. כאשר התעוררה אפוא השאלה אם נכרת חוזה, היה בית-המשפט אמור לקבוע אם הצדדים קיימו את הדרישה הצורנית שקבע הדין אם לאו. בנוגע לקביעת תוכן החוזה, הנחת-היסוד של דיני החוזים הקלסיים הייתה שהצדדים הם שאמורים לקבוע את תוכנם של החוזים, ולא בתי-המשפט. לפיכך, בית-המשפט היה אמור לאתר את תוכן החוזה שנקבע על-ידי הצדדים, אך לא להוסיף עליו תוכן משלו. בנוגע לתרופות, תפקידו של בית-המשפט היה לקבוע אם צד הפר חיוב חוזה שלו, ובמקרה של קביעה כי אכן התקיימה הפרה, התרופות שעמדו לצד הנפגע היו פשוטות וברורות, באופן שלא הותיר שיקול-דעת רב לבתי-המשפט שהפעילו אותם.⁵

3. אקטיביזם בתחום של דיני החוזים במשפט הישראלי

כידוע, נטען לא-אחת כי בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים היה בית-המשפט העליון של ישראל אקטיביסטי ביותר ביחסיו עם רשויות השלטון האחרות.⁶ אולם עובדה שלא ניתנה לה תשומת-לב בדיונים על-אודות פסיקתו של בית-המשפט העליון היא שבשני עשורים אלה היה בית-המשפט אקטיביסטי גם בתחום דיני החוזים, דהיינו, בכל הנוגע לחלוקת העבודה שיצר בינו לבין צדדים המתקשרים בחוזים. זאת, בכל אחד

Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's 'Consideration and Form'" 100 *Colum. L. Rev.* (2000) 94; J.W. Singer "Legal Realism Now" 76 *Cal.*

L. Rev. (1988) 465, 479

5 ראו גם: P.S. Atiyah "Holmes and the Theory of Contract" *Essays on Contract* (Oxford, 1986) 57; P.S. Atiyah "Form and Substance in Contract Law" *Essays on Contract* (Oxford, 1986) 93; M.A. Eisenberg "Why There Is No Law of Relational Contracts" 94 *Nw. U. L. Rev.* (2000) 805 (hereinafter: Eisenberg "Relational Contract"); M.A. Eisenberg "The Emergence of Dynamic Contract Law" 2 *Theoretical Inq. L.* (2001) 1 (hereinafter: Eisenberg "Dynamic Contract Law")

6 לסקירה מפורטת ראו מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) 101-119 (להלן: מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי); י' דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (ר' גביוון, מ' קרמניצר וי' דותן עורכים, תש"ס) 5. כמו-כן ראו מ' לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5, 6; ק' קליין "הפטור לבני ישיבות" בית המשפט - חמישים שנות שפיטה בישראל (ד' חשין ואח' עורכים, תשנ"ט) 152; ג' ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" פוליטיקה 2 (תשנ"ט) 31, 32; מ' מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי - הערכה" עלי משפט ד (תשס"ה) 5; M. Edelman "Israel" *The Global Expansion of Judicial Power* (London & New York, C.N. Tate & T. Vallinder eds., 1995) 403-407

משלושת ההקשרים שמניתי לעיל: כריתת החוזה; תוכן החוזה; והתרופות הניתנות בעקבות הפרת חוזה.

במאמר זה אבחן את האקטיביזם של בית-המשפט העליון של ישראל בעשרים וחמש השנים האחרונות באחד מבין שלושת ההקשרים שמניתי לעיל: ההקשר של חלוקת העבודה שיצר בית-המשפט בין בתי-המשפט לבין צדדים המתקשרים בחוזים בכל הנוגע לקביעת תוכן החוזה.

עם זאת, קודם שאעשה זאת, ברצוני להצביע בראשי-פרקים על האקטיביזם שבו נהג בית-המשפט בהקשר של כריתת החוזה ובהקשר של התרופות הניתנות בעקבות הפרת חוזה.

(א) אקטיביזם בהקשר של כריתת החוזה

(1) חבות של מוכר זכות במקרקעין שלא על-פי חוזה בכתב: סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969,⁷ קובע כי "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". על-פי סעיף זה, מוכרי זכויות במקרקעין אמורים להניח שלא תוחל עליהם חבות חוזית בהעדר מסמך בכתב המגבש את חבותם. אולם בפסיקה של העשורים האחרונים קבע בית-המשפט העליון כי במקרים שבהם לא קיימו הצדדים את דרישת הכתב של סעיף 8, יוכל בית-המשפט לקבוע במצבים מסוימים שבין הצדדים נוצר בכל-זאת חוזה למכירת נכס מקרקעין. זאת, מכוח הדוקטרינה של תום-לב במשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה, הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.⁸ משמע: בית-המשפט החליף מצב שבו המוכר יודע כי רק קיומה של פרוצדורה קשיחה (מסמך בכתב) עשוי להכפיף אותו לחבות חוזית במצב שבו הכוח לקבוע אם נוצרה חבות חוזית מצוי בידי בית-המשפט.⁹

(2) חבות של מוכר זכות במקרקעין בהעדר חתימה: בדומה לכך, על-פי הדין הקודם, מוכר זכות במקרקעין היה מובטח שכל עוד הוא לא חתם על החוזה למכירת הזכות, הוא לא ייחשב מחויב חוזית למכירת הזכות.¹⁰ אולם בפסיקה של העשורים האחרונים נטל לעצמו בית-המשפט העליון את הכוח לקבוע, במצבים מסוימים, שמוכר זכות במקרקעין יהיה מחויב חוזית אף שלא חתם על החוזה. זאת, אם יקבע בית-המשפט כי כל הנסיבות של המשא-ומתן מלמדות על היווצרותה של גמירת-דעת מצד המוכר למכור את הזכות. משמע: בעוד שעל-פי הדין הקודם היה המוכר של זכות במקרקעין יכול להניח שהוא ייחשב מוכפף לחבות חוזית רק מרגע אחד מסוים המצוי בשליטתו, קרי: מרגע

7 ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין).

8 ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים).

9 ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278 (השופט ברק) (להלן: עניין זוננשטיין); ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185. מהלך זה הינו מהלך אקטיביסטי של בית-המשפט לא רק ביחס לצדדים המתקשרים בחוזים, אלא גם ביחס למחוקק, שקבע את דרישת הצורה שבסעיף 8 לחוק המקרקעין.

10 ע"א 700/72 אברמוב נ' כדר, פ"ד כז(2) 498.

חתימתו על חוזה כתוב, בעשורים האחרונים נטל לעצמו בית-המשפט את הכוח להכפיף את המוכר בעסקת המקרקעין לחבות חוזית אף אם הלה לא נקט את הצעד המעיד במפורש ובבירור על בחירתו בחבות החוזית.¹¹

(3) הגעה לנקודת האל-חזור במשא-ומתן: בשנים האחרונות פיתח בית-המשפט הלכה שלפיה משא-ומתן בין צדדים עשוי להגיע ל"נקודת האל-חזור", דהיינו, אל נקודה שבה הצדדים מאבדים את החירות לפרוש מן המשא-ומתן, ועל כל אחד מהם מוטלת החובה להתקדם במשא-ומתן ולסיימו בדרך של כריתת חוזה. על-פי הלכה זו, צד שיפרוש מן המשא-ומתן לאחר שהמשא-ומתן הגיע לנקודת האל-חזור ייחשב פועל בחוסר תום-לב כלפי הצד האחר, ועשוי להיות מוכפף לא רק לסעד של פיצויים להגנת אינטרס ההסתמכות של הצד האחר, אלא גם לסעד של פיצויים להגנת אינטרס הציפייה של הצד האחר, דהיינו, התנהגותו של הצד הפורש ממשא-ומתן שהגיע לנקודת האל-חזור תיחשב שקולה להפרת חוזה. משמע: בית-המשפט נטל לעצמו את הכוח לקבוע – בנסיבות שבהן טרם נוצר בבירור חוזה בין הצדדים – כי חובה על הצדדים להתקשר בחוזה, ואת הכוח ליצור בחיי הצדדים תוצאות הנובעות מכריתתו של חוזה.¹²

(ב) אקטיביזם בתחום התרופות

בתחום התרופות התבטא האקטיביזם של בית-המשפט העליון במעבר מתפיסה תועלתנית לתפיסה דאונטולוגית של מעשה הפרת החוזה.

דיני החוזים האנגלו-אמריקאיים מבוססים על גישה תועלתנית – החוזה נתפס על-ידיהם כמכשיר להעלאת רמת התועלת של הצדדים המתקשרים. לפיכך, דיני חוזים אלה אינם נוקטים עמדה בשאלת הערך המוסרי של מעשה ההפרה של חוזה, אלא מודדים את מעשה ההפרה לפי תוצאותיו: אם המפר מסוגל לפצות את הנפגע על נזקיו ועדיין לשפר את מצבו, כ-אז מעשה ההפרה נחשב ראוי מהבחינה המוסרית. ניתן להניח כי זו הגישה כלפי הפרת החוזה שהצדדים היו מאמצים אילו הם היו כותבים את דין התרופות שיחול עליהם מאחורי "מסך הבערות", כשהם מניחים שדיני החוזים יהיו מסוגלים לספק להם הגנה נאותה על אינטרס הציפייה שלהם.¹³

אבל בד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה.¹⁴ נטש

11 ע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת, פ"ד מד(1) 57.

12 ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289; ע"א 651/82 מ"י נ' החברה האילתית לשירותים באוניות בע"מ, פ"ד מ(2) 785; ע"א 2071/99 פנטי נ' יצהרי, פ"ד נה(5) 721; ע"א 8144/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, פ"ד נו(1) 158. ראו גם ע"א 700/89 חברת החשמל נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667; ע"א 829/80 שכון עובדים בע"מ נ' זפניק, פ"ד לו(1) 579 (השופטת בן-פורת); עניין זוננשטיין, לעיל הערה 9.

13 ח' דגן "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 601.

14 פ"ד מב(1) 221 (להלן: עניין אדרס).

בית-המשפט העליון את הגישה התועלתנית ביחס להפרת החוזה, ואימץ תחתיה גישה מוסרית דאונטולוגית, שעל-פיה ערכם המוסרי של מעשים נקבע לפי עצם טיבם, באופן הרואה גנאי מוסרי במעשה ההפרה של חוזה. בהמשך לגישה זו יצר בית-המשפט תמריץ נגד הפרת חוזים, בדרך של יצירת כלל שעל-פיו בעקבות הפרה של חוזה יהיה הנפגע זכאי לרווחים שהמפר הפיק כתוצאה מההפרה.¹⁵

אם נסבור כי הלכת פסק-הדין הינה קוגנטית, כי-אז אחת המשמעויות של השינוי שננקט בפסק-הדין היא הגבלת חופש החוזים של צדדים המתקשרים בחוזים: אם אכן נכונה ההנחה כי הצדדים היו מעדיפים את הגישה התועלתנית של דיני החוזים האנגלו-אמריקאיים על הגישה הדאונטולוגית שננקטה בפסק-הדין, כי-אז ההלכה בעניין אדרס אוסרת על צדדים המתקשרים בחוזים לעשות משהו שאלמלא ההלכה הם היו בוחרים לעשותו (הפרת החוזה תוך פיצויו של הנפגע אך תוך השארת רווחי ההפרה בידי המפר). בכך באה לידי ביטוי גישתו האקטיביסטית של בית-המשפט. לעומת זאת, אם נסבור כי הלכת פסק-הדין הינה דיספוזיטיבית, כי-אז משמעות פסק-הדין היא שצדדים שיבקשו להחיל על החוזה שלהם את הגישה התועלתנית של המשפט האנגלו-אמריקאי יצטרכו לקבוע בחוזה שלהם במפורש כי ברצונם לא להיות כפופים לתחולת ההלכה שנקבעה בפסק-הדין.

במאמר מוסגר אציין עוד כי בנקודה זו קיים מתח מעניין בדיני החוזים שלנו. מצד אחד, ההלכה בעניין אדרס מקנה חשיבות מוסרית גדולה לעמידה של מתקשרים בהבטחות החוזיות שלהם. מצד אחר, כפי שאראה בהמשך, דיני החוזים שלנו מתאפיינים באקטיביזם שיפוטי נרחב בכל הנוגע לקביעת תוכן החוזה, דהיינו, הם מקנים לבית-המשפט כוח נרחב להתערב בקביעת תוכנם של חוזים על-יחשבון כוחם של הצדדים המתקשרים לעשות כן.

ב. התערבות שיפוטית בתוכן החוזה

בפסקות הקודמות הצבעתי בקצרה על האקטיביזם שנקט בית-המשפט העליון בנוגע לכריתת החוזה ובנוגע לתרופות הניתנות בעקבות הפרת חוזה. בשורות הבאות ברצוני לדון בהרחבה באקטיביזם שנקט בית-המשפט בכל הנוגע לקביעת תוכן החוזה. אצביע על שורה של שינויים שבית-המשפט חולל בתוכני הדוקטרינה של דיני החוזים. התמונה העולה מצירופם יחדיו של שינויים אלה ברורה: יצירת חלוקת עבודה חדשה בין בית-המשפט לבין צדדים המתקשרים בחוזים, באופן שהגביר מאוד את כוחו של בית-המשפט לקבוע את תוכנם של חוזים על-יחשבון כוחם של הצדדים לעשות כן.

1. חובת תום-הלב

נקודת פתיחה טובה להבנת חלוקת העבודה (האקטיביסטית) שיצר בית-המשפט

¹⁵ להשפעותיה של הלכה זו ראו ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45 (השופט חשין).

העליון בעשרים וחמש השנים האחרונות בין בתי-המשפט לבין צדדים המתקשרים בחוזים היא הדוקטרינה של תום-לב בקיום חיובים ובשימוש בזכויות, הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים. כפי שאראה בהמשך, רבות מן המגמות של דיני החוזים של ישראל בעשרים וחמש השנים האחרונות ניכרות באופן שבו הפעיל בתי-המשפט העליון את חובת תום-הלב. כמו-כן, כפי שאראה בהמשך, דוקטרינת תום-הלב השפיעה באופן ניכר על התפתחותן של דוקטרינות אחרות של דיני החוזים.

(א) סעיף 39 כמקור להתערבות בתוכנם של חוזים

סעיף 39 הינו "הוראה מלכותית"¹⁶ הוא מצטרף לכל הוראה חוזית (ולמעשה לכל הוראת דין)¹⁷ הקובעת זכויות וחובות. בתחום של דיני החוזים, סעיף זה, כפי שפורש על-ידי בית-המשפט העליון, מאפשר לבתי-המשפט להתערב בכל הוראה חוזית הקובעת זכויות וחובות, ולשנותה על-פי הערכים הגלומים בדוקטרינת תום-הלב. ברור אפוא כי בשיטת משפט שחובת תום-הלב אינה מוכרת בה, כגון המשפט האנגלי, הכוח הניתן לבתי-המשפט להתערב בקביעת תוכנם של חוזים קטן מזה הניתן לבתי-המשפט בשיטות משפט שחובה זו מוכרת בהן, כגון המשפט הישראלי.

(ב) "לוגיקה עמוקה", "לוגיקה רדודה" ומידת ההתערבות בתוכניהם של חוזים

חובת תום-הלב הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים הופעלה על-ידי בתי-המשפט בשלוש דרכים:¹⁸ ראשית, דרישה מכל צד לחוזה לפעול להגשמת הציפיות הסבירות של הצד האחר, אף אם אלה לא בוטאו במפורש בחוזה; שנית, דרישה לפעולה על-פי רוח החוזה, ולא על-פי המילוליות שלו; שלישית, העמדת הצדדים בחוקה שהם התחייבו לפעול זה כלפי זה בהגינות, ודרישה מכל צד לפעול על-פי אמת-מידה זו כלפי הצד האחר. מובן כי ההבדל בין הדרך הראשונה (הגנת הציפיות של הצד האחר) לבין הדרך השנייה (פעולה על-פי רוח החוזה) הינו דק – פעולה להגשמת הציפיות החוזיות תואמת את רוח החוזה, ופעולה על-פי רוח החוזה אמורה להגן על הציפיות החוזיות. גם ההבדל בין הדרך השלישית (פעולה בהגינות) לבין שתי הדרכים האחרות אינו גדול, שכן ניתן להניח כי אחת הציפיות של כל צד לחוזה היא שהצד האחר ינהג כלפיו בהגינות.¹⁹ אולם קיים בכל-זאת הבדל בין אופן הפעולה של שתי הדרכים הראשונות (קרי: המתודולוגיה

16 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 275 (השופט ברק) (להלן: עניין רוקר); בג"צ 31683/9 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702, 708 (השופט ברק).

17 סעיף 61(ב) לחוק החוזים. ראו לעניין זה דברי השופט חשין בעניין רוקר, שם, בע' 249-250.

18 לדיון נרחב בחובת תום-הלב שבסעיף 39 ראו ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשס"ג, כרך ג) 313 (פרק מאת מ' מאוטנר).

19 E. Zamir "The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation" 97 *Colum. L. Rev.* (1997) 1710, 1767.

של ההכרעה השיפוטית תוך הפעלת שתי הדרכים האלה) לבין אופן ההפעלה של הדרך השלישית. כדי להבהיר נקודה זו ברצוני להסתייע בהבחנה של ריצ'רד למפרט (Richard Lempert) וג'וזף סנדרס (Joseph Sanders)²⁰ בין שתי דרכי פעולה של בתי-משפט במקרים המובאים להכרעתם.

דרך הפעולה האחת, על-פי למפרט וסנדרס, היא זו של "לוגיקה עמוקה": בית-המשפט בוחן בצורה מפורטת את עובדות המקרה שלפניו, ומכריע לאור המאפיינים העובדתיים הייחודיים של המקרה, תוך ניסיון להבינו מנקודת-ראותם של הצדדים המעורבים בו (דוגמה בולטת: הפעלה של עוולת הרשלנות).²¹ דרך הפעולה האחרת היא זו של "לוגיקה רדודה": בית-המשפט ממיין את המקרה אל תוך קטגוריה אופיינית המוכרת לו, ומכריע במקרה לאור היכרותו עם מאפייניה של הקטגוריה, מבלי לנסות להבין את המקרה שלפניו באופן עשיר ומורכב, ומבלי לנסות להבין את המקרה מנקודת-מבטם של הצדדים המעורבים בו (דוגמה בולטת: הפעלה של חוק האחזיות למוצרים פגומים, תש"ם-1980).²²

מבין שלוש הדרכים שבהן הפעיל בית-המשפט את חובת תום-הלב, שתי הראשונות (דרישה לפעולה המגינה על הציפיות הסבירות של הצד האחר, ודרישה לפעולה על-פי רוח החוזה) מתאפיינות בלוגיקה עמוקה: בית-המשפט אמור ללמוד את פרטי העסקה החווית שלפניו, ולטפל בה מנקודת-ראותם של הצדדים המעורבים בה. בית-המשפט המפעיל את חובת תום-הלב על-פי שתי הדרכים האלה מתערב אפוא בתוכן החוזה במידה מתונה יחסית, שכן הוא אמור לאתר את הציפיות שנוצרו אצל הצדדים במסגרת העסקה שלהם, ולתת לציפיות אלה תוקף. הדרך השלישית שבה הופעלה חובת תום-הלב (דרישה לפעולה על-פי אמת-המידה של הגינות) מתאפיינת בלוגיקה רדודה: בית-המשפט לומד את מאפייני העסקה, אך מכפיף את התנהגות הצדדים לשיפוט הנורמטיבי שלו באשר לחובת ההגינות. בית-המשפט המפעיל את חובת תום-הלב על-פי דרך זו מתערב אפוא בתוכן החוזה במידה רבה יחסית בהשוואה לשתי הדרכים האחרות.

מבין שלוש הדרכים שבהן הפעיל בית-המשפט את חובת תום-הלב, הדרך השלישית היא זו שהוצגה בדרך-כלל על-ידי בית-המשפט העליון כדרך שבה יש להפעיל את חובת תום-הלב, והיא זו שאכן הופעלה בדרך-כלל על-ידי בית-המשפט בהחילו על צדדים לחוזה את חובת תום-הלב.²³ אכן, בפסק-הדין שהניח את התשתית להפעלתה של חובת

R. Lempert & J. Sanders *An Invitation to Law and Social Science – Desert, Disputes and Distribution* (Philadelphia, 1986) 60–133

20 סעיף 35 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], נ"ח תשכ"ח 266.

21 ס"ח 86.

22 למקרים שבהם השתמש בית-המשפט במושג "הגינות" בהגדירו ובהפעילו את חובת תום-הלב, ראו ע"א 338/73 חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ נ' כהן, פ"ד כט(1) 365, 369; בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 834 (להלן: עניין שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע); ע"א 701/79 שוחט (נסים) נ' לוביאניקר, פ"ד לו(2) 113, 120 (להלן: עניין שוחט); ע"א

תום-הלב בדיני החוזים שלנו – עניין שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע – אמר השופט ברק: "משמעותה של החובה לקיים חוזה בתום-לב ובדרך מקובלת היא, כי הצדדים ליחס החוזי חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר, בהגינות ועל-פי המקובל על בעלי חוזה הוגנים."²⁴ אם אכן הפעיל בית-המשפט העליון את חובת תום-הלב בעיקר כדרישה להתנהגות העומדת בדרישת ההגינות, פירוש הדבר הוא אפוא שבית-המשפט הפעיל את חובת תום-הלב באופן המקנה כוח יחסי רב לבתי-המשפט, על-חשבון הצדדים לחוזה, בכל הנוגע לקביעת תוכנו של ההסדר הנורמטיבי שחל על הצדדים.

(ג) הפעלת חובת תום-הלב: החוזה כארגון

(1) מאפייני החוזה ומאפייני הארגון

הפעלתה של חובת תום-הלב על-ידי בית-המשפט העליון צמצמה את הפער בין הקטגוריה של החוזה לבין הקטגוריה של הארגון. ארתור אלן לף (Arthur Allen Leff), מגדולי המלומדים של דיני החוזים במשפט האמריקאי בשנות השישים והשבעים של המאה העשרים, פרסם בשנת 1970 מאמר שכותרתו "Contract as Thing".²⁵ לף טען שכאשר מדובר בחוזים אחידים, היא זה מאיר-עיניים להתייחס לחוזה כאל מוצר שהמוכר מייצרו ומוכרו לקונה יחד עם המוצר מושא החוזה. גישה כזו, טען לף, עשויה להוביל לפיקוח על תוכנם של חוזים אחידים בדרכים דומות לאלה שבהן אנו מפקחים על ייצורם של מוצרים מסוכנים. לף לא טען שהחוזה האחיד הוא חפץ, אלא שהוא מתאפיין בחלק מהסמנים של חפץ. (אגב, גישתו של לף לפיקוח על חוזים אחידים אומצה על-ידי חוק החוזים האחידים הישראלי.)

435/81 זנזורי נ' מהצרי, פ"ד לו(2) 561, 566, 567; ע"א 1/8124 שמן תעשיות בע"מ נ' חברת תבלין בע"מ, פ"ד לט(1) 561, 577-578; בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449, 461, 462; ע"א 604/79 ברמן נ' יאיר, פ"ד לה(2) 701, 709; ע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לו(4) 737, 740; ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 266; ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 452; רע"א 1233/91 ג'רבי נ' בן דוד, פ"ד מה(5) 661, 667; ע"א 2896/90 טרוצקי נ' דיין, פ"ד מו(5) 454, 461; רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 162 (להלן: עניין מילגרום); רע"א 2443/98 ליברמן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נג(4) 804, 812; עניין רוקר, לעיל הערה 16, בע' 279, 281, 283. השוו ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לו(1) 533, 548, 549. ראו גם ט' שטרסברג-כהן "עקרונות כלליים במשפט הפרטי" המשפט 12 (2001-2002) 3.

24 עניין שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע, שם, בע' 834.

25 A.A. Leff "Contract as Thing" 19 *Am. U. L. Rev.* (1970) 131. ראו גם א' פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" משפטים יח (תשמ"ט) 395; ע' ידלין "חוק החברות כמוצר" שערי משפט א (תשנ"ח) 267.

בדומה ללף, איני מבקש לטעון שבעקבות פסיקתו של בית-המשפט העליון שינה החוזה המוכר לנו את מהותו ונהפך לארגון. טענה כזו תהיה מוגזמת כמובן. אני מבקש לטעון שהאופן שבו בתי-המשפט מתערבים בתוכנם של חוזים מכוח חובת תום-הלב דומה לאופן שבו הם מפקחים על הנעשה בארגונים. (בהמשך אטען גם טענה קרובה שחוזים רבים מתפקדים בדומה לארגונים.)

ארגון הוא אוסף של בני-אדם החוברים יחדיו במסגרת פורמלית כדי להשיג יעד או יעדים.²⁶ השפעתם של הארגונים על חיינו עצומה. רוב בני-האדם בעולם המערבי עובדים בארגונים ובאים במגע עם ארגונים פעמים רבות מדי יום.²⁷ מספר הארגונים הקיימים בחברה שלנו הינו עצום, וסוגיהם רבים. בשורות הבאות אתייחס לסוג אחד של ארגונים: "ארגון חברים". ארגון כזה מתאפיין בכך שהוא מהווה מסגרת לפעולה משותפת של בני-אדם לשם השגת יעד משותף שכל חברי הארגון רואים ערך בקידומו. כדוגמות ניתן לחשוב על מפלגה, קיבוץ, אגודה שיתופית, עמותה או חברת מניות (במישור היחסים שבין בעלי המניות והחברה). בארגון כזה מתקיימים בדרך-כלל שלושה מאפיינים: ראשית, חופש הכניסה, דהיינו, היכולת לבחור אם להצטרף לארגון אם לא; שנית, חופש היציאה, דהיינו, היכולת של חבר הארגון לפרוש מהארגון;²⁸ שלישית, בדרך-כלל מובטח לחברים בארגון כי הארגון יקיים נהלים שיאפשרו להם להשפיע על ההחלטות המתקבלות בארגון,²⁹ אם כי לא מובטח לחבר זה או אחר שהארגון יאמץ דווקא את ההחלטות שהוא מעוניין בהן.³⁰ אכן, אחד המקרים שבהם יממש חבר בארגון את זכותו לפרוש ממנו הוא

26 S. Dawson *Analysing Organizations* (Hampshire & New York, 3rd ed., 1996) xxii-xxiii; R.L. Daft *Organization Theory and Design* (Minneapolis, 5th ed., 1995) 10; G.R. Jones *Organizational Theory – Text and Cases* (New Jersey, 3rd ed., 2001) 2; J. Pfeffer *New Directions for Organization Theory* (New York & Oxford, 1997) 7-9.

27 Pfeffer, *ibid.*, at pp. 3-6.

28 בספר מפורסם מדבר אלברט הירשמן (Albert Hirschman) על כוחם של הצרכנים לחדול מרכישת מוצרים או שירותים מספק, וכן על כוחו של חבר בארגון לפרוש ממנו, במונחים של "Exit". הירשמן כותב גם כי הזירה המובהקת שכוח היציאה מופעל בה היא השוק. A.O. Hirschman *Exit, Voice, and Loyalty – Responses to Decline in Firms*, *Organizations and States* (Cambridge & London, 1970). על זכות היציאה ועל חשיבותה בהקשר של יחסי שיתוף בנכסים ראו: H. Dagan & M.A. Heller "The Liberal Commons" 110 *Yale L. J.* (2001) 549.

29 הירשמן מדבר על כוחו של הצרכן למחות נגד המוצר או השירות שהוא מקבל מספק, וכן על כוחו של חבר בארגון למחות על דרכי הפעולה של הארגון, במונחים של "Voice". הוא כותב כי הזירה המובהקת שכוח השמעת הקול מופעל בה היא הפוליטיקה. Hirschman, *ibid.*

30 הדברים שלהלן על-אודות האגודה השיתופית הינם אופייניים: "ההחלטות [באספה הכללית של חברי האגודה] מתקבלות על ידי רוב החברים... המיעוט אינו יכול להתנגד

כאשר הארגון מאמץ החלטה שהחבר מתנגד לה עד כדי כך שהוא אינו יכול עוד להודות עם הארגון ולפעול לקידום מטרותיו.³¹

על-פי דיני החוזים הקלסיים, החוזה נתפס כדומה לארגון מהסוג הנידון כאן בעיקר מבחינת המאפיין הראשון דלעיל של הארגון (חופש הכניסה): הצדדים המתקשרים בחוזים נהנים מהיכולת לבחור אם להתקשר בחוזה אם לאו; המושג "חוזה בכפייה" הינו תרתי דסתרי על-פי דיני החוזים הקלסיים.³² הדמיון בין החוזה לבין הארגון מבחינת המאפיין השני דלעיל (חופש היציאה) הינו חלקי בלבד: צד שנכנס לחוזה יוכל לצאת ממנו רק בהסכמת הצד האחר; "יציאה" חד-צדדית מחוזה (זולת במצבים של "סיכול", שדיני החוזים מכירים בהם כידוע עד עצם היום הזה, אם כי בהיקף מצומצם) פירושה הפרה, ו"היוצא" יוכפף אפוא לסנקציות הקבועות בדיני התרופות בגין הפרת חוזה.³³ עם זאת, החוזה המסורתי נתפס כחוזה שאמור להתקיים תקופה קצרה בלבד,³⁴ ואילו כאשר מדובר בחוזה מתמשך, שלא נקצב מועד לסיומו, הלכת המשפט הישראלי היא שכל צד רשאי להודיע לצד האחר על סיום החוזה בהודעה הניתנת זמן סביר קודם למועד שבו הוא מעוניין לסיים את החוזה.³⁵

על-פי דיני החוזים הקלסיים, החוזה נתפס כשונה מהארגון (במובנו הנידון כאן)

להחלטה, שהתקבלה כדין. כל שיכול הוא לעשות, הוא לבקש להעלות את הנושא לדיון מחודש, כדי לנסות לשכנע את הרוב לשנות את דעתו, ולהפוך את ההחלטה. "ס' אוטולנגי אגודות שיתופיות: דין ונוהל (תשנ"ה, כרך א) 38. על מחלוקות פנים-ארגוניות ראו: Dawson, *supra* note 26, at p. xxvii.

31 יש להבחין בין ארגון לבין קהילה. ההבדל העיקרי הוא שארגון פועל בדרך של מיסוד, דהיינו, על-פי כללים ונהלים ברורים, הקובעים בין היתר כיצד ניתן להצטרף לארגון, ובאמצעות מוסדות שדרכי האיוש והסמכויות שלהם מוגדרים. קהילה פועלת בעיקר בדרך של שותפות תרבותית, ובלי כללים ברורים באשר לדרכי ההצטרפות אליה. ראו: F. Tonnies *Community and Association* (London, 1955). הבדל זה משליך על דרכי הפיקוח המשפטי על הקורה בארגונים ובקהילות: פיקוח משפטי על הקורה בארגון יתמקד בזכויות הנהליות והמהותיות של חברי הארגון על-פי הנורמות הפנימיות של הארגון עצמו, ואילו פיקוח משפטי על הקורה בקהילה (למשל, על קהילה לא-ליברלית הפועלת במדינה ליברלית) יתמקד בזכויות המהותיות המובטחות לחברי הקהילה על-פי משפט המדינה.

32 אך ראו: Atiyah, *supra* note 4, at pp. 716–781, על מקרים חריגים שבהם יכירו דיני החוזים של המאה העשרים בהיווצרותו של חוזה בכפייה.

33 גם היציאה מארגון עשויה להיות כרוכה לעיתים בקשיים. למשל, יציאה מחברה פרטית עשויה להיות כרוכה בצורך למצוא קונה למניות. (היציאה מחברה ציבורית הינה קלה בדרך-כלל בהרבה, כמובן.)

34 על השינויים בנקודה זו בדיני החוזים של הדור האחרון ראו להלן סעיף 4א – "חוזה יחס".

35 ע"א 442/85 משה זוהר נ' מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד(3) 661.

בעיקר מבחינת המאפיין השלישי דלעיל של הארגון – כפיפותם של חברי הארגון להחלטות המתקבלות בו. על-פי דיני החוזים הקלסיים, החוזה, בניגוד לארגון, אמור להבטיח לצדדים שליטה בכל הנוגע למה שיקרה להם בתקופת הביצוע של החוזה. צד לחוזה, בניגוד לחבר בארגון, אינו אמור להיות מוכפף להסדרים נורמטיביים שהוא לא בחר בהם. (תפיסה זו של החוזה באה לידי ביטוי בשפה העברית – המושג "חוזה" נגזר מהמילה "תחזית", דהיינו, החוזה נתפס כמכשיר שבאמצעותו הצדדים חוזים בהווה, קרי מתכננים, מה יקרה להם בעתיד.)

הבדל זה שבין החוזה והארגון מיטשטש ככל שהצדדים לחוזה מוכפפים בשלב הביצוע של החוזה להסדרים שלא הם יצרו אותם, דהיינו, להסדרים שנכפים עליהם מבחוץ. במילים אחרות, החוזה מתחיל להתנהג כארגון ככל שההסדרים החוזיים המוחלים על הצדדים לחוזה אינם אלה שהצדדים עצמם בחרו בהם. מה שמאפיין את דיני החוזים של המחצית השנייה של המאה העשרים (דיני חוזים הנקראים לעיתים "ניאו-קלסיים" או "פוסט-קלסיים") הוא שהם יוצרים את התוצאה הזו באופן נרחב באמצעות הוראות חקיקה קוגנטיות החלות על חוזים, באמצעות כללי בררת-מחדל הנקבעים על-ידי המדינה בחקיקה ובפסיקה, באמצעות הדוקטרינה של תנאי מכללא ובאמצעות שורה של דוקטרינות נוספות הנידונות בחלק זה של המאמר.

(2) דוקטרינת תום-הלב וקידוב החוזה לארגון

דוקטרינת תום-הלב, שהוספה לדיני החוזים של ישראל בראשית שנות השבעים של המאה העשרים, מצטרפת לשורת האמצעים והדוקטרינות של דיני החוזים שבאמצעותם צדדים המתקשרים בחוזים מוכפפים להוראות שלא הם עצמם בחרו בהן, דהיינו, אמצעים ודוקטרינות המקרבים את מצבו של צד לחוזה למצבו של חבר בארגון. מתן כוח לבתי-המשפט להתערב בתוכניהם של חוזים לשם אכיפתה של חובת תום-הלב פירושו שבית-המשפט הוא שקובע את תוכן ההסדרים החוזיים החלים על הצדדים, ולא הצדדים המתקשרים עצמם.

הדמיון בין מצבו של צד לחוזה לבין מצבו של חבר בארגון, במקרים שבהם מופעלת חובת תום-הלב, מובלט אם מתמקדים בדרך הראשונה שבה בתי-המשפט מפעילים את חובת תום-הלב – הגנת הציפיות הסבירות של הצד האחר. כידוע, ייחודם של דיני החוזים הוא שהם מגינים על אינטרס הציפייה (The Expectation Interest), דהיינו, הם אמורים להבטיח לכל צד המתקשר בחוזה כי בגמר תקופת הביצוע של החוזה יהיה מצב משאביו זה שנקבע בחוזה: המתקשר יהיה בעלים של המשאבים שהובטחו לו, והמתקשר יפסיק להיות הבעלים של המשאבים שאותם התחייב להעביר לצד האחר.³⁶ הגנה זו על הציפייה פירושה הגנה על הזכויות החוזיות שהמתקשר התווה ורכש לעצמו באמצעות החוזה, קרי, יצירת מצב שבו בגמר תקופת הביצוע של החוזה יימצא המתקשר במצב שבו הוא בחר להיות – ואשר אותו חזה ותכנן – באמצעות החוזה.

36 לטיעון שלפיו יש לראות את דיני החוזים כדינים שאמורים להגן על אינטרס הקיום, ולא על אינטרס הציפייה, ראו ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 100-103.

לעומת זאת, כאשר אנו אומרים שהפעלתה של חובת תום-הלב אמורה להגן על הציפייה של הצד האחר, אנו משתמשים באותו מושג עצמו – "ציפייה" – אך במשמעות שונה לגמרי, הפוכה כמעט: הציפייה שחובת תום-הלב אמורה להגן עליה היא ציפייה כללית הנקראת אל תוך החוזה מבחוץ, ולא ציפייה במובן של אכיפת זכות ספציפית שנקבעה במפורש בחוזה.

אולם ציפייה זו היא בדיוק הציפייה המוגנת כאשר מדובר בחבר בארגון (מהסוג הנדון כאן, קרי: ארגון חברים). לארגונים רבים יש תקנון, המשמש מעין "חוקה" של הארגון. כחוקה, התקנון קובע את דרכי הבחירה של מוסדות הארגון ואת דרכי פעולתם, אבל כחוקה הוא קובע גם את מטרות הארגון.³⁷ סעיף המטרות בתקנון של ארגון אמור להבטיח לחבריו כי יתקיים תחום של מטרות שלמימושן יפעל הארגון, דהיינו, לחברי הארגון מובטח כי הארגון שבו הם חברים יפעל לקידומן של מטרות מסוימות, ולא אחרות. אבל בדרך זו בדיוק פועלת חובת תום-הלב מקום שהיא מגינה על הציפייה של צד לחוזה: לכל צד מובטח כי באמצעות הפעלתה של חובת תום-הלב תוגן הציפייה הכללית שלו; לכל צד מובטח שאם הוא יוכפף לחובות מעבר לאלה שנטל על עצמו במפורש בחוזה, יהיה הדבר רק במסגרת הציפייה הסבירה שיכלה להיווצר אצל הצד האחר במסגרת החוזה.

הדמיון בין מצבו של צד לחוזה לבין מצבו של חבר בארגון, במקרים שבהם מופעלת חובת תום-הלב, מובלט גם אם מתמקדים בדרך השלישית שבה בתי-המשפט מפעילים את חובת תום-הלב – הטלת חובה על הצדדים לפעול בהגינות זה כלפי זה. הפעלתה של חובת תום-הלב על-פי דרך זו פירושה אמירה של דיני החוזים לצדדים המתקשרים בחוזים כי בתקופת הביצוע של החוזה שלהם הם עשויים למצוא את עצמם במצבים שלא הוסדרו על-ידיהם מראש בחוזה, ושכמסגרת המצבים האלה הם יידרשו לפעול זה כלפי זה באופן שנותן ביטוי קונקרטי לחובת ההגינות הגלומה בחובת תום-הלב. זה בדיוק מצבו של חבר בארגון חברים: בהצטרפו לארגון, הוא יודע כי במהלך פעילותו של הארגון יהא על הארגון להתמודד כל העת עם מצבים ובעיות בלתי-צפויים, שביחס אליהם יצטרך הארגון לגבש עמדה, אך זאת לא על-פי מה שנקבע בעבר מראש במפורש, באופן ספציפי, אלא בדרך של מתן ביטוי קונקרטי לערכים שביסוד קיומו של הארגון.³⁸

37 סעיף 18(2) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189 (להלן: חוק החברות), מורה: "תקנון החברה יכלול את הפרטים הבאים: ... מטרות החברה". סעיף 2(א) לחוק העמותות, התש"ס-1980, ס"ח 210 (להלן: חוק העמותות), מורה כי בקשה לרישום עמותה תציין את מטרות העמותה. סעיף 14(א) לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992, ס"ח 190, מורה כי בקשה לרישום מפלגה תפרט את מטרות המפלגה.

38 ניתן להתייחס לזיקה שבין החוזה לבין הארגון מפרספקטיבות אחדות נוספות: א. "חוזה-ארגון": כאשר בוחנים חוזים לא-מעטים מבחינת דינמיקת היחסים הקיימת בין הצדדים ומבחינת "חלוקת העבודה" ביניהם בכל הנוגע לפעולות שהם עושים, הקו המבחין בין חוזים אלה לבין ארגונים הינו דק. כדוגמות ניתן לחשוב על סוגי החוזים שלהלן: חוזה שהייה בבית-אבות, חוזה של מבוטח עם קופת-חולים, חוזה של סטודנט עם אוניברסיטה, חוזה שבין מנוי על עיתון והעיתון, חוזה של לקוח עם חברת כבלים,

חוזה של לקוח עם חברת טלפון, חוזה של לקוח עם חברת אינטרנט מהיר, חוזה של לקוח עם קאונטרי-קלאב. בכל המקרים האלה אנו מסווגים את הקשר שבין הצדדים כקשר חוזי (ככל הנראה יישלט הקשר על-ידי חוק החוזים האחידים). אולם במקרים אלה ניתן לראות את החוזה שבין הצדדים כחוזה שעל-פיו צד אחד, הלקוח, מצטרף כחבר לארגון של הצד האחר, אם כי תוך כפיפות לבחירות ולפעולות שהצד האחר נוקט. דומה שלצורך הדיון בסוג זה של חוזים מתבקש פיתוח של קטגוריה משפטית חדשה במסגרת דיני החוזים – "חוזה-ארגון".

ב. הארגון כשקול לסעד האכיפה: שיטת משפט דוגמת זו הישראלית, שבה סעד האכיפה הינו סעד ראשוני, מקרבת מבחינה עקרונית את היחסים הנוצרים בין שני צדדים המתקשרים בחוזה ליחסים המתקיימים בין שתי מחלקות הפועלות באותו תאגיד. שיטה שבה הסעד הראשוני הוא פיצויים מבטיחה לצד המתקשר בחוזה כי בעקבות התקשרותו יקבל את הביצוע החוזי שהובטח לו או סכום כסף שבאמצעותו יוכל להעמיד את עצמו במצב שבו היה אמור להימצא אילו קיים הצד האחר את הבטחתו (הגנת הציפייה במונח שהובהר לעיל). לעומת זאת, שיטה שבה הסעד הראשוני הוא אכיפה מבטיחה לצד המתקשר בחוזה כי בעקבות התקשרותו יוכל לאכוף על הצד האחר לספק לו את הביצוע החוזי שהובטח על-ידי (כפוף לחריגים שהשיטה מכירה בהם כשוללים את הזכות לסעד האכיפה). היחסים הנוצרים בין צדדים המתקשרים בחוזה בשיטה שבה הסעד הראשוני הוא אכיפה קרובים אפוא, מבחינה עקרונית, לאלה הקיימים בין מחלקה אחת בתאגיד לבין מחלקה אחרת: בשני המקרים מובטח לצד אחד כי יוכל לקבל מהצד האחר משאבים הנחוצים לו. אכן, במצבים שבהם צד מעוניין להשיג רמה מרבית של ודאות באשר לקבלת המשאב המובטח לו באמצעות חוזה, הוא יקים בתאגיד שלו מחלקה שתפקידה יהיה לספק לו את המשאב הנחוץ. ראו: R.A. Posner "The Law and Economics of Contract Interpretation" *Chicago – John M. Olin Law & Economics Working Papers No. 229* (2nd series, November 2004) 5 [URL: http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_226-50/229-rap-contracts.pdf] (13.6.2005) (טרם פורסם).

ג. תאגידים נפרדים ההופכים את עצמם באמצעות חוזה למעין מחלקות בתאגיד משותף: היחסים הנוצרים בין שני צדדים לחוזה דומים לעיתים לאלה הקיימים בין מחלקות שונות באותו תאגיד עצמו גם מבחינה אחרת. John Esser מונה שלושה עידנים בשימוש בחוזים בשוק במאתיים השנים האחרונות. העידן הראשון הוא עידן בית-המלאכה. עידן זה התקיים במאה התשע-עשרה, והוא חופף את תקופת הצמיחה של דיני החוזים הקלאסיים. בעידן זה התקשרו מוכרים וקונים של משאבים בחוזים בדידים, דהיינו, הם התקשרו בחוזה נפרד לצורך כל רכישה. העידן השני הוא עידן הייצור ההמוני. עידן זה התקיים באמצע המאה העשרים, והוא חופף את תקופת צמיחתם של דיני החוזים הניאו-קלאסיים, בעיקר כפי שהתגבשו ב-U.C.C. בעידן זה התקשרו מוכרים וקונים של משאבים בחוזים מתמשכים וגמישים. העידן השלישי הוא עידן הייצור הגמיש, אשר החל בעשורים האחרונים של המאה העשרים. בעידן זה מוכרים וקונים של משאבים מתקשרים

(ד) הפעלת חובת תום-הלב: "בית-המשפט המגשר"

הביטוי "בית-המשפט המגשר" הינו כמוכּן אוקסימורון - סתירה מיניה וביה: מה שמאפיין הליך של גישור הוא שהמגשר מציע לצדדים דרכים לחשוב על הסכסוך שלהם ועל פתרונו מבלי שהוא יכול לכפות על הצדדים פתרון; ואילו מה שמאפיין את ההליך

בחוזה-אב ארוך-טווח, המסדיר שיתוף-פעולה גמיש ביניהם על בסיס יומיומי, במטרה לקצר מאוד את זמן התגובה של הצדדים על ההתפתחויות וההודמנויות שבשוק. בעידן זה תקופת הביצוע של החוזה מתאפיינת אפוא ברצף ארוך, יומיומי כמעט, של עדכונים שהצדדים יוצרים באשר לתוכני החוזה שלהם. יוצא שאף-על-פי שכל צד לחוזה שומר על אישיותו המשפטית הנפרדת, בפועל הצדדים מתפקדים כאילו היו שתי מחלקות באותו תאגיד עצמו. ראו: J.P. Esser "Institutionalizing Industry: The Changing Forms of Contract" 21 *Law & Social Inquiry* (1996) 593. לנקודה זו ראו גם: Atiyah, *supra* note 4, at pp. 724–725. להשוואה בין חוזה לארגון ראו גם: C.W. Anderson *Pragmatic Liberalism* (Chicago & London, 1990) 20–24. כמו-כן ראו: I.R. Macneil "Bureaucracy and Contracts of Adhesion" 22 *Osgoode Hall L. J.* (1984) 5. המחבר האחרון טוען כי בחוזים רבים המוכר הופך את הצרכן (הרוכש ממנו מוצר או שירות) ל"ביורוקרט", שכן כאשר הצרכן רוכש את המוצר, עליו ללמד את עצמו הוראות הפעלה ושימוש שהיצרן מספק לו. לפיכך הצרכן, הכפוף להוראות ההפעלה של היצרן, נוהג כאילו נהפך לחלק מהארגון של היצרן.

ד. הארגון כ"פקעת של חוזים": הדמיון בין החוזה לבין הארגון קיים גם אם נקודת המוצא של הדיון היא הארגון, ולא החוזה. סעיף 17(א) לחוק החברות מורה: "דין התקנון כדין חוזה בין החברה ובין בעלי מניותיה ובינם לבין עצמם." הוראה דומה מצויה בסעיף 9 לחוק העמותות: "לכל עמותה יהיה תקנון כמפורט בפרק זה; דין התקנון כדין חוזה בין העמותה לבין חבריה ובינם לבין עצמם." בהמשך לכך, בע"א 1795/93 קרן גימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פ"ד נא(5) 433, קבע השופט אנגלרד כי ניתן להתייחס לתקנון של אגודה שיתופית כאל חוזה אחיד כדי להגן על חבר האגודה מפני קיפוח. השופט טירקל, לעומת זאת, קבע בדעת מיעוט כי ניתן להתייחס לתקנון של אגודה שיתופית כאל חוזה גרידא. ראו מ' מאוטנר "חוזה, חוזה אחיד, תקנות אגודה שיתופית וסוגיית הפלורליזם המשפטי" הפרקליט מד (תשנ"ט) 293. יתר על כן, התיאוריה השלטת בכתביה האקדמית על דיני החברות בארצות-הברית בשני העשורים האחרונים תופסת את החברה כ"פקעת" של חוזים בין בעלי מניות, ספקים, מנהלים ועובדים. משמע: לא רק שניתן לחשוב על החוזה כעל ארגון, אלא גם ניתן לחשוב על הארגון כעל חוזה. על כך ראו: V. Brudney "Corporate Governance, Agency Costs and the Rhetoric of Contract" 85 *Colum. L. Rev.* (1985) 1403; W.W. Bratton "The New Economic Theory of the Firm – Critical Perspectives from History" 41 *Stan. L. Rev.* (1989) 1471; L.A. Kornhauser "The Nexus of Contracts Approach to Corporations – A Comment on Easterbrook and Fischel" 89 *Colum. L. Rev.* (1989) 1449.

השיפוטי הוא יכולתו של בית-המשפט לכפות את הפתרון הנראה לו על הצדדים. עם זאת, ההבחנה בין שני המצבים אינה כה חדה כפי שהיא נראית ממבט ראשון. ברוב ההליכים האזרחיים הצדדים אינם מגיעים לשלב שבו השופט נותן פסק-דין בעניינם, אלא מתפשרים במהלך קיומו של ההליך. לא-אחת הצדדים מגיעים לפשרה לאחר שקיבלו "רמזים" או "הצעות" מהשופט באשר לאופן שבו יש להכריע בעניינם.³⁹

אולם גם במקרים שבהם ההליך מסתיים בפסק-דין, אם מתמקדים בדרך הראשונה שבה חובת תום-הלב מופעלת (הגנה על הציפיות הסבירות של הצד האחר), מגלים כי במובן מסוים בית-משפט המפעיל את חובת תום-הלב פועל באופן קרוב לזה שבו פועל מגשר, והצדדים לחווה נתבעים לפעול בדומה לאופן שבו צדדים המשתתפים בהליך של גישור נתבעים לפעול.

הגיונו של ההליך השיפוטי הוא שכל צד מציג במסגרתו את נקודת-המבט שלו: כל צד מציג את הזכויות העומדות לו על-פי הדין, ותובע את אכיפתן. לעומת זאת, אחד הדברים החשובים שמגשר עושה הוא שהוא מלמד כל צד לראות את היחס שבין הצדדים מנקודת-הראות של הצד האחר, דהיינו, כל צד לומד להכיר את הצרכים, האינטרסים והזכויות של הצד האחר.⁴⁰ מבחינה זו, הגיונו של הליך הגישור הפוך מזה של ההליך השיפוטי: ההליך השיפוטי הינו עימותי, והוא מתנהל על-פי לוגיקה של "משחק סכום-אפס".

אולם כאשר בית-משפט מפעיל את חובת תום-הלב על-פי הדרך הראשונה (הגנה על הציפיות של הצד האחר), הוא נוהג באופן שמקרר את פעולתו לזו של המגשר: בית-המשפט מלמד כל צד לחווה לחשוב על היחס שבינו לבין הצד האחר מנקודת-הראות של הצדדים והאינטרסים של הצד האחר. אכן, עצם קיומה של חובת תום-הלב כחלק מדיני החושים פירושו שכל צד לחווה נדרש לראות את הקשר החווי, בתקופת הביצוע שלו, לא רק מנקודת-המבט שלו עצמו, אלא גם מנקודת-המבט של הצד האחר.⁴¹ כאשר בית-משפט מפעיל אפוא את חובת תום-הלב בדרך זו, הוא מתערב בקביעת תוכן החווה מעבר למה שנקבע על-ידי הצדדים עצמם.

39 ראו גם סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. כמו-כן ראו להלן חלק שלישי.

40 R.A. Baruch Bush & J.P. Polger *The Promise of Mediation – Responding to Conflict through Empowerment and Recognition* (San Francisco, 1994); C.W. Moore *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* (San Francisco, 3rd ed., 2003); C. Menkel-Meadow "Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving" 31 *UCLA L. Rev.* (1984) 754.

41 פרידמן וכהן, לעיל הערה 18, בע' 342-343; ע"א 3912/90, Eximine S.A., תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 77-78 (להלן: עניין Eximine).

2. ריבוי של "נקודות-זמן" לצורך קביעת מצב הזכויות והחובות של הצדדים

דיני החוזים הקלסיים מבוססים על ראייתו של רגע אחד מכריע ביחסי הצדדים לחוזה כרגע שבו נקבע מצב הזכויות והחובות של הצדדים: רגע כריתת החוזה.⁴² על-פי דיני החוזים המסורתיים, החוזה משמש מכשיר להעברה של משאבים וסוכונים בין הצדדים תמורת מחיר.⁴³

42 ראו לאחרונה ע"א 6701/00 קאלש מרדכי חברה לבנין בע"מ נ' אבנר, פ"ד נו(5) 799, 807, 811 (השופט גרוניס).

43 גישתם זו של דיני החוזים המסורתיים באה לידי ביטוי בשורה של דוקטרינות: ראשית, על-פי שני הכללים של פסק-הדין *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Ex. 341, מבחן הציפיות לצורך קביעת הפיצויים בגין הפרת חוזה מיוחס לרגע כריתת החוזה; נזק ייחשב צפוי אם המפר הפוטנציאלי היה יכול לצפותו בסבירות בעת כריתת החוזה כנזק שיתרחש בעקבות הפרת החוזה על-ידיו. משמע: שאלת הציפיות אינה נקבעת על-פי מה שהמפר הפוטנציאלי יכול לצפות כאשר ברגע מסוים בתקופת הביצוע של החוזה הוא שוקל אם להפר את החוזה אם לאו, דהיינו, כאשר יש לו מידע עדכני על-אודות היקף הנזק שהפרה שלו עשויה לגרום לנפגע.

שנית, השאלה איזו הפרה תיחשב הפרה יסודית של החוזה נקבעת על-פי מצב הידיעה של המפר הפוטנציאלי בעת כריתת החוזה, ולא כאשר ברגע מסוים בתקופת הביצוע של החוזה המפר הפוטנציאלי שוקל אם להפר את החוזה אם לאו, דהיינו, כאשר יש לו מידע עדכני על-אודות היקף הנזק שהפרה שלו עשויה לגרום לנפגע. ראו סעיף 6 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16 (להלן: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)); ד"נ 44/75 ביטון נ' פרץ, פ"ד (3) 581.

שלישית, השאלה אילו פיצויים מוסכמים ייחשבו אכיפים ואילו פיצויים מוסכמים ייחשבו עונשיים נקבעת על-פי מה שהצדדים יכלו לצפות בעת כריתת החוזה באשר לנזקים שייגרמו כתוצאה מהפרת החוזה, ולא על-פי הנזק שנגרם בפועל בעקבות הפרת החוזה. ראו סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה); ע"א 126/84 יצחקי נ' שור, פ"ד לח(3) 620.

רביעית, בדיני החוזים הקלסיים, האמצעי המקובל להשלמת חסרים בחוזים היה דוקטרינת התנאי מכללא. דוקטרינה זו מבוססת על מאמץ של בית-המשפט "לשחזר" כוונה היפותטית של הצדדים ש"התקיימה" בעת כריתת החוזה, דהיינו, להשלים את החסר על-ידי מאמץ לשער כיצד היו הצדדים פותרים את הבעיה שהתעוררה בתקופת הביצוע של החוזה אילו נתנו אליה דעתם בעת כריתת החוזה. ראו פרידמן וכהן, לעיל הערה 18; מ' מאוטנר "כיצד הודחה דוקטרינת התנאי מכללא ממעמדה בדיני החוזים של ישראל" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן (ש' לרנר וד' לוינסון-זמיר עורכים, תשס"ב) 429 (להלן: מאוטנר "כיצד הודחה דוקטרינת התנאי מכללא").

חמישית, דוקטרינת הסיכול קובעת כי מפר ייחשב משוחרר מחבותו בגין מאורע משבש בלתי-צפוי רק אם הוא לא היה יכול לצפות בעת כריתת החוזה את קרות המאורע בתקופת הביצוע של החוזה. ראו סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

דיני החוזים העכשוויים, בישראל ובארצות המשפט המקובל, סוטים מגישתם של דיני החוזים הקלאסיים, שלפיה כל מה שקורה לצדדים בתקופת הביצוע של החוזה צריך להישלט על-ידי מה שקבעו הצדדים בחוזה שלהם. במה שמהווה סטייה רדיקלית מדיני החוזים הקלאסיים, דיני החוזים העכשוויים מכירים – בשורה של הקשרים⁴⁴ – בכך שתוכן החיובים שהצדדים יימצאו כפופים להם בתקופת הביצוע של החוזה עשוי להיקבע לא על-פי מה שנקבע במפורש על-ידי הצדדים מראש בחוזה, אלא על-פי מה שייחשב מתבקש לנוכח הנסיבות שנוצרו בתקופת הביצוע של החוזה.⁴⁵

דוקטרינת תום-הלב הינה דוגמה טובה לכך. הפעלה של חובת תום-הלב בדרך של דרישה מכל צד לחוזה שיפעל על-פי נורמת ההגיונות (הדרך המקובלת להפעלת החובה בדיני החוזים שלנו) פירושה דרישה מכל צד לחוזה כי יפעל, בתקופת הביצוע של החוזה,

שישית, ביטול חוזה בעקבות הפרתו צריך להיעשות בתוך זמן סביר מרגע שצמח בידי הנפגע כוח הביטול. ראו סעיף 8 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). אחת הסיבות לכך שלרשות הנפגע עומדת תקופה של זמן סביר בלבד לשם הפעלת כוח הביטול היא הרצון למנוע "רכיבה על תנודות השוק" מצד הנפגע: החוזה נתפס כמכשיר שבאמצעותו הצדדים מקצים ביניהם את הסיכון שבתקופת הביצוע של החוזה מחירי השוק של המוצר או השירות מושאי החוזה יעלו או ירדו. לפיכך, דיני החוזים אינם מוכנים להקנות בידי הצד הנפגע את היכולת לשבש את הקצאת הסיכונים שנטל על עצמו ברגע כריתת החוזה, בדרך של עדכון החלטתו ביחס לחוזה על-פי התפתחויות שיחולו במחיר השוק. כך, אילולא הוגבל הנפגע על-ידי תקופת "הזמן הסביר", הוא היה ממתין עם החלטתו ומקבלה בהתאם למצב השוק; אם מדובר במוכר שנפגע, אזי במקרים שבהם מחיר השוק עלה הוא היה מבטל את החוזה ומוכר את המוצר או השירות שלו במחיר העדכני הגבוה יותר, ואילו במקרים שבהם מחיר השוק ירד הוא היה מתעקש על קבלת סעד האכיפה ביחס לחוזה שהופר; ואם מדובר בקונה שנפגע, אזי במקרים שבהם מחיר השוק ירד הוא היה מבטל את החוזה ורוכש את המוצר או השירות הנחוצים לו במחיר העדכני הנמוך יותר, ואילו במקרים שבהם מחיר השוק עלה הוא היה מתעקש על קבלת סעד האכיפה ביחס לחוזה שהופר. ראו מ' מאוטנר "עיסקת היסוד ומכתב האשראי: תרמית וביטול החוזה בדרך של התנהגות" עיוני משפט יא (תשמ"ז) 501.

44 למשל, המעבר מתפיסת החוזה כמכשיר לחליפין לתפיסתו כמכשיר לשיתוף-פעולה, ההכרה ב"חוזה יחס", עלייתה של הפרשנות האובייקטיבית, והשלמת חסר בחוזה על-פי אמת-מידה של תום-לב. ראו את הדיון בהמשכו של חלק זה של המאמר.

45 ראו גם: Eisenberg "Relational Contract", *supra* note 5, at pp. 807, 810; Eisenberg "Dynamic Contract Law", *supra* note 5, at p. 6. דיני החוזים העכשוויים מחילים מגמה זו גם בכיוון ההפוך: מצב הזכויות והחיובים של הצדדים עשוי להיקבע לא רק על-פי החוזה שלהם, אלא גם על-פי נסיבות שנוצרו קודם ליצירת החוזה בין הצדדים, דהיינו, בשלב המשא-ומתן של הצדדים. ראו חובת תום-הלב הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים וכן הפסיקה הענפה שמילאה סעיף זה בתוכן, ובמיוחד הפסיקה שיצרה את דוקטרינת האל-חוזר שנידונה לעיל.

לא רק על-פי מה שנקבע בחוזה, אלא גם על-פי מה שמתבקש על-פי נורמת ההגנות לנוכח הנסיבות החדשות שהתפתחו בתקופת הביצוע של החוזה.⁴⁶ קיים אפוא דמיון בין מצבו של אדם הכפוף לחובת תום-הלב לבין מצבו של אדם הכפוף לחובה להימנע מהתנהגות רשלנית: בשני המקרים האדם נדרש להעריך מצב עובדתי מסוים שלא נצפה ושלא הוסדר על-ידי מראש, ולנהוג בדרך מסוימת המתחייבת על-פי נורמה משפטית עמומה.⁴⁷

המשמעות של שינוי זה מבחינת מידת ההתערבות של בית-המשפט בקביעת תוכן החוזה ברורה: על-פי דיני החוזים הקלסיים, בית-המשפט נדרש לבחון את התנהגותם של הצדדים בתקופת הביצוע של החוזה על-פי אמת-המידה של החוזה שאותו יצרו הצדדים. לעומת זאת, על-פי דיני החוזים הנוכחיים, בית-המשפט עשוי לבחון את התנהגותם של הצדדים בתקופת הביצוע של החוזה על-פי אמת-המידה של נורמה עמומה (תום-לב), באופן שבית-המשפט הוא שקובע את התוכן הספציפי של הזכויות והחובות שיחולו בין הצדדים.

3. המעבר מתפיסת החוזה כמכשיר לחליפין לתפיסתו כמכשיר לשיתוף-פעולה, והתמוטטותו של מבנה הזכויות והחובות שנקבע על-ידי הצדדים בחוזה

(א) החוזה: ממכשיר לחליפין למכשיר לשיתוף-פעולה

דיני החוזים הקלסיים, ילידי המאה התשע-עשרה, התפתחו על גבה של עסקת מכר הטובין בשוק; עסקה זו הייתה סוג החוזה שאותו צפו דיני החוזים. מכיוון שעסקה זו הינה עסקת חליפין, דיני החוזים הקלסיים תופסים את החוזה כמכשיר לחליפין של משאבים וסיכונים.

שני פסקי-דין שנתן בית-המשפט העליון בשנים האחרונות מציגים תפיסה שונה של החוזה, שעל-פיה החוזה הוא מכשיר לשיתוף-פעולה. תפיסה זו של החוזה הינה פיתוח של אחד הרכיבים שהפעיל בית-המשפט העליון בגדרה של חובת תום-הלב – הדרישה מכל

46 לדוגמה בולטת ראו ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הבטחון, פ"ד נד(5) 506. חובת תום-הלב עשויה לחולל שינוי לא רק בתוכן הזכויות והחובות של הצדדים בתקופת הביצוע של החוזה, אלא גם בקשר שהצדדים יצרו בין חיוביהם: הצדדים עשויים להידרש לנהוג בחיוב שנקבע בחוזה כחיוב עצמאי כאילו היה חיוב שלוב. זאת, בנסיבות שבהן אצל צד שאמור לבצע חיוב עצמאי נוצר חשש סביר שחיוב שאמור להיות מקיים לטובתו בשלב מאוחר יותר לא יקום. ראו עניין שוחט, לעיל הערה 23; ע"א 437/89 זיגל נ' רוזנר, פ"ד לו(4) 29; ד' פרידמן "ביצוע חוזה נוכח חשש בדבר קבלת התמורה הנגדית" עיוני משפט י (תשמ"ד) 165.

47 לגישה שלפיה תוכנה של חובת תום-הלב צריך להיקבע על-פי ההסכמות שנוצרו בין הצדדים בעת כריתת החוזה ראו: S. Burton "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith" 94 *Harv. L. Rev.* (1980) 369; S. Burton "More on Good Faith Performance of a Contract: A Reply to Professor Summers" 69 *Iowa L. Rev.* (1984) 497; C. Fried *Contract as Promise* (London, 1981) 85–91

צד לחוזה לפעול להגשמת הציפיות הסבירות של הצד האחר. לפיכך, לכאורה, ניתן לתפוס את שני פסקי-הדין האלה כחלק מההפעלה של חובת תום-הלב על-ידי בית-המשפט. אולם אני סבור כי שני פסקי-הדין מחייבים דיון נפרד מהדיון בחובת תום-הלב שלעיל, למרות קרבתם לדוקטרינת תום-הלב, משום שיש בהם גרעין לפיתוח תפיסה חדשה של החוזה בדיני החוזים שלנו – תפיסה הרואה את החוזה כמכשיר לשיתוף-פעולה.⁴⁸

פסקי-הדין הראשון הוא עניין Eximine. בפסקי-דין זה מדבר השופט שמגר על החוזה כמכשיר לשיתוף-פעולה שבע פעמים בפסקה אחת:

"ככל חוזה או התקשרות, גם בבסיס עיסקת המכר עומד רצון לשיתוף פעולה של הצדדים, מתוך הנחה, כמוכן, ששיתוף הפעולה יועיל לכל אחד מהם, ולשניהם במשולב. אין יסוד להניח, ששיתוף פעולה זה מסתיים עם כריתת החוזה, ובענייננו עם ההגעה להסכם, שמהותו תחולת חוק המכר (מכר טובין בינלאומי) על יחסי הצדדים. כאמור לעיל, גם חובת גילוי שלא קוימה בשלב הטרומ חוזי ממשכה לעמוד בשלב החוזי. אך סביר הוא, שלאורך דרכם המשותפת ייתקלו הצדדים בבעיות שונות שידרשו גמישות מסוימת ואף סטייה ממה שקבוע היה מלכתחילה. אין ספק, שיידרש שיתוף פעולה גם בעתיד. פן אחד של שיתוף פעולה זה הוא ההכרה בכך שנוק יכול להיגרם לאחד הצדדים כתוצאה מחוסר תום-לבם של שני הצדדים. 'שיתוף הפעולה' במקרה כזה יתבטא בחלוקת האחריות לנוק בין השניים – חלוקה בדיעבד, שיהיה בה למעשה לעודד שיתוף פעולה מבראשית." (ההדגשה שלי – מ' מ').⁴⁹

פסקי-הדין השני הוא ע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ס.ע.ל.ר. חברה לבנין בע"מ.⁵⁰ בפסקי-דין זה מדברת השופטת בייניש על החוזה כמכשיר לשיתוף-פעולה שש פעמים בפסקה אחת, תוך מודעות לחדשנות ולעקרונות של המהלך הממקם את שיתוף-הפעולה במרכז התפיסה של המושג "חוזה":

"התפיסות הנושנות של המשפט המקובל שעל-פיהן אין הצדדים חייבים לסייע לשותפיהם לחוזה, אלא על-פי המתחייב מלשון החוזה, לא קנו שביתה בארץ ואף

48 עם זאת, שני פסקי-הדין האלה מהווים אכן עדות להשפעתה של דוקטרינת תום-הלב על מגמות ההתפתחות של דיני החוזים שלנו, וכן דוגמה לאופן שבו המשפט מתפתח: רכיב תרבותי הקיים במסגרתה של קטגוריה אחת במשפט מקרין מתכניו אל תוך קטגוריות אחרות, ותורם לדרך שבה התכנים במסגרתה של קטגוריה זו מתפתחים. אכן, דינמיקה זו עומדת ביסוד דוקטרינת "המדרון החלקלק" במשפט: החשש שאימוץ תוכן מסוים במשפט, הנחשב רצוי כשלעצמו, יגרום בהמשך לאימוצם של תכנים אחרים בלתי-רצויים. על הקרבה בין הדוקטרינות שפותחו בשני פסקי-הדין האמורים לבין דוקטרינת תום-הלב ראו א' פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (תשנ"ז) 37, 63.

49 עניין Eximine, לעיל הערה 41, בע' 82.

50 פ"ד נב(1) 210 (להלן: עניין שמואל רונן).

בארץ מוצאן נשחק מעמדן. אחת מן התפיסות הבסיסיות של דיני החוזים הישראליים היא כי הצדדים לחוזה הינם שותפים למטרה משותפת. עליהם לפעול תוך שיתוף פעולה בנאמנות ובמסירות בדרך להשגת המטרה החוזית... 'על כל הצדדים לחוזה מוטלת החובה לשתף פעולה זה עם זה ולפעול תוך התחשבות באינטרס המשותף להם בחוזה... החובה לפעול בהגינות ובשיתוף חשובה במיוחד בחוזים ארוכי טווח או בחוזים סבוכים, הנפוצים מאוד בזמננו, כאשר בעת כריתת החוזה אין הצדדים יכולים להעלות בדעתם את כל ההתפתחויות האפשריות ואת התקלות העולות לקרות במהלך יישומו. בלא שיתוף פעולה בין הצדדים בניסיון לפתור את הבעיות ולהגשים את מטרת החוזה עלולים חוזים רבים כאלו להגיע לידי סיום מוקדם." (ההדגשות שלי - מ' מ',⁵¹)

התפיסה של החוזה כמכשיר לשיתוף-פעולה מנוגדת לתפיסה של החוזה כמכשיר לחליפין. על-פי התפיסה של החוזה כמכשיר לחליפין, הצדדים נתפסים כניצבים "זה מול זה", כשכל צד מתמקד בביצוע החיובים החוזיים שנטל על עצמו ובציפייה סבילה לקבל את הביצוע החוזי שהובטח לו על-ידי הצד האחר - ציפייה סבילה, משום שהצד האחר לבדו הוא שאמור לפעול למימושה. כמו-כן, על-פי תפיסה זו הצדדים נתפסים כשנתונים במסגרתו של "משחק סכום-אפס", שבו הגדלת חלקו של הצד האחד נעשית על-חשבון חלקו של הצד האחר. לעומת זאת, על-פי התפיסה של החוזה כמכשיר לשיתוף-פעולה, הצדדים נתפסים כפועלים "זה לצד זה" במאמץ להגדיל את "העוגה המשותפת" מעבר למה שנקבע על-ידיהם במפורש בחוזה, דהיינו, כל צד נתפס כמי שאמור לא רק לפעול לביצוע החיובים החוזיים שנטל על עצמו, אלא גם לפעול למימוש ציפייתו הכללית של הצד האחר מהחוזה - ציפייה החורגת מעבר למה שהובטח לצד האחר באופן מילולי בחוזה - וכן לסייע לצד האחר לקיים את חיוביו. הקשר בין תפיסה זו לבין חובת תום-הלב ברור: במסגרת התפיסה של החוזה כמכשיר לשיתוף-פעולה, כל צד נתפס כמי שאמור לפעול לקידום האינטרסים של הצד האחר. אכן, הציטטה מדבריה של השופטת ביניש על-אודות החוזה כמכשיר לשיתוף-פעולה נלקחה מפסק-דין שעסק בחובת תום-הלב.

כדי להבין את הרדיקליות של המהלך המתרחש בשני פסקי-הדין האמורים, מן הראוי למקמם במסגרת החלוקה שערכו אדמס (Adams) ובראונסוורד (Brownsword) להיסטוריה של דיני החוזים במאתיים השנים האחרונות.⁵² אדמס ובראונסוורד מחלקים היסטוריה זו לשלוש תקופות. התקופה הראשונה, המאה התשע-עשרה, היא התקופה הקלאסית. בתקופה זו לא הוכרה בדיני החוזים חובה של פעולה בתום-לב, וכל צד נתפס כרשאי לפעול באופן מוחלט לקידום האינטרסים שלו. התקופה השנייה, המאה העשרים, היא התקופה הניאו-קלאסית. בתקופה זו החלה הכרה בחובה של תום-לב במסגרת דיני החוזים, אולם במעמד של חריג: כל צד נתפס כרשאי לפעול לקידום האינטרסים שלו, אולם יש מצבים שבהם קידום האינטרס העצמי צריך להיות מוגבל על-ידי הצורך להביא בחשבון את האינטרסים

51 שם, בע' 228. ראו גם עניין שוחט, לעיל הערה 23.

52 J.N. Adams & R. Brownsword *Key Issues in Contract* (London, 1995) 198-255

של הצד האחר. במילים אחרות, בתקופה זו מעמדה של חובת תום-הלב בדיני החוזים הוא של נורמה המרככת את הגרעין הקשה של דיני החוזים. התקופה השלישית היא דיני החוזים שהמחברים מציעים למאה העשרים ואחת. דיני חוזים אלה, על-פי אדמס ובראונסוורד, צריכים להיות מושתתים על רעיון תום-הלב, דהיינו, על תפיסה חדשה לגמרי של מוסד החוזה: החוזה כמכשיר לשיתוף-פעולה בין בני-אדם. בפרספקטיבה כזו מסתבר כי פסק-הדין בעניין Eximine ופסק-הדין בעניין שמואל רונן ממקמים את דיני החוזים של ישראל בשלב שאדמס ובראונסוורד מבקשים לכווננו כשלב העתידי של דיני החוזים. בכך הם מובילים להתמוטטות של מבנה הזכויות והחבויות שנקבע על-ידי הצדדים בחוזה.⁵³

(ב) ההתמוטטות של מבנה הזכויות והחבויות שנקבע על-ידי הצדדים בחוזה במסגרת התפיסה המסורתית של החוזה – החוזה כמכשיר לחליפין – הדינמיקה שבין הצדדים לחוזה בתקופת הביצוע של החוזה אמורה להיות דומה לזו המתקיימת בין שני שחקנים המשתתפים במשחק טניס. במשחק טניס הכדור אמור לשהות או בצד המגרש של השחקן האחד או בצד המגרש של השחקן האחר. לפיכך ה"ביצוע" בשלב מסוים של המשחק עשוי להיות או של השחקן האחד או של השחקן האחר. מכאן שהפרה של כללי המשחק עשויה להיות או של השחקן האחד או של השחקן האחר, דהיינו, לא ייתכן מצב שבו שני השחקנים, בעת ובעונה אחת, הפרו את כללי המשחק. בדומה לכך, על-פי התפיסה המסורתית של החוזה, הביצוע החוזי בשלב מסוים של תקופת הביצוע של החוזה אמור להיות או של הצד האחד או של הצד האחר. מכאן שהפרה של החוזה עשויה להיות או של הצד האחד או של הצד האחר, דהיינו, לא ייתכן מצב שבו שני הצדדים, בעת ובעונה אחת, הפרו את החוזה.⁵⁴

53 על התפיסה של החוזה כמכשיר לשיתוף-פעולה ראו גם פורת, לעיל הערה 48, בע' 57, 77-83.

54 חריג לדברים אלה הוא מצב שבו חיובי הצדדים הינם "חיובים מקבילים" (או במינוח אחר – "חיובים שלובים"), ואף לא אחד משני הצדדים מראה לצד האחר נכונות לקיים את החיוב המוטל עליו. ראו ע"א 594/75 ג'רבי נ' הייבלוב, פ"ד ל(2) 673, 680-681. אולם ראוי לשים לב כי ההלכה החדשנית שבפסקי-הדין הנידונים כאן (עניין Eximine; שמואל רונן; וכן ת"א (י"ם) 353/79 ברקי נ' עליאן, פ"מ תשמ"ד (3) 505 (להלן: עניין ברקי)) נקבעה מבלי להציג את הצדדים כמי שחיוביהם היו קשורים אלה לאלה בסוג זה של קשר, אלא כהלכה כללית באשר לאופן שבו הצדדים צריכים לפעול בתקופת הביצוע של החוזה. אכן, אילו השתיתו פסקי-הדין דגן את מסקנותיהם על כך שהקשר שהתקיים בין חיובי הצדדים היה מהסוג של "חיובים מקבילים", ושני הצדדים הפרו את חיוביהם במקביל, כי-אז לא היה באותם פסקי-דין משום חידוש. ראו גם: G.R. Shell "Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Toward a New Cause of Action" 44 Vand. L. Rev. (1991) 221, 222 ("In a complex economy, many business transactions take place sequentially – one party performs in part or in full before the other side executes its side of the bargain")

בפסק-הדין בעניין *Eximine*, שנידון לעיל, ננטשה גישה זו והוחלפה בגישה אחרת, שונה לחלוטין, שעל-פיה הפרת החוזה עשויה להיות תוצר התנהגותם של שני הצדדים גם-יחד, והחבות בתשלום פיצויים בין הצדדים, בגין נזקי ההפרה, עשויה אפוא להיות מחולקת בין שני הצדדים. גישה זו אומצה מאוחר יותר בפסק-הדין בעניין *שמואל רונן*, שנידון לעיל. בהשאלה למשחק הטניס, גישה זו שקולה לאפשרות שבמסגרת המשחק יפרו שני הצדדים גם-יחד כלל של המשחק, באופן ששניהם כאחד יפסידו נקודות בגין אותו מהלך במשחק. מובן כי משחק טניס שיתנהל באופן כזה יהיה משחק חדש, השונה ממשחק הטניס המוכר לנו. אכן, הוא הדין בדיני החוזים המאמצים כלל כגון זה הנידון כאן: אלה דיני חוזים חדשים, השונים מדיני החוזים המוכרים לנו.

מקור ההלכה שנקבעה בשני פסקי-הדין האמורים הוא בפסק-דינו של השופט המנוח חמון שלח בעניין *ברקי*. במקרה זה נידון חוזה לביצוע עבודת שיפוץ של בית-מגורים. החוזה לא הוכן על-ידי עורך-דין, אלא על-ידי הצדדים. במהלך ביצוע העבודות התעורר צורך בעשיית כמה עבודות נוספות. הקבלן עשה את העבודות וציפה לקבלת תשלום מידי בעבורן. המזמין סבר כי יאה עליו לשלם בעבור העבודות הנוספות כאשר הצדדים יערכו התחשבות סופית, עם השלמת העבודות. בעקבות זאת הפסיק הקבלן את העבודה. המזמין תבע מהקבלן פיצויים בגין נזקיו. השופט שלח כתב כי לנוכח האופן שבו נוסח החוזה, אי-אפשר למצוא בו "מפה" לקביעת האופן שבו היו הצדדים צריכים לנהוג במקרה של עשיית עבודות נוספות על-ידי הקבלן. בנסיבות אלה, כתב השופט שלח, יאה זה מלאכותי להחיל על הצדדים בדיעבד אמת-מידה משפטית שלאורה היה עליהם לפעול, כביכול, בתקופת הביצוע של החוזה שלהם. "תליית התוצאה הסופית במסקנתי שלי, לאחר מעשה ובחלוף זמן, ניתן לדמותה לתליית הררי הנזק בחוט השערה של האבחנה המשפטית. מבחינה משפטית צרופה הדבר אפשרי. אך אין זה נוטל את המלאכותיות שבו."⁵⁵ לפיכך קבע השופט שלח כי יש לחלק את הנזק הכולל שנגרם לצדדים באופן שווה ביניהם.

פסק-הדין בעניין *ברקי* עסק אפוא במקרה שבו בתקופת הביצוע מצאו את עצמם הצדדים ניצבים לפני מצב חדש שלא הוסדר על-ידיהם מראש בחוזה. לא זה היה המצב בעניין *Eximine*. במקרה זה נידון חוזה מכר טובין בין-לאומי בין יצרן ישראלי לבין קונה בלגי, לרכישת טובין לשם שיווקם בארצות-הברית. בהגיע הטובין לארצות-הברית, הם עוכבו במחס משום שהדגם שעל-פיו הם יוצרו הפר סימן-מסחר רשום במדינה זו. הקונה הבלגי נאלץ להכניס שינוי בטובין, ולאחר-מכן נרכשו ממנו הטובין במחיר מוקטן. הקונה הבלגי תבע מהמוכר הישראלי את נזקיו. על-פי הדין הרלוונטי, לא היה מקום לתביעה: גם אם המוכר הפר את החוזה בספקו לקונה טובין שהבעלות בהם הייתה כפופה לתביעותיו של צד שלישי (הבעלים של סימן-המסחר), הקונה ידע מראש על-אודות ההפרה, ולפיכך הוא נחשב כמי שקיבל על עצמו את תוצאותיה ושחרר את המוכר מאחריותו לתוצאותיה. למרות זאת קבע השופט שמגר כי המוכר הפר את חובת תום-הלב בכך שלא פעל למניעת הפגיעה בקונה. לפיכך הורה השופט שמגר על חלוקת הנזק בין

55 עניין *ברקי*, שם, בע' 518.

המוכר והקונה. הנקודה הבולטת לגבי פסק-הדין בעניין **Eximine** היא אפוא שנוצרה בו הלכה חדשנית שאינה נתמכת כלל על-ידי עובדות המקרה. גם על פסק-הדין בעניין שמואל רונן ניתן לומר כי ספק אם עובדותיו תומכות בהלכה החדשנית שנקבעה בו. במקרה זה נידונה "עסקת קומבינציה" בין הבעלים של מגרש לבין קבלן. הקבלן ביטל את החוזה מכיוון שהבעלים לא סיפק לו אישור מסוים. בעקבות זאת ביטל הבעלים את החוזה בטענה שהקבלן השתהה בהתחלת עבודות הבנייה. היה אפשר להחיל על המקרה את דיני החוזים המסורתיים, דהיינו לקבוע כי רק אחד משני הצדדים פעל כהלכה או לא כהלכה בבטלו את החוזה, אולם השופטת בייש קבעה כי –

"בנסיבות המיוחדות שלפנינו... השימוש בגישה המסורתית... אינו תמיד רצוי ועלול ליצור תוצאות בלתי סבירות. חסרונה של הגישה המסורתית הוא בקביעת מבחנים קשיחים להטלת הנזק המביאים לא אחת לתוצאה בלתי צודקת. פתרון הבעיה מחייב בנסיבות מסוימות השתחררות מהכללים הקשיחים של הגישה המסורתית במקרה של הפרות הדדיות. החסרונות של השיטה המסורתית בנסיבות של הפרות הדדיות הביאו לגישה המאפשרת לראות בחלוקת מלוא הנזק בין המפירים את הפתרון הראוי... נראה כי רצוי להימנע מלקבוע מבחנים קשיחים לחלוקת הנזק ובמקום זאת להיעזר בשורה של מבחני עזר וקריטריונים שיסייעו בחלוקה צודקת של הנזק בכל מקרה על-פי נסיבותיו."⁵⁶

ההלכה החדשה שנקבעה בפסק-הדין בעניין ברקי, בעניין **Eximine** ובעניין שמואל רונן מחוללת שינוי מהותי בתפקידו של בית-המשפט במסגרתם של סכסוכים חוזיים. כזכור, תפקידו המסורתי של בית-המשפט במסגרתם של סכסוכים כאלה היה לקבוע מה היו ההתחייבות החוזיות שנטל על עצמו צד בחוזה, וכן לקבוע אם צד זה עמד בהתחייבויותיו אם לאו. על-פי הגישה העולה משלושת פסקי-הדין האמורים, בית-המשפט אמור לקבוע אם הצדדים הפרו את החוזה לא בדרך של בחינת התנהגותו של כל צד על-פי מה שהוא התחייב לו בחוזה, אלא על-פי אמות-מידה עמומות של "תום-לב" ו"החובה לשתף פעולה", המוחלות על-ידי בית-המשפט על הנסיבות שנוצרו בתקופת הביצוע של החוזה.⁵⁷

56 עניין שמואל רונן, לעיל הערה 50, בע' 226.

57 ראו לעניין זה גם את דבריו של פורת, לעיל הערה 48, בע' 37, 81:

"הגנת האשם התורם מהווה התערבות חיצונית בתוכן החוזה... שכן הקצאת הסיכונים המפורשת בה בחרו הצדדים לחוזה אינה עוד סוף-פסוק: הכרה בהגנת האשם התורם מתערבת בהקצאה זו ומשנה את חלוקת התפקידים שנקבעה בין הצדדים לחוזה.

...

הגנת האשם התורם מבוססת על ההנחה שבעת כריתת החוזה לא התכוונו הצדדים להסדיר ביניהם את מערכת יחסיהם בכל מצב ומצב שעלול להיווצר במהלך ביצוע החוזה. רעיון האשם התורם מבוסס למעשה על ההנחה שלא ניתן להסדיר הכל בעת כריתת החוזה;

תפיסת החוזה העולה מפסקי-הדין האמורים מקרבת את החוזה לארגון (מהסוג שנידון לעיל). במסגרתה של תפיסה זו, מצב הזכויות והחבויות של הצדדים בתקופת הביצוע של החוזה אינו אמור להיקבע על-פי מה שהוסכם על-ידי הצדדים בחוזה, אלא על-פי התפתחות היחס שלהם בתקופת הביצוע של החוזה, וזאת לאורה של נורמה פתוחה ועמומה, היא הנורמה המחייבת כל צד לשתף פעולה עם הצד האחר כדי לקדם את האינטרסים של הצד האחר. נורמה זו פועלת בגדרו של החוזה בדומה לאופן שבו חוקה של ארגון מתפקדת בארגון, ובסופו של דבר מי שיוצק בה תוכן, במקרה של סכסוך בין הצדדים, הוא בית-המשפט.

תפיסת החוזה העולה מפסקי-הדין האמורים הינה גם ביטוי ליישומה של דרך חשיבה הלקוחה מתחום הגישור בתחום של דיני החוזים. על-פי תפיסה זו של החוזה, כל צד לחוזה נתפס לא רק כמי שאמור לפעול לקידום האינטרסים שלו עצמו, אלא גם כמי שאמור להביא בחשבון את האינטרסים של הצד האחר, ולפעול לקדםם.

לבסוף, תפיסת החוזה העולה מפסקי-הדין האמורים מעתיקה את נקודת-הזמן לקביעת מצב הזכויות והחבויות של הצדדים מרגע כריתת החוזה אל מועד כלשהו בשלב הביצוע של החוזה. במסגרתה של תפיסה זו, הזכויות והחבויות של הצדדים בתקופת הביצוע של החוזה אינן אמורות להיקבע רק על-פי מה שהוסכם בין הצדדים בחוזה, אלא גם על בסיס חובות שעשויות להתווסף לצדדים בתקופת הביצוע של החוזה, מכוח החובה הכללית לפעול בשיתוף-פעולה עם הצד האחר לשם קידום האינטרסים שלו.

4. חוזה יחס: התמוטטות הגישה של הצדדים כמסדירים את היחס שביניהם מראש באמצעות החוזה

כפי שציינתי לעיל, דיני החוזים הקלסיים התגבשו על גבה של עסקת מכר הטובין בשוק. לפיכך, דיני חוזים אלה צופים עסקה להחלפת משאבים בין שני צדדים שאין ביניהם קשר זולת הקשר החוזה. כפי שהראה מקניל (Macneil),⁵⁸ באחת התרומות החשובות לתיאוריה של החוזה במחצית השנייה של המאה העשרים, תפיסה זו של הקשר החוזה אינה מתאימה לסדרה גדולה של חוזים – "חוזה יחס". מקניל טען כי בחוזה יחס (לדוגמה: חוזה נישואים, חוזה עבודה, חוזה בין שותפים במשרד עורכי-דין או במשרד אדריכלים) מתקיימים מאפיינים חשובים המנוגדים לאלה שהתיאוריה הקלאסית של החוזה מניחה: החוזה הינו ארוך-טווח; בחוזה מעורבות האישויות של הצדדים; החוזה מתפתח ונכתב מחדש בתקופת הביצוע שלו; הקשר שבין הצדדים נשלט לא רק על-ידי החוזה, אלא גם על-ידי התרבות שהצדדים פועלים במסגרתה; הצדדים נוהגים זה בזה סולידריות,

שהתכנון החוזה אינו שלם; וכי עניינים מסוימים נותרים פתוחים ובלתי-מוסדרים באופן קונקרטי.

58 לתמצות עיקרי מאמריו של מקניל ולמאמרים הוסקרים את הגותו על דיני החוזים ראו: I. Macneil *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil* (London, David Campbell ed., 2001). כמו-כן ראו: I. Macneil *The New Social Contract* (New Haven & London, 1980).

אבל גם מנצלים את הכוח היחסי שלהם – כפי שזה התפתח בתקופת הביצוע של החוזה – כדי לחולל שינויים בתוכן החוזה המקורי שלהם.

כתיבתו של מקנל עוררה דיון נרחב בקרב המלומדים העוסקים בדיני החוזים,⁵⁹ אולם קשה להצביע על השפעה ניכרת של כתיבה זו על התפתחותם של דיני החוזים, לפחות בארצות-הברית.

הדגם של חוזה היחס הוכר במשפט הישראלי בעניין מילגרומ.⁶⁰ השופט ברק פירט את מאפייניו של חוזה היחס; סיווג את החוזה שנידון במקרה זה – "חוזה בית-אבות" – כחוזה יחס; וגזר מסיווג זה מסקנות בדבר פרשנות החוזה. בחוזה היחס מתגלמות כמה מההתפתחויות בדיני החוזים של ישראל שהצבעתי עליהן במאמר זה.

ראשית, החוזה שדיני החוזים הקלסיים צופים ("חוזה בדיד") מבוסס על תכנון חוזה מפורט ועל מימוש מדוקדק של התכנון החוזהי הזה בתקופת הביצוע של החוזה. לפיכך תפקידו של בית-משפט העוסק בחוזה כזה הוא בעיקרו של דבר לאתר את ההסכמות שנוצרו בין הצדדים, ולבדוק באיזו מידה אכן מומשו ההסכמות האלה על-ידי הצדדים בתקופת הביצוע של החוזה.

לא כך הדבר כאשר מדובר בחוזה יחס. בחוזה כזה ההסכמה החוזהית של הצדדים מתפתחת בתקופת הביצוע של החוזה.⁶¹ יתר על כן, שאלה מוכרעת לגבי חוזה יחס היא באיזו מידה הסכמות שיצרו הצדדים בתקופת הביצוע צריכות להיחשב "ממושפטות", דהיינו, באיזו מידה הן צריכות להיחשב חלק מהחוזה העדכני של הצדדים, או לחלופין, באיזו מידה הן צריכות להיחשב "חברתיות", דהיינו חלק מהיחסים החברתיים הקיימים בין הצדדים בתקופת החוזה, כך שמשעה שמתגלע סכסוך בין הצדדים והרכיב החברתי ביחסיהם מפסיק להתקיים, גם ההסכמות האלה מפסיקות להתקיים.⁶² פירוש הדבר הוא שכאשר מדובר בפרשנותו של חוזה יחס, מעורבותו של בית-המשפט

59 ראו לאחרונה את הסימפוזיון שהתפרסם בכתב-העת 737–936 (2000) *Nw. U. L. Rev.* כמורכב ראו: W. Whitford "Ian Macneil's Contribution to Contracts Scholarship" (1985) *Wis. L. Rev.* 545; R.W. Gordon "Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law" (1985) *Wis. L. Rev.* 565.

60 לעיל הערה 23. ראו גם ע"א 9946/01 אררט חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נח(1) 103, 115 (השופטת חיות).

61 מבחינה זו חוזה היחס דומה לחוזה המשמש בעשורים האחרונים ל"יצור גמיש", שנידון לעיל בהערה 38.

62 L. Bernstein "Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms" 144 *U. Pa. L. Rev.* (1996) 1765; Scott "The Case for Formalism", *supra* note 3; O. Ben-Shahar "The Tentative Case Against Flexibility in Commercial Law" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 781. למקרים במשפט הישראלי שבהם התעוררה בעיה זו ראו ע"א 4956/90 פזגו נ' גזית הדרום, פ"ד מו(4) 35; ע"א תדמור נ' ישפאר, פ"ד מז(2) 517 (להלן: עניין תדמור).

בקביעת תוכנו של החוזה החל על הצדדים הינה עמוקה בהרבה ממעורבותו במקרים שבהם הוא נדרש להכריע בסכסוך שביסודו חוזה בדיד: בית-המשפט נדרש לא רק לפרש חוזה שתוכנו נקבע על-ידי הצדדים, אלא גם לקבוע מה תוכנו של החוזה החל על הצדדים, והכל לאור ההסכמות שנוצרו בין הצדדים בתקופת הביצוע של החוזה, הסכמות שבדרך-כלל אינן מבוטאות במסמך כתוב, אלא בהתנהגויות נמשכות של הצדדים. ההכרה בקיום הקטגוריה של חוזה יחס מצריכה אפוא הפעלה של אקטיביזם מצידם של בתי-המשפט.

שנית, כאשר בית-משפט עוסק בחוזה יחס, הוא פועל כ"בית-משפט מגשר". זאת, בשני מובנים. המובן הראשון נובע מהאופן שבו אפיין מקניל את חוזה היחס: במסגרתם של חוזים אלה מתקיימים בין הצדדים יחסים אישיים, המצמיחים ציפייה של כל צד להתנהגות סולידרית מצידו של הצד האחר. לפיכך, בית-משפט העוסק בחוזה יחס אמור לבחון את המידה שבה הביא כל צד בחשבון במסגרת פעולתו את הצרכים והאינטרסים של הצד האחר. בכך ילמד בית-המשפט כל צד לחוזה יחס לחשוב על האינטרסים של הצד האחר. המובן השני שבו בית-משפט העוסק בחוזה יחס פועל בדומה למגשר מקורו בכך שצדדים הנתונים בהליכי גישור נדרשים לתפוס את היחס הקיים ביניהם לא במימד הצר של הזכויות והחבויות המשפטיות שלהם, אלא באופן רחב, כמכלול של יחסים אישיים עשירים, שרק לחלק מרכיביהם יש משמעות משפטית, בעוד רכיבים אחרים שלהם נושאים משמעות אתית.⁶³ מכיוון שבמסגרתם של חוזים יחס מתקיימים בין הצדדים – לצד היחסים החוזיים – גם יחסים אישיים עשירים, הנשלטים על-ידי תרבותה של הקהילה שהצדדים פועלים בה, בית-משפט שאמור להכריע בסכסוך שנוצר במסגרתו של חוזה יחס צריך להתחקות, לצורך קביעת הזכויות והחויבים החוזיים של הצדדים, אחר מאפייני הקשר שבין הצדדים במלאותו, על כל רכיביו, ולתת משקל, לצורך הכרעתו, גם לרכיבים הלא-משפטיים שהתקיימו במסגרת היחס שבין הצדדים.⁶⁴

שלישית, חוזה היחס מקרב את החוזה לארגון. על-פי האופן שבו אפיין מקניל את חוזה היחס, החוזה המקורי שנכרת בין הצדדים ממשיך להתפתח ולהתעדכן בתקופת הביצוע שלו. פירוש הדבר הוא שעם כניסתו של צד לחוזה יחס, לא מובטח לו שההסכמה המקורית שיצר תמשיך לחול על היחס שבינו לבין הצד האחר. אומנם, כל צד לחוזה יחס יכול לפרוש מהחוזה במהלך היחס, אולם אפשרות הפרישה עומדת גם לרשות כל חבר בארגון, אלא שפרישה מארגון הינה צעד קיצוני שחבר בארגון נוקט אותו, בדרך-כלל, רק במקרים חריגים. דהיינו, חלק מהחוויה של חברות בארגון פירושו פפיפות להחלטות המתקבלות בארגון, גם אם החבר בארגון אינו שלם עימן ואולי אף מתנגד להן. בדומה

63 Menkel-Meadow, *supra* note 40; "אלרואי" יישוב סכסוכים – אפשר גם אחרת" המשפט א (תשנ"ג) 311.

64 אולם, כפי שאראה בחלק השני של המאמר, בשנים האחרונות התפתחה בספרות על דיני החוזים גישה שלפיה בתי-המשפט אינם אמורים להכריע בסכסוכים הנוצרים במסגרתם של חוזים יחס באופן הקשרי רחב, אלא רק על-פי החוזה המקורי המפורש שיצר את היחס שבין הצדדים. לנציג בולט של גישה זו ראו: Scott "The Case for Formalism", *supra* note 3.

לכך, אף שאפשרות הפרישה עומדת גם לרשות כל צד לחוזה יחס, טבעם של חוזים אלה, כפי שהראה מקניל, הוא כזה שאפשרות הפרישה מופעלת בהם רק במקרים קיצוניים. דהיינו, חלק מהחוויה של הימצאות במסגרתו של חוזה יחס פירושו כפיפות להסדרים נורמטיביים המתפתחים בתקופת הביצוע של החוזה – שהינם במידה רבה תוצר של פערי הכוח המתפתחים בין הצדדים בתקופת קיומו של החוזה – גם אם צד לחוזה אינו שלם עימם ואולי אף מתנגד להם.⁶⁵

רביעית, לנוכח מאפייניו של חוזה היחס, ברור שבמקרה של חוזה כזה נקודת הציור לקביעת מצב הזכויות והחבויים של הצדדים אינה זו של החוזה המקורי שבין הצדדים. מצב הזכויות והחבויים של הצדדים נקבע על-פי מה שקורה ביניהם בתקופת הביצוע של החוזה שלהם, דהיינו, על-פי ההסכמות אשר מתפתחות ונוצרות ביניהם בתקופה זו.

5. פרשנות החוזה

(א) היחס בין לשון החוזה לבין הנסיבות

סעיף 25(א) לחוק החוזים מורה כי חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים "כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות". הסעיף יוצר אפוא מדרג בין לשון החוזה לבין הנסיבות בהקשר של פירוש החוזה: יש לפנות קודם-כך אל הלשון, ורק אם אי-אפשר לאמוד על-פיה את כוונתם של הצדדים, ניתן לפנות אל הנסיבות.

מה פשר המדרג הקבוע בסעיף 25(א)? האם מדרג זה ראוי? שאלות אלה נידונו בע"א 4628/93 מ"י נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ.⁶⁶ כדי להבין את קביעותיו של פסק-דין זה, ברצוני להציג תחילה את שלושת הרכיבים המתקיימים לדעתי בתהליך פרשנותו של חוזה (ובכל תהליך פרשנות אחר).

הרכיב הראשון הוא הרכיב המילולי. למילים יש משמעות עוד לפני שהן ננקטות בהקשר מסוים. משמעותן המילולית של מילים היא זו הנקובה לצידן במילונים; אילולא הייתה למילים משמעות מילולית, קדם-הקשרית, לא היה קיומם של מילונים אפשרי. כפי שכתב לאחרונה השופט חשין, "תכליתו של המילון היא לידענו פירושן של מילים ומשמעותם של ביטויים בלשון המקובלת, בלשון בני אדם, בשפת היומיום".⁶⁷ בהמשך דבריו הבהיר השופט חשין כי ה"מילון" שבו מדובר בהקשר זה אינו רק "[ה]מילון המונח על מדף הספרים", אלא גם "[ה]מילון שבראשו פנימה... המשמש אותנו בשיג-ושיח שלנו בחיי היומיום".⁶⁸ אכן, מכיוון שלמילים יש משמעות מילולית, קדם-הקשרית, כלל-יסוד

65 לדוגמה בולטת ראו עניין תדמור, לעיל הערה 62.

66 פ"ד מט(2) 265 (להלן: עניין אפרופים).

67 ע"פ 7757/04 בורשטיין נ' מ"י (ניתן ביום 23.2.2005 – טרם פורסם), פסקה 18 לפסק-הדין.

68 שם, בפסקה 19 לפסק-הדין. ראו גם דבריו של אומברטו אקו על המשמעות המילולית: "אני חושב שהמשמעות נמצאת כמובן בהקשר, אבל שיש לכך סייגים מסוימים. אני חושב שיש דבר כזה, משמעות מילולית... יש משהו שהוא עמיד מעבר להקשרים

בפרשנות החוזה על-פי המשפט הישראלי הוא שחווה לא יוכל להתפרש באופן שחורג מהמשמעות המילולית שהמילים הנקוטות בו יכולות לשאת.⁶⁹ הרכיב השני המתקיים בתהליך פרשנותו של חוזה הוא התאמת המילים לנסיבות. אי-אפשר לתת משמעות לדבריהם של בני-אדם מבלי להביא בחשבון את הנסיבות שבהן נאמרו הדברים.⁷⁰ לדוגמה, המשפט "תן לי את הכדור" מקבל משמעות אחת כאשר הוא

המשתנים. כמובן שההקשר יכול להשפיע עליו ולשנותו, אבל אני חושב שאפשר לומר שלמילים 'כוס' ו'קפה' יש משמעות מילולית כך שאני יכול לומר 'אני רוצה כוס קפה', ותהיה לכך משמעות מילולית... אם אני מבקש כוס קפה ומגישים לי כוס מיץ, יש לי זכות למחות על כך ולבקש את כספי בחזרה. זוהי משמעות מילולית." א' כצמן "ראיון עם אומברטו אקו" שישי 27.5.1994.

כמו-כן ראו א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות החוזה (תשס"א, כרך ד) 331-332 ("למתחם האפשרויות הלשוניות מעמד מרכזי בפרשנות. הפרשן אינו רשאי ליתן מובן לטקסט החורג ממתחם האפשרויות הלשוניות... בקביעת מתחם המשמעויות הלשוניות של הטקסט החוזי פועל הפרשן כבלשן"); שם, בע' 367, 369 ("המילון הוא מכשיר מקובל שממנו רשאי השופט לקבל מידע על מובנן של מילים בלשונו. כך הדין לעניין פירושם של חוקים. כך לעניין פירושם של חוזים... המילון מסייע בקביעת מתחם האפשרויות הלשוניות של לשון החוזה").

69 ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221, 227; ע"א 708/88 שלמה שפס ובניו בע"מ נ' בן יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ, פ"ד מו(2) 743, 747; ע"א 9803/01 תחנת שירות ר"ג בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ, פ"ד נח(3) 105, 111; עניין אפרופים, לעיל הערה 66, בע' 299-300; ע"א 922/91 אבו ג'אבר נ' המאגר הישראלי ביטוח רכב, פ"ד מח(3) 340, 347; ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עזבון המנוח זולוטוב יצחק ז"ל, פ"ד מא(1) 282, 304; ע"א 8567/02 גליק נ' מיוסט, פ"ד נו(6) 514, 523; עניין מילגרומ, לעיל הערה 23, בע' 157; ע"א 4869/96 מליליין בע"מ נ' The Harper Group, פ"ד נב(1) 845, 856 (להלן: עניין מליליין); ע"א 1845/90 סיני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(5) 661, 677; ברק, שם, בע' 288, 315, 331, 332, 367, 369; ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשס"ג, כרך ג) 227, 238-239 (פרק מאת ד' פרידמן).

70 הטקסט הקלסי בנקודה זו הוא ל' ויטגנשטיין חקירות פילוסופיות (תשנ"ה). ראו גם: K.T. Fann *Wittgenstein's Conception of Philosophy* (Oxford, 1969); R. Harris *Language, Saussure and Wittgenstein – How to Play Games with Words* (London & New York, 1989). ראו גם בהקשר של פרשנות החוזה: E. Mertz "An Afterward: Tapping the Promise of Relational Contract Theory – 'Real' Legal Language and a New Legal Realism" 94 *Nw. U. L. Rev.* (2000) 909; J. Yovel "What is Contract Law About? Speech Act Theory and a Critique of 'Skeletal Promises'" 94 *Nw. U. L. Rev.* (2000) 937; D.V. Snyder "Language and Formalities in Commercial Contracts: A Defense of Custom and Conduct" 54 *SMU L. Rev.* (2001) 617

נאמר במגרש כדורגל, משמעות אחרת כאשר הוא נאמר בחדר מרפאה, ומשמעות שלישית כאשר הוא נאמר במטווח צבאי.⁷¹ הדברים חלים גם על הלשון המשפטית. למושג "תום-לב" יש משמעות אחת כאשר הוא ננקט בהקשר של סעיפים כגון 12 ו-39 לחוק החוזים, ומשמעות אחרת כאשר הוא ננקט בהקשר של הדוקטרינה של רוכש בתום-לב ובעד ערך. בדומה לכך, למושג "תמורה" יש משמעות אחת כאשר הוא ננקט בהקשר של הכללים בדבר כריתת חוזה בדיני החוזים האנגלו-אמריקאיים, ומשמעות אחרת כאשר הוא ננקט בהקשר של הדוקטרינה של רוכש בתום-לב ובעד ערך.

אולם, וזה עיקר, ברוב המקריע של המקרים שבהם בני-אדם אומרים דברים, האנשים שהדברים מופנים אליהם מבינים נכון את הקשר שבין הדברים לבין הנסיבות שבהן הדברים נאמרים, דהיינו, הם מבינים היטב איזו משמעות צריכה להינתן לדברים לנוכח הנסיבות שבהן הם נאמרים, ולפיכך הם מבינים בלא קושי את הכוונה האמיתית של הדובר.⁷²

בדרך-כלל יתקיימו בתהליך פרשנותו של חוזה רק שני הרכיבים האמורים, אולם לעיתים עשוי להתקיים בתהליך גם רכיב שלישי. רכיב זה יתקיים באותם מקרים יוצאי-דופן שבהם יתחוויר לפרשן כי מתן משמעות ללשון החוזה על-פי מה שמתבקש על-פי הנסיבות כפשוטן – קרי: על-פי הנסיבות המציעות את עצמן בטבעיות, באופן ראשוני, כנסיבות המתאימות למתן המשמעות למילות החוזה – יוביל לתוצאה בלתי-מתקבלת על הדעת. במקרים כאלה יסתבר כי קיימות נסיבות נוספות שרלוונטיות לצורך

לעיל הערה 13, בע' 658 *H. Dagan The Law and Ethics of Restitution* (Cambridge, 2004) 270.

71 ידועה הדוגמה של השופט זוסמן בדבר המספר "15", המקבל משמעות אחת כאשר הוא נמצא על-גבי תמרור בפתח מגרש חנייה, משמעות אחרת כאשר הוא מתנוסס על חזית אוטובוס, ומשמעות שלישית כאשר הוא מופיע בחזית בית. ' זוסמן "מקצת מטעמי פרשנות" ספר היובל לפנחס רוזן (ח' כהן עורך, תשכ"ב) 147.

72 לדוגמה, כאשר שחקן כדורגל המבקר במחלקת ילדים בבית-חולים כדי לשמח את הילדים החולים אומר "תן לי את הכדור", הנסיבות מחייבות לפרש שכוונתו היא לכדור משחק, ולא לכדור רפואי, אף שהדברים נאמרים בבית-חולים. כאשר רופא של קבוצת כדורגל אומר במגרש כדורגל "תן לי את הכדור", הנסיבות מחייבות לפרש שכוונתו לכדור רפואי, ולא לכדורגל, אף שהדברים נאמרים במגרש כדורגל. בדומה לכך, כאשר קצין משטרה אומר "תן לי את הכדור" במגרש כדורגל, נניח בעת התפרעות חמורה, הנסיבות מחייבות לפרש שכוונתו לכדור אקדה, לא לכדורגל ולא לכדור רפואי. ההנחה שברוב המקריע של המקרים בני-האדם מבינים נכון את הקשר שבין הדברים המופנים אליהם לבין הנסיבות היא שעומדת ביסודו של מהלך מקובל בהומור התיאטרלי, הקולנועי והטלוויזיוני: יצירת ציפייה אצל הצופה כי לדברים הנאמרים תינתן המשמעות המתאימה לנסיבות, ואז מתן משמעות אחרת לדברים על-ידי אחד השחקנים. כך, באחד מסרטיהם של האחים מרקס מתרחשת סצנה של כריתת חוזה. אחד הדוברים תר אחר "seal", ובתגובה שחקן אחר מכניס לחדר כלביים...

מתן המשמעות למילים, ונסיבות נוספות אלה, ולא הנסיבות המציעות את עצמן באופן ראשוני, הן שצריכות להקנות למילים את משמעותן. במקרים כאלה יצטרך הפרשן לנטוש את המשמעות המתבקשת על-פי הנסיבות כפשוטן, ותחת זאת לתת לחוזה את המשמעות המתבקשת על-פי הנסיבות המיוחדות שרלוונטיות לצורך מתן המשמעות למילות החוזה.

כיצד אם כן יש להבין את הוראתו של סעיף 25(א) לחוק החוזים?

לשונו של הסעיף לקונית. דרך אחת לפרשו היא לומר שהוא מבוסס על הנחה שגויה שלפיה תיתכן פרשנות של מילים במנותק מהקשר של נסיבות, דהיינו, שעל הפרשן לפרש תחילה את החוזה "מחוץ" לנסיבות, ורק כאשר דרך זו של פרשנות אינה עולה יפה, עליו להיוקק לנסיבות. אולם אין הכרח לייחס לסעיף משמעות שגויה זו. ניתן לפרש את הסעיף גם בדרך אחרת, דהיינו, כמכוון להכיל את כל שלושת הרכיבים דלעיל, שעשויים להתקיים במסגרת תהליך הפרשנות של חוזה: "מתוך החוזה" משמעו מתוך לשון החוזה במסגרת הנסיבות כפשוטן; ו"מתוך הנסיבות" משמעו מתוך לשון החוזה במסגרת הנסיבות המיוחדות, יוצאות-הדופן, שהן בסופו של דבר אלה שצריכות להקנות לחוזה את משמעותו.

על רקע זה, כיצד יש להבין את דבריו של השופט ברק בפסק-הדין בעניין אפרופים?⁷³ דרך אחת היא לומר כי כל כוונתו של השופט ברק הייתה להדגיש כי לא תיתכן פרשנות מילולית כשלעצמה, דהיינו, שלא תיתכן פרשנות מחוץ להקשר כלשהו של נסיבות. במילים אחרות, השופט ברק מקבל כי במסגרת הליך הפרשנות של חוזה תיתכן התקיימותם של כל שלושת הרכיבים האמורים, אולם כוונתו הייתה להדגיש שבמסגרת הליכים של פרשנות אי-אפשר לפסוח על הרכיב השני דלעיל. על-פי גישה זו, אפוא, המחלוקת של השופט ברק עם השופט מצא הייתה בעיקרה אקדמית – מחלוקת במסגרת התיאוריה הכללית של הפרשנות. פרשנות זו של דברי השופט ברק נתמכת בכמה התבטאויות שלו בפסק-הדין בעניין אפרופים.⁷³ יתר על כן, זו גם הפרשנות שהציע השופט ברק עצמו בספרו על פרשנות החוזה.⁷⁴

73 ראו, למשל: "לשון מתבהרת רק על רקע הקשרה, וכלל פרשנות המגביל את ההקשר לטקסט בלבד הוא מטבעו שרירותי" (עניין אפרופים, לעיל הערה 66, בע' 301); "סעיף 25(א) לחוק החוזים אינו אוסר על פנייה לנסיבות החיצוניות כדי להבין באופן טוב יותר את אומד הדעת המשתמע מתוך החוזה. כל שנקבע בסעיף 25(א) לחוק, הוא כלל הכרעה לפיו תוקף פרשני יינתן בראש ובראשונה לאומד הדעת המשתמע מתוך החוזה; ורק אם אומד דעת כזה אינו משתמע ממנו – מתוך הנסיבות. על כן, אם ניתן וראוי להיעזר בנסיבות החיצוניות לחוזה כדי להבין את אומד הדעת של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה, יש לעשות כן" (שם, בע' 310–311); "בגדרי התכלית הסובייקטיבית נתונה עדיפות נורמטיבית לאומד הדעת העולה מלשונו הרגילה והטבעית של החוזה, על פני אומד הדעת העולה מלשונו החריגה או מהנסיבות החיצוניות... הנה כי כן... מבחן חד-שלבי, ובו תנועה בלתי פוסקת מלשון החוזה לנסיבותיו החיצוניות, תוך יצירת חוקה הניתנת לסתירה כי תכלית החוזה היא זו העולה מלשונו הרגילה של החוזה. חוקה זו ניתנת לסתירה באמצעות מכלול הנסיבות" (שם, בע' 314).

74 ברק, לעיל הערה 68, בע' 497 ("הלכת אפרופים לא קבעה כי החוזה והנסיבות הם מקורות

דרך אחרת לפרש את דבריו של השופט ברק היא לומר כי הוא ביקש לשנות את שיווי-המשקל הפנימי שבין הלשון והנסיבות במסגרת הליכי הפרשנות של חוזים. במילים אחרות, השופט ברק ביקש לא רק לקבוע כי הנסיבות ממלאות תפקיד במסגרת הליכים של פרשנות; הוא ביקש גם לקבוע שכאשר שופטים מפרשים חוזים, הם יכולים להתעלם באופן נרחב מהמשמעות המילולית של החוזים (הרכיב הראשון דלעיל), ואף מהמשמעות המתבקשת על-פי הנסיבות כפשוטן (הרכיב השני דלעיל), ותחת זאת להקנות לחוזים, באופן נרחב, משמעות שיש לה אומנם אחיזה בנסיבות אך שחותרת תחת המשמעות המתבקשת על-פי הנסיבות כפשוטן (הרכיב השלישי דלעיל). פרשנות זו של דברי השופט ברק נתמכת אף היא בכמה התבטאויות שלו בפסק-הדין בעניין אפרופים.⁷⁵ יתר על כן, פרשנות זו נתמכת בעיקר במה שאין בפסק-הדין, קרי: הבהרה כי בדרך-כלל תינתן

שווי מעמד בגיבוש אומד דעת הצדדים... יש ליתן משקל כבד יותר לאומד הדעת כפי שהוא עולה מלשון החוזה על פני אומד הדעת כפי שהוא עולה מהנסיבות. הטעם לכך הוא שיש להניח כי הצדדים נתנו ביטוי לאומד דעתם בלשון שנקטו"; שם, בע' 505 ("אין כל אפשרות לפרש את לשון החוזה מתוך הטקסט בלבד. תמיד נדרשת פנייה לקונטקסט"); שם, בע' 492 ("הלכת אפרופים... קובעת חוקה, כי אומד דעת הצדדים עולה מלשונו הטבעית והרגילה של החוזה"); שם, בע' 491 ("הלכת אפרופים מדגישה את המשקל הראייתי הכבד שיש ליתן לראיות בדבר אומד דעת הצדדים, כפי שהן עולות מהחוזה עצמו, בהשוואה למשקל הראייתי שיש ליתן לראיות בדבר אומד דעת הצדדים, כפי שהן עולות מהנסיבות"). אולם אם זו הפרשנות הנכונה של דברי השופט ברק, כי-אז מתעוררת השאלה מה צורך היה להביא נימוקים משפטיים מורכבים להצדקת העמדה, שהרי היה ניתן להסתפק בהפניה קצרה למושכלות-היסוד של תורת הבלשנות במאה העשרים.

75 "אין מלים 'ברורות' כלשעצמן. אכן, אין לך דבר פחות ברור מהקביעה כי המלים הן 'ברורות'" (עניין אפרופים, לעיל הערה 66, בע' 298); "המעבר מהמקור הפנימי (לשון החוזה) למקור החיצוני (הנסיבות החיצוניות) אינו מותנה במילוי תנאים מוקדמים כלשהם. לא נדרשת כל בחינה מוקדמת, אם לשון החוזה היא ברורה אם לאו. שאלה זו תתבהר רק בסיומו של התהליך הפרשני" (שם, בע' 311-312); "אם לאחר בחינת לשון החוזה והנסיבות החיצוניות עדיין קיימת התנגשות בין אומד הדעת של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה, לבין אומד הדעת של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך הנסיבות, יד אומד הדעת של הצדדים המשתמע מתוך הנסיבות על העליונה" (שם, בע' 310). ראו גם ד' פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסקי דין אפרופים" המשפט ח (תשס"ג) 483, 484 ("בספרו של ברק על פרשנות חוזים אנו קוראים ש'לא כל החוזים הם בלתי ברורים באופן שווה'. במילים אחרות, כל החוזים הם בלתי ברורים, והם נבדלים רק בדרגת אי-הבהירות. לפיכך, אם יפנה לקוח לעורך דין ויבקש ממנו לנסח חוזה ברור בעסקה פשוטה, יא על עורך הדין להשיב לו כי זו משימה בלתי אפשרית, וכי 'חוזה ברור' הוא יצור שאיננו קיים בעולמנו, ולכל היותר יעלה בידו לנסח חוזה הלוקה באי-בהירות מדרגה נמוכה").

לחווה הפרשנות המתבקשת על-פי צירוף של מילותיו והנסיבות הרלוונטיות כפשוטן, וכי רק במקרים חריגים יוכלו הנסיבות יוצאות-הדופן לגבור על המשמעות המתבקשת על-פי צירוף של המילים והנסיבות כפשוטן. אולם כנגד טיעון זה ניתן לטעון כי ההבהרה האמורה חסרה בפסק-דינו של השופט ברק משום שעיקר כוונתו הייתה להדגיש רכיב מקדמי של הליך הפרשנות, דהיינו, שלא תיתכן פרשנות מחוץ לנסיבות. (לכאורה, היה אפשר לטעון כי פרשנות זו נתמכת גם באופן שבו התערב בית-המשפט בעניין אפרופים בחווה שנידון לפניו. אולם אין לקבל טיעון זה. בפסק-הדין בעניין אפרופים התערב אומנם בית-המשפט בתוכן החווה באופן מרחיק-לכת (ראו להלן), אולם התערבות זו נעשתה לא במסגרת הדוקטרינה של פרשנות החווה, אלא במסגרת דוקטרינה שונה – זו המאפשרת לבית-המשפט תיקון של לשון החווה).⁷⁶

אילו סברנו כי יש לקבל את הפרשנות השנייה באשר לדבריו של השופט ברק בפסק-הדין בעניין אפרופים, כי-או היה בהם משום העתקה ניכרת של כוח מהצדדים המתקשרים בחוזים אל בתי-המשפט, בכל הנוגע לקביעת תוכנם של חוזים: בתי-המשפט היו נתפסים כבעלי כוח נרחב להתעלם ממשמעות החוזים, כפי שזו עולה מצירוף של לשונם והנסיבות הרלוונטיות כפשוטן. אולם אני סבור כי יש לקבל את הפרשנות הראשונה דלעיל באשר לדבריו של השופט ברק – פרשנות שעל-פיה בתי-המשפט צריכים להניח כי בדרך-כלל התכוונו הצדדים לתת ללשון שבה השתמשו את המשמעות הטבעית המתבקשת לנוכח הנסיבות שבהן פעלו הצדדים.⁷⁷

אכן, פרשנות זו היא גם הפרשנות הראויה. יש לחזור אל מושכלות-היסוד: דיני החוזים הינם בעיקרו של דבר תחום שההכרעות הנורמטיביות הצריכות להיאכף בו הן

76 ראו גם פרידמן, שם, בע' 488 ("הקושי הוא ברטוריקה של פסק הדין ובדרך שבה יושמה ההלכה במקרה הספציפי. השילוב של גורמים אלה יצר תחושה שלפיה אין בנמצא חווה ברורה, הכול פתוח, וכל תוצאה ניתנת להשגה באמצעות פרשנות").

77 לאחרונה ניתן פסק-דין חשוב נוסף בסוגיית פרשנות החווה – ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מ"י (ניתן ביום 13.1.2005 – טרם פורסם) (להלן: עניין ארגון מגדלי ירקות). בפסק-דין זה נידון חוזה שנכרת בין המדינה לבין חקלאים. אני סבור כי פסק-הדין הינו מרחיק-לכת מבחינת תוצאתו יותר מאשר מבחינת ההלכה שנקבעה בו. השופטים ריבלין וברק קבעו כי לשון החווה אינה חד-משמעית, ולפיכך יש להכריע באשר לפרשנות החווה על-פי נסיבותיו. באשר לנסיבות, הובאו תצהירים מאת מי שהיו בעת כריתת החווה שר האוצר, שר החקלאות, מנכ"ל משרד החקלאות ומנכ"ל המועצה לייצור ולשיווק של ירקות. כל התצהירים האלה תמכו באופן חד-משמעי בעמדת החקלאים באשר לדרך שבה יש לפרש את החווה, וסותרו את העמדה שהשמיעה המדינה באשר לפרשנות. למרות זאת קבעו השופטים ריבלין וברק כי הנסיבות מחייבות את קבלת עמדתה של המדינה באשר לפירוש החווה. השופט מצא פירוש את החווה על-פי עמדת החקלאים. ב-9 ביוני 2005 הורה השופט חשין על קיומו של דיון נוסף, בעקבות פסק-דין זה, בנושא "דרכי פירושו של חווה", וכן – אם תתקבל עמדתו של השופט מצא – בשאלה אם היה מותר למדינה, בנסיבות העניין, לחזור בה מהתחייבותה החוזית.

הכרעותיהם של הצדדים המתקשרים בחוזים, ולא ההכרעות של המדינה באמצעות מוסדותיה – למשל, בתי-המשפט.⁷⁸ השיקול העיקרי שצריך לעמוד ביסוד פעולתם של דיני החוזים הוא זה של קידום האוטונומיה והתועלת של הצדדים המתקשרים בחוזים. כדי להתחקות אחר הכוונה של צדדים המתקשרים בחוזים, ברצותם לממש את האוטונומיה שלהם ולקדם את תועלתם, בית-משפט המכריע בסכסוך חווי צריך להתחשב בכל מקור רלוונטי: לא רק בלשון שנקטו הצדדים, אלא גם בהקשר התרבותי שבו פעלו.⁷⁹ למרות זאת, מקום שצדדים בחרו לבטא את ההסכמה החוזית שלהם בטקסט כתוב, יש מקום להנחה שלפיה טקסט זה משקף היטב את הכוונה המשותפת של הצדדים. זאת, בהסתמך על נסיון החיים, המלמד כי בדרך-כלל הלשון שבני-האדם נוקטים משרתת אותם היטב: כאשר אדם משתמש בלשון, בני-אדם אחרים מבינים בדרך-כלל במידה רבה של דיוק את הכוונה שהובעה בלשון, משום שהם יודעים לצרף יחדיו, בצורה מוצלחת, את המשמעות המילולית של הלשון עם הנסיבות הרלוונטיות להבנתה. לפיכך דיני החוזים צריכים להיות מושתתים על חזקה לכאורה כבדת-משקל, שלפיה מקום שצדדים ביטאו את כוונתם החוזית בטקסט כתוב, המובן המילולי השגרתי של הטקסט מבטא היטב את כוונתם. עם זאת, לצד המבקש לכפור במשמעות המילולית של הטקסט החוזי כפשוטו, באמצעות טיעון שלפיו יש להבין את הטקסט לא בהקשר של הנסיבות המתבקשות לשם הבנתו כפשוטן אלא בהקשר של נסיבות יוצאות-דופן, צריכה להינתן ההזדמנות לעשות כן, אולם הנטל שיהא עליו להרימו כדי להצליח בטענתו צריך להיות כבד למדי.

ברהפולוגתא של השופט ברק בעניין אפרופים היה השופט מצא, שכתב:

"חווה שלשונו ברורה במידה שאינה מותירה מקום לספק בדבר כוונתו, יש לאמוד את דעת הצדדים מתוכו, ואין להיזקק לשם כך לנסיבות כריתתו."⁸⁰

...

אם לשון החווה הינה ברורה במידה שאינה מותירה מקום לספק בדבר משמעות הדברים... יש לאמוד את דעתם של המתקשרים על פי המתחייב מן הלשון שנקטו, ולא על פי הגיונו של הפרשן.⁸¹

...

אם ברור הוא החווה ולשונו היא חד-משמעית, שוב אין צורך להיזקק לנסיבות ובוודאי לא להיגיון המסחרי או לכדאיות הכלכלית."⁸²

78 ראו להלן. מבחינה זו דיני החוזים הינם היפוכם המוחלט של דיני העונשין, שבהם ההכרעות הנורמטיביות של אלה העושים מעשים פליליים הינן לא-רלוונטיות.

79 יש לדחות אפוא את הצעתם של אנשי הגישה המוסדית, ראו להלן בחלק השני, שלפיה ההתחקות אחר כוונת הצדדים תיעשה רק על-פי הלשון שנקטו הצדדים בחווה שלהם. ראו גם א' זמיר פירוש והשלמה של חוזים (1996) 82-86. לגישה זהה לזו המובאת כאן ראו: Dagan, *supra* note 70.

80 עניין אפרופים, לעיל הערה 66, בע' 283.

81 שם, בע' 284.

82 שם, (השופט מצא מצטט מפסק-דינו של השופט בייסקי בע"א 406/82 נחמני נ' גלאור, פ"ד מא(1) 494, 499).

עוד כתב השופט מצא:

"רואה אני חשיבות רבה בהעמדת הצדדים בחזקתם כי הם התכוונו לאשר כתבו בעצם ידם. ככלל נכון לדעתי להניח, כי דרך בני האדם היא להקפיד ולדקדק בניסוח הסכמותיהם החוזיות. והמילה הכתובה, מקום שמשמעותה ברורה וכוונתה המסתברת עולה בקנה אחד עם נושא ההתקשרות, עודנה, כמדומה, המקור האמין ביותר לאומד דעתם של המתקשרים."⁸³

אם כוונת הדברים האלה לומר שהליכים של פרשנות יכולים להתקיים בגדר הלשון בלבד, ומחוץ לנסיבות, אזי, כמבואר לעיל, גישה זו שגויה. אולם אין כל סיבה לפרש כך את דבריו של השופט מצא. אני סבור שניתן לפרש את דברי השופט מצא כמכוונים לומר שבדרך-כלל ניתן לסמוך על הלשון שהיא מבטאה היטב את כוונתם של המשתמשים בה. אם כן, עמדתו של השופט מצא קרובה מאוד לעמדה המובעת כאן על-ידיי. לסיום הדיון בנקודה זו, ברצוני להסב את תשומת-הלב לכך שבמקרים רבים שבהם מתעוררת בעיית פרשנות של חוזים, הבעיה אינה נוגעת בפרשנות של מונח שנקטו הצדדים בחוזה, ואף לא בפרשנותו של סעיף מסוים שאותו הכלילו הצדדים בחוזה שלהם (בעיית פרשנות מן הסוג האחרון היא שעמדה במרכזו של פסק-הדין בעניין אפרופים); במקרים רבים בעיית הפרשנות מתעוררת ביחס לחוזה בכללותו, דהיינו, אם ניתן לראותו כמכלול שלם המכיל מכללא הוראה מסוימת, שאף-על-פי שלא ננקבה בו במפורש ניתן לראותה, לנוכח כל שאר הוראותיו של החוזה, כמהווה חלק ממנו גם-כן.⁸⁴ (במסגרת דרך חשיבה זו פתרו השופטים ברק ודב לוין את הבעיה הפרשנית שהתעוררה בעניין אפרופים). אכן, ברוב המקרים שבהם הפעילה הפסיקה את סעיף 25(א) לחוק החוזים, נעשה הדבר בהקשר מן הסוג האחרון.⁸⁵

(ב) ההכרה ברכיב האובייקטיבי במסגרת הליכי הפרשנות של החוזה

בשורה של פסקי-דין הכיר בית-המשפט בקיומו של רכיב אובייקטיבי בפרשנות החוזה, לצד הרכיב הסובייקטיבי. הרכיב הסובייקטיבי פירושו מאמץ לאיתור התכלית הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים, דהיינו, "האינטרסים, המטרות והיעדים המשותפים אשר הצדדים ביקשו, מבחינתם שלהם, להגשים באמצעות החוזה... התכלית הסובייקטיבית היא התכלית הריאלית המשותפת שהייתה בפועל לצדדים לחוזה."⁸⁶ הרכיב

83 שם, בע' 285.

84 A.L. Corbin *Corbin on Contracts* (St. Paul, 1960, Vol. 3) sec. 534; ד' פרידמן "השפעת גירושיו של המבוטח ונישואיו מחדש על זכויות מכות פוליסה לביטוח חיים" עיוני משפט ו (תשל"ח) 413, 421; מאוטנר "כיצד הודחה דוקטרינת התנאי מכללא", לעיל הערה 43, בע' 454.

85 מאוטנר, שם, בע' 455.

86 עניין מילגרם, לעיל הערה 23, בע' 157-158 (השופט ברק). ראו גם עניין אפרופים, לעיל הערה 66, בע' 312 (השופט ברק); עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל הערה 77, בפסקה

האובייקטיבי, לעומת זאת, פירושו מאמץ לאיתור התכלית האובייקטיבית של הצדדים, דהיינו:

"האינטרסים, המטרות והערכים אשר חוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים... תכלית זו נקבעת על פי מהותה של העסקה, ועל פי המטרה העסקית והכלכלית המונחת ביסודה. היא משקפת עקרונות של סבירות והגיון. היא פרי ההגיון הכלכלי, העסקי והמסחרי... התכלית האובייקטיבית הינה התכלית ההיפותטית שהיתה לצדדים, אילו פעלו כאנשים סבירים והוגנים. על כן יש להתחשב בקביעת התכלית האובייקטיבית בסוג העסקה נשוא החוזה ובמהותה... כן יש להתחשב במטרות הטיפוסיות של צדדים לחוזה בתחום זה. יש להביא בחשבון אינטרסים המקובלים על צדדים הוגנים ליחס החוזה. בחוזה מסחרי תהא זו אותה תכלית מסחרית המגשימה את ההגיון הכלכלי-מסחרי המונח ביסוד החוזה, תוך התחשבות במה שאנשי עסקים הוגנים היו עושים בנסיבות העניין."⁸⁷

עם זאת, קיים מדרג בין הרכיב הסובייקטיבי לבין הרכיב האובייקטיבי בפרשנות: בית-המשפט יבקש לאתר את התכלית האובייקטיבית של הצדדים רק בהעדר נתונים על-אודות התכלית הסובייקטיבית שלהם.⁸⁸

מצד אחד, ההכרה במקומו של הרכיב האובייקטיבי בפרשנות הינה מעשה של "ריאליזם משפטי", דהיינו, גילוי של שקיפות, כנות ויושר מצד בית-המשפט באשר לאופן שבו הליך הפרשנות של החוזה מתנהל מקדמת דנא. המצב שבו הקטגוריה של הפרשנות

11 לפסק-דינו של השופט ריבלין; שם, בפסקה 16 לפסק-דינו של השופט מצא; שם, בפסקה 8 לפסק-דינו של השופט ברק; ע"א 3978/99 אוליצקי כריה (1990) בע"מ נ' מנורה איזו אהרן בע"מ, פ"ד נה(2) 565, 573 (השופט א' לוי); רע"א 6072/98 שדמון נ' מ"י, פ"ד נד(1) 519, 525-526 (השופט דורנר); רע"א 8060/95 הנהלת בתי המשפט נ' אבי-חן אחסנה בע"מ, פ"ד נד(1) 357, 367 (השופט מצא) (להלן: עניין הנהלת בתי-המשפט); ע"א 300/97 חסון נ' שמשון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נב(5) 746, 755 (השופט אריאל); ע"א 6745/95 חברה העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ נ' פסל בע"מ, פ"ד נב(5) 542, 555 (השופט אנגלרד); עניין מליליין, לעיל הערה 69, בע' 856 (השופט ברק); רע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281, 296 (להלן: עניין בית-הכנסת רמת-חן) (השופט כץ); ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811, 819 (השופט חשין).

87 עניין מילגרום, שם, בע' 159 (השופט ברק). ראו גם עניין ארגון מגדלי ירקות, שם, בפסקה 36 לפסק-דינו של השופט מצא; עניין הנהלת בתי-המשפט, שם, שם; עניין מליליין, שם, שם; עניין בית-הכנסת רמת-חן, שם, בע' 296-297 (השופט כץ); עניין אפרופים, שם, בע' 313 (השופט ברק).

88 עניין מילגרום, שם, שם; עניין ארגון מגדלי ירקות, שם, שם; עניין הנהלת בתי-המשפט, שם, שם; עניין מליליין, שם, שם; עניין בית-הכנסת רמת-חן, שם, שם; עניין אפרופים, שם, שם.

האובייקטיבית אינה מוכרת כקיימת לצד הקטגוריה של הפרשנות הסובייקטיבית הינו מצב של "צביעות": דיני החוזים (והשופטים) אומרים דבר אחד אך עושים דבר אחר. חסרונו של מצב זה טמון אפוא בשקריות שבו: למרות העדר הקטגוריה של פרשנות אובייקטיבית, קיים בכל זאת רכיב משמעותי של פרשנות כזו במסגרת הליך הפרשנות של החוזה. אולם יתרונו של מצב זה בכך שהוא מאפשר מתן משקל נמוך יחסית לרכיב האובייקטיבי בפרשנות: מכיוון שהקטגוריה של פרשנות אובייקטיבית אינה מוכרת, הפרשנות הזו תופסת מקום שולי יחסית במסגרת הליך הפרשנות של החוזה.

מן הצד האחר, ההכרה בקיומו של הרכיב האובייקטיבי בפרשנות כקטגוריה עצמאית ונבדלת לצד הקטגוריה של הרכיב הסובייקטיבי פותחת פתח לסכנה של הפרת האיזון בין הרכיב הסובייקטיבי לבין הרכיב האובייקטיבי בפרשנות, בדרך של מתן משקל רב מדי על-ידי בית המשפט לרכיב האובייקטיבי על-חשבון הרכיב הסובייקטיבי. חסרונו של מצב זה בכך שמעשה שהוכר קיומה הנפרד של הקטגוריה של הפרשנות האובייקטיבית, ניתנה לקטגוריה זו לגיטימציה, דבר שעלול לגרום לכך שהיקף ההפעלה של הקטגוריה יתרחב מעבר לרצוי, אף אם יזהירו השופטים את עצמם כי הקטגוריה של הפרשנות האובייקטיבית צריכה להיות מופעלת באורח שיורי, דהיינו, רק מקום שאי-אפשר להקנות לחוזה משמעות במסגרת הפרשנות הסובייקטיבית. אולם יתרונו של המצב שבו הקטגוריה של הפרשנות האובייקטיבית מוכרת כבעלת חיות עצמאית ונבדלת הוא בכך שהשופטים והצדדים המתקשרים בחוזים מודעים היטב לאופן שבו מופעלים הליכי הפרשנות של חוזים.

ראוי לשים לב כי תכניו של הרכיב האובייקטיבי בפרשנות אינם נקבעים כמעט אף פעם על בסיס נתונים אמפיריים שבית המשפט אוסף לצורך הכרעה במקרה הנידון – למשל, נתונים על-אודות ההבנות הרווחות בענף העסקי שהצדדים פועלים בו – אלא על-פי השכל הישר⁸⁹ של השופט, דהיינו, על בסיס ידע אישי והשערות של השופט על-אודות האופן שבו העולם פועל. יתר על כן, אף שהרכיב האובייקטיבי מוצג כבעל תכנים אמפיריים, בפועל הוא מונע לא אחת על-ידי התפיסות הנורמטיביות של בית המשפט.

(ג) תיקון החוזה על-ידי בית המשפט

בפסק-הדין בעניין אפרופים קבע השופט ברק כי במסגרת פרשנות החוזה נתון לבית המשפט הכוח לתקן את לשון החוזה. אכן, כוחו של בית המשפט לתקן חוזים היה המקור הדוקטרינלי הראשוני שהפעיל השופט ברק במקרה זה כדי להגיע לתוצאה שנראתה בעיניו ראויה. עם זאת, הדגיש השופט ברק כי המהלך של תיקון החוזה צריך להינקט על-ידי בית המשפט רק במקרים נדירים ובוהירות מרבית.⁹⁰

בדיני החוזים מוכרת כמובן דוקטרינה המאפשרת תיקון של חוזה – הדוקטרינה של "טעות סופר" (סעיף 16 לחוק החוזים). אולם דוקטרינה זו שונה לגמרי מדוקטרינת תיקון

C. Geertz "Common Sense as a Cultural System" *Local Knowledge – Further Essays in Interpretive Anthropology* (New York, 1983) 73; מ' מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים 2 (תשנ"ט) 11.

90 עניין אפרופים, לעיל הערה 66, בע' 320–323, 331.

החוזה שפיתח השופט ברק בפסק־הדין בעניין אפרופים. הדוקטרינה של טעות סופר אמורה לאפשר תיקון של חוזה מקום שברור שעקב טעות טכנית החוזה כלשונו אינו משקף את כוונת הצדדים. לעומת זאת, דוקטרינת תיקון החוזה שפותחה בפסק־הדין בעניין אפרופים אמורה לאפשר לבית־המשפט לתקן חוזה תיקון מהותי, בנסיבות שבהן לא ברור כלל אם החוזה לאחר תיקונו ישקף כוונה משותפת שהתקיימה אצל הצדדים. אכן, פסק־הדין בעניין אפרופים מדגים נקודה זו היטב: בפסק־דין זה תוקן החוזה על־ידי הוספת הוראה שהטילה על חברה קבלנית קנס של הפחתת 5% מהמחיר בגין כל חודש של איחור בהשלמת הבנייה. תיקון זה הטיל על החברה הקבלנית סיכון ניכר (למשל, הפחתה של 15% מהמחיר בגין איחור של שלושה חודשים), ולכן ברור כי בהעדר הוראה מפורשת בחוזה בדבר קנס בשיעור כזה, היה צריך להניח שהחברה לא הייתה מוכנה לקבל אותו על עצמה מלכתחילה, בעת כריתת החוזה, ושהמדינה – הצד האחר לחוזה – לא הייתה מוכנה לשלם לחברה הקבלנית את הפרמיה הנדרשת לכיסויו של סיכון ניכר כל־כך. משמע: דוקטרינת תיקון החוזה שפותחה והופעלה בפסק־הדין בעניין אפרופים יוצרת חלוקת עבודה בין צדדים המתקשרים בחוזה לבין בתי־המשפט אשר מעניקה לבתי־המשפט כוח נרחב, על־חשבון כוחם של הצדדים, בקביעת תוכנו של החוזה.

(ד) תום־לב כמקור להשלמת חסרים בחוזים

במשפט האנגלו־אמריקאי האמצעי המסורתי להשלמת חסרים בחוזים הוא דוקטרינת התנאי מכללא. למן קום המדינה הייתה דוקטרינה זו גם האמצעי להשלמת חסרים בדיני החוזים של ישראל.⁹¹ אולם מאז נחקק חוק החוזים ניכרת בפסיקתו של בית־המשפט העליון מגמה ברורה להחליף את דוקטרינת התנאי מכללא בדוקטרינת תום־הלב כמקור להשלמת חסרים בחוזים.⁹² תהליך זה הגיע לשיאו בפסק־הדין בעניין אפרופים. דוקטרינת התנאי מכללא מבוססת על מאמץ של בית־המשפט "לשחזר" כוונה היפותטית של הצדדים בעת כריתת החוזה. הדוקטרינה מחייבת אפוא את בית־המשפט להתעמק בפרטי העסקה החוזית הנידונה על־ידי ("לוגיקה עמוקה"),⁹³ ולהשלים חסר הקיים בה על־פי הגיונה, כפי שהוא עולה מהחוזה ומנסיבות כריתתו. אכן, לא־אחת בית־משפט המתבקש להשלים חסר בחוזה באמצעות דוקטרינת התנאי מכללא מסרב לעשות זאת, משום שהוא אינו משוכנע כי ניתן לראות את התנייה שאותה הוא מתבקש לקרוא אל תוך החוזה כתנייה שהצדדים היו מסכימים לה בעת כריתת החוזה. לעומת זאת, הפעלה של דוקטרינת תום־הלב אינה מחייבת התעמקות כזו ("לוגיקה רדודה"). על־פי

91 ע"א 39/47 אשר נ' בירנבאום, פ"ד ב(1) 533; א' גולדנברג, א' זמיר, מ' מאוטנר וג' מונדלק "מגמות בפרשנות חוזים – ע"א 39/47 אשר נ' בירנבאום" משפטים ראשונים (ד' ברק־ארו עורכת, תשנ"ט) 89–119.

92 לדיון נרחב ראו מאוטנר "כיצד הודחה דוקטרינת התנאי מכללא", לעיל הערה 43; פרידמן וכהן, לעיל הערה 18.

93 על "לוגיקה עמוקה" ו"לוגיקה רדודה" בהפעלת המשפט ראו לעיל סעיף ב(ב) בחלק הראשון.

הדרך המקובלת להפעלתה של חובת תום-הלב, אמת-המידה העיקרית להפעלתה של החובה היא ההגינות. ברור אפוא שהתערבותו של בית-המשפט בתוכן החוזה כאשר הוא מפעיל את דוקטרינת תום-הלב הינה עמוקה מזו המתקיימת מקום שביית-המשפט מפעיל את דוקטרינת התנאי מכללא.

יש להזדרז ולהוסיף כי ההבדל המעשי בין שתי הדוקטרינות עשוי להיות קטן. הדוקטרינה של תנאי מכללא מבוססת על פיקציה גמורה: בית-המשפט מציג את עצמו כמוסיף תנייה אל תוך החוזה בשם הצדדים, אף שברור לחלוטין שהתנייה מוספת על-פי שיפוטו של בית-המשפט, ולא על-פי בחירה של הצדדים.⁹⁴ אולם ההבדל המתודולוגי בין שתי הדוקטרינות הינו הבדל חשוב, המשקף תפיסה עקרונית שונה לגמרי של חלוקת העבודה בין הצדדים המתקשרים בחוזים לבין בית-המשפט הדן בסכסוכים חוזיים: בית-המשפט המפעיל את דוקטרינת התנאי מכללא פועל בשם הצדדים ובשירותם, על-פי הבנות המיוחסות להם; לעומת זאת, בית-המשפט המפעיל את חובת תום-הלב כחובה של הגינות מטיל על הצדדים את ההבנות שלו בשאלת ההגינות, כפי שביית-המשפט מכריז עליהן לאור מה שהוא סובר שמקובל בחברה הישראלית (או ליתר דיוק, לאור מה שהוא סובר שצריך להיות מקובל בחברה הישראלית). המעבר מדוקטרינת התנאי מכללא לדוקטרינת תום-הלב הינו אפוא מעבר מהמסגרת האטומיסטית של היחסים הפנימיים של הצדדים למסגרת הקולקטיבית של התרבות שביית-המשפט מציג את עצמו כדובר בשמה. כנגד זה ניתן לטעון כי בהנחה (הבעייתית לא-אחת) שהצדדים פועלים במסגרתה של אותה תרבות שביית-המשפט פועל בה, ובהנחה שהצדדים הפנימו את תכניה של תרבות זו, הכפפתם לתפיסות הנורמטיביות שלה אינה אמורה לעלות כדי התערבות חיצונית משמעותית בחוזה שלהם.

6. מתן תוקף למצגים טרום-חוזיים

על-פי הכלל המסורתי של דיני החוזים, כל ההבנות שהושגו בין הצדדים בשלב המשא-ומתן שקדם לכריתת החוזה, ואשר לא נכללו בחוזה שנכרת ביניהם, נחשבו לא-רלוונטיות לצורך קביעת תוכנה של ההסכמה החוזית המחייבת ביניהם. הקשר החוזי שבין הצדדים היה אמור להיות מוסדר אך ורק על-פי מה שנכלל בחוזה שנכרת על-ידי הצדדים. הכוח לקבוע מה יהיה תוכנה של ההסכמה החוזית נמסר אפוא לצדדים המתקשרים. בעשורים האחרונים נטל לעצמו בית-המשפט העליון את הכוח לקבוע שגם המצגים הטרום-חוזיים שהתקיימו במשא-ומתן של הצדדים עשויים להיחשב בעלי נפקות במסגרת הקשר שבין הצדדים, אף אם מצגים אלה אינם כתובים "שחור על גבי לבן" בחוזה שכתרו הצדדים, ולעיתים אף אם הם נוגדים את הכתוב בחוזה. משמע: בית-המשפט נטל לעצמו את הכוח לקבוע אילו חבויות נוצרו בין הצדדים בשלב כריתת החוזה, מעבר לחבויות שהם נטלו על עצמם במפורש בחוזה שלהם.⁹⁵

94 ראו גם Restatement (Second) of Contracts §204 (1979) (נטישת המבחן של "תנאי מכללא" והחלפתו במבחן של "מה שסביר לאור הנסיבות").

95 ע"א 86/76 "עמידר" בע"מ נ' אהרון, פ"ד לב(2) 337; ע"א 481/81 טבוליצקי נ' פרלמן,

7. צמצום המסוימות הנדרשת לצורך כריתת חוזה

כידוע, על־פי המשפט הישראלי, כדי שייכרת חוזה צריכות להתקיים שתי דרישות מצטברות: גמירת־דעת של הצדדים להתקשר בחוזה ומסוימות באשר לתוכן החוזה.⁹⁶ אולם בעניין רבינאי ניסח השופט ברק באופן מצמצם ביותר את היקפו של מבחן המסוימות: כל שנדרש הוא שהחוזה יכיל אך מספר מצומצם של תנאים – "התנאים המהותיים של העסקה" – ואילו כל שאר תנאי העסקה ניתנים להשלמה על־ידי דין החוזים החל על העסקה, בדרך של "השלמה נורמטיבית".⁹⁷ דבריו אלה של השופט ברק היוו בסיס לשורה ארוכה של פסקי־דין שבהם הפעילו שופטי בית־המשפט העליון את דרישת המסוימות כדרישה מצומצמת ביותר.⁹⁸

בפסקי־דין שראה אור לאחרונה, רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור,⁹⁹ הוצג מבחן המסוימות כלא־יקיים כמעט. השופטת דורנר אמרה: "במשפט המודרני דרישת המסוימות איבדה מחשיבותה. לעתים דרישה זו אף אינה נזכרת, ותחתיה נקבעים קני־מידה גמישים

פ"ד לח (4) 421; ע"א 790/81 American Microsystems Inc. נ' אלביט מחשבים בע"מ, פ"ד לט (2) 785.

96 שני פסקי־הדין היסודיים בעניין זה הם ע"א 440/75 זנדבנק נ' דנציגר, פ"ד (2) 260 (השופט שמגר); ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג (2) 283 (השופט ברק) (להלן: עניין רבינאי).

97 עניין רבינאי, שם, בע' 288.

98 ראו, בין היתר, ע"א 3380/97 תמגר, חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' גושן, פ"ד נב (4) 673, 682 (השופט אור); ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ (5) 820, 833, 834 (השופט אור); ע"א 3102/95 כהן נ' כהן, פ"ד מט (5) 739, 744, 747 (השופטת שטרסברג־כהן); ע"א 133/89 החברה לפיתוח חוף התכלת (תל אביב־הרצליה) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מז (5) 689, 701, 706–707 (השופט דב לוין); ע"א 5559/91 ק.צ. מפעלי גז ואנרגיה (1982) בע"מ נ' מקסימה המרכז להפרדת אויר בע"מ, פ"ד מז (2) 642, 647 (השופטת דורנר); ע"א 2821/90 שומרני נ' רוזנבלום, פ"ד מז (1) 201, 205 (השופט דב לוין); ע"א 342/89 ג.ז. רכסים בע"מ נ' גרופר, פ"ד מז (2) 724, 735–736 (השופט מלץ); ע"א 144/89 מ"י נ' פמר חברה לבנין ולעבודות ציבוריות בע"מ, פ"ד מז (1) 654, 658–659 (השופט דב לוין); ע"א 692/86 יעקב בוטקובסקי ושות' – חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת, פ"ד מד (1) 57, 66 (השופט מצא); עניין זוננשטיין, לעיל הערה 9, בע' 285 (השופטת בן־פורת). ראו גם פרידמן וכהן, לעיל הערה 36, בע' 268: "דרישת המסוימות, כפי שזו הובנה על ידי התורה הקלאסית, צומצמה במידה רבה, שכן חוזה בלתי שלם עשוי במקרים רבים להחשב לתקף, ובלבד שהוא משקף את הסכמתם של הצדדים ליסודותיה הבסיסיים של העסקה"; ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 88–89: "מידה מינימלית של פירוט היא הכרחית... אולם מעבר למידה מינימלית זו של ודאות די באפשרות ההשלמה בדיעבד"; Zamir, *supra* note 19, at p. 1751.

99 פ"ד נו (1) 577.

יותר המתמקדים בצורך להשלים את החוזה שנכרת, ככל שהוא חסר.¹⁰⁰ השופט דורנר הוסיפה: "במשפטנו הכלל הוא שהיעדר מסוימות לא ישמש עילה לצד לחוזה להשתחרר מחיוב שנטל על עצמו מתוך גמירת דעת אם ניתן לתת לחיוב פירוש נאות המאפשר לקיימו, ובאין אפשרות כזאת, אם ניתן להשלימו על יסוד מנגנוני השלמה הקבועים בחוק ובפסיקה. לא זו אף זו, אלא שבהתקיים גמירת דעת, הרי שבמקום שהיעדר המסוימות מונע את אכיפת החיוב, יינתן חלף סעד האכיפה סעד של פיצויים."¹⁰¹ השופטת בייניש נקטה עמדה דומה, באומרה כי "הגישה המודרנית המעייטה במידה רבה מדרישת המסוימות ומגמה זו התפתחה עם מתן כלים חקיקתיים ופסיקתיים להשלמת הפרטים החסרים בחוזה שנכרת בין הצדדים."¹⁰²

אייל זמיר מסכם היטב את עמדתו של המשפט הישראלי בנקודה זו: "מערכת המשפט נכונה ליטול על עצמה את התפקיד של קביעת מרבית המרכיבים של תוכן החוזה, בעוד שההסכמה האקטואלית של הצדדים משקת תפקיד קטן יחסית בנושא זה."¹⁰³ מכיוון שדרישת המסוימות עוסקת בתוכן החוזה, גישתו האמורה של בית המשפט העליון מציידת את בתי המשפט בכוח נרחב לקבוע את תוכנם של חוזים, ויוצרת חלוקת עבודה בין בתי המשפט לבין הצדדים המתקשרים בחוזים שעל-פיה לבתי המשפט, ולא רק לצדדים, יש תרומה מהותית לקביעת תוכנם של חוזים.

8. טשטוש ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי

בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום,¹⁰⁴ אמר השופט ברק: "השאלה האמיתית אינה, אם עקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים בתחומי המשפט הפרטי. התשובה על שאלה זו פשוטה היא וברורה – כן. השאלות האמיתיות הינן, כיצד מוזרמים עקרונות היסוד של המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי, ומהם הצינורות דרכם מועברים עקרונות אלה אל ההתנהגות של הפרט ביחסיו עם פרטים אחרים."¹⁰⁵ דברים אלה שימשו בסיס לשורה של פסקי דין שבהם נקבע לא רק שעקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים בתחומי המשפט הפרטי, אלא גם שזכויות היסוד של האדם מוגנות בתחומי המשפט הפרטי.¹⁰⁶

100 שם, בע' 588.

101 שם, שם.

102 שם, בע' 591. ראו גם: Zamir, *supra* note 19, at pp. 1750–1751 (דיני החוזים המודרניים בארצות הברית מקילים מאוד כאשר מדובר בדרישת המסוימות. בתי המשפט משלימים תנאים חסרים בחוזים, אף אם אלה תנאים מרכזיים העוסקים במועד המשלוח ואף במחיר. בתי המשפט רואים עצמם רשאים לקבוע הרבה מתוכן החוזה, ואילו הבחירות של הצדדים ממלאות תפקיד קטן יחסית בהקשר זה).

103 זמיר, לעיל הערה 79, בע' 57.

104 פ"ד מו(2) 464.

105 שם, בע' 530.

106 דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (השופט ברק); ע"א

ברוח זו קבע השופט זמיר, בע"א 3833/93 לזין נ' לזין,¹⁰⁷ כי שיקולי הצדק שבית-משפט יכול לשקול, מקום שמתעוררת השאלה אם אכיפתו של חוזה הינה צודקת, אינם רק שיקולי צדק המתייחסים לצדדים לחוזה, אלא גם שיקולים של "צדק ציבורי", שעניינם טובת הציבור. פירוש הדבר שבית-משפט עשוי לא לאכוף חוזה – אף ששיקולי הצדק המתייחסים לצדדים לחוזה מובילים לסברה שהחוזה אכיף – אם שיקולי הצדק הציבורי יורו כי אין לאכוף את החוזה. הלכה זו סוטה מכללי-היסוד של דיני החוזים, שעל-פיהם שיקולי הצדק הציבורי מקומם בסימון גבולות הגזרה של חופש החוזים (בדיני החוזים שלנו: סעיף 30 לחוק החוזים), ומשעה שהתקשרות חוזית סווגה כנופלת בתחומו של חופש החוזים, השיקולים הרלוונטיים ביחס אליה יתייחסו לצדדים להתקשרות, ולא יישקלו שיקולים בדבר השלכותיה של ההתקשרות על צדדים שלישיים או על החברה בכללותה. משמע: שיקולים שבעבר סימנו את גבולות הגזרה של חופש החוזים הוכנסו על-ידי השופט זמיר ללב דיני החוזים, באופן המשפיע על זכויותיהם של הצדדים לחוזה.

כמובן, ברוח של טשטוש ההבחנה בין המשפט הציבורי והמשפט הפרטי, בפסק-הדין בעניין אפרופים, שנידון לעיל, דיבר השופט ברק בנשימה אחת על פרשנות החוזה ועל פרשנות החוק, כאילו עקרונות הפרשנות החלים בשני המקרים – זהים.¹⁰⁸

לכאורה, בפסקי-הדין האלה בית-המשפט מתחבר לעמדותיהם של אנשי הריאליזם המשפטי האמריקאי, שיצאו נגד ההבחנה הנוקשה שקיימה התיאוריה הקלאסית של החוזה בין הספרה הציבורית לבין הספרה הפרטית,¹⁰⁹ ואשר טענו כי דיני החוזים הינם חלק מן המשפט הציבורי: כל הדוקטרינות של דיני החוזים מגלמות הכרעות ערכיות והכרעות מדיניות באשר לשאלה אילו חוזים יש לאכוף, ובאשר להקצאה של כוחות, יתרונות ונטלים בין יחידים המתקשרים בחוזים; והמדינה מאפשרת למתקשרים בחוזים לגייס את כוח הכפייה שלה רק במקרים התואמים את ההכרעות הערכיות וההכרעות המדיניות האלה.¹¹⁰

AES Systems Inc. 6601/96 נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (השופט ברק); ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66 (השופט דב לזין); ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים, פ"ד מט(3) 196 (השופט זמיר). ראו גם א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 163; Human "Introduction" D. Friedmann & D. Barak-Erez eds., 2001) 1. *Rights in Private Law* (Portland, D. Friedmann & D. Barak-Erez eds., 2001) 1.
 107 פ"ד מח(2) 862. ראו גם ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 516 (השופט שטרסברג-כהן); א' פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב (תש"ס) 647.
 108 עניין אפרופים, לעיל הערה 66, בע' 296, 299, 308, 309, 317, 318, 320, 324.
 109 Kennedy, *supra* note 4.
 110 M.R. Cohen "The Basis of Contract" 46 *Harv. L. Rev.* (1933) 553; R. Hale "Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State" 38 *Pol. Sci. Q.* (1923) 470; R. Hale "Bargaining, Duress, and Economic Liberty" 43 *Colum. L.*

אולם יש להבין היטב את משמעותם של הטענות של הריאליסטיים האמורים. אם הם מצביעים על כך שהמדינה ממלאת תפקיד מכוון חשוב בתחום של דיני החוזים, דהיינו, שתחום זה מוסדר באופן נרחב על ידי המדינה, אפילו בכך שהמדינה בוחרת להותיר לצדדים "חופש חוזים", אזי טענות אלה, לפחות כיום, הינם מובנים מאליהם: ההבנה שהמשפט ממלא תפקיד חשוב בכינון היחסים החברתיים ובכינון הפרקטיקות החברתיות רווחת אצל מלומדי משפט רבים.¹¹¹ אולם אם ימצא מי שיבקש ללמוד מטיעונים אלה כי המשפט הפרטי צריך להיחשב חלק מן המשפט הציבורי, כי-אז טענות אלה מסוכנים. בדומה לכך, אם פסקי-הדין האמורים של בית-המשפט העליון מבקשים להכפיף את המשפט הפרטי לעקרונות-היסוד של המשפט הציבורי, אזי קיימת בפסקי-דין אלה סכנה לא-מעטה.

מדוע חשוב לשמור על ההבחנה בין משפט פרטי לבין משפט ציבורי? השאלה העומדת ביסוד שאלה זו היא: מה הערך בקיומן של קטגוריות נפרדות בתרבות בכלל ובמשפט בפרט? אחת התשובות החשובות לשאלה זו היא שאנו מקיימים קטגוריות נפרדות לחשיבה על העולם מקום שאנו סוברים כי בין שני מצבים עובדתיים קיים שוני הגורם לנו לרצות לייחס לכל אחד משני המצבים משמעויות נורמטיביות שונות. בתרבות, קטגוריות

Rev. (1943) 603; O.W. Holmes "Privilege, Malice, and Intent" 8 *Harv. L. Rev.*
 :ראו גם: R. Pound "Liberty of Contract" 18 *Yale L. J.* (1909) 454
 C. Dalton "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine" 94 *Yale L.J.*
 (1985) 997; J.W. Singer "Legal Realism Now" 76 *Cal. L. Rev.* (1988) 467, 483;
 D. Kennedy "The Stakes of Law, or Hale and Foucault!" *Sexy Dressing Etc. –
 Essays on the Power and Politics of Cultural Identity* (Cambridge & London,
 1993) 83; Kennedy, *supra* note 4; Zamir, *supra* note 19, at pp. 1777–1778
 A. Sarat & T.R. Kearns "The Cultural Lives of Law" *Law in the Domains of* 111
Culture (Ann Arbor, A. Sarat & T.R. Kearns eds., 1998) 2; A. Sarat &
 T.R. Kearns "Editorial Introduction" *Law in Everyday Life* (Ann Arbor, A. Sarat &
 T.R. Kearns eds., 1993) 1; A. Sarat & T.R. Kearns "Beyond the Great Divide:
 Forms of Legal Scholarship and Everyday Life" *Law in Everyday Life* (Ann Arbor,
 A. Sarat & T.R. Kearns eds., 1993) 21; B.G. Garth & A. Sarat "Justice and Power
 in Law and Society Research: On the Contested Careers of Core Concepts"
Justice and Power in Sociological Studies (Evanston, B.G. Garth & A. Sarat eds.,
 1998) 1; A. Sarat & J. Simon "Beyond Legal Realism? Cultural Analysis,
 Cultural Studies, and the Situation of Legal Scholarship" 13 *Yale J. L. &
 Humanities* (2001) 3; P. Ewick & S.S. Silbey *The Common Place of Law – Stories
 from Everyday Life* (Chicago & London, 1998); S.S. Silbey "Making a Place for
 Cultural Analysis of Law" 17 *Law and Social Inquiry* (1992) 39; S.E. Merry
 "Resistance and the Cultural Power of Law" 29 *Law and Society Rev.* (1995) 11;
 R.W. Gordon "Critical Legal Histories" 36 *Stan. L. Rev.* (1984) 57

עובדתיות שונות מאפשרות לנו לא רק לארגן את תפיסת המציאות שלנו באופן עשיר ומורכב יותר, אלא גם לחיות בעולם נורמטיבי עשיר יותר, דהיינו, הן מאפשרות לנו לטעון מצבים עובדתיים שונים במשמעויות נורמטיביות שונות. עולם שבו הסדר נורמטיבי אחד חל על קטגוריות עובדתיות שונות אינו רק עולם דל במשמעות נורמטיבית, אלא גם עולם שהסדריו הנורמטיביים שגויים, משום שהם אינם רגישים לכך שמצבים עובדתיים שונים מורכבים מרכיבים עובדתיים שונים, אשר מחייבים הסדרה נורמטיבית שונה שלהם.¹¹² (אכן, תובנה זו עומדת ביסוד תביעתו של קרל לואלין, אשר תידון בהמשך, שהמשפט יסדיר את המציאות באמצעות קטגוריות צרות ככל האפשר: ככל שהמשפט מצליח להסדיר את המציאות באמצעות קטגוריות צרות יותר, כן הוא מסוגל להתאים למספר גדול יותר של קטגוריות את ההסדר הנורמטיבי הייחודי המתאים להן.)

ההבדל המכריע בין המשפט הציבורי לבין דיני החוזים הוא כדלהלן: הנחת היסוד של המשפט הציבורי היא שלכל אורח אמורה להינתן הזכות לשכנע באשר להחלטות שהמדינה צריכה לקבל, אולם בסופו של דבר, אם יתקבלו החלטות שהאורח מתנגד להן, הוא יחשב בכל־זאת כפוף להן. (הנחת היסוד של המשפט הציבורי היא אפוא שהגיון הפעולה של המדינה הדמוקרטית הוא זה של הארגון, במובנו דלעיל.) מטרתם של דיני החוזים היא לייחד בחייהם של בני־האדם ספֶרה של פעילות שבה יוכלו לפעול על־פי הגיון פעולה אחר, כלומר, ספֶרה שבה תהא להם מידה גדולה של שליטה בהסדרים הנורמטיביים שהם יוכפפו להם, דהיינו, שבאופן עקרוני הם לא יוכפפו להסדרים שהם לא הסכימו להם. כל מי שרואה ערך בקיומה של ספֶרה כזו בחייהם של בני־האדם יחתור לשימורם של קווים מבחינים ברורים בין הקטגוריה של המשפט הציבורי לבין הקטגוריה של דיני החוזים.¹¹³ מובן שכאשר בית־המשפט מטשטש את הגבולות המבחינים בין המשפט הפרטי לבין

112 לעמדה זהה ראו: H. Dagan "The Craft of Property" 91 *Cal. L. Rev.* (2003) 1517, esp. at pp. 1558–1570.

113 ניתן להצביע על סיבות נוספות המצדיקות שימור של ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין דיני החוזים. ראשית, הצדדים שהמשפט הציבורי עוסק בהם, קרי: המדינה והאזרח, אינם שוויוֹכוחות, והדבר מחייב פיתוחם של כלים להגנת הצד החלש מפני הצד החזק. יתר על כן, במסגרת פעולתם של מוסדות המדינה קיים חשש שהכוח הרב של המדינה יתועל על־ידי הרוב לפגיעה קשה במיעוט. לפיכך המשפט הציבורי מצייד כל אורח בזכויות־יסוד שיגנו עליו מפני פגיעת הרוב. לעומת זאת, דיני החוזים עוסקים בצדדים שבאופן עקרוני נחשבים שוויוֹכוח (מובן שבמקרים מסוימים, כגון יחסי עובדים ומעבידים ויחסי ספקים וצרכנים, דיני החוזים מכירים בכך שמתקיים חוסר שוויון בין הצדדים, ולפיכך קובעים כללים מיוחדים להגנת הצד החלש). כמו־כן, בעיית הפגיעה של הרוב במיעוט אינה קיימת כאשר מדובר ביחסים המתקיימים בין בני־אדם המתקשרים בחוזים. לפיכך המתקשרים בחוזים אינם נחשבים מוגנים אלה כלפי אלה באמצעותן של זכויות־יסוד. שנית, אנו מצפים שהמדינה תנהג שוויון באזרחיה. לעומת זאת, ככל הנראה, אנו מבקשים להתיר למתקשרים חוזיים לנהוג הפליה בספֶרה הפרטית שלהם, אך לא בספֶרה של החברה האזרחית. אני סבור כי מותר לאדם (אך לא לתאגיד) לסרב להשכיר את דירתו לאדם הנמנה עם מיעוט לאומי, דתי, מיני וכדומה, אולם

המשפט הציבורי, הוא מכפיף את דיני החוזים לדרך חשיבה שיש בה כדי לאפשר לבית המשפט התערבות נרחבת בקביעת תוכניהם של חוזים, דבר המנוגד להיגיון העומד ביסוד קיומם הנבדל של דיני החוזים.

נקודה אחרונה זו מצביעה על הזיקה הקיימת בין התייחסותו הגוברת של בית המשפט אל החוזה כאל ארגון (כמפורט במאמר זה) לבין פעולתו של בית המשפט לטשטוש הקווים המבחינים בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי: מכיוון שהמדינה מתפקדת על-פי לוגיקת הארגון, הכנסת רכיבים של המשפט הציבורי אל תוך המשפט הפרטי פירושה הכנסה של לוגיקה הלקוחה מעולם הארגונים אל תוך המשפט הפרטי.

בדומה לכך, ניתן לומר כי קיים קשר ברור בין המעבר של בית המשפט מדוקטרינת התנאי מכללא לדוקטרינת תום-הלב, כמקור להשלמת חסרים בחוזים, לבין פעולתו של בית המשפט לטשטוש הקווים המבחינים בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי: דוקטרינת התנאי מכללא ממקדת את תשומת-ליבו של בית המשפט בפרטי העסקה החוזית של הצדדים; ואילו חובת תום-הלב, על-פי הדרך האופיינית שבה היא מופעלת במשפט הישראלי, משמשת מכשיר להחלה ולהפצה של נורמות ההגיונות שבית המשפט סובר כי צריכות לחול בחברה הישראלית.¹¹⁴

9. סיכום

תכניו של המשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט אינם נקבעים בדרך יוזמה ומתוכננת. הם נקבעים ממקרה למקרה, תוך הפעלה של התכנים העשירים והמורכבים הקיימים בפסיקה. בפסקי-דין שונים ניתן למצוא אפוא הפעלה של חומרים שונים של המשפט, אשר לעיתים אינם מתיישרים זה עם זה. עם זאת, למרות העושר והמורכבות העצומים של התכנים המצויים בפסיקה, ניתן בדרך-כלל לאתר, בכל זמן נתון, מגמות רחבות בפסיקה. (לא למותר לציין כי לצד מגמות אלה ניתן לאתר בדרך-כלל גם רכיבים הסותרים אותן, בין משום שבית-משפט עליון מפתח במקביל כמה רכיבים סותרים, אלה לצד אלה, ובין

במדינה ליברלית אסור לאדם להפלות במסגרת פעילותו בתחום החברה האזרחית – למשל, בדרך של מניעת גישה לחנותו מבני-אדם הנמנים עם מיעוט לאומי, דתי, מיני וכדומה. ראו לעניין זה חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58; ברק, לעיל הערה 106; שלישיית, אנו תופסים את המדינה כנאמן של האזרחים. לפיכך המשפט הציבורי מטיל על המדינה "חובות אמון" כלפי אזרחיה. לעומת זאת, איננו תופסים את היחסים המתקיימים בין צדדים לחוזים כיהסי אמון. לפיכך דיני החוזים אינם מטילים חובות אמון בין צדדים לחוזה.

114 עם זאת, ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי היטשטשה במידה מסוימת במאה העשרים בעקבות הכפפתם של חוזים רבים לרגולציה של המשפט הציבורי. ראו לעניין זה: Kennedy, *supra* note 4, at pp. 162–163, 173. העובדה שהמשפט הפרטי נתון לרגולציה ענפה הינה טעם מעשי חשוב לקיומה של דוקטרינת התנאי המתלה (סעיפים 27–29 לחוק החוזים).

משום שבית-משפט עליון מפתח תכנים חדשים לצידם של תכנים קודמים, בלא שהתכנים החדשים הצליחו עדיין להפוך את התכנים הקודמים לבלתי-פעילים. תוכני המשפט לעולם אינם מונוליתיים אפוא, והם קוהרנטיים רק בהקשר של גורות משפטיות צרות, ולא מעבר לכך.

בפסיקתו של בית-המשפט העליון בסוגיית תוכן החוזה ניתן לאתר מגמה רחבה: פיתוח של דוקטרינות, עקרונות וכללים המאפשרים לבתי-המשפט להתערב במידה נרחבת יותר מאשר אי-פעם בעבר בקביעת תוכנם של חוזים; ובעקבות זאת פיתוח של תפיסת-עולם הרואה זאת כמובן מאליו וכלא-בעייתי שבתי-משפט מתערבים באופן נרחב בקביעת תוכנם של חוזים. בניסוח אחר, המגמה שניתן לאתר בפסיקה היא שינוי חלוקת העבודה שבין בתי-המשפט לבין הצדדים המתקשרים בחוזים בכל הנוגע לקביעת תוכנם של חוזים: בית-המשפט העליון מקנה לעצמו (ולשאר בתי-המשפט של המדינה) כוח רב יותר בנוגע לקביעת תוכנם של חוזים, על-חשבון כוחם של הצדדים לעשות כן.

מגמה רחבה זו באה לידי ביטוי בשורה ארוכה של התפתחויות שחלו בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשני העשורים האחרונים:

- הפעלה נרחבת של דוקטרינת תום-הלב, בהשלמה לתכנים החוזיים המפורשים שנקבעו על-ידי הצדדים, וזאת בעיקר בדרך של הכפפת צדדים המתקשרים בחוזים לגורמת ההגינות, על-פי תוכן שאותו קובע בית-המשפט, ולא על-פי תוכן שנקבע על-ידי בית-המשפט בדרך אמפירית לאור מושגי ההגינות המקובלים על הצדדים הפרטיקולריים לחוזה או על הקבוצה החברתית שבה פעלו הצדדים;
- העתקה של נקודת-הזמן לקביעת מצב הזכויות והחבויות של הצדדים משלב כריתת החוזה (שבו שולטים הצדדים) לשלב הביצוע של החוזה, שבו הצדדים נתבעים לפעול על-פי מה שמתחייב מהנסיבות החדשות והבלתי-חזויות מראש שנוצרו בשלב זה, והכל תחת הפיקוח וההערכה הנורמטיביים של בית-המשפט, הנעשים בדיעבד, תוך הפעלה של נורמות עמומות כגון "תום-לב" ו"החובה לשתף הפעולה";
- הכרה מפורשת בקטגוריה של הפרשנות האובייקטיבית (שאותה ממלא בתוכן בית-המשפט, לפי הבנות "השכל הישר" הכלליות שלו, לא על-סמך נתונים אמפיריים, ובלי קשר לכוונות של הצדדים הפרטיקולריים שלפניו), לצד הקטגוריה של הפרשנות הסובייקטיבית (המבקשת להתחקות אחר הכוונה של הצדדים עצמם), במסגרת תהליכי הפרשנות של חוזים;
- מתן כוח לבית-המשפט לתקן את תוכנם של חוזים תיקון מהותי, כפי שבית-המשפט סבור כי מתחייב על-פי הגיונה ורוחה של העסקה, להבדיל מתיקון של "טעות סופר", דהיינו, תיקון שנועד לבטא כוונה מפורשת של הצדדים;
- מתן תוקף למצגים טרום-חוזיים שלא הוכללו בחוזה;
- טשטוש ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי, דהיינו, החדרה לדיני החוזים של רכיבים הלקוחים מתחום שלוגיקת-היסוד שלו מקוטבת לזו של דיני החוזים, קרי: הכפפה של בני-אדם להסדרים נורמטיביים שהם לא בחרו בהם, ולא-אחת אף התנגדו להם;
- צמצום מידת המסוימות של החוזה שהצדדים עצמם צריכים לקבוע, ומתן כוח לבית-המשפט למלא באופן נרחב את דרישת המסוימות בעצמו.

התפתחויות אלה משתלבות זו בזו ומזינות זו את זו, ויוצרות מצב שבו "הנוף המשפטי" מורכב יותר ויותר מרכיבים המאפשרים לבתי-המשפט התערבות גדולה יותר בקביעת תוכנם של חוזים, על-חשבון כוחם של הצדדים המתקשרים בחוזים לעשות כן. ככל שגדל מספרם של רכיבים אלה במסגרת הדוקטרינה של דיני החוזים, כפי שזו נקבעת בפסיקה, כן גדלה התדירות שבה רכיבים אלה מופעלים בפסיקה, והם הופכים התערבות גדולה יותר של בתי-המשפט בקביעת תוכנם של חוזים לטבעית וללא-בעייתית.

התפתחויות אלה מקרבות את מצבם של צדדים הפועלים במסגרתו של חוזה למצבם של צדדים הפועלים במסגרתו של ארגון חברים. זאת, בניגוד לתפיסה המסורתית של החוזה, שראתה את הפעילות במסגרתו של חוזה כמתנהלת על-פי לוגיקה הפוכה מזו המתקיימת במסגרתו של ארגון, דהיינו, לוגיקה שעל-פיה מצבם העיתי של צדדים המתקשרים בחוזים נקבע באופן מכריע על-ידיהם, מראש. כמו-כן, ההתפתחויות האלה מחדירות לדיני החוזים רכיבים הלקוחים מתחום הגישור: הטלת חובה על צדדים לחוזה להביא בחשבון את האינטרסים של הצד האחר; והטלת חובה על צדדים לחוזה לתפוס באופן "רחב" את האינטרסים של הצד האחר, דהיינו, מעבר למה שמתחייב על-פי הקצאת הזכויות והחבובות שהצדדים יצרו בחוזה המקורי שלהם.

להתפתחויות האמורות יש השלכות נורמטיביות. הגישות הנורמטיביות המקובלות באשר לדיני החוזים רואות ענף משפטי זה כענף שאמור לאפשר לבני-אדם מימוש של האוטונומיה שלהם או כענף שאמור לאפשר לבני-אדם ולתאגידים העלאה של מצב התועלת שלהם, על-פי שיפוטיהם לגבי מצבי התועלת שלהם קודם לכריתתם של החוזים ולאחריה. ביסוד שתי הגישות עומדת תפיסה של החוזה כביטוי לבחירות של הצדדים המתקשרים בו. האקטיביזם הנרחב העולה מפסיקתו של בית-המשפט העליון בתחום החוזים צריך אפוא להיחשב, לפחות על פני הדברים, לבעייתי מהבחינה הנורמטיבית, לנוכח התפיסות שמקובל לראותן – במצב הנוכחי של החשיבה על דיני החוזים – כעומדות ביסודו של ענף משפטי זה.

חלק שני: הגישה המוסדית בדיני החוזים

א. עלייתה של הגישה המוסדית בדיני החוזים

בכתיבה על דיני החוזים קיימים שני זרמים עיקריים: זרם הטוען כי השיקול הנורמטיבי המרכזי שצריך לעמוד ביסוד דיני החוזים הוא קידום האוטונומיה של הפרט; וזרם הטוען כי השיקול הנורמטיבי המרכזי שצריך לעמוד ביסוד דיני החוזים הוא קידום היעילות הכלכלית בשיטה.¹¹⁵ שני הזרמים האלה מגיעים לאותה מסקנה באשר ל"חלוקת העבודה"

115 ראו לאחרונה: N. Oman "Unity and Pluralism in Contract Law" *Mich. L. Rev.* (13.6.2005) [URL: <http://ssrn.com/abstract=641442>] (forthcoming, 2005).
כמו-כן ראו זמיר, לעיל הערה 79, בע' 79-81.

הראויה בין צדדים המתקשרים בחוזים לבין בתי־המשפט: כדי להביא לידי מימוש את השיקול הנורמטיבי המרכזי שצריך לעמוד ביסוד דיני החוזים (על־פי תפיסתו של כל אחד משני הזרמים), תוכנם של חוזים צריך להיקבע, כמידת האפשר, על־ידי הצדדים המתקשרים בחוזים, ולא על־ידי בתי־המשפט.

בשנים האחרונות ניתן לאתר עלייתו של זרם חדש בכתיבה על דיני החוזים – הזרם המוסדי.¹¹⁶ מחברים הנמנים עם זרם זה מעוררים שאלות באשר למידה שבה בתי־משפט מצוידים בכישורים המאפשרים להם להתערב כיאות בקביעת תוכנם של חוזים. באופן ספציפי, מחברים אלה מעוררים שאלות לגבי שני סוגים של התערבות שיפוטית: התערבות בדרך של פרשנות חוזים; והתערבות בדרך של קביעת כללי ברת־מחדל, דהיינו, כללים הקובעים את תוכנם של חוזים אלא אם כן הצדדים מתנים אחרת.

המחברים הנמנים עם הזרם המוסדי שוללים שני סוגים אלה של התערבות שיפוטית. לדבריהם, שופטים אינם מצוידים בכישורים הנדרשים כדי להבין כהלכה את הצרכים של צדדים המתקשרים בחוזים. יתר על כן, לנוכח הגיוון העצום של סוגי החוזים הנוצרים בכלכלה מורכבת, יהא זה נואל לקוות כי שופט זה או אחר יוכל לפתח הבנה של ממש אפילו לגבי חלק קטן מסוגי החוזים העשויים לבוא להכרעתו. זאת, במיוחד לנוכח העובדה ששופטים הינם General Practitioners, דהיינו, לא רק שהם אינם מתמחים בענף חוזי זה או אחר, אלא בדרך־כלל הם אינם מתמחים אפילו בדיני החוזים בכללותם, מבין כלל ענפי המשפט.¹¹⁷ צדדים המתקשרים בחוזים, לעומת זאת, מצוידים, לטענת המחברים האמורים, בכישורים המאפשרים להם לקבוע כיאות את תוכנם של החוזים שבהם הם מתקשרים.

Bernstein, *supra* note 62; Scott "The Case for Formalism", *supra* note 3; Scott 116
 "The Uniformity Norm", *supra* note 3; Ben-Shahar, *supra* note 62; A. Schwartz
 "The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law" 3 *S. Cal. Interdisc. L.*
J. (1993–1994) 389; E.A. Posner "A Theory of Contract Law Under Conditions
 of Radical Judicial Error" 94 *Nw. U. L. Rev.* (2000) 749; A. Schwartz & R.E. Scott
 "Contract Theory and the Limits of Contract Law" 113 *Yale L.J.* (2003) 541;
 A.W. Katz "The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation"
 D. Charny "The New Formalism in: ראו גם: 104 *Colum. L. Rev.* (2004) 496
 "Contract" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 842; Posner, *supra* note 38
 Mertz, *supra* note 70; J.E. Murray Jr. "Contract Theories and the Rise of: ראו:
 Neoformalism" 71 *Fordham L. Rev.* (2002) 869

Charny, *ibid*, at pp. 848, 850 117
 שהתקיים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל־אביב, בחודש מרס 2005, על משפט
 צווארון לבן: "אלה עבירות מסובכות מאוד, וביהמ"ש לא מתמצא בתחום הכלכלי.
 במשפט של דב תדמור שנסתיים בינתיים בזיכוי של תדמור, חמש דקות מתחילת
 המשפט השופט הפסיק אותנו והתחיל לשאול שאלות. הוא לא הבין. מעולם לא הפסדתי
 בתיק כלכלי, וזה לא בגלל שאני מוכשר, אלא כי בתיהמ"ש לא מבינים." ת' לב "עו"ד
 פלדמן: 'כשיש כסף לעורך דין, כל גניבה פשוטה היא עסק מסובך'" *The Marker*
 7.3.2005.

המחברים הנמנים עם הזרם המוסדי מגיעים אפוא לאותה מסקנה באשר לחלוקת העבודה הראויה בין צדדים המתקשרים בחוזים לבין בתי-המשפט שאליה מגיעים גם המחברים הנמנים עם זרם האוטונומיה ועם זרם התועלת. אולם בעוד המחברים הנמנים עם זרמי האוטונומיה והתועלת מגיעים למסקנותיהם משיקולים מ"סדר ראשון" (העקרונות הנורמטיביים שצריכים לעמוד ביסוד דיני החוזים), המחברים הנמנים עם הזרם המוסדי מגיעים למסקנתם משיקולים מ"סדר שני" (השוואת הכשירויות של בתי-המשפט לכשירויות של הצדדים).¹¹⁸

השיקולים המוסדיים הינם נקודת המוצא לדיונם של המחברים הנמנים עם הזרם המוסדי. עיקר עניינם הוא במסקנות באשר לתכנים של דיני החוזים המתבקשות לנוכח כישוריהם של בתי-המשפט, מצד אחד, וכישוריהם של הצדדים המתקשרים בחוזים, מצד אחר, כפי שהם מאפיינים אותם. מסקנתם העיקרית של המחברים האמורים היא שעל בתי-המשפט לדבוק בפרשנות מילולית של חוזים: על בתי-המשפט לדבוק ב"כלל המשמעות המובנת מאליה" (Plain Meaning Rule) וכן בכלל האוסר הבאת ראיות בעל-פה על-אודות ההסכמה שהושגה בין הצדדים בשלב כריתת החוזה (Parol Evidence Rule). במילים אחרות, בתי-המשפט אינם צריכים לנסות לאתר משמעות של חוזים מעבר ללשונום הכתובה, דהיינו, הם אינם צריכים לקבוע את משמעותם של חוזים על-פי ההקשר שבמסגרתו פעלו הצדדים בעת כריתת החוזה או בעת ביצוע החוזה. בגלל הבלעדיות שמחברים אלה מקנים ללשון החוזה כמקור לקביעת תוכנם של חוזים, כתיבתם מכונה לעיתים "הפורמליזם החדש בדיני החוזים" או אף "אנטי-אנטי-פורמליזם".¹¹⁹

המחברים האמורים טוענים עוד כי חיווק מעמדה של הלשון על-חשבון מעמדו של ההקשר בדיני החוזים יוליד שורה של תוצאות חיוביות: ראשית, הכוח לקבוע את תוכנם של חוזים יינתן למי שמצוידים בכישורים המתאימים לכך, דהיינו, לצדדים המתקשרים בחוזים, ולא לבתי-המשפט; שנית, תגבר הוודאות באשר לתכנים שיינתנו לחוזים; שלישית, לאורך זמן, צדדים המתקשרים בחוזים יפתחו דפוסי חוזים מגוונים, שיתאימו לצרכים המגוונים של מתקשרים מסוגים רבים; רביעית, מכיוון שבתנאים של כלכלה מורכבת כללי בררת-המהדל הנקבעים על-ידי בתי-המשפט אינם יכולים להתאים לרוב השחקנים החוזיים, ייחסכו עלויות העסקה הכרוכות במאמציהם של צדדים להוציא את החוזה שלהם מתחולתם של כללי בררת-המהדל הבלתי-מתאימים שקבעו בתי-המשפט.¹²⁰

118 Randy Barnett מגיע למסקנות דומות לאלה של אנשי הגישה המוסדית, אך מטעמים של הגנת האוטונומיה של צדדים המתקשרים בחוזים. ראו: R.E. Barnett "A Consent Theory of Contract" 86 *Colum. L. Rev.* (1986) 269, 291-319; R.E. Barnett "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent" 78 *Va. L. Rev.* (1992) 821, 857-860.
119 Charny, *supra* note 116.
120 לעיל הערה 116.

ב. קרל לואלין והדיון המוסדי בדיני החוזים

הדיון המוסדי בדיני החוזים אינו חדש. שורשיו בכתיבתו של קרל לואלין, שמלבד היותו ההוגה הבולט ביותר בורם הריאליזם המשפטי בתורת המשפט של ארצות-הברית, עמד בראש מפעל ההכנה של הקוד המסחרי האחיד של ארצות-הברית (ה־Uniform Commercial Code; להלן: ה־U.C.C.). אכן, אנשי הגישה המוסדית של השנים האחרונות מודעים היטב לכתיבתו של לואלין על ההיבטים המוסדיים של דיני החוזים, ובמידה רבה מציגים את עמדתם ככפירה בעמדתו, דהיינו, הם מציגים את עמדתם כמקוטבת לזו של לואלין. אולם הצגה זו פשטנית, כפי שאראה מייד, שכן קיימת חפיפה לא־מעטה בין התפיסה המוסדית של לואלין לבין זו של אנשי הגישה המוסדית של השנים האחרונות.

לואלין תפס את אנשי העסקים כפועלים במסגרתה של תרבות מפותחת, הקובעת פרקטיקות התנהגות וציפיות שאינן מגולמות בהכרח בכללי המשפט. תפיסה זו התאשרה מאוחר יותר בכתביהם של סטיוארט מקאולי ומחברים שהלכו בעקבותיו.¹²¹ בנקודה זו אנשי הגישה המוסדית של השנים האחרונות מצטרפים ללואלין.

כחלק מהאופן שבו תפס לואלין את אנשי העסקים, הוא סבר כי המושג "חווה" נתפס על־ידיהם כמכיל הרבה יותר מאשר הנוסח הכתוב של החווה. לפיכך המושג "Agreement" מוגדר בסעיף 1-201 של ה־U.C.C. כמכיל את "the bargain of the parties in fact as found in their language or by implication from other circumstances including course of dealing or usage of trade or course of performance..."¹²² דהיינו, כמכיל את הדרך שבה פעלו הצדדים בעסקות־עבר שלהם, את הנהג המסחרי שבמסגרתו פעלו הצדדים ואת האופן שבו קיימו הצדדים את החווה הספציפית שלהם. אני סבור כי לנוכח הכרתם בכך שאנשי עסקים פועלים במסגרתה של תרבות עסקית מפותחת, יהיו אנשי הגישה המוסדית של השנים האחרונות מוכנים להצטרף ללואלין גם בנקודה זו, דהיינו, להכיר בכך שיתכנו מקרים (אם כי בוודאי לא כל המקרים) שבהם הצדדים יבינו את

121 המאמר הקלסי בהקשר זה הוא: S. Macaulay "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study" 28 *Am. Sociological Rev.* (1963) 55 (hereinafter: Macaulay "Non-Contractual Relations"). תוצאותיו של מחקר זה אושרו במחקר מקביל שנוהל באנגליה. ראו: H. Beale & T. Dugdale "Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies" 2 *Brit. J. L. & Soc.* (1975) 45. כמו־כן ראו: S. Macaulay "Organic Transactions: Contract, Frank Lloyd Wright and the Johnson Building" (1996) *Wis. L. Rev.* 75 (hereinafter: Macaulay "Organic Transactions"); S.F. Moore "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study" 7 *Law & Soc. Rev.* (1973) 719, 719–729; R. Brownsword, *supra* note 58; "Individualism, Cooperativism and an Ethic for European Contract Law" 64 *Modern L. Rev.* (2001) 628.

122 ראו גם: U.C.C. §208-2.

החוזה שלהם כמכיל את כל הרכיבים הנמנים בהגדרת המושג "הסכם" המופיעה בקוד המסחרי האחיד האמריקאי. אולם בגלל חוסר האמון שלהם ביכולתם של בתי-המשפט לאתר נכונה את התכנים של נורמות הקשריות אלה, אנשי הגישה המוסדית סוברים שדיני החוזים צריכים לצמצם את המושג "חוזה" לנוסח הכתוב של החוזה שבין הצדדים. טיעון מרכזי של לואלין, במסגרת תורת המשפט הריאליסטית שלו, היה שהמשפט אינו צריך להסדיר את המציאות באמצעות קטגוריות רחבות, כי אם באמצעות כללים צרים שכל אחד מהם יעסוק באינטראקציה עובדתית מוגדרת, באופן שההסדר הנורמטיבי הקבוע בכלל יתאים באופן הדוק למאפיינים העובדתיים הייחודיים של האינטראקציה המוסדרת.¹²³ למשל, לואלין טען כי הכללים של דיני החוזים המסדירים יחסים מסחריים אינם מתאימים ליחסים חוזיים הנוצרים במסגרת המשפחה, ולהפך.¹²⁴ לואלין יישם תובנה זו שלו גם בנוסחו של ה- Article 2 U.C.C. של הקוד, העוסק בעסקות של מכר טובין, קובע בשורה של מקרים הסדר ייחודי לחוזים שהצדדים להם הם "סוחרים",¹²⁵ ובמקרים

K.N. Llewellyn *The Common Law Tradition – Deciding Appeals* (Boston, 1960) 123 (hereinafter: Llewellyn *The Common Law Tradition*); K.N. Llewellyn "Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound" 44 *Harv. L. Rev.* (1931) 1222, 1237, 1240–1241, 1251, 1255; K.N. Llewellyn "Through Title to Contract and a Bit Beyond" 15 *NYU L. Q. Rev.* (1938) 159; K.N. Llewellyn "Across Sales on Horseback" 52 *Harv. L. Rev.* (1939) 725 (hereinafter: Llewellyn "Across Sales on Horseback"); K.N. Llewellyn "The First Struggle to Unhorse Sales" 52 *Harv. L. Rev.* (1939) 873; K.N. Llewellyn "Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance II" 48 *Yale L. J.* (1939) 779, 785 (hereinafter: Llewellyn I.D. Abyad "Commercial Reasonableness: ראו גם: 'Our Case-Law of Contract'") in Karl Llewellyn's *Uniform Commercial Code Jurisprudence* 83 *Va. L. Rev.* (1997) 429, 438–439; Z.B. Wiseman "The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules" 100 *Harv. L. Rev.* (1987) 465, 470–471; W. Twining *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (London, 1973) 330–333

Llewellyn "Our Case-Law of Contract", *ibid.*, at p. 758: "[T]he business cases prove not to be wholly adequate guides to the family cases, *A fortiori* the family cases are not adequate guides to the business cases. Until the two have been studied, each group by itself, synthesis must wait. What is already indicated is that it is not safe to reason about business cases from cases in which an uncle became interested in having his nephew see Europe, go to Yale, abstain from nicotine, or christen his infant heir 'Alvaradus Torrington III.' And it may even be urged that safe conclusions as to business cases of the more ordinary variety cannot be derived from what courts or scholars rule about the idiosyncratic desires of one A to see one B climb a fifty-foot greased flagpole or push a peanut across the Brooklyn Bridge"

125 ראו, למשל: §603-2, §609-2(2), §201-2(1).U.C.C.

אחרים הוא קובע כי ההסדר שיחול על הצדדים ייקבע על-פי אמת-המידה של "סבירות מסחרית".¹²⁶ המילוי בתוכן של סטנדרד זה, ושל הסטנדרטים הרבים האחרים ש-2 Article עשיר בהם, היה אמור להוביל בסופו של דבר לפיתוח שורה של כללי בררת-מחדל המתאימים לעסקות החוזיות השונות ש-2 Article חל עליהן.¹²⁷

לואלין לא הסתפק רק ביצירת הבחנה בין נורמות המשפט החלות על סוחרים לבין אלה החלות על מי שאינם סוחרים. הוא ביקש לתת ביטוי מוסדי להבחנה זו. לפיכך, בעקבות מה שמקובל בגרמניה ובמדינות אחרות באירופה, הוא הציע כי סכסוכים בין סוחרים יוכרעו על-פי הקוד על-ידי טריבונלים מעורבים, שתקיים בהם "חלוקת עבודה" בין שופטים לבין אנשי עסקים. הצעתו זו של לואלין הייתה מושתתת אפוא על ההנחה שבת-המשפט הרגילים אינם מצוידים בכישורים הנדרשים כדי להכריע בסכסוכים שהצדדים להם הם סוחרים. משמע: גם בנקודה זו קיימת זהות עמדות בין לואלין לבין אנשי הגישה המוסדית של השנים האחרונות. אולם הצעתו זו של לואלין לא אומצה בסופו של דבר במסגרת תהליכי השלמתו של הקוד, דהיינו, כל הסכסוכים על-פי הקוד הושארו להכרעתם של בתי-המשפט הרגילים.¹²⁸

לואלין גם היה מצויד בחזון באשר לדמותו של השופט שאמור להכריע בעניינים מסחריים: הלורד מנספילד (Mansfield). מנספילד היה שופט אנגלי גדול שפעל בעשורים האחרונים של המאה השמונה-עשרה, ואשר תרם רבות להכפפת דיני הסוחרים באנגליה למשפט המדינה. לפי המסופר, נהג מנספילד לסעוד צהריים מדי יום עם אנשי העסקים ב"סיטי" של לונדון, וללמוד מהם על-אודות ההבנות העסקיות שלהם.¹²⁹ לואלין העריץ את מנספילד, וראה בו דגם אידיאלי לשופט שיעסוק בסכסוכים העסקיים שיתבררו על-פי הקוד המסחרי האחד של ארצות-הברית, שלואלין עמד כאמור בראש מפעל ההכנה שלו.¹³⁰

126 ראו, למשל: U.C.C. §311-2(1), §402-2(2), §510-2(3). לעניין זה ראו גם: Abyad, *supra* note 123, at pp. 439–442; Wiseman, *supra* note 123, at pp. 492–493, 503, 505.

127 ראו: Scott "The Uniformity Norm", *supra* note 3, at pp. 162–163, 166–167.
128 ראו: Scott, *ibid*, at p. 170; Abyad, *supra* note 123, at pp. 429, 442, 444, 447.
448–449; Wiseman, *supra* note 123, at pp. 512–515.

129 ראו: Twining, *supra* note 123, at p. 225.

130 ראו: Llewellyn *The Common Law Tradition*, *supra* note 123, at pp. 36–41.
לואלין Llewellyn "Across Sales on Horseback", *supra* note 123 at pp. 740–746.
הקדיש את ספרו *The Common Law Tradition* ל"שופטים המסחריים הגדולים" שיצרו את "המסורת המפוארת של המשפט המקובל". הוא מונה שורה של שופטים לפי סדר כהונתם. השופט השני שהוא מונה ברשימה הוא Mansfield.

ג. הביקורת של הגישה המוסדית על הקוד המסחרי האחד של ארצות-הברית ועל דרכי הפעלתו

התוצאה שהתקבלה בעקבות תהליכי החקיקה האמורים של ה-U.C.C היא אפוא כדלהלן: מצד אחד, הקוד מכיר בכך שאנשי עסקים פועלים במסגרתן של הבנות תרבותיות עשירות; מצד אחר, הקוד מצפה שהמשפט "ימשפט" את ההבנות האלה, דהיינו, שהוא ייתן להן תוקף משפטי, במסגרת החוזים שאנשי העסקים נתונים בהם, לצד ההבנות של הצדדים שזכו ללבוש משפטי ברור; מצד שלישי, המוסד שהופקד על תהליכי המשפט של ההבנות התרבותיות של אנשי העסקים הוא בתי-המשפט הרגילים.¹³¹ אנשי הגישה המוסדית של השנים האחרונות טוענים כי זיווג זה בין דין חוזים גמיש והקשרי לבין בתי-המשפט הרגילים היה קטלני. בניסוח אחר, אנשי הגישה המוסדית טוענים כי ההנחה של לואלין שבתי-המשפט הרגילים נעדרים כישורים לדון בסכסוכים שמעורבים בהם סוחרים – התממשה במלואה.

כך, רוברט סקוט (Robert Scott), נציג בולט של הגישה המוסדית של השנים האחרונות, כותב כי הפקדתם של בתי-המשפט הרגילים על הפעלת הנורמות של Article 2 הסתיימה בלא פחות מאשר "אסון" (disaster):¹³² הנורמות הפתוחות של Article 2 הופעלו על-ידי בתי-המשפט בצורה לא-אחידה, דבר שהוליד חוסר ודאות בדיני החוזים;¹³³ בתי-המשפט התקשו להבין לעומקן את התרבויות העסקיות המגוונות הקיימות בכלכלה מורכבת כל-כך כמו הכלכלה הנוכחית;¹³⁴ בתי-המשפט נכשלו כישלון חרוץ במשימה של יצירת כללי בררת-מחדל – במקום לעסוק בהתחקות אחר הנורמות המסחריות שחלות על הצדדים, הם השקיעו את האנרגייה שלהם בניתוח משפטי של הוראות הקוד.¹³⁵ בעקבות הכשלונות האלה של בתי-המשפט, טוען סקוט, יותר ויותר אנשי עסקים נמנעים מליישב את סכסוכיהם בבתי-המשפט של המדינה, ותחת זאת מקימים לעצמם פורומים חלופיים המאוישים על-ידי אנשי עסקים, ולא על-ידי משפטנים.¹³⁶

131 ראו: Scott "The Uniformity Norm", *supra* note 19, at pp. 1713, 1719; Zamir, *supra* note 3, at pp. 162–163; Abyad, *supra* note 123, at p. 429.

132 ראו: Scott "The Case for Formalism", *supra* note 3, at p. 170; Scott, *ibid*, at p. 871–872. ראו גם: Charny, *supra* note 116, at p. 846 (הגורס כי הפרויקט של לואלין הסתיים ב-"flop").

133 ראו: Scott "The Uniformity Norm", *supra* note 3, at pp. 171–172.

134 ראו: Scott "The Case for Formalism", *supra* note 3, at pp. 865–866. ראו גם: Abyad, *supra* note 123, at pp. 451–452, 456; R.E. Speidel "Revising UCC Article 2: A View from the Trenches" 52 *Hastings L. J.* (2001) 607, 608–609.

135 ראו: Scott "The Uniformity Norm", *supra* note 3, at pp. 172, 175. ראו גם: Abyad, *ibid*, at pp. 451–452.

136 ראו: Scott, *ibid*; Scott "The Case for Formalism", *supra* note 3, at p. 873; Bernstein, *supra* note 62.

אריק פוזנר (Eric Posner), מחבר בולט נוסף במסגרת הגישה המוסדית של השנים האחרונות, מרחיב את דיונו בשאלת הכישורים של בתי-המשפט אל מעבר להקשר הצר של חוזה מכר הטובין שבהם עוסק Article 2 של הקוד, דהיינו, אל דיני החוזים בכללותם. במאמר ששמו מעיד על תוכנו, "A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error", כותב פוזנר, בין היתר, את הדברים הבאים:

"I assume that courts are *radically incompetent* when it comes to meeting the demands that are placed on them by relational contracts...

[M]any elements of our legal system make most sense if we understand them to be a response to the regrettable fact that our courts are incompetent when it comes to enforcing contracts...

...

[C]ourts have trouble understanding the simplest of business relationships... Their frequent failure to understand transactions is well-documented... Parties can reasonably believe that... the chance of winning a breach-of-contract suit is pretty much random."¹³⁷

ד. הערכת הגישה המוסדית

אם מקבלים את הטעון התיאורי של הגישה המוסדית (ששופטים אינם מצוידים בכישורים הנדרשים כדי לקבוע את תוכניהם של חוזים) ואת הטעון הנורמטיבי של גישה זו (שתוכן החוזה צריך להיקבע על-ידי בתי-המשפט על-פי לשון החוזה), המסקנה המתבקשת היא שהאקטיביזם של בית-המשפט העליון של ישראל בתחום דיני החוזים הינו בעייתי מהבחינה הנורמטיבית, לפחות לנוכח השיקולים הנורמטיביים שהגישה המוסדית מציעה.

אולם היש לקבל את הטענות של אנשי הגישה המוסדית? ניתן להעלות כמה טענות נגד טענותיהם של אנשי הגישה המוסדית. ראשית, אנשי הגישה המוסדית שוגים בהבנתם את האופן שבו מתקיימים תהליכים של

137 ראו: Posner, *supra* note 116, at pp. 754, 758.

מבחינת ההתפתחות ההיסטורית, בין החשיבה המשפטית המוסדית של קרל לואלין לבין הגישה המוסדית לדיני החוזים שצמחה בשנים האחרונות יש להזכיר גם את גישת Legal Process של שנות החמישים של המאה העשרים, המזוהה עם שמותיהם של H.M. Hart & A.M. Sacks *The Legal Process*: ראו: Henry Hart ו-Albert Sacks *Basic Problems in the Making and Application of Law* (Westbury, W.N. Eskridge & P.P. Frickey eds., 1994); M. Alberstein *Pragmatism and Law – From Philosophy to Dispute Resolution* (Hampshire, 2002) 100–185; Singer, *supra* note 110, at pp. 505–508. על-פי גישה זו נתפש המשפט כמושגים מוסדיים, בהבדל מתוכניים, דהיינו, כתהליכים של קבלת החלטות המתקבלות במסגרת מוסדות שונים.

מתן משמעות. אי-אפשר לתת משמעות לשום טקסט (כתוב, בעל-פה או בהתנהגות) מחוץ להקשר שבו הוא מופעל. לפיכך ההצעה של אנשי הגישה המוסדית שבתיה-המשפט ידבקו בגישה המילולית בלבד בפרשם חוזים אינה מעשית: פרשנות מילולית, שאינה נותנת מקום להקשר, אינה אפשרית.¹³⁸

שנית, גם בתי-משפט שמצהירים כי הם מפעילים גישה מילולית לפרשנות החוזים – למשל, בתי-משפט המפעילים את כלל המשמעות המובנת מאליה (Plain Meaning Rule) – אינם מדווחים תמיד באופן אמיתי על-אודות מה שהם עושים בפועל: גם בתי-משפט אלה משתמשים לא-אחת בנתונים על-אודות ההקשר שבו פעלו הצדדים, אף שהם מצהירים על דבקותם בלשון הטקסט החוזי בלבד.¹³⁹ אולם כנגד טיעון זה יוכלו אנשי הגישה המוסדית לטעון כי יש עדיין ערך בכלל המחייב את בתי-המשפט לנקוט פרשנות מילולית: בעקבות קיומו של כלל כזה יימנעו בתי-המשפט, לפחות בחלק מהמקרים, מלהתחשב במידע על-אודות ההקשר שבו פעלו הצדדים.¹⁴⁰

שלישית, אנשי הגישה המוסדית אינם מביאים ממצאים אמפיריים כלשהם כדי לתמוך בטענות הקשות שהם מעלים בנוגע לכישוריהם של בתי-המשפט.¹⁴¹ אין ספק כי קיימים שופטים שאינם מסוגלים לפרש באופן ראוי חוזים של אנשי עסקים, אבל האם מדובר בכל השופטים? ברוב השופטים? בחלק קטן מהשופטים? אנשי הגישה המוסדית אינם מביאים נתונים כלשהם בנקודה זו. ברות הטיעון שלהם נגד השופטים, ניתן לטעון כנגד אנשי הגישה המוסדית את הטיעון הבא: אין ספק כי קיימים אנשי עסקים שאינם מסוגלים לנהל כהלכה את עסקיהם, ואשר שוגים שגיאות קשות שבדיעבד קשה לא-אחת להבין כיצד הן נעשו על-ידי בני-אדם סבירים ומנוסים. האם בגלל עובדת קיומם של אנשי עסקים כאלה עלינו לאבד את האמון שלנו בשוק בכללותו? האם בגלל עובדת קיומם של אנשי עסקים כאלה עלינו להימנע מלמסור כספים כלשהם שלנו לניהולם של אנשי העסקים כולם (פעולה המקבילה להימנעות ממסירת סכסוכים עסקיים לניהולם של שופטים)?

רביעית, אם הציווי הנורמטיבי העליון של דיני החוזים (הן על-פי גישת האוטונומיה והן על-פי גישת התועלת) הוא לתת תוקף לכוונותיהם של צדדים המתקשרים בחוזים, אזי לא-אחת התוכן של כוונות אלה אינו נקבע על-ידי הלשון המילולית שנקטו הצדדים בחוזה שלהם, אלא דווקא על-ידי ההקשר שבו פעלו הצדדים. כך, הנוהג המסחרי שבמסגרתו פעלו הצדדים, נוהג מסוים כלשהו של שני הצדדים, האופן שבו פעלו הצדדים

138 ראו הדיון בעניין אפרופים, לעיל סעיף 55 בחלק הראשון.

139 R. Kreitner "Fear of Contract" (2004) *Wis. L. Rev.* 429, 454; Zamir, *supra* note 19, at p. 1731; Snyder, *supra* note 70, at p. 619.

140 השוו הדיון לעיל בהכרה של בית-המשפט העליון ברכיב האובייקטיבי בפרשנות, בסעיף 5(ב) בחלק הראשון.

141 Mertz, *supra* note 70, at p. 926; Snyder, *supra* note 70, at pp. 626, 649. גם: J.S. Johnston "Should the Law Ignore Commercial Norms? A Comment on the Bernstein Conjecture and Its Relevance for Contract Law Theory and Reform" *99 Mich. L. Rev.* (2001) 1791, 1799, 1800.

בפועל במסגרת קיום החוזה שלהם – כל אלה צריכים להיחשב לעיתים כמבטאים את כוונת הצדדים בצורה טובה יותר מאשר הנוסח הכתוב של החוזה שכרתו הצדדים. לחלופין, יש לסבור כי שילוב של הנורמות ההקשריות שבמסגרתן פעלו הצדדים יחד עם הנוסח הכתוב של החוזה שכרתו הצדדים צריך להיחשב כמבטא את כוונת הצדדים בצורה טובה יותר מאשר הנוסח הכתוב של החוזה לבדו.¹⁴²

חמישית, אנשי הגישה המוסדית מציעים תיקון בתכנים של דיני החוזים (כמפורט לעיל), אולם מתעלמים מפתרון אחר לבעיות שהם מצביעים עליהן: חזרה אל התוכנית המקורית של לואלין, שלפיה הטריבונלים המכריעים בסכסוכים עסקיים יאוישו על-ידי שופטים ואנשי עסקים גם-יחד.

אין זה ברור אפוא שיש לקבל את טיעונם של אנשי הגישה המוסדית באשר לכשירות השופטים ואת מסקנתם באשר לאופן שבו יש לעצב את הכללים של דיני החוזים, דהיינו, שעל שופטים להפעיל פרשנות מילולית של חוזים, להבדיל מפרשנות הקשרית. אולם אי-אפשר להתעלם ממה שעולה מכתבתם של אנשי הגישה המוסדית, ועוד קודם לכן מכתבתו של קרל לואלין: יש מקום לספק באשר למידה שבה שופטים מצוידים בכישורים המאפשרים להם להכריע כהלכה בסכסוכים עסקיים; לפחות חלק מהשופטים מוכיחים בהתנהגותם ובפסקי-הדין שלהם כי הם אינם מצוידים בכישורים האלה.

* * *

אף אני, כמו אנשי הגישה המוסדית, מבקש לקשור בין שאלת כישוריהם של השופטים לבין שאלת התכנים של דיני החוזים. אולם בעוד אנשי הגישה המוסדית מבקשים לגזור מהנחתם בדבר העדר הכישורים של השופטים את המסקנה כי יש לתקן את הכללים בדבר פרשנותם של חוזים, אני מבקש לבחון את האופן שבו עצם קיומו של ספק באשר לכישורי השופטים (אצל אנשי עסקים, עורכי-דין או מלומדים אקדמיים) משפיע על האופן שבו דיני החוזים מתפתחים. בשאלה זו אעסוק בחלק הבא של המאמר.

142 ראו: S. Macaulay "Non-Contractual Relations", *supra* note 121; S. Macaulay "Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract" 11 *Law & Soc. Rev.* (1977) 507; S. Macaulay "Crime and Custom in Business Society" 22 *J. Law & Soc.* (1995) 248; Macaulay "Organic Transactions", *supra* note 121; S. Macaulay "An Empirical View of Contract" (1985) *Wis. L. Rev.* 465; Beale & Dugdale, *supra* note 121; J.J. White "Contract Law in Modern Commercial Transactions – An Artifact of Twentieth Century Business Life?" 22 *Washburn L. J.* (1982) 1; Moore, *supra* note 121; Murray, *supra* note 116; Snyder, *ibid*; Mertz, *ibid*, at pp. 926–928; Eisenberg "Dynamic Contract Law", *supra* note 5; Zamir, *supra* note 19, at p. 1766; זמיר, לעיל הערה 79, בע' 74–75, 82–86. ראו גם: A.T. Kronman "Contract Law in the State of Nature" 1 *J. L. Econ. & Org.* (1985) 5

חלק שלישי: ספקות ביחס לכישורי השופטים, התערבות שיפוטית נרחבת בתוכן החוזה, ושאלת היווצרות התכנים של דיני החוזים

א. מבוא

בחלק זה של המאמר אראה כי אנשי עסקים ממעטים להביא את סכסוכיהם החוזיים להכרעתם של בתי המשפט. אמנה את הסיבות העומדות ביסודה של עובדה זו. אחת הסיבות היא חוסר האמון של אנשי העסקים במידת יכולתם של שופטים להבין את התרבות שאנשי העסקים פועלים בגדרה ואת העסקות שבהן הם מתקשרים. אשלב קביעות אלה באשר לאנשי העסקים עם הקביעות העולות מהחלק הראשון של המאמר, ואטען כי על פני הדברים האקטיביזם של בתי המשפט העליון בתחום דיני החוזים עשוי לשמש גורם מרכזי נוסף שירתיע אנשי עסקים מלהביא את סכסוכיהם להכרעתה של מערכת בתי המשפט של המדינה. בהמשך לכך אטען כי ניתן להניח שאם יקטן מספר המקרים שבהם יביאו אנשי עסקים את סכסוכיהם להכרעתם של בתי המשפט, הדבר ישפיע על האופן שבו יתפתחו דיני החוזים של ישראל: דיני החוזים יתאימו פחות ופחות לעסקות חוזיות שמעורבים בהן אנשי עסקים.

אולם אף שעל פני הדברים הטיעונים האמורים צריכים להיחשב נכונים, אטען כי מידת השכנוע שבהם צריכה להיחשב חלקית בלבד.

באשר לרתיעתם של אנשי העסקים מלהביא את סכסוכיהם להכרעתם של בתי המשפט, אראה כי קיימות לכך סיבות רבות אחרות, מלבד האקטיביזם. אקטיביזם שיפוטי בתחום דיני החוזים אינו אמור אפוא לתרום תרומה מכרעת משלו לכך שאנשי עסקים ידירו את רגליהם מבת המשפט; תופעה זו החלה ממילא עוד קודם לעליית האקטיביזם ובלעדיו.

באשר לשאלת ההתאמה של דיני החוזים לעסקות החוזיות שמעורבים בהן אנשי עסקים, אטען כי אף שדיני החוזים בישראל מתפתחים במידה רבה על גבן של עסקות מקרקעין, הם מתאימים במידה רבה יחסית לצורכיהם של אנשי עסקים שהינם שחקנים חוזרים. אולם אנשי העסקים שהינם שחקנים חוזרים מתקשרים בחוזים, מבצעים חוזים ומיישבים סכסוכים חוזיים תוך זיקה חלשה יחסית לדיני החוזים של המדינה. מכיוון שכך, לעובדה שדיני החוזים של המדינה מתאימים לצורכיהם של אנשי עסקים אלה יש השפעה מועטה יחסית על האופן שבו הם מתפקדים כצדדים לחוזים. לעומת זאת, מידת התאמתם של דיני החוזים לצורכיהם של אנשי עסקים שהינם שחקנים של פעם אחת הינה מועטה יחסית. לעובדה זאת עלולות להיות כמה השלכות שליליות בכל הנוגע לכריתתם של חוזים על-ידי אנשי עסקים כאלה ובכל הנוגע ליישוב סכסוכים חוזיים על-ידיהם.

עוד אטען בחלק זה של המאמר כי העובדה שדיני החוזים שלנו מתאימים במידה לא-מעטה דווקא לעסקות החוזיות של אנשי עסקים המתקשרים זה עם זה בעסקות חוזרות, אף-על-פי שהם מתפתחים במידה רבה על גבן של עסקות במקרקעין, מלמדת שבית המשפט העליון מפתח את דיני החוזים שלנו על-פי סדרים נורמטיבי משלו, שאותו הוא

מחיל על הצדדים שסכסוכיהם מובאים להכרעתו מבלי שיתקיים מתאם הדוק בין הערכים שהוא מבקש לקדם לבין המאפיינים העובדתיים של העסקות המובאות להכרעתו.

ב. הימנעותם של אנשי עסקים מליישב את סכסוכיהם החוזיים בבתי-המשפט

1. נתונים

בספרות על דיני החוזים קיימת הסכמה נרחבת בשתי נקודות. הנקודה הראשונה היא שמספר התביעות המוגשות לבתי-המשפט בגין הפרת חוזה הינו זעום ביחס למספר החוזים הנכרתים. כך, במאמרו החלוצי משנת 1963, על הסוציולוגיה של דיני החוזים, התייחס סטיוארט מקאולי למספרן הזעום של התביעות בגין הפרת חוזה המוגשות לבתי-המשפט: "Law suits for breach of contract appear to be rare"¹⁴³. מקאולי דיווח כי רק 2,779 מתוך 58,293 התביעות האזרחיות שהוגשו בשנת 1961 בבתי-המשפט הפדרליים של ארצות-הברית עסקו בחוזים, וכי רק 3,447 מתוך 61,138 התביעות האזרחיות שהוגשו בשנת 1961 בבתי-המשפט האזרחיים העיקריים של מדינת ניו-יורק עסקו בחוזים.¹⁴⁴ בהמשך לנתונים אלה מביא מרק גלנטר (Marc Galanter) נתונים שלפיהם שיעורם של הסכסוכים החוזיים מתוך כלל הסכסוכים המובאים להכרעתם של בתי-המשפט הלך וקטן כמעט לאורך כל המאה העשרים.¹⁴⁵

הנקודה השנייה שביחס אליה קיימת הסכמה נרחבת בספרות על דיני החוזים היא שאנשי עסקים¹⁴⁶ ממעטים להביא את סכסוכיהם החוזיים להכרעתם של בתי-המשפט. נקודה זו הועלתה בצורה בולטת על-ידי מקאולי במאמרו האמור. מקאולי הראה כי אנשי עסקים הנקלעים לסכסוך חוזי יעשו כל אשר לאל ידם כדי ליישב את הסכסוך בכוחות עצמם, ורק במקרה שבו כלו כל הקיצים ונסיונם ליישב את הסכסוך בכוחות עצמם לא צלח, הם יפנו לעורכי-דין ויבקשו ליישבו במערכת המשפט של המדינה. נקודה זו אושרה מאוחר יותר במחקר מקביל על התנהגותם של אנשי עסקים באנגליה.¹⁴⁷

143 Macaulay "Non-Contractual Relations", *supra* note 121, at p. 61.

144 *Ibid*, at p. 62.

145 M. Galanter "Contract in Court, or Almost Everything You May or May Not Want to Know About Contract Litigation" (2001) *Wis. L. Rev.* 577.

M. Galanter "Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society" 31 *UCLA L. Rev.* (1983) 4, 22 (hereinafter: Galanter "Landscapes of Disputes"); M. Galanter "The Day After the Litigation Explosion" 46 *Maryland L. Rev.* (1986) 3 (hereinafter: Galanter "Litigation Explosion").

146 המושג "אנשי עסקים" ננקט כאן ובהמשך הן במובן של מנהלי תאגידים הפועלים בשם תאגידים והן במובן של אנשי עסקים הפועלים לא באמצעות תאגידים.

147 ראו: Beale & Dugdale, *supra* note 121.

קיימים ברשותי נתונים אמפיריים, העולים בקנה אחד עם הממצאים האמורים, גם באשר להתנהגותם של אנשי עסקים בישראל. סקרתי, יחד עם קבוצת סטודנטים, את כל פסקי-הדין של בית-המשפט העליון שניתנו בחמישים השנים הראשונות של המדינה בתחום של דיני החוזים. מן הסקירה עולה כי 42.89% מהחוזים שנידונו בפסקי-דין אלה עסקו במכירת זכויות במקרקעין. הקבוצה השנייה בגודלה של חוזים שנידונו בפסקי-דין אלה הייתה חוזים למכירת מיטלטלין - 148.8.54% נתונים דומים התקבלו מבדיקת הרשימה הביבליוגרפית של הקורס "דיני חוזים", שאותו לימדתי בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב בשנת תשס"ה: 48% מפסקי-הדין עוסקים בחוזים למכירת זכויות במקרקעין; הקבוצה השנייה בגודלה ברשימה היא חוזים למכירת מיטלטלין - 13.7%; ובמקום השלישי נמצאות הקטגוריות של חוזי סוכנות וחוזי ביטוח - 5.47% כל אחת. אם נניח שקיים מתאם בין סוגי החוזים המובאים, בדרך של ערעור, להכרעתו של בית-המשפט העליון לבין סוגי החוזים המובאים להכרעתיהן של הערכאות הדיוניות, כ-אז ניתן לומר שמנתונים אלה עולה כי אנשי עסקים, הפועלים במגזרים נרחבים של הפעילות העסקית בישראל, ממעטים להביא את סכסוכיהם החוזיים להכרעתם של בתי-המשפט של המדינה. (עם זאת, אישוש של סברה זו באשר לערכאות הדיוניות יחייב בדיקה לאורך זמן של כל תיקי בתי-המשפט של הערכאות הדיוניות בישראל שעניינם סכסוכים חוזיים. בדיקה כזו תחייב מאמץ עצום, החורג כמובן מזה שהושקע במחקר דלעיל באשר לסכסוכים החוזיים שהובאו להכרעתו של בית-המשפט העליון בחמישים השנים הראשונות לקיום המדינה.)

מכל מקום, מה שעולה בבירור מהמחקר האמור על-אודות סוגי הסכסוכים החוזיים המובאים להכרעתו של בית-המשפט העליון של ישראל הוא שדיני החוזים של ישראל - שאמורים למלא את צורכיהם של מתקשרים חוזיים רבים ומגוונים, ואשר צריכים להתאים לעסקאות חוזיות רבות ומגוונות, ובכלל זה עסקאות של מתקשרים עסקיים - מתפתחים במידה רבה על גבו של סוג אחד של עסקאות חוזיות: עסקאות למכירת מקרקעין.¹⁴⁹

2. הסברים

מדוע אנשי עסקים ממעטים להביא את סכסוכיהם החוזיים להכרעתם של בתי-המשפט? הספרות הציעה שורה ארוכה של הסברים לתופעה זו.

148 מ' מאונטר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" (בהכנה).

149 Richard Posner כתב: "The contracts that are drawn into litigation do not necessarily constitute a representative sample of all contracts." Posner, *supra* Charles Knapp note 38, at p. 11. כותב כי העובדה שרוב הסכסוכים החוזיים מיושבים עוד לפני הגעתם לבתי-המשפט גורמת לניוון של דיני החוזים. C.L. Knapp "Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law" 71 *Fordham L. Rev.* (2002) 761, 785.

- (א) מנגנונים המונעים מלכתחילה היווצרות סכסוכים
 קבוצה אחת של הסברים מצביעה על כך שאנשי עסקים מפעילים מנגנונים המונעים
 היווצרות סכסוכים ביניהם מלכתחילה:
- א. צדדים עסקיים מתוחכמים מצוידים בייעוץ משפטי המאפשר להם לתכנן את
 עסקותיהם באופן שמונע תקלות בשלב הביצוע של החוזה.¹⁵⁰
- ב. לרשות מוכרים מתוחכמים של מוצרים ושירותים עומדים מנגנונים טובים להבטחת
 התשלום המגיע להם על-פי החוזים שהם מעורבים בהם.¹⁵¹
- ג. צדדים עסקיים אינם מכלכלים את מעשיהם מתוך הנחה שהאינטרסים החוזיים שלהם
 יוגנו על-ידי דיני החוזים ומערכת בתי-המשפט של המדינה, אלא מתוך הנחה שהצד
 שמולם יקיים את חיוביו החוזיים משום שיחשוש לפגיעה ברפוטציה שלו במקרה שבו
 לא יעמוד בהתחייבויותיו והמידע על כך יופץ בקהילה העסקית הרלוונטית. החשש
 של צדדים עסקיים לפגיעה ברפוטציה שלהם הוא אפוא התמריץ המרכזי שלהם
 לעמידה בהתחייבויותיהם החוזיות, והוא המשמש בסיס לכך שצדדים המתקשרים
 בחוזים מניחים כי הצד שהם מתקשרים עימו אכן יקיים את התחייבויותיו החוזיות.¹⁵²
- ד. סיבה מרכזית נוספת לכך שצדדים לחוזים מקיימים בדרך-כלל את חיוביהם היא
 שהם מעוניינים להתקשר בחוזים דומים בעתיד עם הצד לחוזה שהם קשורים עימו
 חוזית בהוזה.¹⁵³

- (ב) רתיעתם של אנשי עסקים מיישוב סכסוכים במערכת בתי-המשפט
 במקרים שבהם מתגלעים סכסוכים בין אנשי עסקים, קיימת שורה של גורמים שבגניהם
 הם נרתעים מלהביאם להכרעתם של בתי-המשפט:
- א. פתיחה בהליכים משפטיים נגד צד לחוזה פירושה פגיעה קשה בקשר עם צד זה,

150 Galanter "Landscapes of Disputes", *supra* note 145, at p. 22.

151 Macaulay "Non-Contractual Relations", *supra* note 121; Beale & Dugdale, *supra* note 121.

152 L. Bernstein "Social Norms and Default Rules Analysis" 3 *S. Cal. Interdisc. L. J.* (1993–1994) 59, 67; Posner, *supra* note 38, at p. 35; Posner, *supra* note 116, at p. 757; Schwartz & Scott, *supra* note 116, at pp. 546, 565, 557; O. Ben-Shahar & L. Bernstein "The Secrecy Interest in Contract Law" 109 *Yale L. J.* (2000) 1885, 1890, 1925; L. Bernstein "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry" 21 *J. Legal Stud.* (1992) 115, 132–133, 138–148 (hereinafter: Bernstein "Diamond Industry"); L. Bernstein "Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms and Institutions" 99 *Mich. L. Rev.* (2001) 1724, 1745–1762 (hereinafter: Bernstein "Cotton Industry"); Macaulay "Non-Contractual Relations", *ibid*, at p. 63; Beale & Dugdale, *ibid*.

153 Schwartz & Scott, *ibid*.

- ולמעשה חיסול האפשרות לעשות עימו עסקים בעתיד. מכיוון שכך, צדדים לחוזה יעשו מאמץ ניכר ליישב את סכסוכם לא בדרך העימותית של הליך משפטי, אלא בהסכמה משותפת, דבר שיאפשר להם להתקשר זה עם זה בחוזים נוספים בעתיד.¹⁵⁴
- ב. צדדים עסקיים פועלים במסגרתה של תרבות עסקית עשירה. מכיוון שכך, הם מעדיפים ליישב את סכסוכיהם במסגרת ההבנות הרווחות בתרבות עסקית זו, ולא על-פי התכנים של התרבות המשפטית. לפיכך, אנשי עסקים יעשו כל מאמץ ליישב את סכסוכיהם בעצמם, על-פי ההבנות שלהם, ורק כאשר יכלו כל הקיצים ונסיונות אלה ייכשלו, הם יהיו נכונים להעביר את הסכסוך להכרעה על-פי התרבות המשפטית – תרבות שתכניה אינם מוכרים להם ואשר אף נחשבת על-ידיהם בעייתית או נחותה בהשוואה לתרבות העסקית שבה הם פועלים.¹⁵⁵
- ג. התרבות העסקית רואה בעין רעה התעקשות על זכויות משפטיות מקום שההבנות העסקיות מחייבות ויתור, התחשבות ושיתוף-פעולה. התרבות העסקית רואה אפוא בעין רעה פתיחה בהליכים משפטיים, ומצפה שצדדים עסקיים ינהגו זה כלפי זה על בסיס ההבנות העסקיות הרלוונטיות, ולא על בסיס הזכויות המשפטיות המוקנות להם. מכיוון שכך, פתיחה בהליכים משפטיים עלולה לפגוע ברפוטציה של איש העסקים הפותח בהליכים.¹⁵⁶
- ד. אנשי עסקים סוברים כי עורכי-דין אינם מבינים את התרבות העסקית שלהם. מכיוון שכך, הם אינם מעוניינים לערב בסכסוכיהם עורכי-דין, ובוודאי לא להקנות להם מעמד של הובלה בתהליכי היישוב של סכסוכיהם.¹⁵⁷
- ה. אנשי עסקים סוברים כי שופטים אינם מבינים את התרבות העסקית שלהם ואת העסקות שבהן הם מתקשרים. מכיוון שכך, הם אינם מעוניינים להקנות לשופטים את כוח ההכרעה בסכסוכים שבהם הם נתונים.¹⁵⁸
- אכן, יתרונם של שופטים הוא בידע המשפטי שלהם, ואין להם מומחיות בתרבות עסקית כלשהי או באשר לאופן שבו ענפים עסקיים פועלים. כמו-כן, שופטים הינם בדרך-כלל General Practitioners: הם אינם מתמחים בענף משפטי מסוים, כגון דיני החוזים, אלא עוסקים במהלך הפעילות המקצועית שלהם ביישוב סכסוכים

Macaulay "Non-Contractual Relations", *supra* note 121; Beale & Dugdale, 154
supra note 121, at pp. 47–48; Galanter "Landscapes of Disputes", *supra* note
.145, at pp. 22, 24–26; White, *supra* note 142, at p. 17

Macaulay "Non-Contractual Relations", *ibid*; Posner, *supra* note 38, at pp. 18, 155
34–35; S. Macaulay "Almost Everything that I did Want to Know About
Contract Litigation: A Comment on Galanter" (2001) *Wis. L. Rev.* 629, 631;
.White, *ibid*, at pp. 17–18

Macaulay "Non-Contractual Relations", *ibid*; Beale & Dugdale, *supra* note 121, 156
.at p. 47; Galanter "Landscapes of Disputes", *supra* note 145, at p. 26

.Macaulay "Non-Contractual Relations", *ibid*; Beale & Dugdale, *ibid* 157

.Macaulay "Non-Contractual Relations", *ibid*; Posner, *supra* note 38, at p. 18 158

המתעוררים במסגרתם של ענפי משפט שונים. יתר על כן, בתחום הספציפי של דיני החוזים, שופטים עוסקים ביישוב סכסוכים חוזיים המתעוררים במסגרת מגוון של ענפים עסקיים. הסיכוי ששופטים יבינו לעומקה את התרבות העסקית הספציפית שבמסגרתה פעלו הצדדים שלפניהם, או את העסקה הספציפית שבה התקשרו הצדדים שלפניהם, הינו קלוש אפוא.¹⁵⁹

בהקשר זה נטען כי יש הבדל בין מדינות שונות. כך, נטען כי באנגליה קיימים שופטים רבים שפעלו כעורכי-דין מסחריים קודם למינוים לשופטים, ואילו בארצות-הברית שופטים רבים מתמנים משורות התביעה הפלילית או מתוך החוג הפוליטי של הממנה, ורק מעטים מן השופטים באים מקרב קבוצת עורכי-הדין המסחריים. לפיכך נטען כי הסיכוי שאנשי עסקים יפגשו שופט בעל ניסיון והבנה עסקיים הינו גדול יותר באנגליה מאשר בארצות-הברית.¹⁶⁰ לגבי מדינות המשפט הקונטיננטלי נטען כי שופטיהן מתמנים לתפקידם בגיל צעיר, ולא מתאפשר להם אפוא לרכוש ניסיון מסחרי. לפיכך שופטים אלה יהיו בעלי כישורים פחותים מכישוריהם של השופטים בארצות המשפט המקובל, המתמנים לאחר ניסיון מסוים כעורכי-דין בכל הנוגע לטיפול בחוזים מסחריים.¹⁶¹ אם מקבלים טיעונים אלה, אזי בולט לעין כי המצב הישראלי קרוב יותר למצב האמריקאי מאשר למצב האנגלי (או למצב הקונטיננטלי), ולפיכך הסיכוי שאנשי עסקים יפגשו בבתי-המשפט של ישראל שופטים בעלי ניסיון והבנה עסקיים הינו קטן יחסית.

ו. התכנים של המשפט והתוצאות האפשריות שלו נתפסים על-ידי אנשי עסקים כלא-ודאיים. לפיכך הם מעדיפים ליישב את סכסוכיהם בהסכמי פשרה שהם שולטים בתוכניהם, במקום להעביר את סכסוכיהם להכרעותיהם של שופטים, דבר שפירושו מבחינתם השיפה לסיכון ולא-ודאות.¹⁶²

ז. אנשי עסקים אינם מעוניינים לאבד שליטה בתוצאה הסופית של הסכסוך. לפיכך הם יעדיפו ליישב את סכסוכיהם בעצמם, בדרך של פשרה, מאשר בדרך של העברת כוח ההכרעה לשופט, מה-גם שלא הם בוחרים את השופט המסוים שיכריע בסכסוכם, אלא מערכת בתי-המשפט היא שקובעת אותו (בהליך דמוי "הגרלה").¹⁶³

ח. ניהול הליכים משפטיים כרוך בעלויות גבוהות: תשלום שכר-טרחן לעורכי-דין ולמומחים; ביטול זמנם של מנהלים ועובדים לצורך ההתכוננות להליכים והשתתפותם בהם; הטסת מנהלים ועובדים למקום שבו מתנהלים ההליכים ושיכונם שם, וכולי.¹⁶⁴

159 Charny, *supra* note 116, at p. 848; Posner, *supra* note 116, at p. 758

160 Whitford, *supra* note 3, at pp. 200, 204–205; Posner, *ibid*

161 ראו: Posner, *supra* note 38, at p. 34

162 ראו: Bernstein "Diamond Industry", *supra* note 152, at pp. 127, 135

163 ראו: Galanter "Litigation Explosion", *supra* note 145, at p. 11

164 ראו: Macaulay "Non-Contractual Relations", *supra* note 121; White, *supra* note 142, at pp. 16–17

- ט. יישוב סכסוכים במערכת בתי המשפט נתפס על-ידי אנשי עסקים כהליך ממושך. מכיוון שכך, הם מעדיפים ליישב את סכסוכיהם בהליכים שמשכם קצר בהרבה: הסכם פשרה, בורות או גישור.¹⁶⁵
- י. אנשי עסקים מבקשים להימנע ממצב שבו הם ייחקרו בפומבי על-ידי עורכי הדין של הצד שכנגד על-אודות התנהגותם, וממצב שבו ההתנהגות וההחלטות שלהם יועמדו לביקורתם של שופטים.¹⁶⁶
- נקודה זו מחייבת הרחבה בכל הנוגע להקשר הישראלי. בשיטת משפט שבה שופטים מנמקים את הכרעותיהם באופן פורמליסטי, העובדה שאיש עסקים הפסיד במשפטו אינה אמורה להוביל להכתמת התנהגותו מהבחינה הערכית. הפסד במשפט יתפס במקרים כאלה כנובע מכך שה-"case" המשפטי של איש העסקים היה חלש משל יריבו. לעומת זאת, בשיטת משפט שבה שופטים מנמקים את הכרעותיהם באופן ערכי, הפסד במשפט עלול להיות מסוכן מאוד לאיש עסקים, שכן השופט עשוי למתוח עליו ביקורת ערכית – למשל, לקבוע שהוא נהג כלפי הצד האחר בחוסר תום-לב. פגיעה זו מוכפלת ככל שמתרחב הדיווח בעיתונות בכללותה, ובעיתונות הכלכלית בפרט, על-אודות פסיקותיהם של בתי המשפט. בישראל, הפסיקה של עשרים וחמש השנים האחרונות הינה ערכית, והדיווח בעיתונות על-אודות פסקי-דין של בתי המשפט הינו נרחב למדי. (כבר שמעתי על צדדים שקראו לראשונה על-אודות הכרעת הדין בעניינם בעיתון כלכלי.) אנשי עסקים ישראלים נחשפים אפוא, דרך העיתונות, לפרקטיקה שבה שופטים מותחים ביקורת ערכית על אנשי עסקים. התמריץ השלילי הכרוך בכך באשר לנכונותם של אנשי עסקים להתדיין בבתי המשפט הינו ברור.¹⁶⁷
- יא. הליכים משפטיים בתחום החוזים עשויים לא-אחת לחייב חשיפה של סודות עסקיים לפני מתחרים, צדדים לחוזים בהווה ובעתיד, איגודי עובדים, בנקים, חברות ביטוח וכדומה (למשל: מתח הרווחים שהחברה פועלת במסגרתו; רשימות הלקוחות של החברה; "תרגילי מס" שהינם על גבול החוקיות או אף מעבר לו). מכיוון שאנשי

165 ראו: Bernstein, "Litigation Explosion", *supra* note 145, at pp. 8–9; Galanter "Diamond Industry", *supra* note 152, at p. 135.

166 ראו: Macaulay "Non-Contractual Relations", *supra* note 121.

167 קס סנסטין (Cass Sunstein) מבחין בין הנמקות החושפות את התיאוריה הנורמטיבית העומדת ביסודן לבין הנמקות שאינן חושפות את התיאוריה הזו. C.R. Sunstein *Legal Reasoning and Political Conflict* (New York & Oxford, 1996). סנסטין כותב שבחברה שקיימות בה מחלוקות עמוקות בשאלות נורמטיביות רצוי שבתי המשפט ינקטו דרכי הנמקה שאינן חושפות את התיאוריות הנורמטיביות העומדות ביסוד ההכרעה השיפוטית. הנמקות כאלה אינן גורמות פגיעה באותן קבוצות חברתיות שאינן מזדהות עם הטעמים הנורמטיביים העומדים ביסוד ההנמקות. ראו גם: Galanter "Landscapes of Disputes", *supra* note 145, at p. 22; Galanter "Litigation Explosion", *supra* note 145, at pp. 8–9.

עסקים אינם מעוניינים לחשוף את הסודות האלה, הם נמנעים מלהביא את סכסוכיהם להכרעותיהם של בתי-המשפט.¹⁶⁸
 יב. דיני החוזים אינם מספקים לצדדים פיצוי מלא על הנזקים הנגרמים להם במקרה של הפרת חוזה.¹⁶⁹

כל הסיבות האמורות מסבירות מדוע אנשי עסקים מעדיפים, עוד קודם שאחד הצדדים פותח בהליכים משפטיים נגד הצד האחר, ליישב את סכסוכיהם החוזיים בכוחות עצמם, בהסכם פשרה, או לחלופין בדרך של בוררות או גישור.

(ג) משאומתן כחלק מההליך המשפטי: הגעה לפשרה לפני פסק-דין
 יתר על כן, בספרות על דיני החוזים קיימת הסכמה נרחבת שגם באותם מקרים שבהם אנשי עסקים מגישים תביעות משפטיות בגין הפרת חוזה, ברובם המכריע של המקרים הם אינם נותנים להליך להגיע לשלב של מתן פסק-דין על-ידי שופט, אלא מגיעים קודם לכן לפשרה, המסיימת את ההליך.
 כך, מרק גלנטר מציג את הליך התביעה בגין הפרת חוזה כהליך שמלכתחילה אינו מכוון להוביל להכרעת הסכסוך שבין הצדדים על-ידי שופט. לדידו, הליך התביעה מכוון לגרום לצד האחר לנהל משאומתן שיוביל לפשרה, תוך שהצדדים מודדים במסגרת ההליך את הכוח המשפטי היחסי שלהם ומפגינים נחישות זה כלפי זה, והכל כדי להשפיע על האופן שבו יעוצב הסכם הפשרה שביניהם. גלנטר טבע מונח לתיאורו של הליך זה: (litigotiation", דהיינו, ניהול משאומתן במשולב עם ניהול הליך משפטי.¹⁷⁰ בדומה לכך, Lisa Bernstein מצביעה על כך שאפילו במסגרת תעשיית היהלומים, המפעילה מנגנונים מקצועיים ולא-פומביים משלה ליישוב סכסוכים בין חבריה, רוב ההליכים המשפטיים המתחילים בין הצדדים מסתיימים בדרך של פשרה.¹⁷¹

168 ראו: Ben-Shahar & Bernstein, *supra* note 152; Posner, *supra* note 38, at p. 18; Bernstein "Cotton Industry", *supra* note 152, at pp. 1757-1758.

169 Macaulay "Non-Contractual Relations", *supra* note 121; Bernstein "Cotton Industry", *ibid*, at p. 1756; Bernstein "Diamond Industry", *supra* note 152, at p. 135.

170 Galanter "Landscapes of Disputes", *supra* note 145; Galanter "Litigation Explosion", *supra* note 145; M. Galanter "Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach About Legal Process" 34 *Journal of Legal Education* (1984) 268.

171 Bernstein "Diamond Industry", *supra* note 152, at p. 124. סיבה נוספת לכך שסכסוכים חוזיים אינם מבשילים כדי פסק-דין היא שבמקרים רבים החוזה שבין הצדדים קובע מראש כי סכסוך בין הצדדים ייושב בדרך של בוררות. תופעה זו, ש-Charles Knapp קורא לה "הפרטה של דיני החוזים", הולכת ומתרחבת בעשורים האחרונים בארצות-הברית, בעיקר בחוזים שבהם הצד "החזק" מכתוב לצד "החלש" כי סכסוך עתידי ביניהם ייושב בטריבונל בוררות (בדרך-כלל טריבונל שלצד החזק יש

(ד) משקלו של האקטיביזם השיפוטי בהרתעתם של אנשי עסקים מליישב

את סכסוכיהם בתי-המשפט

מן הדיון דלעיל עולה כי קיימות סיבות רבות לכך שאנשי עסקים נמנעים מלהביא את סכסוכיהם להכרעת בתי-המשפט של המדינה (בין בדרך של יישוב סכסוכים על-ידי אנשי עסקים מחוץ לברי-המשפט ובין בדרך של יישוב סכסוכים כאלה קודם למתן פסק-דין על-ידי בית-המשפט). כיצד אנו אמורים אם כן לשלב בסיבות אלה את העלייה של האקטיביזם השיפוטי בדיני החוזים של ישראל? אין ספק שאקטיביזם בכל הנוגע לקביעת תוכנם של חוזים עשוי להרתיע אנשי עסקים מלהביא את סכסוכיהם החוזיים להכרעת בתי-המשפט של המדינה. אולם, כאמור, מן הדיון דלעיל עולה שקיימות סיבות רבות אחרות לכך שאנשי עסקים נמנעים מלעשות כן. עלייתו של האקטיביזם השיפוטי בדיני החוזים של ישראל אינו אמור להיחשב אפוא סיבה מרעת לכך שאנשי עסקים ישראלים נמנעים מלהביא את סכסוכיהם להכרעת בתי-המשפט של המדינה. הוא אמור להיחשב רק סיבה אחת נוספת בין סיבות רבות אחרות.

(ה) הערה נורמטיבית

מן הדיון בחלק זה של המאמר עולה כי אנשי עסקים ממעטים להביא את סכסוכיהם להכרעתם של בתי-המשפט. התנהגותם זו של אנשי העסקים רצויה מבחינה חברתית: המתקשרים נושאים בעצמם בעלויות של יישוב סכסוכיהם, ואין הם מחצינים אותן אל מערכת המשפט של המדינה. (לנוכח העלויות הכבדות הכרוכות בהפעלתה של מערכת המשפט, ניתן להניח כי המדינה נותנת "סובסידיה" לכל אורח או תאגיד שהיא מאפשרת לו ליישב סכסוך שלו במסגרת מערכת המשפט של המדינה.)

(ו) אנשי עסקים: שני סוגים של התקשרויות חוזיות

לסיום הדיון בנקודה זו, ברצוני להצביע על כך שמה שעולה מן הדיון בחלק השני של המאמר ובחלק הנוכחי שלו הוא כי כאשר מדובר בהתקשרויות חוזיות של אנשי עסקים, יתא זה מאיר-עייניים להבחין בין שני סוגים עיקריים של התקשרויות. עם הסוג האחד נמנות ההתקשרויות שבהן אנשי העסקים הינם "שחקנים של פעם אחת", דהיינו, הצדדים מתקשרים זה עם זה בעסקה חוזית פעם אחת בחייהם (לדוגמה: חוזים למכירת מניות בחברה, חוזים למכירת ציוד תעשייתי, חוזים למכירת נכס מקרקעין). בהתקשרויות כאלה הצדדים עשויים אומנם להיות מחוברים זה לזה באמצעות המערכת התרבותית של עולם העסקים שהם פועלים במסגרתו, אולם בהתקשרם בחוזה הם פועלים ברמה גבוהה של מודעות לכך שהם נכנסים אל תוך דיני החוזים של המדינה, דהיינו, הם מצפים לכך שהקשר ביניהם יישלט במידה רבה על-ידי הוראות החוזה שלהם ועל-ידי ההוראות של דיני החוזים של המדינה. בהתאם לכך הם מניחים שסכסוך ביניהם, אם יתגלע, יישוב על-פי דיני החוזים של המדינה (אם כי, כפי שעולה מהדיון בחלק זה של המאמר, לאו דווקא במסגרת בתי-המשפט של המדינה).

יתרון ביחס אליו מבחינת קביעת הרכבו ומבחינת מקום מושבו. ראו: Knapp, *supra* note 149; Macaulay, *supra* note 155, at p. 632.

עם הסוג האחר של התקשרויות של אנשי עסקים נמנות התקשרויות שבהן אנשי העסקים הינם "שחקנים חוזרים", דהיינו, הצדדים מתקשרים זה עם זה בסדרה של עסקות חוזיות. הדוגמה האופיינית לצדדים כאלה הם הקונים והמוכרים של מיטלטלין שאותם ראו לנגד עיניהם מנסחי הקוד המסחרי האחד של ארצות-הברית, וכן אנשי העסקים שבהם עסק מחקרו הקלסי של מקאולי.¹⁷² מתקשרים אלה מודעים לקיומה של הקטגוריה התרבותית "חווה", ולכך שהם פועלים בגדרה. אולם כאשר הם מתקשרים זה עם זה, כאשר הם מבצעים את החוזים שלהם וכאשר הם מיישבים סכסוכים המתגלעים ביניהם – הם מקנים לקטגוריה "חווה" תכנים משלהם, על-פי ההבנות התרבותיות הלא-משפטיות המשותפות להם באשר לתכנים של קטגוריה זו.¹⁷³ במילים אחרות, מתקשרים אלה מקיימים פעילות חוזית תוך מתן משקל נמוך לתכנים של דיני החוזים של המדינה, ובדרך-כלל הם אף אינם מכירים את התכנים האלה במידה מתקבלת על הדעת.¹⁷⁴ (דומה כי אנשי הניתוח הכלכלי של דיני החוזים לא שמו לב לקיומה של קבוצה זו, והקדישו את עיקר דיונם לקבוצה הראשונה דלעיל, בעוד שאנשי הניתוח הסוציולוגי של החווה הקדישו את עיקר תשומת-ליבם לקבוצה זו.)

172 ההבחנה בין שחקנים של פעם אחת (One Shotters) לבין שחקנים חוזרים (Repeat Players) לקוחה ממאמרו הקלסי של גלנטר: M. Galanter "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change" 9 *Law & Soc. Rev.* (1974–1975) 95.

173 ראו גם: D. Holland & N. Quinn "Introduction" *Cultural Models in Language and Thought* (Cambridge, D. Holland & N. Quinn eds., 1987) 3. המחברות כותבות על האופן שבו בני-אדם מפעילים את הקטגוריה התרבותית "חווה" במסגרת יחסיהם: "Knowledge of the 'societal conventions' surrounding the idea of CONTRACT... is said to be generalized from successive experiences in which services are procured – meals at restaurants, visits to doctors' offices, home visits from plumbers, and the like... [T]he homeowner who calls a plumber about a leaking pipe and the plumber who comes to replace it can negotiate a contract between them, even though they have never met one another before, grew up in different parts of the country, and have entirely different class and ethnic backgrounds." *Ibid.*, at pp. 21–22.

174 על כך שמתקשרים רבים בחוזים אינם מכירים את תוכניהם של דיני החוזים במידה מתקבלת על הדעת ראו: Eisenberg "Dynamic Contract Law", *supra* note 5, at p. 5; M.A. Eisenberg "Expression Rules in Contract Law and Problems of Offer and Acceptance" 82 *Cal. L. Rev.* (1994) 1127, 1144–1145.

ג. שאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל

1. דיני החוזים של ישראל ודגם התבונה המעשית

מהדיון בפסקות הקודמות עולה כי האקטיביזם של בית-המשפט העליון בתחום דיני החוזים עשוי להצטרף לשורה של סיבות שבגינן אנשי עסקים נמנעים מלהביא את סכסוכיהם להכרעתם של בתי-המשפט של המדינה. השאלה שברצוני לדון בה בשורות הבאות היא: כיצד הימנעותם של אנשי העסקים מלהביא את סכסוכיהם לבתי-המשפט של המדינה משפיעה על פיתוח התכנים של דיני החוזים של ישראל?

התשובה המתבקשת לכאורה היא שככל שאנשי העסקים ירבו להדיר את רגליהם מבתי-המשפט כן תפחת מידת התאמתם של דיני החוזים לצורכיהם של אנשי העסקים, דהיינו, יגדל הפער בין דיני החוזים של המדינה לבין דיני החוזים שיתאימו לפעילותם של אנשי העסקים. תשובה זו מתבקשת לנוכח הדמיון (לאו דווקא זהות!)¹⁷⁵ הקיים בין תהליך ההכרעה השיפוטית לבין תהליך ההכרעה בבעיות נורמטיביות בדרך התבונה המעשית.

על-פי גישת התבונה המעשית, יש להכריע בשאלות נורמטיביות בדרך של התמקדות במאפיינים העובדתיים הייחודיים של המקרה המעורר אותן, והפעלת שיפוט לגבי מאפיינים אלה על-פי תכנים נורמטיביים ואמפיריים הקיימים בתרבות שהשאלה מתעוררת בגדרה. גישה זו מבוססת אפוא על אמונה בכך שיש לקדם את החשיבה הנורמטיבית בדרך של התמודדות עם בעיות אמיתיות, להבדיל מחשיבה מופשטת, ובדרך של חתירה ליצירת מתאם טוב בין שיקולים נורמטיביים לבין המציאות העובדתית שהשיקולים מוחלים עליה.

גישת התבונה המעשית כופרת ברציותו של תהליך הכרעה בשאלות נורמטיביות המבוסס על יישום דדוקטיבי של כללים או עקרונות מוכנים מראש. על-פי גישת התבונה המעשית, עקב גיוונם העצום של ההקשרים ששאלות נורמטיביות מתעוררות במסגרתם, ועקב הדינמיות של התנאים החברתיים והתרבותיים המולידים שאלות כאלה, כל מקרה ומקרה מעורר שאלה נורמטיבית מתאפיין בתרכובת ייחודית של רכיבים עובדתיים ובעייתיות ייחודית, אשר אינן ניתנות לחיזוי ולמענה, במידת הדיוק הנדרשת, באמצעות כללים שהוכנו מראש באופן מופשט. מכיוון שכך, ההכרעה הראויה בכל מקרה פרטיקולרי מחייבת יצירת כלל ספציפי חדש שיתאים לנסיבותיו הייחודיות של המקרה. מרכז-הכובד בתהליך ההכרעה צריך להיות אפוא המאמץ להבין באופן מעמיק את מאפייניו העובדתיים הייחודיים של המקרה, תוך שהעקרונות והכללים הקיימים, יצירי הכרעות קודמות, משמשים מדריכים טנטטיביים וחומרי-גלם ליצירתה של ההכרעה הספציפית, הייחודית, המתאימה למקרה הנתון.¹⁷⁶

175 להבדלים בין הכרעה על-פי גישת התבונה המעשית לבין ההכרעה המשפטית ראו מאוטנר, לעיל הערה 89, בע' 50-54.

176 A.T. Kronman *The Lost Lawyer – Failing Ideas of the Legal Profession* (Cambridge & London, 1993) (hereinafter: Kronman *The Lost Lawyer*); A.T. Kronman "Alexander Bickel's Philosophy of Prudence" 94 *Yale L. J.* (1985) 1567; A.T. Kronman "Living in the Law" 54 *U. Chicago L. Rev.* (1987) 835;

קרל לואלין סבר כי יש לפעול במשפט במסגרת גישת התבונה המעשית, אולם באופן מסויג: הוא התנגד לכך ששופטים יבקשו להתאים לכל מקרה המובא להכרעתם את הפתרון הייחודי, החד-פעמי, המתאים לו; במקום זאת, הוא סבר כי שופטים צריכים לתפוס כל מקרה המובא להכרעתם כמשתייך לקבוצה של מקרים בעלי מאפיינים עובדתיים דומים, ולהחיל על המקרה את הפתרון הנורמטיבי המתאים לקבוצה. לואלין סבר כי שופטים מסוגלים לאתר את הפתרונות הנורמטיביים המתאימים לקבוצות שונות של מקרים בדרך של הפעלת כישור שאותו כינה "תחושת מצב" (Situation Sense), דהיינו, היכולת להתאים לכל קבוצה נבדלת של מקרים עובדתיים את הפתרון המשפטי שראוי להחיל עליה.¹⁷⁷

תפיסת ההליך השיפוטי כדרך להכרעה בשאלות נורמטיביות שהינה קרובה לזו המתקיימת במסגרת הליך התבונה המעשית תניה אפוא כי יתקיים קשר הדוק בין המאפיינים העובדתיים של המקרים שיגיעו להכרעתם של בתי-המשפט לבין התכנים המשפטיים שִפְתְּחו השופטים אגב הכרעה במקרים אלה. בניסוח אחר, תפיסה כזו של ההליך השיפוטי תניה כי אם סוגים מסוימים של סכסוכים חוזיים יגיעו להכרעתם של בתי-המשפט יותר מאשר סוגים אחרים של סכסוכים חוזיים, אזי התכנים של דיני החוזים ייקבעו ויתפתחו באופן מסוים השונה מזה שבו היו מתפתחים אילו הגיעו סוגים אחרים של סכסוכים חוזיים להכרעתם של בתי-המשפט.

אולם הנחות אלה מתממשות ככל הנראה במידה חלקית בלבד כאשר מדובר בדיני החוזים של ישראל.

ראינו כי דיני החוזים של ישראל מתפתחים בעיקר על גבן של עסקות מקרקעין.¹⁷⁸ מה

A.T. Kronman *Practical Wisdom and Professional Character – Philosophy and Law* (Oxford & New York, J. Coleman & E.F. Paul eds., 1987) 203; D.A. Farber & P.P. Fricky "Practical Reason and the First Amendment" 34 *UCLA L. Rev.* (1987) 1615; D. Farber "Legal Pragmatism and the Constitution" 72 *Minn. L. Rev.* (1988) 1331; T.C. Grey "What Good is Legal Pragmatism?" *Pragmatism in Law and Society* (Boulder, M. Brint & W. Weaver eds., 1991) 9; R. Cotterrell *The Politics of Jurisprudence* (London & Edinburgh, 1989)

התבונה המעשית, כדרך להכרעה בשאלות נורמטיביות, מזוהה עם אריסטו, ושורשיה מיוחסים לאתיקה שלו. אריסטו אתיקה – מהדורת ניקומאכוס (תשמ"ה). ראו גם: S.G. Salkever *Finding the Mean – Theory and Practice in Aristotelian Political Philosophy* (Princeton, 1990); M.C. Nussbaum *The fragility of Goodness – Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy* (Cambridge, updated ed., 2001)

מ' מאוטנר על החינוך המשפטי (תשס"ב) 85–86.

Llewellyn *The Common Law Tradition*, *supra* note 123, at pp. 121 et seq.; 177

Twining, *supra* note 123, at pp. 216–227; Kronman *The Lost Lawyer*, *ibid*, at pp. 209–225.

178 ראו לעיל סעיף 11 בחלק הנוכחי.

שמאפיין את העסקות האלה הוא שהצדדים להן הינם שחקנים של פעם אחת, דהיינו, הם מתקשרים זה עם זה בעסקה חוזית פעם אחת בחייהם. כזכור, צדדים כאלה נבדלים מצדדים שהינם שחקנים חוזרים, דהיינו, צדדים המתקשרים זה עם זה בסדרה של עסקות חוזיות. שחקנים של פעם אחת נבדלים גם מצדדים לחוזי יחס, דהיינו, צדדים לחוזים שמשכם ארוך ואשר הצדדים להם מביאים אליהם את מימד האישיות שלהם ומצפים להעשרה של האישיות שלהם עצמם עקב תרומת האישיות של הצד האחר (דוגמה אופיינית: צדדים לחוזה שותפות במשרד עורכי-דין או במשרד אדריכלים).

מפתביהם של מקאולי ומקניל, וכן מפתביהם של מחברים אחרים שעסקו בחוזים של שחקנים חוזרים ובחוזי יחס,¹⁷⁹ עולה כי קיימות סיבות טובות לחשוב שאנשי עסקים שהינם שחקנים חוזרים, וכן צדדים לחוזי יחס, מצפים לכך שבמסגרת הקשר שביניהם הם יזכו ברמה גבוהה של סולידריות ושיתוף-פעולה (במונחים משפטיים – תום-לב) מן הצד האחר. כמו-כן, מפתביו של מקניל עולה כי קיימות סיבות טובות לחשוב שצדדים שהינם שחקנים של פעם אחת תופסים את החוזה שלהם במושגים תחרותיים של "משחק סכום-אפס", ומפתחים ציפיות נמוכות לסולידריות ולשיתוף-פעולה של הצד האחר. הנחה זו עומדת גם ביסוד כתיבה ענפה במסגרת הניתוח הכלכלי של דיני החוזים, שממנה עולה כי צדדים שהינם שחקנים של פעם אחת מועדים למה שמכונה בספרות זו "התנהגות אופורטוניסטית" במסגרת החוזה שלהם.¹⁸⁰ (עם זאת, ניתוחה של ההתנהגות האופורטוניסטית במסגרת ספרות זו הורחב בהמשך גם לחוזים שאינם של שחקנים של פעם אחת).¹⁸¹

לנוכח האמור, מכיוון שדיני החוזים שלנו מתפתחים במידה רבה על גבן של עסקות מקרקעין, היה אפשר לצפות שהם יהיו דיני חוזים שמרניים, דהיינו, דיני חוזים שישמרו רכיבים חשובים של דיני החוזים הקלסיים, ילידי המאה התשע-עשרה: תפיסת החוזה כקשר של חליפין המתנהל על-פי היגיון תחרותי של משחק סכום-אפס. והנה, מהדיון בחלק הראשון של מאמר זה מסתבר כי על גבן של עסקות מקרקעין בית-המשפט העליון מפתח דיני חוזים שחותרים תחת אושיותיהם של דיני החוזים הקלסיים, קרי: דיני חוזים שמדגישים ערכים של סולידריות ואלטרואיזם, ואשר תופסים את הקשר החוזי כפרויקט של שיתוף-פעולה, להבדיל מעסקת חליפין של משאבים.

179 לעיל הערה 123.

180 לסקירה ראו: G.R. Shell "Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Toward a New Cause of Action" 44 *Vand. L. Rev.* (1991) 221, 229–232; G.M. Cohen "The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law" 20 *Hofstra L. Rev.* (1992) 941, 953–961.

181 ראו, למשל: G.K. Hadfield "Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts" 42 *Stan. L. Rev.* (1990) 927; S. Narasimhan "Relationship or Boundary? Handling Successive Contracts" 77 *Cal. L. Rev.* (1989) 1077; Note "Employer Opportunism and the Need for a Just Cause Standard" 103 *Harv. L. Rev.* (1989) 510.

בדומה לכך, מכיוון שדיני החוזים שלנו מתפתחים במידה רבה על גבן של עסקות מקרקעין, היה אפשר לצפות שמידת ההתאמה שלהם לחוזיהם של אנשי עסקים שהינם שחקנים חוזרים, וכן לחוזי יחס, תהיה נמוכה. והנה, מסתבר כי על גבן של עסקות מקרקעין בית המשפט העליון מפתח דיני חוזים המתאימים דווקא לחוזים מסוגים אלה. עובדות אלה יכולות ללמד שבית המשפט העליון של ישראל אינו מפתח את דיני החוזים שלנו על-פי גישה של תבונה מעשית ו"תחושת מצב",¹⁸² אלא על-פי סדריו נורמטיבי משלו, קבוע מראש (הגברת הסולידריות ושיתוף הפעולה במסגרתן של עסקות חוזיות; במונחים משפטיים – תום-לב), שאותו הוא מחיל על הצדדים שסכסוכיהם מובאים להכרעתו מבלי שיתקיים מתאם הדוק בין הערכים שהוא מבקש לקדם לבין המאפיינים העובדתיים של העסקות המובאות להכרעתו.¹⁸³

2. השפעתם של תוכני המשפט על אופן פעולתם של אנשי העסקים

בקטע קודם הבחנתי בין שני סוגים גדולים של התקשרויות של אנשי עסקים: התקשרויות שבהן אנשי העסקים הינם שחקנים של פעם אחת; והתקשרויות שבהן אנשי העסקים הינם שחקנים חוזרים.¹⁸⁴ טענתי כי מבין שני סוגי ההתקשרויות האלה, התקשרויות של אנשי עסקים שהינם שחקנים חוזרים נוצרות ומבוצעות בזיקה חלשה יחסית לדיני החוזים של המדינה, והוא הדין ביישובם של סכסוכים חוזיים של אנשי עסקים כאלה. טענתי כי אנשי עסקים אלה מתקשרים בחוזים, מבצעים חוזים ומיישבים סכסוכים חוזיים בזיקה הדוקה לתרבות העסקית שבגדרה הם פועלים.¹⁸⁵ מן הראוי לשים לב כי אם אכן נכונה הקביעה שדיני החוזים של המדינה מתפתחים במידה רבה יחסית של התאמה להתקשרויות החוזיות של אנשי עסקים שהינם שחקנים חוזרים, אזי תוצאה מעניינת היא שדווקא התאמה זו צריכה להיחשב בעלת השפעה נמוכה יחסית על האופן שבו אנשי העסקים האלה מתקשרים בחוזים, מבצעים חוזים ומיישבים סכסוכים חוזיים.

הדברים שונים כאשר מדובר בהתקשרויות חוזיות של אנשי עסקים שהינם שחקנים של פעם אחת. כזכור, טענתי כי התקשרויות כאלה נעשות בזיקה חזקה יחסית לדיני החוזים של המדינה.¹⁸⁶ אולם, מצד אחד, מהדיון בחלק הראשון של מאמר זה על-אודות דרכי התפתחותם של דיני החוזים של ישראל עולה כי ניתן להטיל ספק במידת התאמתם של דיני החוזים לצורכיהן של התקשרויות חוזיות כאלה. מצד אחר, מהדיון בחלק הנוכחי של המאמר עולה כי אנשי העסקים נמנעים מלהביא את סכסוכיהם להכרעתם של בתי המשפט של המדינה, דהיינו, הם נמנעים מלתת לבתי המשפט הודמנות לפתח את דיני החוזים על גבן של העסקות החוזיות שלהם ובאופן שיתאים לעסקות החוזיות הללו. אולם מצד

182 ראו לעיל הערה 177 והטקסט הנלווה אליה.

183 לנקודה זו ראו גם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, לעיל

הערה 6, בע' 130-132.

184 ראו לעיל סעיף 2(ו) בחלק הנוכחי.

185 ש.ם.

186 ש.ם.

שלישי, מהדיון בחלק הנוכחי של המאמר עולה כי ספק אם בית-המשפט העליון מפתח את דיני החוזים שלנו בצמידות הדוקה למאפיינים של העסקות החוזיות המובאות לדיונו, שכן נראה כי הוא מפתח אותם על-פי סדר-יום נורמטיבי משלו, שאינו מקיים קשר הדוק למאפיינים העובדתיים של העסקות החוזיות המובאות להכרעתו.

אם אכן דיני החוזים שלנו מתפתחים באופן שמפחית את מידת התאמתם לצורכיהן של התקשרויות של אנשי עסקים שהינם מתקשרים של פעם אחת, אזי יש לכך כמה השלכות חשובות.

ראשית, מקובל לחשוב שבמקרים שבהם דין החוזים אינו מתאים לצורכיהם של מתקשרים המבקשים להתקשר בגדרו, יידרשו המתקשרים, במסגרת תהליך כריתת החוזה, ליצור בעצמם הוראות חוזיות מפורשות הסוטות מהוראותיו של דין החוזים, דבר שעלול להיות כרוך בעלויות עסקה.¹⁸⁷

שנית, הקשר נוסף שבו עלולה להתקיים בעייתיות עקב קיומו של פער בין דין החוזים לבין בחירותיהם של צדדים המתקשרים בחוזים הוא זה של יישוב סכסוך בין הצדדים. בהקשר זה, אם המתקשרים מיישבים את סכסוכם במסגרתם של דיני החוזים של המדינה ומתוך מודעות צמודה לתכנים של דיני החוזים האלה (למשל, במצבי ה-"litigation" שעליהם כותב גלנטר),¹⁸⁸ אזי חוסר התאמה בין התכנים של דיני החוזים לבין מאפייני העסקה שהמתקשרים נתונים בה עלול להוביל לשלוש תוצאות בעייתיות (שדיון נרחב בהן חורג ממסגרתו של מאמר זה, ולפיכך אסתפק כאן רק בהצבעה ראשונית עליהן): בעיה של אוטונומיה – המתקשרים יישבו את סכסוכם בפשרה שאינה תואמת במידה מספקת את הבחירות שהם עשו בחוזה המקורי שלהם; בעיה של יעילות – המתקשרים יישבו את סכסוכם בפשרה שתוביל להקצאת משאבים ביניהם בצורה שאינה תואמת את הקצאת המשאבים שבה בחרו בחוזה המקורי שלהם; בעיה של צדק מתקן – המתקשרים יישבו את סכסוכם בפשרה שתוביל לחלוקת משאבים ביניהם בצורה שאינה תואמת את מה שהתחייב על-פי מצב הזכויות שהצדדים יצרו והקצו ביניהם בחוזה המקורי שלהם.¹⁸⁹

187 על-פי הניתוח הכלכלי של דיני החוזים, על דיני החוזים לחתור לקביעת הוראות המשקפות את ההוראות שצדדים טיפוסיים המתקשרים בחוזים היו בוחרים בהן. Scott "The Case for Formalism", *supra* note 3, at p. 847; Schwartz & Scott, *supra* note 3, at pp. 547, 594, 596, 598–599, 601; זמיר, לעיל הערה 79, בע' 62–63. לא למותר לציין כי קל בהרבה להצהיר על ציווי נורמטיבי זה מאשר להצביע על דרכים מפורטות למימושו.

188 לעיל הערה 145.

189 על תפיסה של דיני החוזים כמבוססים על החתירה להשגת צדק מתקן ראו: E.J. Weinrib *The Idea of Private Law* (London & Cambridge, 1995); P. Benson "The Unity of Contract Law" *The Theory of Contract Law – New Essays* (Cambridge, P. Benson ed., 2001) 118; C. Bridgeman "Strict Liability and the Fault Standard in Corrective Justice Accounts of Contract" *FSU College of Law*

3. כיצד צריך לפתח את דיני החוזים של ישראל? לקראת דיני חוזים פלורליסטיים

לסיום הדיון בחלק זה של המאמר ברצוני להתייחס בקצרה לשאלה: האם בית-המשפט העליון אינו פועל נכונה כאשר הוא מפתח את דיני החוזים של ישראל באופן העולה ממאמר זה?

אני סבור שהבעייתיות הקיימת בדיני החוזים של ישראל אינה נעוצה באופי התכנים שלהם כשלעצמם, דהיינו, בכך שהם מקדמים תכנים של סולידריות ושיתוף-פעולה על-חשבון תכנים של קידום האינטרס העצמי ותחרותיות בין צדדים לחוזים. הבעייתיות נעוצה בכך שמדובר בדין חוזים אחד שאמור לחול על כל העסקות החוזיות, שכידוע הגיוון בהן רב ועצום. (במאמר מוסגר אעיר כי בעייתיות זו קיימת בעיניי גם בדיני החוזים שחלק מאנשי הגישה המוסדית של המשפט מציעים: אף הם מציעים דין חוזים אחד שיחול על כל העסקות החוזיות כולן – דין חוזים שתכניו הפוכים מאלה של דיני החוזים הנוכחיים של ישראל.)

ליוטר (Lyotard), בחיבור קלטי, מציג את התודעה המודרנית כמושתתת על החתירה להסביר או להסדיר את המציאות – או ספרות רחבות שלה – באמצעות עיקרון מאחד אחד (grand narrative). לעומת זאת, התודעה הפוסט-מודרנית, זו שהתעצבה בארצות המערב בעשורים האחרונים של המאה העשרים בעקבות התפתחויות בתרבות ובתחומים שונים של הדעת, מבוססת, על-פי ליוטר, על חשיבה במסגרות של הקשרים צרים, שכל אחד מהם נשלט על-ידי לוגיקה נבדלת משלו, ואינו מתיימר לתפוס תופעה כלשהי בכללותה.¹⁹⁰

עדי אופיר מציג רכיב מרכזי זה של התודעה הפוסט-מודרנית כדלהלן:

"אין עיקרון מאחד לתיאור או הסבר של המציאות: אם מפני שהעולם כאוטי מיסודו ואם מפני שההכרה מוגבלת מיסודה, אין סיכוי למצוא עיקרון מאחד יסודי של המציאות שיאפשר להבינה אחת ולתמיד בתור התגלמות של סדר או מבנה הניתנים לביטוי ולהנהרה. לכל היותר אפשר לקוות לאתר – או ליצור – איים של סדר, איים בזמן ההיסטורי, במרחב החברתי ובשדה התרבותי. במקביל אין בסיס לחיפוש אחר מבנה-על של נרטיב חובק-כול ('מטא-נרטיב'), שמכנס לתוכו היסטוריה שלמה – של האנושות, של התרבות המערבית, של האומה או של היחיד.

...

הימרה של עמדות תרבותיות מסוימות לספק עוגן אחרון, סיפור חובק-כול או נקודת מבט סינאופטית היא יומרת שווא.¹⁹¹

Public Research Paper No. 146 (2005) [URL: <http://ssrn.com/abstract=669504>]
(13.6.2005).

J.F. Lyotard *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge* (Minneapolis, 1990; 1993); ז' פ' ליוטר המצב הפוסטמודרני – שתי שיחות מתוך בצדק (1999).

191 ע' אופיר "פוסטמודרניזם: עמדה פילוסופית" חינוך בעידן השיה הפוסטמודרניסטי (א' גור-זאב עורך, תשנ"ז) 135, 150, 151. ראו גם מ' מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת

עד המאה התשע-עשרה לא התקיימה במשפט האנגלו-אמריקאי תפיסה אחדותית של תחום החוזים, דהיינו, לא הייתה מוכרת קטגוריה משפטית אחת ("דיני חוזים") שחלה על כל סוגי החוזים. תחת זאת, החשיבה על תחום החוזים התקיימה במסגרת ענפים נבדלים של דיני חוזים, כגון: מכר טובין, שמירה, משכון, ערבות וכיוצא בהם. במאה התשע-עשרה צמחה תיאוריה אחדותית של תחום החוזים, הידועה כ"תיאוריה הקלסית" של החוזה או כ"תיאוריה הכללית" של החוזה. דיני החוזים הנוכחיים של המשפט האנגלו-אמריקאי (וגם של המשפט הישראלי) מתפקדים, במידה לא מעטה, במסגרתה של תיאוריה זו.¹⁹² התיאוריה הקלסית של החוזה הינה תיאוריה מודרניסטית מובהקת:¹⁹³ היא מנסה להסדיר תחום נרחב של הפעילות האנושית (כריתת חוזים וביצועם) באמצעות דין אחד ובאמצעות מערכת תיאורטית אחת. התיאוריה הקלסית הינה חלק מהמאמץ של המשפט המודרני להעלים את העובדה שהחברה שהמשפט האחד של המדינה המודרנית חל עליה מורכבת מקבוצות רבות ומגוונות, שלכל אחת מהן יש הבנות תרבותיות משלה, אשר במקרים רבים אינן עולות בקנה אחד עם תוכני המשפט של המדינה.¹⁹⁴ אולם מנקודת-המבט של התודעה הפוסט-מודרנית, ניסיון כזה אינו יכול להיחשב אלא "יומרת שווא", בלשונו של אופיר. אכן, הפער בין רוונם ואחידותם של דיני החוזים לבין העושר העצום של האינטראקציות החוזיות שאותן הם מבקשים להסדיר מהווה מקור למתחים שדיני החוזים נתונים בהם כל העת. למשל, כפי שהראה מקניל, דיני החוזים הקלסיים מתגלים כבלתי-מתאימים לחווי יחס; כמו-כן, כפי שעולה מתהליך ההכנה של הקוד המסחרי האחד של ארצות-הברית, דיני החוזים הקלסיים אינם מתאימים גם לחוזים של צדדים עסקיים המתקשרים בעסקות מכר טובין חוזרות; לעומת זאת, דיני החוזים הניאו-קלסיים (דיני החוזים שהתפתחו במשפט האנגלו-אמריקאי במחצית השנייה של המאה העשרים) מתגלים כבלתי-מתאימים לעסקות של שחקנים של פעם אחת.¹⁹⁵ ברוח הציווי הנורמטיבי של לואלין לפעול במשפט בגדרן של קטגוריות צרות ככל האפשר, שכל אחת מהן מתאימה לאינטראקציה בעלת מאפיינים עובדתיים ייחודיים,¹⁹⁶ וכן

פרדיגמה מחקרית חדשה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מ' מאוטר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 545, 579–586.

192 לחיבורים העיקריים העוסקים בצמיחת התיאוריה הקלסית של החוזה ראו לעיל הערה 4.

193 Kennedy, *supra* note 4, at p. 140; M. Mautner "Contract, Culture, Compulsion, or: What Is So Problematic in the Application of Objective Standards in Contract Law" 3 *Theoretical Inq. L.* (2002) 545, 546.

194 E. Nimni "Marx, Engels, and the National Question" *The Rights of Minority Cultures* (Oxford, W. Kymlicka ed., 1995) 57.

195 על הפער בין מורכבותו של העולם החווי לבין רוונם של דיני החוזים של המדינה ראו גם: Schwartz & Scott, *supra* note 116, at pp. 543, 544, 548, 594–596, 598–599; Eisenberg "Relational Contract", *supra* note 5, at p. 810; Kennedy, *supra* note 4, at p. 151.

196 ראו לעיל את הטקסט הנלווה להערות 176–177.

ברוח התודעה הפוסט־מודרנית, יש לפתח דיני חוזים שיהיו רגישים לעושר ולמורכבות העצומים של התחום המוסדר על־ידיהם, דהיינו, לעובדה שקיים טווח נרחב מאוד של סוגים של עסקות חוזיות, ושלפיכך יהיה זה נואל להסדיר עושר ומורכבות כאלה באמצעות דין אחיד. (הדבר ידמה למי שיידרש לפעול בבית־המלאכה שלו באמצעות כלי־עבודה אחד – למשל, מברג – או למי שיידרש ללבוש תמיד, בשלג ובחמסין כאחת, בגד אחד, למשל: חולצה ומכנסיים קצרים.) כפי שציינתי, דווקא דיני החוזים הפרה־קלסיים, דהיינו דיני החוזים בעידן שלפני המאה התשע־עשרה, היו מבוססים לא על תפיסה אחדותית של הדין החל על ההתקשרויות החוזיות, אלא על תפיסת התחום של ההתקשרויות החוזיות כמורכב מסוגים שונים של עסקות חוזיות, שכל אחת מהן מוסדרת על־ידי דין חוזים נבדל וייחודי.¹⁹⁷

אני סבור אפוא כי יש להעביר את דיני החוזים שלנו לעידן הפוסט־מודרני (או לחלופין להשיבם לעידן הפרה־מודרני; הקרבה בין החשיבה הפוסט־מודרנית לבין החשיבה הפרה־מודרנית אובחנה לא־אחת). זאת, תוך מימוש הציווי הנורמטיבי של לואלין בדבר חתירה לפיתוחן של קטגוריות משפטיות צרות, המסדירות אינטראקציות עובדתיות צרות, במסגרת תפיסה של ההליך השיפוטי כקרוב להליך התבונה המעשית.¹⁹⁸ ההבחנה בין עסקות חוזיות שונות יכולה להיעשות על בסיס שורה של אמות־מידה: הדרך שבה ביטאו הצדדים את ההסכמה שלהם, דהיינו, אם הם גיבשו את ההסכמה שלהם בטקסט חוזי כתוב שהוכן על־ידי עורכי־דין (הנחה חזקה של מילוליות) או שמא הם פעלו בהקשר של תרבות עסקית (הנחה חזקה של הקשריות);¹⁹⁹ אם החוזה הינו חוזה בדיד או חוזה יחס; מאפייני הצדדים (אדם, חברה פרטית, חברה ציבורית, צרכן, ספק על־פי חוזה אחיד,

197 Gilmore, *supra* note 4, at pp. 5–12; Kreitner, *supra* note 139, at pp. 455–456

198 לגישה זהה ראו: Dagan, *supra* note 112

199 ראו: Posner, *supra* note 38, at pp. 34–35 ("[B]usinessmen are not literalists.

They do not have the lawyer's exaggerated respect for the written word and thus do not expect bizarre consequences to follow from mistakes in drafting. There is frequent conflict between lawyer and client over how detailed contracts should be, the former pushing for the inclusion of endless protective clauses and the latter worrying that pressing for such clauses will not only protract negotiations and increase legal fees but also make him seem a sharpie and kill the deal. Better that the contract should be kept reasonably short and that if an unforeseen contingency arises it should be resolved in a commonsensical fashion")

ראו גם ר' פרומן "סופרי הצללים של המהפכה: סמיוטיקה של עורכי־דין בעולם ההיי־טק" טכנולוגיות של צדק – משפט, מדע וחברה (ש' לביא עורך, 2003), 321–332, 332 (אנשי עסקים כותבים את החוזים שלהם בלשון קצרה, תוך שימוש בניסוחים הנבדלים מאלה של עורכי־דין); שם, בע' 350 (פעמים רבות אנשי העסקים גמישים יותר במשא־ומתן מאשר עורכי־הדין. אנשי העסקים מוכנים למחול על האינטרסים שלהם, לגלות סובלנות לעמדת הצד האחר, ולהסכים לפשרות כואבות).

עמותה, המדינה וכיוצא בהם); מאפייני העסקה (מכר טובין, מכר מקרקעין, הלוואה, שמירה, שכירות, קבלנות וכולי); וכיוצא באלה.²⁰⁰

חלק רביעי: סיכום

במאמר זה ניתחתי את ההתפתחויות העיקריות שחלו בפסיקתו של בית-המשפט העליון בעשרים וחמש השנים האחרונות בשאלת התערבותם של בתי-המשפט בתוכניהם של חוזים. הראיתי כי בית-המשפט העליון פיתח שורה של דוקטרינות המאפשרות לו התערבות נרחבת בתוכניהם של חוזים.

הראיתי כי אצל אנשי עסקים, עורכי-דין ומלומדים של דיני החוזים קיימת סברה שלפחות חלק מהשופטים אינם מצוידים בכישורים הנדרשים כדי להכריע בסכסוכים עסקיים. עוד הראיתי כי אנשי עסקים ממעטים להביא את סכסוכיהם החוזיים להכרעתם של בתי-המשפט. טענתי כי עובדה זו אינה מובילה בהכרח לחוסר התאמה של דיני החוזים לצורכיהם של אנשי העסקים: דיני החוזים המתפתחים בישראל מתאימים במידה רבה יחסית לצורכיהם של אנשי עסקים שהינם שחקנים חוזרים, ובמידה מועטה יותר לצורכיהם של אנשי עסקים שהינם שחקנים של פעם אחת. אולם אנשי העסקים שהינם שחקנים חוזרים מתקשרים בחוזים, מבצעים חוזים ומיישבים סכסוכים חוזיים תוך זיקה חלשה יחסית לדיני החוזים של המדינה. מכיוון שכך, לעובדה שדיני החוזים של המדינה מתאימים לצורכיהם של אנשי עסקים אלה יש השפעה מועטה יחסית על האופן שבו הם מתפקדים כצדדים לחוזים. לעומת זאת, לעובדה שקיימת אי-התאמה בין תוכניהם של דיני החוזים

200 על סוגי הצדדים שדיני החוזים עוסקים בהם ראו גם: E.L. Rubin "Types of Contracts, Interventions of Law" 45 *Wayne L. Rev.* (2000) 1903; Kreitner, *supra* note 139, at pp. 461–462; Schwartz & Scott, *supra* note 116, at p. 544.

ניתן לטעון כי כיוון ההתפתחות של דיני החוזים במאתיים השנים האחרונות אינו אחיד. לצד מגמות ההאחדה הגלומות בצמיחתה של התיאוריה הקלסית של החוזה, מתקיימת מגמה הפוכה שעל-פיה תחומים מסוימים של פעילות חוזית פורשים מתחולתם של דיני החוזים הכלליים ומתמסדים כענפים נבדלים של דיני החוזים. דוגמות בולטות בהקשר זה הן: דיני העבודה, דיני הגנת הצרכן, דיני החוזים של המדינה. לעניין זה ראו גם: Kennedy, *supra* note 4, at pp. 162–163.

עם זאת, מן הראוי לשים לב כי העובדה שדיני החוזים מורכבים מענפים שונים אין משמעה שהם מופעלים על-פי הציוויים המוצעים כאן. הסיבה לכך היא שהשופטים המפעילים את דיני החוזים אינם פועלים מתוך הבנה שכל אחד מענפיו של דיני החוזים עשוי להצריך הפעלה של עקרונות שונים, והם מחילים באופן שגרתית כללים ועקרונות הנוצרים בגדרו של ענף אחד גם על ענפים אחרים. במילים אחרות, השופטים אינם פועלים במידה גבוהה של מודעות לכך שהענפים השונים של דיני החוזים עשויים לשקף שיקולים נורמטיביים נבדלים.

לבין צורכיהם של אנשי עסקים שהינם שחקנים של פעם אחת עלולות להיות כמה השלכות שליליות בכל הנוגע לכריתתם של חוזים על-ידי אנשי עסקים כאלה ובכל הנוגע ליישוב סכסוכים חוזיים על-ידיהם.

בשנה האחרונה פרסם משרד המשפטים את הצעת "הקודקס האזרחי - חוק דיני ממונות"²⁰¹. בהנחה שהצעת הקודקס תאומץ כחוק, האם הדבר ישפיע על הטיעונים העיקריים המובאים במאמר זה? אני סבור כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. קביעה זו נתמכת בשני נימוקים.²⁰²

הנימוק הראשון הוא שבעיקרו של דבר הצעת הקודקס חוזרת על רוב ההוראות של החקיקה האזרחית החדשה.²⁰³ אומנם, בכמה תחומים של המשפט האזרחי ערכה הצעת הקודקס רוויזיה והכניסה שינויים מהותיים בהשוואה למצב המשפטי הנוכחי.²⁰⁴ הצעת הקודקס גם הכניסה שורה ארוכה של תיקונים נקודתיים בדיון²⁰⁵ (אף שרוב התיקונים הנקודתיים האלה מהווים אימוץ של שינויים שנקבעו בעשורים האחרונים בפסיקתו של בית-המשפט העליון, ואשר נהפכו זה כבר לחלק מהמשפט שלנו). אבל בעיקרו של דבר אימצה הצעת הקודקס את רוב ההסדרים שנקבעו בחקיקה האזרחית החדשה. מדיניות הוועדה שהכינה את הצעת הקודקס הייתה לשמר את ההסדרים האלה ככל האפשר, ולשנותם רק במקרים שבהם הסתבר כי הם לא פעלו בהצלחה.²⁰⁶

דברים אלה חלים גם על הדוקטרינות המשפטיות שנידונו במאמר זה: הן אומצו אל תוך הצעת הקודקס מתוך החקיקה האזרחית החדשה בלא שינוי כמעט. לכאורה, סעיף 187(א) להצעת הקודקס, המורה כי "חווה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החווה ומנסיבות הענין", מכניס שינוי בולט לעומת המצב הקיים. אולם במסגרת דיוני הוועדה שעסקה בהכנת הצעת הקודקס היה ברור שהוראה לקוגית זו מכוונת לתת לבוש סטטוטורי להלכה שנקבעה בשנת 1995 בפסק-הדין בעניין אפרופים. בספרות המשפטית על החקיקה האזרחית החדשה הוכר זה כבר כי חקיקה זו אינה מפורטת, דהיינו, היא קובעת מספר מצומצם של הסדרים מהותיים בתחומים שאותם היא מבקשת להסדיר.²⁰⁷ בהקשר זה גם הוצבע על כך שהחקיקה

201 משרד המשפטים הצעת חוק דיני ממונות (תשס"ד) (טרם פורסם) [URL: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex/Codex1>] (21.8.2005)

202 לדיון נרחב ראו מ' מאוטנר "קודקס של המשפט המקובל" (צפוי לראות אור במשפטים).

203 בהשתמשי במונח "החקיקה האזרחית החדשה" אני שואל מונח שטבע פרופסור אהרן ברק בהתייחס לסדרת החוקים בתחום המשפט האזרחי שהוכנה על-ידי משרד המשפטים החל בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. ראו א' ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג (תשל"ג-תשל"ד) 5.

204 לדיון נרחב ראו מאוטנר, לעיל הערה 202.

205 שם.

206 שם.

207 ג' טרסקי "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968" משפטים א (תשכ"ח) 639, 639, 644; ברק, לעיל הערה 203, בע' 13-17; א' ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה:

האזרחית החדשה מרבה להשתמש ב"מונחי-שסתום"²⁰⁸ וכן מרבה לקבוע הסדרים כלליים.²⁰⁹

לפיכך, מכיוון שבעיקרו של דבר הצעת הקודקס חוזרת על הוראות החקיקה האזרחית החדשה, ניתן להניח כי כשם שבתקופת החקיקה האזרחית החדשה נקבע חלק-הארי של המשפט האזרחי שלנו בפסיקתו של בית-המשפט העליון, כך גם בתקופה שלאחר אימוצו של הקודקס ימשיך חלק-הארי של המשפט שלנו להימצא בפסיקתו של בית-המשפט. יתר על כן, הפסיקה שנוצרה בתקופת החקיקה האזרחית החדשה – פסיקה שפירשה את החקיקה והשלימה את החסרים שבהוראותיה – תמשיך להיות רלוונטית במישור, ברובה המכריע, גם לצורך הפרשנות וההפעלה של הוראות הקודקס המוצע.²¹⁰

כל הדברים האלה חלים גם על הדוקטרינות של דיני החוזים שנידונו במאמר זה. משמע: עצם המעבר מהחקיקה האזרחית החדשה לקודקס אינו אמור לחולל שינויים בתכנים של דיני החוזים ובמגמות ההתפתחות שלהם שנידונו במאמר זה.

הטעם השני לסברה שאימוץ של הצעת הקודקס כחוק אינו אמור להשפיע, כשלעצמו, על הטיעונים העיקריים המובאים במאמר זה היא שנסיון ההפעלה של הקודקסים הקונטיננטליים מראה כי לקביעתם או אי-קביעתם של תוכני משפט בקודקס, וכן למאפייניו הספציפיים של הקודקס (פירוט לעומת קיצור, שיטתיות חמורה לעומת מידה נמוכה של שיטתיות, וכדומה), יש השפעה חלקית בלבד על תוכני המשפט ומגמות ההתפתחות שלו. נסיון ההפעלה של הקודקסים הקונטיננטליים מראה שתוכני המשפט ומגמות ההתפתחות שלו נקבעים במידה מכרעת על-ידי התרבות המשפטית שהשופטים פועלים בגדרה ומפתחים אותה. בדומה לכך, גם נסיון הפעלתו של הקודקס המסחרי האחיד של ארצות-הברית מראה כי התרבות המשפטית שבגדרה הוא מופעל היא הגורם בעל החשיבות המכרעת בכל הנוגע לדרכים שבהן הוא מופעל.²¹¹

אכן, כל הסברות האלה נתמכות גם בטיעוניהם של אנשי הריאליזם המשפטי שפעלו בארצות-הברית בשנות העשרים והשלשים של המאה העשרים, שלפיהם תוכני המשפט כשלעצמם אינם מכתבים באופן הדוק תוצאות משפטיות מסוימות או כיווני התפתחות

סיכונים וסיכויים" משפטים ז (תשל"ו-תשל"ז) 15, 17; מ' מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 321, 330; א' ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג-תשמ"ד) 25, 41; ד' פרידמן "יסודות דיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ח (תשמ"א-תשמ"ב) 22, 26.

208 מאוטנר, שם, בע' 331; א' ברק "פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי 'נוסח ישראל'" ספר זכרון לגד טדסקי – מסות במשפט האזרחי (י' אנגלרד, א' ברק, מ' ראבילו וג' שלו עורכים, תשנ"ו) 11, 138.

209 פרידמן, לעיל הערה 207, בע' 26-27; מאוטנר, שם, ברק, שם, בע' 137.

210 ראו גם ד' ברק-ארו "הקודיפיקציה הישראלית בראי דיני החוזים" עיוני משפט כב (תש"ס) 793.

211 לדיון נרחב ראו מאוטנר, לעיל הערה 207; מאוטנר, לעיל הערה 202.

מסוימים במשפט, ואלה תלויים במידה ניכרת בבחירות ששופטים עושים מתוך התכנים העשירים של המשפט.²¹² לפיכך התכנים של דיני החוזים שלנו ומגמות ההתפתחות של דיני החוזים שלנו בעשורים הבאים ייקבעו בעיקר על-פי מה שיבחר לעשות בית-המשפט העליון, ויושפעו במידה מועטה יחסית ממה שייקבע בהוראות הקודקס או מעצם העובדה שחלק מהתכנים של המשפט האזרחי שלנו ייקבעו בקודקס. לקודקס, כשלעצמו, לא אמורה להיות אפוא השפעה על הטיעונים המובאים במאמר זה.

212 לדיון נרחב ראו מאוטנר "קודקס של המשפט המקובל, לעיל הערה 202.